

**LE ROLE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE
ET DU JUGE JUDICIAIRE EN ALGERIE
ET EN FRANCE EN DROIT
DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES
ASPECTS PROCEDURAUX**

**(Analyse sommaire des ordonnances
relatives à la concurrence)**

René POESY
Docteur en Droit - Université de Nice-Sophia Antipolis
C.R.E.D.E.C.O.

Un peu plus de huit ans après l'ordonnance française du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, le législateur algérien, par une ordonnance en date du 25 janvier 1995, a créé un Conseil de la Concurrence "*chargé de la promotion et de la protection de la concurrence*"¹.

La filiation de ce Conseil est patente. Les règles de composition et de compétence sont proches de celles du Conseil de la Concurrence français. Les raisons de son institution également. La complexité des questions de concurrence est telle² que l'instauration d'un organe spécialiste est nécessaire, surtout pour connaître du contentieux des pratiques anti-concurrentielles (Première Partie). Mais, comme dans l'organisation judiciaire française, le Conseil de la Concurrence n'ayant pas une compétence exclusive pour connaître du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, des problèmes de coexistence avec le juge judiciaire se posent (Deuxième Partie).

¹ Article 2 de l'ordonnance algérienne.

² Car ces questions mettent en cause des concepts économiques (atteinte au marché et jeu de la concurrence), encore que les ordonnances ne sanctionnent que l'abus qu'elles engendrent, lequel est un concept à forte connotation juridique.

I – LES ATTRIBUTION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE EN FRANCE ET EN ALGERIE

Les Conseils de la Concurrence algérien et français ont, tous deux, à la fois des attributions consultatives (A) et contentieuses (B).

A - Les attributions consultatives

a) Des attributions consultatives proprement dites similaires

Les consultations obligatoires : les articles 6 de l'ordonnance française et 20 de l'ordonnance algérienne indiquent que le Conseil de la Concurrence est obligatoirement consulté sur tout projet de texte réglementaire ayant pour effet :

- . de restreindre la concurrence dans l'exercice d'une profession ou en matière de prix ;
- . de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;
- . d'établir des droits exclusifs dans certaines zones¹ ;
- . d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

L'article 20 de l'ordonnance algérienne indique également que le Conseil de la Concurrence est obligatoirement consulté lorsque le projet de texte réglementaire a pour effet d'instaurer des conditions particulières pour l'exercice d'activités de production, de distribution et des services.

- *Les consultations facultatives* : les articles 5 de l'ordonnance française et 19 de l'ordonnance algérienne précisent que le Conseil de la Concurrence peut être consulté par le Parlement² sur les propositions de lois ainsi que sur toute question concernant la concurrence à la demande du gouvernement. En outre, pour ces mêmes questions, le Conseil

¹ Ou activités, précision de l'ordonnance algérienne.

² Le système algérien évoque "*l'instance législative*", tandis que l'ordonnance française parle des commissions parlementaires.

de la Concurrence peut être consulté par les collectivités locales, les organisations professionnelles et syndicales, ainsi que les associations de consommateurs¹. L'article 38 de l'ordonnance française "permet" au Ministre chargé de l'économie de solliciter l'avis du Conseil de la Concurrence à propos de tout projet de concentration de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante. Par contre, l'article 11 de l'ordonnance algérienne "impose" aux auteurs du projet de concentration de le soumettre au Conseil qui doit prendre une décision (d'autorisation ou de rejet) dans les trois mois. A la différence du droit français, l'ordonnance algérienne considère que le projet de concentration est une pratique anticoncurrentielle (article 13).

b) Des missions d'études plus développées en Algérie

Contrairement au droit français qui est silencieux sur ce point, le droit algérien attribue au Conseil de la Concurrence des missions d'études fort intéressantes. A cet égard, l'article 18 de l'ordonnance dispose que *"le Conseil peut faire réaliser des recherches et études ayant trait à la concurrence dont les conclusions et résultats sont transmis, sous forme de rapports, au Ministre chargé du commerce. Il peut également proposer au Ministre chargé du commerce toute action ou mesure de nature à favoriser le développement et la promotion de la concurrence, dans les zones géographiques ou les secteurs d'activités où la concurrence n'existe pas ou est insuffisamment développée"*. De plus, l'article 20, dernier alinéa, indique que *"le Conseil peut effectuer des enquêtes sur les conditions d'application des textes législatifs et réglementaires ayant un lien avec la concurrence"*. Cette disposition est très importante car dans *"le cas où ces enquêtes révèlent que l'application de ces textes donne lieu à des restrictions à la concurrence ou à des pratiques discriminatoires entre agents économiques, le Conseil engage toutes les actions pour mettre fin à ces restrictions et à ces pratiques"*. L'ordonnance donne donc au Conseil de la Concurrence le pouvoir de veiller à l'effectivité

