

Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence

Par **Rachid ZOUAÏMIA**

Professeur à la Faculté de Droit et des
Sciences Politiques

Université A. Mira de Béjaïa

Introduction

L'histoire du droit algérien de la concurrence est liée de manière consubstantielle aux réformes engagées durant la fin des années 1980. Dès l'année 1988, les pouvoirs publics engagent une série de réformes qui s'inscrivent dans le sens d'une libéralisation mesurée de l'économie¹ et ce, sous l'effet d'une crise plurielle qui, de latente, devient subitement patente à la suite d'une chute brutale des recettes en devises engrangées par les exportations d'hydrocarbures. Il a fallu toutefois attendre l'entrée en vigueur de la Constitution de 1989 pour que le législateur puisse mettre en œuvre les réformes libérales en gestation à l'époque. Dans la mesure où celle-ci est vidée de l'idéologie socialiste, on assiste à la promulgation d'une loi relative aux prix qui, sous ce titre anodin, consacre pour la première fois le principe cardinal de l'économie libérale : celui de la libre concurrence. Celle-ci sanctionne les pratiques concertées ainsi que les abus de position dominante comme elle dispose que tout acte de concentration d'entreprises ayant pour effet de contrôler une part significative du marché national doit être soumis à une autorisation préalable².

Il reste qu'il a fallu attendre l'adoption de la Constitution de 1996 pour que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie soit solennellement consacré : l'article 37 de celle-ci

¹ Les limites qui s'imposent aux pouvoirs publics résultent notamment des dispositions de la Constitution de 1976 qui était encore en vigueur à l'époque.

² Loi n° 89-12 du 5 juillet 1989 relative aux prix, *JORA* n° 29 du 19 juillet 1989 (abrogée).

dispose en effet que "la liberté du commerce et de l'industrie est garantie. Elle s'exerce dans le cadre de la loi"³.

La mise en branle de réformes économiques dans le sens de la construction d'une économie de marché a été entreprise au plan juridique par une vaste opération de réception de l'ordre juridique libéral. Les catégories juridiques à la base de l'économie de marché sont introduites dans le droit interne qui subit de profondes mutations : il en est ainsi du principe cardinal de libre concurrence qui, avec la promulgation de l'ordonnance du 25 janvier 1995⁴, marque le pas du passage d'une économie administrée à une économie de marché. Le texte en cause, qui constitue un élément clé du programme de réformes économiques, vise à favoriser le développement d'une saine concurrence entre les entreprises comme il prévoit la libre fixation des prix des services et produits par la loi de l'offre et de la demande. L'ordonnance en question est toutefois abrogée et remplacée par une nouvelle ordonnance promulguée en 2003⁵. Selon l'exposé des motifs du texte, plusieurs raisons expliquent la refonte de la législation :

La première "a trait à la séparation des règles relatives à la concurrence (portant sur les ententes et accords illicites, abus de position dominante et les concentrations) des règles sur les pratiques commerciales (défaut de facturation, non affichage des prix...);

La deuxième raison est liée à la nécessité de rompre avec le caractère répressif de notre législation et de mettre en place des mécanismes de concertation favorisant le contact et la coopération entre l'Administration du commerce, le Conseil de la Concurrence

³ Constitution du 28 novembre 1996, promulguée par décret présidentiel n° 96-438 du 7 décembre 1996, *JORA* n° 76 du 08 décembre 1996, modifiée par loi n° 02-03 du 10 avril 2002, *JORA* n° 25 du 14 avril 2002, modifiée par loi n° 08-19 du 15 novembre 2008, *JORA* n° 63 du 16 novembre 2008.

⁴ Ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, *JORA* n° 09 du 22 février 1995 (abrogée).

⁵ Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20 juillet 2003.

et les entreprises, en vue de familiariser ces dernières au fonctionnement concurrentiel du marché ;

La troisième raison est liée à la réhabilitation du Conseil de la Concurrence dans son rôle de principal régulateur du marché ;

La quatrième raison, a trait aux exigences de l'intégration à l'économie régionale (Union Européenne) et mondiale (OMC) impliquant incontestablement la modernisation et l'harmonisation de notre législation nationale en matière de concurrence"⁶.

