

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique



UNIVERSITE D'ORAN

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

La justification des ententes et des abus de positions dominantes -Etude comparative-

Mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de magistère en droit
des relations économiques (Agents économiques/ Consommateurs)

Sous la direction de
Pr. **Dalila ZENNAKI**

Présenté par :
Hanane MEFLAH

Membres de jury

| | | |
|---------------------------------------|-----------------------|-----------|
| M. Mohammed MEROUANE | Pr. Université d'Oran | Président |
| M^{me}. Dalila ZENNAKI | Pr. Université d'Oran | Encadreur |
| M^{me}. Fatiha NACEUR | Pr. Université d'Oran | Examineur |
| M. Abdelmadjid BERRABAH | M.C Université d'Oran | Examineur |

Année universitaire : 2012/2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« ... قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولَئِكَ الْأَلْبَابِ »

سورة الزمر: الآية 9

« ... سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ »

سورة البقرة: الآية 32

DEDICACES

Je dédie ce travail

A mes parents qui n'ont pas cessé de m'encourager

Que dieu tout puissant les protège

A mes frères

A tous mes amis qui m'ont côtoyé durant mes études.

REMERCIEMENTS

Avant tout je remercie le Bon Dieu pour m'avoir donné cette foi, ce courage et cette confiance en moi même.

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude et mes sincères remerciements à Madame le professeur **Dalila ZENNAKI** d'avoir accepté d'être mon encadreur et pour sa patience envers moi et pour m'avoir fait bénéficier de ses connaissances scientifiques ainsi que de ses qualités humaines.

Je remercie également les membres du jury qui ont bien voulu apprécier ce modeste travail.

Merci

Principales abréviations utilisées

- **al.** : alinéa.
- als.** : alinéas.
- **art.**: article.
- **arts.** articles.
- **Bull.** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. (chambre civile)
- **C.A.** : Cour d'appel
- **Cass. civ.** : Cour de cassation. (chambre civile)
- **Cass. com.,** : Cour de cassation. (chambre commerciale)
- **Cass. crim.,** : Cour de cassation. (chambre criminelle)
- **C. civ. alg.** : Code civil algérien
- **C. civ. fr.** : Code civil français
- **C. com. alg.**: Code de commerce algérien
- **C. com. fr.**: Code de commerce français
- **ch.** : chambre
- **C.J.C.E.** : Cour de Justice des Communautés européennes
- **comm.** : commenté.
- **Comm. euro.** : Commission européenne
- **Comm. tech. ententes** : Commission technique des ententes
- **Comp.** : comparer
- **Cons. conc. alg.** : Conseil de la concurrence algérien
- **Cons. conc. fr.** : Conseil de la concurrence français
- **C. santé publ. fr.** : Code de la santé publique français

- **D.** : Recueil Dalloz
- **DGCCRF** : Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
- **éd.** : édition
- **Fasc.** : Fascicule
- **Gaz. Pal.** : Gazette du Palais
- **ibid.** : au même endroit
- **J.C.P.** : JurisClasseur périodique (Semaine juridique)
- **J.O.C.E.** : Journal officiel des Communautés Européennes
- **J.O.R.A.** : Journal officiel de la République algérienne
- **J.O.R.F.** : Journal officiel de la République française
- **J.O.U.E.** : Journal officiel de l'Union Européenne
- **L.G.D.J.** : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- **Litec.** : Librairie technique
- **obs.** : Observations
- **op. cit.** : Option citée
- **ord.** : Ordonnance
- **ord. fr.** : Ordonnance française
- **p.** : page
- **pp.** pages
- **P.A** : petites affiches
- **préc.** : précité
- **PUB.** : Presses Universitaires de Bordeaux
- **PUF.** : Presses Universitaires de France
- **PUR.** : Presses Universitaires de Renne

- **Rpp. Comm. Euro.** : Rapport de la Commission européenne
- **Rapp. Comm. tech. ententes** : Rapport annuel de la Commission technique des ententes
- **Rapp. cons. conc. fr.** : Rapport annuel du Conseil de la concurrence français

- **Rec.** : Recueil
- **Règ.** : Règlement
- **R.T.D. civ.** : Revue trimestrielle de droit civil
- **R.T.D. com.** : Revue trimestrielle de droit commercial
- **RTD eur.** : Revue trimestrielle de droit européen

- **s.** : suivant
- **somm.** : sommaire

- **t.** : tome

- **T.F.U.E.** : Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne

- **V. ; v.** : voir.

- **vol.** : volume.

Introduction

Après la crise économique qui a touché l'Algérie à la fin des années 80, de profonds changements ont été engagés. C'est ainsi que l'Algérie s'est désengagé de l'économie administrée¹ pour s'engager de manière déterminée sur la voie de la libéralisation et de la construction de l'économie de marché basée sur la libre initiative et l'innovation².

L'Algérie a adopté des réformes qui touchent tous les domaines à cause de plusieurs facteurs internes tels que l'échec d'un modèle de développement, le choix d'une stratégie d'industrialisation, la domination du secteur des hydrocarbures, la quasi absence d'un secteur privé et des investissements directs étrangers, et l'aggravation des stocks de la dette extérieurs, ... etc. Cette démarche s'est par ailleurs imposée en raison d'autres facteurs extérieurs induits par les actions déployées dans le cadre des négociations avec le Fond monétaire international (F.M.I.), et des négociations relatives à l'adhésion de l'Algérie à l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C), et finalement, de la mise en œuvre de l'Accord d'Association avec l'Union Européenne³.

La transition vers l'économie de marché a induit l'accélération du rythme des réformes pour renforcer l'ouverture du marché à l'effet de le rendre plus favorable à la reprise des investissements et de la croissance. Cette évolution entraîne l'avènement de révisions politiques et radicales qui ont nécessité la rédaction d'une nouvelle constitution en

¹ L'économie administrée est un système d'économie socialiste qui trouve ses justifications dans les stratégies industrielles par le contexte de sous développement, il a été consacré en Algérie depuis 1973 (v. l'ord. du 5 juill. 1973 qui a abrogé la législation coloniale), ce système contient des principes fondamentaux ; la règle générale est l'initiative publique, c'est-à-dire le monopole de l'Etat sur tout le secteur de l'activité, tandis que l'initiative privée reste l'exception, par exemple l'ord. n° 66-284, du 15 sept. 1966, portant le Code des investissements, J.O.R.A. n° 80, du 17 sept. 1966, comportait une obligation de demander un agrément préalable délivré par la Commission nationale d'investissements. Une telle disposition n'a pas aidé au développement du secteur privé, elle entraîne l'exclusion des composantes vitales de l'économie nationale.

² M. MENOUEUR, *Une économie de marché sans concurrence*, séminaire national sur la protection en matière de consommation, Université d'Oran, Faculté de Droit, organisé le 14 et 15 mai 2000, p. 61.

³ F. ALLOUI, *L'impact de l'ouverture du marché sur le droit de la concurrence*, Faculté du droit, Université de Tizi-Ouzou, (mémoire de magistère), 2010-2011, p. 23 et s.

1989¹, et des nouvelles lois² dont la plus importante est l'ordonnance n° 95-06, relative à la concurrence³ qui est intervenue pour tracer le cadre légal de la concurrence⁴.

C'est notamment la reconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie qui a entraîné ces réformes⁵.

La liberté du commerce et de l'industrie a été consacrée en Algérie expressément comme principe général du droit en 1996. L'article 37 de la constitution de 1996⁶ énonce que « *La liberté du commerce et de l'industrie est garantie.*

Elle s'exerce dans le cadre de la loi ».

Ce principe ne signifie pas l'absence de l'intervention de l'Etat dans le secteur économique, mais réserve son caractère subsidiaire⁷.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie comporte deux principes fondamentaux ; la liberté d'entreprise et la liberté de la concurrence.

¹ Constitution du 23 fév. 1989, J.O.R.A. du 1 mars 1989, p. 188.

² V. notamment la loi du 12 juill. 1988, relative à l'orientation des investissements privés nationaux, qui a déclaré la liberté d'investir ou d'établir des entreprises privés. Cette loi a supprimé l'agrément préalable, c'est le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. V. aussi le décret exécutif n° 88-201, du 18 oct. 1988, portant abrogation de toutes dispositions réglementaires conférant aux entreprises socialistes, à caractère économique, l'exclusivité d'une activité ou le monopole de la commercialisation, J.O.R.A. n° 42, du 19 oct. 1988, dispose dans son premier article que « *sauf dispositions législatives contraires, sont expressément abrogées les dispositions réglementaires conférant aux entreprises socialistes à caractère économique l'exclusivité d'une activité économique ou le monopole de commercialisation de produits ou de services* ». v. égal. la loi n° 89-12, du 5 juill. 1989, relative aux prix, J.O.R.A. n° 29, du 19 juill. 1989 (abrogée), et la loi n° 90-10 du 14 avril 1990 relative à la monnaie et au crédit, J.O.R.A. n° 16, du 18 avr. 1990, p. 450 (abrogée).

³ L'ord. n° 95-06 relative à la concurrence, du 25 janv. 1995, J.O.R.A. du 22 fév. 1995, n°09, p.13. Cette ord. a abrogé et remplacé la loi 89-12, du 5 juill. 1989, relative aux prix.

⁴ Le droit de la concurrence s'est avéré nécessaire dès que l'Algérie a décidé de supprimer les monopoles et de s'engager dans une politique d'ouverture aux personnes privées de secteurs économiques déterminés.

⁵ Historiquement, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie reconnu par la loi du 2 et 17 mars 1791, dite décret d'Allarde, et la loi Le Chapelier du 14 et 17 juin 1791, qui a interdit les corporations.

⁶ Constitution du 1996, J.O.R.A. n° 76 du 8 déc. 1996, modifiée par la loi n°02-03 du 10 avr. 2002, J.O.R.A. n° 25, du 14 avr. 2002, p. 11, et la loi n°08-19, du 15 nov. 2008, J.O.R.A. n° 63, du 16 nov. 2008, p. 8.

⁷ M. MENUER, *Droit de la concurrence*, cours de magistère, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2010-2011. Il convient de signaler l'ouverture à la concurrence depuis 2000, des marchés sectoriels, à savoir les marchés relatifs à la Poste et aux Télécommunications, à l'électricité et au gaz, à l'eau, à l'énergie et aux mines et aux transports ainsi que la mise en place d'autorités de régulation sectorielles.

La liberté d'entreprise comprend elle même une liberté d'établissement, c'est-à-dire la liberté de toute personne de créer une entreprise, et d'exercer toute activité professionnelle dans le domaine de son choix¹. La liberté d'entreprise suppose aussi la liberté d'exercice et d'exploitation qui implique la liberté contractuelle et la liberté de travail et de transférer ses droits².

Conjointement à la liberté d'entreprise il y'a la liberté de concurrence³. L'entreprise a le droit d'utiliser, dans le cadre légal (le respect du droit de la concurrence), tous les moyens qu'elle juge propre à lui pour attirer la clientèle, et gagner des parts de marché par la qualité de ses produits ou services, et également par les prix proposés⁴, et même par la mise en œuvre d'un réseau de distribution⁵ ...etc.

Il faut noter que toute liberté proclamée n'a été envisagée de façon absolue. La liberté du commerce et de l'industrie devait être exercée dans le cadre « *des règlements de police* », et « *la liberté de se porter concurrent au moins limitée, encadrée, par une réglementation de l'accès à la profession et l'exercice de celle-ci* »⁶.

Les rigueurs de la mondialisation, l'éradication du marché informel, la concrétisation effective du principe constitutionnel ayant trait à la liberté de commerce et d'industrie,

¹ J-B. BLAISE, *Droit des affaires – commerçants, concurrence, distribution* -, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2009, p. 325, n° 606.

² M. MENOUEUR, *La liberté du commerce et de l'industrie en France et en Algérie*, Revue droit économique et environnement, n° 1, juin 2008, p. 5.

³ La concurrence est la situation dans laquelle se trouve une personne ou une entreprise par rapport à une ou plusieurs autres lorsque, tout en faisant des profits, elle peut rivaliser avec elles en offrant un service ou un produit au moins équivalent pour un prix au moins égal. Le mot "concurrence" s'applique aux activités de production, aux activités commerciales, comme aux services et même lorsque ces activités ont un caractère civil...etc.; D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence*, cours de magistère, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2010-2011 ; v. égal. M-CH. KETTOU, *Droit de la concurrence et pratiques commerciales, selon l'ordonnance n° 03-03 et la loi n° 04-02*, éd. Baghdadi, 2010, p. 9 et s.

⁴ M. PÉDAMON, *Le droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats de commerce*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2000, p. 396, n° 448.

⁵ Le réseau de la distribution selon la doctrine française est « *un ensemble constitué d'entreprises liées par des relations d'échange suffisamment fortes et stables pour créer un sous-marché* » donc le réseau est le résultat d'une entente entre le fournisseur et les distributeurs agréés ; D. FERRIER, *Manuel, Droit de la distribution*, LITEC, 4^{ème} éd., 2006, p.229, n° 521.

⁶ Note de Y. GAUDEMET, cité par L. ARCELIN, *droit de la concurrence – les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, 2009, p. 9, n° 2.

ainsi que l'intégration de l'Algérie dans les espaces économiques mondiaux et/ou régionaux, ont amené les pouvoirs publics algériens à concevoir et à mettre en œuvre d'autres réformes multidimensionnelles qui ont été concrétisées par la promulgation des principaux textes législatifs, notamment l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence¹, qui a donné un sens légal à des concepts propres au domaine de la concurrence, et la loi n° 04-02 du 23 juin 2004 relative aux pratiques commerciales².

Le droit de la concurrence a deux sens, le premier sens est large et signifie « l'ensemble des règles juridiques gouvernant les rivalités entre agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle »³. Le deuxième sens est étroit ; c'est « l'ensemble de règles qui permettent de réprimer ceux qui, de différentes manières, entravent le libre jeu de la concurrence, notamment en constituant des ententes ou en exploitant une position dominante »⁴.

Le droit de la concurrence est très pragmatique, il se développe au fil des besoins. Très diversifié comme droit, ainsi que les opérations économiques. Il est donc obligé de s'adapter pour appréhender ces réalités. Sa spécialité est de ne pas enfermer les notions à l'avance mais de proposer des règles susceptibles de s'adapter à l'évolution de l'économie⁵.

Le droit de la concurrence serait destiné à organiser la meilleure et la plus grande concurrence possible, ou au contraire, la concurrence peut être conçue comme une réalité qu'il faudrait conserver mais aussi aménager. Dans cette perspective que le droit

¹ L'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, du 19 juill. 2003, J.O.R.A. n° 43, du 20 juill. 2003, p.21. Cette ordonnance a été homologuée par la loi n° 03-12, du 23 oct. 2003, portant approbation de l'ordonnance n° 03-03, J.O.R.A. n° 64, du 26 oct. 2003, p.3. L'ord. n° 03-03 relative à la concurrence a été modifiée et complétée par la loi n° 08-12, du 25 juin 2008, J.O.R.A. n°36, du 02 juill. 2008, p.10, ensuite par la loi n° 10-05 du 15 août 2010, J.O.R.A. n°46, du 18 août 2010, p.9.

² la loi n° 04-02, du 23 juin 2004, fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, J.O.R.A. n° 41, du 27 juin 2004, p.3, modifiée et complétée par la loi 10-06 du 15 août 2010, J.O.R.A. du 18 août 2010, n° 46, p. 10.

³ R. GUILLIEN et J. VINCENT, « *Lexique juridique* » Code Dalloz Etudes – Droit Commercial –, 2007 ; Cdrom.

⁴ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *ibid.*

⁵ [Http: www.oecd.org/dataoecd- concurrence.291541846185.PDF-...](http://www.oecd.org/dataoecd/-concurrence.291541846185.PDF-...)

de la concurrence va tenter de réguler la concurrence ainsi que ses effets nocifs sur les entreprises ou les consommateurs¹.

Plusieurs raisons ont motivé la refonte de l'ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 antérieurement en vigueur, qui a été abrogée par l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence². On cite par exemple les causes suivantes:

La **première** raison concernant la disjonction des règles relatives à la concurrence (ententes illicites, abus de position dominante et concentrations économiques ...etc.)³ de celles se rapportant aux pratiques commerciales⁴.

La **seconde** raison est attachée à l'exigence de retirer le caractère répressif de la législation relative à la concurrence, et de mettre en place des mécanismes favorisant la concertation et la coopération entre l'Administration du Commerce (le ministre chargé du commerce, et les directions du commerce...etc.), le Conseil de la concurrence et les entreprises, en vue de familiariser ces dernières au fonctionnement concurrentiel du marché et de créer ainsi une culture de la concurrence⁵.

¹ D.ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.*

² L'art. 73 al. 1 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence édicte que «*Sont abrogées toutes dispositions contraires à celles de la présente ordonnance, notamment les dispositions de l'ordonnance n°95-06 du 25 janvier 1995, susvisée...*».

³ Ainsi la nouvelle ordonnance de la concurrence (n° 03-03) est appelée à intégrer dans son vocabulaire de nouvelles notions comme la position dominante, dépendance économique, ...etc.

⁴ L'ord. n° 95-06 relative à la concurrence comporte six titres. Le deuxième titre (II) concerne les principes de la concurrence. Ce titre englobe des dispositions relatives à la liberté des prix (chapitre 1), et d'autres concernant l'exercice de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles (chapitre 2). Le titre IV de la même ordonnance contient des règles relatives à la transparence et à la loyauté des pratiques commerciales. Tandis que l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence ne contient que les dispositions relatives à la concurrence c'est-à-dire ; la liberté des prix, les pratiques restrictives de la concurrence, et les concentrations économiques (ces règles sont prévues dans le titre 2 de l'ordonnance n° 03-03). En 2004, le législateur a intervenu pour adopter la loi n° 04-02, fixant les règles applicables aux pratiques commerciales séparément du droit de la concurrence.

⁵ Par exemple l'art. 46 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence confie au ministre chargé du commerce le droit de demander des mesures provisoires pour suspendre les pratiques présumées restrictives faisant l'objet d'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général. De même, selon l'art. 47 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, les décisions rendues par le Conseil de la concurrence sont notifiées pour exécution aux parties concernées par envoi recommandé avec accusé de réception et au ministre chargé du commerce qui veille à leur exécution.

La **troisième** raison est relative à la nécessité de reconfiguration du Conseil de la concurrence à l'effet de lui conférer un rôle plus dynamique de régulation du marché et de promotion de la concurrence¹.

La **quatrième** raison est liée aux nécessités résultant de l'intégration de l'Algérie à l'économie mondiale (OMC), qui exigent la modernisation et l'actualisation de notre législation nationale en matière de concurrence².

L'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence a pour but de fixer les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché, et de prévenir tout comportement restrictif à la concurrence (ententes, les abus de position dominante, l'abus de dépendance économique,...etc.) et de contrôler les concentrations économiques afin d'inciter l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs³.

Il faut signaler que le législateur algérien quand il a adopté l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, avait requalifié les pratiques d'ententes illicites et les abus de position dominante et l'abus de dépendance économique, ... etc. comme des « *pratiques restrictives de la concurrence* », tandis que l'ancienne ordonnance n° 95-06, relative à la concurrence avait considéré ces comportements comme des « *pratiques*

¹ L'ordonnance en vigueur intègre une nouvelle disposition qui consacre une mesure préventive et pédagogique, à travers l'attestation négative. En effet, en vertu de cette nouvelle procédure, les entreprises dont les comportements sont susceptibles d'être non conformes aux règles de la concurrence, peuvent demander au Conseil de la concurrence de vérifier si les pratiques ou accords qu'elles souhaitent mettre en œuvre peuvent être considérés comme compatibles avec cette loi et bénéficier ainsi d'une attestation négative (v. les arts. 8 et 9 al. 2 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence). Par ailleurs, Le rôle du Conseil de la concurrence est plus vaste selon l'art. 34 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, modifié et complété par l'art. 18 de la loi n° 08-12 qui dispose que « *Le conseil de la concurrence a compétence de décision, de proposition et d'avis qu'il exerce de sa propre initiative ou à la demande du ministre chargé du commerce ou de toute autre partie intéressée, pour favoriser et garantir par tous moyens utiles, la régulation efficiente du marché et arrêter toute action ou disposition de nature à assurer le bon fonctionnement de la concurrence et à promouvoir la concurrence dans les zones géographiques ou les secteurs d'activité où la concurrence n'existe pas ou est insuffisamment développée.*

... Le conseil de la concurrence peut faire appel à tout expert ou entendre toute personne susceptible de l'informer.

Il peut également saisir les services chargés des enquêtes économiques notamment ceux du ministère chargé du commerce pour solliciter la réalisation de toute enquête ou expertise portant sur des questions relatives aux affaires relevant de sa compétence ».

² F. ALLOUI, *op. cit.*, p. 27.

³ L'art. 1 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence ; M-CH. KETTOU, *Droit de la concurrence et pratiques commerciales, op. cit.*, p. 11 et s.

anticoncurrentielles ». De même, les pratiques restrictives de la concurrence sont régies également depuis 2004, par loi n° 04-02 relative aux pratiques commerciales¹.

Selon la doctrine française² il y a une différence entre les deux notions. Les pratiques anticoncurrentielles sont des agissements qui sont contraires ou qui faussent la concurrence et que ne laissent pas de place à cette dernière, telle que les ententes, les abus de position dominante, l'abus de dépendance économique, les prix abusivement bas ...etc. Le droit de la concurrence réprime les pratiques anticoncurrentielles lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence. De telles pratiques sont interdites car elles ont une influence sur le marché³.

Quant aux pratiques restrictives de la concurrence ce sont des comportements qui constituent des infractions pénales ou seulement une faute civile, ils sont présumés de façon irréfragable restreindre la concurrence. Ils sont prohibés *per se*, indépendamment de leur influence réelle sur le marché⁴, ce qui signifie que le but des règles prohibitives des pratiques restrictives de la concurrence est de protéger les concurrents ou les contractants⁵. Sont considérées par exemple comme des pratiques restrictives : la concurrence déloyale (le parasitisme, le dénigrement, ...), les pratiques discriminatoires, l'octroi rétroactif d'avantages tarifaires ou d'accords de coopération commerciales, la revente à perte...etc.

Pour cette raison les pratiques restrictives de concurrence s'opposent aux pratiques anticoncurrentielles qui ne sont condamnées que dans la mesure où elles ont eu pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence. Ainsi, les pratiques

¹ Au-delà des règles contenues dans l'ordonnance de 2003, le régime de la concurrence va encore se préciser grâce à la promulgation de la loi n° 04-02, du 23 juin 2004, fixant les règles applicables aux pratiques commerciales. Pour être licite, la concurrence entre les entreprises devra être loyale. Nombre de pratiques commerciales sont en effet déclarées prohibées et restrictives de la concurrence parce qu'elles sont contraires au principe de loyauté qui doit désormais caractériser les activités des agents économiques.

² M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, 3^{ème} éd., 2005, p. 92, n° 167 ; M. FRISON ROCHE et M. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{er} éd., 2006, p. 113, n° 115

³ M. FRISON ROCHE et M. PAYET, *ibid.*

⁴ R. GUILLIEN et J. VINCENT, « *Lexique juridique* » Code Dalloz Etudes – Droit Commercial –, 2007 ; Cdrom.

⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, préc.*

restrictives de concurrence sont du ressort des tribunaux qui constatent le préjudice et imposent une compensation¹, alors que les pratiques anticoncurrentielles passent nécessairement par les autorités de la concurrence (Conseil de la concurrence par exemple) qui peuvent imposer des amendes, injonctions et engagements ...etc.

Évidemment le législateur algérien a bien fait en 1995, quand il a classifié les ententes et les abus de position dominante ...etc. dans la catégorie des pratiques anticoncurrentielles². Quand il refond l'ordonnance de 1995, il sépare les règles relatives à la concurrence (ententes illicites, abus de position dominante...) de celles se rapportant aux pratiques commerciales. Il a considéré ces comportements, qui ont un impact sur le marché, comme des pratiques restrictives de la concurrence régies par l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, et au même temps, la loi n° 04-02 relative aux pratiques commerciales contient des règles qui prohibent les pratiques restrictives de la concurrence portant des atteintes aux intérêts des concurrents³.

À cause de cette distinction, on utilisera dans cette étude l'expression de « *pratiques anticoncurrentielles* » quand on parle des règles relatives aux pratiques d'ententes et des abus de position dominante.

L'actuelle ordonnance relative à la concurrence a été modifiée et complétée par la loi 08-12, et la loi 10-05. Les nouvelles dispositions apportent des enrichissements concernant notamment :

¹ L'art. 60 de la loi n° 04-02, relative aux pratiques commerciales dispose que « *Les infractions aux dispositions de la présente loi relève de la compétence des juridictions* ».

² V. chapitre II de l'ord. 95-06 relative à la concurrence, notamment les arts. 6 et 7.

³ La loi n° 04-02 a pour objet de fixer les règles et principes de transparence et de loyauté applicables aux pratiques commerciales réalisées entre les agents économiques, et entre ces derniers et les consommateurs. Elle a également pour objet d'assurer la protection et l'information du consommateur ; art. 1 de la loi 04-12 relative aux pratiques commerciales. ; v. aussi les dispositions du Chapitre II de la même loi concernant les pratiques de prix illicites, et celles du Chapitre IV relatives aux pratiques commerciales déloyales... etc. ; v. aussi M-CH. KETTOU, *Droit de la concurrence et pratiques commerciales*, op. cit., p. 30 et s.

1- L'élargissement du champ d'application des dispositions de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, au domaine des marchés publics, qui constitue une source potentielle de pratiques anticoncurrentielles¹.

2- L'interdiction de tous actes et contrats conférant une exclusivité dans l'exercice d'une activité, afin de prévenir toute position monopolistique d'un agent économique sur le marché.

3- Les attributions, l'organisation et le fonctionnement du Conseil de la concurrence², et la prise en charge et la mise en œuvre par le Conseil de la concurrence de la mission de régulation du marché, à l'effet d'améliorer les conditions d'organisation et de fonctionnement des circuits de distribution au niveau du marché national.

4- L'organisation et le développement des relations de coopération et d'échange d'informations entre le Conseil de la Concurrence et les différentes autorités sectorielles de régulation³... etc.

Le cadre législatif de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence couvre l'ensemble des activités de production, de distribution et de services. Son champ d'application concerne également les activités des personnes publiques lorsque celles-ci n'interviennent pas dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique ou dans l'accomplissement de missions de service public⁴.

L'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence a prohibé les pratiques anticoncurrentielles, y compris les pratiques d'ententes illicites⁵, les abus de position

¹ M-CH. KETTOU, *Droit de la concurrence et pratiques commerciales, op. cit.*, p. 28.

² La révision et l'amélioration du cadre organisationnel et juridique du Conseil de la concurrence sont motivées par la notamment années passées et par l'inadéquation de son organisation par rapport à l'importance du rôle que doit jouer une telle autorité en matière de régulation économique et de mise en œuvre des règles de la concurrence.

³ Selon l'art. 39 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence si le Conseil de la concurrence est saisi d'un comportement relevant d'un secteur d'activité placé sous le contrôle d'une autorité de régulation (par ex. le secteur de la distribution d'électricité et de gaz, l'eau, le secteur des télécommunications... etc.) il transmet une copie du dossier, pour avis, à l'autorité concernée.

⁴ V. l'art. 2 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, modifié et complété par l'art. 2 de la loi 10-05.

⁵ Art. 6 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, modifié et complété par l'art. 5 de la loi n° 08-12.

dominante¹, et la pratique de la vente à des prix abusivement bas². Ces pratiques étaient déjà consacrées dans l'ancien dispositif, la nouvelle ordonnance intègre d'autres pratiques qui sont désormais interdites et sanctionnées, à savoir l'abus de l'état de dépendance économique³, et la constitution de monopoles à l'importation par le biais de contrats d'achats exclusifs⁴.

L'objectif de la politique de la concurrence est de garantir le bon fonctionnement concurrentiel des marchés. Son intérêt se bornerait alors à empêcher la mise en œuvre de barrières stratégiques à l'entrée ou d'abus de position dominante, de façon générale d'éviter toute pratique anticoncurrentielle.

La concurrence apparaissant dans cette interprétation comme un objectif en soi, la politique de la concurrence est au service de l'efficacité économique. Elle vise à améliorer l'efficacité des marchés par la mise en œuvre de comportements concurrentiels par les entreprises. On voit que cette approche écarte l'idée que la concurrence serait un but en soi puisqu'elle constitue au contraire un moyen de permettre au marché de fonctionner d'une façon conforme à la recherche de surplus global maximal.

Pour cette raison, le législateur prévoit cependant des **exceptions** au principe général d'interdiction des ententes et des abus de position dominante dans l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence. Il a consacré dans cet article des causes de justification qui permettent aux auteurs de certaines pratiques anticoncurrentielles d'échapper à toute sanction.

De manière générale, les faits justificatifs peuvent être définies comme l'ensemble des « *circonstances matérielles ou qualités personnelles intervenant comme des causes*

¹ Art. 7 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

² Art. 12 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

³ V. l'art. 11 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence. L'état de dépendance économique a été défini par l'art. 3, d) de la même ord. comme « *la relation commerciale dans laquelle l'une des entreprises n'a pas de solution alternative comparable si elle souhaite refuser de contracter dans les conditions qui lui sont imposées par une autre entreprise, client ou fournisseur* ».

⁴ L'art. 10 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, modifié et complété par l'art. 6 de la loi 08-12.

d'irresponsabilité pénale par la neutralisation du caractère délictueux des actes commis (ordre de la loi, légitime défense, état de nécessité, immunités)... »¹.

En droit de la concurrence l'exemption est un mécanisme immunitaire, elle institue une exception à la règle prohibitive. Elle permet de légitimer ces pratiques anticoncurrentielles, et donne aux opérateurs économiques la possibilité d'échapper au principe de l'interdiction édicté aux articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence².

Le mécanisme de l'exemption a une application en droit français, et en droit communautaire de la concurrence.

L'article L. 420-4 du Code de commerce français prévoit les mêmes causes de justifications existant en droit algérien. Il permet de justifier les pratiques d'ententes illicites et les abus de domination³. La notion d'abus de domination regroupe deux catégories distinctes de pratiques anticoncurrentielles ; l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique⁴.

Cependant le droit communautaire consacre deux modes d'exemption ; une exemption individuelle accordée à une entreprise en application de l'article 101§3 du T.F.U.E., sur la base d'une appréciation individuelle, et une exemption par catégorie c'est-à-dire un acte émanant de la Commission européenne ou le Conseil en application de l'article 101§3 du T.F.U.E., énonçant les conditions dans lesquelles certains types d'accords

¹ R. GUILLIEN et J. VINCENT, « *Lexique juridique* » Code Dalloz Etudes – Droit Commercial –, 2007 ; Cdrom ; v. aussi M. MEROUANE, *Droit pénal, cours de licence*, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2007-2008.

² Le droit communautaire utilise le terme « *exempter* », tandis que les droits algérien et français de la concurrence utilisent le mot « *justifier* ». Par facilité de langage, nous utiliserons dans cette étude les deux termes quel que soit l'ordre juridique concerné.

³ L'art. L. 420-4-I du C. com. fr. permet de justifier les pratiques prévues dans les arts. L. 420-1 du même code relatif aux pratiques d'ententes illicites et L. 420-2 concernant les abus de domination.

⁴ L'art. L. 420-2 du C. com. fr. regroupe deux infractions économiques, il dispose qu'il « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme* ».

peuvent bénéficier d'une exemption à l'interdiction générale prévue par l'article 101§1 du T.F.U.E. notamment dans le domaine de la distribution qui joue un grand rôle dans la réalisation du développement économique¹.

Le mécanisme de l'exemption a été ignoré par certains ordres juridiques. Le droit antitrust américain se caractérise par l'absence d'exception générale aux prohibitions qu'il édicte², car le maintien de la concurrence en soi est l'objectif de ce droit.

Toutefois, eu égard aux solutions retenues, il est possible de s'interroger pour savoir si tous les comportements anticoncurrentiels sont susceptibles d'être justifiés, et en cas de réponse négative qu'elles sont les caractéristiques des pratiques anticoncurrentielles concernées par la justification ?

Dans quelle mesure une pratique anticoncurrentielle peut-elle être considérée comme licite et échapper à toute condamnation? Est-ce que le mécanisme de l'exemption favorise le bon fonctionnement du marché, ou au contraire il constitue un moyen de distorsion et de blocage au développement de la concurrence ?

Pour tenter de répondre à ces questions, nous avons structuré notre travail en deux parties. La première traite le champ d'application des faits justificatifs, et la deuxième partie de cette étude est consacrée au bénéfice et au retrait de l'exemption.

¹ E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Faculté de Droit, Université de Paris X-Nanterre, (thèse de doctorat), 1994, p. 11, n° 5.

² Aux Etats-Unis, le Sherman Act prohibe toute pratique restreignant la concurrence dans le commerce des Etats membres de l'Union, de même il interdit toute position monopolistique et toute tentative de monopolisation d'un marché. Ce droit n'a pas de système d'exemption ; v. l'art. 1 du Sherman Act, cité par R. KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*, RTD eur., 1987, p. 237.

Première partie : Le champ d'application des faits justificatifs

Les articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹, posent respectivement le principe d'interdiction des ententes restrictives à la concurrence, et des abus de position dominante (chapitre 1).

Mais dans la même ordonnance, le législateur prévoit que des exceptions peuvent être apportées à ces interdictions grâce à certaines causes de justification². Pour cette raison, il y a des organes qui ont la compétence de justifier ces pratiques anticoncurrentielles³ (chapitre 2).

¹ Les arts. 6 et 7, de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, sont inspirés des arts. 7 et 8 de l'ord. fr. n° 86-1243, du 1 déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

² V. l'art. 9 de l'ord. n° 03-03, comp. art. 10 de l'ord. fr. n° 86-1243 du 1 déc. 1986, et l'art. 101 du T.F.U.E. (à compter du 1 dec. 2009, l'art. 81 du traité C.E. est devenu l'art. 101 du T.F.U.E, J.O.U.E du 9 mai 2008, n° C 115/88).

³ Au niveau national, en plus que la compétence du gouvernement et du législateur, il y'a le Conseil de la concurrence, à qui a été transféré le pouvoir de sanctionner, ou de justifier les pratiques anticoncurrentielles. Au niveau européen c'est la Commission européenne qui a la compétence ; M.MALAUURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence*, Armand colin, 1996, p.11, n°4.

Chapitre 1 : Les pratiques anticoncurrentielles concernées par la justification

Une pratique anticoncurrentielle est un comportement qui est contraire ou qui fausse le libre jeu de la concurrence, son objectif est de maximiser le profit par l'utilisation des différents moyens illicites, toujours au détriment *in fine* des consommateurs¹.

Le droit de la concurrence fait état des divers types des pratiques anticoncurrentielles², parmi celles-ci, il y'a des pratiques qui peuvent échapper à l'interdiction, et qui sont : les ententes (section1) et les abus de position dominante (section2).

Section 1 : Les ententes concernées par la justification

L'entente est un concours de volontés entre des parties indépendantes, qui décident de coordonner leurs comportements sur le marché. Cette pratique n'est pas interdite sauf si elle affecte le bon fonctionnement du marché³. La qualification de l'entente suppose l'existence de certaines conditions, contenues dans l'article 6 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence (paragraphe 1), et qui s'apparaisse à travers les divers cas mentionnés par le même article⁴ (paragraphe 2).

¹ L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 29, n° 44.

² Les pratiques anticoncurrentielles peuvent être le fait d'une seule entreprise ; sont des pratiques anticoncurrentielles individuelles, telle que : les prix imposés et les prix conseillés, les pratiques discriminatoires, l'abus de domination..., comme elles peuvent être le résultat des faits de plusieurs entreprises ; sont des pratiques anticoncurrentielles collectives : comme les ententes, et l'abus de position dominante collective, ... etc. : M. PÉDAMON, *Le droit commercial*, Dalloz, 8^{ème} éd., 1985, p. 415, n°355.

³ Y. DJILALI, *Le régime juridique du contrat de franchise*, Faculté de Droit, Université d'Oran, (thèse de doctorat), 2011-2012, p. 204 ; v. égal. Th. MASSART, *Droit commercial, introduction, actes de commerce, commerçant, fonds de commerce*, GUALINO éditeur, 2007, p. 237, n° 544.

⁴ Le texte (art.6 al. 2 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence) donne ensuite des exemples non limitatifs d'ententes.

Paragraphe 1: Les éléments constitutifs de l'entente concernée par la justification

Au terme de l'article 6 alinéa 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence :
« *sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans un même marché ou, dans une partie substantielle de celui-ci, les pratiques et actions concertées, conventions et ententes expresses ou tacites et notamment lorsqu'elles tendent à...* ».

L'entente suppose l'existence de trois conditions : une concertation entre plusieurs entreprises (A), une atteinte au marché (B) et un lien de causalité entre la pratique litigieuse et la restriction de concurrence¹.

A/ L'exigence d'un concours de volontés

Sera étudiée la notion d'entreprise, car la concertation n'est prohibée qu'autant qu'elle met en cause des entreprises au sens du droit de la concurrence (1), puis seront envisagées les formes et la preuve de la concertation (2).

1- Les parties à l'entente

L'entente suppose la pluralité de parties, pour s'entendre il faut être au moins deux entreprises (a), qu'exercent une activité économique, et qu'elles soient autonomes l'une envers l'autre (b).

a- La notion d'entreprise

L'élément essentiel de la détermination du champ d'application du droit de la concurrence est *l'entreprise*. Pour cette raison le législateur algérien, contrairement au législateur français², fait état de la définition d'entreprise, dans l'article 3-a de

¹ Ces conditions sont identiques aussi bien en droit algérien (art. 6 de l'ord. n° 03-03), qu'en droit français (le libellé de l'art. L. 420-1 du C. com. fr. a été modifié par l'art. 52 de la loi n° 2001-420, du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, J.O.R.F. du 16 mai 2001), et en droit communautaire (art. 101 du T.F.U.E.).

² La doctrine et la jurisprudence défini l'entreprise comme « *une entité exerçant une activité économique...cette entité doit être autonome dans l'exercice de cette activité* »; M. Frison Roche et M. PAYET, *op.cit.*, p. 142, n°147 ; D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, Armand colin, 16^{ème} éd., 2005, p.309, n° 540 ; aussi v. déc. Comm. euro. du 20 juill. 1999 qui a défini l'activité économique comme « *une activité à but lucratif ou non qui implique des échanges économiques* »; le site: reussitefac.comuniversiteparis13droitl2...Droit-des-affaires-semester-2.doc.

l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹ comme « *toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant d'une manière durable des activités de production, de distribution ou de services ou d'importation* ».

Le législateur ne limite pas l'interdiction de ces pratiques à des entreprises particulières². Il s'agit donc de toute entreprise de production, de distribution, d'importation, et de service de communication³ ..., quelques soient leur taille et leur forme, c'est-à-dire soit des sociétés commerciales, des commerçants personnes physiques⁴, des mutuelles, des barreaux, des associations, des centrales d'achats, des coopératives⁵, des organismes ou syndicats professionnelles⁶, des GIE⁷,...etc.

b- Les critères de l'entreprise

Deux critères essentiels sont nécessaires pour la qualification de l'entreprise : l'exercice d'une activité économique, et l'existence d'une autonomie de comportement sur le marché.

¹ L'art. 3 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence modifié et complété par l'art. 3 de la loi 08-12.

² Il faut noter que le législateur algérien (art.6), et français (art. L. 420-1 C. com. fr.) quand ils parlent « *d'accord* » entre entreprises, cela signifie que celles-ci sont juridiquement capables de conclure des contrats, c'est-à-dire d'être sujets de droits et d'obligations.

³ I. LAURENCE, *La notion d'entreprise*, RTD com., 2001, p.191; Cdrom.

⁴ V. art. 1 de l'ord. n° 75-59 du 26 sept. 1975 portant Code de commerce, J.O.R.A. du 19 déc. 1975, n° 101, p. 1073, modifiée et complétée, et qui définit le commerçant comme : « ... *toute personne physique ou morale qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle, sauf si la loi en dispose autrement* ». Donc le commerçant est une entreprise au sens du droit de la concurrence.

⁵ Cons. conc. fr., déc. n° 92-D-38, du 9 juin 1992, BOCCRF du 31 juill. 1992, C.A. Paris, du 13 juin 1997, BOCCRF du 30 juill. 1997; obs. M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J., 2008, p. 65.

⁶ Le rôle des organismes ou syndicats professionnels est la défense de leurs adhérents, ils sont considérés comme des parties à l'entente quand ils sortent de leur mission et se livrent à cette pratique anticoncurrentielle.

⁷ Les groupements d'intérêt économique sont des entreprises qui peuvent être commettre des pratiques anticoncurrentielles, v. par exemple : déc. n°10-D-15 du 11 mai 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE groupement des taxis amiénois et de la métropole en France, Rapp. Cons. conc. fr. pour 2010, p. 195.

1° L'exercice d'une activité économique

L'activité économique est un critère nécessaire pour la qualification de l'entreprise, car c'est la nature de l'activité qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence.

L'article 2 de la loi n° 10-05 modifiant et complétant l'article 2 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence, affirme d'ailleurs que « *les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent, nonobstant toutes autres dispositions contraires:*

- *aux activités de production, y compris agricoles et d'élevages, aux activités de distribution dont celles réalisées par les importateurs de biens pour la revente en l'état, les mandataires les maquignons et chevillards, aux activités de service, d'artisanat et de pêche, ainsi qu'à celles qui sont le fait de personnes morales publiques, d'associations et de coopérations professionnelles, quels que soient leur statut, leur forme et leurs objet ;*
- *aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché... »¹.*

Cet article étend le champ d'application du droit de la concurrence à tout opérateur économique, à toutes entreprises y compris les personnes publiques², qui exercent les activités professionnelles de, production, de distribution, et de service³,... donc les règles du droit de la concurrence englobent tous les acteurs.

2° L'autonomie des entreprises

L'entente ne pourra être constituée qu'entre des entreprises qui jouissent d'une autonomie de volonté⁴, c'est-à-dire d'une autonomie juridique et d'une indépendance

¹ Comp., l'art. L. 410-1 du C. com. fr.

² Cet article soumet expressément les personnes publiques aux règles de la concurrence, lorsqu'elles interviennent dans le cadre d'une activité économique (production, distribution, service). Mais si elles exercent la mission qui leur est confiée, et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique, les dispositions du droit de la concurrence ne s'appliquent pas : C. GRYNFOGEL, *droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2008, p.19 ; I. LAURENCE, *La notion d'entreprise, préc.* ; M. MENOUEUR, *Une économie de marché sans concurrence, op. cit.*, p. 68 et s.

³ S. POILLOT-PERUZZETTO, *Champ d'application du droit communautaire de la concurrence*, RTD com., 2002, p.358; Cdrom.

⁴ L'entente exige un accord de volontés libres et conscientes entre les opérateurs économiques ; S. POILLOT-PERUZZETTO, *Volonté des parties dans la qualification d'entente*, RTD com., 2001, p.539, Cdrom ; v. égal. G. DECOCQ, *Droit commercial*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2007, p. 140, n° 283.

économique, qui se caractérise par la détermination de façon autonome de leur comportement sur le marché¹.

La question de l'indépendance économique se pose principalement lorsque l'entente est livrée par des sociétés appartenant au même groupe. En principe les filiales dotées d'une personnalité juridique, n'ont pas toujours la liberté d'agir de manière autonome, elles sont dépendantes économiquement à la société mère². La qualification d'entreprise est exclue si la société mère contrôle³ strictement les décisions de gestion importantes des filiales⁴. Dans ce cas les accords ou pratiques concertées intragroupes entre la société mère et ses filiales échappent à l'application de l'article 6 de l'ordonnance n° 03-03⁵ relative à la concurrence. Il arrive dans certains cas que la filiale jouisse d'une autonomie, malgré la seule délégation de signature ou l'affirmation d'une indépendance fonctionnelle n'est pas suffisante pour démontrer l'existence d'une autonomie entre la société mère et la filiale⁶.

La question de l'autonomie se pose aussi dans le cas des accords auxquels sont parties deux entreprises liées par un contrat d'agence⁷. Les intermédiaires de commerce sont en

¹ Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p.81 ; Y. DJILALI, *op. cit.*, p. 207.

² F. CHAPUT, *L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles*, Revue mensuelle LexisNexis Juris-Classeur- Contrats- Concurrence- Consommation-, fév. 2010-n° 1, p. 11, n° 4 et 5.

³ L'existence et l'exercice du contrôle capitalistique par la société mère, est considérée comme un facteur très important, et une présomption quasi-irréfragable, pour démontrer la dépendance de la filiale envers la société mère : F. CHAPUT, *op. cit.*, p. 12, n° 10.

⁴ Par exemple un contrat d'approvisionnement exclusif entre la société mère et ses filiales ne pourra relever du droit des ententes ; car l'accord ne sera en fait qu'un acte unilatéral imposé par la société mère, et parce que l'entente ne peut être constituée par une seule entreprise. Mais si la filiale a une autonomie de comportement sur le marché par rapport à la société mère, les accords passés entre elles peuvent être soumis au droit des ententes ; R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZETTO, *Lamy droit économique –concurrence, distribution, consommation-*, éd. 2001, n° 822 ; Cdrom.

⁵ Les simples liens financiers ou d'affiliations ne suffisent pas à prouver l'existence de l'indépendance économique entre la société mère et les filiales ; M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op.cit.*, p.66, n°64.

⁶ CH. BOLZE, *Entreprise, groupe de sociétés, entité unique, droit des ententes, inapplicabilité, responsabilité*, RTD com., 1996, p.152; Cdrom.

⁷ Par ex : dans le contrat d'agence, les clauses d'exclusivité ne sont pas interdites car sans elles, le commettant ne pourrait pas déterminer sa stratégie commerciale et assurer sa protection ; D. ZENNAKI, *Droit de la distribution*, cours de magistère, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2010-2011 ; L. NICOLAS-VULIERNE, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2008, p. 176, n° 260.

principe exclus de l'application de l'article 6, à condition que la dépendance soit réelle, car l'intermédiaire est investi du pouvoir de négocier et/ou de conclure les contrats pour le compte d'autre personne; donc il ne supporte pas les risques¹. Par contre s'il existe une indépendance, il pourra tomber sous le coup de l'interdiction².

2-Les formes et la preuve de la concertation

Concernant les formes de l'entente, l'article 6 alinéa 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, mentionne les pratiques et actions concertées, conventions, et ententes expresses ou tacites. Donc l'entente peut prendre la forme d'un accord (a), ou d'une pratique concertée (b).

a- L'accord

Les ententes peuvent avoir des structures juridiques organiques³, comme une société, les coopératives, les groupements professionnels, les groupements économiques..., elles peuvent aussi exister en dehors de ces structures par le biais d'accord.

L'accord a deux sens, le premier restrictif, qui assimile accord et contrat (sous le prisme du droit civil)⁴, et le deuxième plus large, contient d'autres formes d'expression. En droit de la concurrence, l'accord n'exige pas une véritable convention au sens du droit civil⁵, d'ailleurs l'article 6 de l'ordonnance n° 03-03 considère que les actions concertées comme des ententes.

¹L. NICOLAS- VULIERNE, *Droit de la concurrence, ibid.*

² F. CHAPUT, *op. cit.*, p.11, n°6.

³ Si l'entente est mise en œuvre à travers une structure nouvellement créée pour les besoins de cette pratique anticoncurrentielle, la personne morale est nulle car l'objet de la structure organique est illicite. Mais l'utilisation d'une structure anciennement créée, ici seulement l'accord qui illicite; R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op.cit.*, n° 806, Cdrom.

⁴ Selon l'art. 54 de l'ord. n° 75-58, du 26 sept. 1975 portant Code civil, modifié et complété, J.O.R.A. du 30 sept. 1975, n° 78, p. 990, le contrat: «*Est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose*». L'accord selon le droit civil exige une manifestation de volontés reprise dans un contrat, ou une clause restrictive de la concurrence expresse dans ce contrat. Cette conception a été privilégiée pendant longtemps par le juge allemand : L. ARCELIN, *op. cit.*, pp. 73 et 74, n° 100.

⁵ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Université de Panthéon-Sorbonne (Paris I), (thèse de doctorat), 2004, p. 726, n° 743 ; Th. MASSART, *op. cit.*, p. 237, n° 544.

La Commission européenne a défini l'accord comme : « *il y a un accord lorsque les parties s'entendent sur un plan commun qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial individuel en déterminant les lignes de leur action ou de leur non-action sur le marché...* »¹. Il n'est pas nécessaire que l'accord revête une forme juridique particulière ou soit consigné dans un document écrit ; il peut être exprès ou tacite, écrit ou verbal. Il peut résulter d'un contrat, ou d'une convention, ou d'un protocole d'accord²... etc.

L'accord peut être horizontal ou vertical³. La démonstration d'une entente est facile si elle se constitue par un accord entre les entreprises ; la signature d'un contrat constituer en soi une preuve si ce contrat contient une clause anticoncurrentielle⁴.

b- Les pratiques et actions concertées

Les pratiques et actions concertées sont une forme de coordination entre entreprises, qui produisent des effets anticoncurrentiels. Elles se caractérisent par l'absence de toute convention obligatoire. Ces pratiques ne réunissent pas tous les éléments d'un accord mais se manifestent par le comportement des parties à l'entente⁵ ; c'est pourquoi l'observation de ce comportement coordonné sur le marché et lui portant atteinte, suffit pour attribuer la qualification d'entente⁶.

¹ L. ARCELIN, *op.cit.*, p.74, n° 100.

²L. ARCELIN, *ibid.* ; et L. NICOLAS- VULIERNE, *Droit de la concurrence, op.cit.*, p. 178, n° 263.

³ Les accords horizontaux sont des accords entre concurrents situés à un même niveau de marché (ex : accords entre producteurs), alors que les accords verticaux sont des accords noués entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale. Ils se rencontrent généralement à l'intérieur de réseaux de distribution (ex : les relations entre fournisseurs et distributeurs) ; M. HARRAT, *Le contrat de concession*, Faculté de Droit, Université d'Oran, (mémoire de magistère), 2010-2011, p. 68.

⁴ Cons. conc. fr., déc. n° 07-D-06, du 27 fév. 2007, pratiques mise en œuvre dans le secteur des consoles des jeux et des jeux vidéo. Dans cette décision le Conseil de la concurrence français a condamné l'entreprise Sony Computer Entertainment France (SCEF) pour avoir convenu, avec ses distributeurs, de vendre la console PS2 à un prix unique lors de son lancement en France. Les distributeurs avaient signé une charte (§ 102) contenant une clause anticoncurrentielle explicite, selon laquelle ils s'interdisaient de communiquer sur un autre prix que celui indiqué par SCEF ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2006, p. 116,

⁵ La définition de la pratique concertée trouve son origine dans l'affaire des matières colorantes, C.J.C.E. , 14 juill. 1972, J.O.C.E. n°195.

⁶ M. MENOUEUR, *Droit de la concurrence, Cours de magistère, préc.*

Deux éléments essentiels se manifestent, le premier c'est l'effet restrictif à la concurrence qui est produit par ces pratiques et action concertées¹, et le deuxième, un élément intellectuel qui est l'acceptation en pleine connaissance, d'adopter un comportement indépendant².

Les pratiques concertées posent deux problèmes, l'un concernant la difficulté à prouver l'existence d'une convention secrète entre les entreprises, et l'autre visant la nécessité de réunir les d'indices concordants et suffisants pour démontrer l'existence d'une pratique concertée. La simple constatation d'un parallélisme de comportement sur le marché ne suffit pas pour déterminer l'existence d'une entente prohibée, car il peut être le résultat d'une décision identique ou peut être expliqué par d'autres raisons que l'existence d'une entente³. Ce parallélisme des comportements peut constituer une entente dès lors que d'autres éléments s'ajoutent à celui-ci pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants⁴.

B/ L'atteinte au marché

L'atteinte au marché est un élément constitutif indispensable de l'entente concernée par la justification. Cette atteinte se manifeste sur un marché de référence. Il importe de connaître l'état de ce marché⁵ (1), pour apprécier l'existence de cette atteinte à la concurrence (2).

¹ V. infra, p.25 et s.

²J-B. BLAISE, *Droit des affaires – commerçants, concurrence, distribution* -, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2000, p. 398, n°777.

³ Tel que par exemple : les conditions de marché entraînant un alignement des comportements non concerté : E. CLAUDEL, *Entente anticoncurrentielle-preuve*, RTD com., 2003, p. 496, Cdrom ; aussi, par exemple sur un marché oligopolistique qui se caractérise par l'existence d'un peu des concurrents, afin de ne pas perdre leurs parts de marché, les petites entreprises adaptent en permanence leurs prix à ceux de leurs concurrents. Si l'entreprise puissante réduit leur prix, les concurrents sont contraints d'en faire autant. L'alignement des comportements est beaucoup plus suspect si les entreprises en concurrence accroissent en même temps leurs prix sans motif objectif, tel que la hausse des prix des matières premières ... ; Th. MASSART, *op. cit.*, p. 238, n° 547.

⁴ La jurisprudence française a affirmé que la démonstration d'un échange volontaire d'informations dans les circonstances du marché suffit pour qualifier la pratique d'entente ; C.A Paris, n° 05-D-17, du 13 déc. 2005, cité par le Rapp. Cons. conc. fr. pour 2005, p. 226.