¹ L'ordonnance algérienne ouvre également cette possibilité aux institutions économiques et financières ainsi qu'aux agents économiques, tandis que l'ordonnance française permet aux chambres d'agriculture, de métiers et de commerce et d'industrie de solliciter un avis auprès du Conseil de la Concurrence.

de l'application des dispositions légales en matière de concurrence, quel que soit le domaine ou la pratique en cause¹. Elle lui permet également d'informer les institutions et organismes visés à l'article 19² sur le degré de concurrence sur les marchés intérieur et extérieur. En outre, le rapport annuel du Conseil de la Concurrence comporte son appréciation sur le degré de concurrence sur le marché et sur l'efficacité du dispositif de protection de la concurrence³. On peut retrouver cet aspect en droit français à travers les avis émis par le Conseil de la Concurrence et la publication de son rapport annuel.

B - Les attributions contentieuses

Alors que les domaines de compétences et les possibilités de saisine sont identiques (a), les moyens d'action sont différents (b).

a) Des domaines de compétence analogues

Sur la base des dispositions des ordonnances française et algérienne, le Conseil de la Concurrence a une compétence contentieuse limitée aux seules pratiques anticoncurrentielles. Il ne saurait donc intervenir pour le contrôle de fautes civiles de discrimination ou de subordination de vente, ni pour celui de pratiques restrictives. Il en résulte que le Conseil de la Concurrence n'a pas reçu compétence pour réparer le préjudice subi par les concurrents⁴, mais pour veiller au bon respect du "jeu de la concurrence sur un marché"⁵. Il faut donc qu'il y ait "atteinte au fonctionnement global de la concurrence"⁶ pour que le Conseil de la Concurrence soit valablement saisi.

¹ On remarquera que l'article 20 dernier alinéa parle indifféremment de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques restrictives.

² Cf. supra.

³ Cf. l'article 17 alinéa 3 de l'ordonnance.

⁴ Cf. plus précisément l'article 27 de l'ordonnance algérienne : "*Toute personne physique ou morale qui s'estime lésée par une pratique anticoncurrentielle telle que prévue par la présente ordonnance peut saisir la juridiction compétente conformément au code de procédure civile pour demander réparation de celui-ci*".

⁵ Selon l'expression de l'article 7 de l'ordonnance française.

⁶ Selon l'expression de C. Paris, 3 mai 1990, *Prothèses dentaires*, B.O. du 1^{er} juin 1990.

Toutefois, si les domaines d'action sont analogues, on relève quelques divergences à propos de la définition des pratiques anticoncurrentielles. Certes, les droits français et algérien condamnent tous deux les ententes et abus de position dominante¹, à moins qu'ils n'entraînent un progrès économique², mais chacun d'eux vise également des situations particulières. Ainsi, le droit français condamne-t-il les abus de dépendance économique, tandis que le droit algérien considère que la revente à perte peut, sous certaines conditions, constituer une pratique anticoncurrentielle³, tout comme les projets de concentration⁴.

b) Des possibilités de saisine identiques

Sur la base des dispositions des articles 11 de l'ordonnance française et 23 de l'ordonnance algérienne, le Conseil de la Concurrence peut être saisi par le Ministre chargé de l'économie (en France) ou du commerce (en Algérie) ou par tout agent économique⁵ (en Algérie), ainsi que par divers organismes ou institutions⁶.

c) Des moyens différents

¹ Cf. la particularité de l'article 7 de l'ordonnance algérienne qui indique que les critères conférant à un agent économique la position dominante ainsi que ceux constituant des abus sont définis par voie réglementaire.

² Ou technique selon l'article 9 de l'ordonnance algérienne, ou qu'ils ne résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application, selon l'article 10-1 de l'ordonnance française.

³ Cf. l'article 10 de l'ordonnance algérienne.

⁴ Cf. les articles 11 et 12 de l'ordonnance algérienne, cf. supra.