Enfin, l'ordonnance de 2003 a fait l'objet de deux amendements : le premier en 2008⁷ et le second au cours de l'année 2010⁸.

L'ordonnance de 2003 relative à la concurrence modifiée et complétée reproduit *in extenso* la législation française en interdisant un ensemble de pratiques considérées comme restrictives de concurrence : on y recense les ententes, les abus de domination, les pratiques de prix prédateurs ou encore les exclusivités, ce à quoi il faut ajouter la soumission de certaines opérations de concentration au régime de l'autorisation préalable.

S'agissant plus particulièrement des ententes, elles retiennent d'autant plus l'attention de l'observateur en ce qu'elles obéissent à un régime à la fois complexe et subtil. Si elles sont prohibées au plan du principe, il reste que le législateur prévoit un régime d'exemption qui dénote le caractère relatif de l'interdiction.

I – Le principe de la prohibition des ententes entre entreprises

⁶ *Motifs ayant justifié l'adoption de la nouvelle ordonnance*, Communication de l'Algérie à la Cinquième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Antalya (Turquie), 14-18 novembre 2005.

⁷ Loi n° 08-12 du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 36 du 2 juillet 2008.

⁸ Loi n° 10-05 du 15 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 46 du 18 août 2010.

En vertu de l'article 6 de l'ordonnance 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 libre concurrence dans un même marché ou, dans une partie substantielle de celui-ci, les pratiques et actions concertées, conventions et ententes expresses ou tacites".

A la lecture de telles dispositions, on constate que toute entente de nature à limiter la concurrence est déclarée illicite. Toutefois, l'analyse des textes permet de nuancer une telle affirmation.

A – Les critères de l'illicéité de l'entente

L'entente doit être analysée comme un concours de volontés entre des entités indépendantes qui décident de coordonner leur comportement sur le marché. Elle tombe sous le coup de la loi et est réprimée comme telle par le droit de la concurrence lorsqu'elle a pour objet et/ou a ou peut avoir pour effet de limiter ou fausser le jeu de la concurrence. On relève ainsi que l'entente n'est pas interdite *per se*. Encore faut-il qu'elle réunisse deux conditions pour être déclarée illicite : l'entente doit d'abord résulter d'un concours de volontés ; elle doit par ailleurs avoir pour objet et/ou avoir pour effet de limiter ou fausser le jeu de la concurrence.

1 – Le concours de volontés

a - Les participants à la concertation ou les auteurs

L'entente doit être imputable à des entreprises. La nature des sujets du droit de la concurrence est définie par l'article 3 de l'ordonnance qui précise que l'entreprise se définit comme "toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant d'une manière durable des activités de production, de distribution, de services ou d'importation"⁹. Le législateur semble s'être inspiré de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans un arrêt du 23 avril 1991, la définit ainsi : "Toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de

⁹ Art. 3 a) de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence.

financement"¹⁰, l'activité économique étant définie comme "toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné"¹¹ ou encore, toute "activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques"¹². Dans une autre affaire plus ancienne, l'entreprise "est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé"¹³.

Ainsi, le législateur algérien s'en tient à une définition fonctionnelle et économique et non juridique de la notion d'entreprise. Pour les besoins de l'application de la loi, il est ainsi fait abstraction de la qualification ou du statut juridiques de l'entité qui intervient sur le marché.

En vertu de l'article 2 de l'ordonnance de 2003, les dispositions de celle-ci s'appliquent :

"- aux activités de production, y compris agricoles et d'élevage, 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 services, d'artisanat et de la pêche, ainsi qu'à celles qui sont le fait de personnes morales publiques, d'associations et de corporations professionnelles, quels que soient leur statut, leur forme et leur objet ;

- aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché.

Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique".