⁵ Le Conseil de la concurrence français a estimé que : « *cette analyse du marché peut enfin, dans certaines circonstances, constituer un préalable nécessaire à l'étude de certaines ententes...* ». C'est-à-

1- Le marché pertinent

On étudiera dans une première étape la définition du marché de référence (a), puis la délimitation de ce marché en matière d'ententes (b).

a- Définition du marché

Selon l'article 3 (b), le marché est : « *tout marché des biens ou services concernés par une pratique restrictive, ainsi que ceux que le consommateur considère comme identiques ou substituables en raison notamment de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés, et la zone géographique dans laquelle sont engagées les entreprises dans l'offre des biens ou services en cause.* ».

Le marché est le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de produits et services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux¹.

Le marché pertinent n'a pas été défini expressément en droit français, il a été défini par la nature économique des activités qui s'y exercent².

b-La délimitation du marché pertinent

Selon l'article 3 (b précité), le marché se délimite d'un point de vue matériel par rapport au produit et service qui s'échangent sur ce marché (1°) et aussi d'un point de vue géographique (2°).

dire que la délimitation du marché n'apparaît pas nécessaire au Conseil dans toutes les hypothèses; Rapp. Cons. conc. fr. pour 1987, p. XX, obs. M. PASTUREL et C-L DE LEYSSAC, *Délimitation du marché pertinent et entente*: le site <http://www.creda.cci.fr/colloquespdf2000-clientele-concurrence04-marche-pertinent-entente-intro.pdf>.

¹ V. dans ce sens M. FRISON ROCHE et M. PAYET, *op.cit.*, p.41, n°38 ; égal. E. CLAUDEL, *Variations autour du marché pertinent*, RTD com., 2006, p. 577, Cdrom. ; aussi M. MENUER, *Droit de la concurrence*, cours de licence, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2008-2009 ; et Rapp. Cons. conc. fr. pour 2005, *op.cit.*, p. 235.

² V. art. L. 410-1 du C. com. fr., comp. art. 2 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, qui dispose que « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, ... etc.* ».

1° La délimitation matériel du marché pertinent

Cette délimitation du marché se fait par référence à des produits¹ qui peuvent se trouver dans le marché et aussi ceux qui sont substituables². La substituabilité d'un produit ou service apprécie tant par rapport à la demande que par rapport à l'offre.

- La substituabilité du point de vue de la demande

La substituabilité des produits et services du point de vue de la demande, constitue un critère de détermination du marché pertinent lorsque l'on peut raisonnablement penser que *les demandeurs* ou les utilisateurs considèrent les biens ou les services comme des moyens alternatifs entre lesquels, ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande³.

Le législateur apprécie la substituabilité de manière *qualitative*, en se fondant sur différents indices tels que⁴: les caractéristiques propres ou la nature du produits et services⁵, leurs conditions d'utilisation technique, leurs coûts d'usage ou de mise à la

¹ L'interdiction des ententes s'applique à tous les biens, produits ou services, susceptibles d'avoir une valeur économique, et de faire l'objet d'un acte de production ou de distribution, telle que les droits de propriété industrielle, les droits de propriété intellectuelle, les prestations de services du secteur des assurances, les services rendus par les avocats, ou par les médecins,....etc., R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op.cit.*, n° 796 et s. ; Cdrom.

² Le marché de produits est défini dans le formulaire simplifié de notification d'une concentration conformément au règlement C.E. n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ...en raison de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Un marché de produits en cause peut, dans certain cas, se composer de plusieurs produits et/ou service qui présentent des caractéristiques physiques en grande parties identiques et sont interchangeables.* », cité par L. ARCELIN, *op.cit.*, p.49, n° 73 ; v. aussi Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, J.O.C.E. n° C 372, du 9 déc. 1997.

³ La jurisprudence française a considéré qu'il y a une violation de l'exclusivité lorsque le cafetier s'approvisionne chez un concurrent du brasseur, un produit similaire à celui prévu par la clause d'approvisionnement exclusive, cette violation donne lieu à des dommages-intérêts car il y a un préjudice subi : Cass. com. du 27 oct. 1969, Bull. civ. IV. P. 298 ; note de B. CALLIEU, *Les contrats de distribution de bière*, Université Lille 2, (mémoire DEA droit des contrats des affaires), 1997-1998, p. 48.

⁴ La numération citée par l'art. 03 relative à la concurrence n'est pas limitative.

⁵ Le Conseil de la concurrence français dans son avis n° 01-A-03 a considéré que les vitamines ne sont pas des produits substituables entre elles ; J-B. BLAISE, *Abus de position dominante*, Encyclopédie Dalloz, répertoire du droit commercial, t. I, 2005, p. 5, n° 34.

disposition (les différences de prix ou les préférences des demandeurs), les stratégies des offreurs, l'origine de la demande, les modalités de commercialisation¹,...etc.

Ces critères signifient que ce n'est pas l'identité physique et technique des produits ou services qui compte, mais leur fonction ou l'utilisation qui peut en faire par un consommateur, aussi les choix, les préférences des demandeurs en cas de hausse relative du prix des biens ou services en cause². Donc l'existence et l'étendue du marché pertinent seront appréciées par rapport à la demande³.

- La substituabilité du point de vue de l'offre

La substituabilité de l'offres apprécie au regard des indices relatifs aux possibilités d'entrer sur le marché⁴. Selon la communication du 9 décembre 1997, il y a une substituabilité du côté de l'offre si les fournisseurs peuvent « *réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs* »⁵.

2° La délimitation du marché pertinent par la zone géographique

Le marché géographique pertinent est le territoire sur lequel les entreprises concernées offrent et demandent les biens et services en cause, et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment cohérentes, et peut être distingué des zones

¹ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op.cit.*, n° 900, Cdrom.; v. aussi E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, op. cit.*, p. 26, et s., n° 21 et s. ; Cass. com. 29 nov. 1994, Comité interprofessionnel des fromages c/ Syndicat des fabricants et affineurs de fromage de Cantal et autres, commenté par : G. ORSONI, *Règlementation économique-concurrence*, RTD com., 1995, p. 598, Cdrom.

² Rapp. Cons. conc. fr. pour 2006, pp. 231, 232.

³ M. GUERIN, *Concurrence-pratiques anticoncurrentielles-éléments constitutifs-*, Fasc. 20, JurisClasseur Pénal, 2008, vol. 5, p. 11, n° 35.

⁴ M. PASTUREL et C-L DE LEYSSAC, *préc.* ; v. égal. Rapp. Cons. conc. fr. pour 2006, p. 236.

⁵ V. la Communication de C.E du 9 déc. 1997 ; cité par J-B. BLAISE, *Abus de position dominante, op. cit.*, p. 7, n° 53.

géographiques voisines car les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable¹.

L'intérêt de la segmentation géographique porte essentiellement sur la répartition des parts de marché détenues par les entreprises parties à l'entente et par leurs concurrents.

2- La notion d'atteinte à la concurrence

Cette condition a été consacrée par l'article 6 alinéa 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, en ces termes: « *Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence dans un même marché...* »². Ce texte distingue entre les pratiques ayant un objet anticoncurrentiel, et celles ayant pour effet ou potentialité d'effet de restreindre la concurrence (a). La restriction doit être suffisamment sensible pour la constitution de cette infraction (b).

a- L'altération objet/effet

L'objet anticoncurrentiel est le but poursuivi par les entreprises parties à l'entente. Il n'est pas obligé pour l'appréciation de l'objet de chercher l'intention des parties; toutes ententes dont la mise en œuvre entraîne nécessairement une atteinte à la concurrence, doivent être condamnées³, il s'avère inutile de démontrer leurs effets concrets sur le marché⁴. À cet effet, le Conseil de la concurrence français avait sanctionné les ententes d'un objet non suivi d'un effet anticoncurrentiel⁵; la simple tentative d'atteinte à la

¹ Cons. conc. fr., déc. n° 10-D-25, du 28 juill. 2010, relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au centre hospitalier d'Arcachon; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2010, p.159; v. aussi M. FRISON ROCHE et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents*, PUF, 2005, p. 379.

² L'utilisation de la conjonction « *ou* » entre l'objet et l'effet révèle que cette condition présente un caractère alternatif et non cumulatif.

³ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op.cit.*, p.95, n°90.

⁴ La notion d'objet présente un intérêt certain, car elle permet aux autorités de concurrence d'agir de façon préventive, avant la réalisation des effets des pratiques anticoncurrentielles.

⁵ Cons. conc. fr., déc. n° 02-D-57, du 19 sept. 2002, secteur des roulements à billes, le Conseil a estimé que le fait que les entreprises n'aient pas modifié leurs pratiques tarifaires suite aux échanges d'informations est suffisant pour la sanction, malgré la non réalisation de ces pratiques, car ces derniers

concurrence est punissable¹, car l'entente a échoué à cause des raisons indépendantes de la volonté des parties², dans ce cas l'atteinte est présumée.

Si l'existence d'un objet anticoncurrentiel n'est pas constatée, il convient d'examiner si la pratique a/ou peut avoir des effets restrictifs sur la concurrence, c'est-à-dire il faut démontrer que la pratique affecte la concurrence ou est susceptible de l'affecter.

L'accord a un effet anticoncurrentiel, lorsque le résultat constaté effectivement sur le marché, et quand la pratique vient créer ou renforcer un pouvoir sur le marché des parties, ou encore de restreindre la production quantitativement ou qualitativement...etc. comme on le verra en deuxième paragraphe³.

b- Le seuil de sensibilité

Toute atteinte au processus concurrentiel n'est répréhensible que si elle produit des effets d'une certaine ampleur sur la concurrence⁴. Le dysfonctionnement sérieux et effectif sur le marché, justifie l'intervention des autorités de la concurrence⁵.

Le problème qui se pose est à partir de quel seuil l'entente doit être condamnée? En droit algérien cette condition n'est pas prévue expressément par les lettres de l'article 6 de

avaient pour objet et pour but de fausser le libre jeu de la concurrence ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2002, pp. 196, 197.

¹ Contrairement à la tentative d'atteinte à la concurrence, la tentative visant à conclure un accord anticoncurrentiel n'est pas sanctionnée, E. CLAUDEL, *ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, op. cit., p.35, n°31.

² V. Rapp. Cons. conc. fr. pour 2003, p. 62.

³ V. infra. p. 28.

⁴ Cette condition n'intéresse que le droit des ententes, car l'abus de position dominante affecte nécessairement de façon sensible la concurrence. La Cour de justice a ainsi précisé les critères d'appréciation de la nocivité d'ententes, il faut dans un premier lieu examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de la pratique litigieuse, puis il faut prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non de produits faisant l'objet d'entente, la position et l'importance des auteurs de la pratique sur le marché pertinent, ...etc. : C.J.C.E., 11 déc. 1981, L'Oréal, Rec. C.J.C.E. n° 19 ; cité par Z. SBAÏ, *Les frontières entre l'entente et L'abus de position dominante*, Université de Rouen , (Master 2), 2006, le site : [www.memoireonline.com...m_frontieres-entente-abus-de-position- ...](http://www.memoireonline.com...m_frontieres-entente-abus-de-position-...)

⁵ G. GUERY, *Droit des affaires*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 1999, p.163.

l'ordonnance n° 03-03 contrairement au droit français où l'article L. 464-6-1 du Code de commerce français ¹ autorise certaines ententes malgré leur objet ou effet anticoncurrentiel, si les parts cumulées détenues par les parties à l'entente ne dépassent pas certains pourcentages (10% entre concurrents, et 15 % entre non concurrents).

En droit communautaire, la communication du 22 décembre 2001² a écarté l'application de l'article 101§1 du T.F.U.E. aux accords conclus entre entreprises qui occupent une faible position³ calculée sur le fondement des parts de marché détenues par ces entreprises⁴. Ils s'appellent les accords « *d'importance mineurs* » ou « *accord de minimis* »⁵.

Cette communication prévoit un seuil de **10 %** pour les accords conclus entre entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels (les accords horizontaux), et

¹ L'art. L. 464-6-1 du C. com. fr, modifié et complété par l'art. 4 de l'ord. n° 2008-1161, du 13 nov. 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, J.O.R.F. n° 265, du 14 nov. 2008, p. 17391, dispose que: « *L'Autorité de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :*

a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;

b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause ».

² La communication de la communauté européenne sur les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81§1 du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), J.O.C.E. n° C. 368, du 22 déc. 2001.

³ Par exemple les accords entre petites et moyennes entreprises (PME) rarement susceptibles d'affecter sensiblement le jeu de la concurrence ; le site : www.droit-eco-ulb.be...Deux_categories_de_pratiques_restrictives_I.pdf.

⁴ Ces accords doivent être sanctionnés, s'ils contiennent certaines clauses qui sont classées selon la nature de l'accord. Pour les accords horizontaux, il s'agit de la fixation des prix, de la répartition des marchés..., soit les clauses noires prévues dans les lignes directrices sur les accords horizontaux. Pour les accords verticaux, il s'agit de la liste des clauses noires s'opposant à l'exemption prévues à l'article 5 du règlement (U.E) n° 330/2010, du 20 avr. 2010. L'existence de ces clauses s'oppose à la non-application de l'article 101§3 du T.F.U.E. ; S. POILLOT-PERUZZETTO, *Restrictions de concurrence non exemptables*, RTD com., 2002, p. 390, Cdom. ; v. égal. S. POILLOT-PERUZZETTO, *Relèvement des seuils de sensibilité des accords mineurs*, RTD com., 2002, p. 390 ; Cdom.

⁵ S. POILLOT-PERUZZETTO, *ibid.*

un seuil de **15 %** pour les accords conclus entre entreprises qui ne sont ni concurrents existants, ni concurrents potentiels (accords verticaux)¹.

Paragraphe 2 : Les divers types d'ententes concernées par la justification :

Les participants à l'entente utilisent des moyens divers pour fausser le libre jeu de la concurrence. L'article 6 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence modifié par l'article 5 de la loi n° 08-12², de manière non exhaustive³, donne une liste des principales atteintes à la concurrence qui peuvent bénéficier de l'exemption.

Cette liste regroupe deux catégories des comportements anticoncurrentiels; la première visant à réduire le nombre des concurrents sur le marché (A), et la deuxième concernant la restriction de la liberté d'action de ces derniers (B).

A/ Les ententes de nature à réduire le nombre des concurrents

La limitation de nombre concurrents peut se réaliser directement par la restriction de l'accès à leur profession (1), ou indirectement par d'autres moyens visant à instituer des entraves au progrès technique et à l'innovation (2), à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement (3), et aussi par la concertation à l'occasion d'appels d'offres

¹ Le préambule de la communication de la communauté européenne sur les accords d'importance mineure, du 22 déc. 2001, point 7.

² L'art. 6 al. 2 de l'ord. n° 03-03 modifié et complété par l'art. 5 de la loi 08-12 dispose que «...et notamment lorsqu'elles tendent à :

- limiter l'accès au marché ou l'exercice d'activités commerciales ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;
- appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats;
- permettre l'octroi d'un marché public au profit des auteurs de ces pratiques restrictives».

³ Le texte algérien (art. 6 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence), inspiré du texte français (art. L. 420-1 du C. com. fr.), cite le terme *notamment* pour indiquer que cette liste reste ouverte à toute pratique nouvellement apparue, il ne s'agit que d'une série d'exemples des infractions les plus graves.

publics (4). Toutes ces pratiques anticoncurrentielles constituent le champ d'application des faits justificatifs.

1- Ententes entravant l'accès d'opérateurs économiques à certains marchés ou tendant à leur exclusion

Sont prohibées les pratiques qui ont pour objet ou pour effet d'interdire ou de limiter l'accès d'opérateurs économiques à certains marchés, à fortiori celles qui visent à l'éviction d'entreprises¹. Cette limitation peut se faire par différents moyens, tels que les réglementations professionnelles (a), l'exigence de certaines clauses comme la clause de non-concurrence (b), ou par le boycott (c), et aussi par les pratiques de dénigrement (d)...etc.

a- Restriction de la concurrence par les réglementations professionnelles

Les conditions d'adhésion à une organisation ou à un groupement professionnel doivent être définies ou appliquées de façon objective, transparente et non discriminatoire sous peine d'être qualifiées d'entente entre les membres du groupement².

Les réglementations peuvent restreindre la concurrence quand elles dépassent les limites justifiées par l'intérêt général, tel était le cas de l'adhésion forcée à un groupement professionnel³, l'existence d'une clause dans un contrat signé entre une mutuelle et un groupement autorise les membres de celui-ci à écarter du réseau de la mutuelle d'autres distributeurs⁴, ou l'exigence d'une appartenance à un syndicat professionnel⁵...etc.

¹ Cette forme d'entente dénommée le *Verrouillage du marché* qui est un «*comportement stratégique d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises consistant à restreindre les possibilités d'accès au marché de concurrents potentiels, soit en amont..., soit en aval... .Le verrouillage du marché peut prendre des formes différentes, allant du refus absolu de passer des marchés à des formes plus subtiles de discrimination, telles que la dégradation de la qualité d'accès...* » : *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne -Antitrust et contrôle des opérations de concentration, 2002, p.52* ; sur le site : ec.europa.eu/translationspanish...glossary_competition_archived_fr.pdf

² Rapp. Cons. conc. fr. pour 2006, p. 259.

³ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.*

⁴ Cons. conc. fr., déc. n° 88-D-23, 10 mai 1988, Secteur de l'optique dans le département de la Loire, cité par R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy droit économique -concurrence, distribution, consommation*, éd. 2009, p. 420, n° 1147.

⁵ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.*

b- La clause de non-concurrence

La clause de non-concurrence est une « *clause d'un contrat par laquelle une des parties s'interdit, dans certaines limites de temps et de lieu, d'exercer une activité professionnelle déterminée susceptible de faire concurrence à l'autre partie* »¹.

Les contrats de distribution contiennent souvent des clauses de non-concurrence. Ces clauses ne constituent pas en elles même une entente prohibée, par exemple la stipulation de cette clause dans un contrat de franchise² permet d'assurer la protection du savoir faire³. La licéité de cette clause exige des conditions, elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace⁴, indispensable à l'économie du contrat⁵, et proportionnée par rapport à l'objet du contrat et à l'intérêt légitime de son créancier⁶.

c- Le boycott

C'est la forme la plus achevée de comportement d'exclusion, il a été défini comme « *...une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché* »⁷. Il était interdit *per*

¹ R. GUILLIEN et J. VINCENT, « *Lexique juridique* » Code Dalloz Etudes – Droit Commercial –, 2007, Cdom ; v. égal. M. FRISON ROCHE et S. BONFILS, *op. cit.*, p. 326.

² Le contrat de franchise est un système de commercialisation des produits ou services, basé sur la collaboration, et la répétition, conclu entre professionnels, par lequel le franchiseur autorise et oblige le franchisé à utiliser l'enseigne, la marque du produits et/ou services, et le savoir faire... en échange d'une contribution financière. Et le franchisé s'engage à exploiter cet ensemble et respecter les différentes clauses stipulées dans ce contrat... ; A. MEFLAH, *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution*, Faculté de Droit, Université d'Oran, (mémoire de magistère), 2009-2010, p. 91 et s ; J-P. TOSI, *Introduction au droit de l'entreprise*, Litec, 1990, p. 355, n° 681.

³ D. BASCHET, *La franchise – Guide pratique, conseils juridiques-*, GUALINO éditeur, 2005, p. 299, n° 565.

⁴ La limitation de la clause de non concurrence ne doit pas viser une trop longue durée ou une trop grande zone géographique. Dans ce sens, la C.J.C.E. a jugé licite la stipulation par un franchiseur d'une clause oblige le franchisé de ne pas exercer la même activité qui fait l'objet de la franchise pendant une durée raisonnable, dans une zone géographique où il exerce un membre de réseau son activité, afin de ne pas pourrait le concurrencer, à condition que la durée fixée n'excède pas ce qui est nécessaire pour réaliser son objectifs : C.J.C.E. 11 juill. 1985, Rénia-Nutriccia, note de M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats, Les contrats de distribution*, L.G.D.J, 1999, p. 608, n° 1146.

⁵ D. BASCHET, *préc.*

⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence*, *op. cit.*, p. 183, n° 240 ; aussi : Y. SERRA, *Les juges du fond doivent rechercher si la clause de non-concurrence, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'est pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat*, D., 1995, p. 205.

⁷ Cass.com., 22 oct. 2002 : Rapp. Cons. conc. fr. pour 2003, p. 249 ; le refus collectif de contracter avec autrui constitue un boycott (soit le refus d'approvisionner un clients ou l'approvisionnement auprès d'un fournisseur), à condition qu'il a pour objet d'écartier un opérateur économique du marché. Le boycott

se ¹, mais les entreprises victimes sont obligées de prouver l'intention anticoncurrentielle². Le boycott est sanctionné alors même que la victime n'est pas un opérateur concurrent³, et même s'il n'a pas été suivi d'effet⁴.

d- Les pratiques de dénigrement

L'éviction d'un opérateur économique peut être le résultat de pratiques de dénigrement de nature à jeter le doute sur les produits concurrents⁵. Ce comportement touche, en effet, les intérêts particuliers d'entreprises qui en sont victimes, et tendant à décourager les entreprises tierces de s'engager avec elles⁶.

2- Institution des entraves au progrès technique et à l'innovation

L'article 6 alinéa 2§2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence vise les ententes qui consistent à « *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique* ». Cette disposition a pour but de sanctionner toute pratique fondée sur une politique de réduction volontaire par les opérateurs économiques participants, de leur capacité de développement industriel, commercial ou financier et de leur capacité d'intervention sur le marché⁷. De telles restrictions peuvent entraver les entreprises d'intervenir sur le marché dans les conditions optimales qu'elles pourraient atteindre et dont les consommateurs pourraient légitimement profiter. Donc toute clause de nature à limiter l'offre de produits dans le marché en cause, toute

peut être justifié par l'intérêt technique, commercial, ou financier, seul est sanctionné le boycott qui a pour finalité d'exclure une entreprise: M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence, op. cit.*, p.185 et s., n° 242 et s.

¹ M. FRISON ROCHE et M. PAYET, *op. cit.*, p. 214, n° 241.

² M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, op.cit.*, p.189, n° 365.

³ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p.136, n°137.

⁴ MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, préc.*

⁵ Cons. conc. fr., déc. n° 04-D-75, du 22 déc. 2004, marchés des câbles informatiques pour réseaux câblés, BOCCRF 2005/3, p.261, note de C. ROBIN, cité par M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p. 136, v. aussi Rapp. Cons. conc. fr. pour 2004, p. 261; v. aussi M. MENOUEUR, *Une économie de marché sans concurrence, op. cit.*, p. 67.

⁶ Y. SERRA, *Action en concurrence déloyale pour dénigrement*, D. 2000, Somm. Comm., p. 311.

⁷ M. MENOUEUR, *Droit de la concurrence, Cours de magistère, préc.*

pratique qui traduit une volonté de contrôler ou retarder la production et des débouchés et le progrès technique, aussi la mise en vente de produits nouveaux permet d'écouler les stocks de produits finis ou d'amortir le matériel destiné à leur fabrication, tombent sous le coup de l'article 6 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹.

3- La répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement

Ces pratiques ont pour but d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents, elles se retrouvent souvent dans le secteur de la distribution², leurs formes sont très variées, les plus fréquentes sont : les clauses d'exclusivité (a), et par le biais des quotas (b).

a- Les clauses d'exclusivité

La répartition des marchés trouve son terrain d'élection dans les accords verticaux dont les contrats d'exclusivité. Ces clauses ne sont pas interdites *per se*. Elles sont prohibées lorsqu'elles portent atteinte à la concurrence. Pour être licites, elles doivent être objectivement nécessaires et proportionnées³.

L'exclusivité peut être promise par le distributeur ; c'est l'exclusivité d'achat ou d'approvisionnement. Cette clause oblige le distributeur à ne se fournir qu'auprès du fournisseur unique⁴. Elle peut constituer une entente dont l'objet est la répartition des clients entre les revendeurs et les acheteurs⁵.

L'exclusivité peut être promise aussi par le fournisseur; c'est l'exclusivité territoriale. Il s'agit d'accords par lesquels le fournisseur s'engage envers un distributeur à ne livrer qu'à celui-ci un produit, en vue de la revente dans un territoire donné⁶.

¹ V. dans ce sens ; H. GUERIN, *Infractions économiques-pratiques anticoncurrentielles-ententes prohibées-exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique*, Fasc. 20, JurisClasseur Pénal, 1994, vol. 3, p. 7, n° 22.

² Le contrat de distribution est un contrat de réseau. La distribution de l'automobile est presque dominé le marché de la distribution en réseau, en Algérie, comme: *RENAULT Algérie*, *SOVAC* (concessionnaire du groupe Volkswagen) et *Bavaria Motors Algérie* (concessionnaire de BMW); A. MEFLAH, *op. cit.*, p. 5.

³ MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, *op. cit.*, p. 186, n° 362.

⁴ A. MEFLAH, *op. cit.*, p. 13.

⁵ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence*, *préc.*

⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 559, n° 1066.

Il faut souligner que la clause d'exclusivité territoriale a différents degrés : simple, renforcée, et absolue. Cette dernière oblige les distributeurs de ne vendre les produits de fournisseur en dehors de son réseau¹. Une telle clause par nature a un objet anticoncurrentiel, la simple preuve de la commission des faits suffit, et ne peut être jamais justifiée.

b- Les clauses de quotas

La clause de quota d'achat ou de minima stipulée généralement par le fournisseur oblige le distributeur d'acquiescer un volume minimal de produits déterminés par elle, à condition que la quantité soit raisonnable par rapport aux besoins de fournisseur². Cette clause de quota d'achat est licite tant qu'elle ne restreint pas la concurrence³ à défaut elle sera considérée comme une entente⁴.

4- Les ententes à l'occasion d'appels d'offres publics⁵

Le secteur public est soumis à des obligations de transparence et le plus souvent aux contraintes de la législation et d'une réglementation administrative détaillée sur les marchés publics⁶. Ces règles ont été fixées pour éviter tout abus de pouvoir du secteur

¹ A. MEFLAH, *op. cit.*, p. 55.

² D. FERRIER, *op. cit.*, p.286, n° 640 ; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 601, n° 1128.

³ Il a été jugé licite, la clause de quota obligeant un concessionnaire à réaliser un pourcentage cumulé d'immatriculations au moins égal à 80% du pourcentage moyen d'immatriculations obtenu au niveau national pour les mêmes véhicules et pendant la même période même si elle est très élevée. R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZETTO, *op.cit.*, n° 3751, Cdrom.

⁴ L'art. 11 al. 3 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence a interdit la vente conditionnée par l'acquisition d'une quantité minimale lorsqu'elle est susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence.

⁵ L'appel d'offres peut être défini comme une : « *procédure de droit commun de passation des marchés publics excédant certains montants, soumise à publicité préalable, dans laquelle la personne publique choisit, sans négociations avec les candidats, l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats...* » ; R. GUILLIEN et J. VINCENT, « *Lexique juridique* » Code Dalloz Etudes – Droit Commercial –, 2007 ; Cdrom.

⁶ V. notamment le décret présidentiel n° 10-236, du 7 oct. 2010, portant réglementations des marchés publics, J.O.R.A. n° 58, p. 3, modifié et complété par le décret présidentiel n° 11-98, du 1 mars 2011, J.O.R.A. n° 14, du 6 mars 2011, p. 12 ; et l'ord. 66-159 du 8 juin 1966, portant code pénal, J.O.R.A. n° 49, du 11 juin 1966, modifiée et complétée ; de même la loi n° 06-01, du 20 fév. 2006, relative à la prévention et la lutte contre la corruption, J.O.R.A. n° 14, du 8 mars 2006.

public¹.

Les ententes anticoncurrentielles se manifestent fréquemment dans le secteur de marchés passés par l'appel d'offres publics², notamment les ententes sur les prix, la répartition des marchés soumis à l'appel d'offre, et la participation à des réunions préalablement au dépôt d'offres³. Sont sanctionnées par exemple les offres de couverture et de complaisance qui ont pour but de désigner à l'avance la future titulaire d'un marché. Ici l'entreprise désignée paraît comme la moins-distante lors de l'ouverture des soumissions⁴...etc. La simple constatation de ces comportements est sanctionnée⁵.

B/ Les ententes de nature à restreindre la liberté des concurrents

Les faits justificatifs peuvent s'étendre même aux pratiques d'ententes de nature à porter atteinte à la liberté des entreprises. Ces comportements peuvent être réalisés par

¹ L'art. 9 de la loi n° 06-01 relative à la prévention et la lutte contre la corruption, pose les principes et les procédures applicables en matière de marchés publics qui doivent être fondées sur la transparence, la concurrence loyale et des critères objectifs notamment la diffusion des informations concernant les procédures de passation de marchés publics, et l'établissement préalable des conditions de participation et de sélection ... etc. De même l'art. 3 de décret présidentiel n° 10-236, portant réglementations des marchés publics, édicte que : « *En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures, dans le respect des dispositions du présent décret* ».

² Par exemple les appels d'offres ouverts, sont plus exposés à l'entente que les appels d'offres sous pli fermé. Ils permettent aux membres d'entente de communiquer au cours de la procédure d'appel d'offres, ce qui facilite leur entente lors des enchères ; O.C.D.E., *Lutter contre les ententes dans les marchés publics*, 2008, sur le site: www.oecd.org/dataoecd/11/27/41603208.pdf –....

³ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p. 114 et s., n° 115 et s ; J. RAMBININTSOA, *Délégation de service public et Conseil de la concurrence*, Faculté de Droit, Université Paris-I Panthéon-Sorbonne, (master 2), 2007, le site : aedpa.univ-paris1.fr/IMG/pdf/dsp.pdf....

⁴ V. SELINSKY, *Entente illicite*, Fasc. 310, JurisClasseur Commercial – concurrence- consommation, 1992, vol. 2, p. 18, n° 71.

⁵ V. dans ce sens J. RAMBININTSOA, *préc.* ; aussi l'art. 175 du C. pénal modifié et complété par l'art. 60 de la loi n° 06-23, du 20 déc. 2006, J.O.R.A. n° 84, du 24 déc. 2006, qui punit toute personne empêche ou trouble, tente d'empêcher ou de troubler la liberté des enchères ou des soumissions, par voies de fait violentes ou menaces, soit avant, soit pendant les enchères ou soumissions. Aussi il condamne ceux qui, soit par dons, soit par promesses, soit par ententes ou manœuvres frauduleuses écartent ou tentent d'écartier les enrichisseurs, limitent ou tentent de limiter les enchères ou soumissions, ainsi que ceux qui reçoivent ces dons ou acceptent ces promesses.

différents moyens notamment quant à la détermination des prix (1), la fixation des conditions commerciales discriminatoires (2), et par les accords de subordination (3)¹.

1- L'entente sur les prix

Les prix de produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence (l'offre et la demande)². Afin d'éviter les dérives anticoncurrentielles, le législateur a interdit les ententes qui tendent à « *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* ». Il s'agit d'un accord entre plusieurs entreprises, par lequel elles s'entendent pour pratiquer des prix identiques afin de neutraliser l'écoulement de la clientèle, et d'augmenter ou préserver leurs marges commerciales³.

L'entente se traduit fréquemment par la cristallisation des prix (1), ou bien par une augmentation concertée⁴ (2).

a- La cristallisation des prix

Il s'agit de fixer les prix à leur niveau actuel, pour empêcher leur baisse⁵. À cet effet les opérateurs économiques peuvent s'entendre pour soit fixer un prix minimum⁶, ou

¹ V. art. 6 als. 5, 6 et 7 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

² Ce principe est consacré par le droit de la concurrence dans l'art. 4 de l'ord. n° 03-03 modifié et complété par l'art. 3 de la loi n° 10-05 du 15 août 2010, modifiant et complétant l'ordonnance n°03-03 (inspiré de l'art. 1 de l'ord. fr. n° 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence) qui dispose que : « *Les prix des biens et services sont librement déterminés conformément aux règles de la concurrence libre et probe...* » ; v. dans ce sens M. BOUDALI, *La protection des consommateurs en droit comparé, -étude comparative avec le droit français, étude approfondie en droit algérien-*, Dare el kitabe el hadite, 2006, p. 509 et s.

³A. CONDOMINES, *Le nouveau droit français de la concurrence, manuel pratique*, Jurismanager, 2^{ème} éd., 2009, le site : <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance-economique>.

⁴ Il y a d'autres pratiques punissables (dans certaines conditions) relatives à la fixation des prix telles que : la revente à perte, les prix imposés par un fabricant à ses distributeurs, les prix abusivement bas...etc. ; v. A. BRAUD, *Droit commercial, Mémento LMD*, GUALINO éd., 3^{ème} éd, 2011-2012, p. 234 et s.

⁵ Lorsque les autorités de la concurrence constatent sur un marché des variations de prix de même ampleur et aux mêmes dates, elles peuvent présumer l'existence d'une collusion explicite ou tacite entre les entreprises à condition que la concertation constitue la seule explication plausible d'un tel comportement.

⁶ V. F. NACEUR, *Les prix dans les contrats de distribution*, in *Les contrats de distribution, droit français, droit algérien, droit communautaire*, sous la direction de D. ZENNAKI et de B. SAINTOURENS, PUB, 2011,

fixer un prix sans tenir en compte les gains de productivité résultant des progrès effectués par les moyens de fabrication, soit bloquer les marges en excluant la possibilité de leur réduction, soit par la détermination des marges excessives¹...etc.

Pour que cette pratique soit constituée, le Conseil de la concurrence français exige la démonstration de l'accord de volonté conclu entre les fournisseurs (entente horizontale sur les prix de vente), ou entre le fournisseur et ses distributeurs (entente verticale sur des prix de revente), et applique la méthode traditionnelle de faisceau d'indices² et les présomptions qui permettent de penser que le prix de vente a été évoqué avec les distributeurs. Par exemple la présence à une réunion suffit dans certaines conditions à prouver la participation à l'entente³, aussi l'application effective des prix déterminés par les revendeurs, et l'existence d'un système de contrôle des prix pour assurer le fonctionnement durable d'une entente sur le prix, constitue une preuve admise⁴.

b- Pratiques des prix prédateurs

Le législateur ne limite pas la liberté des entreprises de déterminer le prix de vente de leurs produits à condition de ne pas fixer des prix prédateurs ou non équitables⁵.

Pour déterminer si les entreprises adoptent un comportement prédateur, il convient dans un premier temps d'opérer une comparaison prix/coût. Si le prix des produits vendus est inférieur à leur coût de production, de distribution, de transformation, et de leur

p. 178 ; Cons. conc., fr., déc. n° 96-D-60, plants de pomme de terre, Rapp. Cons. conc. fr. pour 1996, ann. 67, p. 558.

¹ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZETTO, *op.cit.*, p. 434 et p. 435, n° 1184 ; le Conseil de la concurrence français a considéré que l'accord interprofessionnel sur les délais de paiement est aussi susceptible d'être analysé comme une entente sur les prix : avis du Cons. conc., fr. n° 05-A-17, du 22 sept. 2005, négociation collective en matière de délais de paiement interprofessionnel, note de M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p. 124.

² E. CLAUDEL, *Entente anticoncurrentielle-Preuve*, *op. cit.*, p. 496.

³ H. GUERIN, *Infractions économiques-pratiques anticoncurrentielles en droit communautaire*, Fasc. 50, JurisClasseur Pénal, 1995, vol. 3, p.9, n° 38.

⁴ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p. 127, n° 128.

⁵ Le législateur a interdit aussi par l'art. 19 de la loi n° 04-02, fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, l'imposition des prix bas de revente ou de prestation de services par le fournisseur à ces distributeurs car elle restreint la liberté commerciale et concurrentielle des distributeurs ; F. NACEUR, *les prix dans les contrats de distribution*, *op. cit.*, p. 178.

commercialisation...etc. Mais cette condition nécessaire n'est pas suffisante. Il faut en plus établir l'existence d'un plan d'élimination (c'est uniquement si le coût variable ou marginal n'est pas couvert que l'on peut présumer un but anticoncurrentiel)¹.

Ces pratiques ont pour but d'éliminer l'entrée d'un produit ou d'une entreprise concurrente sur le marché².

2- Les pratiques discriminatoires³

L'entente peut être illustrée à travers l'exemple des pratiques discriminatoires qui ont fait l'objet d'une interdiction⁴ dans la mesure où elles affectent la libre négociabilité et soumettent ou de tentent de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁵. Cette pratique n'est pas interdite en elle-même⁶, une entreprise peut pratiquer des différenciations tarifaires entre deux partenaires dans la mesure où ces différences sont justifiées par des contreparties réelles par exemple, une remise en raison d'un volume de commande important. Il faut faire un examen concret de la pratique dans le marché où

¹ E. THAUVIN, *Les prix prédateurs*, Université Panthéon-Assas, (mémoire master 2 de droit européen des affaires), 2009-2010, p. 4 ; v. aussi M. NUSSENBAUM, *Prix prédateurs*, La semaine juridique, JurisClasseur, n°42/2010, p. 1970.

² Le législateur a cependant prévu que la prohibition ne s'applique pas dans les différents cas énumérés à l'art. 19 de la loi n° 04-02, inspiré de l'art. L. 442-4 du C. com. fr. ,il s'agit de fixer des prix prédateurs exceptionnellement à cause de la nature des produits (produit saisonnier en fin de période ou entre deux saisons, produits démodés, produits désuets, produits périssables menacés d'altération rapide, les produits soldés),ou en raison des circonstances de la vente telle que de cessation ou changement d'activité ou une vente judiciaire, ou par la diminution des prix des produits dans l'approvisionnement ou le réapprovisionnement à la baisse.

³ Ces pratiques se rencontrent fréquemment en cas d'adhésion à des associations, et dans le cadre de réseaux de distribution exclusive, où l'adhésion à ceux-ci étant souvent subordonnée à la réunion de diverses conditions. Ces conditions sont licites si elles sont objectives ; V. dans ce sens D. FERRIER, *Le refus d'agrément d'un distributeur ne peut se fonder que sur des critères qualitatifs précis et objectifs*, D. 1997, somm. comm. p. 60 ; aussi A. BRAUD, *op. cit*, p. 236.

⁴ V. les arts. 6 al. 6, et 11 als 2 et 3 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, aussi l'art 18 de la loi n°04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales. Le législateur algérien prohibe la discrimination entre les agents économiques, car l'égalité de fait reste nécessaire au développement de la concurrence.

⁵ D. ZENNAKI, *La discrimination entre les agents économiques*, in *Les contrats de distribution, droit français, droit algérien, droit communautaire*, sous la direction de D. ZENNAKI et de B. SAINTOURENS, PUB, 2011, pp. 17 et 20.

⁶ D. ZENNAKI, *La discrimination entre les agents économiques*, *ibid*.

elle prend place (par exemple le refus de contracter ou le refus de vente sans motif légitime... etc. constituent des pratiques discriminatoires)¹.

La pratique est considérée comme discriminatoire en raison du contenu de l'accord : c'est-à-dire que les conditions générales du contrat contiennent des clauses discriminatoires², ou en raison de leur application.³

3- Les accords de subordination

Sont condamnables les accords qui subordonnent « *la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* ». Il s'agit des accords dit « liés » ou « couplés »⁴.

En effet, il est contraire aux usages commerciaux de subordonner la conclusion d'un contrat à la signature d'un autre⁵. Lorsqu'un fournisseur ou revendeur subordonne la vente d'un produit ou la prestation d'un service quelconque soit à l'acceptation de quantités sans commune mesure avec les exigences normales de l'acquéreur, ou à la vente d'un autre produit ou à la prestation d'un autre service sans rapport avec le précédent, il porte atteinte à la liberté d'action des parties, et à la liberté de choix des tiers⁶.

¹ D. ZENNAKI, *La discrimination entre les agents économiques*, op.cit., p. 25 ; N. BRUNETTI, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, Université de Montpellier I, (mémoire D.E.A.), 1994-1995, p. 12.

² L. NICOLAS- VULIERNE, *Pratiques discriminatoires*, Fasc. 295, JurisClasseur Commercial- concurrence- consommation, 1997, vol. 3, p. 25, n° 187.

³ Cons. conc. fr., déc. n° 96-D-57, du 1 oct. 1996, pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, BOCC 1997, p. 42, le Conseil de la concurrence a condamné les laboratoires des produits cosmétiques pour l'application des critères de sélection de manière discriminatoires et non homogène ; note de L. NICOLAS- VULIERNE, *Pratiques discriminatoires*, op. cit., p. 25, n° 191.

⁴ La vente liée est une pratique consistant à faire dépendance de la vente ou livraison d'un bien d'une espèce de qualité déterminée, de l'obligation d'acheter un bien d'une autre qualité, ou d'en promettre d'achat : F. LONGFILS, *L'offre de produits ou de services, les pratiques du commerce*, éd. Lacier, 2008, p. 16, n° 15.

⁵ La vente liée n'est prohibée qu'en cas d'abus d'une situation de pénurie ou de besoin ; F. LONGFILS, *ibid.*

⁶ B. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, Dalloz, 1970, p. 295, n° 286.

En définitif, les comportements énumérés par l'article 6 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence constituent les pratiques les plus fréquentes pouvant enfreindre le libre jeu de la concurrence, et au même temps, peuvent bénéficier d'une exemption dans certaines circonstances. Les entreprises modernes sont aujourd'hui très imaginatives dans le jeu concurrentiel, elles utilisent des techniques très insidieuses cachant le plus souvent des pratiques anticoncurrentielles.

Section 2 : L'abus de position dominante concerné par la justification

La position dominante est la deuxième pratique anticoncurrentielle concernée par la justification¹. Pour mieux analyser cette pratique, il importe donc de préciser le contenu juridique de la notion de position dominante (paragraphe 1), et d'expliquer que celle-ci ne devient prohibée que lorsque les entreprises participantes abusent de l'exploitation de cette situation (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La notion de position dominante

L'abus de position dominante trouve une expression toute particulière dans les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, qui dispose dans son premier alinéa que : «*Est prohibé tout abus d'une position dominante ou monopolistique sur un marché ou un segment de marché tendant à...*»². Il apparaît que seul l'abus de position dominante qui est prohibé, et non le simple fait de détenir une puissance économique sur un marché. Donc pour pouvoir établir un abus, il faudra rechercher dans un premier lieu la définition de la position dominante (A), puis ses critères d'appréciation (B).

¹ Il faut signaler qu'en droit algérien et en droit français, contrairement au droit communautaire, il existe une possibilité d'exempter l'abus de position dominante sur le fondement de l'art. 9 de l'ord. n° 03-03, ou l'art. L. 420-4 du C. com. fr.

² L'art. 7 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence est inspiré de l'art. L. 420-2 al. 1 du C. com. fr. qui dispose que: «*Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées*».

A/ La définition de position dominante

L'article 3-c de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence donne une définition générale de la position dominante. Il s'agit d'une « *position permettant à une entreprise de détenir, sur le marché en cause, une position de puissance économique qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients ou de ses fournisseurs* »¹.

Selon la définition donnée par le législateur, la position dominante se caractérise par le pouvoir de jouer un rôle directeur sur le marché d'un produit ou service, aucun opérateur économique n'offrant une alternative significative aux fournisseurs, ou aux clients de l'entreprise qui est dans cette situation à cause de l'importance et la puissance économique de cette dernière par rapport à ses concurrents². Cette analyse a été estimée par le Conseil de la concurrence français, qui indique qu'un opérateur économique est en position dominante lorsqu'il est en situation de s'abstraire de la concurrence d'autres opérateurs économiques présentent sur le marché³. Donc l'existence d'une position dominante ne signifie pas que le pouvoir soit absolu pour que l'opérateur économique soit en position dominante, cette dernière n'exclut pas toute concurrence, à la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole⁴.

¹ La position dominante n'ayant été définie, ni en droit français (art. L. 420-2 du C. com. fr.), ni en droit communautaire (l'art. 102 du TFUE, anciennement l'art. 82 du traité C.E.). La jurisprudence a consacré une définition élaborée par les autorités et juridictions françaises et communautaires. Elle considère que la position dominante est : « *la situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* ». Donc c'est la même définition qui a été adoptée par le législateur algérien; C.J.C.E., 14 fev. 1978, *United Brands*, Rec. CJCE, p. 207; cité par L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 54, n° 81.

² F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMONT, *Droit commercial*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2004, p. 459, n° 592 ; v. égal. P. LAURENT, *Abus de position dominante, notion de position dominante*, Fasc. 560, JurisClasseur Commercial – concurrence- consommation, 2006, vol. 3, p. 2, n° 3.

³ Cons. conc. fr., déc. n° 02-D-61, du 27 sept. 2002 ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2002, p. 210.

⁴ C. GRYNFOGEL, *Doit communautaire de la concurrence*, *op. cit.*, p. 96.

Au regard de cette définition, il apparaît dans un premier lieu que la position dominante ne peut émaner que d'une seule entreprise¹, mais cette position aussi peut être réalisée sous une forme collective, il s'agit notamment d'un ensemble créé par une société mère et ses filiales détenant une importance économique sur le marché en cause², ou être la conséquence d'un accord entre des entreprises parties à l'entente³.

B/ Les conditions et critères de la position dominante

Le législateur avait expressément défini les critères d'évaluation de la domination économique des marchés dans le décret exécutif n° 2000-314⁴.

La position dominante se caractérise par l'indépendance de comportement et découle d'une situation de puissance économique, dérivant elle-même de la réunion de différents indices⁵. Parmi ceux-ci, il y a des indices relatifs à l'entreprise en position dominante (1), et d'autres relatifs à la part du marché détenue par l'entreprise concernée (2).

1- Le titulaire de la position dominante

La position dominante peut être le fait soit d'une entreprise seule ; c'est la position dominante individuelle (a), soit d'un groupe d'entreprises intervenant sur le marché en cause ; c'est la position dominante collective (b).

¹ À la différence de l'art. 6 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, l'art. 7 de la même ord. vise les pratiques mises en œuvre par « *une entreprise ou un groupe d'entreprises* ». Ceci s'explique par la nature des pratiques interdites : les abus de position dominante résultant d'un pouvoir de marché, ils ne peuvent être commis que par une ou plusieurs entreprises.

² M.HARRAT, *op. cit.*, p. 72.

³ Z. SBAÏ, *op. cit.*, le site [www.memoireonline.com...m_frontieres-entente-abus-de-position- ...](http://www.memoireonline.com...m_frontieres-entente-abus-de-position-...)

⁴ Décret exécutif n° 2000-314, du 14 oct. 2000, définissant les critères conférant à un agent économique la position dominante ainsi que ceux qualifiant les actes constituant des abus de position dominante, J.O.R.A. du 18 oct. 2000, n° 61, p. 12, abrogé par l'art. 73 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

⁵ Les critères de la détermination de la domination d'une entreprise sont prévus dans l'art. 2 du décret exécutif n° 2000-314, sont notamment :

- « - *La part du marché détenue par l'agent économique comparée à celle qui est détenue par chaque agent économique situé sur le même marché.*
- *Les avantages légaux ou techniques dont dispose l'agent économique en cause.*
- *Les liens financiers, contractuels ou de fait qui lient l'agent économique à un ou plusieurs agents économiques et qui lui procurent des avantages de toute nature.*
- *Les avantages de proximité géographique dont bénéficie l'agent économique en cause.*».

a- La position dominante individuelle

Dans la très grande majorité des cas, la position dominante est occupée par une seule entreprise, c'est pourquoi le législateur a adopté un statut juridique propre aux abus de position dominante et monopoles ainsi qu'à leurs abus, indépendamment des ententes ou des opérations de concentration d'entreprises¹.

La notion d'entreprise dans le cadre de l'article 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, ne pose aucune difficulté particulière², mais contrairement aux pratiques d'ententes, qui s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution ou de services fait tant par les entreprises, associations, syndicats professionnels, organismes, ...etc.³, la position dominante ne peut être détenue que par une entreprise ou un groupe d'entreprises qui exercent une « *activité commerciale, économique ou spéculative* »⁴, quel que soit sa nature, soit une personne privée ou une personne publique, dans la mesure où l'Etat a conféré des droits spéciaux ou exclusifs à celle-ci, et à condition que les activités exercées par la personne publique soient des activités économiques (la production, distribution ou de service...etc.)⁵.

L'entreprise unique ne signifie pas forcément une personne juridiquement *isolée*. Il peut s'agir aussi d'un ensemble constitué par une société mère et ses filiales dès lors que ces dernières ne jouissent pas d'une autonomie réelle de décision⁶.

¹ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.*

² V. l'art. 3 (a de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, modifié par l'art. 3 de la loi 08-12.

³ Sur la notion d'entreprise, v. supra. p. 15 et s.

⁴ Cass. crim., du 25 nov. 1992, n° 91-83.512, Bull. crim., n° 389, p. 1068, JCP éd. G. 1993, IV, p. 69, n° 595, la chambre criminelle de la Cour de cassation française a jugé qu'un organisme gérant un régime légal d'assurance vieillesse (ce régime fût-il complémentaire ou facultatif) selon les principes de répartition et de solidarité nationale énoncés par le Code de sécurité sociale, échappait à l'application de l'art. L. 420-2 du C. com. fr : note de R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, p. 446, n° 1207.

⁵ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *ibid.* ; P. LAURENT, *op. cit.*, p.4, n° 32.

⁶ On ne peut pas condamner sur le fondement de l'art. 6 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, une filiale ou un succursale quand ils appliquent les directives de leur société mère à cause de l'absence de la condition relative à la pluralité des parties, tandis qu'en matière d'abus de position dominante, on peut les sanctionnés dès lors qu'ils abusent de leur position sur le marché de référence ; v. supra. pp. 17, 18.

Il peut également s'agir selon l'article 17 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹, d'un abus qui est le fait du fusionnement de deux ou plusieurs entreprises indépendantes pour constituer une seule entreprise ; c'est la concentration de la puissance économique².

Il y a concentration lorsque plusieurs entreprises procèdent à la fusion, ce qui entraîne la perte de leur indépendance juridique, ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises détiennent le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises, ce qui fait perdre à ces dernières leur indépendance économique. Ces hypothèses sont visées par l'article 15 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence³.

Le législateur attribue la compétence au Conseil de la Concurrence en la matière⁴. En effet, les agents économiques⁵ doivent notifier au Conseil de la concurrence leurs opérations de concentration lorsqu'elles sont de nature à porter atteinte à la concurrence

¹ L'art. 17 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence dispose que « *Les concentrations qui sont de nature à porter atteinte à la concurrence en renforçant notamment la position dominante d'une entreprise dans un marché, doivent être soumises par leurs auteurs au Conseil de la concurrence qui prend une décision dans un délai de trois mois* ».

² CH. BOLZE, *Règles de concurrence, Contrôle des concentrations entre entreprises, Création d'une position dominante, Engagements préalables de déconcentration, Compatibilité (oui)*, RTD Com., 1994, p. 168, Cdrom.

³ L'art. 15 de l'ord. n° 03-03 dispose que « *Aux termes de la présente ordonnance, une concentration est réalisée lorsque :*

- *1° deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent,*
- *2° une ou plusieurs personnes physiques détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou bien, une ou plusieurs entreprises, acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou par tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises,*
- *3° la création d'une entreprise commune accomplissant, d'une manière durable, toutes les fonctions d'une entité économique autonome».*

⁴ Les opérations de concentration susceptibles de porter atteinte à la concurrence doivent être faire l'objet d'une demande d'autorisation par leurs auteurs auprès du Conseil de la concurrence. Les conditions d'obtention de cette autorisation, et les formulaires (formulaire de la demande d'autorisation, et le formulaire de renseignements relatif à une opération de concentration) sont prévus dans le décret exécutif n° 05-219, du 22 juin 2005 relatif aux autorisations des opérations de concentration, J.O.R.A. n° 43, du 22 juin 2005, p. 3, v. notamment les arts. 2 et 3.

⁵ Le titulaire d'une position dominante peut être un fournisseur, ou des distributeurs sous la forme d'une centrale d'achat. Cette dernière, est un groupement de commerçants (distributeurs) contracteront pour améliorer leur approvisionnement, constituée sous la forme d'une société ou d'un groupement d'intérêt économique. Ce groupement peut instituer par des distributeurs isolés ou entre distributeurs appartenant au même réseau, il présente un caractère fonctionnel, les distributeurs sont des associés ou des membres de l'entité constitutive de la centrale ; D. FERRIER, *Manuel, Droit de la distribution, op. cit.*, p. 352, n° 352.

et qu'elles atteignent un seuil de plus de 40% des ventes ou achats à effectuer sur un marché¹.

b- La position dominante collective

Il arrive cependant que la position dominante soit collective, c'est le cas où elle est le fait de deux ou plusieurs entités économiques juridiquement indépendantes l'une de l'autre qui se présentent sur le marché en cause comme une entité économique collective, unies entre elles par des liens de natures diverses permettent d'adopter une même ligne d'action sur le marché, et non sous leurs forme individuelle².

Les droits français et communautaire de la concurrence font expressément état de cette forme de position dominante³, tandis que le droit algérien admet dans l'article 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, l'exploitation abusive d'une position dominante par « *une entreprise* »⁴. On peut déduire que les rédacteurs des ordonnances algériennes de la concurrence de 1995⁵, et de 2003 ont eu recours à la même conception de la position dominante que celle adoptée par le législateur français dans l'article 8 de l'ordonnance de 1986⁶.