⁵ Cf. l'article 3 de l'ordonnance algérienne : "*Est entendu par agent économique, au sens de la présente ordonnance, toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant des activités ou réalisant des actes relevant du champ d'application défini à l'article 2 ci-dessus*", c'est-à-dire des activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ou d'associations. Cela concerne également les contrats, accords, arrangements ou conventions ayant pour finalité la réalisation d'activités de production et/ou de distribution de biens et services.

⁶ Visés aux articles 5 alinéa 2 de l'ordonnance française et 19 alinéa 3 de l'ordonnance algérienne, cf. supra.

Il est à noter que les ordonnances algérienne et française prévoient toutes les deux la possibilité pour le Conseil de la Concurrence, de prononcer une sanction pécuniaire (en France) ou une amende (en Algérie) à l'encontre des auteurs des pratiques anti-concurrentielles. On notera que le droit algérien est, dans les textes, plus sévère. En effet, alors que l'article 13 alinéa 3 de l'ordonnance française indique que les *"sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné"* et que l'alinéa 4 du même article dispose que *"le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos et si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 10 millions de francs"*, l'article 13 de l'ordonnance algérienne précise que *"les pratiques anti-concurrentielles sont sanctionnées par une amende au moins égale à 2 fois le profit réalisé au moyen de ces pratiques anticoncurrentielles sans que celle-ci ne soit supérieure à 4 fois ce profit"*. Si l'évaluation de ce profit est impossible, l'amende sera alors égale au maximum à 10% du chiffre d'affaires du dernier exercice clos¹. Le droit algérien est toutefois un peu moins sévère pour le cas spécifique de l'abus de position dominante puisque l'article 14 de l'ordonnance le sanctionne *"d'une amende au moins égale à une fois et demie le profit résultant de l'abus, sans que celle-ci ne soit supérieure à 3 fois ce profit. A défaut d'une évaluation de ce profit, l'amende sera égale au maximum à 7% du chiffre d'affaires du dernier exercice clôturé ou de l'exercice en cours, pour les agents économiques qui n'ont pas une année d'activité"*.

Les ordonnances française et algérienne prévoient également toutes les deux la possibilité pour le Conseil de la Concurrence d'enjoindre aux parties concernées de mettre fin aux pratiques anti-concurrentielles. Néanmoins, une grande différence réside dans le contenu des injonctions elles-mêmes puisqu'en droit algérien, lorsqu'une entreprise persiste dans les pratiques d'abus de position dominante, le Conseil de la Concurrence peut lui enjoindre de modifier la structure de

¹ Ou de l'exercice en cours pour les agents économiques qui n'ont pas une année d'activité.

l'entreprise. Ainsi, l'article 22 de l'ordonnance algérienne indique-t-il notamment que le Conseil peut *"donner des injonctions à l'entreprise concernée pour se restructurer en vue de mettre fin à ces pratiques"* et que *"cette mesure est prononcée après notification d'un avertissement précisant le recours à la restructuration de l'entreprise en cas de récidive"*. En outre, s'il s'agit d'entreprises publiques, le Conseil de la Concurrence peut également formuler des recommandations pour leur restructuration. Il s'agit là d'une disposition originale qui est d'une importance considérable. Le Conseil de la concurrence algérien dispose bien plus que des pouvoirs de sanction habituels, il a les moyens de mettre directement en œuvre sa politique de la concurrence. Cela se retrouve également dans la sanction au cas de non respect de l'injonction prononcée dans la mesure où l'article 24 précise qu'*"en cas d'inexécution dans les délais requis par les parties concernées des injonctions prononcées, le Conseil prend des mesures de fermeture provisoire des établissements objet de litige, pour une période maximum d'un mois, de saisie de marchandises ou toute autre mesure en vue de faire cesser la pratique anticoncurrentielle"*.

Au contraire, en droit français, l'injonction prononcée par le Conseil de la Concurrence ne concerne que le comportement de l'entreprise et non pas sa structure. A partir des dispositions de l'article 13 de l'ordonnance française disposant que *"le Conseil peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anti-concurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions"*, ce dernier a prononcé des injonctions d'abstention (le Conseil enjoint aux parties de s'abstenir de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles)¹ et des injonctions de modification, notamment des stipulations concurrentielles².