La notion de position dominante collective couvre non seulement des groupes de sociétés (société mère et ses filiales) (1°), mais aussi des entreprises factuellement interdépendantes (2°).

¹ V. l'art. 18 al. 1 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

² E. CLAUDEL, *Abus de position dominante collective : le difficile apprentissage d'une notion qui se cherche*, RTD com., 2002, p. 293, Cdrom.

³ L'art. 102 du T.F.U.E. (anciennement l'art. 82 du traité C.E) admet que la position dominante soit détenue par « *une ou plusieurs entreprises* », tandis que l'art. L. 420-2 du C. com. fr. fait référence, d'une façon sans doute plus étroite, à la détention « *par un groupe d'entreprises* » d'une position dominante.

⁴ Même l'art. 3 -c de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence quand il définit la position dominante fait mention de la détention de cette dernière par une seule entreprise.

⁵ V. l'art. 7 de l'ord. n° 95-06, du 25 janv. 1995, relative à la concurrence. Cette ordonnance a été remplacée en 2003 par l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence.

⁶ L'art. 8 de l'ord. fr. n° 86-1243, relative à la liberté des prix et de la concurrence, édicte que « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ...* ».

1° - Le groupe de sociétés ou d'entreprises :

Le groupe d'entreprises est un ensemble d'unités supportées par des personnes morales soumises à un contrôle commun par les liens financiers qui les unissent¹. Il faut analyser concrètement les liens entretenus et les rapports existant entre la société mère et ses filiales, car la simple appartenance à un groupe n'est pas suffisante pour considérer que le groupe constitue une seule entreprise².

L'indépendance de décisions en matière économique est assurée lorsqu'il existe une autonomie commerciale et financière, suffisante et réciproque entre la société mère et ses filiales. La jurisprudence française affirme l'autonomie des filiales si elles définissent leur stratégie commerciale, financière, et technique et qui peuvent se libérer du contrôle hiérarchique de la société mère³. Dans ce cas la société mère et ses filiales forment un groupe d'entreprises, et la position dominante occupée par celles-ci est collective et non individuelle.

2° La position dominante réalisée par le biais d'ententes

La domination collective peut être le résultat d'un accord ou de lien juridique entre des entreprises suffisamment indépendantes les unes par rapport aux autres pour décider de leur comportement de façon autonome, cette concertation peut accorder à ces parties une puissance économique sur le marché en cause⁴. Par conséquent, on peut affirmer que s'il existe un lien entre la position dominante et l'entente, les articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, peuvent être qualifiés de complémentaire dans la mesure où ils poursuivent l'un et l'autre un but général commun.

¹ S. BELMONT, *Abus de position dominante collective*, Fasc. 562, JurisClasseur Commercial- concurrence- consommation, 2003, vol. 3, p. 7, n° 10.

² S. BELMONT, *op. cit.*, p. 7, n° 14.

³ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, pp. 66, 67, n° 64.

⁴ J-B BLAISE, *Abus de position dominante*, *op.cit.*, p. 17, n° 142 et s.

Une entente peut aboutir à attribuer une position dominante à ses parties grâce à leur concertation, donc l'entente est susceptible de donner à ses membres la possibilité d'abuser d'une position dominante collective¹.

2- Le marché en cause

Le marché pertinent est à la base des analyses de droit de la concurrence, sa détermination peut apparaître comme un préalable à toute analyse concurrentielle.

La notion du marché a une dimension géographique et une composante matérielle, fondée sur la notion de substituabilité de produits ou services². Le critère principal pour la détermination du marché est celui de la substituabilité de la demande. Il s'agit de chercher s'il y a des solutions alternatives de rechange raisonnables et perceptibles par les utilisateurs³.

Ainsi la substituabilité de l'offre est retenue pour délimiter le marché pertinent dans la mesure où les offres des entreprises concurrentes pourront satisfaire les besoins des utilisateurs. La substituabilité de l'offre suppose donc ici une situation de concurrence suffisamment directe et effective entre les produits dominants, et ceux qui sont substituables⁴.

L'appréciation de la position dominante passe par la vérification d'un pouvoir d'influence dont l'appréciation relève du seuil à partir duquel un agent économique

¹ A. BIGARE, *L'aspect transversal de la notion d'abus de position dominante en droit communautaire de la concurrence*, Université Jean Moulin, Lyon III, (mémoire DEA de droit communautaire), 1998-1999, p. 57 et s.

² Comme on a vu lors de l'examen des conditions de mise en œuvre de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles, le marché a été défini comme étant « *tout marché des biens ou services concernés par une pratique restrictive, ainsi que ceux que le consommateur considère comme identiques ou substituables en raison notamment de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés, et la zone géographique dans laquelle sont engagées les entreprises dans l'offre des biens ou services en cause.* » ; art. 3 -b de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

³ V. l'art. 3-c de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence ; v. aussi Ph. le TOURNEAU, *La concession commerciale exclusive*, ECONOMICA., 1994, p. 74

⁴ A. CONDOMINES, *préc.*, le site : <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance-economique>.

pouvait être considéré en position dominante¹ (a), ou en position monopolistique si les parts de marché détenues par l'entreprise est très importantes (b).

a- Les parts de marché

La part de marché constitue un des principaux critères de la détermination de la position dominante², elle sera écartée si l'entreprise concernée détient une faible part du marché en cause (de l'ordre de 6 à 10%)³, à contrario, si elle est très importante (au-delà d'environ 50%), elle constitue un indice important et nécessaire sans être, sauf exception, suffisant⁴.

Le calcul des parts de marché oblige à vérifier s'il existe d'autres concurrents qui produisent les mêmes produits ou les produits substituables⁵.

Evidemment le législateur n'a pas fixé un chiffre précis⁶, mais selon la décision n° 6⁷ de l'A.R.P.T. (autorité de régulation de la poste et des télécommunications)⁸ le seuil de la

¹ Z. AREZKI, *La protection du consommateur dans le cadre de la libre concurrence*, Faculté de Droit, Université de Tizi-Ouzou, (mémoire de magistère), 2010-2011, p. 101.

² La part des ventes réalisées (sur le marché des registres et piqûres qui était évaluée à 89 %) est le seul indice à partir duquel a été démontrée que la société Exacompta était en position dominante sur ce marché, Cons. conc. fr., déc. n° 99-D-32.

³ M. FRISON ROCHE et M. PAYET, *op. cit.*, p. 123, n° 123.

⁴ A. CONDOMINES, *préc.*, le site : <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance-economique> ; La Commission européenne a été jugé que la possession d'une part de marchés de 70% à 80% suffit à elle seule pour démontrer l'existence d'une position dominante ; note de H.GUERIN, *Infractions économiques-pratiques anticoncurrentielles en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 23, n° 90.

⁵ A. MOHAMMED CHALABI, *L'organisation juridique de la concurrence et la prohibition de monopole, étude comparative*, el-maktab el-hadite, 2008, p. 48 et s.

⁶ C'est la même position qui a été adopté en droits français et communautaire. Les autorités estiment que la détention du 23% des parts de marché n'est pas suffisante pour démontrer l'existence d'une position dominante, Cons. conc. fr., déc. n° 07-D-12, du 28 mars 2007, pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma, ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2007, p. 215 ; L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 56: il avait position dominante si l'entreprise avait plus de 50% de part de marché, elle est possible si elle avait 40% et peu probable en dessous de 25%.

⁷ Déc. n°6/SP/PC/ARPT, du 6 fév. 2007, déclarant l'opérateur ORASCOM TELECOM ALGERIE (OTA) en position dominante.

⁸ L'évolution récente du secteur des télécommunications est caractérisée par une libéralisation favorisant la concurrence par la participation des entreprises privées au secteur. Ce secteur fait aujourd'hui l'objet d'une réglementation strictement encadrée. La régulation de ce secteur a été confiée à l'A.R.P.T., cette dernière est une autorité administrative indépendante jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, elle a pour mission :

part du marché détenu par l'opérateur ORASCOM TELECOM ALGERIE (OTA), permet de le considérer en position dominante sur le marché de la téléphonie mobile au public de type GSM. L'A.R.P.T. a justifié cette décision par les arguments suivants :

- un *indicateur quantitatif* considéré comme étant un critère principal pour évaluer la puissance des entreprises sur les marchés pertinents¹ ;
- le nombre d'abonnés d'OTA à la fin du mois de décembre 2006, a excédé les 10 millions, soit exactement selon les informations transmises par lui aux services de l'A.R.P.T., 10. 530.826 abonnés.
- OTA détient, à la fin du mois de décembre 2006, sur le marché du service de la téléphonie mobile au public de type GSM, une part en nombre d'abonnés *supérieur à 50%*.

L'examen de la part de marché est regardé comme nécessaire pour prouver l'existence de la position dominante, sans être, sauf exception, suffisant. Il doit être complété par l'analyse d'autres indices complémentaires² relatifs notamment à la nature des pratiques de l'entreprise ou du groupe d'entreprises concernés et la structure du marché tels : la taille moyenne des entreprises, le nombre d'opérateurs concurrents sur le marché en cause, l'existence des obstacles à l'entrée sur ce marché, les caractéristiques du produit, la nature de l'offre émanant de l'entreprise, l'importance du réseau de revendeurs de l'entreprise en cause et sa politique de production et son système de distribution, l'absence d'une concurrence potentielle³,...etc.

« -de veiller à l'existence d'une concurrence effective et loyale sur le marché postal et des télécommunications en prenant toutes mesures nécessaires afin de promouvoir ou de rétablir la concurrence sur ces marchés... » ; L'art. 13 de la loi 2000-03, du 5 août 2000, fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, J.O.R.A. n° 48, du 6 août 2000, p. 3.

¹ Selon l'art. 4 du décret exécutif n° 2000-314, la part de marché détenue par un opérateur économique est évaluée à partir du chiffre d'affaires qu'il réalise par rapport au chiffre d'affaires total du marché de référence, donc c'est l'analyse qui a été adopté par l'A.R.P.T. malgré que le décret exécutif n° 2000-314 a été abrogé avant l'émanation de cette décision.

² En réalité, moins que la part de marché occupée par l'opérateur économique est élevée, plus que le rôle des indices complémentaires est important, à l'inverse si la part de marché est plus faible, la position dominante ne peut être détenue par cet opérateur.

³ V. l'art. 2 du décret exécutif n° 2000-314 (abrogé) ; et Ph. le TOURNEAU, *La concession commerciale exclusive*, *op. cit.*, p. 74 ; aussi M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, *op. cit.*, p. 377, n° 194.

b- L'importance de la part du marché détenue par l'entreprise dominante

La part du marché est un indice très important dans le cas où un opérateur détient la totalité ou le quasi totalité du marché, ce seul suffit à établir qu'il détient une position dominante¹ au sens de l'article 7 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence.

- La situation de monopole

Le cas de position dominante le plus caractérisé est la position de monopole, à fortiori si cette situation n'est pas ponctuelle mais résulte de la difficulté pour d'autres opérateurs d'entrer sur le marché (existence de barrières de nature réglementaire, technologique ou autres...) ou de fusions entre plusieurs entreprises², ...etc.

Le monopole désigne la situation où l'entreprise détient la totalité ou la quasi-totalité³ des parts du marché. En d'autres termes, il y a de nombreux acheteurs et un seul vendeur ou fournisseur (monopoleur) n'ayant pas à subir la concurrence d'autres producteurs⁴. Cette situation se caractérise par la concentration de la puissance économique, et l'absence de toute concurrence, ce qui signifie que la production est normalement inférieure et les prix supérieurs à ce qu'ils seraient dans des conditions concurrentielles⁵.

À côté de la situation de monopole il existe l'oligopole qui désigne le cas où il y a un petit nombre de vendeurs concurrents.

On notera toutefois que l'existence d'un monopole peut recouvrir deux hypothèses, la première est celle d'un *monopole légal ou monopole de droit*⁶, occupé par une entreprise

¹ Rapp. Cons. conc. fr. pour 2010, p. 239.

² A. BIADE, *Gestion du passage d'un quasi monopole à une situation de forte concurrence : Cas de la Société Centrale Des Boissons Gazeuse (SCBG)*, Institut Supérieur de Commerce et d'Administration des entreprises, (mémoire de mastère en Contrôle de Gestion), 2003, p. 10 ; pour une idée plus détaillée sur la notion de monopole, v. A. MOHAMMED CHALABI, *op. cit.*, p. 6 et s.

³ On parle de quasi-monopole lorsqu'un vendeur domine très largement le marché, c'est-à-dire que l'opérateur occupe la quasi-totalité des parts du marché.

⁴ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.*

⁵ *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne - Antitrust et contrôle des opérations de concentration, op. cit.*, p. 35.

⁶ Electricité de France (EDF), qui disposait, à l'époque des faits, d'un quasi-monopole sur la production et la distribution d'électricité résultant en partie de dispositions légales, détenait une position dominante

publique au privé à la faveur des dispositions légales (fixées par la loi ou par un organisme réglementaire) pour atteindre des objectifs déterminés¹. L'entreprise bénéficiant d'un droit exclusif dispose d'un monopole dans la production, ou la distribution, ou dans la fourniture de services, qui exclut toute possibilité de choix pour l'utilisateur². Cette situation peut laisser augurer une influence de l'Etat sur les décisions de l'entreprise. La deuxième correspond à l'existence des circonstances de pur fait ; c'est le *monopole de fait ou monopole naturel*, qui résulte de l'existence d'une entreprise unique qui peut fournir l'ensemble du marché³, tout en étant plus compétitive que si elle avait des concurrents⁴. C'est le cas notamment lorsque la production nécessite de lourdes infrastructures, on trouve par exemple: le monopole dans le secteur de la distribution d'électricité et de gaz⁵, l'eau⁶,... etc.

Les monopoles naturels ou de fait sont souvent confiés dans les services publics⁷. Des situations de monopole naturel peuvent néanmoins disparaître du fait d'évolutions

sur le marché de l'électricité ; Cons. conc. fr., déc. n° 02-D-34 : note de Rapp. Cons. conc. fr. pour 2002, p. 211.

¹ S. ABOU SALAH, *L'exploitation abusive de position dominante dans les relations commerciales*, Dar el nahda el arabia, 2005, p.3 ; v. aussi : A. MOHAMMED CHALABI, *op. cit.*, p. 12.

² M. VAN DER WOUDE et Th. DUQUESNE, *Abus de position dominante*, Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit communautaire, t. I, 2000, p. 5, n° 34.

³ Il est notable que le marché de référence est caractérisé par l'absence de toute substituabilité de l'offre en cas de situation de monopole.

⁴ S. ABOU SALAH, *op. cit.*, p. 42 et s., n° 16 ; A. MEFLAH, *op. cit.* p. 26.

⁵ V. l'art. 29 de la loi n° 02-01, du 6 fév. 2002, relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, J.O.R.A. n° 8, du 6 fév. 2002, p. 4, qui dispose que : « *Le réseau de transport de l'électricité est un monopole naturel. Sa gestion sera assurée par un gestionnaire unique. Le gestionnaire du réseau de transport de l'électricité bénéficie d'une autorisation d'exploiter délivrée par le ministre chargé de l'énergie, après avis de la commission de régulation. Cette autorisation est incessible* ». Aussi l'art. 35 de la même loi énonce que la gestion du système de production-transport de l'électricité est confiée à *un gestionnaire unique* dénommé opérateur du système.

⁶ Cons. conc. fr., déc. n° 05-D-58, relative au secteur de la distribution de l'eau en Île de France, la société Lyonnaise des Eaux bénéficie d'un monopole de fait sur le marché amont de la fourniture d'eau en gros pour les 55 communes desservies par le réseau d'approvisionnement privé en sa possession, ainsi que celui du Syndicat des Eaux d'Île de France, en monopole de fait sur le marché de la fourniture d'eau aux consommateurs situés sur son territoire ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2005, p. 273.

⁷ Le monopole naturel ou de fait peut être confié à l'entreprise personne publique, ou personne privé ; S. ABOU SALAH, *op. cit.*, pp. 44, 45, n° 16 ; égal. A. MOHAMMED CHALABI, *op. cit.*, p. 12.

technologiques, c'est le cas des télécommunications avec l'arrivée de la téléphonie mobile par rapport aux lignes de cuivre.

Paragraphe 2 : L'exploitation abusive de la position dominante

La position dominante n'est pas interdite en elle-même, seule l'utilisation abusive de celle-ci est passible de sanctions ou d'exemption. Donc, pour être mieux cernée, la notion appelle au préalable des précisions sur son contenu juridique et sur ses éléments constitutifs de l'abus (A), qui ne peut être sanctionné que s'il y a un lien de causalité entre l'abus et l'entrave à la concurrence (B).

A/ Les comportements constitutifs d'abus

Le législateur n'a pas défini l'exploitation abusive de la position dominante, il suffit d'interdire cette pratique lorsqu'elle a pour finalité de porter atteinte à la concurrence, il lie la prohibition à la notion d'abus (1), puis il se borne à donner des exemples dont l'énumération n'est pas limitative (2).

1-La notion d'abus

Le législateur algérien n'a pas donné une définition de ce qu'est un comportement abusif¹, il énonce quelques exemples des comportements considérés comme abusifs². C'est la doctrine³ et la jurisprudence qui, dans de nombreuses décisions, ont clarifié cette notion⁴. L'exploitation abusive de la position dominante fait l'objet d'une double définition, la première vise l'abus de structure (a), et la deuxième concernant l'abus de comportement (b).

¹ Les droits français (v. l'art. L420-2 du C. com. fr.), et communautaire (l'art. 102 du T.F.U.E.) visent également l'exploitation abusive d'une position dominante, mais ne la définissent pas.

² En analysant l'art. 7 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, on s'aperçoit que le critère d'appréciation de l'existence ou non d'un abus de position dominante n'est pas clair.

³ R. JOLIET, *monopolisation et abus de position dominante*, RTD eur., p. 645, cité par L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 113, n° 160.

⁴ Cons. conc. fr., déc. n° 05-D-13, pratiques mises en œuvre par le Groupe Canal Plus, Rapp. Cons. conc. fr. pour 2005, p. 275.

a- L'abus de structure

L'abus de structure permet de viser des troubles immédiatement subis par l'entreprise dominante sur la structure de marché, ainsi que les altérations résultant de l'effet ou l'atteinte apportée sur les conditions d'exercice et l'intensité de la concurrence sur le marché¹. En d'autres termes, cette conception vise les comportements d'une entreprise qui ont pour but d'exclure des concurrents actuels ou potentiels². Cette notion a prévalu dans l'arrêt *Continental Can*, où la Cour de justice de la communauté européenne avait jugé que la création ou le renforcement d'une position dominante constitue elle-même un abus³.

L'abus de structure est défini par la Cour de justice de la communauté européenne comme « ...*les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la position dominante de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence* »⁴.

Cette conception d'abus présente un caractère économique objectif, pour cette raison elle est critiquable, car elle conduit à prohiber la simple conservation ou renforcement d'une position dominante⁵.

¹ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 206, n° 190.

² M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *ibid.*

³ Dans cette affaire la C.J.C.E. a estimé que la société américaine et sa filiale allemande qui fabriquent des emballages métalliques, quand elles avaient envisagé d'augmenter de 10 à 90% leur participation dans une société néerlandaise, fabriquant les mêmes articles. Cet arrangement était constitutif d'un abus de position dominante, et supprimant presque toute concurrence effective, car il renforce leur position dominante sur ce marché ; C.J.C.E., 12 fév. 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, Rec. p. 215 ; note de C. GRYNFOGEL, *droit communautaire de la concurrence, op. cit.*, p. 106.

⁴ C.J.C.E, aff. n°85/76, *Hoffmann La Roche*, 13 février 1979, Rec. C.J.C.E., p. 461; cité par Ph. LAURENT, *Abus de position dominante, Exploitation abusive*, Fasc. 561, JurisClasseur Commercial – concurrence-consommation, 2001, vol. 3, p. 2, n° 1.

⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit.*, p. 199, n° 388.

b- L'abus de comportement ou de résultat

L'abus de comportement vise tous actes d'un agent économique en situation de position dominante, par lesquels il cherche à profiter de cette situation pour obtenir des avantages au détriment d'un partenaire (de ses clients, ou fournisseurs), qu'une concurrence effective n'aurait pas permis¹.

À la différence de l'abus de structure, l'abus de comportement présente un caractère juridique ou subjectif, pour être sanctionnée il faut prouver que l'entreprise a effectivement exploité sa position dominante².

Les droits algérien et français gardent une notion dualiste de l'abus ; ils adoptent la conception de *l'abus de structure* quand ils sanctionnent les comportements ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'exclure des concurrents existant, ou faire obstacle à l'arrivée d'une nouvelle entreprise sur le marché, et au même temps ils maintiennent la conception de l'abus de comportement quand ils prohibent les pratiques d'une entreprise qui ne pourrait faire sans compromettre son propre intérêt, ou sans la détention d'une position dominante sur le marché concurrentiel³.

La notion d'abus est objective et n'implique pas l'intention anticoncurrentielle, ou une fraude de la part de l'entreprise dominante, une pratique ne sera considérée comme abusive que si elle a pour but de fausser ou limiter la concurrence⁴.

2- Les divers cas d'abus de position dominante susceptibles d'être justifiés

Après l'exposé de la notion d'abus, il convient de souligner que l'interdiction n'a lieu que s'il y a une atteinte à la concurrence au moyen d'une exploitation de la position dominante ayant un caractère abusif.

¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, ibid.*

² L. NICOLAS-VULIERNE, *Droit de la concurrence, op. cit.*, p. 211, n° 309.

³ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit.*, p.200, n° 390.

⁴ A. BIGARE, *op. cit.*, p. 46, 47.

L'article 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹ énumère une liste non limitative des pratiques anticoncurrentielles considérées comme des abus de position dominante² et susceptibles d'être exemptées.

La liste des exemples fournit par l'article 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence est la même de celle que l'article 6 de la même ordonnance, cependant, ce dernier concerne les ententes anticoncurrentielles, tandis que le premier vise les pratiques unilatérales d'entreprises détentrices d'une position dominante ou monopolistique.

On peut regrouper les abus sous deux catégories de comportements anticoncurrentiels, le premier relatif à des pratiques ayant pour objectif d'évincer un concurrent ou visant à octroyer à l'entreprise dominante un avantage outré (a), et le deuxième concernant les abus dans la fixation des prix (b).

a- Les comportements d'exclusion

D'une manière générale, sont considérés comme abusifs tous les comportements excédant les limites d'une concurrence normale de la part d'une entreprise en position dominante et qui ne trouvent d'autre justification que l'élimination des concurrents effectifs ou potentiels ou l'obtention d'avantages injustifiés³. Les pratiques d'éviction

¹ L'art. 7 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence dispose que : « *Est prohibé tout abus d'une position dominante ou monopolistique sur un marché ou un segment de marché tendant à :*
-limiter l'accès au marché ou l'exercice d'activités commerciales ;
-limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
-répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
-faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
-appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
-subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

² L'art. L. 420-2 al. 1 du C. com. fr. donne d'autres exemples des comportements anticoncurrentiels ; il peut s'agir d'un refus de vente, ventes liées, de conditions de ventes discriminatoires, ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées, donc les exemples des pratiques abusives illustrées par l'art. 7 au dessus de l'ordonnance algérienne n° 03-03 relative à la concurrence, sont nombreuses par rapport aux celles qui mentionnées par l'art. L. 420-2 al. 1 du C. com. fr.

³ Les pratiques d'exclusion sont des comportements émanant d'un opérateur en position dominante fondé sur des considérations autres que l'exercice d'une véritable concurrence et tendant à évincer ses concurrents : M. MENOUEUR, *Droit de la concurrence*, cours de licence, préc.

des concurrents peuvent revêtir différentes formes¹, nous traiterons les plus importantes telles que ; la clause d'exclusivité d'approvisionnement (1°), et les autres pratiques relatives aux conditions de la transaction (la discrimination, les refus de vente ou de prestations de services, et la rupture brutale des relations commerciales sans motifs légitime ...) (2°).

1° La clause d'exclusivité d'approvisionnement

Les accords d'exclusivité sont potentiellement abusifs. Le partenaire ou le client est ainsi contraint d'acheter des produits qui ne sont fournis que par l'entreprise dominante. La stipulation de cette clause tentera de fidéliser les distributeurs, et de renforcer la position concurrentielle de l'entreprise dominante².

Le législateur algérien à travers l'article 6 de la loi n° 08-12³, prohibe tout contrat attribuant à son titulaire une exclusivité dans l'exercice de son activité, tandis que l'article 10 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, avant son modification⁴, interdit tout contrat d'achat exclusif qui entraîne des situations monopolistiques sur un marché, dans la mesure où il affecte le libre jeu de la concurrence. De même, on analysant l'article 7 de l'ordonnance n° 03-03, on constate que le fait qu'un opérateur dominant conclut des contrats lui conférant une exclusivité n'est pas en soi abusif. Donc il faut que le législateur algérien intervient pour régler ces contradictions qu'existent entre les dispositions des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence (qui permettent l'exclusivité) et l'article 6 de la loi n° 08-12.

¹ Pour plus ample des informations sur différents types des comportements constitutifs d'abus de position dominante : v. E. THAUVIN, *op. cit.*, pp. 10, 11.

² M. VAN DER WOUDE et Th. DUQUESNE, *op. cit.*, p. 15, n° 109.

³ L'art. 6 de la loi 08-12, du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'art. 10 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, dispose que « *Est considéré comme pratique ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence et interdit, tout acte et/ou contrat, quels que soient leur nature et leur objet, conférant à une entreprise une exclusivité dans l'exercice d'une activité qui entre dans le champ d'application de la présente ordonnance* ».

⁴ L'art. 10 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, avant son modification, dispose que « *Est considéré comme pratique ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence, tout contrat d'achat exclusif conférant à son titulaire un monopole de distribution sur un marché* ».

2° Les pratiques abusives relatives aux conditions de transaction

L'article 7 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence sanctionne l'abus qui consiste à appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence¹. On peut rencontrer diverses situations pouvant constituer des pratiques discriminatoires envers les partenaires commerciaux, parmi celles-ci il y a les discriminations qui avantagent certains acheteurs ou fournisseurs au détriment d'autres acheteurs ou fournisseurs², elles peuvent aussi consister en un refus de vente ou de prestations de services³, une rupture brutale des relations commerciales, la vente liée⁴ ...etc.

¹ v. déc. Cons. conc. alg. n° 99, du 23 juin 1999, affaire du ministre du commerce contre l'ENIE (Entreprise Nationale des Industries Électroniques). Le Conseil de la concurrence a sanctionné l'ENIE à une amende pécuniaire de l'ordre de 4.348.560,00 DA pour abus de position dominante et pratiques discriminatoires envers ses partenaires commerciaux. Les pratiques abusives exploitées par l'ENIE présentées comme suit : ...

- approvisionnement sélectif des clients (satisfaction excédentaire des commandes de certains clients au détriment d'autres qui n'étaient pas desservis) ;
-discrimination dans les modalités de paiement approuvées aux clients puisque certains ne devaient payer qu'une avance réduite de 19 % par rapport au prix total alors que les autres acheteurs se voyaient appliquer un taux de 30 % ;... : O.C.D.E., *Questionnaire sur les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence contribution de l'Algérie, Forum Mondial sur la Concurrence, session III, 11 déc. 2008, p.5.*

² Le Conseil de la concurrence algérien a condamné la société SNTA (Société Nationale des Tabacs et Allumettes) à une amende pécuniaire de 768.000,00 DA, pour abus de position dominante voire monopolistique et pratiques discriminatoires envers ses clients. Le Conseil a motivé sa décision par la constatation des infractions suivantes :

– Les ventes discriminatoires : la SNTA fournissait certains clients de façon privilégiée jusqu'à hauteur de 1.000 paquets par livraison contrairement aux autres acheteurs qui recevaient uniquement 100 paquets voire voyaient leurs demandes d'approvisionnement rejetées ;
– Le stockage spéculatif : la SNTA faisait à un stockage spéculatif de ses produits pour influencer sur la tendance du marché. : v. O.C.D.E., *Questionnaire sur les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence contribution de l'Algérie, ibid.*

³ Le refus de vente est un comportement qui consiste pour un professionnel de refuser de vendre un produit ou d'accomplir une prestation de service. Il peut dans certains cas être justifié (par ex. lorsqu'il résulte de l'organisation de la production, ou la non disponibilité des produits demandés). Si cette demande est formulée par un consommateur, le refus de vente peut constituer une infraction pénale ; R. GUILLIEN et J. VINCENT, « *Lexique juridique* » Code Dalloz Etudes – Droit Commercial –, 2007 ; Cdrom.

⁴ La vente liée peut être abusive dans le cas où l'entreprise dominante sur un marché subordonne la vente de son produit à celle d'un autre produit, c'est-à-dire elle considère comme abusive si elle sert à soustraire à la réglementation des prix ou à exclure des concurrents du marché du second produit. La jurisprudence européenne a été élaborée les critères suivants pour établir les ventes liées: il faut que les deux produits sont des produits distincts, l'entreprise concernée est dominée le marché du premier produit, et que l'entreprise dominante ne donne pas aux clients la possibilité d'obtenir le premier produit sans le second produit, et finalement il faut que la vente liée restreint la concurrence ; C.J.C.E. 3

Il est évident que les entreprises sont libres de choisir leurs partenaires commerciaux mais, dans des circonstances particulières, d'autres acteurs économiques peuvent faire l'objet de pratiques d'exclusion ou de discrimination entravant la concurrence¹.

Les abus de position dominante ne sont pas uniquement du ressort des vendeurs mais ils peuvent aussi être pratiqués par des acheteurs ou distributeurs qui profitent de leur situation de dominance sur un marché, par le refus abusif d'acheter ou par l'imposition de manière abusive de conditions déloyales et de prix abusivement bas².

b- Les pratiques abusives en matière de prix

On a déjà rencontré que les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence, mais cette liberté a des limites surtout quand cette concurrence est le fait d'une seule entreprise qui domine le marché. Sont interdits les prix trop élevés ainsi que les prix trop bas (1°), de même sont considérés abusifs les rabais et les remises (2°).

1° Les prix élevés et les prix abusivement bas

L'entreprise dominante doit déterminer des prix proportionnés à la valeur des produits et services correspondant. Donc sont abusifs les tarifs qui ne sont pas fixés par rapport aux coûts réels de l'entreprise³. Sont reprochés les prix trop élevés de même que

oct. 1985, CBEM c/CLT et IPB, aff. 311/84, Rec. 3261 : cité par M. VAN DER WOUDE et Th. DUQUESNE, *op. cit.*, p.15, n° 102 et s.

¹ V. aussi dans ce sens la décision du Conseil de la Concurrence algérien en 2000. Il a conclu un arrangement à l'amiable avec la SAFEX (société algérienne des foires et expositions) afin qu'elle s'arrête de faire des pratiques discriminatoires entre ses partenaires, elle a abusé de sa position dominante car elle louait gratuitement à ses filiales ses espaces d'exposition et de vente alors qu'elle faisait payer les autres agents économiques des taxes : O.C.D.E., *Questionnaire sur les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence contribution de l'Algérie*, *op. cit.*, p. 6.

² Le Parlement européen a ainsi adopté en 2008 une déclaration sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation, affirmant « *que les grands supermarchés abusent de leur pouvoir d'achat pour contraindre les fournisseurs ... à baisser leurs prix jusqu'à des niveaux intenable, et pour leur imposer des conditions déloyales* », et invitant la Commission européenne à enquêter sur les conséquences de la concentration du secteur européen de la grande distribution et en particulier à évaluer tout abus de puissance d'achat résultant de cette concentration ; Le Parlement européen, 19 fév. 2008, *Déclaration sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation*, J.O.U.E. du 6 août 2008.

³ C'est la C.J.C.E. qui a apportée quelques éclaircissements à la notion, dans l'espèce *United Brands* précitée dans laquelle elle a affirmé qu'il convient d'apprécier « *s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé, et dans l'affirmative d'examiner s'il*

les prix qui présentent un caractère excessivement bas¹, car si le législateur laisse jouer la liberté des prix, cela permet des stratégies agressives pour éliminer des concurrents très faibles², surtout quand l'auteur de la pratique incriminée est une entreprise dominante.

Les prix bas sont une bonne chose pour les consommateurs et s'apparentent à une concurrence vive ; davantage de marchandises à des prix plus bas ! Mais à long terme, les concurrents sont exclus et le prédateur peut élever les prix et réduire la qualité de ses produits.

Afin de prouver l'intention d'éviction, il convient d'examiner qui a enclenché la dynamique de la baisse ou l'élévation des prix : si l'initiation de tels prix émane d'une l'entreprise en position dominante, il y a là un premier indice de l'intention d'éviction, à contrario l'intention d'éviction des concurrents est faible lorsque l'entreprise en position dominante répond à une baisse des prix initiée par une petite entreprise³.

2° Les rabais et les remises

Il arrive que l'entreprise dominante offre des rabais quantitatifs, ou des remises de fidélité⁴ ou de couplage¹ à ses clients.

y a imposition d'un prix inéquitable soit au niveau absolu soit par comparaison avec le prix concurrent » ; C.J.C.E., 14 fév. 1978, préc., note de Ph. LAURENT, op. cit., p. 5, n° 30.

¹ Dans l'arrêt *Akzo Chemie BV*, la C.J.C.E. a estimé que sont abusivement bas les prix qui sont inférieurs à la moyenne des coûts variables, dans la mesure où une entreprise en position dominante n'a aucun intérêt à pratiquer de tels prix si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents, pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de la situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne, pour elle, une perte, à savoir la totalité des coûts fixes, et une partie au moins des coûts variables rattachés à l'unité produite ; C.J.C.E. 3 juill. 1991, aff. C-62/86, *Akzo Chemie BV c/ Commission*, inédit au Rec ; obs. de CH. BOLZE, *Règles de concurrence. Abus de position dominante, Comportement d'éviction (prix prédateurs), Appréciation*, RTD com., 1992, p. 310; Cdrom.

² Le Conseil de la concurrence algérien a considéré que l'ENIE a abusé de sa position dominante lorsqu'elle a réduit le prix pour les partenaires commerciaux achetant de grandes quantités de produits. Or, sachant que la fourniture était sélective, le bénéfice de la politique de réduction des prix ne bénéficiait qu'aux clients privilégiés ; O.C.D.E., *Questionnaire sur les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence contribution de l'Algérie*, op. cit., p. 6.

³ E. THAUVIN, op. cit., p. 51.

⁴ Les remises de fidélité ne sont pas interdites que dans la mesure où elles sont attribuées sur le fondement d'autres critères que les quantités achetées, et mise en œuvre par une entreprise dominante. Dans ce cas elles affectent le jeu de la concurrence et entravent l'accès au marché dans des conditions normales de produits concurrents : J-B. BLAISE, *Abus de position dominante*, op. cit., p. 34, n° 319.

L'attribution de remises n'est pas interdite *per se*, elle peut avoir une efficacité pro-concurrentielle, les remises constituent une baisse de prix qui permet à l'acheteur d'augmenter son surplus, même quand elles sont mises en œuvre par une entreprise dominante².

Toutefois, lorsque ces remises sont ciblées sur certaines catégories de clients, leur neutralité concurrentielle nécessite un examen circonstancié. Elles sont considérées comme pratique abusive si elles revêtent un caractère discriminatoire non justifié par des gains d'efficacité, et soumises à des conditions susceptibles de provoquer l'éviction des concurrents, en raison notamment de la taille de la part de marché détenue par le dominant au regard de ses concurrents³.

B/ L'existence d'un lien de causalité entre la position dominante et l'abus

L'infraction d'abus de position dominante ne peut être constituée que s'il y a un lien de causalité entre la puissance économique de l'entreprise et l'abus qui lui est affecté⁴. En d'autres termes, l'exploitation abusive ne peut être réalisée que dans le cas où les pratiques commises par l'entreprise dominante se rattachent à la situation détenue par celle-ci et non à d'autres causes étrangères⁵.

¹ La remise de couplage : est une pratique par laquelle l'entreprise dominante subordonne l'achat de ses produits qui constituent lui-même un marché, à l'acquisition d'un autre produit soumis à la concurrence. Elle peut être réalisée de manière contractuelle, technique ou résulter d'une incitation, comme par exemple d'un avantage tarifaire octroyé en cas d'achat conjoint de deux produits distincts. Ce comportement a un caractère artificiel et discriminatoire parce que les acquéreurs de premier qui n'achètent pas le deuxième en même temps ne bénéficient pas de la remise ; v. dans ce sens J-B. BLAISE, *Abus de position dominante*, *op. cit.*, pp. 35, 36, n° 325 et s ; v. aussi F. LONGFILS, *op. cit.*, pp. 19, 20, n° 19.

² L'entreprise dominante peut légitimement souhaiter d'augmenter encore sa part de marché en développant ses ventes grâce à des baisses de prix sous la forme des remises.

³ L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 120 et s., n° 175 et s.

⁴ A. CONDOMINES, *préc.*, le site : <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance-economique>.

⁵ La Commission de la concurrence française (devenue l'autorité de la concurrence) dans son avis du 22 nov. 1968, avait considéré qu'une entreprise dominante ne pourrait tomber sous le coup de l'interdiction prévue par l'art. 50 de l'ord. du 30 juin 1945, en cas d'intervention d'une cause étrangère à la position dominante, « lorsque les conditions de fonctionnement d'un marché se trouvent altérées par l'effet d'une évolution économique résultant notamment d'un progrès technique ou d'une modification des goûts du public ; qu'il en est ainsi même si les effets de cette évolution sont utilisés par des entreprises détenant une position dominante dès lors du moins que l'action propre de ces entreprises ne vise pas à

Dans certaines circonstances, l'entreprise dominante peut alléguer de son droit de riposter à des comportements commerciaux de ses concurrents pour justifier sa propre pratique. Généralement, il est considéré qu'une entreprise dominante est en droit de se défendre et de développer sa part de marché lorsqu'elle est confrontée à l'arrivée d'un concurrent, à condition qu'elle le réalise dans les limites d'un comportement loyal et légitime, en usant de moyens relevant de la concurrence par les mérites¹.

Finalement, seules les deux infractions économiques précitées (les ententes anticoncurrentielles, et les abus de position dominante) qui sont susceptibles d'être exemptées sur le fondement de l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence², on s'interroge sur l'existence des organes compétents pour justifier ces comportements et les procédures au niveau national, et au niveau européen.

*entraver le fonctionnement normal des marchés tel qu'il résulte des conditions économiques nouvelles » ; cité par M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op.cit.*, p.227 , n° 197.*

¹ Cons. conc., déc. n° 04-D-22 du 21 juin 2004 ; note de A. CONDOMINES, *préc.*, le site : <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrence/abus-de-dependance-economique>.

² Comp. L. 420-4 du C. com. fr., et l'art. 101§3 du T.F.U.E.

Chapitre 2 : La compétence en matière d'exemption des pratiques anticoncurrentielles

Les pratiques anticoncurrentielles recouvrent un large éventail de pratiques de gravités diverses (les abus de position dominante, ententes verticales ou horizontale), mais elles peuvent avoir en même temps des effets positifs s'elles réalisent un progrès économique ou technique¹.

Les droits algérien et français relatifs à la concurrence octroient la compétence en matière d'exemption de ces pratiques anticoncurrentielles au parlement et au gouvernement lorsqu'il s'agit d'une justification accordée sur le fondement d'un texte législatif ou un texte réglementaire pris pour son application, ou au Conseil de la concurrence (seulement en droit algérien)² si l'exemption est individuelle (section 1). En droit communautaire l'exonération des pratiques anticoncurrentielles est de la compétence de la Commission européenne (section 2).

Section 1 : Le Conseil de la concurrence :

La recherche de la compétence du Conseil de la concurrence dans le domaine de la justification des comportements anticoncurrentiels (paragraphe 2), implique, tout d'abord, d'étudier et d'analyser en premier lieu, la nature juridique et l'organisation de cet organe (paragraphe 1).

¹ V. l'art. 9 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, inspiré de l'art. L. 420-4 du C. com. fr.

² En droit français, l'Autorité de la concurrence a remplacé le Conseil de la concurrence dont les fonctions et les attributions, v. l'art. L. 461-1 du C. com. fr. Il faut noter que le droit français de la concurrence n'a jamais reconnu à ces organes la compétence d'attribuer une exemption individuelle, car tout simplement le législateur français n'a pas consacré l'obligation de notification préalable de la pratique anticoncurrentielle. Ils bénéficient qu'un rôle consultatif en matière d'exemption de ententes et des abus de domination.

Paragraphe 1 : La nature juridique et l'organisation du Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence est un organisme récent institué par l'ordonnance n° 95-06¹ relative à la concurrence, il veille au libre jeu de la concurrence.

En droit français, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance française n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, le Conseil de la concurrence a remplacé la Commission de la concurrence, laquelle avait elle-même été substituée à la Commission technique des ententes².

Pour le distinguer aux autres organismes et juridictions, il sera étudié dans ce paragraphe la nature juridique du Conseil de la concurrence (A), puis sera envisagé son organisation (B).

A/ La nature juridique du Conseil de la concurrence

Le législateur a consacré le troisième titre de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, au Conseil de la concurrence, de même que le décret présidentiel n° 96-44³. Aussi l'organisation et le fonctionnement du Conseil est réglementé par le décret exécutif n° 11-241 du 10 juillet 2011⁴. Il accorde à cet organe une multiplicité d'attributions, si l'on ne s'en tenait qu'à sa compétence en matière d'entente et d'abus

¹ L'ord. n° 95-06, du 25 janv. 1995, relative à la concurrence, J.O.R.A., du 22 fév. 1995, n° 9, p. 13, abrogée et remplacée par l'or. 03-03, relative à la concurrence, du 19 juill. 2003, J.O.R.A du 20 juill. 2003, n°43, p.21.

² Pour une idée plus détaillée sur la compétence de la Commission technique des ententes ; v. F. JENNY et A-P. WEBER, *L'entreprise et les politiques de concurrence, ententes, cartels, monopoles dans les économies occidentales*, Edition d'Organisation, 1976, pp. 102 et s.

³ Le décret présidentiel n° 96-44, du 17 janv. 1996, fixant le règlement intérieur du conseil de la concurrence, J.O.R.A. n° 5. du 17 avr. 1996, p. 4.

⁴ Décret exécutif n° 11-241, du 10 juill. 2011, fixant l'organisation et le fonctionnement du conseil de la concurrence, J.O.R.A. n° 39, du 13 juill. 2011, p. 16.

de position dominante, on pense qu'a une nature juridictionnelle¹, surtout que ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel d'Alger².

Le législateur a déterminé expressément dans l'article 23 de l'ordonnance n° 03-03³, la nature juridique du conseil de la concurrence quand il dispose que « *Il est créé une autorité administrative autonome, ci-après dénommée "Conseil de la concurrence", jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, placée auprès du ministre chargé du commerce* »⁴.

Les termes « autorité administrative indépendante »⁵ exige l'explication des trois notions suivantes.

¹ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMONT, *op. cit.*, pp. 484, 487, n° 635 ; et M-CH. KETTOU, *Protection du consommateur contre les atteintes à la libre concurrence*, Rev. Idara, n° 23, 2002, p. 68 et p. 69.

² V. l'art. 63 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence. En droit français le recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence ont été transférés à la Cour d'appel de Paris (l'art L. 464-7 du C. com. fr.).

³ L'art. 23 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, modifié et complété par l'art. 9 de la loi 08-12. V. aussi : l'art. 2 du décret exécutif n° 11-241 fixant l'organisation et le fonctionnement du conseil de la concurrence, qui dispose que « *Le conseil de la concurrence est une autorité administrative autonome jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, placée auprès du ministre chargé du commerce* ».

⁴ En droit français, c'est la loi n° 2010-838, du 23 juill. 2010, modifiant et complétant le Code de commerce français, qui précise la nature juridique de l'autorité de la concurrence (v. l'art. L. 461-1-I du C. com. fr. modifié et complété par l'art. 2 de la loi n° 2010-838, qui dispose que « *L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante. Elle veille au libre jeu de la concurrence. Elle apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international* »). Mais avant l'adoption de cette loi les attributions qui avaient été confié au cet organisme soulèvent une interrogation majeure sur la nature juridique de celui-ci, les uns penchant pour une nature quasi-juridictionnelle, les autres assimilant à un organisme administratif, c'est dans ce dernier sens qui s'étaient prononcés le Conseil d'Etat français (C.E., 13 mars 1981, D. 1981. 418, note Ch. GAVALDA), et la Cour de cassation française (Cass. crim. 27 avr. 1981, Bull. crim. n° 126, p 253) ; M. PÉDAMON, *Le droit commercial, op. cit.*, 2000, p. 400, n° 451. De même le Conseil constitutionnel français a défini comme un organe administratif de nature non juridictionnel ; Cons. const. fr., Déc. n° 86-224 DC, du 23 janv. 1987, J.O.R.F. du 26 janv. 1987.

⁵ Historiquement, sous l'influence de l'idéologie libérale sont nées les autorités administratives indépendantes qui sont le résultat d'une séparation entre le régulateur et les opérateurs économiques. Elles prennent de l'ampleur avec l'ouverture à la concurrence des secteurs considérés traditionnellement comme le siège de services publics ; tels que le secteur des télécommunications, de l'électricité et de gaz, de l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles comme les hydrocarbures, les mines, et les ressources hydrauliques : R. ZOUAÏMIA, *Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien*, Rev. Idara, vol. 15, n° 29, 2005, p. 5.

1- La notion d'autonomie

Le terme autorité signifie que le Conseil de la concurrence n'est pas une simple institution consultative, il bénéficie non seulement d'un pouvoir de décisions, mais aussi il a un pouvoir exécutif¹.

La régulation du marché n'est plus ainsi la compétence du pouvoir exécutif et des administrations classiques qui lui sont rattachées². Le droit de la concurrence a confié au Conseil de la concurrence un véritable pouvoir répressif traditionnellement reconnu au profit des autorités juridictionnelles³.

2- Le caractère administratif du Conseil de la concurrence

Le législateur algérien qualifie expressément cette institution d'autorité administrative⁴. D'abord au point de vue matériel, l'activité du Conseil de la concurrence a pour objectif de veiller à l'application de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, et de préserver le libre jeu de la concurrence sur le marché⁵.

Ce caractère signifie qu'au point de vue contentieux, les actes administratifs sont susceptibles d'être déférés devant le juge administratif comme tous les actes administratifs ordinaires⁶, mais les décisions prises par le Conseil de la concurrence constituent une exception, elles relèvent de juge judiciaire⁷.

¹ R. ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique*, Rev. Idara, vol. 13, n° 2, 2003, p. 11 ; M. MENOUEUR, *Droit de la concurrence*, Cours de magistère, préc.

² Avec l'entrée en vigueur de l'ord. n° 95-06, du 25 janv. 1995, relative à la concurrence (abrogée par l'ord. n° 03-03) et la mise en œuvre des réformes dans le domaine de la concurrence, le ministre de commerce se voit déposséder des pouvoirs qui devaient lui revenir de droit au profit du Conseil de la concurrence.

³ R. ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique*, op. cit., p. 14.

⁴ L'art. 23 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, modifié et complété par l'art. 9 de la loi 08-12.

⁵ V. les arts. 34 et s. de l'ord. n° 03-03, modifiée et complétée par la loi 08-12.

⁶ R. ZOUAÏMIA, *Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien*, op. cit., p. 8 et s.

⁷ Les actes du Conseil de la concurrence échappent à la compétence du juge administratif, c'est la Cour d'appel d'Alger qui a la compétence selon l'art. 63 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence. Mais cette disposition ne signifie pas que le Conseil de la concurrence n'est pas une autorité administrative car la loi lui attribue expressément cette qualification ; Dh. MOUSSAOUI, *Le rôle des juridictions de droit commun*

3- L'indépendance

Au sens juridique, l'indépendance signifie que cette institution n'est pas soumise ni à un contrôle hiérarchique, ni à un contrôle de tutelle¹.

B/ L'organisation du Conseil de la concurrence

Une rapide présentation doit être faite pour mieux comprendre l'organisation et le rôle de cette institution. Le Conseil de la concurrence comporte douze membres, dont :

- six personnalités choisies en raison de leur compétence parmi les experts en matière de concurrence, de la distribution, de la consommation et de la propriété intellectuelle, titulaires au moins d'une licence ou d'un diplôme universitaire équivalent et d'une expérience professionnelle de huit (8) années au minimum dans les domaines juridique et/ou économique².
- et quatre personnalités choisies parmi des professionnels ayant une expérience professionnelle de cinq années au minimum dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services et des professions libérales.
- deux membres qualifiés représentant les associations de protection des consommateurs³.

Il est désigné auprès du Conseil de la concurrence, un secrétaire général, un rapporteur général et cinq rapporteurs. Toutes ces personnes sont nommées par décret présidentiel⁴. Enfin, il existe des règles d'incompatibilité, destinées à préserver l'impartialité des

dans l'application du droit de la concurrence, Faculté de Droit, Université de Tizi-Ouzou, (mémoire de magistère), 2010-2011, *op. cit.*, p. 2 et s.

¹ R. ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique*, *op. cit.*, pp. 16, 17 ; v. aussi M-CH. KETTOU, *Protection du consommateur contre les atteintes à la libre concurrence*, *op. cit.*, 71 .

² Le président du Conseil de la concurrence est choisi parmi les membres de cette catégorie ; art. 25 de l'ord. n° 03-03, modifié et complété par l'art. 11 de la loi 08-12.

³ V. art. 24 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence, modifié et complété par l'art. 10 de la loi 08-12.

⁴ V. les arts. 25 et 26 de l'ord. n° 03-03, modifié et complété par l'art. 11 de la loi 08-12.

membres du Conseil de la concurrence¹.

Paragraphe 2 : Les attributions du Conseil de la concurrence en matière de justification des pratiques anticoncurrentielles

Le rôle du Conseil de la concurrence varie. Concernant les pratiques anticoncurrentielles, il détient un pouvoir souverain de décision qui lui permet de sanctionner ou de justifier ces pratiques, soit directement par l'attribution des exemptions individuelle (B), ou indirectement par l'exercice d'un rôle consultatif (A).

A/ Le rôle consultatif du Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence a une fonction de consultation générale ; il peut être saisi pour avis sur des propositions de lois, ainsi que sur toutes questions concernant la concurrence (1), et une consultation spéciale, en droit français de la concurrence, sur l'exemption par décret d'accords ou de catégories d'accords (2).

1- Les consultations par le gouvernement sur les dispositions réglementaires

Le législateur algérien a élargi la fonction consultative attribuée au Conseil de la concurrence. Selon l'article 36 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, « *Le Conseil de la concurrence est consulté sur tout projet de texte réglementaire ayant un lien avec la concurrence ou introduisant des mesures ayant pour effet notamment :*

1° de soumettre l'exercice d'une profession ou d'une activité, ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;

2° d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ou activités ;

3° d'instaurer des conditions particulières pour l'exercice d'activités de production, de distribution et de services;

4° de fixer des pratiques uniformes en matière de conditions de vente »².

¹ L'art. 29 al. 3 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence dispose que « *La fonction de membre du Conseil de la concurrence est incompatible avec toute autre activité professionnelle* ».

² Comp. l'art. L. 462-2 du C. com. fr., le Gouvernement doit obligatoirement consulter l'Autorité de la concurrence sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet :

1- De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives.

2- D'établir des droits exclusifs dans certaines zones.

3- D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

La consultation du Conseil de la concurrence est obligatoire sur tous projets de textes réglementaires dans certains domaines relatifs à la concurrence sans que son avis soit nécessairement conforme¹.

Donc, le Conseil de la concurrence peut être consulté lors de l'adoption d'un texte législatif justificatif des comportements anticoncurrentiels ou d'un texte réglementaire pris pour son application. L'avis du Conseil de la concurrence dans ce cas est considéré comme un moyen indirect d'exemption, il peut avoir une influence sur le texte ou le règlement justificatif.

En pratique, deux décrets exécutifs ont été adoptés après l'avis du Conseil de la concurrence ; le premier est le décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché², le reçu de cette attestation est une condition de forme à toute exemption individuelle. Le second est le décret exécutif n° 05-219 relatif aux autorisations des opérations de concentration³.

2- Les consultations obligatoires par le gouvernement sur l'exemption par décret d'accords ou de catégories d'accords

Ce genre de consultation existe seulement en droit français. Le gouvernement doit encore consulter l'Autorité de la concurrence lorsqu'il envisage d'exempter certains accords ou catégories d'accords, notamment s'ils ont pour but d'améliorer la gestion des petites et moyennes entreprises (PME), et cela malgré le fait qu'ils faussent ou limitent le libre jeu de la concurrence, ils contribuent au même temps au progrès économique ou technique selon les conditions fixées par l'article L. 420-4-II du Code de commerce français qui dispose que « *certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou*

¹ Le législateur a donné une liste non limitative de certains domaines relatifs à la concurrence où la consultation du Conseil de la concurrence est obligatoire. À côté de ce genre de consultation, le législateur a confié au Conseil de la concurrence un rôle *consultatif facultatif*, il s'agit de rendre des avis en matière de concurrence sur la demande du gouvernement sans qu'il soit obligé de la faire ; v. art. 35 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence.

² Décret exécutif n° 05-175, du 12 mai 2005, fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, J.O.R.A. du 18 mai 2005, n° 35, p.3.

³ Décret exécutif n° 05-219, du 22 juin 2005, relatif aux autorisations des opérations de concentration, J.O.R.A. n° 43, du 22 juin 2005, p. 3.

petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence »¹.

Aux termes de cette disposition le Gouvernement ne peut agir que dans le sens de l'avis qui a été transmis par l'Autorité de la concurrence². Le rôle de l'Autorité de la concurrence après l'avis, se bornera au contrôle de cette conformité, le Gouvernement ne disposera en la matière d'aucun autre pouvoir d'appréciation³.

Les projets de décrets établis par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (D.G.C.C.R.F.) doivent faire l'objet d'une publication au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes un mois avant leur transmission à l'Autorité de la concurrence qui doit être obligatoirement consultée, et doit renvoyer nécessairement un avis conforme avant la rédaction définitive des décrets⁴. Cette obligation constitue une garantie supplémentaire contre le retour d'un interventionnisme étatique.

En réalité, seuls deux décrets d'exemption ont été publiés par le Gouvernement français : l'Autorité de la concurrence a été consultée que dans les deux cas suivants⁵ : l'un concernant les accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité, c'est le décret n° 96-499⁶, et l'autre est le décret n° 96-500, relatif aux accords entre producteurs

¹ Cet article semble avoir été destiné plus particulièrement aux accords de coopération entre petites et moyennes entreprises ; Ph. LE TOURNEAU, *La concession commerciale exclusive, op. cit.*, p. 73.

² Traditionnellement, sont considérés comme des avis impératifs pour l'Administration, les avis conformes, car ils sont une coopération effective à la décision : J-J. MUNERET, *Le Conseil de la concurrence*, Fasc. 60, JurisClasseur Commercial- concurrence- consommation, 2007, vol. 1, p. 17, n° 69.

³ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 949, Cdrom.

⁴ L'art. R. 420-2 du C. com. fr. Dans le délai fixé au-dessus toutes les personnes intéressées sont susceptibles de présenter leurs observations à l'Autorité de la concurrence.

⁵ V. Cons. conc. fr., déc. n° 96-A-1996, du 7 mai 1996, concernant les deux projets pris en application de l'art. L420-4-II, du C. com. fr. ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 1996, p. 110 et 857.

⁶ Décret n° 96-499, du 7 juin 1996, relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité, J.O.R.F. n° 8644, du 11 juin 1996.

agricoles, ou entre producteurs agricoles et entreprises, concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise¹.

Les accords en question doivent être notifiés au ministre de l'économie et de l'agriculteur. La durée des accords est nécessairement limitée à un an, mais si les conditions de l'exemption restent remplies, ils peuvent être reconduits. La procédure à suivre a été précisée dans un décret du 26 Mai 1997. Le décret fixe des conditions, par lesquelles toutes les catégories d'ententes qui remplissent aux celles-ci seront présumées contribuer au progrès économique au sens de l'article L. 420-4-II du Code de commerce français².

Cette forme de justification et ce genre de consultation n'est pas connu en droit algérien, l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence consacre seulement deux causes de justification : la première relative à l'existence d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application, et la deuxième est une exemption individuelle accordée à une seule entreprise à cause de sa contribution au progrès économique ou technique.

B/ La compétence du Conseil de la concurrence d'attribuer des exemptions individuelles

Le principe de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante n'est pas absolu, ces pratiques anticoncurrentielles peuvent échapper à toute prohibition en vertu de l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, si elles résultent de l'ordre de la loi ou garantissent un progrès économique ou technique.

La validation d'une pratique anticoncurrentielle en raison de l'existence d'une cause de justification est soumise à l'appréciation du Conseil de la concurrence qui est la seule

¹ Décret n° 96-500, du 7 juin 1996, relatif aux accords entre producteurs agricoles, ou entre producteurs agricoles et entreprises, concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise, J.O.R.F. n° 8644, du 11 juin 1996.

² R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 949., Cdrom.

autorité qui a la compétence en la matière, à côté du rôle de législateur et du gouvernement¹.

Ce rôle est confié au Conseil de la concurrence sur la base des articles 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 *in fine* qui dispose « *Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords et pratiques qui ont fait l'objet d'une autorisation du Conseil de la concurrence* », et l'article 8 de la même ordonnance qui énonce que le Conseil de la concurrence peut établir et décider, sur demande des opérateurs économiques intéressés, qu'il n'y a pas lieu pour lui, en fonction des éléments dont il a connaissance, d'intervenir à l'égard d'une entente ou d'un abus de position dominante. Donc la justification individuelle d'une pratique anticoncurrentielle n'est jamais accordée à une entreprise, sans notification préalable au Conseil de la concurrence, même si sa contribution au progrès économique ou technique est avérée².

Les modalités d'introduction de la demande de l'attestation négative sont déterminées par le décret exécutif n° 05-175³. Ces dispositions garantissent un contrôle préalable à toutes pratiques ou accords susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence afin de connaître les marchés et de préserver leur bon fonctionnement.

Le droit français n'a jamais fait dépendre le bénéfice d'une exonération à une condition de forme. La notification ou la déclaration préalable est nécessaire seulement pour bénéficier d'une exemption par décret, l'accord doit être notifié au ministre chargé de l'économie⁴. Cette flexibilité rend possible la justification des comportements anticoncurrentiels déjà réalisés¹.

¹ L'art. 9 al. 1 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence dispose que : « *Ne sont pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7, les accords et pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application* », dans ce cas le parlement et le gouvernement qui ont la compétence, et le Conseil de la concurrence peut effectuer des enquêtes sur les conditions d'application des textes législatifs et réglementaires ayant un lien avec la concurrence, y compris les textes justificatifs (v. l'art. 37 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence).

² D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence*, préc.

³ Sur la notion et les procédures de l'obtention de l'attestation négative, et l'effet de cette dernière ; v. infra. p. 106 et s.

⁴ Selon l'art. R. 420-1 du C. com. fr. « *Les accords présentés au ministre chargé de l'économie, en application du II de l'article L. 420-4, sont accompagnés des informations suivantes :*
1- *L'identification détaillée des entreprises parties à l'accord ;*

Section2 : La compétence de la commission européenne d'exonérer les ententes

Le droit communautaire prévoit un système de rachat de l'entente. Sous réserve de remplir les conditions fixées par l'article 101§3 du T.F.U.E., l'entente échappe à la l'interdiction prévue par le premier paragraphe du même article.

On s'interroge sur l'existence en droit communautaire d'un organe compétent pour appliquer cet article et pour accorder des exemptions individuelles² (paragraphe 1), et en cas de réponse négative, il est nécessaire de rechercher si, individuellement l'accord satisfait aux conditions de l'article 101§3 du T.F.U.E., et quelles sont les conséquences qui résultent dans ce cas (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le rôle de la Commission européenne selon l'ancien règlement n° 17/62³

Si le Conseil est l'organe législatif de l'Union européenne, la Commission en est l'exécutif, sa mission est décrite dans l'article 155 du traité de Rome⁴, celui-ci édicte

2- *Les objectifs fixés par l'accord ;*

3- *La délimitation du marché concerné par l'accord ;*

4- *Les produits, biens ou services concernés ;*

5- *Les produits, biens ou services substituables ;*

6- *Les parts de marché détenues par chaque partie à l'accord (en volume et en chiffre d'affaires) ;*

7- *L'impact sur la concurrence... ».*

¹ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 293, n° 266.

² Il existe en droit communautaire deux modes d'exemptions ; le premier est une exemption individuelle relève de la compétence de la Commission européenne, et le deuxième est une exemption catégorielle, l'adoption de celle-ci appartient au Conseil; note de M. CHAGNY, *op. cit.*, p. 205.

³ Le règ. du Cons. de C.E.E. n° 17/62, du 6 fév. 1962, J.O.C.E. n° 13, du 21 fév. 1962, est le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité de Rome, modifié et complété par le règ. du Cons. C.E.E. n° 2822/71 du 20 déc. 1971, J.O.C.E. 29 déc. 1971, n° L 285, et du règ. du Cons. n° 1216/1999/CE, du 10 juin 1999, J.O.C.E. du 15 juin 1999, n° L 148.

⁴ Devenu l'art. 17 du T.F.U.E.

entre autre qu'elle doit veiller à l'application du traité et formuler des recommandations ou des avis si celui-ci le prévoit expressément ou si elle l'estime nécessaire¹.

Au niveau européen, c'est la Commission européenne qui a la compétence exclusive² d'octroyer une décision d'exemption individuelle selon le règlement n° 17/62 dit « *règlement 17* », ou de retirer des exemptions individuelles ou catégorielles. Mais l'adoption du règlement n° 1/2003³, qui remplace l'ancien règlement n° 17/62, entraîne une réforme radicale de la procédure d'examen individuelle des ententes.

Ainsi le règlement n° 17/62 institue le système d'autorisation préalable qui obligeait les entreprises voulant se prévaloir de l'exemption prévue à l'article 81§3 du Traité C.E. (devenu article 101 § 3 du T.F.U.E.), de notifier ledit accord à la Commission⁴. À défaut l'accord était nul même s'il satisfaisait toutes les conditions indispensables pour octroyer une exemption, et les parties s'exposaient à des sanctions⁵.

Ce règlement a confié à la Commission une compétence exclusive pour accorder des exemptions sur le fondement de l'article 85§3 du traité de Rome. À contrario les juges et les autorités nationaux n'ont plus cette faculté⁶. Le droit communautaire ayant été influencé ici par la tradition allemande, et reposait sur la notification obligatoire des ententes à la Commission⁷.

¹ En outre, selon les dispositions du règlement n° 17/62, la Commission dispose d'un pouvoir de décision propre et participe à la formation des actes du Conseil. Enfin elle exerce les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit. La tâche essentielle de la Commission est donc de veiller à l'application des dispositions du Traité et des ses règlements d'exécution.

² L'art. 9§1 du règ. n° 17/62, dispose que « ... la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, inapplicables conformément à l'article 85, paragraphe 3, du traité ».

³ Le règ. du Cons. de C.E. n° 1/2003, du 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, J.O.C.E. n° L 1, du 4 janv. 2003.

⁴ V. l'art. 4 al. 1 du règ. n° 17/62 du Cons. de C.E.E.

⁵ F. LEFEBVRE, *Concurrence – Consommation*, Mémento pratique, 2011-2012, p. 283, n° 18065.

⁶ V. les arts. 4 et s. du règ. n° 17/62 du Cons. de C.E.E. ; il est notable que depuis le 13 mars 1962, la date d'application du règlement 17, les juridictions et autorités nationales de la concurrence ne pouvaient au titre de l'exemption par catégorie que vérifier si l'accord entre dans le champ d'application d'un règlement d'exemption sans jamais pouvoir accorder une quelconque exemption individuelle, la compétence réservée exclusivement à la Commission.; v. notamment l'art. 88 du Traité de Rome.

⁷ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 2066, Cdrom.

Le règlement n° 17/62 met en œuvre la procédure de demande d'attestation négative (A), il détermine les accords dispensés de notification (B), enfin il précise les modalités et les effets de cette notification¹.

A/ La saisine de la Commission européenne en vue d'obtenir une exemption individuelle

La notification est la première procédure pour obtenir une attestation négative ou une exemption individuelle². Elle a pour but de demander à la Commission de constater qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir en vertu de ce texte³. Mais comment la Commission est-elle saisie ?

La Commission est saisie par les entreprises elles même, c'est-à-dire les participants à l'entente demandent à la Commission le bénéfice de cette dérogation. La demande doit être adressée à la Commission sur un formulaire spécial, dit « formulaire A-B ». Il faut noter que les demandes qui ne sont pas établies sous cette forme ne sont pas régulières.

La Commission européenne, d'après l'article 85§3 du traité de Rome, pourrait attribuer une exemption de sa propre initiative, c'est la saisine d'office. Dans ce cas l'exemption ne dépendrait pas d'une demande des parties à l'entente⁴.

Quel que soit le mode de la saisine, lorsque la Commission constate, sur la base de faits qui lui sont présentés, qu'il n'y a pas lieu d'intervenir en application de l'article 85§1 du traité de Rome, à l'égard d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée, elle octroie une attestation négative soit sous la forme d'une

¹ Concernant l'effet de l'attestation négative ; v. infra. p. 111 et s.

² Il y a une déférence entre l'attestation négative et l'exemption individuelle de l'accord ; la première signifiait que « *l'accord n'entraîne pas dans les prévisions de l'article 81 paragraphe 1, il ne répondait pas aux conditions d'application de cet article c'est-à-dire qu'il ne restreignait pas la concurrence ou/et n'affectent pas le commerce entre les Etats membres* », tandis que la contribution d'une exemption individuelle signifiait que il y avait une limitation de la concurrence, et une affectation du commerce entre les Etats membres, mais cet accord n'était pas totalement noir et remplit les conditions d'efficience de l'article 85 § 3 du traité de Rome, et pouvait être exempté : L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 94, n° 128.

³ Art. 3 du règ. n° 17/62. du Cons. de C.E.E.

⁴ A. BRAUN, A. GLEISS et M. HIRSCH, *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Dalloz, 1967, p. 148, n° 111.

décision formelle soit de manière informelle par une lettre administrative de compatibilité¹.

B/ Les ententes dispensées de notification

La notification n'est pas obligatoire pour octroyer toutes les exemptions, certains accords sont dispensés de cette déclaration préalable sous le fondement de l'article 4§2 du règlement du Conseil n° 17/62. On distingue trois catégories :

- La première regroupe les accords auxquels ne participent que des entreprises d'un seul Etat membre, et qui ne concernent ni l'importation ni l'exportation entre Etats membres².
- La deuxième série concernant les accords verticaux, conclus entre des entreprises, qui tendent exclusivement à restreindre leur liberté de la détermination des prix, et des conditions de vente ou l'exercice des droits de propriété industrielle (ou d'utilisation d'un savoir faire technique) dont la propriété ou l'usage ont été acquis par l'autre partie³.
- Le dernier série des ententes dispensées de notification sont celles qui lient deux parties et qui ont pour objet la recherche et le développement, la coopération technique, l'application uniforme de certaines normes ou types⁴.

Cependant, les accords dispensés de notification peuvent faire l'objet d'une action en nullité, la Commission peut sanctionner ceux qui lui paraîtraient contraires aux dispositions de l'article 85§1 du traité de Rome. Ce serait par exemple le cas d'accords conclus entre entreprises d'un seul Etat membre, conduisant à créer un cloisonnement du marché national⁵.

¹ L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 94, n° 128.

² Selon la C.J.C.E., cette condition doit apprécier en fonction des objectifs de simplification administrative poursuivis par ce règlement. Elle applique cette disposition si la pratique en cause apparaisse, à cause de leurs caractéristiques, comme moins néfastes au regard des objectifs de cette disposition : C.J.C.E., 8 nov. 1983, aff. 96/102, 104, 105, 108 et 110/82, Rec. CJCE, p. 3369 ; note de R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 2071, Cdrom.

³ Art. 4 §2, al. 2 du règ. n° 17/62.

⁴ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz, 5^{ème} éd., 1995, p. 569, n° 701.

⁵ Déc. n° 81/1030/C.E.E. de la Commission, du 29 oct. 1981, GVL, J.O.C.E. du 28 déc. 1981, n° L 370.

Paragraphe 2 : L'abandon d'une condition de forme et les conséquences de cette suppression

Avant les modifications des règles procédurales, les accords ou pratiques concertées doivent être notifiés préalablement à la Commission européenne. Mais, depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, les entreprises ne doivent plus notifier leurs accords à la commission européenne car ce règlement a substitué le système d'autorisation de l'accord par un système d'exception légale¹.

On s'interroge sur les causes de la suppression de l'autorisation préalable (A), et les conséquences de celle-ci (B).

A/ Les causes de la suppression de la notification préalable

En raison de la rigidité du système de la notification, la Commission fût vite destinatrice de nombreuses demandes d'exemption individuelle, les entreprises voulant garantir d'un minimum de sécurité juridique, sachant qu'en notifiant leur accord, elles sont protégées contre d'éventuelles condamnations en cas de non déclaration préalable. Cependant, les accords ainsi notifiés jouissaient d'une certaine « garantie » de non contestation².

Une des raisons qui ont amené la Commission à proposer la suppression du système d'autorisation préalable est l'engorgement des demandes multiples, la Commission concentrait ses énergies dans un travail purement bureaucratique d'analyse d'accords qui pour la plupart, ne présentaient aucun problème majeur pour la concurrence au détriment des pratiques les plus nuisibles, mais jamais notifiées comme les ententes secrètes³.

L'autre raison qui entraîne l'élimination d'un tel système est relative à l'élargissement de l'Union Européenne qui passant au 1^{er} mai 2004, de quinze à vingt-cinq membres; un tel système aurait été insupportable et lourd pour la Commission dans son rôle de

¹ F. LEFEBVRE, *Concurrence – Consommation*, Mémento pratique, 2005-2006, p.346, n°1436 et 1437.

² K. DIAWARA, *L'apport du règlement 1/2003 : décentralisation et homogénéisation du droit européen de la concurrence*, Review of European and Russian Affairs (R.E.R.A.), vol. 1, n° 1, 2005, p. 8.

³ K. DIAWARA, *op. cit.*, pp. 8, 9.

gardien du Traité, et autorité principale de contrôle de la concurrence dans une Union élargie¹.

Enfin, une autre cause non moins déterminante reste la promotion d'une application harmonisée et efficace du droit de la concurrence, soumis au principe de subsidiarité qui incite une intervention communautaire seulement là où elle se révèle plus efficace et plus déterminante que celle des États membres².

Ainsi la limitation de la compétence des autorités et juridictions nationales d'appliquer l'article 81 §3 du Trait C.E (devenu l'article 101 § 3 du T.F.U.E.) n'allait pas dans le sens d'un développement harmonisé du droit européen de la concurrence³.

Toutes ces raisons ont été à la base de l'abandon de l'ancien système pour un système censé être plus efficace basé sur le principe de la validité *ab initio* des accords⁴, et tendant à promouvoir une application décentralisée des règles de la concurrence de la communauté.

B/ Les conséquences de la suppression de la notification en droit communautaire

Le système de la notification est clairement abandonné par le règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, l'exemption n'est plus conditionnée par une déclaration préalable sauf si l'intérêt communautaire l'exige (1), aussi la commission européenne a perdu le monopole d'application de l'article 101§3 du T.F.U.E. (ancien article 81§3 du traité C.E.) désormais la compétence est partagée en matière d'exemption individuelle (2).

¹ E. DIENY, *Ententes, Exemption individuelle, Article 81 §3 du Traité C.E.*, Fasc. 550, JurisClasseur Commercial – concurrence- consommation, 2009, vol. 3, pp. 5 et 6, n° 13.

² Le principe de subsidiarité est posé par l'article 5 al. 2 du Traité C.E.

³ Le préambule du règlement C.E. n°1/2003, point 3 dispose que « *Le régime centralisé mis en place par le règlement n° 17 n'est plus en mesure d'assurer l'équilibre entre ces deux objectifs. D'une part, il freine l'application des règles communautaires de concurrence par les juridictions et les autorités de concurrence des États membres, et le système de notification qu'il implique empêche la Commission de se concentrer sur la répression des infractions les plus graves. D'autre part, il entraîne pour les entreprises des coûts importants* ».

⁴ E. DIENY, *Ententes, Exemption individuelle, Article 81 §3 du Traité C.E.*, *op. cit.*, p. 6, n° 18.

1- L'instauration d'un système d'exception légale de validité des accords

Les modifications des règles procédurales en droit communautaire ont des conséquences, la première est la substitution du système d'autorisation de l'accord par un système d'exception légale¹.

C'est le règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, qui pose le principe du nouveau système en constatant la validité des accords, décisions et pratiques concertées, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet. En d'autres termes, tout accord qui remplit les conditions fixées par l'article 101§3 du T.F.U.E. (ancien article 81§3 du Traité C.E.) est réputé valide dès sa conclusion, sans qu'il soit nécessaire de le notifier, il bénéficie d'une présomption de légalité². Ainsi passe-t-on d'un contrôle *a priori* à un contrôle *a posteriori*. Ce système de validité automatique des accords en vertu de l'article 101§3 du T.F.U.E. (ancien article 81§3 du Traité C.E.) emporte un problème de savoir si les entreprises concernées seront aptes elles-mêmes à faire le travail que faisait la Commission ?

Le principe d'exception légale rétablit le droit commun dans la mesure où il correspond au principe général selon lequel chacun doit évaluer le caractère licite ou non des comportements qu'il s'apprête à adopter³. Dès lors, le principe d'exception légale attribue aux entreprises la responsabilité première d'évaluer leurs accords au regard de l'article 81§3 du Traité C.E.(devenu l'article 101§3 du T.F.U.E.)⁴.

2- La compétence d'exemption partagée

La deuxième conséquence est que le paragraphe 3, à l'image des paragraphes 1 et 2 de l'article 81 du Traité C.E., devient d'applicabilité directe. Ce qui a pour conséquence

¹ Le préambule du règlement C.E. n°1/2003, point 4, et l'art. 1 al. 1 du même règlement.

²C. GRYNFOGEL, *Doit communautaire de la concurrence, op. cit.*, pp. 80, 81.

³ K. DIAWARA, *op. cit.*, p. 11.

⁴ L'art. 2 du règ. n° 1/2003 édicte que «... il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies ».

de rendre ainsi compétentes les juridictions et autorités de concurrence des États membres pour appliquer cette disposition¹.

La Commission perd ainsi son exclusivité au profit d'une compétence concurrente partagée entre elle et les juridictions et autorités nationales de la concurrence. C'est en ce sens que le règlement opère en quelque sorte à une décentralisation du droit européen de la concurrence, permettant ainsi aux juridictions et aux autorités nationales de la concurrence d'appliquer en entier toutes les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles regroupant les articles 81 et 82 dans leur ensemble².

¹ Le préambule du règlement C.E. n° 1/2003, points 4, 6, 7.

² L'art. 5 du règ. n° 1/2003 qui dispose « *Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dans des cas individuels...* » ; v. aussi S. POILLOT-PERUZZETTO, *La réforme de la mise en œuvre des articles 81 et 82*, RTD Com., 2003, p. 397, Cdrom.

Deuxième partie : Le bénéfice et le retrait de l'exemption

Les règles de la concurrence ont pour but de protéger le bien-être du consommateur et de l'économie de manière générale. Les accords qui limitent le libre jeu de la concurrence, peuvent avoir en même temps des effets positifs s'ils réalisent un progrès économique¹. Donc le principe de prohibition des ententes, et les abus de position dominante, n'est pas absolu. Des dérogations peuvent être apportées².

Les causes de justification sont mentionnées à l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, qui est évidemment inspiré de l'article L. 420-4 du Code de commerce français, et proche de l'article 101§3 du T.F.U.E. (ancien article 81§3 du Traité de C.E.) (chapitre 1)³.

L'entreprise peut perdre le bénéfice de l'exemption, soit par voie ordinaire (l'expiration de la durée de la justification), ou à cause de certaines restrictions apportées par l'entreprise concernée, surtout si la pratique en cause développe des effets incompatibles, ce qui peut entraîner des sanctions applicables à l'auteur de ces pratiques anticoncurrentielles (chapitre 2).

¹ S. ABOU SALAH, *op. cit.*, p.197, n° 87.

² Le Doyen GORNU, dans le Vocabulaire Juridique H. CAITANT a défini l'exemption comme un « *acte par lequel une autorité affranchit un sujet de droit ... d'une obligation qui lui incomberait ou le soustrait au régime ordinaire qui lui serait applicable* » ; cité par M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.*, p. 543, n° 1025.

³ À notre connaissance, à cause de l'absence de toute jurisprudence algérienne dans le domaine de l'exemption, l'analyse des causes de justifications, aussi le retrait de l'exemption, devra se faire par référence aux jurisprudences françaises et communautaires.

Chapitre 1 : Les causes de justification des pratiques anticoncurrentielles

Les causes de justification sont envisagées par l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, qui dispose que « *ne sont pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7, les accords et pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application.*

Sont autorisés, les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché. Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords et pratiques qui ont fait l'objet d'une autorisation du Conseil de la concurrence »¹.

Cet article est à rapprocher de l'article 101§3 du T.F.U.E.², mais il est notable que les droits algérien et français, contrairement au droit communautaire³, acceptent la possibilité de justifier l'abus de position dominante, par les mêmes raisons que celles des ententes (soit par la loi, ou par le progrès économique ou technique). La position qui a été adoptée par le législateur algérien dans ce cas, est inspirée de celle de législateur français.

¹ L'art. 9 ci-dessus, est à rapprocher de la théorie pénale des faits justificatifs (art. 39 al. 1 du C. Pénal), où l'auteur de l'infraction échappe à toute condamnation à cause de circonstances factuelles autorisant la non application du texte qui définit l'infraction ; D. BARTHE, *Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles*-Fasc. 320, JurisClasseur Concurrence-Consommation, 2009, vol. 2, p. 2, n° 2. ; et M.MEROUANE, *préc.*

² L'art. 101§3 du T.F.U.E. déclare la non application des dispositions de paragraphe 1 du même article «... - à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et, -à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, ... ».

³ Le tribunal de première instance des communautés européennes estime que l'article 86 du Traité de Rome (devenu l'art. 102 du T.F.U.E.) « *Exclut, en raison de la nature même de son objet, à savoir un abus, toute possibilité d'exception à l'interdiction* » ; T.P.I.C.E., 10 juill. 1990, (aff. T. 51/89) Telka Pak c/Comm. C.E. Rec. C.J.C.E., II p. 309 ; v. aussi M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit.*, p. 214, n° 423.

Selon un auteur, l'idée qu'un abus de position dominante pourrait être exonéré est étrangère et contradictoire¹, elle s'explique en réalité par l'adoption de la loi française n° 63-628², qui prohibait non pas les pratiques abusives d'une entreprise dominante, mais « les activités » de celle-ci « ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché »³. Les rédacteurs de la loi de 1963 avaient considérés que l'entrave de fonctionnement de marché pouvait être justifiée dans certains cas, comme les ententes. Puis, en 1986, le législateur français quand il rédigeait l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence, a remplacé la notion « entrave » par celle « d'abus », ce qui signifie la suppression de la possibilité d'exonérer les abus de la position dominante⁴.

En pratique, la position de la jurisprudence algérienne n'a pas reconnue, car aucune jurisprudence n'est trouvée en matière d'exemption des pratiques anticoncurrentielles. Tandis qu'en droit français, les décisions concernant l'exemption des abus de position dominante sur le fondement de l'article L. 420-4 du code de commerce français, sont très rare⁵, et n'existent jamais en droit communautaire.

L'exemption peut être individuelle (lorsque la pratique en cause contribue au progrès économique ou technique), ou catégorielle (section 2). Elle peut aussi résulter de l'ordre de la loi (section 1).

¹ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Doit de la concurrence interne et communautaire*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 2004, p. 328, n° 265.

² La loi française n° 63-268, du 2 juill. 1963, est à l'origine de l'actuel art. L. 420-2 du C. com. fr. qui interdit l'exploitation abusive de la position dominante.

³ L'art. 50 de l'ord. fr. du 30 juin 1945.

⁴ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Doit de la concurrence interne et communautaire*, *op. cit.*, p. 329, n° 267.

⁵ Il y a des cas où l'autorité de la concurrence française a écarté l'application des dispositions de l'art. L. 420-4 du C. com. fr. ; V. par exemple : C.A. Paris, 29 juin 2000, Société Reebok France, BOCCR du 12 sep. 2000; v. aussi E. CLAUDEL, *L'abus de position dominante peut être justifié*, RTD com., 2006, p. 582, Cdrom.

Section 1 : La justification des pratiques anticoncurrentielles fondée sur la loi

L'exemption législative ou réglementaire existe spécifiquement en droit algérien et français¹. L'alinéa 1 de l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, exempte les pratiques qui « *résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application* »².

Pour bénéficier de cette cause de justification, différentes conditions doivent être remplies. Les premières relatives au texte justificatif lui-même (paragraphe 1), et les secondes au lien de causalité entre celui-ci et la pratique en cause (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les conditions relatives au texte justificatif

Ces conditions concernant la nature du texte susceptible d'être invoqué (A), et l'actualité de celui-ci (B).

A/ La nature du texte susceptible d'être invoqué

L'interprétation stricte des dispositions du premier alinéa de l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, permet d'exclure les actes qui n'ont pas le caractère législatif ou réglementaire au sens matériel et formel de ces termes (1), comme les textes réglementaires qui n'appliquent pas directement une loi justificative (2).

¹ L'art. L. 420-4-I du C. com. fr. dispose que « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :*

1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application;... »; Cette cause de justification est la deuxième différence textuelle existant entre le droit interne (algérien et français) et le droit communautaire, à côté de la possibilité d'application des causes d'exemptions aux abus de position dominante.

² À la différence de l'art. 9 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, l'art. 9 de l'ord. n° 95-06 relative à la concurrence (cette ord. a été abrogée par l'ord. n° 03-03), n'autorise que les accords et pratiques ayant pour effet d'assurer un progrès économique ou technique. Après, avec l'adoption de la nouvelle ordonnance, le législateur a consacré une autre cause de justification relative à l'existence d'un texte législatif ou un texte réglementaire pris pour son application.

1- L'exclusion des actes non législatifs ou non réglementaires

La nature du texte susceptible d'exempter les pratiques anticoncurrentielles suppose l'intervention de l'Administration sous la forme d'un *acte législatif ou réglementaire*¹. Un règlement général de manifestations commerciales approuvé par un ministre n'est pas suffisant², il doit se présenter comme une interprétation formelle de la législation en vigueur.

Sur ce point, le Conseil d'Etat français a considéré que les dispositions des articles L. 162-5 et L. 162-5-2 du Code de la sécurité sociale, qui « *ont pour objet d'autoriser les organismes d'assurance maladie, d'une part, et les organisations syndicales les plus représentatives de médecins, d'autre part, à définir par voie de convention les tarifs applicables dans le secteur de la médecine libérale conventionnée ainsi que les conditions dans lesquelles les soins doivent être dispensés* », constituent une cause justificative dès lors qu'en application de l'article L. 420-4-I du Code de commerce français, ces conventions et leurs annexes prévues par l'article L.162-5 du Code de la sécurité sociale, ne constituent pas des ententes qui entrent dans le champ de l'article L. 420-1 du Code commerce français³.

Cependant, l'autorité de la concurrence française a refusé l'exemption de pratiques anticoncurrentielles par les interventions administratives de pur fait, telle que les encouragements⁴, les simples incitations⁵, une lettre de ministre, l'approbation, ou les

¹ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 271, n°231.

² Cons. conc. fr., déc. n° 92-D-44, du 7 juill. 1992, pratiques relevées lors de la XX foire-exposition de Velay Auvergne : Rapp. cons. conc. fr. pour 1992, ann. n°5 p. 377.

³ C.E., 10 nov. 1999, n° 203779, 204071, 204188, 204266, 204271, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 24, p. 20, obs. P. STORRER ; cité par R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 937; Cdrom.

⁴ C. GRYNFOGEL, *Droit Français des ententes-article L. 420-1 du C. com. f.*, Fasc. 262, JurisClasseur Commercial, – concurrence- consommation, Vol. 2, 2009, p. 45, n° 187.

⁵ V. Cons. conc. fr., déc. n° 05-D-10, du 15 mars 2005, pratiques mises en œuvre sur le marché du chou fleur de Bretagne, RDC, 1 juill.2005, p. 701.; les auteurs dans cette affaire soutenaient que leur pratique (pour but d'avantager l'exportation de chou fleurs bretons) était le résultat d'une table ronde organisée à Renne par le ministre de l'économie, le préfet de région de l'ONIFLHOR. Le Conseil a refusé l'argument apporté par ces entreprises ; note C. PRIETO, obs. M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *préc.*, p. 271.

actes de tolérances expresses ou tacites émanant de l'administration¹...etc. Ainsi les participants à un comportement anticoncurrentiel ont cru pouvoir invoquer, comme un texte justificatif, une circulaire du ministre de l'Economie et des Finances du 30 mai 1970 relative à la pratique des prix d'appel, et une lettre de la Direction générale des prix. La Commission technique des ententes française² rejeta la preuve apportée par les auteurs de cette pratique, car la circulaire et le barème des prix invoqués n'avaient pas le même objet, aussi la lettre en cause n'a aucun rapport avec les décisions de l'entente³.

Développant le débat, la Commission technique des ententes affirma dans son rapport annuel que « *l'expression texte législatif ou réglementaire... ne doit pas être entendue de façon trop stricte, et que des pratiques qui auraient été autorisées par une circulaire ou une lettre du ministre de l'Economie et des Finances se présentant comme une interprétation formelle de la réglementation en vigueur pourraient être couvertes (par cette cause de justification), bien que ces actes ne constituent pas à proprement parler des textes réglementaires* »⁴. Donc la circulaire ou la lettre du ministre peuvent être considérées comme des causes de justification si elles interprètent un texte réglementaire pris pour l'application d'une loi, puisque cette formule est ajoutée par l'article 9 alinéa 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence et l'article L. 420-4- I du Code de commerce français.

De même, le Conseil de la concurrence français a écarté la possibilité d'invoquer un « *protocole* » signé entre syndicats professionnels, associations, fédération française de sport et le ministre de la Jeunesse et des sports⁵. Il en est de même pour les contrats conclus entre personnes privées ; l'absence de *caractère général* exclut toute nature législative ou réglementaire.

¹M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence, op. cit.*, p. 210, n° 283.

² C'est l'Autorité de la concurrence maintenant qui a ces attributions, et qu'exerce les fonctionnements de la Commission technique des ententes.

³ Comm. tech. ententes, 16 avr. 1975, Vaisselle en verre mécanique : cité par R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 938; Cdrom.

⁴ V. Rapp. ann. Comm. tech. Ententes, pour 1975, p. 999.

⁵ Cons. conc. fr., déc. n°94-D-40 du 28 juin 1994, situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski; Rapp. Cons. conc. fr. pour 1992, p. 360.

Le texte susceptible de justifier une pratique anticoncurrentielle doit avoir pour objet de limiter la concurrence. Mais il faut distinguer ce qui restreint celle-ci en organisant la totalité d'un secteur économique ou seulement une partie de celui-ci.

Lorsque le texte organisé totalement un secteur économique, et qu'il est soustrait au régime de liberté, il ne peut pas être invoqué à titre de justification car le marché est caractérisé par la situation de non-concurrence qui résulte de l'intervention du législateur et de l'Administration¹. À contrario, le texte en cause peut être considéré comme un texte justificatif, lorsqu'il limite ou restreint la concurrence sans la supprimer totalement, c'est-à-dire s'il organise partiellement un secteur économique et laisse une marge de liberté aux professionnels concernés².

Finalement faut-il que le texte invoqué ait pour objet ou pour effet direct, une organisation du marché assimilable à des pratiques d'ententes³ ?

2- L'exclusion des textes réglementaires autonomes

Les auteurs des pratiques anticoncurrentielles pourront s'abriter derrière une loi, ou un texte réglementaire (décret, ou un arrêté) à condition que ce dernier ait été pris pour l'application d'une loi.

L'alinéa 1 de l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, réduit le champ d'application de cette cause de justification car, n'entrent pas dans le cadre de cet article les textes réglementaires autonomes de toute loi⁴. Il faut que le texte invoqué soit le résultat d'un débat parlementaire et uniquement dans la mesure où un intérêt supérieur le justifie, tandis que les textes réglementaires (décret ou arrêté) sont susceptibles d'être invoqués comme des textes justificatifs dans la mesure où ils sont pris pour l'exécution des restrictions légales décidées⁵.

¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence, op. cit.*, p. 210, n° 283.

² M. MALAURIE-VIGNAL, *ibid.* ; par ex. la réglementation des prix de certains biens n'empêche pas la possibilité de la soumission de ces biens à d'autres formes de concurrence, tel que la concurrence par les services : V. Cass. Crim., du 9 nov. 1981, D. 1990 IR 224.

³ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 942; Cdrom.

⁴ Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence, op. cit.*, p. 91.

⁵ D. BARTHE, *op. cit.*, p. 4, n° 8.

Cette condition avait pour but de supprimer l'intervention de l'Etat dans le cadre économique, pour assurer la protection de la concurrence sur le marché. La permission au pouvoir réglementaire d'adopter des textes restrictifs de concurrence, sans effet réel sur le progrès économique ou technique, n'est pas en accord avec l'esprit général du droit de la concurrence¹.

Conformément à l'article 9 alinéa 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, un arrêté ministériel pris en application d'un décret d'application d'une loi, n'est pas susceptible d'exonérer un comportement anticoncurrentiel, car l'arrêté était indirectement lié à l'application de la loi justificative². En revanche, un arrêté pris en application de la loi, dans le cadre d'une organisation de marché d'origine communautaire, peut remplir les conditions de l'article L. 420-4 du Code de commerce français³.

Donc l'interprétation de la notion d'un «*texte réglementaire pris pour l'application d'une loi*», ne signifie pas l'ensemble des dispositions réglementaires qui peuvent être rattachées plus ou moins étroitement à l'application d'un texte législatif, elle concerne uniquement les dispositions adoptées pour l'exécution d'une loi⁴.

B/ L'actualité du texte justificatif

Les auteurs des comportements incriminés ne bénéficient de l'exemption fondée sur un texte, que si ce dernier est en vigueur au moment ou avant l'adoption de leurs pratiques anticoncurrentielles⁵. Donc est considérée illicite et tombe sous le coup de

¹ D. BARTHE, *ibid.*

² Cons. conc. fr., déc. n° 94-D-41, du 5 juill. 1994 ; cité par : A. CONDOMINES, *préc.*, le site : <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance>.

³ Cons. conc. fr., déc. n° 06-D-21, du 21 juill. 2006.

⁴ Cons. conc. fr., déc. n° 04-D-49, du 28 oct. 2004, relative aux pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine, le Conseil de la concurrence français a admis l'exemption d'une entente de prix sur le fondement d'un arrêté du ministre de l'Agriculture du 20 février 2003, relatif aux conditions de tarification de la mise en place de la semence bovine pratiquée par les centres d'insémination artificielle autorisés ; Rapp. Cons. conc. fr., pour 2004, pp. 241, 242.

⁵ A. CONDOMINES, *préc.*, le site : <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance>.

l'interdiction des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, la pratique qu'était réalisée avant la création du texte justificatif.

La confirmation législative ou réglementaire a posteriori d'une pratique déjà mise en œuvre n'entraîne pas la disparition rétroactive du caractère illicite, et n'exclut pas la sanction de cette pratique, à tout le moins pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du texte législatif ou réglementaire concerné¹, car la permission du recours à un texte postérieur aux pratiques litigieuses entraînait la suppression rétroactive du caractère illégal des comportements constatés et, en conséquence, la non application du principe de l'interdiction édicté par les articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, ce qui encourage les entreprises à commettre des pratiques anticoncurrentielles qui peuvent être exonérées postérieurement.

Cette condition a été réaffirmée, en droit français, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi « NRE » du 15 mai 2001², qui autorise certaines ententes de crise dans le secteur agricole³.

La Cour d'appel de Paris a estimé que l'adoption d'un texte justificatif postérieurement à la pratique illicite n'est pas une cause de justification, mais il peut constituer un élément de réduction du montant de l'amende qui va être imposée à l'auteur du comportement litigieux⁴.

¹ Dans ce sens, le Conseil de la concurrence français a condamné une société de déménagement, pour avoir diffusée auprès des membres de son réseau des prix planchers relatifs à des prestations offerts par un membre pour le compte d'un autre. La société a justifié sa pratique au regard des dispositions de la loi n° 92-1445, du 31 déc. 1992 relative aux relations de sous-traitance dans le domaine du transport routier de marchandises. Le Conseil dans cette affaire a refusé cette argumentation, car le texte invoqué est postérieur au comportement illicite ; Cons. conc. fr., déc. n° 93-D-27, du 30 juin 1993, pratique constatée dans le secteur de déménagement ; cité par le Rapp. Cons. conc. fr. pour 1993, ann. n° 34, p. 231.

² La loi n°2001-420, du 15 mai 2001 dite « loi NRE » modifiant et complétant le C. com. fr.

³ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p. 273, n° 234; et E. CLAUDEL, *Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, RTD com.*, 2001, p.663; Cdrom.

⁴ C.A Paris, 4 fév. 1997, BOCCRF du 6 mars 1997, pp.131 et 132.

Paragraphe 2 : Les conditions relatives au lien de causalité entre le texte justificatif et la pratique en cause

Le législateur dans l'alinéa 1 de l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence exige expressément un lien de causalité entre le texte invoqué et les comportements anticoncurrentiels. Seules les pratiques qui « *résultent de l'application* » d'un texte législatif ou réglementaire échappent au principe de l'interdiction(A). Les entreprises intéressées ont la charge de prouver non seulement que leur comportement est visé par le texte, mais aussi qu'il en découle et qu'il constitue la conséquence directe et nécessaire (B).

A/ L'existence d'un lien de causalité entre le texte justificatif et la pratique litigieuse

Pour qu'une pratique anticoncurrentielle soit rattachée à l'application d'un texte justificatif, il est indispensable que ce texte soit édicté pour permettre d'éventuelles restrictions de concurrence¹. Donc les auteurs d'un comportement anticoncurrentiel doivent prouver que les dispositions du texte justificatif ont pour vocation à autoriser la pratique en cause.

Tel est le cas en droit algérien, concernant le contrat de concession exclusive², l'article 41 de la loi n° 90-16³ permettant l'installation en Algérie des concessionnaires, habilités à effectuer des importations des marchandises destinés à la revente, dès lors qu'ils auront obtenu l'agrément délivré par le Conseil de la monnaie et du crédit⁴. IL résulte de

¹ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.*

² Le contrat de concession exclusive est un contrat par lequel un fournisseur appelé concédant titulaire d'une marque, réserve à un commerçant appelé concessionnaire la distribution exclusive (la revente) de ses produits qui jouit d'un monopole de revente sur un territoire déterminé, et en contrepartie le concessionnaire est tenu de s'approvisionner exclusivement auprès du concédant : B. HESS-FALLON et A-M. SIMON, *Droit des affaires*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2001, p. 239 ; v. égal. M. HARRAT, *op. cit.*, p. 12, Y. BOUKHELF, *Les accords cadres de distribution*, Faculté de Droit, Université d'Oran, (mémoire de magistère), 2011-2012, p. 52.

³ Loi n° 90-16, du 7 août 1990, portant loi de finances complémentaire pour 1990, J. O. R. A. du 11 août 1991, n° 34, p. 950.

⁴ L'art. 41 de loi n° 90-16 dispose que : «1- *Le dédouanement pour la mise à la consommation de marchandises importées sont paiement et destinées à la revente en l'état exclusivement par des personnes exerçant une activité de vente ou par des concessionnaires agréées est dispensé des formalités du contrôle du commerce extérieure.*

l'application de cet article, le règlement n° 90-04¹ pris pour l'application de l'article 41 de la loi n° 90-16².

Divers exemples existent en droit français, on trouve par exemple la loi d'orientation agricole³, qui autorise les contrats conclus entre des organisations professionnelles représentatives du secteur agricole en cas de crise conjoncturelle, alors qu'ils peuvent comporter des restrictions de concurrence notamment en matière de production ou de prix⁴. Ces contrats doivent être notifiés lors de la conclusion, au Ministre de l'agriculture, au Ministre chargé de l'économie, et à l'autorité de la concurrence. Cette loi crée une application à l'article L. 420-4 I 1° du Code de commerce français.

De même la Commission de la concurrence française dans son avis de 1986 a estimé que les dispositions de l'article 1625 et suivant du Code civil français⁵ n'étaient pas applicables à une clause de non-concurrence signée entre deux groupes de presse à l'occasion d'une cession d'un fonds de commerce, car la validité de cette clause exige sa limitation dans le temps et l'espace, et qu'elle doit être proportionnée avec la nature de l'activité concernée. Tandis que les groupes en cause avaient signés cette clause dont la portée dépassait les marchés concernés par la cession du fonds de commerce. Donc les

2- La liste des marchandises pouvant être admises et destinées à la revente, en l'état, prévues à l'alinéa précédent sera déterminée par voie réglementaire.

3- Les importations des marchandises figurant sur la liste prévue ci-dessus ne peuvent être effectuées que par le biais de personnes exerçant une activité de gros ou par des concessionnaires agréés installés sur le territoire national sans que ceux-ci ne soit en situation de monopole ...

5- Le règlement des marchandises doit être effectué par le dépit compte devises ouvert par une personne physique ou morale auprès d'une banque algérienne conformément à la législation en vigueur.

Les conditions d'application des dispositions de l'alinéa 5 sont déterminées par voie réglementaire ».

¹ Règ. de la banque d'Algérie n° 90-04, du 08 Sept. 1990, relatif à l'agrément et l'installation des grossistes et des concessionnaires, J. O. R. A du 24 oct. 1990, n° 45, p. 1237, modifié et complété par le règ. n° 91-03, du 20 fév. 1991, relatif aux conditions d'exercice des opérations d'importation de bien en Algérie et de leur financement, J. O. R. A du 25 mars 1992, n° 23, p. 563.

² M.HARRAT, *op. cit.*, p. 80.

³ La loi n° 99-574, du 9 juill. 1999, J.O.F du 10 juill. 1999, p. 10245, art. 71.

⁴ S. ABOU SALAH, *op. cit.*, p. 199, n°90 ; v. égal. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMONT, *Droit commercial*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2004, 470, n° 610.

⁵ Selon l'ancien art. 1625 du C. civ. fr. le vendeur d'un fonds de commerce doit s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé (actuellement l'art. 1625 du C. civ. fr. concernant la garantie).

prescriptions de l'article 1625 et suivant du Code civil français ne peuvent être invoquées comme une cause justificative¹.

Un autre cas d'application a été présenté en 2004², où le Conseil de la concurrence français a souligné que la plupart des ententes de tarification passées entre les centres d'insémination et les vétérinaires comportent des clauses prévoyant que les opérations d'insémination sont soumises à la tarification définie par le centre. Malgré le fait que ces clauses constituent une restriction à la libre fixation des prix par le jeu du marché, le Conseil a relevé que cette pratique résulte directement d'un arrêté du ministre de l'Agriculture du 20 février 2003 qui détaille les modalités de fixation de la tarification de mise en place de la semence bovine³.

Il faut noter que, si le texte invoqué a pour but de protéger la concurrence, aucune relation de causalité n'est susceptible d'exister entre la pratique anticoncurrentielle et le texte⁴.

Dans ce sens, le Conseil de la concurrence français a refusé l'argumentation des groupements de salle de cinéma⁵, invoquant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle pour légitimer leur pratique anticoncurrentielle⁶. Car la loi et son décret d'application autorisaient aux salles de cinéma la constitution des groupements de programmation, mais imposaient aussi à ces groupements le respect des règles de concurrence⁷. Dans cette affaire le Conseil a considéré que l'objectif de

¹ Avis du 29 mai 1986, BOCCRF, 8 août 1986, cité par H. GUERIN, *Infractions économiques-pratiques anticoncurrentielles-ententes prohibées-exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique*, *op. cit.*, p. 18, n° 61.

² Cons. conc. fr., déc. n° 04-D-49, du 28 oct. 2004 ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2004, pp. 241, 242.

³ Ce texte (arrêté ministériel) prévoit que le « *prix de revient* » de la mise en place est fixé selon certains frais précisément énumérés.

⁴ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 275, n° 238.

⁵ Cons. conc. fr., déc. n° 91-D-45, du 29 oct. 1991, situation de la concurrence sur le marché de l'exploitation des films dans les salles de cinéma ; note de Rapp. Cons. conc. fr. pour 1991, ann. n° 58, p. 109.

⁶ Les groupements de programmation dans cette affaire, avaient exploité des films en agglomération parisienne, puis ils imposaient aux distributeurs de ces mêmes films l'acceptation de l'exclusivité de programmation en province dans des salles de leur réseau.

⁷ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *préc.*

protection de la concurrence de ce texte exclut la possibilité de justifier toute pratique qui produit des atteintes à la concurrence.

B/ Le caractère direct et nécessaire du lien de causalité

À supposer que le texte justifie des atteintes à la concurrence, l'existence d'un lien de causalité exige que la pratique en cause soit la conséquence inéluctable et nécessaire du texte invoqué¹. C'est-à-dire que le comportement anticoncurrentiel doit apparaître, « *non seulement comme une attitude dictée par les seules exigences du texte, mais aussi comme l'unique attitude susceptible de répondre à ses exigences* »². En d'autres termes, l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle doit prouver non seulement que son comportement est la conséquence du texte, mais encore qu'il n'aurait pu répondre de façon adéquate aux dispositions de ce texte invoqué³. Si une autre entreprise commet une pratique moins restrictive de concurrence et répondant mieux aux dispositions du même texte par rapport aux autres entreprises, l'exonération des pratiques anticoncurrentielles de ces dernières est exclue⁴.

Sur ce point, la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence français a éclairé cette exigence, il a considéré dans une décision que les dispositions du Code de la santé publique français bien que limitant la concurrence entre les pharmacies, n'impliquent pas l'absence de toute concurrence entre eux et ne justifient pas certaines pratiques telles

¹ M. PÉDAMON, *Le droit commercial, op. cit.*, 2000, p. 499, n° 401.

² D. BARTHE, *op.cit.*, p. 7, n° 15.

³ Cons. coc. fr. déc. n° 03-D-03, du 16 janv. 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances ; et la déc. n° 03-D-04, du même date, relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des d'Albertville en matière d'assurances. Dans ces affaires le barreau de Marseille et le barreau d'Albertville, à imposer aux membres du barreau à adhérer au contrat collectif d'assurance des risques professionnels des avocats souscrit par lui. La profession d'avocat est réglementée par la loi du 31 décembre 1971. Le Conseil de la concurrence a estimé que l'article 27 de cette loi doit être interprété comme excluant la faculté pour les avocats, lorsqu'une assurance collective de responsabilité civile professionnelle a été contractée par le barreau, de ne pas y adhérer et de s'assurer individuellement...etc. La pratique en cause a finalement échappé à l'application de l'art. L. 420-1 du C. com. fr., car le Conseil a considéré qu'elle résulte directement et nécessairement de l'application de la loi précitée: Rapp. Cons. conc. fr. pour 2003, pp. 280, 281.

⁴ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 276, n° 239.

que: une entente sur les prix¹, les accords conclus entre ces pharmacies pour empêcher les jours de l'ouverture et de fermeture, ne découlent pas directement de l'article L. 588-1 (devenu l'article L. 5125-22) du même code².

Il faut signaler qu'en droit français, une autre condition doit exister pour que l'exemption soit validée et produire ces effets ; un texte législatif ou réglementaire ne peut servir de fondement à une exemption que s'il n'est pas contraire aux obligations en matière de concurrence imposées par le droit de la communauté européenne³.

Au total la justification des comportements illicites par un texte reste assez limitée⁴, ces conditions expliquent le manquement des cas d'applications de ce fait justificatif, et surtout que l'Autorité de la concurrence et les tribunaux avaient interprété strictement ces textes justificatifs⁵. En va-t-il de même de la justification tirée par l'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence?

Section2 : L'exemption individuelle ou catégorielle des pratiques anticoncurrentielles

Les accords qui limitent la concurrence peuvent avoir en même temps des effets pro-concurrentiels s'ils produisent un progrès économique ou technique (paragraphe 1). Un autre mécanisme existe en droit communautaire ; c'est l'exemption catégorielle des ententes (paragraphe 2).

¹ Cass. com., 10 mars 1998, *D. affaires* 1998, p.754, la jurisprudence française a refusé l'exemption d'une entente sur les prix entre pharmaciens en application du Code de la santé publique, obs. Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial- actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation-*, LITEC, 2008, p.128.

² C.A Paris, 20 sept. 1990, BOCC 26 sept. 1990, p. 362 ; cité par M.MALAUZIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit.*, p.212.

³ C'est le principe de « *la primauté du droit communautaire* » qui impose aux autorités et tribunaux français d'écarter l'application de l'art. L420-4-I 1° dans le cas où le texte français est contraire à T.F.U.E.

⁴ Selon un auteur « *dans un pays comme la France où les interventions de la puissance publique sont traditionnelles, même si elles se font plus discrètes à l'heure actuelle, on pourrait craindre que cette cause d'exonération ne joue un rôle démesuré* » ; note de R. HOUIN et M. PÉDAMON, *Droit commercial*, 9^{ème} éd., Précis Dalloz, 1990, p. 611, n° 473.

⁵ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMONT, *op. cit.*, p. 470, n° 610.

Paragraphe 1 : L'exemption individuelle ou la justification par le progrès économique ou technique.

En vertu de l'article 9 alinéa 2 et l'article 8 alinéa 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, les auteurs des pratiques anticoncurrentielles peuvent échapper à toute condamnation, si leurs pratiques contribuent au progrès économique ou technique¹. Pour bénéficier de cette cause de justification, les entreprises concernées doivent prouver l'existence de quatre conditions de fond (A), plus une condition de forme (B).

A/ Conditions de fond de l'exemption individuelle

L'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence dispose que « *Sont autorisés, les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché...* »².

L'exemption individuelle est accordée à l'issue d'un bilan économique de la pratique en cause. C'est à l'entreprise qui invoque le bénéfice de l'exemption de démontrer que la pratique remplit quatre conditions cumulatives³; deux exigences positives relatives au

¹ À la différence de la justification qui a été accordé par ordre de la loi où toute entreprise commet une pratique répondant mieux aux prescriptions de la loi ou du règlement invoqué, peut être bénéficiée de cette cause de justification. L'exemption individuelle ne peut être octroyée qu'à une seule entreprise satisfait les conditions fixées par l'art. 9 al. 2 et l'art. 8 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence. Donc cette méthode d'exemption sera accordée seulement en cas de bilan positif réalisé exclusivement par l'entreprise demandeur.