Contrairement au droit algérien, qui est silencieux sur ce point, l'article 12 de l'ordonnance française donne au Conseil de la Concurrence la possibilité d'ordonner des mesures conservatoires *"si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du*

¹ Ex. : injonction de mettre fin à des pratiques d'échanges d'informations sur les appels d'offres, de boycott...

² Ex. : modification des clauses de non concurrence, des critères de sélection des revendeurs agréés...

secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante". L'alinéa 3 précise que les mesures conservatoires "peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence". L'utilité des mesures conservatoires est réelle car elles permettent de "geler" une situation. Or, il est évident que pendant la période s'écoulant entre la saisine du Conseil et sa décision au fond, la poursuite de la pratique dénoncée peut causer un dommage irrémédiable aux différentes catégories énoncées ou au marché. Toutefois, la parcimonie avec laquelle le Conseil accorde des mesures conservatoires permet de douter de leur effectivité. On ne retrouve pas expressément cette possibilité dans l'ordonnance algérienne, encore qu'en son article 24 elle permette au Conseil d'enjoindre aux parties "de revenir à la situation antérieure dans un délai fixé". Ceci dit, le Conseil de la Concurrence algérien n'a pas la possibilité d'ordonner "la suspension de la pratique concernée". Il ne peut pas non plus, contrairement à son homologue français¹, ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne ou l'affichage dans les lieux qu'il indique.

II – LES RELATIONS ENTRE LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE ET LE JUGE JUDICIAIRE EN FRANCE ET EN ALGERIE

Ces rapports sont de deux sortes. Tout d'abord d'ordre hiérarchique (A). Ce sont les plus connus puisque le juge judiciaire est amené à connaître du contentieux des décisions du Conseil². Les relations sont également "circulaires" car le juge judiciaire de droit commun dispose de pouvoirs propres. De plus, si le Conseil de la Concurrence dispose d'une compétence contentieuse limitée aux seules pratiques anti-concurrentielles, celle-ci n'est pas exclusive. Ainsi, peut-on très bien envisager d'agir à la fois devant le Conseil et le juge judiciaire sans contrarier le principe d'interdiction de double incrimination, puisque l'objet du contentieux est différent selon

¹ Cf. l'article 13 alinéa 5 de l'ordonnance française.

² Cour d'appel d'Alger et Cour Suprême d'un côté, Cour d'Appel de Paris et Cour de Cassation de l'autre.

que l'on soit devant le Conseil (protection du marché) ou le juge judiciaire (protection des droits subjectifs).

A - Des rapports hiérarchiques

Les ordonnances française et algérienne, en donnant compétence aux Cours d'Appel de Paris et d'Alger, ont instauré des liens hiérarchiques entre le Conseil de la Concurrence et le juge judiciaire. La nature de ce recours pose des problèmes en France dans la mesure où le Conseil de la Concurrence a été qualifié par le Conseil Constitutionnel d'"*organisme administratif... de nature non juridictionnelle*". Le premier degré de juridiction faisant défaut, on ne peut parler d'appel. Pourtant, les articles 12 alinéa 4¹ et 15 alinéa 1er² de l'ordonnance française indiquent que les décisions du Conseil de la Concurrence peuvent "*faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation*". On retrouve là la définition de l'appel de droit commun posée à l'article 542 du Nouveau Code de Procédure Civile : "*l'appel tend à faire réformer ou annuler par la Cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré*". L'ordonnance algérienne est plus explicite sur ce point puisqu'en son article 25 alinéa 2 elle indique que "*les décisions du Conseil de la Concurrence peuvent faire l'objet d'un appel auprès de la Cour d'Alger statuant en matière commerciale*". Ainsi gomme-t-elle les débats relatifs à la nature du recours des décisions du Conseil de la Concurrence.

Sur la base de ces dispositions, la juridiction de recours dispose en premier lieu du pouvoir d'annulation des décisions du Conseil de la Concurrence. Elle procède alors, d'une part, à un contrôle de la légalité externe en vérifiant que le Conseil de la Concurrence n'a pas excédé sa compétence et qu'il applique les règles de procédure attachées à ses décisions. Le droit économique n'est pas imperméable aux droits de l'homme³. Elle procède, d'autre part, à un contrôle de la légalité interne en vérifiant que le Conseil n'a pas commis d'erreur de droit dans l'application de l'ordonnance. La juridiction de recours bénéficie en second lieu du pouvoir de réformation des

¹ En matière de mesures conservatoires.