² L'art. 9 al. 2 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence est inspiré de l'art L. 420-4-I 2° du C. com. fr., et l'art. 101 § 3 du T.F.U.E. Il faut signaler que les décisions et les arrêts européens cités dans cette étude se réfèrent à la pratique de la Commission européenne en matière d'exemption individuelle. Il convient, désormais de substituer le terme d'exemption individuelle par le terme « exception légale », après l'adoption du règlement européen n° 1/2003. L'interprétation des conditions d'exemption individuelle édictées par l'art. 81 § 3 (devenu l'art. 101§3 du T.F.U.E.) sous l'empire du règlement 17/62, garde tout son intérêt.

³ Ces conditions sont prévues implicitement par l'art. 9 al. 2 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, et par le décret exécutif n° 05-175, du 12 mai 2005, fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, contrairement aux droits français (art. L. 420-4-I 2°) et communautaire (art. 101§3 du T.F.U.E.) ces conditions sont expressément envisagées.

progrès économique ou technique (1), et deux exigences négatives relatives aux pratiques anticoncurrentielles (2).

1- Les conditions relatives au progrès économique

L'existence d'un progrès économique n'est pas suffisante (a), il faut qu'une partie équitable du profit qui en résulte soit réservée aux utilisateurs (b).

a- L'existence d'un progrès économique ou technique

La restriction de la concurrence produite par une entente ou un abus de position dominante n'empêche pas qu'elle puisse être un moyen d'organisation de l'activité économique susceptible d'avoir des effets techniques ou économiques favorables.

Il faut tout d'abord un progrès économique ou technique¹, l'analyse de ce dernier est effectuée en fonction des circonstances économiques² et juridiques qui déterminent le contexte dans lequel s'inscrivent les pratiques litigieuses.

Le législateur, dans le formulaire de renseignement pour l'obtention d'une attestation négative publiée en annexe 2 du décret exécutif n° 05-175, a demandé aux parties du comportement anticoncurrentiel de montrer les avantages que procure l'objet de la demande au profit des entreprises concernées et au profit des utilisateurs et des consommateurs³.

¹ La notion de progrès économique ou technique n'a pas fait l'objet d'une définition législative, elle paraît assez floue, et peut soulever des problèmes d'interprétation, ceci d'autant plus qu'il est assez difficile d'établir des critères pouvant rendre objectivement compte des effets positifs d'opérations d'ententes ou d'un abus de position dominante normalement interdits sur une évolution positive de la production économique ou technique. Le sens du progrès économique ou technique est à rechercher dans la jurisprudence, et les rapports annuels du Conseil de la concurrence, et dans les articles de la doctrine.

² Par exemple les autorités de concurrence françaises, jusqu'à présent, se sont montrées peu sensibles à la notion de crise économique pour octroyer une exemption. Les décisions rendues démontrent que les comportements anticoncurrentiels adoptés pendant des périodes de crise qui regardés par ses auteurs comme contribuant au progrès économique, ne remplissaient pas, pour les autorités de concurrence, les critères exigés pour être exemptés ; pour une idée plus détaillée v. C. VITRICH, *La prise en compte des difficultés de l'entreprise dans la détermination des sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles*, Université Paris II Panthéon-Assas, (Magistère de Juriste d'Affaires-D.J.C.E.), 20011-2012, p. 27 et s.

³ Renseignement n° 3-2 et n° 3-6 de l'annexe 2 du décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché

Le progrès économique attendu de la pratique litigieuse peut se présenter selon différentes formes¹. Ont ainsi été qualifiées de contribution au progrès économique :

1° L'amélioration de la production ou de la distribution des produits, ou la promotion du progrès technique ou économique

Cette amélioration se réalise par la permission aux entreprises d'augmenter leur production ou de réduire des coûts de production et des frais généraux (produire mieux et moins cher), par la régularisation de la production, par la spécialisation, ou par la création d'un nouveau produit qui nécessite la concentration et la coopération entre les petites et moyennes entreprises².

D'une manière générale, la C.J.C.E a précisé que l'amélioration de l'efficacité économique doit présenter «*des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients en résultant sur le plan de la concurrence*», de même qu'il ne suffit pas que l'entente procure des avantages objectifs, tant il importe que les améliorations soient suffisantes pour compenser les effets restrictifs de concurrence que l'entente provoquerait³. Elle a ajouté qu'une amélioration de la distribution ne saurait aboutir à une exemption lorsqu'elle résulte de l'organisation du marché et non pas de l'entente en cause⁴.

2° L'amélioration de la distribution

L'amélioration de la distribution peut se réaliser par plusieurs mécanismes notamment par les pratiques qui réservent la protection de certaines formes de

¹ Les formes des gains d'efficacité économique sont envisagées dans l'art. 9 al. 2 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

² S. IGLOULI OULD RABAH, *La place des petites et moyennes entreprises en droit algérien*, Rev. Idara, n° 36, vol. 18, n°2-2008, p. 8.

³ C.J.C.E, aff. jointes n° 209 à 215 et 218/78, Heintz Van Landewyck et autres, 29 octobre 1980.

⁴ Notamment lorsque «*les avantages allégués (continuité des livraisons, leur bonne répartition dans le temps et dans l'espace, amélioration des conditions de stockage et de transport ...) ne résultent pas de l'existence d'un comptoir de vente, mais de la manière dont les grossistes et les coopératives organiseraient leur approvisionnement et la distribution de leurs produits*» ; Cf. Comm. Euro., déc. du 20 juill. 1978, *Central Stikstof Verkoopkantoor*, J.O.U.E, 30 juillet 1978.

distribution. On cite par exemple, la constitution des réseaux de distribution sélective¹ qui facilite la distribution des produits, et qui permet au client d'acquérir un produit dans des lieux différents, et de pouvoir bénéficier de sa garantie ailleurs qu'au point de vente, ce mode de distribution assure aussi une protection du réseau contre les distributeurs parallèles². De même l'amélioration de la distribution peut se faire à travers le contrat concession exclusive lorsqu'elle ne crée pas une protection territoriale absolue, ou par la conclusion des contrats qui contiennent une clause d'approvisionnement exclusive³ ou une clause de coopération ou de spécialisation⁴, aussi par l'organisation des foires et expositions⁵... etc.

3° - L'amélioration des conditions du marché

L'amélioration des conditions du marché est constatée lorsque le comportement litigieux garantit une meilleure diffusion des produits auprès des utilisateurs. À cet effet « *l'effort de protection de l'utilisateur et l'amélioration de la commercialisation des*

¹ La distribution sélective a été définie par l'article 1-e du règlement n° 330/2010/U.E., comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* » ; règl. d'exemption de la Commission n° 330/2010/U.E., du 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, J.O.C.E. L.102, du 23 avr. 2010, abrogé et remplacé le règ. d'exemption 2790/1999/CE de la Commission du 22 déc. 1999, J.O.C.E. n° L.336/21 du 29 déc. 1999, p. 1.

² A. MEFLAH, *op. cit.*, p. 125.

³ Concernant la notion de la clause d'exclusivité d'approvisionnement : v. supra. pp. 32, 33 ; la clause d'exclusivité d'achat ou d'approvisionnement existe surtout dans les contrats conclus entre les compagnies pétrolières et les pompistes, dans la distribution des eaux minérales, elle rencontre notamment en matière de prestations de services. L'objet de cette clause n'est pas de verrouiller le marché ou d'exclure des concurrents, cette clause conservera la possibilité de déterminer librement la politique commerciale, et facilite l'entrée sur le marché des petites et moyennes entreprises, elle limite aussi les risques de stockage et de commercialisation... ; Y. GUYON, *Droit des affaires- Droit commercial général et sociétés-*, ECONOMICA, t. 1, 12^{ème} éd., 2003, p.897, n°832.

⁴ Les accords de coopération restreignent la liberté de production, car chacune des parties doivent abandonner sa propre production en faveur de l'autre partie afin de coordonner leur investissement, mais au même temps ils améliorent la distribution parce qu'ils assurent une compétitivité des petites et moyennes entreprises, ils facilitent aussi la création de nouveaux marchés : F. LEFEBVRE, *op. cit.*, 2011-2012, p. 500, n° 22285.

⁵ F. LEFEBVRE, *op. cit.*, 2011-2012, p. 498, n° 22260.

*produits constituent les éléments principaux d'une évolution favorable du marché »*¹. Par exemple la justification d'une pratique entraîne l'organisation du recul d'une production menacée peut être admise à condition qu'elle mette en œuvre, dans le même temps, une action de reconversion progressive des entreprises concernées². De même la mise en place d'un système de distribution sélective peut avoir aussi une influence favorable sur le marché des produits. Également sont considérées progrès économique et améliorées les conditions de marché, les pratiques anticoncurrentielles ayant permis de restaurer l'image de marque d'un produit³ ... etc.

4° - La contribution à l'amélioration de l'emploi

Le progrès économique peut être constaté à travers la contribution à l'emploi⁴. Donc il serait susceptible d'exempter les comportements anticoncurrentiels qui ont un effet sur l'emploi⁵, notamment la pratique qui offre une grande possibilité d'investissement, ou qui permet aux petites et moyennes entreprises de pénétrer sur de nouveaux marchés pour consolider leur position concurrentielle, et élargir la gamme de produits proposés aux utilisateurs⁶.

La Commission de la concurrence française a exposé dans son rapport que : « ... *le maintien et la sécurité de l'emploi sont plus sûrement assurés à moyen et à long terme par le jeu d'une concurrence effective qu'à court terme par le jeu de la protection des situations acquises »*⁷.

¹ D. BARTHE, *op.cit.*, p. 10, n° 24.

² Cons. conc. fr., déc. n° 88-D-43, du 8 nov. 1988 ; note de R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 961, Cdrom.

³ E. DIENY, *Ententes, Exemption individuelle, Article 81 §3 du Traité C.E.*, *op. cit.*, p. 23, n° 80.

⁴ La loi du 15 mai 2001 a modifié l'art. L. 420-4-I, 2° du C. com. fr. afin de préciser que le progrès économique peut être réalisé à travers le maintien de l'emploi, donc ce dernier est une cause d'exonération.

⁵ M.HARRAT, *op. cit.*, p. 77.

⁶ S. IGLOULI OULD RABAH, *op. cit.*, p. 14.

⁷ Rpp. Comm. Euro., pour 1981, p.135.

Finalement, les avantages de la pratique litigieuse doivent être objectivement appréciés. L'existence d'un seul avantage suffit pour que la première condition soit remplie.

b- Une partie équitable du profit doit être réservée aux utilisateurs

Pour qu'un comportement anticoncurrentiel puisse bénéficier d'une exemption individuelle, ses effets techniques ou économiques favorables ne doivent pas uniquement profiter aux entreprises participantes, il doit ensuite réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte¹.

Cette condition est, en pratique, difficile à distinguer de la première, lorsqu'elle se présente comme une amélioration de la production. Le fait que les utilisateurs puissent se procurer plus facilement certains produits ou services, constitue un avantage aux utilisateurs car il entraîne une plus possibilité de choix. Mais que recouvrent ces notions d'utilisateurs et de profit équitable ?

1° Le terme « profit » signifie tout avantage économique objectif sensible, obtenu par la restriction de la concurrence de la pratique litigieuse², il peut revêtir un caractère financier (l'existence de prix favorables pour les utilisateurs...etc.). Il admet également une approche plus large et intègre aussi certains avantages non monétaires comme l'amélioration de la qualité du produit ou service proposé, ou l'amélioration de la distribution des produits qui leur sont fournis³, l'amélioration de la transparence du marché entraînant l'information complète et le libre choix du consommateur, l'augmentation qualitative ou quantitative du produit ou service⁴, et tout autre avantage présentant un caractère moins concret.

¹ Parmi les renseignements concernant les motifs de la demande prévus en annexe n° 2, du décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, le législateur a obligé les entreprises concernées à indiquer dans la demande les avantages susceptibles de procurer à la concurrence, aux utilisateurs et aux consommateurs, v. renseignement n° 3-6 ; aussi J-B. BLAISE, *Ententes*, Encyclopédie Dalloz, répertoire du droit communautaire, t. II, 2003, p. 56, n° 619 et s.

² L. NICOLAS- VULIERNE, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 192, n° 283 ; aussi D. ZENNAKI, *Droit de la distribution*, *préc.*

³ E. DIENY, *Ententes, Exemption individuelle, Article 81 §3 du Traité C.E.*, *op. cit.*, p. 26, n° 87.

⁴ L. NICOLAS- VULIERNE, *Droit de la concurrence*, *préc.*, p. 192, n° 283.

2° La notion « d'utilisateurs » n'est pas défini par le législateur (algérien et français). Ainsi il y'a bien de voir la position de la jurisprudence française sur ce point. La jurisprudence laisse clairement apparaître que cette notion a différents sens. Généralement, cette notion englobe tous ceux qui interviennent directement ou indirectement dans le circuit économique du produit ou du service couvert par l'accord¹, y compris les producteurs qui utilisent un produit pour transformation, les revendeurs en gros ou en détail, les consommateurs finaux², sont considérés comme utilisateurs.

Cette exigence d'une partie équitable du profit doit être réservée aux utilisateurs refuse toute possibilité d'exempter les ententes ou les abus de position qui ne profitent qu'à leurs initiateurs³. La notion de **partie équitable** signifie que les avantages du comportement en cause, doivent au moins garantir aux utilisateurs la compensation des restrictions réelles ou probables⁴. Conformément à l'objectif des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, qui consiste à interdire et sanctionner tout comportement anticoncurrentiel, l'effet net de la pratique doit au moins être neutre du point de vue des consommateurs qui sont affectés nécessairement par ces comportements.

Donc pour qu'une pratique anticoncurrentielle bénéficie d'une justification fondée sur les dispositions de l'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, il faut faire une comparaison entre les avantages de cette pratique et ses inconvénients. Il s'agit en effet, de révéler le progrès économique susceptible de justifier l'entente ou de l'abus de domination. Or l'exonération n'étant accessible que dans la mesure où les

¹ C. GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, *op. cit.*, p. 74. ; v. égal. M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 289, n° 260.

² L'art. 3 al. 2 de la loi n° 09-03, du 25 fév. 2009, relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, J.O.R.A. n° 15, du 8 mars 2009, p. 10, a défini le consommateur comme «*toute personne physique ou morale qui acquiert, à titre onéreux ou gratuit, un bien ou un service destiné à une utilisation finale, pour son besoin propre et pour le besoin d'une autre personne ou d'un animal dont il a la charge* » ; les consommateurs sont les plus souvent visés ; pour une définition plus détaillée sur la notion des consommateurs : v. M. BOUDALI, *op. cit.*, p. 27 et s.

³ V. Cons. conc. fr., déc. n° 01-D-41, 11 juill.2001, marchés des titres restaurants et des titres emploi services ; M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 289.

⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.*, p. 553, n° 1034.

avantages l'emportent sur les inconvénients, il faut bien procéder à un *bilan économique comparatif* de ceux-ci¹.

2- Conditions relatives au comportement anticoncurrentiel

Deux conditions négatives doivent être réunies, d'une part l'impossibilité d'éliminer la concurrence sur le marché (a), et d'autre part, que les restrictions imposées aux entreprises ne dépassent pas les limites de l'indispensable pour parvenir aux résultats allégués (b).

a- L'impossibilité d'éliminer la concurrence sur le marché

Cette condition souligne la primauté du principe de libre concurrence². Elle impose que la pratique anticoncurrentielle ne peut être justifiée si elle supprime la concurrence, soit totalement, soit même d'une partie substantielle des produits et services en cause³, quels que soient les avantages de cette pratique, car la suppression de toute concurrence sur le marché fait à terme obstacle à la contribution au progrès économique⁴.

Cette condition permet d'écarter l'exemption lorsque le comportement autorise aux entreprises intéressées d'acquérir une position dominante *à fortiori* un monopole sur le marché concerné⁵, elles ne peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, car une telle position entraîne effectivement la suppression de toute concurrence⁶.

¹ R. BOUT, M. BRUSCHI, M-LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 958; Cdrom.; C. GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence, op. cit.*, p. 75 et s.

² Pour une idée plus détaillée sur ce principe, v. M. MENOUEUR, *La liberté du commerce et de l'industrie en France et en Algérie, op. cit.*, p. 9.

³ C. GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence, op. cit.*, p. 78.

⁴ E. CLAUDEL, *ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, op. cit.*, p. 235, n° 295.

⁵ Cons. conc. fr., déc. n° 01-D-07, du 11 avr. 2001, pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique. Le Conseil de la concurrence français a refusé la justification des pratiques de répartition de marché mises en œuvre par trois entreprises représentant 83 % du marché concerné, car en raison de la position de ces opérateurs économiques, les pratiques en cause ont éliminé la concurrence sur une partie substantielle du marché: Rapp. Cons. conc. fr. pour 2001, p. 32.

⁶ D. BARTHE, *op. cit.*, p. 13, n° 34.

Selon un auteur, à cette raison, seuls les comportements anticoncurrentiels des PME sont susceptibles de satisfaire à cette condition¹. C'est pourquoi le droit communautaire n'admet pas l'exemption d'une pratique quand son auteur détient une part de marché importante, ou lorsqu'une entreprise est déjà en situation de monopole ou d'un abus de position dominante².

Il faut apprécier si le comportement anticoncurrentiel préserve une concurrence actuelle ou potentielle sur le marché des produits ou des services pertinents. Cette appréciation est effectuée au cas par cas, car elle dépend de l'impact de la pratique sur le marché pertinent³. Le maintien d'une concurrence effective est considérée nécessaire aux objectifs du marché et c'est elle qui justifie l'atteinte portée à la liberté des entreprises.

b- La nécessité de la pratique en cause

Cette condition signifie que l'altération de la concurrence doit être strictement limitée à la mesure qui est nécessaire pour réaliser les deux conditions positives sus énumérées⁴. Par conséquent, toute voie moins restrictive que celle choisie par les entreprises doit leur être imposée. L'absence de restriction exige que les atteintes imposées aux utilisateurs ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour satisfaire la première condition sus énumérée⁵.

¹ D. BARTHE, *ibid.*; v. aussi S. IGLOULI OULD RABAH, *op. cit.*, p. 12. Mais le législateur (soit le législateur algérien, ou français) n'a pas limité l'exemption des pratiques anticoncurrentielles à certaines entreprises ou selon leur taille, de même il admet une possibilité de justifier les comportements émanant d'une entreprise en position dominante ou monopolistique si les conditions prévues sont réunies.

² La nature de l'accord et la position des parties sur le marché sont généralement les facteurs les plus déterminants pour juger si un accord peut bénéficier ou non de l'exemption.

³ D. BARTHE, *préc.*

⁴ Selon l'annexe n° 2 du décret exécutif n° 05-175, fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, les parties à un comportement anticoncurrentiel doivent montrer les raisons pour lesquelles l'objet de la demande pourrait affecter la concurrence (renseignement n° 3-4), de même indiquer les raisons pour lesquelles le comportement de l'entreprise ou des entreprises concernées n'a pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence dans un même marché déterminé (renseignement n° 3-5) ; v. égal. Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence, op. cit.*, p. 94.

⁵ E. CLAUDEL, *ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, op. cit.*, pp. 234, 235, n° 294.

Les auteurs des pratiques anticoncurrentielles doivent démontrer l'existence, non seulement d'un lien de causalité entre la restriction de la concurrence et le progrès invoqué, mais aussi une restriction nécessaire du jeu de la concurrence¹. Cette mise en évidence du principe de proportionnalité s'explique, par le fait que l'entrave qui résulte de l'opération d'entente ou l'abus de position dominante doit être proportionnée à l'objectif de progrès économique ou technique recherché et au bénéfice qu'elle apporte aux utilisateurs².

Le but du contrôle est donc de vérifier s'il existe d'autres voies moins restrictives à la concurrence apparaissant comme mieux adaptées, pour atteindre le même objectif³. La justification du caractère indispensable ou non de la restriction passe par la « technique de l'élimination », qui consiste à considérer qu'aucunes des clauses restrictives ne pourraient être remises en cause « *sans que le but poursuivi ne soit compromis* »⁴.

L'appréciation de cette exigence, se fait en deux étapes : il faut d'abord examiner l'accord lui-même pour savoir s'il y a d'autres moyens raisonnables pouvant réaliser le même objectif, et la deuxième étape réside dans l'examen et l'analyse des inconvénients de la pratique en cause qui doivent être limités et indispensables pour obtenir les gains allégués⁵. Les autorités de la concurrence ont analysé cette condition au regard de la part

¹ Cons. conc. fr., déc. n° 08-D-25, du 29 oct. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques. Le Conseil de la concurrence français a jugé que la pratique ayant consisté, pour la société Pierre Fabre Demo-cosmétique, à avoir signé avec ses distributeurs sélectionnés, des contrats de distribution sélective prévoyant que la vente de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle serait exclusivement effectuée au sein d'un espace physique, ce qui aboutissait à une interdiction absolue, pour ceux-ci, de vendre par Internet constituait une restriction de concurrence non exemptable, de plus une interdiction des ventes passives et actives. Examinant ensuite si cette société avait ramené la preuve que les quatre conditions de l'exemption individuelle prévues par l'article 81§3 du traité C.E. et de l'article L. 420-4-I 2° du C. com. fr. étaient réunies. Le Conseil a exclu la possibilité d'exempter ces pratiques car la société n'a pas démontré en quoi la restriction de concurrence litigieuse était nécessaire pour garantir une meilleure surveillance de son réseau de distribution, puisqu'il disposait déjà de la faculté de sélectionner et de contrôler la qualité des services de ses distributeurs : Rapp. Cons. conc. fr. pour 2008, p. 256.

² E. DIENY, *Ententes, Exemption individuelle, Article 81 §3 du Traité C.E., op. cit.*, p. 30, n° 102.

³ Cons. conc. fr., déc. 05-D-403, du 10 fév. 2005, BOCCRF n° 9, du 20 oct. 2005, p. 46, n° 191 ; C. GRYNFOGEL, *Droit Français des ententes- article L420-1 du C. com. f., op. cit.*, p. 47, n° 195.

⁴ Déc. Comm. euro., du 20 déc. 1974, *Rank-Sopelem*, J.O.U.E, L. 41, 14 janv. 1975.

⁵ E. DIENY, *Ententes, Exemption individuelle, Article 81 §3 du Traité C.E., op. cit.*, p. 30, n° 103 et s. ; v. aussi Cons. conc. fr., déc., n° 91-D-47, du 5 nov. 1991, pratiques anticoncurrentielles dans les secteurs

détenue par les opérateurs économiques et également par la structure du marché en cause¹.

- La distinction entre l'exemption à cause de la contribution à un progrès économique ou technique et la règle de raison ou « *the rule of reason* »²

La « *règle de raison* » a été inventée par les juges américains, elle désigne le refus des autorités de marché de prohiber, en tant que telle, toute entente anticoncurrentielle³. La règle de raison a été créée pour éviter la grande rigidité qui caractérise le droit antitrust américain⁴, car le maintien de la concurrence en soi est l'objectif de ce droit. Elle autorise la validité des restrictions de concurrence accessoires à un système de distribution contractuel en lui-même licite dès lors qu'elles se révèlent nécessaire à son fonctionnement⁵.

Dans cette conception, les tribunaux doivent apprécier le bilan concurrentiel de l'entente restrictive si le bilan est positif pour la concurrence, c'est-à-dire que les avantages l'emportent sur les inconvénients, l'accord peut être validé et il n'y a lieu à aucune sanction. À contrario, l'entente est prohibée si le bilan concurrentiel est négatif⁶.

des granulats et du béton prêt à l'emploi dans le département des Bouches-du-Rhône: Rapp. Cons. conc. fr. pour 1996, ann. n° 54, p. 114.

¹ M.FRISON ROCHE et M.PAYET, *op. cit.*, p. 256, n° 291.

² La règle de raison et la théorie des restrictions accessoire considèrent comme des justifications admises par la jurisprudence française et communautaire, tandis que l'existence d'un progrès économique ou un texte législatif justificatif sont des justifications prévues par la loi ; v. J-B. BLAISE, *op. cit.*, 2009, p. 458 et s., n° 816 et s.

³ R. KOVAR, *op. cit.*, p. 237.

⁴ Ce droit se caractérise par l'absence d'exception aux interdictions qu'il édicte ; v. supra. p. 12.

⁵ « *La notion de restriction accessoire couvre toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de la concurrence et qui lui serait proportionnée* », donc la restriction accessoire est une restriction exigée aux parties à un contrat ne faisant pas l'objet premier de ce contrat, mais était directement liée et indispensable à la réalisation des buts qu'il prévoit. L'application de la notion de restriction accessoire n'exige pas la mise en balance les avantages et les inconvénients de l'accord, il faut que les trois conditions suivantes soient réunies : lien évident entre la restriction et la réalisation de l'opération principale, le caractère indispensable entre les deux, et finalement la restriction doit être proportionnée à l'opération principale ; L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 105, n° 150 ; v. égal. J-B. BLAISE, *Droit des affaires – commerçants, concurrence, distribution* -, *op. cit.*, 2009, pp. 465, 466, n° 827.

⁶ G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 142, n° 286 ; Dans un arrêt Continental T.V. v/ GTE Sylvania, du 23 juin 1977, la Cour Suprême a considéré que le système de concession exclusive mis en place par la société Sylvania

Il faut signaler que cette règle a des limites concernant l'existence des restrictions de la concurrence interdites *per se* notamment les pratiques de la fixation des prix, le boycott. De tels comportements ne peuvent être sauvés par l'application de la règle de raison¹.

La règle de raison a une application en droit français et en droit communautaire de la concurrence, tandis que le droit algérien n'a là pas reconnue surtout avec l'insuffisance de la jurisprudence algérienne en la matière. L'objectif de ces droits est d'assurer une concurrence efficace, praticable. Donc la concurrence n'est qu'un moyen, présumé le meilleur, de permettre à la fois l'adéquation de la production aux besoins, l'utilisation optimale des ressources et la plus grande satisfaction des consommateurs, c'est ce qui explique la possibilité d'exempter certaines pratiques anticoncurrentielles².

La doctrine a considéré que cette règle est un moyen d'échapper à « *l'incroyable formalisme de l'article 85§3* »³, elle permet de cerner les désavantages relatifs à la notification, ensuite cette règle apparait comme « *un facteur de décentralisation des compétences en matière de mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence* »⁴.

La règle de raison permet de considérer que le comportement litigieux n'a pas d'effet restrictif sur la concurrence. En atteste les décisions prononcées dans le secteur de

pour la diffusion de ses appareils de télévision n'était pas contraire au Sherman Act car s'il y a une limitation de la concurrence interne des appareils marque Sylvania, dite concurrence intra brand, permettait de développer une plus grande concurrence dans la distribution des appareils de marques différentes, dite concurrence interbrand. Donc le bilan concurrentiel de ce système était positif puisqu'il assure une protection contre le parasitisme des « passagers clandestins » ; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.*, p. 533, n° 1016.

¹M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.*, p. 534, n° 1017.

² En droit communautaire, conformément aux objectifs du T.F.U.E., les ententes anticoncurrentielles seront exemptées par un bilan économique prévu à l'art. 101§3 du T.F.U.E., comp. l'art. L. 420-4 du C. com. fr.

³ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 103, n° 102.

⁴ R. KOVAR, *op. cit.*, p. 238; il faut rappeler, qu'en effet, que la Commission avait une compétence exclusive pour appliquer l'art. 85§3 du Traité de Rome (devenu art. 101§3 du T.F.U.E.) avant l'adoption du règ. n° 1/2003. L'admission de l'application de la règle de raison, dans cette période, développerait les pouvoirs des juges nationaux qui pour faire une distinction entre les accords valables et ceux qui seront nuls, sur le fondement de l'art. 85§1 du Traité de Rome.

distributions exclusive ou sélective¹, ou de la franchise², et aussi dans le cadre particulier des clauses de non-concurrence³, ... etc. Dans tous ces domaines, la C.J.C.E. a déclaré certains comportements licites au regard de l'article 101§1 du T.F.U.E.

Le progrès économique comme une cause de justification basé sur l'existence d'un bilan économique se rapproche, dans un premier temps, de la conception de la règle de raison, mais en réalité la Cour suprême américaine faisait une distinction entre le « *bilan concurrentiel* » et le « *bilan économique* ». Elle a considéré que les éléments économiques comme le progrès pour les consommateurs, l'amélioration de la production ou de la distribution, le progrès social, ou encore la protection de l'environnement ne peuvent être des critères pertinents pris en compte pour appliquer la règle de raison⁴. De même, ce qui caractérise cette règle, c'est son intervention comme une justification au moment de la qualification de la restriction de la concurrence, et non après que cette qualification ait été retenue, tel est le cas dans l'exemption. En d'autres termes, la règle de raison intervient à propos de l'article L. 420-1 du Code de commerce français et non de l'article L. 420-4⁵ du même Code.

¹ C.J.C.E., 11 juill. 1985, aff. 26/76, Metro Saba, Rec. 1875 ; dans cet arrêt la Cour de Justice a reconnu que la sélection des distributeurs selon des critères qualitatifs et quantitatifs appliqués de manière objectifs et non discriminatoires, ne constitue pas une restriction à la concurrence ; cité par : W. MÖSCHEL, *La distribution sélective d'automobiles en droit européen de la concurrence*, RTD com., 1991, p. 1, Cdrom.

² La Cour de Justice a estimé dans une affaire que les clauses de contrat de franchise indispensables au bon fonctionnement de franchise ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens de l'art. 85§1 du Traité de Rome (devenu art. 101§1 du T.F.U.E.) ; C.J.C.E., 28 janv. 1986, aff. 161/84, Pronuptia, note de S. POILLOT-PERUZZETTO, *Accord de franchise, clause d'approvisionnement exclusif*, RTD com., 2000, p. 257, Cdrom.

³ J-B. BLAISE, *Droit des affaires – commerçants, concurrence, distribution -*, op. cit., 2009, p. 464, n° 825.

⁴ E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, op. cit., p. 91, n° 96 ; v. aussi M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, op. cit., p. 534, n° 1017 : « la règle de raison n'autorise à prendre en considération que l'impact de la pratique en cause sur les conditions de la concurrence. La seule question qu'elle permette de poser est de savoir si l'accord critiqué est tel qu'il accroît la concurrence ou au contraire qu'il la supprime. La tentative du défendeur de justifier la restriction critiquée par l'observation qu'une concurrence plus libre serait source de danger pour la sécurité publique est en totale contradiction avec la politique fondamentale du Sherman Act ».

⁵ J-B. BLAISE, *Droit des affaires – commerçants, concurrence, distribution -*, op. cit., 2000, p. 416, n° 805.

B/ Condition de forme « demande d'attestation négative »

Le droit algérien de la concurrence a subordonné le bénéfice d'une exemption à une condition de forme. Les auteurs d'une entente ou d'un abus de position dominante, doivent notifier leur pratique au Conseil de la concurrence¹.

Cette exigence est consacrée par l'alinéa 2 de l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence², et l'article 8 de la même ordonnance qui dispose que « *Le Conseil de la concurrence peut constater, sur demande des entreprises intéressées, qu'il n'y a pas lieu pour lui, en fonction des éléments dont il a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une action concertée, d'une convention ou d'une pratique tels que définis aux articles 6 et 7 ci-dessus.*

Les modalités d'introduction de la demande de bénéficiaire des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par décret ».

Puis le 12 Mai 2005, le législateur algérien a adopté le décret exécutif n° 05-175, qui découle de l'article 08 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence. Ce décret définit les modalités d'introduction de **l'attestation négative** par les agents économiques auprès du Conseil de la concurrence.

Afin d'analyser cette condition, on s'intéressera d'abord à la notion (1), puis à la demande de cette attestation(2), et finalement à ces effets (3).

1- La notion d'attestation négative

L'attestation négative est une déposition écrite délivrée par le Conseil de la concurrence, sur la demande des auteurs des pratiques anticoncurrentielles (soit les

¹ Le droit français de la concurrence, en ce qui concerne la justification des pratiques anticoncurrentielles, se caractérise par l'absence d'une condition de forme. Tandis que le droit communautaire a exigé la notification de tout accord ou pratique concertée ou décisions d'associations d'entreprise, à la Commission européenne en vue d'obtenir une exemption individuelle avant l'adoption du règlement n° 1/2003, qui a remplacé depuis le 1 mai 2004, le règlement n° 17/62. Cette révocation entraîne une réforme radicale de la procédure d'examen individuelle des ententes ; c'est le passage d'un système d'exemption individuelle à un système d'exemption légale (c'est-à-dire il y a une présomption de légalité), donc il appartient aux entreprises lui-même d'apprécier que les quatre conditions d'exemption sont réunies ; v. supra. p. 77.

² L'art. 9 al. 2 de l'ord. n° 03-03 dispose que «...*Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords et pratiques qui ont fait l'objet d'une autorisation du Conseil de la concurrence ».*

ententes ou les abus de position dominante), son objet est de faire constater qu'il n'y a pas lieu pour lui d'intervenir à l'égard de ces comportements en vertu des dispositions des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹. Donc l'objet de cette notification est précisément de demander au Conseil de la concurrence le bénéfice de l'exemption et la constatation de l'absence d'infraction.

Selon une doctrine communautaire, l'objectif de l'attestation négative c'est la démonstration de l'absence d'infraction, et non de prouver l'existence des conditions de l'exemption déterminées par l'article 85§3 du traité de Rome (devenu l'article 101§3 du T.F.U.E.). Donc la demande de l'attestation négative n'a pas pour but d'obtenir la déclaration d'inapplicabilité du premier paragraphe de l'article 85 du traité de Rome².

La demande de l'attestation négative est obligatoire seulement en droit algérien ; son absence emporte la sanction. La pratique anticoncurrentielle ne peut être valable et produire son plein effet si elle n'a pas été notifiée.

2- Demande d'obtention de l'attestation négative

Sous certaines conditions formulées de façon générale, la demande de l'attestation négative peut être acceptée, et donc la prohibition des ententes et des abus de position dominante peut être déclarée inapplicable (a), après la saisine du Conseil de concurrence (b).

a- Conditions de recevabilité

Il faut d'abord une demande formulée au Conseil de la concurrence, pour que l'attestation négative produise ses effets en cas d'acceptation.

On peut donc adhérer à l'analyse de M. J. GUYENOT, selon laquelle « *le législateur ... use de la même méthode qu'en droit des sociétés commerciales où l'immatriculation du contrat de société ou du groupement d'intérêt économique est la condition d'acquisition*

¹ Art. 2 du décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, définit l'attestation négative comme : « ... *une attestation délivrée par le Conseil de la concurrence, sur demande des entreprises intéressées, par laquelle le conseil constate qu'il n'y a pas lieu, pour lui, d'intervenir à l'égard des pratiques prévues aux articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03....* ».

² B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op. cit.*, p. 559, n° 687.

de la personnalité morale et de la pleine capacité juridique »¹, on voit bien en effet, que la notification a la même incidence que l'inscription au registre du commerce. Une entente peut être valable et produire son plein effet dès lors qu'elle est été notifiée, seulement en droit algérien.

En droit communautaire, cette analyse ne s'applique pas, dans tous les cas, même lors de l'adoption du règlement n° 17/62 qui oblige en principe la notification de tout accord ou pratique concertée, car il y a des ententes qui sont dispensées de la notification², c'est-à-dire qui elles sont valables malgré le fait qu'elles n'ont pas été préalablement notifiées³.

La notification est soumise à des conditions de recevabilité et de forme assez strictes. La demande doit être présentée sur un formulaire dont le modèle a été publié en « annexe 1 » du décret exécutif n° 05-175, l'entreprise est tenue d'utiliser ce formulaire officiel. Il y'a encore un formulaire de renseignements pour l'obtention d'une attestation négative joint à la demande, qui doit être rempli. L'utilisation de ces formulaires est obligatoire.

Selon le formulaire publié en « annexe 1 », différentes informations nécessaires communes à la demande d'attestation négative, doivent être communiquées sur les parties concernées par la demande, l'objet de la demande⁴ ou la pratique concernée par la justification c'est-à-dire qu'il faut préciser si la demande porte sur une entente ou sur une position dominante, et finalement une déclaration des soussignés⁵.

¹ Note de J. GUYENOT, *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun*, L.G.D.J., 1971 ; cité par E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, op. cit., pp. 236, 237, n° 298.

² L'art. 4§ 2, du règlement n° 17, concernant l'application des articles 85 et 86 du traité de Rome (abrogé par le règ. n° 1/2003).

³ V. supra. p. 74.

⁴ En droit européen seules les ententes qui peuvent être exemptées. Avant la suppression de la déclaration préalable ou la notification, les entreprises intéressées doivent préciser l'objet de son demande ; soit l'obtention d'une attestation négative ou d'une exemption individuelle, mais elles peuvent associer les deux démarches ; E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, op. cit., p. 237, n° 298.

⁵ Les soussignés déclarent que les renseignements fournis sont sincères et conformes aux faits et que les estimations, chiffres et appréciations sont indiqués et fournis de la façon la plus proche de la réalité, aussi qu'ils ont pris connaissance des dispositions de l'art. 59 de l'ord. n° 03-03 concernant l'amende

Quand en le formulaire publié en « annexe 2 », il contient des renseignements relatifs aux :

1° Parties à la demande : la dénomination complète ou la raison sociale de chaque entreprise et son dernier bilan, le chiffre d'affaires, ... etc.

2° Le marché concerné : tels que, la nature des biens ou des services concernés par la demande, les biens et services substituables qui sont soumis à une réglementation particulière, et ceux qui sont libres à l'importation, les noms et adresses des entreprises concurrentes existant sur le même marché, les facilités ou contraintes liées à l'accès au marché, les noms et adresses des clients sur le même marché, ainsi que la délimitation géographique du marché pertinent.

3° Les causes de la demande ou le contenu de la pratique en cause (l'entente, ou l'abus de position dominante) : il faut indiquer le profit ou le progrès économique ou technique susceptible de réaliser aux utilisateurs, la durée de la demande, démontrer les raisons pour lesquelles l'objet de la demande pourrait affecter la concurrence¹, les moyens prévus pour atteindre ces objectifs. De manière générale, il est demandé aux entreprises d'exposer les motifs pour lesquels, les articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, ne sont pas applicables...etc.

Les entreprises concernées doivent transmettre le dossier en cinq exemplaires au secrétariat général du Conseil de la concurrence par envoi recommandé ou déposé contre accusé de réception².

Le dossier relatif à l'obtention de l'attestation négative est constitué des pièces envisagées par l'article 4 du décret exécutif n° 05-175¹. La demande ne produit en elle-même aucun effet, jusqu'au moment où le Conseil de la concurrence l'a acceptée².

pécuniaire imposée par le Conseil de la concurrence aux entreprises qui délibérément ou par négligence, fournissent un renseignement inexact ou incomplet. En suite les soussignés mettent le lieu et date, puis la signature et la qualité (soit parties à la pratique ou un représentant) ; v. l'annexe 1 du décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché.

¹ C'est-à-dire les restrictions de la concurrence produiront par le comportement concerné, et le caractère nécessaire et indispensable de ces atteintes pour atteindre les objectifs allégués.

² V. art. 5 du décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché.

b- La saisine du Conseil de concurrence

L'application des dispositions de l'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, est subordonnée à la notification de la pratique litigieuse (entente ou abus de position dominante). En d'autres termes, l'octroi de toute exemption individuelle est soumis à une déclaration préalable auprès du Conseil de la concurrence.

Selon l'article 3 du décret exécutif n° 05-175³ les procédures d'obtention de l'attestation négative sont ouvertes à toutes les parties à l'entente ou à la position dominante. Si c'est un représentant qui y procède, il doit justifier par un mandat écrit son pouvoir de représentation, à contrario les entreprises tierces n'ont pas la faculté de présenter une telle demande. L'entreprise notifiante est tenue d'informer les autres participants, la notification vaut en effet à l'égard de tous.

La demande doit être adressée au Conseil de la concurrence sur les formulaires précités. Les demandes qui ne sont pas introduites sous cette forme ne sont pas régulières. Le Conseil de la concurrence examine si les pratiques dont il est saisi, constituent des

¹ L'art. 4 du décret exécutif n° 05-175 qui dispose que:

« - une demande datée et signée par les entreprises concernées ou leurs représentants dûment mandatés dont le modèle est annexé au présent décret ;

- un formulaire de renseignements joint à la demande, intitulé "formulaire de renseignements pour obtention d'attestation négative" dont le modèle est annexé au présent décret ;

- une justification des pouvoirs conférés à la personne ou aux personnes mandatée (s) qui introduisent la demande d'obtention de l'attestation négative ;

- une copie certifiée conforme des statuts de l'entreprise ou des entreprises parties à la demande d'obtention de l'attestation négative ;

- des copies des trois (3) derniers bilans, visées et certifiées par le commissaire aux comptes ou, dans le cas où l'entreprise ou les entreprises concernée (s) n'a ou n'ont pas trois (3) années d'existence, une copie du dernier bilan.

En cas de demande conjointe, un seul dossier peut être présenté ».

² L'art. 44 al. 2 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence dispose que : «Le Conseil de la concurrence examine si les pratiques et actions dont il est saisi entrent dans le champ d'application des articles 6, 7, 10,11 et 12 ci-dessus ou se trouvent justifiées par application de l'article 9 ci-dessus».

³ L'art. 3 du décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, exige que « La demande d'obtention de l'attestation négative est introduite par l'entreprise ou les entreprises concernées. Elle peut être introduite par les représentants de ces entreprises qui doivent présenter un mandat écrit attestant des pouvoirs de représentation qui leur sont conférés.

Les entreprises étrangères concernées ou leurs représentants mandatés doivent indiquer une adresse en Algérie».

infractions au sens des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, ou se trouvent justifiées par application de l'article 9 de la même ordonnance¹.

3- Les effets de la notification

Lorsqu'il constate, sur la base de faits qui lui sont présentés, qu'il n'y a pas lieu d'intervenir en application des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence délivre une attestation négative qui produit des effets très importants, dont deux : le premier est l'absence de caractère illicite des pratiques justifiées (a), et le deuxième relatif à la limitation de la période d'applicabilité de la sanction (b).

a- La légitimation ou la validation des pratiques anticoncurrentielles

Tout d'abord, la notification d'une entente ou d'un abus de position dominante est une condition de forme indispensable pour qu'ils puissent éventuellement bénéficier d'une justification, qui entraîne la validité de ces pratiques anticoncurrentielles.

Il faut noter que la portée de l'exemption est limitée aux éléments portés à la connaissance du Conseil de la concurrence à une époque donnée. On s'interroge sur le cas où les circonstances originelles se modifient. Dans cette hypothèse, on fait la distinction entre deux cas :

1° Logiquement les modifications du contrat qui a déjà bénéficié d'une exemption, sont autorisées et couvertes par l'exemption du contrat original, si elles entraînent une réduction des restrictions de la concurrence², car le principe du droit de la concurrence est la protection de la concurrence, et le respect de l'ordre public économique. Exceptionnellement le législateur autorise certaines pratiques anticoncurrentielles qui produisent des effets favorables à la concurrence.

¹ Selon monsieur B. GOLDMAN, il y a une différence entre la demande de la notification et la demande de l'attestation négative, car l'objet de la première est précisément de demander le bénéfice de la dérogation, tandis que la deuxième tend à faire décider qu'elle n'a pas lieu d'intervenir en vertu de l'article 85§1 du traité de Rome, c'est-à-dire la constatation de l'absence d'une infraction : B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 369, n° 367.

² A. BRAUN, A. GLEISS et M. HIRSCH, *op. cit.*, p. 254, n° 407.

2° Les modifications qui produisent de nouvelles restrictions ou qui renforcent celles qui existaient, ne sont pas couvertes par l'exemption originale. Les entreprises concernées doivent faire une nouvelle notification car ces modifications constituent, en soi, une infraction soumise à l'application des articles 6 ou 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹. Par exemple la notification d'un accord cadre n'emporte pas la validation des contrats successifs pris pour son application².

La validité du comportement anticoncurrentiel doit toujours être limitée dans le temps. Il faut signaler que dans tous les cas, la validité ne peut jamais remonter dans le temps à une date antérieure à celle de la notification. Les entreprises qu'avaient commencé à exercer des pratiques anticoncurrentielles avant leurs notifications, doivent être sanctionnées. Ces pratiques sont nulles pour toute la période antérieure à leur notification³.

b- La limitation de la période d'applicabilité de la sanction

L'absence de notification entraîne la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, même si les conditions d'exemption sont par ailleurs réunies⁴. Si le Conseil de la concurrence accepte la demande des entreprises, et octroie une attestation négative, aucune sanction (soit les sanctions administratives ou les sanctions civiles ou pénales) ne peut être infligée pour violation des articles 6 ou 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, entre la date de la notification et celle de la décision prise par le Conseil de la concurrence.

La Cour de justice de la communauté européenne a estimé dans une décision que « *la notification ne constitue pas une formalité imposée aux entreprises, mais une condition indispensable pour obtenir certains avantages* », elle considère que la non application d'une amende à des comportements postérieurs à la notification « *constitue la contrepartie du risque encouru par l'entreprise en dénonçant elle-même l'accord ou la*

¹ A. BRAUN, A. GLEISS et M. HIRSCH, *op. cit.*, p. 254, n° 408.

² C.J.C.E. 10 déc. 1985, aff. 240 à 242, 261, 262, 268, 269 /82, STICHTING SIGARETTEN INDUSTRIE, Rec. 38311, att. 68-69.

³ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 2077; Cdrom.

⁴ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.*

pratique concertée ». Car l'entreprise a été menacée par deux risques ; le premier est la probabilité de refus d'exemption, et le deuxième concerne l'amende pour ses agissements antérieurs à la notification. Par conséquent, « *une entreprise qui n'a pas voulu courir ce risque ne saurait faire valoir, à l'encontre d'une amende imposée pour une infraction non notifiée, la possibilité hypothétique qu'une notification aurait pu donner lieu à une exemption...* »¹.

Les procédures de justification sont en théorie conforme à l'intérêt bien compris des entreprises. Elles y gagnent l'immunité, et la soumission des ententes et des abus de position dominante aux exigences de l'ordre public économique². De même à travers l'instauration de l'attestation négative une mesure *préventive et pédagogique* en matière d'ententes et d'abus de position dominante, est consacrée. La disparition de cette exigence entraîne la perte d'une certaine sécurité juridique pour les entreprises qui ne peuvent plus s'assurer, par le biais de notification que leur pratique est validée³.

Paragraphe 2 : L'exemption catégorielle

Le droit algérien ignore le mécanisme d'exemption par catégorie, il ne consacre dans l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence que deux faits justificatifs des comportements anticoncurrentiels qui sont : l'existence d'un texte législatif ou réglementaire, et la contribution à un progrès économique ou technique.

Les dérogations catégorielles trouvent leur genèse dans le droit européen de la concurrence. Aux termes de l'article 101§3 du T.F.U.E., le dispositif du premier paragraphe du même article peut être déclaré inapplicable non seulement aux ententes individuellement considérées, mais également à des catégories d'accords, ou décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées.

¹ C.J.C.E., 7 juin 1983, aff. 100 à 103/80, Musique Diffusion Française, Rec. C.J.C.E., p. 1825, RTD eur. 1984, p. 180, note de R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *préc.*

² M.MENOUER, *Droit de la concurrence*, cours de magistère, *préc.*

³ Note de M.BEHAR TOUCHAIS, Internormativité et droit de la concurrence à propos du règlement n° 1/2003, colloque organisé le 24 oct. 2003, par le Laboratoire de droit international et européen des affaires (LIEA) de l'Université de Toulouse I ; cité par M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 295.

L'application de ce genre d'exemption existe aussi en droit français, l'ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 entérina cette innovation. L'article 10 *in fine* de cette ordonnance, énonce ainsi que « *Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence* »¹. Cette disposition s'inspire de la réglementation communautaire mais le champ d'application matériel des règlements communautaires et des décrets français est par ailleurs différent. En France, peuvent être justifiées les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante, alors que l'immunité communautaire se limite aux premières.

Les termes de cet article laissent supposer que certains contrats de distribution tels que les contrats de franchise², la concession exclusive, les licences et brevet ..., auraient une vocation privilégiée à bénéficier d'un décret d'exemption.

En réalité, seuls deux décrets d'exemption par catégorie ont été adoptés en droit français³, à cause de l'existence de nombreux règlements d'exemptions communautaires⁴ qui ont découragé les autorités françaises d'intervenir dans ces domaines.

Parce que l'exemption par catégorie est le domaine privilégié en droit communautaire, on va consacrer l'étude à cet ordre juridique. On va préciser, dans un premier temps, la

¹ Supra. p. 67 et s.

² Le contrat de franchise est un mode de distribution consiste essentiellement en l'utilisation par un commerçant indépendant s'appelle le franchisé, des procédés de vente mis au point par franchiseur et connus sous la marque et l'enseigne de celui-ci. Le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. Ce contrat se rencontre dans de nombreux secteurs d'activité (hôtellerie, location de voiture, ...): Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage – Franchise de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier. Franchisage de service. Franchisage international. Réseaux de franchisage*, LITEC., 2003, pp. 2 et 3, n° 4 et s.

³ Les deux décrets concernant le secteur agricole ; le premier c'est le décret n° 96-499, du 7 juin 1996, relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité, J.O.R.F. n° 8644, du 11 juin 1996, justifie les accords de développement des producteurs de qualité en matière agricole. Le second c'est le décret n° 96-500, du 7 juin 1996, relatif aux accords entre producteurs agricoles, ou entre producteurs agricoles et entreprises, concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise J.O.R.F. n° 8644, du 11 juin 1996.

⁴ V. infra. p. 115 et s.

portée de l'exemption par catégorie (A), puis on envisagera le règlement d'exemption applicable à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (B).

A/ La portée de l'exemption catégorielle

Le mécanisme de l'exemption catégorielle est très important. On traitera successivement de sa définition (1), puis des domaines de l'exemption catégorielle (2).

1- Définition

Face aux difficultés trouvées du fait des nombreuses demandes individuelles d'exemption des entreprises, la Commission européenne habilitée par le Conseil sur la base de l'article 103 du T.F.U.E.¹, a préféré utiliser la technique d'exemption catégorielle². Selon ce mécanisme d'exemption, la déclaration d'inapplicabilité résulte des textes réglementaires expliquant les caractères qui doivent présenter les ententes qui en font l'objet, pour être estimées comme répondant aux conditions de la dérogation du paragraphe 3 de l'article 101 du T.F.U.E, sans examen particulière. Les ententes ainsi précisées constituent une catégorie exemptée de l'interdiction³.

L'avantage principal de ce mécanisme est de mettre en place un dispositif juridique destiné à régir les demandes d'exemption futures, quel que soit la nature, d'exposer les différentes caractéristiques juridiques qu'une pratique d'entente doit contenir pour pouvoir bénéficier de l'exemption.

¹ L'art. 103 du T.F.U.E. dispose que « 1- Les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 101 et 102 sont établis par le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

2- Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment:

... b) de déterminer les modalités d'application de l'article 101, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif,

... d) de définir le rôle respectif de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'application des dispositions visées dans le présent paragraphe, ... ».

² Les règlements d'exemptions catégorielles sont le fruit de l'expérience de la Commission européenne après l'examen des divers cas d'exemptions individuelles, elle a déterminé de manière générale certaines conditions et les types d'accords susceptibles de bénéficier de ce genre d'exemption, et ceux qui entraînent nécessairement une restriction de la concurrence et qui ne peuvent jamais être exemptés.

³ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op. cit.*, p. 401, n° 527.

Enfin, l'exemption catégorielle permet de faciliter la tâche des entreprises dans l'identification des agissements susceptibles de faire partie des hypothèses d'exemption prévues par le dispositif communautaire¹.

2- Les domaines de l'exemption catégorielle

La cible de ce mécanisme est d'exonérer certaines catégories d'accords qui, dans certaines conditions, peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une coordination entre les entreprises participantes.

Toutefois, dans un souci de sécurité juridique, les organes de l'Union européenne ont défini des critères généraux qui, lorsqu'ils sont réunis, permettent aux accords entre entreprises d'échapper aux sanctions. À cet effet, le Conseil adopte des règlements d'habilitation, sur base desquels la Commission européenne adopte plusieurs règlements d'exemption².

Cette rubrique reprend des règlements d'exemption. Les plus importants, adoptés par la Commission européenne, intéressent les réseaux de distribution, on note par exemples:

- Les règlements de la Commission n° 1983/83³, et n° 1984/83⁴ du 22 juin 1983, concernant successivement les accords de distribution exclusive, et les accords d'achat

¹ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p. 298, n° 274.

² L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 98, n° 135 : Selon l'art. 103§2, b) l'exemption par catégorie doit faire l'objet d'une décision d'autorisation prise sous la forme d'un règlement du Conseil des ministres est nécessaire avant. Cette décision est suivie d'un règlement d'application de la Commission européenne qui fixe les conditions de bénéfice de l'exemption. Le Conseil, jusqu'à maintenant, a pris trois décisions d'autorisation lesquelles :

1- Le règ. 19/65 du 2 mars 1965, J.O.C.E. n° 36, du 6 mars 1965, modifié par le règlement 1215/99, du 10 juin 1999, J.O.C.E. n° L 148, et par le règlement 1/2003, relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité de Rome, donnant pouvoir à la Commission la déclaration de l'inapplicabilité de l'article 81§1 du traité à certaines catégories d'accords verticaux et pratiques concertées...

2- Le règ. 2821/71, du 20 déc. 1971, J.O.C.E. n° L 285, modifié par le règlement 1/2003, a autorisé à la Commission l'adoption des règlements d'exemption par catégorie des accords concernant : l'application des normes et de types, la recherche et le développement de produits ou procédés, la spécialisation.

3- Le règ. 1534/91, du 31 mai 1991, J.O.C.E. n° L 143, relatif aux catégories d'accords dans le secteur des assurances, modifié par le règlement 1/2003.

³ Règ. n° 1983/83, J.O.C.E. n° L 173, du 30 juin 1983.

⁴ Règ. n° 1984/83, J.O.C.E. n° L 173, du 30 juin 1983.

exclusif¹. La durée de validité de ces règlements a été prorogée jusqu'au 31 décembre 1999, par le règlement de la Commission n° 1582/97, du 30 juillet 1997².

- Le règlement n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, qui accorde l'exemption catégorielle à certains accords de franchise de distribution ou de service, ou mixtes (franchise de distribution et de service). Il ne s'applique pas à la franchise industrielle ou de gros³.

- Le règlement d'exemption de la Commission n° 1475/95 du 28 juin 1995, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité de Rome à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles⁴.

- Le règlement n° 772/2004 de la Commission, du 27 avril 2004, relatif à l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie⁵.

-Le règlement n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées⁶.

¹ Il faut noter que cette approche catégorielle (règ. n° 1983/83 et le règ. n° 1984/83) a été abandonnée par l'adoption du règlement n° 2790/1999 du 22 déc. 1999, J.O.C.E. n° L 336, du 29 déc. 1999, entré en vigueur le 1 juin 2001, au profit d'une version globale des accords verticaux, c'est-à-dire les contrats de distribution.

² J.O.C.E. n° L 214, du 6 août 1997. Le règlement n° 2790/1999 du 22 déc. 1999 abandonna l'application du règlement, il s'applique de manière uniforme à la quasi-totalité des contrats de distribution.

³ J.O.C.E. n° L 359, du 28 mars 1988.

⁴ J.O.C.E. n° L 145, du 29 juin 1995.

⁵ J.O.C.E. n° L 123, du 27 avr. 2004, il porte sur les accords de concession de licence de technologie dont la Commission considère qu'ils « ... améliorent généralement l'efficacité économique et favorisent la concurrence dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des technologies et susciter de la concurrence sur les marchés de produits » ; le préambule du règlement CE n° 772/2004, point 5.

⁶ J.O.U.E. n° L 102, du 23 avr. 2010. Ce règlement a remplacé le règlement d'exemption n°2790/1999 du 22 déc. 1999 qui constitue la pierre angulaire du droit communautaire de la concurrence en matière de distribution, J.O.C.E. n° L 336, du 29 déc. 1999, p. 21.

- Le règlement n° 1217/2010 de la Commission, du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement¹.

- Le règlement n° 1218/2010 de la Commission, du 14 décembre 2010², relatif à l'application de l'article 101 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation³.

Il y a d'autres secteurs qui ont bénéficié de la mesure d'exemption catégorielle tels que, les règlements d'exemption en matière de livraison et de vente commerciale, dans les secteurs des transports et des assurances... etc.

B/ Le règlement d'exemption applicable à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées

L'exemption par catégorie peut porter sur des accords verticaux, c'est-à-dire des accords entre entreprises qui ne se situent pas au même niveau du processus de production ou de commercialisation⁴, lorsque les contrats de distribution ne peuvent se prévaloir du régime des accords d'importance mineurs à cause de l'importance de la part de marché détenue par les parties à ces contrats⁵.

¹ J.O.U.E. n° L 335, du 18 déc. 2010, valable jusqu'en déc. 2022, il avait pour objet la recherche et le développement de produits ou procédés jusqu'au stade de l'application industrielle, ainsi que l'exploitation des résultats.

² J.O.U.E. n° L 335, du 18 déc. 2010.

³ Les accords de spécialisation sont des accords consistant pour deux ou plusieurs entreprises présentes sur le même marché de produits, à s'engager (réciproquement ou unilatéralement) soit à ne plus fabriquer certains produits et à laisser ce soin aux cocontractants, soit à ne fabriquer des produits déterminés qu'en commun, soit complètement ou partiellement. Le présent règlement s'applique à un accord de spécialisation unilatérale, un accord de spécialisation réciproque ou un accord de production conjointe ; sur la notion de ces accords v. l'art. 1§1 points a), b), c), d), du règ. n° 1218/2010.

⁴ Sur la définition de l'accord vertical, v. l'art. 1, a) du règlement n° 330/2010. Il est notable que le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux entre entreprises concurrentes selon l'art. 2§4 du même règlement, comme il n'est pas applicable aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie (tel est le cas dans le secteur de la distribution d'automobile), sauf si ce dernier le prévoit (art. 2§5 du règlement n° 330/2010).

⁵ J-P. VIENNOIS, *Contrats de distribution, règles communes aux différents contrats de distribution*, Fasc. 303, JurisClasseur Commercial, Vol. 3, 2005, p. 14, n° 45.

La Commission européenne a publié le 20 avril 2010 le nouveau règlement communautaire n° 330/2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 du T.F.U.E. à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées applicable aux restrictions verticales, remplaçant le règlement communautaire n° 2790/1999 arrivé à expiration le 31 mai 2010¹. Ce nouveau règlement devient donc le texte de référence en la matière. Il occupe une place importante au titre de l'ordre public économique dont le respect conditionne la validité des contrats. Cependant à certaines conditions les accords de distribution sont susceptibles de bénéficier de ce mécanisme d'exemption (1), pour produire ses effets (2).

1- Les conditions du bénéfice de d'exemption par catégorie

Le règlement n° 330/2010 concernant l'application de l'article 101§3 du T.F.U.E à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées est un règlement d'exemption par catégorie unique et fondamental en matière de distribution, il vise l'ensemble des contrats de distribution² (concession exclusive, franchise, distribution sélective, accords d'exclusivité,...) excepté les contrats de distribution automobile relevant d'un règlement d'exemption par catégorie spécial³.

L'octroi d'une exemption catégorielle est subordonné à la réunion d'un ensemble des conditions relatives aux parties au contrat (a), et d'autres concernant les stipulations d'accord (b).

¹ Le règlement n° 330/2010 est entré en vigueur le 1 juin 2010, pour une durée supérieure à celle du précédent règlement : alors que la durée du règlement n° 2790/1999 était de 10 ans, les nouvelles règles sont applicables jusqu'au 31 mai 2022, soit pendant 12 années.

² Le préambule du règlement n° 330/2010, point 3, précisé le champ d'application de ce règlement, il comprend « *Les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Le terme « accords verticaux » doit inclure les pratiques concertées correspondantes* ».

³ C'est le règ. n° 461/2010 concernant l'application de l'article 101§3 du T.F.U.E. à des accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, J.O.U.E. n° L 129, du 28 mai 2010 ; pour une idée plus détaillée sur le champ d'application du ce règlement d'exemption par catégorie ; v. J-P. VIENNOIS, *Contrat de distribution automobile*, Fasc. 620, JurisClasseur Commercial, Vol. 3, 2007, p. 3 et s., n° 9 et s.

a- Conditions relatives aux parties au contrat

Ces conditions concernant la qualité des contractants (1°) et les parts de marché détenues par les entreprises parties à l'accord par rapport à la totalité du marché concerné¹ (2°).

1° La qualité des contractants

L'article 2 du règlement n° 330/2010 étend le champ de l'exemption aux accords² verticaux ; c'est-à-dire « *un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* »³.

Ce règlement porte non seulement sur les accords de distribution intégrée⁴ (contrat de concession, distribution sélective, et franchise), mais il porte aussi sur tous les accords conclus entre des entreprises⁵ situées à des stades différents de la chaîne économique, dès lors qu'ils ont pour objet la distribution des produits ou services, par exemple, constituent des accords verticaux, les relations établies par le producteur d'un bien

¹ C'est-à-dire celui sur lequel l'offre du fournisseur rencontre la demande du distributeur ; sur la notion du marché v. supra. p. 22 et s.

² Le règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010 s'applique aux accords et aux pratiques concertées. Cependant, pour les causes de la commodité, on le mentionnera ci-après que « les accords, ou contrats, ou clauses d'accords ». La notion d'accord exclue le comportement unilatéral des entreprises. Il peut tomber sous le coup de l'article 102, qui interdit les abus de position dominante ; v., sur la notion d'entente, supra. p. 14 et s.

³ L'art. 1§1, a) du règ. n° 330/2010.

⁴ La distribution intégrée est un circuit court de distribution se caractérise plus ou moins par l'absence des intermédiaires, dans le but évident de simplification et économie. L'intégration peut être réalisée à l'initiative du fournisseur, ou des grossistes ou des détaillants ; J-P. TOSI, *op. cit.*, p. 352, n° 677.

⁵ Les accords verticaux conclus avec les consommateurs finals qui ne sont pas des entreprises, n'entre pas dans le champ d'application de ce règlement et ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie. Ils ne relèvent même pas de l'article 101§1 du T.F.U.E., car cet article ne s'applique qu'aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées entre entreprises. Ceci ne porte pas atteinte à l'application éventuelle de l'article 102 T.F.U.E.; lignes directrices sur les restrictions verticales, du 19 mai 2010, J.O.U.E. n° C. 130, pt. 25, b).

intermédiaire qui vend au fabricant d'un bien final, ou encore le cas d'un producteur qui vend à un grossiste, lequel vend à un détaillant¹.

Les accords entre concurrents ne sont pas couverts par ce règlement d'exemption par catégorie, ils sont exclus du traitement de faveur selon l'article 2§4 du règlement n° 330/2010² qu'à la condition que les entreprises ne soient pas liées par des accords ou pratiques concertées réciproques, et que :

- Le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents³.

- Le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux de commerce, tandis que l'acheteur ne fournit pas des services concurrents (la fourniture des services par un acheteur au stade de la vente au détail ne permet pas de le considérer comme une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels)⁴.

2° Seuil de la part de marché détenue

La part de marché détenue permet de déterminer la position des fournisseurs et de contrôler les puissances d'achat des grands distributeurs⁵. À la différence du l'ancien règlement de 1999⁶, l'actuel règlement n° 330/2010 apporte une nouvelle modification

¹ M. BAZEX, G. DECOCQ, M. MALAURIE-VIGNAL, et D. BASCO, *Concurrence, Ententes et distribution*, Revue mensuelle LexisNexis Juris-Classeur- Contrats- Concurrence- Consommation-, 2010, n° 1, p. 29, n° 15.

² Sont considérées comme concurrentes, au sens de l'article 1§1, c) les concurrents actuels ou potentiels; un concurrent actuel est « *une entreprise présente sur le même marché en cause* », tandis que le concurrent potentiel est « *une entreprise qui, en l'absence de l'accord vertical, pourrait entreprendre, de façon réaliste et non selon une possibilité purement théorique, les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause rapidement en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs* ».

³ Art. 2§4, a) du règ. n° 330/2010.

⁴ Art. 2§4, b) du règ. n° 330/2010.

⁵ Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage – Franchise de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier. Franchisage de service. Franchisage international. Réseaux de franchisage-*, op. cit., p. 182, n° 488 ; v. aussi D. FERRIER, *Concurrence-Distribution*, D., Vol. 4, n° 43, 2009, p.2888.

⁶ Selon l'art. 3 du règ. 2790/1999 ; la part de marché à considérer ici, est celle du fournisseur. Si l'accord vertical contient un engagement de fourniture exclusive (obligeant le fournisseur à ne vendre les produits qu'à un seul acheteur à l'intérieur de la C.E. en vue d'un usage déterminé ou de la revente), la

en prévoyant l'application d'un double seuil de parts de marché afin que l'accord puisse bénéficier de l'exemption : seront désormais prises en compte non seulement la part de marché du fournisseur, mais également celle de l'acheteur. Chacun d'entre eux devant détenir moins de 30% de parts de marché pour que l'exemption par catégorie s'applique.

La conséquence naturelle de cette innovation conduit à réduire le nombre d'accords qui pourront bénéficier de l'exemption prévue par le règlement¹, elle vise à octroyer l'exemption catégorielle aux petites et moyennes entreprises, et à perdre davantage la puissance d'achat grandissante de la grande distribution.

Un accord de fourniture ou de distribution portant sur des biens finaux et intermédiaires ainsi que des services, est toutefois exempté si le *fournisseur et de distributeur* détiennent chacun une part de marché² n'excèdent pas 30% du marché en cause³. À contrario le seuil, au-dessus duquel un accord n'est plus présumé créer des avantages objectifs de nature à compenser ses inconvénients⁴.

En cas d'un accord multipartite mettant en présence d'un fournisseur, un grossiste⁵, et un distributeur, l'exemption édictée dans l'art. 2 du règlement n° 330/210, ne peut s'appliquer que si la part du marché du grossiste ne dépasse pas le seuil de 30%, en tant qu'acheteur et fournisseur⁶.

part de marché à prendre en considération pour ce seuil est celle du distributeur, et non celle du fournisseur. Le règlement procure ainsi aux entreprises une réelle sécurité juridique lorsque le seuil de 30% n'est pas franchi.

¹ D. FERRIER, *Concurrence-Distribution*, préc.

² La part du marché du fournisseur est calculée sur la base des données concernant la valeur des ventes sur le marché, tandis que la part de marché de l'acheteur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des achats sur le marché, dans les deux cas les données sont celles relatives à l'année civile précédente ; art. 7, a) et b).

³ V. l'art. 3§1 du règ. 330/2010, v. aussi Y. BOUKHELF, *op. cit.*, p. 46.

⁴ Le préambule du règlement n° 330/2010, point 9 ; l'accord qui ne bénéficie pas du règlement d'exemption en raison de l'excédent du seuil de 30%, peut profiter d'une exemption individuelle si les conditions fixées par l'art. 101§3 du T.F.U.E. sont réunies : Ch. JASSOGNE, *Le contrat de franchise - Séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruylant Bruxelles, 2001, p. 45.

⁵ Le grossiste est l'entreprise qui achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord, et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord ; L'art. 3§2 du règ. n° 330/2010.

⁶ *Ibid.*

Exceptionnellement, un accord vertical peut bénéficier d'une exemption par catégorie malgré que la part du marché détenue par ses parties soit inférieure ou égale à 30 %, sans dépasser 35 %. Dans ce cas l'exemption est limitée dans une durée de deux années civiles successives suivant l'année pendant laquelle le seuil de 30 % a été dépassé pour la première fois¹.

Le rôle de la part de marché dans l'application du règlement est fondé sur la considération que tous les accords verticaux bénéficient d'une présomption de légalité, à condition que ses parties ne disposent pas d'une puissance sur le marché en cause².

b- Conditions relatives à l'accord vertical

Après la vérification de la part de marché, il conviendra d'examiner le contrat de distribution dans son objet (1°) et dans sa construction et son contexte (2°).

1° L'objet du contrat

L'objet du contrat est un critère de la verticalité. Selon l'article 2§1 du règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010, il s'agit des contrats concernant les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services³. Les lignes directrices précisent que ces accords peuvent porter aussi bien sur des biens et services finaux ou intermédiaires⁴.

Les biens ou services peuvent être fournis ou utilisés afin de produire d'autres biens ou services⁵. Ils peuvent même être vendus ou achetés en vue d'être loués à des tiers. En revanche, les baux et contrats de location ne sauraient entrer dans le champ du règlement⁶.

¹ L'art. 7, d) et e) du règ. n° 330/2010.

² R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 3796, Cdrom.

³ V. l'art. 1§1, a) du règ. n° 330/2010.

⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 25, c).

⁵ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 25, d).

⁶ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 26.

Toute obligation non liée aux conditions d'achat, de vente ou de revente ne sera pas couverte. Ce sera le cas, par exemple, d'une obligation interdisant aux parties de mener des activités de recherche et de développement. Ce type d'obligation relève d'ailleurs d'un autre règlement d'exemption. Comme l'indique l'article 2 § 5, le règlement n'a pas lieu de s'appliquer lorsque l'accord vertical entre dans le champ d'application d'un autre règlement. Il faut donc vérifier le champ d'application des règlements n° 1218/2010 et n° 1217/2010 concernant l'application de l'article 101§3 du T.F.U.E. respectivement à des accords de spécialisation et à des accords de recherche et de développement.

2° Conditions relatives aux stipulations du contrat

Le présent règlement distingue entre deux catégories de restrictions à la concurrence particulièrement graves empêchant l'application du règlement d'exemption¹ : les restrictions caractérisées, et les restrictions encadrées.

***Les restrictions caractérisées**

La restriction caractérisée est une restriction qui empêche l'exemption **du contrat** qui la contient, elle a pour effet de le rendre nul en son entier². Donc pour être exempté, il faut que les stipulations de l'accord ne visent pas l'un des objets prévus à l'article 4 du règlement n° 330/2010. Cet article dresse une liste de clauses dites « *clauses noires* », qui sont interdites *per se*³, la présence de telles restrictions constitue une présomption que cet accord relève de l'article 101§1 du T.F.U.E., il s'agit des clauses suivantes :

- **L'imposition des prix de vente⁴ minimum par le fournisseur à l'acheteur¹** Selon l'article 4, a) du règlement n° 330/2010, l'accord qui contient une telle condition a un

¹ Les autres clauses qui contiennent des restrictions de la concurrence rendent nécessaire une évaluation individuelle, l'accord vertical qui remplit les conditions fixées par le règlement jouissent d'une présomption de légalité, il n'a pas à être notifié à la Commission européenne ; v. le préambule du règlement n° 330/2010, point 2.

² L. NICOLAS-VULIERNE, *Droit de la concurrence, op. cit.*, p. 201, n° 297.

³ L. NICOLAS-VULIERNE, *Droit de la concurrence, ibid.*

⁴ Les prix imposés sont des accords ou pratiques concertées entre un fournisseur et un distributeur ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal, ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que le distributeur doit appliquer lorsqu'il revend un produit/service à ses clients. Toutefois, un prix de vente peut aussi être imposé par des moyens indirects, par exemple, par la fixation de la marge du distributeur ou le niveau maximal de réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini, aussi par la

objet illicite, car il consiste à limiter la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de revente à la baisse. Cependant, cet article a considéré licites, les clauses qui consistent à imposer des prix de vente maximum, de même la communication d'une liste des prix recommandés, ou conseillés ou maximum par le fournisseur est jugée licite.

- Restriction territoriale et de clientèle

La restriction territoriale et de clientèle empêche l'exemption de l'accord qui la contient, lorsque l'acheteur ne peut revendre les biens ou services contractuels que sur le territoire déterminé ou à une clientèle définie (article 4, b) du règlement 330/2010). Cette restriction comporte un partage du marché en territoire ou en clientèle, c'est la clause de territorialité absolue².

Cette restriction peut être le résultat d'obligations directes comme l'obligation de ne pas revendre à certains clients ou à des clients situés sur certains territoires, l'obligation de renvoyer les commandes à d'autres distributeurs³, ou par des moyens indirects tels que l'utilisation d'un système de surveillance afin de vérifier la destination réelle des marchandises (en utilisant des étiquettes, ou des numéros de série différenciés ...), aussi le refus d'assurer un service de garantie, la réduction des primes et remises⁴...etc.

Cependant, pour assurer l'efficacité de système de la distribution, quatre exceptions sont admises :

subordination au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de réductions ou le remboursement de coûts promotionnels par le fournisseur, ...etc. ; T. GRANIER, *Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence*, RTD com., 1991, p.358 ; Cdrom.

¹ L'acheteur est une entreprise qui, en vertu d'un accord relevant de l'article 101§1 du T.F.U.E., vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise; art. 1§1, h) du règ. n° 330/2010.

² La clause d'exclusivité territoriale absolue est une clause par laquelle « *le fournisseur impose à son distributeur exclusif non seulement de ne pas satisfaire les commandes de clients domiciliés hors du territoire concédé, mais encore exige à ses clients de ne pas exporter son produit en dehors de ce secteur. Le produit ne peut pas franchir le périmètre concédé et ne bénéficiera pas de la libre circulation* ». Une telle clause empêche toute vente qu'elle que soit sa nature, active ou passive, A. MEFLAH, *op. cit.*, p. 55.

³ S. LEBERTON-DERRIEN, *Distribution, généralités*, Fasc. 600, JurisClasseur Concurrence-Consommation, 2004, vol. 3, p. 16, n° 56.

⁴ S. LEBERTON-DERRIEN, *ibid.*

La première concerne la distribution exclusive, elle autorise la restriction des ventes actives¹ vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre distributeur.

Les trois autres exceptions² permettent la restriction des ventes actives et des ventes passives³ : la restriction des ventes aux utilisateurs finaux par un acheteur qui opère en tant que grossiste sur le marché, et la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, et finalement, l'autorisation à fournisseur d'empêcher l'acheteur des composants destinés à être incorporer dans un produit final de revendre, car la vente de ces composants à des concurrents du fournisseur qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens identiques à ceux qui sont produits par le fournisseur des composants, menacée la protection de l'efficacité de système de distribution⁴.

- **La restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finaux par les membres d'un système de distribution sélective** qui s'opèrent en tant que détaillants sur le marché en cause⁵. Aussi, il est interdit aux distributeurs agréés d'opérer leur activité dans des locaux différents, ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu.

¹ Le fait de prospector des clients individuels à l'intérieur du territoire exclusif ou parmi la clientèle exclusive d'un autre distributeur (par exemple par moyen de visites), le fait de prospector une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné concédés exclusivement à un autre distributeur, par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur des clients situés dans ce territoire, ou encore l'établissement d'un entrepôt ou d'un point de vente à l'intérieur du territoire exclusif d'un autre distributeur. L'exigence de telles clauses dans un contrat de distribution peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux (v. art. 4, b), i) du règ. 330/2010); F. LEFEBVRE, *op. cit.*, 2011-2012, p. 519, n° 22825.

² La deuxième et la troisième exception, concernant la distribution sélective, tandis que la quatrième a une portée générale.

³ Sont considérées comme des ventes passives toute satisfaction de demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, qui comprennent la livraison de biens ou la prestation de services à ces clients. Les ventes générées par toute publicité ou action de promotion générale, soit dans les médias, soit sur l'internet, qui atteint des clients établis sur les territoires exclusifs d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est également un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle (par exemple pour toucher des clients situés sur des territoires non exclusifs ou sur son propre territoire); F. LEFEBVRE, 2011-2012, *préc.*

⁴E. DIENY, *Ententes, Exemption catégorielle, article 81 §3 du Traité C.E.*, Fasc. 555, JurisClasseur Commercial, Vol. 3, 2009, p. 19, n° 73.

⁵ L'art. 4, c) du règlement n° 330/2010.

Cet article accepte l'interdiction à un membre du réseau d'exercer son activité à partir d'un lieu d'établissement non autorisé¹.

- La restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, aux distributeurs non agréés

Cette interdiction est prévue par l'article 4, d) du règlement n° 330/2010, concernant les distributeurs d'un réseau de distribution sélective, y compris ceux opérant à des stades différents du commerce, qui doivent être libres d'approvisionner ou de s'approvisionner auprès de n'importe quel autre membre de réseau. En d'autres termes, l'accord qui contient une clause qui consiste à restreindre les ventes passives et les ventes actives dans un système de distribution sélective, ne peut jamais bénéficier d'une exemption catégorielle².

- Enfin, la restriction édictée par l'article 4, e) du règlement n° 330/2010 dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finaux, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens. Cette interdiction est pour but d'encourager la concurrence sur le marché de service après-vente et assurer la disponibilité des pièces détachées en dehors du réseau autorisé de celui qui incorpore ses pièces détachées dans ses produits³.

*** Restrictions encadrées ou exclues, ou restriction relatives, « clauses grises »⁴**

À la différence des restrictions caractérisées édictées par l'article 4 du règlement d'exemption n° 330/2010 qui font perdre le bénéfice de l'exemption pour l'ensemble du contrat, les restrictions encadrées sont des obligations qui peuvent être admises

¹ Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage – Franchise de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier. Franchisage de service. Franchisage international. Réseaux de franchisage-*, op. cit., p. 184, n° 493.

² E. DIENY, *Ententes, Exemption catégorielle, article 81 §3 du Traité C.E.*, op. cit., p. 20, n° 75.

³ S. LEBERTON-DERRIEN, *op. cit.*, p. 17, n° 62.

⁴ Elles s'appellent aussi les restrictions exclues, ou relatives, car la seule clause qui ne peut bénéficier de l'exemption et non pas le contrat en son entier. E. DIENY, *Ententes, Exemption catégorielle, article 81 §3 du Traité C.E.*, op. cit., p. 20, n° 77.

lorsqu'elles sont indispensables à la conclusion du contrat, comme elles peuvent être prohibées lorsqu'elles entraînent des effets graves à la concurrence. Dans ce cas, ces obligations font perdre le bénéfice de l'exemption pour elles seules, c'est la règle de séparabilité qui peut jouer¹.

Trois restrictions sont expressément envisagées par l'article 5 du même règlement ; il s'agit des clauses suivantes :

- La clause de non-concurrence

La clause de non-concurrence² ne peut être stipulée pour une durée indéterminée, ou pour une durée dépassant cinq (5) ans, sous peine de ne pas pouvoir bénéficier de l'exemption³. De même, ne peut être exemptée l'obligation de non-concurrence renouvelable tacitement au-delà d'une durée de cinq ans, car elle a été considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée⁴.

Une exception relative aux accords portant sur les biens ou services contractuels vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire, ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur⁵.

¹ L. NICOLAS-VULIERNE, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 201, n° 297 ; v. aussi : lignes directrices sur les restrictions verticales, pts. 70,71.

² La Commission européenne prend le soin de définir cette clause dans l'article 1§1, d) du règlement n° 330/2010 comme étant «*toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente*».

³ L'art. 5§1, a) du règ. n° 330/2010.

⁴ S. LEBERTON-DERRIEN, *op. cit.*, p. 17, n° 65.

⁵ Dans cette hypothèse la durée de la clause de non-concurrence peut être similaire à la durée d'occupation de point de vente par l'acheteur. Cette exception s'explique par le fait que l'on ne peut, en général, raisonnablement attendre du fournisseur qu'il permette la vente, sans son consentement, de produits concurrents dans les locaux et sur les terrains dont il est propriétaire ; lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 67.

- **L'obligation de non-concurrence post-contractuelle** : selon l'article 5§1, b) du règlement n° 330/2010 cette clause ne peut bénéficier d'une exemption par catégorie que si elle satisfait aux conditions suivantes : elle doit concerner des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels, et limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat. De plus, la stipulation de cette clause doit être indispensable à la protection d'un savoir-faire¹ transféré par le fournisseur à l'acheteur, et être limitée à une durée d'un an à compter de l'expiration de l'accord.

- **Obligation de ne pas vendre de biens ou marques de certains fournisseurs concurrents dans le cadre d'un système de distribution sélective**

Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords de distribution sélective assortis d'une interdiction générale faite aux distributeurs agréés de revendre des produits ou marques des fournisseurs concurrents, mais si le fournisseur empêche ses distributeurs désignés, soit directement, ou indirectement, d'acheter des produits à certains fournisseurs concurrents en vue de la revente. Cette obligation est exclue du bénéfice de l'exemption par catégorie². Il s'agit d'éviter qu'un certain nombre de fournisseurs s'arrangent pour écarter du marché un fournisseur concurrent ce qui constituerait une forme de boycott collectif³.

Finalement, à l'égard du nouveau règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010, les entreprises parties à un accord de distribution ont recouvré une liberté contractuelle « quasi-totale » quant à la fixation de leur accord⁴. L'exemption s'applique automatiquement à toutes les autres clauses à condition, comme on l'a vu

¹ Le savoir-faire est un « ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, «secret» signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; «substantiel» se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; «identifié» signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité»; art. 1§1, g) du règ. n°330/2010.

² Art. 5§1, c) du règ. n° 330/2010.

³ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 69.

⁴ Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage – Franchise de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier. Franchisage de service. Franchisage international. Réseaux de franchisage*, op. cit., p. 183, n° 490.

précédemment, que la part de marché du fournisseur et de l'acheteur respecte le seuil de 30%, et que l'accord ne contienne pas des clauses interdites.

2- Effets de l'exemption catégorielle

Les règlements d'exemption par catégorie n'instituent pas de prescriptions contraignantes affectant directement la validité ou le contenu des accords ne s'y conformant pas : ils se bornent à établir des conditions qui permettent à certains accords de fuir l'interdiction des ententes prévue par l'article 101§1 du T.F.U.E.¹

L'octroi d'une exemption catégorielle à un accord de distribution produit immédiatement tous leurs effets, il est valable de plein droit, sans même une notification préalable de l'accord à la Commission européenne², et sans qu'il y ait lieu d'examiner s'il a des effets sur la concurrence au regard des dispositions de l'article 101§1 du T.F.U.E.³. Néanmoins, la non-conformité du contrat de distribution au règlement déterminant ses conditions d'exemption n'entraîne pas nécessairement son annulation. Il fallait démontrer en quoi le contrat avait pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence, et en quoi ce contrat était susceptible d'avoir des effets affectent le commerce entre les Etats membre⁴.

Il faut noter que la juridiction nationale a simplement la compétence d'examiner que les accords ou pratiques concertées dont elle est saisie entrent dans le champ d'application du règlement d'exemption. De même elle ne peut pas octroyer une exemption à un accord qui ne remplit pas les conditions fixées par le règlement d'exemption, ou étendre le champ d'application de celui-ci⁵.

¹ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, n° 2111, Cdrom.

² Le remplissage des conditions fixées par un règlement d'exemption par catégorie n'écarte pas la possibilité d'application de l'article 102 du T.F.U.E. (concernant l'abus de position dominante), car les articles 101 et 102 du Traité constituent des dispositions autonomes et complémentaires régissant des situations distinctes ; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.*, p. 548, n° 1029.

³ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *préc.*

⁴ Cass. com., du 9 mai 1990, Bull. IV n° 136 ; cité par F. LEFEBVRE, *op. cit.*, 2011-2012, p. 507, n° 22510.

⁵ J-B. BLAISE, *Entente*, Encyclopédie Dalloz, répertoire du droit communautaire, t. II, 2003, pp. 60, 61, n° 678, 679 ; C.J.C.E., 28 fev. 1991, Délimitis, aff. C-234/89, Rec. I 235.

La juridiction nationale peut interpréter le règlement d'exemption, et dans le cas où une clause d'un contrat ne correspond pas aux exigences de ce règlement, une question se pose de savoir si l'accord cesse de bénéficier de l'exemption en son entier, ou seulement si c'est la clause qui est exclue de l'exemption. L'interprétation doit être limitée dans les termes de ce règlement¹.

En conclusion, si les parties d'un comportement anticoncurrentiel cherchent à invoquer des circonstances, autres que les faits justificatifs précités, malgré qu'ils paraissent à leurs yeux justifier leur pratique, le Conseil de la concurrence (en droit algérien) ou la Commission européenne et la Cour de justice (concernant le droit communautaire), doivent rejeter de telles prétentions.

¹ J-B. BLAISE, *Entente*, *op. cit.*, p. 61, n° 680, 681.

Chapitre 2 : La fin du bénéfice de l'exemption

Quel que soit la cause de justification, et le mode d'exemption (exemption individuelle ou catégorielle ou la justification accordée sur le fondement d'un texte législatif ou réglementaire), toute exemption octroyée à une entreprise doit être expirée (section 1). Dans certains cas des sanctions peuvent être infligées (sections 2).

Section 1 : Les modes d'extinction du bénéfice de l'exemption

L'extinction du bénéfice de l'exemption peut être l'effet d'un agissement d'office de l'organe compétent (soit le Conseil de la concurrence, en droit algérien, ou la Commission au niveau européen) ou le résultat d'un recours contre les décisions de ces organes devant les juridictions compétentes (paragraphe 1). La fin du bénéfice de l'exemption peut être le résultat de l'expiration de la durée de l'exemption soit individuelle ou catégorielle (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La fin de l'exemption par voie de recours

Les procédures de recours et les organes compétents sont différents selon l'ordre juridique examiné (le droit algérien et droit communautaire) (A), le requérant doit préciser le fondement de son recours (B).

A/ La compétence pour retirer le bénéfice d'une exemption

La justification doit toujours être limitée dans le temps¹. Mais avant l'expiration de cette durée, le bénéfice de l'exemption peut être retiré soit par le Conseil de la concurrence, ou par la Cour d'Appel d'Alger, en droit algérien (1). Au niveau européen, le retrait de l'exemption peut être opéré par la Commission européenne et dans certaines hypothèses par les autorités nationales de la concurrence (2).

¹ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.* ; v. aussi le formulaire de renseignements pour l'obtention d'une attestation négative, le renseignement n° 3-3 exige que les entreprises parties à un comportement anticoncurrentiel doivent indiquer la durée de la demande.

1- La compétence du Conseil de la concurrence et de la Cour d'Appel d'Alger pour retirer du bénéfice d'une exemption

On étudiera successivement la compétence du Conseil de la concurrence pour retirer le bénéfice d'une exemption (a), puis le rôle de la Cour d'Appel d'Alger en la matière (b).

a- La compétence du Conseil de la concurrence

Le législateur n'a pas accordé expressément au Conseil de la concurrence le pouvoir d'extraire le bénéfice d'une exemption individuelle, ni dans les dispositions de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, ni parmi les articles du décret exécutif n° 05-175, fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché. Cependant, il y a des dispositions générales qui confient au Conseil de la concurrence un pouvoir d'intervenir pour régler la concurrence sur le marché. On trouve par exemple l'article 37 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹ qui permet au Conseil de la concurrence de faire des enquêtes sur les conditions d'application des textes législatifs et réglementaires ayant un lien avec la concurrence².

Si les enquêtes montrent que l'application de ces textes donne lieu à des limitations à la concurrence, le Conseil de la concurrence engage toutes les actions pour mettre fin à ces restrictions de plein droit³. On constate par conséquent que si une entreprise a bénéficié d'une exemption fondée sur un texte justificatif, et a transgressé les conditions fixées par

¹ L'art. 37 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence modifié et complété par l'art. 20 de la loi 08-12 dispose que « *Le conseil de la concurrence peut entreprendre toutes actions utiles relevant de son domaine de compétence notamment toute enquête, étude et expertise. Dans le cas où les mesures initiées révèlent des pratiques restrictives de concurrence, le conseil de la concurrence engage toutes les actions nécessaires pour y mettre fin de plein droit. Lorsque les enquêtes effectuées concernant les conditions d'application des textes législatifs et réglementaires ayant un lien avec la concurrence révèlent que la mise en œuvre de ces textes donne lieu à des restrictions à la concurrence, le conseil de la concurrence engage toute action adéquate pour mettre fin à ces restrictions* ».

² « *...textes législatifs et réglementaires ayant un lien avec la concurrence...* » permet d'inclure même les textes législatifs et réglementaires justificatifs d'une pratique anticoncurrentielle. Donc le Conseil de la concurrence a le pouvoir de contrôler le respect ou non, des entreprises auteurs de ce comportement, des conditions d'application de ces textes justificatifs.

³ Art. 37 al. 2. de l'ord. n° 03-03, modifié et complété,

ces textes, le Conseil de la concurrence peut intervenir et retirer le bénéfice de l'exemption.

Le Conseil de la concurrence peut agir d'office, ou sur demande présentée par toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt légitime¹ tels que, les entreprises victimes d'un comportement anticoncurrentiel, le ministre chargé du commerce, les collectivités locales, les institutions économiques et financières, ainsi que les associations de consommateurs² ... etc.

Evidemment, après l'acceptation de la saisine, le Conseil de la concurrence doit apprécier si les pratiques et actions dont il est saisi constituent des infractions aux sens des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03, ou se trouvent justifiées par application de l'article 9 de la même ordonnance³. Dans le cas où les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants, le Conseil peut déclarer, par décision motivée l'irrecevabilité de la saisine⁴.

Dans tous les cas, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi d'affaires remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation et leur sanction⁵.

b- La compétence de la Cour d'Appel d'Alger

Aucune disposition n'existe dans le décret exécutif n° 05-175 ou l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence qui autorise les entreprises concernées à faire un recours en annulation si le Conseil de la concurrence refuse la demande d'attestation négative⁶

¹ L'art. 44 al. 1 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence dispose que « *Le Conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé du commerce. Il peut se saisir d'office ou être saisi par toute entreprise ou, pour toute affaire dans laquelle ils sont intéressés, par les institutions et organismes visés à l'alinéa 2 de l'article 35 de la présente ordonnance* ».

² V. l'art. 35 al. 2 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence.

³ L'art. 44 al. 2 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence.

⁴ L'art. 44 al. 3 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence.

⁵ L'art. 44 al. 4 de l'ord. n° 03-03, relative à la concurrence

⁶ Les auteurs des pratiques anticoncurrentielles qui sont intéressés de faire le recours.

ou s'il accepte la justification des comportements illicites¹.

Selon l'article 63 de l'ordonnance n° 03-03 modifié et complété par l'article 31 de la loi 08-12², le recours en annulation peut en principe être formé contre *toutes les décisions du Conseil de la concurrence* auprès de la Cour d'Alger, y compris les décisions d'application des articles 6 et 7 et 9 de la même ordonnance tels que : la constatation d'infractions, le refus de délivrance d'attestation négative, la révocation ou modification d'une exemption ... etc. toutes ces décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant la Cour d'Appel d'Alger.

La Cour d'Appel d'Alger contrôle la légalité externe des décisions du Conseil de la concurrence qui lui sont déférées, elle vérifie que le Conseil de la concurrence n'a pas dépassé la compétence que lui confèrent les dispositions du chapitre II du titre III de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence. La Cour procède également le contrôle de la légalité interne de la décision en fonction des moyens invoqués aux recours, elle examine que le Conseil de la concurrence n'a pas commis d'erreurs de droit dans l'application des dispositions du droit de la concurrence, tant en ce qui concerne les normes juridiques que l'analyse économique par laquelle elles sont mises en œuvre.

2- La compétence de la Commission européenne et les autorités nationales des Etats membres pour retirer le bénéfice de l'exemption

Il faut faire une distinction entre le retrait individuel (a), et le retrait catégoriel de l'exemption par l'adoption d'un « *règlement de non application* » (b).

a- La compétence de retirer le bénéfice individuel d'un règlement d'exemption

La présomption de légalité de l'accord n'est pas irréfragable³. Dans certaines circonstances le bénéfice de l'exemption par catégorie peut en effet être retiré à un

¹ Les entreprises tierces qui sont concernées dans ce cas.

² «*Les décisions du Conseil de la concurrence concernant les pratiques restrictives de concurrence peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Cour d'Alger, statuant en matière commerciale, par les parties concernées ou par le ministre chargé du commerce, dans un délai ne pouvant excéder un (1) mois à compter de la date de réception de la décision...
Le recours auprès de la Cour d'Alger n'est pas suspensif des décisions du Conseil de la concurrence...*».

³ L'accord bénéficie d'une présomption simple de l'égalité dès lors que les quatre conditions prévues par l'art. 101§3 du T.F.U.E. sont remplies.

accord ou décision d'association d'entreprises ou pratique concertée, qui remplit les conditions fixées par le règlement, et qui ne contiennent aucune clause interdite par le règlement¹, mais dont on remarque qu'il produit néanmoins une atteinte à la concurrence trop forte et inadmissible.

Il s'agit là d'une mesure individuelle ciblée : c'est à un accord donné que la Commission retire du bénéfice d'un règlement d'exemption par une décision spéciale. La Commission peut agir d'office ou sur une plainte d'un Etat membre².

La compétence en matière de retrait de l'exemption n'est plus exclusive, l'autorité d'un Etat membre peut également exercer cette faculté depuis l'entrée en vigueur du règlement du C.E n° 1/2003. Cette possibilité avait été introduite de façon générale par l'article 29§2 de ce règlement³, elle est reconnue aussi de façon spéciale par le règlement n° 330/2010⁴.

Il faut noter que le retrait d'une exemption individuelle par une autorité nationale de la concurrence ne peut être exercé que dans le cas où l'entente en cause développe les effets incompatibles avec l'article 101§3 du T.F.U.E. sur tout ou partie de territoire qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct⁵. Si les effets

¹ V. les arts. 4 et 5 du règ. n° 330/2010.

² Cette possibilité est reconnue de manière générale à l'art. 29§1 du règ. C.E. n° 1/2003 qui dispose que : « Si la Commission, en vertu de la compétence que lui confère un règlement du Conseil, tel que les règlements n° 19/65/CEE, (CEE) n° 2821/71, (CEE) n° 3976/87, (CEE) n° 1534/91 ou (CEE) n° 479/92, pour appliquer par voie de règlement les dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité, a déclaré l'article 81, paragraphe 1, inapplicable à certaines catégories d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées, elle peut d'office ou sur plainte retirer le bénéfice d'un tel règlement d'exemption lorsqu'elle estime dans un cas déterminé qu'un accord, une décision ou une pratique concertée visé par ce règlement d'exemption produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité » ; V. aussi le préambule du règ. n° 330/2010, point 14.

³ «Lorsque, dans un cas déterminé, des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées auxquels s'applique un règlement de la Commission visé au paragraphe 1 produisent des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité sur le territoire d'un Etat membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'autorité de concurrence de cet Etat membre peut retirer le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie en cause sur ce territoire » ; l'art. 29§2 du règ. C.E. n° 1/2003.

⁴ Le préambule du règ. n° 330/2010, point 15.

⁵ Art. 29§2 du règ. C.E. n° 1/2003.

incompatibles de l'accord en cause s'étendent sur le territoire d'un Etat membre à un autre territoire, la Commission européenne devient seule compétente¹.

La faculté de retrait de l'exemption n'est pas ouverte aux juridictions nationales. Elles peuvent seulement vérifier si l'accord ou la pratique concertée remplissent les conditions de l'exemption par catégorie, sans pouvoir déclarer que l'exemption par catégorie est inapplicable à cet accord ou pratique².

b- Le retrait catégoriel de l'exemption, ou l'adoption du « règlement de non application »

Par voie de règlement, la Commission a la faculté de déclarer qu'un règlement d'exemption catégorielle est inapplicable à un ensemble d'accords similaires ayant un effet cumulatif³ sur le marché⁴. En d'autres termes, la Commission européenne peut fixer les circonstances (par exemple : la détermination des marchés en cause par les produits et la zone géographique, le type de restriction verticale⁵) qui pouvant conduire

¹ J-P. VIENNOIS, *op. cit.*, p. 17, n° 60.

² Lignes directrices sur les restrictions verticales pt. 37 ; v. aussi M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit.*, p. 214, n° 425.

³ Selon la théorie de l'effet cumulatif « *un accord de distribution qui en lui-même n'affecte pas le marché est susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel en présence d'autres contrats identiques sur le marché du produit ou du service* ». Autrement dit, il s'agit de la restriction de la concurrence résultant de l'addition de plusieurs réseaux de distribution sur un même marché. Cette théorie s'applique particulièrement lorsque l'accord en cause est pris sur un marché marqué par l'existence de multiples accords de même nature collaborant à son verrouillage. Donc ce n'est pas la force économique de l'entreprise qui a établi le réseau, qui donne à la restriction de la concurrence l'effet sensible, mais la concentration des réseaux identiques sur le même marché. Un accord de distribution, pour être licite, doit préserver une certaine concurrence ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit.*, p. 175, n° 342 ; aussi M. FRISON ROCHE et M. PAYET, *op. cit.*, p. 203, n° 226 ; v. égal., Déc. du 24 févr. 1999, Whitbread, J.O.C.E. L. 88, du 31 mars 1999, note de S. POILLOT-PERUZZETTO, *L'effet cumulatif des contrats d'approvisionnement exclusif*, RTD com., 1999, p. 808, Cdrom.

⁴ Art. 1 bis du règ. C.E.E. n° 19/65, concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

⁵ Selon le pt. 83 des lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission peut limiter le champ d'application du règlement d'exclusion aux seules obligations de non-concurrence qui dépassent une certaine durée.

à exclure de son champ d'application certains réseaux parallèles d'accords ou de pratiques concertées en vigueur sur un marché déterminé¹.

Ce mécanisme est prévu par le règlement général sur les accords verticaux n° 330/2010, dans son article 6², qui habilite la Commission à exclure du champ d'application dudit règlement, par voie de règlement, des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires, lorsque ceux-ci couvrent plus de 50 % d'un marché en cause³. Pour apprécier si le seuil de 50 % de couverture du marché est dépassé ou non, il doit être tenu compte de chaque réseau individuel d'accords verticaux contenant des restrictions, ou des arrangements de restrictions, produisant des effets similaires sur le marché. L'écartement du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie se justifie lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché sont susceptibles d'être limités sensiblement⁴.

À la différence de la procédure prévue par l'article 29 du règlement n° 1/2003 qui suppose une décision de la Commission caractérisant une infraction à l'article 101§1 du T.F.U.E. commise par une entreprise déterminée, l'autre mécanisme donne la faculté à la Commission, de sa propre initiative, d'adopter des règlements excluant le bénéfice de l'exemption catégorielle pour les accords visés dans le règlement⁵. Une telle mesure ne vise pas des entreprises individuelles, mais concerne toutes les entreprises dont les

¹ La C.J.C.E., pour déterminer la portée de ces règlements, a indiqué que « *la définition d'une catégorie ne constitue qu'un cadre et ne signifie pas que tous les accords y entrant soient tous possible de l'interdiction* » : C.J.C.E., 13 juill. 1966, *Rép. Italienne c/Conseil et Comm. Rec. C.J.C.E. 1966*, p. 565, cité par : C. GRYNFOGEL, *Ententes en droit communautaire de la concurrence, article 81 du Traité C.E.*, Fasc. 264, JurisClasseur Commercial, Vol. 2, 2009, p. 33, n° 151.

² Ainsi de celui relatif aux accords de distribution automobile (règ. n° 461/2010 l'article 6), et le règlement relatif aux accords de transfert et de technologie n° 772/2004, du 27 avr. 2004, art. 7.

³ La nécessité d'adopter un tel règlement dépend, en particulier, du nombre d'entreprises concurrentes qui participent et coopèrent à l'effet cumulatif sur un marché ou du nombre de marchés géographiques affectés au sein de l'Union européenne.

⁴ Par exemple les réseaux parallèles de distribution sélective couvrant plus de 50 % d'un marché sont capables de verrouiller le marché par l'utilisation des critères de sélection qui ne sont pas exigés par la nature des biens en cause ou sont discriminatoires à l'égard de certains modes de distribution pourtant adaptés à la vente de ces biens : lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 81.

⁵ Pt. 80 des lignes directrices sur les restrictions verticales ; F. LEFEBVRE, *op. cit.*, 2011-2012, p. 508, n° 22550.

accords sont définis dans ledit règlement d'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

La Commission devra fixer un délai de six mois au minimum, à l'expiration duquel le règlement d'exemption cesse d'être aux types d'accords en cause¹.

L'effet d'un règlement de non application se borne à retirer, le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie, et à rétablir l'application pleine et entière de l'article 101§1 et 3 du T.F.U.E., pour ce qui est des restrictions et des marchés concernés. Il n'a pas d'effet rétroactif².

B/ Le fondement du recours « les restrictions retirant le bénéfice de l'exemption »

La sécurité juridique des entreprises est liée à la possibilité de retirer l'exemption. Le législateur n'a pas précisé les causes qui permettent de retirer l'exemption. Il n'existe pas à cet égard de liste et des conditions limitatives précises dans lesquelles le Conseil de la concurrence, ou la Commission européenne seront en droit d'adopter une décision pour retirer la justification qui a été octroyée à une entreprise.

Le retrait n'est en rien discrétionnaire, il ne peut être décidé qu'au terme d'une procédure contentieuse et contradictoire³.

¹ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 84.

² Pts. 84 et 85 des lignes directrices sur les restrictions verticales ; F. LEFEBVRE, *op. cit.*, 2011-2012, p. 509, n° 22550.

³ V. par exemple : Cons. conc. fr., déc. n°06-D-11, saisine de la société Turbo Europe, le Conseil a refusé de retirer le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie n° 1400/2002, du 31 juill. 2002, au groupe SPA. Il a considéré que l'effet cumulatif des contrats de distribution sélective similaires mis en place par les sociétés Peugeot, Citroën et Renault ne restreignait pas l'accès au marché des distributeurs dans une proportion telle qu'il justifierait un retrait de l'exemption automatique dont bénéficient les constructeurs automobiles dont la part de marché est inférieure à 40 %, en vertu des dispositions du règlement communautaire n° 1400/2002. Et que le refus de vente opposé par ces trois constructeurs français à une société ayant pour activité la vente hors réseau de véhicules automobiles était basé sur un système de distribution sélective quantitative et qualitative et *«les éléments versés au dossier sont insuffisants pour envisager que le cumul d'obligations contractuelles similaires par les principaux constructeurs soit à l'origine d'une atteinte significative à l'accès au marché ou à la concurrence»*, la requérante peut exercer son activité d'importation de véhicules neufs dans une proportion toujours croissante : Rapp. Cons. conc. fr., pour 2006, p. 242.

On peut analyser les restrictions de la concurrence qui peuvent entraîner la révocation de l'exemption à une entreprise dans quelques dispositions des règlements européens. Bien évidemment, l'article 29 du règlement n° 1/2003 sous-tend les circonstances dans lesquelles les parties ont respecté les conditions du règlement en cause, leurs accords ou pratiques concertées ayant produit des effets incompatibles et que les rédacteurs du texte n'avaient pas envisagés. En d'autres termes, il s'agit de l'hypothèse en « *laquelle la présomption de réalisation des conditions de l'article 85§3 du Traité* (désormais art. 101§3 du T.F.U.E.) *se trouvent démenties dans les faits* »¹.

Le point 15 du préambule du règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010, précise que cette mesure se justifie en particulier lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence à l'intérieur de celui-ci, sont limités de façon significative par l'effet cumulatif des réseaux parallèles d'accords verticaux similaires mis en œuvre par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents.

Sont considérés comme des réseaux parallèles d'accords verticaux, celui qui reposent sur des contrats contiennent des restrictions entraînent une production des effets similaires sur le marché. C'est le cas, par exemple, si, sur un marché pertinent, certains fournisseurs utilisent une distribution sélective créée sur des critères exclusivement *qualitatifs* tandis que d'autres fournisseurs pratiquent le même système fondé sur des critères *quantitatifs* ou si, sur un même marché, l'emploi cumulatif de critères qualitatifs écarte les distributeurs plus efficaces².

Quant à la formule « *l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords verticaux similaires* »³, elle exige que la restriction de la concurrence soit produite par l'addition de réseaux de distribution. De même, la Cour de justice des communautés européennes, dans une décision relative à des pratiques de refus de vente discriminatoire, a indiqué que « *l'existence de cas isolés de refus, ne relevant d'une mise en œuvre illégale systématique du système, ne suffit pas pour obliger la Commission à révoquer une exemption déjà accordée ou à renoncer au renouvellement d'une telle exemption* », donc

¹ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Doit de la concurrence interne et communautaire*, op. cit., p. 327, n° 262.

² Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 75.

³ Lignes directrices sur les restrictions verticales, *ibid.*

les restrictions isolées ne sauraient entraîner automatiquement la révocation d'une exemption¹.

Concernant la procédure de retrait de l'exemption, et la charge de la preuve, aucune disposition spéciale dans ce domaine, n'a trouvé en droit algérien, donc elles soumettent aux procédures d'instruction prévues par le Chapitre trois (3) de l'ordonnance n° 03-03, relative à la concurrence². En droit communautaire, c'est à la Commission européenne qui a la charge de démontrer que l'accord constitue une infraction et relève de l'article 101§1 du T.F.U.E., et ne remplit pas une ou plusieurs des conditions exprimées à l'article 101§3 de la même Traitée³.

Selon Monsieur J-P. VIENNOIS, toute révocation de l'exemption d'une pratique anticoncurrentielle exige la sanction de son auteur sur le fondement de l'article 82§2 du Traité C.E. (désormais l'article 102 du T.F.U.E.), puisque l'un des effets de recours est l'application de l'article 81§1 du Traité (devenu l'article 101§1 du T.F.U.E.). On d'autre terme, si l'exemption est révoquée, l'accord devient *ipso jure* illicite⁴.

Dans tous les cas, une décision de révocation de l'exemption ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les situations nées de l'exemption des accords concernés ne sont pas affectées pour la période antérieure à la date de prise d'effet du retrait⁵.

Paragraphe 2 : La fin ordinaire de l'exemption

Le bénéfice d'une exemption d'une pratique anticoncurrentielle, quel que soit la cause de la justification, doit être limitée dans une durée déterminée (A). On s'interroge s'il y a une possibilité de renouveler cette exemption après son expiration (B).

¹ C.J.C.E., 22 oct. 1986, aff. 75/84, Métro II, Rec. C.J.C.E. 1986, p. 3074 : cité par J-P. VIENNOIS, *op. cit.*, p. 17, n° 61.

² Ces dispositions sont modifiées et complétées par les dispositions de la loi 08-12.

³ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 77.

⁴ J-P. VIENNOIS, *op. cit.*, p. 17, n° 63.

⁵ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 77.