² Pour les décisions au fond.

³ Les droits de la défense sont à la fois des garanties pour les personnes mises en cause, mais également un instrument de légitimation de la sanction prononcée.

décisions du Conseil de la Concurrence. Elle peut alors substituer sa propre décision à celle du Conseil en bénéficiant de la gamme de moyens qui lui sont octroyés. Aussi bien dans le système algérien que dans le système français, le recours n'est pas suspensif de l'exécution des décisions du Conseil de la Concurrence¹. On ne sera pas étonné de cette entorse à un principe de procédure civile de plus en plus remis en cause, notamment par la généralisation de l'exécution provisoire. De plus, la légitimité même de l'effet suspensif est discutée par la doctrine la plus autorisée². En outre, on indiquera que l'absence d'effet suspensif se généralise dans tout le contentieux de droit économique, notamment pour des raisons de rapidité et d'efficacité des décisions³. Toutefois, le Conseil Constitutionnel, par une décision en date du 23 janvier 1987, a indiqué que la possibilité de demander et d'obtenir un sursis à l'exécution des décisions du Conseil de la Concurrence est une garantie essentielle des droits de la défense. Aussi, le législateur français instaura-t-il cette possibilité pour le Premier Président de la Cour d'Appel de Paris lorsque l'exécution de la décision prononcée est "*susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité*"⁴. Une étude de la jurisprudence sur ce point permet de constater que les sursis à exécution sont accordés avec la plus grande parcimonie, ce qui peut sembler logique. En effet, la nature du contentieux plaçant l'ordre

¹ Cf. article 26 alinéa 2 de l'ordonnance algérienne et les articles 12 alinéa 5 et 15 alinéa 3 de l'ordonnance française.

² Cf. par exemple : J.M. Coulon, "Les évolutions possibles de la procédure civile" in "Colloque du XXème anniversaire de la Cour d'appel de Versailles : le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain" des 6-10 septembre 1996, p.22, "Réflexions et propositions sur la procédure civile", Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, *La Documentation Française*, 1997, p.108 et s.; S. Guinchard, "Rapport de synthèse" in "Colloque du XXème anniversaire de la Cour d'Appel de Versailles", loc.cit., p.26.

³ Cf. l'article 12 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 pour les décisions de la C.O.B., l'article 155 du décret du 27 décembre 1985 à propos des jugements et ordonnances rendus en matière de redressement et liquidation judiciaire et l'article L.36-8-III alinéa 2 du Code des Postes et Télécommunications pour les décisions de l'A.R.T.

⁴ Cf. les articles 12 alinéa 5 et 15 alinéa 3 de l'ordonnance française.

public économique au centre des débats, commande une célérité et une efficacité des décisions du Conseil de la Concurrence. Octroyer facilement le sursis à exécution de ses décisions viderait de sens cet impératif de rapidité et d'efficacité. Ainsi, en ce qui concerne l'exécution des sanctions pécuniaires, le Premier Président n'accorde-t-il de sursis à exécution que s'il est justifié, de manière concrète, par des pièces incontestables et vérifiées, que les facultés contributives, la situation de trésorerie et les avoirs mobilisables de l'entreprise ou de l'organisme concerné ne permettent pas le paiement de la sanction pécuniaire sans risquer de mettre en péril la survie ou la poursuite de l'activité. La situation financière de la partie sanctionnée peut alors conduire à suspendre complètement ou partiellement l'exécution de la sanction pécuniaire. S'agissant de l'exécution des injonctions, le demandeur doit démontrer que les modifications qu'elles provoquent dans le fonctionnement de l'entreprise, dans ses contrats qui organisent son réseau de distribution ou dans ses relations commerciales entraînent des conséquences graves et irréversibles, malgré l'éventuelle annulation ou réformation de la Cour d'Appel de Paris. Le demandeur au sursis doit démontrer le caractère irréversible du désordre et de l'atteinte à sa réputation ou à ses intérêts commerciaux que provoquerait l'exécution immédiate de l'injonction prononcée. Lorsque celle-ci n'entraîne pas la remise en cause totale de l'organisation du réseau, mais son aménagement ponctuel, le sursis est refusé car l'exécution de l'injonction n'a pas un caractère irréversible. Enfin, le Premier Président ne refuse pas de contrôler l'éventuelle illégalité de la décision du Conseil de la Concurrence, mais jusqu'à présent il a considéré que le requérant ne rapportait pas la preuve d'irrégularités flagrantes qui, par elles-mêmes, seraient de nature à attacher des conséquences manifestement excessives à son exécution. A défaut d'irrégularités flagrantes, le Premier Président refuse de suspendre l'exécution de la décision, car sinon il serait amené à procéder à une analyse critique des moyens visant à mettre en doute les constatations du Conseil de la Concurrence qui échappent au contentieux de l'exécution provisoire.