A- Le caractère temporaire de l'exemption

L'octroi d'une exemption à un comportement anticoncurrentiel produit aussitôt tous leurs effets. Il est valable de plein droit, après la livraison de l'attestation négative, en droit algérien, et sans une notification préalable de l'accord à la Commission européenne ou l'autorité de la concurrence, en droit français et communautaire, dès lors qu'une cause de justification existe, et que la pratique en cause remplit toutes les conditions qui ont précédemment été étudiées.

La justification doit toujours être limitée dans le temps. La durée de validité d'une exemption accordée à une entreprise en application de l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03, doit être déterminée par l'entreprise demanderesse de l'attestation négative, et indiquée dans le formulaire de renseignements pour l'obtention d'une attestation négative¹. Cette durée de validité est soumise à l'appréciation du Conseil de la concurrence, car si la fixation de cette durée est laissée totalement à l'évaluation des entreprises, celles-ci veulent profiter pour fixer une longue durée.

La durée de la justification doit être suffisante et proportionnée avec les avantages susceptibles d'être réalisés par les entreprises concernées.

De même, en droit communautaire, les exemptions par catégorie sont des textes avec une durée déterminée, par exemple les accords de distribution entrant dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010 seront perdus son bénéfice de l'exemption le 31 mai 2023, date de l'expiration de ce règlement.

L'expiration de la durée de l'exemption fixée entraîne la fin du bénéfice de l'exemption, toute pratique anticoncurrentielle commise par les entreprises après l'extinction de cette durée est susceptible d'être sanctionnée si les conditions de la prohibition sont remplies.

B- La possibilité de renouvellement de l'exemption

Le législateur n'a pas précisé s'il y a une possibilité de renouveler la demande de l'exemption après l'expiration de la durée fixée par le Conseil de la concurrence, ni dans

¹ V. annexe n° 2, parmi les renseignements (n° 3-3) concernant les motifs de la demande, il y a un renseignement qui oblige les parties « *d'indiquer la durée de la demande* ».

les dispositions de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, ni dans les articles du décret exécutif n° 05-175¹.

Logiquement la justification peut être accordée si les conditions prévues par l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 sont réunies pour la deuxième fois. Les entreprises concernées doivent convaincre le Conseil de la concurrence de la nécessité de renouveler cette exemption pour atteindre ces objectifs.

Section 2 : Les effets du retrait de l'exemption « La responsabilité de l'entreprise concernée »

Le retrait de l'exemption n'a d'effet qu'après son prononcé. Des conséquences peuvent se produire si l'autorité compétente (Conseil de la concurrence, Cour d'Appel d'Alger, la Commission européenne) a accepté le recours et si les restrictions de la concurrence sont suffisamment importantes et ont une influence négative sur le marché.

Ces sanctions peuvent être infligées, selon l'article 15 du règlement européen n° 17/62², à l'occasion d'une notification d'indications inexactes ou dénaturées d'un comportement anticoncurrentiel³. Une disposition proche de celle-ci se trouve en droit algérien, c'est l'article 59 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence⁴, qui permet au Conseil de la concurrence d'infliger, ... une amende ... aux entreprises qui délibérément ou par négligence, fournissent un renseignement inexact ou incomplet à une demande de renseignements conformément aux dispositions de l'article 51 de la même ordonnance⁵ ou ne fournissent pas le renseignement demandé dans les délais fixés par le rapporteur.

¹ C'est la même position qui a été adoptée en droit français et en droit communautaire de la concurrence.

² Le règ. du Cons. de C.E.E. n° 17/62, du 6 fév. 1962, J.O.C.E. n° 13, du 21 fév. 1962, est le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité de Rome.

³ L'art. 15 al. 1, a) du règ. n° 17/62 dispose que « *la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes ... lorsque, de propos délibéré ou par négligence:*
a) elles donnent des indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une demande présentée en application de l'article 2 ou d'une notification en application des articles 4 et 5... ».

⁴ L'art. 59 de l'ord. n° 03-03 a été modifié et complété par l'art. 28 de la loi 08-12.

⁵ L'art. 51 de l'ord. n° 03-03 dispose que « *...Le rapporteur peut exiger la communication en quelque main qu'ils se trouvent, et procéder à la saisie des documents de toute nature, propres à faciliter l'accomplissement de sa mission. Les documents saisis sont joints au rapport ou restitués à l'issue de l'enquête.*

Le rapporteur peut recueillir tous les renseignements nécessaires à son enquête auprès des entreprises ou auprès de toute autre personne. Il fixe les délais dans lesquels les renseignements doivent lui parvenir ».

On peut déduire qu'une telle disposition peut être applicable en cas de déclaration des informations inexactes soit dans la demande d'obtention d'une attestation négative, ou dans le formulaire de renseignements pour l'obtention d'une attestation négative.

De même, l'absence de notification, ou l'adoption d'une pratique anticoncurrentielle après sa notification mais avant que le Conseil de la concurrence délivre à ces entreprises l'attestation négative, entraînent nécessairement une sanction prononcée aux auteurs de ces pratiques.

Dans ces hypothèses, des sanctions peuvent être apportées aux entreprises concernées, on distingue entre les sanctions infligées par le Conseil de la concurrence (paragraphe 1) et celles infligées par les juridictions (paragraphe 2).

Paragraphe 1: Sanctions infligées par le Conseil de la concurrence

Toutes les sanctions infligées ne peuvent être imputées qu'aux entreprises qui contribuent d'une manière significative à cette pratique anticoncurrentielle.

Le Conseil de la concurrence dispose de tout un arsenal de sanctions administratives¹.

Aux termes de l'article 45 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence peut prononcer des injonctions (A), et infliger des amendes aux auteurs des pratiques incriminées (B).

Ces sanctions doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation des auteurs de ces pratiques.

A- Les injonctions / mesures conservatoires

Seront étudiés dans un premier lieu les injonctions (1), puis le rôle des mesures provisoires dans la répression des pratiques anticoncurrentielles (2).

1- Les injonctions

Le pouvoir d'injonction est le premier mode d'intervention du Conseil de la concurrence s'il constate que les faits de l'espèce tombent sous le coup des interdictions des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence¹.

¹ Les sanctions infligées par le Conseil de la concurrence a un caractère administratif car il est une autorité administrative indépendante, et non pas une juridiction.

L'injonction est « *un ordre, une prescription ou commandement de faire ou de ne pas faire qui impose à son destinataire l'obligation de modifier le comportement critiqué comme contraire à la loi* »². On peut la définir aussi comme des ordres imposées par le Conseil de la concurrence aux entreprises intéressées afin de mettre fin aux comportements anticoncurrentiels dans un délai déterminé, ou d'imposer des conditions particulières pour modifier leur pratique conformément aux objectifs du droit de la concurrence³.

Il en est déduit que les injonctions seront considérées comme un véritable moyen de rétablissement de la concurrence. Elles présentent un caractère de réparation et de prévention⁴. Le Conseil de la concurrence peut utiliser cette mesure s'il constate, en fonction des éléments dont il a connaissance, que les avantages allégués du comportement des entreprises qui avaient déjà bénéficié d'une justification ne peuvent jamais contrebalancer les restrictions qui produisent sur le marché, ou que les inconvénients produits sur le marché sont plus graves⁵ à ceux qui étaient déclarés dans le formulaire de renseignements pour l'obtention d'une attestation négative⁶.

¹ Si le Conseil de la concurrence, après l'appréciation des comportements dont il a notifié, constate qu'ils sont justifiés sur le fondement de l'une des causes d'exonération prévues par l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03, ou que l'entreprise bénéficiaire d'une exemption a vraiment respecté les conditions et qu'elle était commencée à réaliser le progrès économique allégué, aucune sanction ne peut être infligée.

² F.-C. JEANTET, *Réflexions sur les injonctions et les exemptions du droit de la concurrence*, JCP 1988, I, n° 1, p. 3348 ; v. aussi N. DECOOPMAN, Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes, JCP 1987, I, p. 3303.

³ F. ALLOUI, *op.cit.*, p. 84.

⁴ Le Conseil de la concurrence français observait dans son rapport que le pouvoir d'injonction avait beaucoup utilisé dans les premiers temps car il « *considérait qu'une atteinte à la concurrence de faible ampleur ou le fait que les parties aient pu se tromper sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques, compte tenu d'une jurisprudence encore mal établie, justifiaient de telles mesures, à l'exclusion de sanctions pécuniaires* ». L'exercice des pouvoirs contentieux du Conseil de la concurrence « *doivent avoir pour effet de rétablir des conditions de fonctionnement concurrentiel du marché. C'est la finalité du pouvoir d'injonction qui vous est conféré par l'ordonnance ...* » ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2005, pp. 100, 101.

⁵ Sont interdites par exemple, les pratiques qui peuvent entraîner la disparition d'entreprises ou réduire de manière durable la concurrence sur le marché car telles pratiques portent une atteinte grave à l'économie générale, au secteur intéressé, et à l'intérêt des consommateurs.

⁶ Ce formulaire est publié en annexe 2 du décret exécutif n° 05-175.

2- Les mesures conservatoires

Le temps est un facteur important en droit de la concurrence. Pour être entièrement efficace, et pour protéger l'ordre public économique, le Conseil de la concurrence doit être en mesure de suivre le rythme des entreprises et la pratique anticoncurrentielle qu'elle est à même de sanctionner.

L'injonction peut d'ailleurs être imposée avant toute décision au fond dans le cadre des mesures conservatoires¹, qui est une voie de droit proche de la procédure de référé, permettant de prendre des mesures urgentes nécessaires à la protection de la concurrence sur le marché².

Selon la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence français, deux séries de comportements ont conduit le Conseil à prononcer des mesures conservatoires; la première regroupe les comportements ont invariablement eu pour objet ou pour effet d'éliminer du marché une ou plusieurs entreprises³, et la deuxième série concerne les comportements unilatéraux compte tenu la puissance économique de leurs auteurs sur le marché, de nature à porter une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, en bloquant l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché ou en réduisant sensiblement l'intensité de la concurrence qui y règne⁴.

La procédure relative aux mesures conservatoires permet au Conseil de la concurrence de répondre aux situations d'urgence, afin de prévenir des atteintes susceptibles d'être irrémédiables.

¹ Selon l'art. 46 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence le Conseil de la concurrence peut prendre des mesures provisoires sur demande du plaignant ou du ministre chargé du commerce, destinées à suspendre les pratiques présumées anticoncurrentielles faisant l'objet d'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général.

² M. MENOUEUR, *Droit de la concurrence*, cours de licence, *préc.*

³ Ces pratiques (telles que le boycott, des refus d'accès, les pratiques discriminatoires...) étaient susceptibles de porter une atteinte irréversible à la concurrence en écartant des entreprises ce qui justifie l'octroi de mesures conservatoires. Car si l'urgence est une notion de fait que le Conseil apprécie au cas par cas, elle suppose la réalisation d'un dommage aux conséquences difficilement réparables, dont on peut considérer qu'il est constitué lorsqu'une entreprise risque de disparaître en cours de procédure ; Rapp. Cons conc. fr. pour 2007, pp. 47, 48.

⁴ Rapp. Cons conc. fr. pour 2007, p. 49.

Cependant, parce que ces mesures emportent des conséquences importantes pour les entreprises et le marché considéré, elles ne peuvent aller au-delà de ce que requiert l'urgence. En d'autres termes, le fondement, les injonctions et les modalités d'octroi des mesures conservatoires sont délimités pour ne répondre qu'à la situation d'urgence posée.

B- Les sanctions pécuniaires ou les amendes administratives¹

Seul le Conseil de la concurrence dispose du pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires et des injonctions en cas d'infraction aux articles 6, 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, et en cas de non respect ou la violation des conditions et les objectifs de l'article 9 de la même ordonnance.

Les sanctions pécuniaires peuvent être d'applications immédiates² ou en cas d'inexécution des injonctions³. Ce genre des sanctions ont une double nature, punitive et préventive. Elles sont conçues pour être dissuasives⁴, et donc réguler les pratiques à venir dans le sens d'une plus grande efficacité économique. C'est cette double finalité, dissuasive et punitive, qui contraint le niveau des sanctions.

¹ L'amende administrative se distingue de l'amende pénale infligée par le juge pénal si le comportement en cause constitue une infraction pénale de participation frauduleuse, conformément aux dispositions de section sept « 7 » du Code pénal, concernant les infractions relatives à l'industrie, au commerce et aux enchères publiques. Les sanctions pécuniaires peuvent être infligées en application du droit français comme par l'effet du droit communautaire.

² L'art. 56 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, modifié et complété par l'art. 26 de la loi 08-12 dispose que : « *Les pratiques restrictives visées à l'article 14 de la présente ordonnance, sont sanctionnées par une amende ne dépassant pas 12 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie au cours du dernier exercice clos, ou par une amende égale au moins à deux fois le profit illicite réalisé à travers ces pratiques sans que celle-ci ne soit supérieure à quatre fois ce profit illicite ; et si le contrevenant n'a pas de chiffre d'affaires défini, l'amende n'excédera pas six millions de dinars (6.000.000 DA) ».*

³ L'art. 27 de la loi 08-12, modifiant et complétant l'art. 57 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence, énonce que le Conseil de la concurrence peut prononcer des astreintes d'un montant qui ne doit pas être inférieur à cent cinquante mille dinars (150.000 DA) par jour de retard, en cas où les injonctions ou les mesures provisoires prévues aux articles 45 et 46 de la même ordonnance ne sont pas exécutées dans les délais fixés.

⁴ La notion de dissuasion repose sur le principe d'efficacité préventive de la sanction : une sanction efficace envoie à l'ensemble des contrevenants potentiels un signal les encourageant à ne pas commettre des comportements anticoncurrentiels ; D. ZENNAKI, Droit de la concurrence, *préc.* ; v. aussi, L. BENZONI, *Quelle sanction pour les comportements anticoncurrentiels, problèmes économiques*, n°2.714, 23 mai 2001, p. 29.

En revanche, les amendes infligées par le Conseil de la concurrence n'ont pas pour objectif de réparer les dommages, causés aux consommateurs ou aux entreprises victimes des pratiques mises en cause, dans ce cas, d'autres sanctions sont imposées aux auteurs de telles pratiques anticoncurrentielles¹.

Une question se pose concernant les critères sur lesquels le Conseil de la concurrence détermine le montant de l'amende qui doit être infligée, et qu'elles sont les circonstances qui peuvent atténuer ses sanctions ?

Le législateur a défini les critères sur la base desquels le conseil de la concurrence détermine les sanctions prévues par les dispositions des articles 56 à 62 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence². Le niveau optimal de la sanction subordonne toutefois le type de dommage que l'on cherche à éviter (par exemple : le préjudice causé à l'économie...etc.), et la gravité du comportement incriminé, les gains cumulés par les contrevenants, de même le niveau de collaboration des entreprises incriminées avec le Conseil de la concurrence pendant l'instruction de l'affaire et la puissance économique de l'entreprise mise en cause sur le marché.

En droit français quatre critères sont pris en compte lors de la détermination du montant de l'amende : la gravité de la pratique, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation individuelle de l'entreprise et l'éventuelle réitération de faits. Un autre critère devient nécessaire à prendre en considération concernant l'impact qu'ont les amendes sur la compétitivité des entreprises, sur les investissements et sur l'emploi³.

L'Autorité de la concurrence française connaît une autre circonstance atténuante qu'elle retenait pour ajuster le montant de la sanction pécuniaire aux faits, elle a estimé que le fait que l'entreprise soit en difficulté ou que le secteur soit en crise sont considérés comme une circonstance atténuante. Ainsi, dans sa décision sur le secteur des escaliers préfabriqués en béton, le fait que les agissements se soient déroulés antérieurement à l'ouverture d'un plan de redressement judiciaire à l'encontre d'une entreprise, ne

¹ Les entreprises victimes des pratiques anticoncurrentielles ont le droit de demander les dommages d'intérêts devant les juridictions compétentes ; v. infra, p. 156, et s.

² V. l'art. 62 bis 1 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence modifié et complété par la loi 08-12.

³ J-P. TRAN THIERT, *Concurrence : infraction et l'amende*, Le bulletin de L'ILEC, Revue mensuelle, 2011, n° 418, p. 3.

constitue pas une cause exonératoire permettant d'alléger la sanction même si l'entreprise concernée était déjà en difficultés financières¹.

La sanction doit être au moins égale aux pertes que peuvent subir les différents agents² ; si le bénéfice qu'en attend l'entreprise est inférieur à ces pertes, elle renoncera à mettre en œuvre les pratiques³. Dans tous les cas, ces amendes ne peuvent être dépassées le montant maximum prévu au chapitre quatre de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence⁴.

Finalement, on peut citer un autre genre de sanction, la publicité des décisions du Conseil de la concurrence confère également un caractère punitif⁵.

Paragraphe 2 : Sanctions infligées par les juridictions

La violation de dispositions 6, 7, 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence peut également entraîner un certain nombre d'actions devant les juridictions

¹ Cons. conc. fr., déc. n° 03-D-12, du 3 mars 2003, Escaliers préfabriqués en béton ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2003, p. 295 ; v. aussi C. VITRICHE, *op. cit.*, p. 41.

² Il faut noter qu'en droit français les plafonds de sanction, tels qu'ils résultent des dispositions de la loi dite « NRE » du 15 mai 2001, sont plus élevés que ceux édictés dans le cadre de l'ancienne rédaction de l'article L. 462-2 du C. com. fr., lui-même issu de la codification de l'article 21 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 prévoient que ses dispositions sur les sanctions ne sont applicables qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi. Ce libellé pourrait conduire à considérer que les nouveaux plafonds sont applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi dès lors que le Conseil aurait été saisi après.

³ J-P. TRAN THIERT, *préc.*

⁴ Ces dispositions sont modifiées par les articles 26 et s. de la loi n° 08-12 modifiant et complétant l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

⁵ Selon les dispositions de l'art. 45 al.3 de l'ord n° 03-03. relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence peut également ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci. De même l'art. 49 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence énonce que les décisions rendues par le Conseil de la concurrence et la Cour d'Alger en matière de concurrence sont publiées par le ministre chargé du commerce au bulletin officiel de la concurrence. Des extraits des décisions peuvent être publiés par voie de presse ou sur tout autre support d'information.

du droit commun civile (A) ou pénale (B), et même devant les juridictions administratives¹.

A/ Les sanctions civiles

Les sanctions civiles des comportements anticoncurrentiels ne sont pas du ressort du Conseil de la concurrence, elles ressortissent de la compétence des juridictions qui peuvent saisir le Conseil de la concurrence pour avis² afin de traiter les affaires liées aux comportements anticoncurrentiels.

Il revient de tirer les conséquences de ces infractions³ en annulant les actes ou contrats en cause (1) et en accordant, le cas échéant, une indemnisation aux victimes de ces pratiques anticoncurrentielles (2).

1- La nullité

Seront étudiés tour à tour les caractères de la nullité (a), puis le titulaire et prescription de celles-ci (b) et finalement ses effets (c).

a- Les caractères de la nullité

L'article 13 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence⁴ édicte la nullité des engagements, conventions ou clauses contractuelles se rapportant à des pratiques

¹ Les marchés publics et les contrats de partenariat sont des contrats administratifs en vertu de la loi, les litiges les concernant sont donc de la compétence du juge administratif. Les litiges portant sur les délégations de service public sont de la compétence du juge administratif puisqu'elles sont conclues par une personne publique dans le but de déléguer l'exécution d'un service public à un tiers. L'action en réparation entreprise par le pouvoir adjudicateur à l'encontre du cocontractant bénéficiaire de la pratique anticoncurrentielle devra être engagée devant le juge administratif ; le site : www.DGCCRF.L-action-civile-en-reparation-des-pratiques-anticoncurrentielles-2009.

² L'avis du Conseil de la concurrence n'est donné qu'après une procédure contradictoire, sauf si le Conseil a déjà examiné l'affaire concernée. Cet avis ne peut être lié les juges. Les juridictions communiquent au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès verbaux ou les rapports d'enquête ayant un lien avec des faits dont le Conseil est saisi ; art. 38 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence.

³ Il faut tout d'abord établir l'existence de la pratique anticoncurrentielle.

⁴ Art. 13 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence dispose que « sans préjudice des dispositions des articles 8 et 9 de la présente ordonnance, est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à l'une des pratiques prohibées par les articles 6, 7, 10, 11 et 12 ci-dessus ». Cet article mentionne expressément cette sanction pour les pratiques suivantes : les ententes, les abus de position

interdites par les articles 6 et 7 de la même ordonnance. Serait nul d'ordre public par exemple, le contrat par lequel les concurrents répartiraient géographiquement le marché¹.

Cette disposition constitue le point de jonction entre le droit de la concurrence et le droit des contrats. La nullité est une sanction très importante, elle vise non seulement les ententes mais encore tous accords ou clauses contractuelles constitutifs d'abus de position dominante².

La nullité encourue est une nullité de plein droit. Dès lors que les conditions de la prohibition de ces comportements anticoncurrentiels sont réunies³, la nullité doit être prononcée. Dans ce cas le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation⁴, il n'a pas la faculté d'ordonner la conclusion ou le renouvellement d'un contrat pour mettre fin à une pratique anticoncurrentielle⁵.

Le texte ci-dessus n'a pas déterminé l'étendue de la nullité, il appartient aux juges du fond de la préciser⁶. La nullité touche directement les clauses anticoncurrentielles de

dominante, les contrats d'achat exclusif qui confèrent à son titulaire un monopole de distribution sur un marché, l'abus de dépendance économique, et finalement les prix abusivement bas. C'est la même sanction prévue par l'article 97 du Code civil qui dispose que « *le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre publique ou aux bonnes mœurs* ». Cet art. est inspiré de l'art. L. 420-3 du C. com. fr., et l'art. 101§2 du T.F.U.E.,

¹ J-B. BLAISE, *Droit des affaires – commerçants, concurrence, distribution* -, *op. cit.*, 2000, p. 451, n° 866.

² Y. DJILALI, *op. cit.*, p. 209.

³ Faut-il que les causes d'exonérations prévues dans l'art. 9 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence ne puissent jouer, c'est le cas par exemple où le comportement anticoncurrentiel est mis en œuvre par des entreprises avant la demande de l'attestation négative, ou après l'expiration de la durée de l'exemption fixée par le Conseil de la concurrence, de même si les parties ne respectent pas les conditions de l'exemption...etc. Dans tous les cas les restrictions de la concurrence commises, entraînent la sanction sur le fondement des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence.

⁴ Dh. MOUSSAOUI, *op. cit.*, p. 11.

⁵ M.MALAUURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence*, *op. cit.*, p. 162.

⁶ La C.J.C.E. a établi la règle selon laquelle il appartient aux juridictions nationales d'apprécier les conséquences de la nullité. Elle a estimé que « *la nullité de plein droit prévue par l'article 85§2 du traité ne vise que les dispositions contractuelles incompatibles avec l'article 85§1. Les conséquences de cette nullité pour tous autres éléments de l'accord, et pour des commandes éventuelles passées et des livraisons effectuées sur la base de l'accord, et les obligations de paiement qui en découlent, ne relèvent pas du droit communautaire. Ces conséquences sont à apprécier par la juridiction nationale selon son propre droit* » ; C.J.C.E., 14 déc. 1983, Société de vente de ciments, aff. 319/92, Rec. 4173, cité par M-C.BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *op. cit.*, p. 581.

l'accord. La référence faite à l'article 13 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, aux engagements, convention ou « clause contractuelle » signifie que la nullité peut être limitée à de simples clauses.

b- Le titulaire et la prescription de l'action en nullité

Aux termes de l'article 48 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence « *toute personne physique ou morale qui s'estime lésée par une pratique restrictive telle que prévue par la présente ordonnance, peut saisir pour réparation la juridiction compétente conformément à la législation en vigueur* ». Donc le juge civil peut être saisi d'actions intentées par l'entreprise victime de pratiques anticoncurrentielles¹, cette action est ouverte à toute personne, partie ou non à l'engagement, qui prouve l'intérêt légitime.

Le juge civil peut être saisi aussi par le Conseil de la concurrence. Lorsqu'il a déjà eu à connaître des agissements qui font l'objet du litige, la juridiction saisie prend connaissance de sa décision. De même, les poursuites civiles peuvent être engagées par les associations de consommateurs puisqu'elles défendent des intérêts généraux des consommateurs, qui sont considérées comme des victimes de tels comportements illicites².

L'article 102 alinéa 1 du code civil a donné la faculté d'invoquer la nullité du contrat à toute personne intéressée, de même elle peut être prononcée d'office par le tribunal si cette nullité est absolue³.

Concernant la prescription de l'action en nullité, il n'existait pas de texte dans l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence précisant ce délai. Le Code civil

¹ Les procédures susceptibles d'être mises en œuvre devant les juridictions sont déterminées par les dispositions de la loi n°08-09, du 25 fév. 2008, portant code de procédure civile et administrative, J.O.R.A. du 23 Avril 2008, n°21.p.3.

² Art. 23 de la loi n° 09-03 du 25 février 2009, relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes ; sur le rôle des associations de consommateurs : v. M. BOUDALI, *op.cit.*, p. 108 et s.

³ Art. 102 al. 1 du C. civ. alg. dispose que « *lorsque le contrat est frappé de nullité absolue, cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée et même prononcée d'office par le tribunal. Elle ne peut disparaître par confirmation* ».

algérien a déterminé, le délai de prescription de l'action en nullité quinze ans, à compter de la conclusion du contrat¹.

c- Les effets de la nullité

La nullité des comportements anticoncurrentiels a des effets. On va traiter dans un premier lieu l'impact de la nullité d'une clause contractuelle sur le reste de l'accord (1), puis la portée de la nullité d'un accord sur les opérations juridiques accessoires à celui-ci (2), et finalement la rétroactivité de la nullité (3°).

1° L'impact de la nullité d'une clause contractuelle sur le reste de l'accord

Une question se pose concernant la possibilité d'étendre la nullité à d'autres éléments de l'accord. En droit commun, l'annulation de la clause entraîne la nullité du contrat si elle constitue la clause principale et le facteur impulsif de celui-ci ; c'est une nullité totale².

La nullité peut être partielle si la clause viciée n'est essentielle que pour l'une des parties à l'acte, seule cette partie doit pouvoir solliciter la nullité du contrat en son entier³. Dans cette hypothèse faut-il que la clause viciée soit matériellement séparable du contrat et n'ait pas été un élément constitutif de celui-ci. On dit que les dispositions contractuelles valables doivent être susceptibles d'existence autonome⁴.

Cette règle basée sur un critère subjectif doit être appliquée au droit de la concurrence.

¹ V. l'art. 102 al. 2 du C.civ. alg. ; Quant au délai de prescription de l'action en nullité, au niveau communautaire, la Cour de justice a décidé qu'il devait se déterminer selon les lois nationales : C.J.C.E., 25 nov. 1971, aff. 22/71, Béguelin c/Import export : Rec. C.J.C.E. 1971, p. 949.

² D. ZENNAKI, *Droit des obligations*, cours de licence, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2006/2007 ; Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 1971 a approuvé la juridiction de première instance d'avoir estimé « qu'il ressortait des termes mêmes de la convention, des actes de la procédure et des débats, que dans la commune intention des parties la clause d'exclusivité avait été la condition déterminante de leurs engagements réciproques. La nullité de la clause emporte celle de la convention toute entière » : C.A. Paris 20 déc. 1971, Gaz. Pal. 1972, p.702 et Cass. Comm. 8 mai 1973, Gaz. Pal. 1973, p.659.

³ C'est le cas par exemple dans l'affaire des cuves où les pompistes ont obtenu l'annulation de la seule clause de restitution en nature des cuves enterrées ; Com. 18 fév. 1992, Epoux Grimbert c/Cie de raffinage et de distribution Total France, D. 1993, jurisprudence, p. 57 ; v. aussi Dh. MOUSSAOUI, *op. cit.*, p. 12.

⁴ D. ZENNAKI, *Droit des obligations, préc.* ; Dh. MOUSSAOUI, *op. cit.*, p. 11.

2° L'impact de la nullité d'un accord sur les opérations juridiques accessoires à celui-ci

Le cas visé est celui où la convention, que l'on suppose altérée dans son totalité, s'intègre dans un ensemble juridique complexe, soit parce que d'autres actes ont été pris en exécution de l'acte vicié, soit parce que plusieurs contrats sont étroitement liés entre eux, sans qu'une hiérarchie existe entre les éléments de cet ensemble¹. On parlera « d'actes conséquences »² dans le premier cas et de « groupes de contrats »³ dans le second.

Cette question se pose principalement dans le domaine de la distribution, où l'annulation d'un contrat cadre⁴ peut susciter des difficultés liées aux droits des tiers, notamment lorsque ceux-ci ont conclu avec l'une des parties au contrat vicié de nullité des conventions subséquentes.

L'article 13 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence n'a pas repris une disposition sur ces points, mais il peut être interprété comme s'appliquant aux actes unis à des pratiques anticoncurrentielles par un lien étroit. Les juridictions saisies se

¹ M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p. 582, n° 636.

² Selon la théorie de l'accessoire, la nullité peut avoir des conséquences sur les contrats complémentaires si ils « *apparaissent comme partie intégrante du système, voire comme un acte unique, qu'il s'agisse des conventions entre parties - par exemple, les accords concernant les pénalités contractuelles pour inobservation des dispositions de l'entente principale ou les indemnités à verser pour la cession des quotas de livraison - ou avec des tiers - à savoir, certaines conventions d'application des prix ou fixant des conditions de livraison* ». En application de cette théorie la nullité d'une entente en matière de vente entraînerait la nullité d'une autre entente sur le prix, qui n'était pas nulle en soi, du fait que les deux constituaient un ensemble cohérent : E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, *op. cit.*, pp. 454, 455, n° 589 ; D. ZENNAKI, *Technique contractuelle*, cours de magistère, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2010-2011.

³ Il y a un groupe de contrats lorsque les entreprises parties sont unies directement ou indirectement par un lien juridique, c'est-à-dire un lien contractuel ou légal, dans un ensemble contractuel composé d'une série de contrats. Constitué un groupes de contrats, par exemple, les accords qui unissent les sociétés pétrolières à leurs distributeurs et qui comprend souvent un bail, un prêt et la fourniture de différents services. ; E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, *op. cit.*, p. 455, n° 590.

⁴ Le contrat cadre est un contrat qui a pour objet de définir les conditions dans lesquelles des contrats d'application futur, des vente le plus souvent, seront conclus. Ce contrat visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis les accords à traiter, rapidement, dans le futur « contrat d'application ou d'exécution auxquels de simples bons de commande ou ordre de service fourniront leur support » ; Y. BOUKHELF, *op. cit.*, p. 12 et s. ; aussi D. ZENNAKI, *Droit de la distribution*, *préc.*

détermineront à partir des principes du droit commun au moment d'apprécier si la nullité d'un contrat doit être étendue aux accords complémentaires¹.

3° La rétroactivité de la nullité

En droit commun, le principe est que le contrat annulé disparaît rétroactivement² ; c'est-à-dire que les contractants doivent être remis en l'état où ils se trouvaient précédemment, et récupérer leurs prestations, soit en nature si cela est possible, soit en valeur³.

Comme en droit commun cependant, et peut être plus encore en droit de la concurrence, la rétroactivité connaît des atténuations⁴. Tels est le cas par exemple lorsque les restitutions sont trop coûteuses⁵. Plusieurs conséquences relatives à l'application dans le temps des effets de la nullité sont perturbées par le mécanisme de l'exemption. Si une exemption individuelle était accordée, son effet ne peut rétroagir avant la date de notification de l'accord⁶, la validité de l'accord était donc à l'avenir et non pour le passé. On trouve les mêmes problèmes en cas de retrait de l'exemption, lequel n'opère que pour l'avenir⁷.

2- Dommages-intérêts.

Par ailleurs, la violation des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, peut entraîner la responsabilité civile des auteurs de comportement anticoncurrentiel⁸.

¹ M. CHAGNY, *op. cit.*, p. 267, n° 257.

² L'art. 103 du C. civ. alg., dispose que « lorsque le contrat est nul ou annulé, les parties sont restituées dans l'état où elles se trouvaient au paravent. Si cette restitution est impossible, elles peuvent être indemnisées d'une manière équivalente ».

³ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2006, p. 80, n° 107.

⁴ E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, *op. cit.*, p. 431, n° 529.

⁵ En ce sens v. Com. 10 fév. 1987, D. 1988, somm. p. 21.

⁶ V. supra. p. 111 et s.

⁷ Aussi E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, *op. cit.*, p. 431, n° 529.

⁸ Selon l'art. 48 de l'ord. n° 03-03 relative à la concurrence la victime de pratiques anticoncurrentielles peut demander la réparation du préjudice qui lui a été ainsi causé. Cette demande accompagne souvent l'action en nullité. En effet, la responsabilité civile y revêt une originalité certaine. Sa fonction consistera

L'action en dommages-intérêts peut être exercée de manière autonome, soit devant la juridiction civile ou commerciale, soit devant la juridiction administrative. Elle peut être exercée devant la juridiction pénale, à la suite d'une constitution de partie civile sur le fondement des articles 170 et suivants du Code pénal algérien¹.

La responsabilité civile de ces pratiques anticoncurrentielles peut être une responsabilité contractuelle (1°) ou délictuelle (2°).

1° La responsabilité contractuelle des auteurs des pratiques anticoncurrentielles

Logiquement, une entreprise partie à un contrat, support d'une entente anticoncurrentielle, ne peut se prévaloir de l'illicéité d'une clause de ce contrat pour réclamer des dommages-intérêts² pour non-exécution de cette clause.

Exceptionnellement la jurisprudence française a jugé que pour être constitutive d'un dol, et ouvrir le droit à dommages-intérêts au profit de la victime, l'entente doit avoir créée une manœuvre ayant surpris le consentement de la victime en conduisant à conclure des contrats dans des conditions qu'elle n'aurait pas admises si elle n'avait pas été victime de la fraude³.

Autre exception a été admise par la jurisprudence communautaire. Elle a considéré qu'une entreprise partie à comportement anticoncurrentiel peut demander les dommages-intérêts à cause de l'inexécution du contrat vicié, si le juge national n'a pas démontré que le demandeur a une responsabilité significative dans la réalisation du contrat illicite⁴.

moins à réparer des dommages causés qu'à sanctionner une faute concurrentielle. L'objectif est de prévenir l'atteinte à la concurrence ou aux concurrents par la crainte d'être poursuivi et de punir en condamnant à des dommages-intérêts parfois supérieurs au préjudice réellement subi par la victime.

¹ V. infra. p. 158 et s.

² Les dommages et intérêts est une « *somme d'argent compensatoire du dommage subi par une personne en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation ou d'un devoir juridique par le cocontractant ou un tiers; on parle alors de dommages-intérêts compensatoires. Lorsque le dommage subi provient du retard dans l'exécution, les dommages-intérêts sont dits moratoires* » ; v. M. DEBROUX, *La sanction en droit des concurrences, nature, objectives et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat* ; le site : www.maitre-michel-debroux-la-sanction-en-droit-de-la-concurrence_fichiers

³ CA. Paris , 22 avr. 2004, D. 2004, jurisprudence p. 3020.

⁴ CJCE, 20 sept. 2001, obs. de S. POILLOT-PERUZETTO, RTD com., 2002, p. 398.

En tous les cas, l'importance du préjudice correspond souvent à la gravité de la faute la responsabilité.

2° La responsabilité délictuelle¹ des auteurs des pratiques anticoncurrentielles

Les conditions de la réparation sont classiques ; la victime doit prouver une faute, un préjudice, et un lien de causalité entre eux.

* La faute

Selon l'article 124 du Code civil algérien², le demandeur à la réparation doit démontrer la faute de l'auteur de son dommage. La violation des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence constitue une faute. En effet, la violation d'une obligation légale, à *fortiori* d'ordre public, suffit à démontrer la faute délictuelle³. La faute consistant généralement en la pratique anticoncurrentielle elle-même, la preuve de celle-ci peut poser des difficultés surtout en cas de l'absence de décision administrative du Conseil de la concurrence ayant préalablement constaté ces pratiques.

* Le préjudice

Les dommages sont très variables, il peut s'agir d'un dommage matériel, ou moral⁴ qui résulte de l'exécution d'un accord anticoncurrentiel. Le dommage qui subi à une

¹ Le domaine de la responsabilité délictuelle est les relations entre tiers, c'est-à-dire les personnes qui ne trouvent pas liées par un rapport d'obligation contractuelle, ce qui exclut les parties contractantes, les parties substituées, et le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ; D. ZENNAKI, *Droit des obligations, préc.*

² Conformément à l'art. 124 du C. civ. alg. « Toute acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Cet art. est inspiré de l'art. 1382 du C. civ. fr.

³ D. ZENNAKI, *Droit de la concurrence, préc.*

⁴ Pour s'avoir plus v. R. GABRILLEC, *op. cit.*, p. 228, n° 309 et s. ; dans une affaire Manfredi, la Cour de justice a estimé que les « personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel mais également du dommages à gagner ainsi que le paiement intérêts » : CJCE, 13 juill. 2006, aff. Jointes C-295/04 à C-298-04, cité par M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *op. cit.*, p. 594, n° 649.

victime d'une pratique anticoncurrentielle ne se confond pas avec le dommage à l'économie¹.

Pour déterminer les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle, et donc le dommage qu'elle cause, il faut comparer la situation observée en présence de cette pratique et une situation hypothétique sans cette pratique². Il suffit aussi de comparer une situation concurrentielle parfaite avec la situation la moins concurrentielle possible, celle d'un monopole.

*** Le lien de causalité entre la faute et le dommage**

Il faut tout d'abord établir l'existence de la pratique anticoncurrentielle, et démontrer que le préjudice subi est la conséquence directe de celle-ci. L'auteur de la pratique peut dégager sa responsabilité s'il prouve qu'il existe en réalité une autre cause à ce dommage.

B/ Les sanctions pénales

La responsabilité dans son unité (civile ou pénale) avait une fonction réparatrice mais également punitive, régulatrice, préventive.

On sait que l'ancienne ordonnance n° 95-06 relative à la concurrence a procédé à une large pénalisation du droit de la concurrence. Sous l'empire de l'article 15 de cette ordonnance tout fait d'entente ou d'abus de position dominante était puni d'une peine d'emprisonnement³ pouvant aller jusqu'à un an⁴. Mais avec l'adoption de l'ordonnance

¹ Cons. conc. fr., déc. n° 05-D-45, du 22 juill. 2005, marché de rénovation de l'usine d'insémination d'Issy-les-Moulineaux, le Conseil de la concurrence français a déclaré que « ... le dommage causé à l'économie, qui peut toucher tous les éléments du marché, soit par une affectation de la demande soit par des effets sur les offreurs concurrents, ne se limite pas au préjudice subi par telle ou telle entreprise au sens où peut l'entendre le juge civil » ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2005.

² M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *ibid.*

³ L'emprisonnement est une « peine privative de liberté, de nature correctionnelle, consistant dans l'incarcération du condamné, pendant un temps fixé par le juge dans les limites prévues par la loi » ; R. GUILLIEN et J. VINCENT, « Lexique juridique » Code Dalloz Etudes – Droit Commercial –, 2007 ; Cdrom ; v. aussi M. MEROUANE, *Droit pénal, préc.*

⁴ L'art. 15 de l'ord. 95-06 relative à la concurrence dispose que « Lorsque l'organisation et la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante, prévus aux articles 6, 7, 10, et 12 ci-dessus, impliquent la responsabilité personnelle de personnes physiques, le Conseil de la concurrence saisit le Procureur de la République territorialement compétent.

n° 03-03 relative à la concurrence remplaçant l'ancienne ordonnance, le législateur a supprimé toutes ces dispositions, il a consacré seulement les sanctions administratives et civiles à ces comportements anticoncurrentiels.

On trouve des dispositions générales dans le Code pénal algérien sanctionnant pénalement des infractions relatives à l'industrie, au commerce et aux enchères publiques. Donc les pratiques constitutives d'ententes illicites ou d'abus de position dominante peuvent tomber également sur les dispositions des articles 170 et suivants du Code pénal algérien qui réprime par exemple, en tant que spéculation illicite, toute coalition tendant à opérer la hausse ou la baisse artificielle de prix de manière à procurer à ses membres « *un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande* »¹.

Ces délits sont soumis au droit commun de la procédure pénale². Il en résulte que les victimes des pratiques litigieuses peuvent mettre en mouvement l'action publique par un dépôt de la plainte avec constitution de partie civile³.

En droit français, la responsabilité pénale des personnes est prévue par l'article L.420-6 du Code de commerce⁴. Cet article pose des conditions très strictes

Sans préjudice des sanctions prévues aux articles 13 et 14 de la présente ordonnance, le juge peut prononcer dans ce cas, une peine d'emprisonnement d'un mois à un an à l'encontre de personnes physique qui auraient été ainsi à l'origine ou auraient pris part aux pratiques visées ci-dessus », v. aussi les dispositions de Titre V relatif à la constatation et de la poursuite des pratiques anticoncurrentielles et des infractions.

¹ V. l'art. 173 du C. pénal alg. Il faut signaler que le législateur dans cet article a considéré comme des circonstances aggravantes, la hausse ou la baisse des prix lorsqu'elle a été opérée ou tentée sur des grains, farines, substances farineuses, denrées alimentaires, boissons, produits pharmaceutiques, combustibles ou engrais commerciaux. Les auteurs de telles pratiques sont punis d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 10.000 D.A.

² V. les dispositions de l'ord. n° 66-155, du 8 juill. 1966, portant code de procédure pénale, J.O.R.A. n° 51 du 14 juin 1966, p. 588, modifiée et complétée.

³ Crim. 4 fév. 1982, l'affaire des pétroliers, J.C.P. 1982, éd. CL. 13827, note BOY et SALLAH, D. 1983. IR. 222, cite par R. HOUIN et M. PÉDAMON, op. cit., p. 517, n° 412 : dans cette affaire les dirigeants des grandes sociétés de raffinage avaient cherché à exclure dans la région de Marseille les distributeurs libres.

⁴ Aux termes de l'art. L. 420-6 du C. com. fr. modifié et complété par l'art. 4 de l'ord. 2008-1161 : « *Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2* ».

d'application exigeant que la personne incriminée ait pris frauduleusement une part « *personnelle et déterminante* » dans la conception ou la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle. La preuve de ces éléments étant difficile à apporter. L'application de cet article est restée limitée à des cas avérés de fraudes impliquant souvent d'autres violations¹ (abus de biens sociaux etc.). L'articulation des procédures pénales avec les procédures devant l'Autorité de la concurrence est une des raisons de leur très rare engagement. L'Autorité transmet peu de dossiers aux juridictions pénales afin notamment de préserver la procédure de clémence mise en place.

Les sanctions pénales sont prononcées par le tribunal correctionnel à l'encontre des personnes physiques, parallèlement aux sanctions particulières infligées par le Conseil de la concurrence aux entreprises, sur le fondement de ces mêmes articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence.

¹ G. PARLEANI, *La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique*, Concurrences, Revue des droits de la concurrence, 2008, n° 1, p. 3.

Conclusion

L'étude des faits justificatifs des ententes et des abus de position dominante est très intéressante dans la mesure où elle suscite différentes réflexions et analyses concernant l'intérêt et l'efficacité du mécanisme de l'exemption, et ses influences sur l'existence d'une concurrence saine, loyale, et transparente, et surtout la possibilité d'être qu'un moyen de passe droit.

La réponse de ces interrogations se trouve dans la jurisprudence. L'autorité de la concurrence doit motiver ses décisions concernant soit l'octroi, soit le retrait de l'exemption aux entreprises. L'autorité de la concurrence doit prendre en considération, de manière objective, les effets positifs et négatifs de la pratique anticoncurrentielle sur le marché en cause.

À notre connaissance aucun cas d'exonération d'une entente ou d'un abus de position dominante n'a été constaté jusqu'à présent au niveau national. Cet état de fait s'explique par la nouveauté du système relatif à l'économie de marché¹, contrairement aux droits français et communautaire. La position jurisprudentielle de ces ordres juridiques est plus claire. Toutefois, les décisions des autorités de la concurrence française et des institutions communautaires (la Commission européenne, et la Cour de justice), ont pour seule mission de réguler le marché. Elles n'interviennent que lorsque le jeu normal de la concurrence est perturbé ou qu'il est susceptible de l'être à cause de l'exécution ou la probabilité d'exécution d'un accord anticoncurrentiel sur le marché.

Cette analyse se fait par référence au marché ; un accord, bien qu'anticoncurrentiel, peut être jugé bénin parce que n'apportant qu'une entrave insignifiante au jeu normal de la

¹ Par exemple l'Algérie a instauré le bulletin officiel de la concurrence jusqu'en 2011, par le décret exécutif n° 11-242, du 10 juill. 2011, portant la création du bulletin officiel de la concurrence et définissant son contenu ainsi que les modalités de son élaboration, J.O.R.A. n° 39, p. 17. Cette bulletin est élaboré, édité et diffusé par le conseil de la concurrence soit à partir de ses propres moyens, soit en ayant recours aux prestations d'un organisme tiers. Sont publiés dans le bulletin notamment : les décisions et avis rendus par le conseil de la concurrence, les directives, règlements, circulaires et autres mesures émanant du conseil de la concurrence, les arrêts ou extraits des arrêts rendus par la Cour d'Alger, la Cour suprême et le Conseil d'Etat en matière de concurrence, les principaux textes législatifs et réglementaires ayant trait à la régulation et à la concurrence, et d'une manière générale toutes autres informations et données utiles ; arts. 3 et 4 du décret exécutif n° 11-242.

concurrence, ou parce qu'il est de nature à produire des avantages compensant ses inconvénients.

L'exigence d'un système de notification des accords et pratiques anticoncurrentielles réserve certaines efficacités et protection à la concurrence, au marché, aux concurrents et même à la protection des consommateurs. L'obligation d'obtention de l'attestation négative constitue une mesure préventive et pédagogique, elle permet de demander au Conseil de la concurrence de vérifier et d'apprécier si le comportement en cause peut être considéré comme compatible ou non avec l'objectif du droit de la concurrence. Toutefois, l'attestation négative peut être remise en cause par une saisine du Conseil de la concurrence lorsque des preuves de perturbation du marché concerné sont avérées. En conséquence, l'attestation négative ne revêt pas un caractère définitif et n'exonère pas ses bénéficiaires de poursuites auprès du Conseil de la concurrence, ce qui réserve une sécurité juridique aux entreprises concurrentes, et même aux consommateurs.

Cette procédure permet, en outre, de réduire le volume des contentieux du Conseil de la concurrence, sachant qu'à travers l'examen préalable et préventif des demandes d'obtention de l'attestation négative introduites par les entreprises, il évitera à ces opérateurs économiques de contrevenir aux dispositions de la loi et de s'exposer, par voie de conséquence, aux plaintes des entreprises concurrentes lésées ou à une auto-saisine du Conseil de la concurrence en la matière.

Il faut rappeler que les droits français et communautaires de la concurrence ont occulté cette condition, aucune condition de forme n'a été exigée. Il appartiendra, en conséquence, aux opérateurs économiques concernés de justifier et de prouver que leurs actions et pratiques ne portent pas préjudice aux dispositions législatives en vigueur, en cas de litige. Une question se pose concernant s'il vaut mieux que certaines pratiques anticoncurrentielles échappent au contrôle des organes compétents, et par conséquent aux sanctions.

Malgré les dispositifs législatifs et réglementaires régissant la justification des pratiques anticoncurrentielles, ils restent dans certains cas insuffisants¹, surtout en l'absence de l'activité du Conseil de la concurrence algérien.

Les textes de droit communautaire apportent beaucoup plus de précisions que le droit français quant aux conditions dans lesquelles une pratique peut être exemptée, que ce soit dans les nombreux règlements d'exemption ou dans les communications publiées par la Commission².

Il est ainsi nécessaire de noter que les autorités de la concurrence sont parfois confrontées à une argumentation consistant à justifier des pratiques anticoncurrentielles, et en particulier des ententes entre concurrents, par l'existence d'une crise sectorielle. En principe, ce type de justification est généralement rejeté par les autorités de la concurrence³. La situation de crise économique peut également être prise en compte pour la détermination du montant des amendes, en présence d'une situation structurelle ou conjoncturelle exceptionnelle⁴.

Finalement, cette modeste étude tentée de mettre en lumière l'importance et l'efficacité du système d'exemption des pratiques anticoncurrentielles. Il reste aux autorités de la concurrence d'appliquer ces règles sur le marché algérien, et surtout aux

¹ Par exemple aucune disposition n'a été trouvée en droit algérien concernant la possibilité de renouveler l'exemption après l'expiration de la durée fixée par le Conseil de la concurrence, de même on a vu que le législateur algérien n'a pas traité les causes qui permettent de retirer l'exemption... etc.

² Il faut signaler qu'en raison du principe de primauté du droit communautaire sur les droits nationaux, le droit communautaire de la concurrence est inéluctable pour toute analyse d'un comportement susceptible d'entrer dans le champ d'application du droit français de la concurrence (l'article 3 du règlement communautaire n°1/2003 du 16 décembre 2002). À l'inverse, une pratique ne peut pas échapper à l'interdiction prescrite par le droit communautaire de la concurrence au motif qu'elle serait exemptée sur le fondement du droit national ; Déc. n°06-D-21 du 21 juill. 2006 ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2006, p. 171. Le droit communautaire de la concurrence a une extension plus large car même lorsqu'il ne s'applique pas, parce que le comportement en cause n'est pas susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres de l'Union Européenne, le droit communautaire est fréquemment utilisé comme « guide d'analyse » pour apprécier si les conditions d'une exemption au titre du droit français sont remplies ; déc. n° 06-D-24, du 24 juillet 2006, relative à la distribution de montres commercialisées par Festina France, et la déc. n° 06-D-28, du 5 octobre 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2006, p. 170.

³ Par exemple, dans une décision, le conseil de la concurrence français a rappelé, notamment sur la base d'une jurisprudence communautaire, que la seule survie des entreprises en cause ne peut justifier une entente anticoncurrentielle: « *aucun argument de fait, fût-il une situation de crise, ne saurait être retenu pour justifier une entente* », v. Cons. conc. déc. n°05-D-03 du 10 février 2005, Rapp. Cons. conc. fr. pour 2005, pp. 288, 289.

⁴ C. VITRICH, *op. cit.*, p. 27 et s.

contrats de distribution (notamment le contrat de concession commerciale exclusive, la franchise, et la distribution sélective) qui se caractérisent par l'absence d'une réglementation spécifique¹.

¹ Même le législateur français n'a pas réglementé ces contrats de distribution, mais ce vide juridique a été rempli par les articles de la doctrine et la jurisprudence.

Bibliographie

- **I / Principaux textes législatifs et réglementaires** (par ordre chronologique)

A- En droit algérien

- Ordonnance n° 66-159 du 8 juin 1966, portant code pénal, J.O.R.A. n° 49 du 11 juin 1966, modifiée et complétée.
- Ordonnance n° 66-155, du 8 juillet 1966, portant code de procédure pénale, J.O.R.A. n° 51 du 14 juin 1966, p. 588, modifiée et complétée.
- Ordonnance n° 66-284, du 15 sept. 1966, portant le Code des investissements, J.O.R.A. n° 80, du 17 sept. 1966.
- Ordonnance n°75-58, du 26 septembre 1975, portant Code civil, J. O. R. A. du 30 septembre 1975, n°78, p.990, modifiée et complétée.
- Ordonnance n°75-59, du 26 septembre 1975, portant Code de commerce, J. O. R. A. du 19 décembre 1975, n°101, p.1073, modifiée et complétée.
- Décret exécutif n° 88-201, du 18 octobre 1988, portant abrogation de toutes dispositions réglementaires conférant aux entreprises socialistes, à caractère économique, l'exclusivité d'une activité ou le monopole de la commercialisation, J.O.R.A. n° 42, du 19 oct. 1988.
- Loi n° 89-12, du 5 juillet 1989, relative aux prix, J.O.R.A., n° 29, du 19 juill. 1989 (abrogée).
- Loi n° 90-10, du 14 avril 1990, relative à la monnaie et au crédit, J. O. R. A. du 18 avril 1990, p.450.

- Loi n°90-16, du 7 août 1990, portant loi de finances complémentaire pour 1990, J. O. R. A. du 11 août 1991, p.950.

- Règlement de la banque d'Algérie n°90-04, du 08 septembre 1990, relatif à l'agrément et l'installation des grossistes et des concessionnaires, J. O. R. A. du 24 octobre 1990, n° 45, p.1237.

- Règlement n°91-03, du 20 février 1991, relatif aux conditions d'exercice des opérations d'importation de bien en Algérie et de leur financement, J. O. R. A du 25 mars 1992, n°23, p.563.

- Ordonnance n°95-06, relative à la concurrence, du 25 janvier 1995, J. O. R. A. du 22 février 1995, n°09, p.13.

- Décret présidentiel n° 96-44, du 17 janvier 1996, fixant le règlement intérieur du conseil de la concurrence, J.O.R.A. n° 5, du 17 avril 1996, p. 4.

- Loi 2000-03, du 5 août 2000, fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, J.O.R.A. n° 48, du 6 août 2000, p. 3.

- Décret exécutif n° 2000-314, du 14 octobre 2000, définissant les critères conférant à un agent économique la position dominante ainsi que ceux qualifiant les actes constituant des abus de position dominante, J.O.R.A. du 18 octobre 2000, n° 61, p. 12.

- Loi n° 02-01, du 6 février 2002, relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, J.O.R.A. n° 8, du 6 février 2002, p. 4.