On retrouve la même possibilité de sursis à exécution des décisions du Conseil de la Concurrence en Algérie, même si les conditions sont différentes. Ainsi, l'article 26 de l'ordonnance algérienne précise-t-il que "*le Premier Président*

(de la Cour d'Alger) peut décider, par voie de référé, de surseoir à l'exécution des mesures prévues à l'article 24 lorsque des circonstances ou des faits graves l'exigent". Les décisions du Premier Président de la Cour d'Alger sur ce point permettront d'apprécier sa lecture des "circonstances" et "des faits graves".

B - L'articulation des procédures

a) Des missions complémentaires

D'une manière assez schématique, on peut dire que le rôle du Conseil de la Concurrence et du juge judiciaire est différent : la protection de la concurrence pour le premier, la protection des concurrents pour l'autre, encore que l'un ne va pas sans l'autre. Pour le Conseil de la Concurrence *"il ne s'agit plus de trancher des litiges, dans la mesure où l'enjeu économique (du marché) dépasse les intérêts particuliers dont la poursuite anime les parties, il s'agit plutôt pour l'organe de remplir une tâche d'intérêt général, dont la complexité lui est certes soumise par les personnes mais dont la solution dépasse ces dernières"*¹. En ayant pour mission de veiller au respect du "jeu de la concurrence" sur le marché, le Conseil de la Concurrence s'est vu attribuer une mission de régulation de l'ordre public économique. Le Conseil de la Concurrence doit alors évaluer au mieux les différents intérêts en cause en les harmonisant et en les arbitrant au regard de leur atteinte au jeu de la concurrence, selon les dispositions légales². Plus exactement, lorsque le Conseil de la Concurrence se prononce sur une situation concurrentielle, il dit le droit et, de ce fait, tranche entre les différentes positions des intervenants, mais ce prolongement apparaît comme une conséquence secondaire de son action³. D'ailleurs, la Cour d'Appel de Paris, dans une

¹ M.A. Frison-Roche, "Vers le droit processuel économique?", *Justices*, 1995/1, p.91.

² Cf. sur ce point par ex. : I. Krimmer, "La gestion de la concurrence par la Cour d'Appel de Paris : un nouvel ordre juridictionnel?", *J.C.P. (E)*, 1991 I., n°82.

³ Conséquence incomplète puisque le Conseil de la Concurrence ne peut pas prononcer de dommages et intérêts au profit des victimes, cela apparaît très clairement dans l'article 27 de l'ordonnance algérienne.

décision récente¹ a indiqué que le Conseil de la Concurrence est "un organisme qui remplit une mission ayant pour finalité la défense d'un ordre public économique, (il) n'intervient pas pour satisfaire à la demande d'une partie, mais sanctionne les pratiques anti-concurrentielles, dont le Conseil régulateur du marché a pu établir l'existence". Aussi, le Conseil de la Concurrence n'a-t-il pas compétence pour prononcer la nullité d'une convention ou d'une clause contractuelle se rapportant à une pratique anti-concurrentielle ou pour évaluer et réparer le préjudice subi par un concurrent. Ceci est de la compétence exclusive des juridictions judiciaires comme l'indique expressément l'article 27 de l'ordonnance algérienne : "toute personne physique ou morale qui s'estime lésée par une pratique anti-concurrentielle telle que prévue par la présente ordonnance peut saisir la juridiction compétente conformément au code de procédure civile pour demander réparation du préjudice subi". Il en résulte que les sanctions pécuniaires (en France) et les amendes (en Algérie), prononcées par le Conseil de la Concurrence, ne sont pas des sommes allouées aux victimes, mais des réparations à l'atteinte de l'ordre public économique.

Cette différence de mission implique, par ailleurs, des spécificités dans la manière de juger du Conseil de la Concurrence. En effet, "le contentieux économique... repose moins sur un litige inter-individuel que sur une situation conflictuelle où se heurtent de nombreux intérêts collectifs" entraînant ainsi un "développement de l'opportunité au détriment de la légalité"². Il est vrai que les dispositions de l'ordonnance ne définissent pas avec précision les critères des pratiques anti-concurrentielles³, mais face à la diversité des situations et à l'ingéniosité des agents économiques, celles-ci

¹ C. Paris 8 septembre 1998, S.A. Coca-Cola Entreprise, *D. Aff.* 1998/134, p.1633.

² A. Pirovano, "Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel", *Justices* 1995/1, p.15 ; cf. également par ex. : L. Cadiet et S. Guinchard, "Les jeux de la justice et de l'économie", *Justices* 1995/1, p.1.

³ Encore que cela soit à nuancer à propos de l'abus de position dominante en droit algérien, puisque l'article 7 de l'ordonnance indique que "les critères conférant à un agent économique la position dominante, ainsi que ceux qualifiant les actes constituant ces abus, sont définis par voie réglementaire".

ne peuvent pas être ciselées avec précision une fois pour toutes, mais doivent au contraire laisser une marge de manœuvre suffisante au juge afin d'envisager un maximum d'hypothèses qui, objectivement, entrent dans les incriminations. Toutefois, cette situation n'est pas propre au droit de la concurrence¹, car dans sa mission spécifique de trancher des litiges, le juge bénéficie de plus en plus de dispositions légales imprécises destinées justement à lui permettre de remplir sa mission. Ainsi, très souvent, le juge exerce-t-il son pouvoir selon les critères d'opportunité liés aux impératifs économiques².

b) Des moyens concurrents

- *Dans les procédures préventives* : l'article 12 de l'ordonnance française a donné la possibilité au Conseil de la Concurrence de prononcer des mesures conservatoires³ "si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante". Toutefois, en raison de la frilosité du Conseil sur ce point, on peut penser que les plaideurs ont peut-être intérêt à saisir le juge des référés de droit commun car :

- d'une part, les pratiques les plus fréquemment invoquées à l'appui des demandes de mesures conservatoires concernent soit des ruptures de relations contractuelles entre producteurs et distributeurs, soit des prix discriminatoires ou des refus de vente abusifs de la part des fournisseurs en situation de position dominante. Or, le juge des référés de droit commun peut apparaître comme le juge naturel de ces demandes, d'autant plus que l'on peut considérer ces pratiques comme étant restrictives de concurrence⁴ ;

- d'autre part, la demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la Concurrence. Dès lors, si celle-ci n'est pas

¹ On pense à la "bonne foi", aux "brefs délais", aux "bonnes mœurs"...

² Cf. par ex. G. Blanc, "Stratégie des acteurs économiques et production du droit par les juridictions judiciaires", *R.I.D.E.*, 1997/1, n° spécial : "Les magistratures économiques : I", p.165, qui analyse les exemples relatifs à l'inter-détermination du prix et à la publicité comparative.

³ On ne retrouve pas cette possibilité dans l'ordonnance algérienne.

⁴ Compétence exclusive du juge judiciaire sur la base du Titre IV de l'ordonnance française.

recevable, la demande de mesure conservatoire ne peut être que rejetée. Or, cette exigence de saisine préalable du juge du fond n'est pas requise en ce qui concerne la saisine du juge des référés de droit commun (lequel peut mettre fin au litige alors qu'il n'a pas le pouvoir de le trancher au fond) ;

- enfin, le Conseil de la Concurrence n'accorde de mesures conservatoires que lorsqu'il relève des "*présomptions évidentes du caractère illicite des pratiques dénoncées*"¹. Ainsi, le Conseil de la Concurrence a-t-il fréquemment refusé l'octroi de mesures conservatoires, à défaut, pour le demandeur, d'apporter la preuve de la réalité de sa disparition si la pratique devait se perpétuer. L'atteinte doit être immédiate et certaine. Or, les articles 809 alinéa 1^{er} et 873 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile, relatifs aux pouvoirs du juge des référés, précisent que "*le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*". Il y a en effet une différence de degré entre "*l'atteinte immédiate*" et le "*dommage imminent*". Si la première est certaine, le second peut être potentiel.

Dans les procédures de sanction : les pouvoirs d'injonction du Conseil de la Concurrence² et d'astreinte du juge judiciaire peuvent conduire à des résultats similaires.