- Ordonnance n°03-03, du 19 juillet 2003, relative à la concurrence, J. O. R. A. du 20 juillet 2003, n°43, p.21.

- Loi n° 03-12, du 23 octobre 2003, portant approbation de l'ordonnance n° 03-03, J. O. R. A. du 26 octobre 2003, n°64, p.3.

- Loi n°04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, J. O. R. A. du 27 juin 2004, n°41, p.3.

- Décret exécutif n° 05-175, du 12 mai 2005, fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, J.O.R.A. du 18 mai 2005, n° 35, p.3.
- Décret exécutif n° 05-219, du 22 juin 2005, relatif aux autorisations des opérations de concentration, J.O.R.A. n° 43, du 22 juin 2005, p. 3
- Loi n° 06-01, du 20 février 2006, relative à la prévention et la lutte contre la corruption, J.O.R.A. n° 14 du 8 mars 2006, p. 4.
- Loi n°08-09, du 25 février 2008, portant code de procédure civile et administrative. J.O. R. A. du 23 Avril 2008, n°21.p.3.
- Loi n° 08-12, du 25 juin 2008, modifiant et complétant l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence, J. O. R. A. du 02 juillet 2003, n°36, p.10.
- Loi n°09-03 du 25 février 2009, relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, J. O. R. A. du 08 mars 2009, n°15, p.10.
- Loi n°10-05 du 15 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, J. O. R. A. du 18 août 2010, n°46, p.9.
- Loi n°10-06 du 15 août 2010 modifiant et complétant la loi n°04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, J. O. R. A. du 18 août 2010, n°46, p.10.
- Décret présidentiel n° 10-236, du 7 octobre 2010, portant réglementations des marchés publics, J.O.R.A. n° 58, p. 3.
- Décret présidentiel n° 11-98, du 1 mars 2011, modifiant et complétant le décret présidentiel n° 10-236, portant réglementations des marchés publics, J.O.R.A. n° 14, du 6 mars 2011, p. 12.
- Décret exécutif n° 11-241, du 10 juillet 2011, fixant l'organisation et le fonctionnement du conseil de la concurrence, J.O.R.A. n° 39, du 13 juillet 2011, p. 16.

- Décret exécutif n° 11-242, du 10 juillet 2011, portant la création du bulletin officiel de la concurrence et définissant son contenu ainsi que les modalités de son élaboration, J.O.R.A. n° 39, p. 17.

B- En droit français

- Code civil français.
- Code de commerce français.
- Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de concurrence.
- Décret n° 96-499, du 7 juin 1996, relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité, J.O.R.F. n° 8644, du 11 juin 1996.
- Décret n° 96-500, du 7 juin 1996, relatif aux accords entre producteurs agricoles, ou entre producteurs agricoles et entreprises, concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise, J.O.R.F. n° 8644, du 11 juin 1996.
- Loi n° 99-574, du 9 juillet 1999, J.O.R.F. du 10 juillet 1999, p. 10245.
- La loi n°2001-420, du *15 mai 2001* dite « loi NRE » modifiant le code de commerce français, J.O.R.F. du 16 mai 2001.
- Ordonnance n°2008-1161, du 13 novembre 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, J.O.R.F. n° 265, du 14 novembre 2008, p. 17391.
- Loi n°2010-838 du 23 juillet 2010, modifiant et complétant le Code commerce français.

C- En droit communautaire

- Règlement du Conseil C.E.E. n° 17/62, du 6 février 1962, J.O.C.E. n° 13, du 21 février 1962, concernant l'application des articles 85 et 86 du traité de Rome.

- Règlement du Conseil C.E.E. 19/65 du 2 mars 1965, J.O.C.E. n° 36, du 6 mars 1965, modifié par le règlement 1215/99, du 10 juin 1999, J.O.C.E. n° L 148, et par le règlement 1/2003.
- Règlement du Conseil C.E.E. n° 2822/71 du 20 décembre 1971, JOCE 29 décembre 1971, n° L 285, modifiant et complétant le règlement du Cons. de C.E.E. n° 17/62.
- Règlement du Conseil C.E.E.1534/91, du 31 mai 1991, J.O.C.E. n° L 143, modifié par le règlement 1/2003, qui autorisait à la Commission l'octroi des règlements d'exemption pour les entre compagnies d'assurances.
- Règlement du Cons. n° 1216/1999/CE du 10 juin 1999, JOCE 15 juin 1999, n° L 148, modifiant et complétant le règlement du Conseil C.E.E. n° 17/62.
- La communication de la communauté européenne sur les accords d'importance mineure, JOCE n° C. 368, du 22 décembre 2001.
- Règlement du Cons. de C.E. n° 1/2003, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, J.O.C.E. n° L 1, du 4 janvier 2003.
- Règlement d'exemption n° 1983/83/CE, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité de Rome à des catégories d'accords de distribution exclusive, J. O. C. E n° L.281, du 13 octobre 1983, p.24.
- Règlement d'exemption n°4087/88/CE, du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité de Rome à des catégories d'accords de franchise, J. O. C. E n° L 359, du 28 décembre 1988, p. 46.
- Règlement d'exemption CE n°1475/95 du 28 juin 1995, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité de Rome à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, J. O. C. E n° L 145 du 29 juin 1995, p. 25.
- Règlement d'exemption CE n°2790/1999, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, J. O. C. E L336 du 29 décembre 1999, p.21.

- Règlement d'exemption C.E. n°1400/2002, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, J. O. C. E n° L 203 du 1 août 2002, p. 30.
- Le règlement n° 772/2004 de la Commission, du 27 avril 2004, relatif à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, J. O. C. E n° L 123, du 27 avril 2004.
- Le Parlement européen, 19 février 2008, *Déclaration sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation*, J.O.U.E. du 6 août 2008.
- Règlement d'exemption CE n°330/2010, du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité de Rome sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, J. O. C. E n° L102, du 23 avril 2010, p.3.
- Lignes directrices sur les restrictions verticales, du 19 mai 2010, J.O.U.E. n° C. 130.
- Règlement n° 1217/2010 de la Commission, du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, J.O.U.E. n° L 335, du 18 décembre 2010.
- Règlement n° 1218/2010 de la Commission, du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation J.O.U.E. n° L 335, du 18 décembre 2010.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O.U.E n° C 115/88 du 9 mai 2008.

- **II / Ouvrages généraux et manuels** (par ordre alphabétique)

A- En langue française

BEHAR-TOUCHAIS (M) et VIRASSAMY (G), *Traité des contrats, Les contrats de distribution*, L.G.D.J, 1999.

BLAISE (J), *Droit des affaires – commerçants, concurrence, distribution -*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2000.

BLAISE (J), *Droit des affaires – commerçants, concurrence, distribution -*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2009.

BOUT (R), BRUSCHI (M), LUBY (M) et POILLOT-PERUZZETTO (S), *Lamy droit économique –concurrence, distribution, consommation-*, éd. 2001,Cdrom.

BOUT (R), BRUSCHI (M), LUBY (M) et POILLOT-PERUZZETTO (S), *Lamy droit économique –concurrence, distribution, consommation*, éd. 2009.

BRAUD (A), *Droit commercial, Mémento LMD.*, GUALINO éd., 3^{ème} éd, 2011-2012.

CABRILLAC (R), *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2006.

CONDOMINES (A), *Le nouveau droit français de la concurrence, manuel pratique*, Jurismanager, 2^{ème} éd., 2009, sur le site : <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance-economique>.

DECOCQ (A) et DECOCQ (G), *Doit de la concurrence interne et communautaire*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 2004.

DECOCQ (G), *Droit commercial*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2007.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F) et BLARY-CLÉMONT (É), *Droit commercial*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2004.

FERRIER (D), *Manuel, Droit de la distribution*, LITEC, 4^{ème} éd., 2006.

FRISON ROCHE (M) et BONFILS (S), *Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents*, PUF, 2005.

FRISON-ROCHE (M) et PAYET (M), *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{er} éd., 2006.

Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne -Antitrust et contrôle des opérations de concentration; le site : ec.europa.eu/translatingspanish...glossary_competition_archived_fr.pdf.

GOLDMAN (B), *Droit commercial européen*, Dalloz, 1970.

GOLDMAN (B), LYON-CAEN (A) et VOGEL (L), *Droit commercial européen*, Dalloz, 5^{ème} éd., 1995.

GRYNFOGEL (C), *droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2008.

GUERY (G), *Droit des affaires*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 1999.

GUILLIEN (R) et VINCENT (J), « *Lexique juridique* » Code Dalloz Etudes – *Droit Commercial* –, 2007 ; Cdrom.

GUYON (Y), *Droit des affaires- Droit commercial général et sociétés-*, ECONOMICA, t.1, 12^{ème} éd., 2003.

HESS-FALLON (B) et SIMON (A-M), *Droit des affaires*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2001.

HOUIN (R) et PEDAMON (M), *Droit commercial*, 9^{ème} éd., Précis Dalloz, 1990.

LEFEBVRE (F), *Concurrence – Consommation*, Mémento pratique, 2005-2006.

LEFEBVRE (F), *Concurrence – Consommation*, Mémento pratique, 2011-2012.

LEGEAIS (D), *Droit commercial et des affaires*, Armand Colin, 16^{ème} éd., 2005.

MALAUURIE-VIGNAL (M), *Droit interne de la concurrence*, Armand Colin, 1996.

MALAUURIE-VIGNAL (M), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, 3^{ème} éd., 2005.

MASSART (Th), *Droit commercial, introduction, actes de commerce, commerçant, fonds de commerce*, GUALINO éditeur, 2007.

NICOLAS- VULIERNE (L), *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2008.

PÉDAMON (M), *Le droit commercial*, Dalloz, 8^{ème} éd., 1985.

PÉDAMON (M), *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats de commerce*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2000.

REINHARD (Y) et THOMASSET-PIERRE (S), *Droit commercial- actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, LITEC., 2008.

SERRA (Y), *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993.

TOSI (J-P), *Introduction au droit de l'entreprise*, Litec, 1990.

B- En langue arabe

BOUDALI (M), *La protection des consommateurs en droit comparé, -étude comparative avec le droit français, étude approfondie en droit algérien*, Dare el kitabe el hadite, 2006.

KATTOU (M-CH), *Droit de la concurrence et pratiques commerciales, selon l'ordonnance n° 03-03 et la loi n° 04-02*, éd. Baghdadi, 2010.

- III/ Ouvrages spéciaux (par ordre alphabétique)

A- En langue française

ARCELIN (L), *droit de la concurrence – les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, 2009.

BASCHET (D), *La franchise –Guide pratique, conseils juridiques-*, GUALINO éditeur, 2005.

BOUTARD LABARDE (M-C), CANIVET (G), CLAUDEL (E), MICHEL-AMSELLEM (V) et VIALENS (J), *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J., 2008, p. 65.

BRAUN (A), GLEISS (A) et HIRSCH (M), *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Dalloz, 1967.

JENNY (F) et WEBER (A-P), *L'entreprise et les politiques de concurrence, ententes, cartels, monopoles dans les économies occidentales*, Edition d'Organisation, 1976.

LE TOURNEAU (Ph), *Les contrats de franchisage – Franchise de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier. Franchisage de service. Franchisage international. Réseaux de franchisage-*, LITEC., 2003.

LE TOURNEAU (Ph), *La concession commerciale exclusive*, ECONOMICA, 1994.

LONGFILS (F), *L'offre de produits ou de services, les pratiques du commerce*, éd. Lacier, 2008.

B- En langue arabe

ABOU SALAH (S), *L'exploitation abusive de position dominante dans les relations commerciales*, Dar el nahda el arabia, 2005.

MEDMOHAM CHALABI (A), *L'organisation juridique de la concurrence et la prohibition de monopole, étude comparative*, el-maktab el-hadite, 2008.

- IV / Thèses, monographies

A- En langue française

ALLOUI (F), *L'impact de l'ouverture du marché sur le droit de la concurrence*, Faculté de Droit, Université de Tizi-Ouzou, (mémoire de magistère), 2010-2011.

BIADE (A), *Gestion du passage d'un quasi monopole à une situation de forte concurrence : Cas de la Société Centrale Des Boissons Gazeuse (SCBG)*, Institut Supérieur de Commerce et d'Administration des entreprises, (mémoire de mastère en Contrôle de Gestion), 2003.

BIGARE (A), *L'aspect transversal de la notion d'abus de position dominante en droit communautaire de la concurrence*, Université Jean Moulin, Lyon III, (mémoire DEA de droit communautaire), 1998-1999.

BOUKHELF (Y), *Les accords cadres de distribution*, Faculté de Droit, Université d'Oran, (mémoire de magistère), 2011-2012.

BRUNETTI (N), *Droit de la concurrence et droit des contrats*, Université de Montpellier I, (mémoire D.E.A.), 1994-1995.

CALLIEU (B), *Les contrats de distribution de bière*, Université Lille 2, (mémoire DEA droit des contrats des affaires), 1997-1998.

CHAGNY (M), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Université de Panthéon-Sorbonne (Paris I), (thèse de doctorat), 2004.

CLAUDEL (E), *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Faculté de Droit, Université de Paris X-Nanterre, (thèse de doctorat), 1994.

HARRAT (M), *Le contrat de concession*, Faculté de Droit, Université d'Oran, (mémoire de magistère), 2010-2011.

MEFLAH (A), *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution*, Faculté de Droit, Université d'Oran, (mémoire de magistère), 2009-2010.

RAMBININTSOA (J), *Délégation de service public et Conseil de la concurrence*, Faculté de Droit, Université Paris-I Panthéon-Sorbonne, (master 2), 2007, sur le site : aedpa.univ-paris1.fr/IMGpdfdsp.pdf.

SBAÏ (Z), *Les frontières entre l'entente et L'abus de position dominante*, Université de Rouen, (Master 2), 2006, le site : [www.memoireonline.com...m_frontieres-entente-abus-de-position- ...](http://www.memoireonline.com...m_frontieres-entente-abus-de-position-...)

THAUVIN (E), *Les prix prédateurs*, Université Panthéon-Assas, (mémoire master 2 de droit européen des affaires), 2009-2010.

VITRICH (C), *La prise en compte des difficultés de l'entreprise dans la détermination des sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles*, Université Paris II Panthéon-Assas, (mémoire de magistère), 20011-2012.

B- En langue arabe

AREZKI (Z), *La protection du consommateur dans le cadre de la libre concurrence*, Faculté de Droit, Université de Tizi-Ouzou, (mémoire de magistère), 2010-2011.

DJILALI (Y), *Le régime juridique du contrat de franchise*, Faculté de Droit, Université d'Oran, (thèse de doctorat), 2011-2012.

MOUSSAOUI (Dh), *Le rôle des juridictions de droit commun dans l'application du droit de la concurrence*, Faculté de Droit, Université de Tizi-Ouzou, (mémoire de magistère), 2010-2011.

- **V / Conférences, colloques** (par ordre alphabétique)

A- En langue française

JASSOGNE (Ch), *Le contrat de franchise - Séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruylant Bruxelles, 2001.

MENOUEUR (M), *Une économie de marché sans concurrence*, séminaire national sur la protection en matière de consommation, Université d'Oran, Faculté de droit, organisé le 14 et 15 mai 2000.

O.C.D.E., *Questionnaire sur les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence contribution de l'Algérie*, *Forum Mondial sur la Concurrence*, session III, 11 déc. 2008.

ZENNAKI (D), *Droit de la concurrence*, cours de magistère, Faculté de droit, Université d'Oran, 2010/2011.

ZENNAKI (D), *Droit de la distribution*, cours de magistère, Faculté de droit, Université d'Oran, 2010/2011.

ZENNAKI (D), *Technique contractuelle*, cours de magistère, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2010-2011.

A- En langue arabe

MENOUEUR (M), *Droit de la concurrence*, cours de magistère, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2010-2011.

MENOUEUR (M), *Droit de la concurrence*, cours de licence, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2008-2009.

MEROUANE (M), *Droit pénal*, cours de licence, Faculté de Droit, Université d'Oran, 2007-2008.

ZENNAKI (D), *Droit des obligations*, cours de licence, Faculté de droit, Université d'Oran, 2006-2007.

- VI / Articles de doctrine (par ordre alphabétique)

BARTHE (D), *Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles*, Fasc. 320, JurisClasseur Concurrence-Consommation, 2009, vol. 2.

BAZEX (M), **DECOCQ (G)**, **MALAURIE-VIGNAL (M)**, et **BASCO (D)**, *Concurrence, Ententes et distribution*, Revue mensuelle LexisNexis Juris-Classeur-Contrats- Concurrence- Consommation-, 2010, n°1, p. 26.

BELMONT (S), *Abus de position dominante collective*, Fasc. 562, JurisClasseur Commercial- concurrence- consommation, 2003, vol. 3.

BENZONI (L.), *Quelle sanction pour les comportements anticoncurrentiels*, *Problèmes économiques*, n°2.714, 23 mai 2001.

BLAISE (J-B), *Abus de position dominante*, Encyclopédie Dalloz, répertoire du droit commercial, t. I, 2005, p. 5, n° 34.

BLAISE (J-B), *Entente*, Encyclopédie Dalloz, répertoire du droit communautaire, t. II, 2003.

BOLZE (CH), *Entreprise, groupe de sociétés, entité unique, droit des ententes, inapplicabilité, responsabilité*, RTD com., 1996, p.152; Cdrom.

BOLZE (CH), *Règles de concurrence. Abus de position dominante, Comportement d'éviction (prix prédateurs), Appréciation*, RTD com., 1992, p. 310; Cdrom.

BOLZE (CH), *Règles de concurrence, Contrôle des concentrations entre entreprises, Création d'une position dominante, Engagements préalables de déconcentration, Compatibilité (oui)*, RTD Com., 1994, p. 168, Cdrom.

CHAPUT (F), *L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles*, Revue mensuelle LexisNexis Juris-Classeur- Contrats- Concurrence- Consommation-, 2010, n°1, p. 11.

CLAUDEL (E), *Abus de position dominante collective : le difficile apprentissage d'une notion qui se cherche*, RTD com., 2002, p. 293, Cdrom.

CLAUDEL (E), *L'abus de position dominante peut être justifié*, RTD com., 2006, p. 582, Cdrom.

CLAUDEL (E), *Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, RTD com., 2001, p.663; Cdrom.

DECOOPMAN (N), *Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes*, JCP 1987, I, p. 3303.

DIAWARA (K), *L'apport du règlement 1/2003 : décentralisation et homogénéisation du droit européen de la concurrence*, Review of European and Russian Affairs (R.E.R.A.), vol. 1 n° 1, 2005.

DIENY (E), *Ententes, Exemption catégorielle, article 81 §3 du Traité C.E.*, Fasc. 555, JurisClasseur Commercial, Vol. 3, 2009.

DIENY (E), *Ententes, Exemption individuelle, Article 81 §3 du Traité C.E.*, Fasc. 550, JurisClasseur Commercial – concurrence- consommation, 2009, vol. 3.

FERRIER (D), *Le refus d'agrément d'un distributeur ne peut se fonder que sur des critères qualitatifs précis et objectifs*, D. 1997, somm. comm. p. 60.

FERRIER (D), *Concurrence-Distribution*, D., Vol. 4, n°43, 2009.

GRANIER (T), *Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence*, RTD com., 1991, p.358 ; Cdrom.

GRYNFOGEL (C), *Droit Français des ententes- article L. 420-1 du C. com. f.*, Fasc. 262, JurisClasseur Commercial, – concurrence- consommation, Vol. 2, 2009.

GRYNFOGEL (C), *Ententes en droit communautaire de la concurrence, article 81 du Traité C.E.*, Fasc. 264, JurisClasseur Commercial, Vol. 2, 2009

GUERIN (H), *Infractions économiques-pratiques anticoncurrentielles-ententes prohibées-exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique*, Fasc. 20, JurisClasseur Pénal, 1994, vol. 3.

GUERIN (H), *Infractions économiques-pratiques anticoncurrentielles en droit communautaire*, Fasc. 50, JurisClasseur Pénal, 1995, vol. 3.

GUERIN (M), *Concurrence-pratiques anticoncurrentielles-éléments constitutifs-*, Fasc. 20, JurisClasseur Pénal, 2008, vol. 5.

IGLOULI OULD RABAH (S), *La place des petites et moyennes entreprises en droit algérien*, Rev. Idara, n° 36, vol. 18, n°2-2008.

JEANTET (F-C), *Réflexions sur les injonctions et les exemptions du droit de la concurrence*, JCP 1988, I, n° 1, p. 3348.

KETTOU (M-CH), *Protection du consommateur contre les atteintes à la libre concurrence*, Rev. Idara, n° 23, 2002.

KOVAR (R), *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*, RTD eur., 1987, p. 237.

LAURENCE (I), *La notion d'entreprise*, RTD com., 2001, p.191; Cdrom.

LAURENT (Ph), *Abus de position dominante, notion de position dominante*, Fasc. 560, JurisClasseur Commercial – concurrence- consommation, 2006, vol. 3.

LAURENT (Ph), *Abus de position dominante, Exploitation abusive*, Fasc. 561, JurisClasseur Commercial – concurrence- consommation, 2001, vol. 3.

LEBERTON-DERRIEN (S), *Distribution, généralités*, Fasc. 600, JurisClasseur Concurrence-Consommation, 2004, vol. 3.

MENOUER (M), *La liberté du commerce et de l'industrie en France et en Algérie*, Revue droit économique et environnement, n°1, juin 2008.

MÖSCHEL (W), *La distribution sélective d'automobiles en droit européen de la concurrence*, RTD com., 1991, p. 1, Cdrom.

MUNERET (J-J), *Le Conseil de la concurrence*, Fasc. 60, JurisClasseur Commercial-concurrence- consommation, 2007, vol. 1.

NACEUR (F), *Les prix dans les contrats de distribution*, in *Les contrats de distribution, droit français, droit algérien, droit communautaire*, sous la direction de D. ZENNAKI et de B. SAINTOURENS, PUB, 2011.

NICOLAS- VULIERNE (L), *Pratiques discriminatoires*, Fasc. 295, JurisClasseur Commercial- concurrence- consommation, 1997, vol. 3.

NUSSENBAUM (M), *Prix prédateurs*, La semaine juridique, JurisClasseur, n°42/2010, p. 1970.

ORSONI (G), *Règlementation économique- concurrence*, RTD com., 1995, p. 598, Cdrom.

PARLEANI (G.), *La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique*, Concurrences, Revue des droits de la concurrence, 2008, n° 1, p. 3.

PASTUREL (M) et DE LEYSSAC (C-L), *Délimitation du marché pertinent et entent* : le site <http://www.creda.ccip.fr/colloquespdf2000-clientele-concurrence04-marche-pertinent-entente-intro.pdf>.

POILLOT-PERUZZETTO (S), *Champ d'application du droit communautaire de la concurrence*, RTD com., 2002, p.358; Cdrom.

POILLOT-PERUZZETTO (S), *L'effet cumulatif des contrats d'approvisionnement exclusif*, RTD com., 1999, p. 808, Cdrom.

POILLOT-PERUZZETTO (S), *La réforme de la mise en œuvre des articles 81 et 82*, RTD Com., 2003, p. 397, Cdrom.

POILLOT-PERUZZETTO (S), *Relèvement des seuils de sensibilité des accords mineurs*, RTD com., 2002, p. 390, Cdrom.

POILLOT-PERUZZETTO (S), *Restrictions de concurrence non exemptables*, RTD com., 2002, p. 390, Cdrom.

POILLOT-PERUZZETTO (S), *Volonté des parties dans la qualification d'entente*, RTD com., 2001, p.539, Cdrom.

SELINSKY (V), *Entente illicite*, Fasc. 310, JurisClasseur Commercial – concurrence-consommation, 1992, vol. 2.

SERRA (Y), *Les juges du fond doivent rechercher si la clause de non-concurrence, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'est pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat*, D., 1995, p. 205.

TRAN THIERT (J-P.), *Concurrence : infraction et l'amende*, Le bulletin de L'ILEC, Revue mensuelle, 2011, n° 418, p. 3.

VIENNOIS (J-P), *Contrats de distribution, règles communes aux différents contrats de distribution*, Fasc. 303, JurisClasseur Commercial, Vol. 3, 2005.

VIENNOIS (J-P), *Contrat de distribution automobile*, Fasc. 620, JurisClasseur Commercial, Vol. 3, 2007

ZENNAKI (D), *La discrimination entre les agents économiques, in Les contrats de distribution, droit français, droit algérien, droit communautaire*, sous la direction de D. ZENNAKI et de B. SAINTOURENS, PUB, 2011.

ZOUAÏMIA (R), *Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien*, Rev. Idara, vol. 15, n° 29, 2005.

ZOUAÏMIA (R), *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique*, Rev. Idara, vol. 13, n° 2, 2003.

VAN DER WOUDE (M) et DUQUESNE (Th), *Abus de position dominante*, Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit communautaire, t. I, 2000.

- **VII / Jurisprudence** (par ordre chronologique)

C.J.C.E., 13 juill. 1966, Rec. C.J.C.E. 1966, p. 565.

Cass. com. fr. du 27 oct. 1969, Bull. civ. IV. P. 298 ; note de B. CALLIEU.

C.J.C.E., 25 nov. 1971, aff. 22/71, Rec. C.J.C.E. 1971, p. 949.

C.A. Paris 20 déc. 1971, Gaz. Pal. 1972, p.702 et Cass. Comm. 8 mai 1973, Gaz. Pal. 1973, p.659.

C.J.C.E., 14 juill. 1972, JOCE n°195, 7/8/1969.

C.J.C.E., 12 fév. 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, Rec. P. 215.

Déc. Comm. euro. du 20 déc. 1974, J.O.U.E, L. 41, 14 janvier 1975.

C.J.C.E., 14 fev. 1978, *United Brands*, Rec. CJCE, p. 207.

Cf. Comm. Euro., déc. du 20 juill. 1978, J.O.U.E, 30 juillet 1978.

Comm. tech. ententes, 16 avr. 1975, note de R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO.

C.J.C.E, aff. n°85/76, 13 février 1979, Rec. C.J.C.E., p. 461.

C.J.C.E du 29 octobre 1980, aff. jointes n°209 à 215 et 218/78.

C.E. fr., 13 mars 1981, D. 1981. 418, note Ch. GAVALDA.

Cass. crim. fr., 27 avr. 1981, Bull. crim. n° 126, p 253.

Cass. Crim. fr., du 9 nov. 1981, D. 1990 IR 224.

C.J.C.E., 11 déc. 1981, Rec. CJCE, n° 19.

Déc. n° 81/1030/C.E.E. de la Commission, 29 oct. 1981, GVL, JOCE 28 déc. 1981, n° L 370.

Crim. 4 fév. 1982, l'affaire des pétroliers, J.C.P. 1982, éd. CL. 13827, note BOY et SALLAH

CJCE, 7 juin 1983, aff. 100 à 103/80, Rec. CJCE, p. 1825, RTD eur. 1984.

C.J.C.E., 8 nov. 1983, aff. 96/102, 104, 105, 108 et 110/82, Rec. CJCE, p. 3369.

C.J.C.E., 11 juill. 1985, aff. 26/76, Metro Saba, Rec. 1875.

C.J.C.E., 3 oct. 1985, CBEM c/CLT et IPB, aff. 311/84, Rec. 3261.

C.J.C.E. 10 déc. 1985, aff. 240 à 242, 261, 262, 268, 269 /82, Rec. 38311, att. 68-69.

Cons. const. fr., Déc. n° 86-224-DC, du 23 janv. 1987, J.O.R.F. du 26 janv. 1987.

C.J.C.E., 28 janv. 1986, aff. 161/84, note de S. POILLOT-PERUZZETTO, RTD com., 2000, p. 257, Cdrom.

C.J.C.E., 22 oct. 1986, aff. 75/84, Métro II, Rec. C.J.C.E. 1986, p. 3074.

Com. 10 fév. 1987, D. 1988, somm. p . 21, note D. FERRIER.

Cons. conc. fr., déc. n° 88-D-23, 10 mai 1988 ; note de R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO.

Cass. com. fr., du 9 mai 1990, Bull. IV n° 136

T.P.I.C.E., 10 juill. 1990, (aff. T. 51/89), Rec. C.J.C.E. II, p. 309.

C.A Paris, 20 sept.1990, BOCC 26 sept. 1990, p. 362.

C.J.C.E., 28 fev. 1991, aff. C-234/89, Rec. I 235.

C.J.C.E., 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo Chemie BV c/ Commission.

Cons. conc. fr., déc. n° 91-D-45, du 29 oct. 1991, Rapp. Cons. conc. fr. pour 1991, ann. n°58, p. 109.

Com. 18 fév. 1992, D. 1993, JP, p. 57.

Cons. conc. fr., déc. n° 92-D-38, du 9 juin 1992, BOCCRF du 31 juil. 1992.

Cons. conc. fr., déc. n° 92-D-44, du 7 juill. 1992 ; Rapp. cons. conc. fr. pour 1992, ann. n°5 p. 377.

Cass. crim. fr., du 25 nov. 1992, n° 91-83.512, Bull. crim., n° 389, p. 1068, JCP éd. G. 1993, IV, p. 69, n° 595.

Cons. conc. fr., déc. n° 93-D-27, du 30 juin 1993 ; cité par le Rapp. Cons. conc. fr. pour 1993, ann. n° 34, p. 231.

Cons. conc. fr., déc. n°94-D-40, du 28 juin 1994; Rapp. Cons. conc. fr. pour 1992, p. 360.

Cons. conc. fr., déc. n°94-D-41, du 5 juillet 1994, note de A. CONDOMINES.

Cons. conc. fr., déc. n° 96-D-57, du 1 oct. 1996, BOCC 1997, p. 42.

C.A Paris, 4 fév. 1997, BOCCRF du 6 mars 1997, pp.131 et 132.

C.A Paris, du13 juin 1997, BOCCRF du 30 juil. 1997.

Cass. com. fr., 10 mars 1998, D. affaires 1998.

C.E. fr., 10 nov. 1999, n° 203779, 204071, 204188, 204266, 204271 ; Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 24, p. 20, obs. Storrer.

C.A. Paris, 29 juin 2000, BOCCR du 12 sep. 2000.

Cons. conc. fr., déc., n° 01-D-07, du 11 avr. 2001: Rapp. Cons. conc. fr. pour 2001, p. 32.

Cons. conc. fr., déc. n° 02-D-57, du 19 sept. 2002, obs. de M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS.

Cons. conc. fr., déc. n° 02-D-61, du 27 sept. 2002 ; Rapp. ann. Cons. conc. fr. pour 2002, p. 210.

Cass.com. fr., 22 oct. 2002, note de Rapp. Cons. conc. fr. pour 2003, p. 249.

Cons. conc. fr., déc. n° 03-D-03, et n° 03-D-04, du 16 janv.2003, Rapp. Cons. conc. fr. pour 2003, pp. 280, 281.

Cons. conc. fr., déc. n° 03-D-12, du 3 mars 2003; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2003, p. 295.

Cons. conc. fr., déc. n° 04-D-22, du 21 juin 2004 ; note de A. CONDOMINES.

Cons. conc. fr., déc. n° 04-D-49, du 28 oct. 2004 ; Rapp. Cons. conc. fr., pour 2004, pp. 241, 242.

Cons. conc. fr., déc. n°04-D-75, du 22 déc. 2004, BOCCRF 2005/3, p.261.

Cons. conc. fr., déc. 05-D-403, du 10 fév. 2005, BOCCRF n° 9, du 20 oct. 2005, p. 46, n° 191.

Cons. conc. fr., déc. n° 05-D-10, du 15 mars 2005 ; RDC, 1 juill.2005, p. 701.

Cons. conc. fr., déc. n° 05-D-13, Rapp. ann. Cons. conc. fr. pour 2005, p. 275.

C.A de Paris, n° 05-D-17, du 13 déc. 2005 ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2005, p. 226.

Cons. conc. fr., déc. n° 05-D-58, cité par Rapp. ann. Cons. conc. fr. pour 2005, p. 273.

Cons. conc. fr., déc. n°06-D-11 ; Rapp. Cons. conc. fr., pour 2006, p. 242.

Déc. n°6/SP/PC/ARPT, du 6 février 2007, déclarant l'opérateur ORASCOM TELECOM ALGERIE (OTA) en position dominante.

Cons. conc. fr., déc. n°07-D-06, du 27 fév. 2007, note de M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS.

Cons. conc. fr., déc. n° 07-D-12, du 28 mars 2007 ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2007, p. 215.

Cons. conc. fr., déc. n° 08-D-25, du 29 octobre 2008: Rapp. Cons. conc. fr. pour 2008, p. 256.

Déc. Cons. conc. alg., contre la société ENIE, pris de l'article de l'O.C.D.E., *Questionnaire sur les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence contribution de l'Algérie, Forum Mondial sur la Concurrence*, session III, 11 déc. 2008, p.5.

Déc. Cons. conc. alg., contre la société SNTA (Société Nationale des Tabacs et Allumettes), pris de l'article de l'O.C.D.E., *Questionnaire sur les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence contribution de l'Algérie, Forum Mondial sur la Concurrence*, session III, 11 déc. 2008, p.5.

Déc. Cons. conc. alg., contre la SAFEX (société algérienne des foires et expositions) société, pris de l'article de l'O.C.D.E., *Questionnaire sur les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence contribution de l'Algérie, Forum Mondial sur la Concurrence*, session III, 11 déc. 2008, p.6.

Cons. conc. fr., déc. n° 10-D-15, du 11 mai 2010 ; Rapp. Cons. conc. fr. pour 2010, p. 195.

Cons. conc. fr., déc. n° 10-D-25, du 28 juillet 2010, note de Rapp. Cons. conc. fr. pour 2010, p.159.

- VIII / Principaux sites web

[Http://www.creda.ccip.fr](http://www.creda.ccip.fr)

[Http://www.droit-eco-ulb.be...Deux_categories_de_pratiques_restrictives_I.pdf](http://www.droit-eco-ulb.be...Deux_categories_de_pratiques_restrictives_I.pdf)

[Http://www.DGCCRF.L-action-civile-en-réparation-des-pratiques-anticoncurrentielles-2009.](http://www.DGCCRF.L-action-civile-en-réparation-des-pratiques-anticoncurrentielles-2009)

[Http://www.ec.europa.eu/translationspanish...glossary_competition_archived_fr.pdf](http://www.ec.europa.eu/translationspanish...glossary_competition_archived_fr.pdf)

[Http://www.edoctorale74.univ-lille2.fr](http://www.edoctorale74.univ-lille2.fr)

[Http://www.joradp.dz](http://www.joradp.dz)

[Http://www.mémoireonline.com](http://www.mémoireonline.com)

[Http://www.maitre-michel-debroux-la-sanction-en-droit-de-la-concurrence_fichiers](http://www.maitre-michel-debroux-la-sanction-en-droit-de-la-concurrence_fichiers)

[Http://www.oecd.org/dataoecd/112741603208.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/11/27/41603208.pdf) –

[Http://www.oecd.org/dataoecd/291541846185.PDF](http://www.oecd.org/dataoecd/29/15/41846185.PDF)...

Table des matières

| | |
|---|----|
| Introduction | 1 |
| Première partie : Le champ d'application des faits justificatifs | 13 |
| Chapitre 1 : Les pratiques anticoncurrentielles concernées par la justification | 14 |
| Section 1 : Les ententes concernées par la justification | 14 |
| Paragraphe 1 : Les éléments constitutifs de l'entente concernée par la justification | 15 |
| A/ L'exigence d'un concours de volontés | 15 |
| 1- Les parties à l'entente | 15 |
| a- La notion d'entreprise | 15 |
| b- Les critères de l'entreprise | 16 |
| 1° L'exercice d'une activité économique | 17 |
| 2° L'autonomie des entreprises | 17 |
| 2- Les formes et la preuve de la concertation | 19 |
| a- L'accord | 19 |
| b- Les pratiques et actions concertées | 20 |
| B/ L'atteinte au marché | 21 |
| 1- Le marché pertinent | 22 |
| a- Définition du marché | 22 |
| b- La délimitation du marché pertinent | 22 |
| 1° La délimitation matériel du marché pertinent | 23 |

| | |
|--|----|
| - La substituabilité du point de vue de la demande | 23 |
| - La substituabilité du point de vue de l'offre | 24 |
| 2° La délimitation du marché pertinent par la zone géographique | 24 |
| 2- La notion d'atteinte à la concurrence | 25 |
| a- L'altération objet/ effet | 25 |
| b- Le seuil de sensibilité | 26 |
| Paragraphe 2 : Les divers types d'ententes concernées par la justification | 28 |
| A/ Les ententes de nature à réduire le nombre des concurrent | 28 |
| 1- Ententes entravant l'accès d'opérateurs économiques à certains marchés ou tendant à leur exclusion | 29 |
| a- Restriction de la concurrence par les réglementations professionnelles | 29 |
| b- La clause de non-concurrence | 30 |
| c- Le boycott | 30 |
| d- Les pratiques de dénigrement | 31 |
| 2- Institution des entraves au progrès technique et à l'innovation | 31 |
| 3- La répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement | 32 |
| a- Les clauses d'exclusivité | 32 |
| b- Les clauses de quotas | 33 |
| 4- Les ententes à l'occasion d'appels d'offres publics | 33 |
| B/ Les ententes de nature à restreindre la liberté des concurrents | 35 |
| 1- L'entente sur les prix | 35 |
| a- La cristallisation des prix | 35 |

| | |
|---|-----------|
| b- Pratiques des prix prédateurs | 36 |
| 2- Les pratiques discriminatoires | 37 |
| 3- Les accords de subordination | 38 |
| Section 2 : L'abus de position dominante concerné par la justification... | 39 |
| Paragraphe 1 : La notion de position dominante | 39 |
| A/ La définition de position dominante | 40 |
| B/ Les conditions et critères de la position dominante | 41 |
| 1- Le titulaire de la position dominante | 41 |
| a- La position dominante individuelle | 42 |
| b- La position dominante collective | 44 |
| 1° Le groupe de sociétés ou d'entreprises | 45 |
| 2° La position dominante réalisée par le biais d'entente | 45 |
| 2- Le marché en cause | 46 |
| a- Les parts de marché | 47 |
| b- L'importance de la part du marché détenue par l'entreprise dominante | 49 |
| - La situation de monopole | 49 |
| Paragraphe 2 : L'exploitation abusive de la position dominante | 51 |
| A/ Les comportements constitutifs d'abus | 51 |
| 1- La notion d'abus | 51 |
| a- L'abus de structure | 52 |
| b- L'abus de comportement ou de résultat | 53 |

| | |
|--|-----------|
| 2- Les divers cas d'abus de position dominante susceptibles d'être justifiés | 53 |
| a- Les comportements d'exclusion | 54 |
| 1° La clause d'exclusivité d'approvisionnement | 55 |
| 2° Les pratiques abusives relatives aux conditions de la transaction | 56 |
| b- Les pratiques abusives en matière de prix | 57 |
| 1° Les prix élevés et les prix abusivement bas | 57 |
| 2° Les rabais et les remises | 58 |
| B/ L'existence d'un lien de causalité entre la position dominante et l'abus | 59 |
| Chapitre 2 : La compétence en matière d'exemption des pratiques anticoncurrentielles | 61 |
| Section 1 : Le Conseil de la concurrence | 61 |
| Paragraphe 1 : La nature juridique et l'organisation du Conseil de la concurrence | 62 |
| A/ La nature juridique du Conseil de la concurrence | 62 |
| 1- La notion d'autonomie | 64 |
| 2- Le caractère administratif du Conseil de la concurrence | 64 |
| 3- L'indépendance | 65 |
| B/ L'organisation du Conseil de la concurrence | 65 |
| Paragraphe 2 : Les attributions du Conseil de la concurrence en matière de justification des pratiques anticoncurrentielles | 66 |
| A/ Le rôle consultatif du conseil de la concurrence | 66 |

| | |
|---|----|
| 1- Les consultations par le gouvernement sur les dispositions réglementaires | 66 |
| 2- Les consultations obligatoires par le gouvernement sur l'exemption par décret d'accords ou de catégories d'accords | 67 |
| B/ La compétence du Conseil de la concurrence d'attribuer des exemptions individuelles | 69 |
| Section 2 : La compétence de la commission européenne d'exonérer les ententes | 71 |
| Paragraphe 1 : Le rôle de la Commission européenne selon l'ancien règlement n° 17/62 | 71 |
| A/ La saisine de la Commission européenne en vue d'obtenir une exemption individuelle..... | 73 |
| B/ Les ententes dispensées de notification | 74 |
| Paragraphe 2 : L'abandon d'une condition de forme et les conséquences de cette suppression | 75 |
| A/ Les causes de la suppression de la notification préalable | 75 |
| B/ Les conséquences de la suppression de la notification en droit communautaire..... | 76 |
| 1- L'instauration d'un système d'exception légale de validité des accords... | 77 |
| 2- La compétence d'exemption partagée | 77 |
| Deuxième partie : Le bénéfice et le retrait de l'exemption | 79 |
| Chapitre 1 : Les causes de justification des pratiques anticoncurrentielles | 80 |
| Section 1 : La justification des pratiques anticoncurrentielles fondée sur la loi | 82 |
| Paragraphe 1 : Les conditions relatives au texte justificatif | 82 |

| | |
|--|-----|
| A/ La nature du texte susceptible d’être invoqué | 82 |
| 1- L’exclusion des actes non législatifs ou non réglementaires | 83 |
| 2- L’exclusion des textes réglementaires autonomes | 85 |
| B/ L’actualité du texte justificatif..... | 86 |
| Paragraphe 2 : Les conditions relatives au lien de causalité entre le texte justificatif et la pratique en cause | 88 |
| A/ L’existence d’un lien de causalité entre le texte justificatif et la pratique litigieuse | 88 |
| B/ Le caractère direct et nécessaire du lien de causalité | 91 |
| Section 2 : L’exemption individuelle ou catégorielle des pratiques anticoncurrentielles | 92 |
| Paragraphe 1 : L’exemption individuelle ou la justification par le progrès économique ou technique..... | 93 |
| A/ Conditions de fond de l’exemption individuelle | 93 |
| 1- Les conditions relatives au progrès économique..... | 94 |
| a- L’existence d’un progrès économique ou technique..... | 94 |
| 1° L’amélioration de la production ou de la distribution des produits, ou la promotion du progrès technique ou économique | 95 |
| 2° L’amélioration de la distribution | 96 |
| 3° L’amélioration des conditions du marché..... | 97 |
| 4° La contribution à l’amélioration de l’emploi | 97 |
| b- Une partie équitable du profit doit être réservée aux utilisateurs | 98 |
| 2- Conditions relatives au comportement anticoncurrentiel | 100 |
| a- L’impossibilité d’éliminer la concurrence sur le marché | 100 |

| | |
|--|-----|
| b- La nécessité de la pratique en cause | 101 |
| - La distinction entre l'exemption à cause de la contribution à un progrès économique ou technique et la règle de raison ou « <i>the rule of reason</i> »..... | 103 |
| B/ Condition de forme « demande d'attestation négative »..... | 106 |
| 1- La notion d'attestation négative | 106 |
| 2- Demande d'obtention de l'attestation négative..... | 107 |
| a- Conditions de recevabilité | 107 |
| b- La saisine du Conseil de concurrence..... | 110 |
| 3- Les effets de la notification | 111 |
| a- La légitimation ou la validation des pratiques anticoncurrentielles..... | 111 |
| b- La limitation de la période d'applicabilité de la sanction | 112 |
| Paragraphe 2 : L'exemption catégorielle | 113 |
| A/ La portée de l'exemption catégorielle | 115 |
| 1- Définition | 115 |
| 2- Les domaines de l'exemption catégorielle | 116 |
| B/ Le règlement d'exemption applicable à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées | 118 |
| 1- Les conditions du bénéfice de d'exemption par catégorie | 119 |
| a- Conditions relatives aux parties au contrat | 120 |
| 1° La qualité des contractants | 120 |
| 2° Seuil de la part de marché détenue | 121 |
| b- Conditions relatives à l'accord vertical | 123 |
| 1° L'objet du contrat | 123 |

| | |
|---|------------|
| 2° Conditions relatives aux stipulations du contrat | 124 |
| *Les restrictions caractérisées..... | 124 |
| * Restrictions encadrées ou exclues, ou restriction relatives, « clauses grises » | 127 |
| 2- Effets de l'exemption catégorielle | 130 |
| Chapitre 2 : La fin du bénéfice de l'exemption | 132 |
| Section 1 : Les modes d'extinction du bénéfice de l'exemption | 132 |
| Paragraphe 1 : La fin de l'exemption par voie de recours | 132 |
| A/ La compétence pour retirer le bénéfice d'une exemption | 132 |
| 1- La compétence du Conseil de la concurrence et de la Cour d'Appel d'Alger pour retirer du bénéfice d'une exemption..... | 133 |
| a- La compétence du Conseil de la concurrence | 133 |
| b- La compétence de la Cour d'Appel d'Alger..... | 134 |
| 2- La compétence de la Commission européenne et les autorités nationales des Etats membres pour retirer le bénéfice de l'exemption | 135 |
| a- Compétence de retirer le bénéfice individuel d'un règlement d'exemption | 135 |
| b- Le retrait catégoriel de l'exemption ou l'adoption du « règlement de non application » | 137 |
| B/ Le fondement du recours « les restrictions retirant le bénéfice de l'exemption »..... | 139 |
| Paragraphe 2 : La fin ordinaire de l'exemption | 141 |
| A/ Le caractère temporaire de l'exemption | 142 |
| B/ La possibilité de renouvellement de l'exemption | 142 |

| | |
|--|-----|
| Section 2 : Les effets du retrait de l'exemption : «La responsabilité de l'entreprise concernée » | 143 |
| Paragraphe 1 : Sanctions infligées par le Conseil de la concurrence | 144 |
| A/ Les injonctions / mesures conservatoires | 144 |
| 1- Les injonctions | 144 |
| 2- Les mesures conservatoires | 146 |
| B/ Les sanctions pécuniaires ou les amendes administratives | 147 |
| Paragraphe 2 : Sanctions infligées par les juridictions | 159 |
| A/ Les sanctions civiles | 150 |
| 1- La nullité | 150 |
| a- Les caractères de la nullité | 150 |
| b- Le titulaire et la prescription de l'action en nullité | 152 |
| c- Les effets de la nullité | 153 |
| 1° L'impact de la nullité d'une clause contractuelle sur le reste de l'accord | 153 |
| 2° L'impact de la nullité d'un accord sur les opérations juridiques accessoires à celui-ci | 154 |
| 3° La rétroactivité de la nullité | 155 |
| 2- Dommages-intérêts | 155 |
| 1° La responsabilité contractuelle des auteurs des pratiques anticoncurrentielles | 156 |
| 2° La responsabilité délictuelle des auteurs des pratiques anticoncurrentielles | 157 |
| * La faute | 157 |
| * Le préjudice | 157 |

| | |
|---|------------|
| * Le lien de causalité entre la faute et le dommage | 158 |
| B/ Les sanctions pénales..... | 158 |
| Conclusion | 161 |
| Bibliographie | 165 |
| Table des matières | 188 |
| Annexes | 198 |

ANNEXES :

- Demande d'obtention d'une attestation négative **annexe n°1**
- Formulaire de renseignements pour l'obtention d'une attestation négative
.....**annexe n°2**
- Accusé de réception **annexe n°3**

ANNEXE 1

Conseil de la concurrence
Secrétariat général

DEMANDE D'OBTENTION D'UNE ATTESTATION NEGATIVE

(Conformément aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 Joumada El
Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003 relative à la concurrence)

La présente demande doit être accompagnée du formulaire contenant les renseignements demandés, les pièces exigées et les documents joints. Le dossier est transmis en cinq (5) exemplaires par dépôt, contre accusé de réception, au secrétariat général du conseil de la concurrence ou par envoi recommandé. La demande doit préciser :

1. L'identité du demandeur

1.1 Indiquer le nom, prénom et l'adresse de la personne qui présente la demande (concernant l'entreprise personne physique) ou la dénomination ou la raison sociale complète, la forme juridique, et l'adresse complète de l'entreprise (pour les entreprises personnes morales).

1.2 Si la demande est introduite par un représentant, indiquer le nom et le prénom, l'adresse et la qualité du représentant et joindre le mandat de représentation.

1.3 Indiquer une adresse en Algérie, s'il s'agit d'entreprises dont le lieu d'établissement ou le siège est situé en dehors du territoire national.

2. L'identité des autres participants à la demande

2.1 Indiquer la dénomination ou la raison sociale complète, la forme juridique et l'adresse complète de chaque participant.

2.2 Indiquer s'ils sont d'accord sur la totalité ou partie de l'objet de la demande.

3. L'objet de la demande

- Indiquer si la demande porte :

3.1 Sur une entente.

3. 2 sur une position dominante.

- La demande doit être accompagnée de la déclaration des soussignés libellée comme suit :

Déclaration des soussignés

Les soussignés déclarent que les renseignements fournis ci-dessus, ainsi que les renseignements fournis dans toutes les pièces et documents joints à la présente sont sincères et conformes aux faits et que les estimations, chiffres et appréciations sont indiqués et fournis de la façon la plus proche de la réalité. Ils ont pris connaissance des dispositions de l'article 59 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence.

Lieu et date.....

Signature et qualité.....

ANNEXE 2

Conseil de la concurrence
Secrétariat général

FORMULAIRE DE RENSEIGNEMENTS POUR L'OBTENTION D'UNE ATTESTATION NEGATIVE

(Conformément aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 Joumada El
Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003 relative à la concurrence)

1. Données relatives à l'entreprise ou aux entreprises parties à la demande

1.1 Position de l'entreprise ou des entreprises sur le marché :

- indiquer si l'entreprise a des liens, au sens de l'article 16 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence.
- dans l'affirmative, indiquer la dénomination complète ou la raison sociale de chaque entreprise et son dernier bilan.

1.2 Chiffre d'affaires :

- indiquer le chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice précédent de chaque entreprise partie à la demande, sur le marché algérien, et le cas échéant, sur les marchés extérieurs.
- indiquer pour chaque entreprise le chiffre d'affaires réalisé pour les biens et services concernés par la demande.

2. Marché concerné

2.1 Nature des biens ou des services concernés par la demande :

- indiquer les biens et services de substitution.
- indiquer si les biens et services sont soumis à une réglementation particulière.
- indiquer si les biens et services sont libres à l'importation ;

2.2 Les noms et adresses des entreprises placées dans le même marché :

- indiquer les facilités ou contraintes liées à l'accès au marché.
- indiquer les noms et adresses des clients sur le même marché.
- indiquer la dimension géographique.

3. Motifs de la demande

3.1 indiquer l'objet précis de la demande au regard des dispositions des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence.

3.2 indiquer les avantages que procure l'objet de la demande au profit des entreprises concernées.

3.3 indiquer la durée de la demande.

3.4 indiquer les raisons pour lesquelles l'objet de la demande pourrait affecter la concurrence ;

3.5 indiquer les raisons pour lesquelles le comportement de l'entreprise ou des entreprises concernées n'a pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence dans un même marché.

3.6 indiquer les avantages que la demande est susceptible de procurer à la concurrence, aux utilisateurs et aux consommateurs.

Les soussignés déclarant que les renseignements fournis ci-dessus et dans les annexes jointes sont conformes aux faits. Ils ont pris connaissance des dispositions de l'article 59 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence.

..... le

Signature :

.....
.....
.....
.....
.....

ANNEXE 3

Accusé de réception

(Le présent imprimé sera retourné à l'adresse sus-indiquée s'il est rempli en un exemplaire par le demandeur)

Votre demande d'attestation négative se rapportant à l'application des articles 6 et 7 de l'ordonnance 03-03 du 19 Joumada El Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003 relative à la concurrence.

1- Participants :

- a-
- b-
- c-

(Il est nécessaire d'indiquer la dénomination ou la raison sociale complète, la forme juridique et l'adresse complète de chaque entreprise participante).

2-Objet : (courte description de la restriction de concurrence)

.....
.....
.....
.....

A été reçue le

Et enregistré sous le n°

Prière de rappeler le numéro sus-indiqué dans toute la correspondance.

Résumé

L'objectif de la politique de la concurrence est de garantir le bon fonctionnement concurrentiel des marchés. Son intérêt se bornerait alors à empêcher la mise en œuvre de toute pratique anticoncurrentielle. Elles sont interdites les pratiques d'ententes (article 6 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence) et les abus de position dominante (article 7 de la même ordonnance).

Le législateur prévoit cependant des **exceptions** au principe général d'interdiction de ces comportements anticoncurrentiels dans l'article 9 de la même ordonnance. Il a consacré dans cet article des causes de justification qui permettent aux auteurs de certaines pratiques anticoncurrentielles d'échapper à toute sanction. Cet article envisage deux causes de justification : d'une part, l'existence d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application et, d'autre part, l'existence d'un progrès économique ou technique.

La sécurité juridique des entreprises est liée à la possibilité de retirer l'exemption si les parties n'ont pas respecté les conditions de l'exemption. Dans ce cas différentes sanctions peuvent être imposées (sanctions administratives, civiles ou pénales).

Mots Clés:

Ententes; Abus De Position Dominante; Texte Législatif Ou Réglementaire; Progrès Economique Ou Technique; Amélioration De L'emploi; Petites Et Moyennes Entreprises; Exemption Individuelle; Exemption Catégorielle; Sanction Administrative; Sanction Civile; Sanction Pénale.