Un problème particulier de dualité des procédures se pose également à propos de la nullité d'un contrat ou d'une clause mettant en œuvre une pratique anticoncurrentielle. Certes, le contentieux de la nullité est de la compétence des juridictions judiciaires, mais il peut être plus intéressant, pour le contractant "*victime*", d'obtenir non pas la nullité du contrat, mais sa modification. Or, le juge judiciaire n'a pas les moyens d'imposer la réécriture du contrat, il ne peut que l'annuler dans son ensemble ou limiter cette nullité à certaines clauses. De plus, la jurisprudence est hostile à l'application de la législation des clauses abusives entre professionnels³. C'est pourquoi une

¹ Cass. Com. 7 avril 1992, Bull. IV, n°153.

² Cf. les articles 22 de l'ordonnance algérienne et 13 de l'ordonnance française.

³ Puisque la loi vise à protéger le "consommateur" ou "non professionnel"

action devant le Conseil de la Concurrence, à condition de démontrer une atteinte à la concurrence, est plus efficace pour trois raisons.

La première raison réside dans le fait que le Conseil de la Concurrence dispose des moyens de contrainte pour imposer la modification du contrat. Ainsi, sur la base des dispositions de l'article 13 de l'ordonnance française, le Conseil de la Concurrence a-t-il enjoint aux contractants de procéder à des aménagements contractuels en fixant des règles et des délais¹. En fait, le Conseil de la Concurrence a su habilement profiter des dispositions de l'article 13 puisque celui-ci ne prévoit pas expressément le cas des injonctions de modification des stipulations contractuelles, mais indique par une formule générale que "*le Conseil peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières*". L'ordonnance algérienne va plus loin. En effet, dans son article 22, elle indique que "*le Conseil peut, dès lors qu'une entreprise persiste dans les pratiques d'abus de position dominante, interdites et sanctionnées par la présente ordonnance, donner des injonctions à l'entreprise concernée pour se restructurer en vue de mettre fin à ces pratiques*". Le Conseil de la Concurrence algérien a donc le pouvoir d'imposer les formes contractuelles d'organisation des entreprises, d'autant plus que le deuxième alinéa de l'article 22 dispose que "*cette mesure est prononcée après notification d'un avertissement précisant le recours à la restructuration de l'entreprise en cas de récidive*". Le Conseil français a donc le pouvoir de modifier les dispositions contractuelles *en externe* tandis que le Conseil algérien dispose de ce pouvoir *en interne*.

La deuxième raison réside dans le fait qu'à la différence d'une action devant le juge judiciaire, la décision s'appliquera à l'ensemble des parties au contrat et non pas au(x) seul(s) plaignant(s). En effet, si les contractants agissent devant le juge judiciaire, la décision - au nom du principe de l'autorité relative de la chose jugée - ne vaudra qu'entre les parties au

¹ Ex. : Injonction de suppression des clauses de non concurrence, de renégociation des contrats avec les détaillants, d'aménagement d'accords de coopération commerciale, de modification des conditions générales de contrats d'adhésion...

procès. De plus, la multiplicité des actions risque d'entraîner des décisions judiciaires différentes.

La troisième raison repose sur le fait que, contrairement aux jugements civils, l'exécution des décisions du Conseil de la Concurrence n'est pas laissée à la diligence des parties. En effet, les articles 26 de l'ordonnance algérienne et 15 de l'ordonnance française disposent que le Ministre chargé du Commerce (de l'Economie en France), veille à l'exécution des décisions du Conseil de la Concurrence. Ceci est logique puisque ce dernier a pour mission la protection de l'ordre public économique. Cette mission explique d'ailleurs que le Conseil de la Concurrence puisse prononcer des sanctions au cas de non respect de ses injonctions¹. Il en résulte que l'injonction prononcée sera effective sans que la partie "*gagnante*" n'ait à se manifester, exerce par ailleurs malaisé lorsqu'elle est en situation de faiblesse économique.

Toutefois, cette palette de moyens procéduraux est, semble-t-il, mal utilisée en France. Souhaitons qu'en Algérie les praticiens puissent en faire une utilisation plus "*efficace*"...

¹ Cf. l'article 13 alinéa 2 de l'ordonnance française pour des sanctions pécuniaires et l'article 24 alinéa 3 de l'ordonnance algérienne qui prévoit notamment la possibilité de fermeture de l'entreprise.