- L'exigence d'une activité économique : Le droit de la concurrence à vocation à appréhender toute activité humaine pourvu que celle-ci soit économique, c'est-à-dire qu'elle puisse être

¹⁰ CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höfner, Fritz Elser, C-41/90, curia.europa.eu/

¹¹ CJCE, 18 juin 1998, Commission/ Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36, curia.europa.eu/.

¹² Déc. Comm. eur., 20 juillet 1999, n° 2000/12, Coupe du monde de football, 1998, europa.eu/

¹³ CJCE, 13 juillet 1962, aff. 19/61, Mannesman, curia.europa.eu/

présente sur un marché où se rencontrent l'offre et la demande. Aux fins de l'application de la loi, pour que l'agent ou l'entité soit considéré comme une entreprise, il est nécessaire que lui soit reconnu l'exercice d'une activité économique sur un marché. C'est ainsi qu'une personne qui achète un produit quelconque sur un marché pour sa consommation personnelle ne peut être envisagée comme une entreprise.

- **Les éléments indifférents à la qualification d'entreprise :** La distinction entre activité économique et activité non économique peut être complexe. S'il ne fait nul doute qu'une entreprise privée intervenant sur un marché doit se soumettre aux dispositions de la loi, la solution n'est pas des plus évidentes pour les personnes publiques ou encore les syndicats, les organisations professionnelles, les ordres professionnels. Dans le cas des personnes publiques, elles sont soumises au même titre que les personnes privées au droit de la concurrence, pourvu qu'elles exercent des activités économiques et non des missions régaliennes¹⁴ ou des activités sociales fondées sur le principe de solidarité.

La notion d'activité économique est entendue au sens large dans la mesure où se trouvent concernées les associations¹⁵ et corporations professionnelles. Il a par exemple été considéré en droit français que l'activité de commissaire-priseur constituait une "activité économique" qui relève du dispositif ayant trait à la

¹⁴ Lorsque la personne publique exerce des missions régaliennes, elle peut toutefois se voir appliquer les règles de la concurrence par effet de ricochet, comme par exemple lorsqu'elle impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 6 ou renforce les effets de telles ententes. Dans un tel cas de figure, c'est le juge administratif et non le Conseil de la concurrence qui est compétent pour apprécier la conformité de l'acte aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence.

¹⁵ A titre d'exemple, en France, a été considérée comme une activité de services la mise à disposition par une association chargée de l'organisation de manifestations culturelles ou commerciales, de locaux d'exposition à des antiquaires et brocanteurs. Voir, Commission française de la concurrence, *Rapport annuel 1984*, p. 11.

concurrence. La même solution a été adoptée dans le cas des autres professions libérales. S'agissant enfin des organismes professionnels, les syndicats ou associations professionnelles, si ceux-ci n'exercent pas d'activité économique, il n'en demeure pas moins qu'ils sont soumis aux dispositions de l'ordonnance dès lors que les pratiques qui leur sont imputables ont associé leurs adhérents, lesquels exercent une activité d'une telle nature.

Lorsque les entreprises en cause concluent une entente, il est toutefois nécessaire de s'interroger sur leur statut dans la mesure où l'entente doit être imputable à des entreprises autonomes : elles doivent être juridiquement distinctes et économiquement indépendantes l'une de l'autre. En effet, l'entente suppose le concours de volontés entre entreprises autonomes aux plans juridique et économique. Comme a pu le souligner la Commission française de la concurrence, "Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres"¹⁶.

Il s'ensuit qu'en toute logique, les dispositions de l'ordonnance ne s'appliquent qu'au concours de volontés entre entreprises juridiquement et économiquement autonomes. On en déduit que sont exonérées les ententes entre entreprises d'un même groupe : les filiales contrôlées par une société mère n'ont pas d'autonomie juridique et forment une seule entité économique au sens du droit de la concurrence¹⁷. A ce titre, elles échappent à l'application des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance. C'est ainsi que le Conseil de la concurrence français estime que "Selon une jurisprudence constante, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intragroupes, dès lors que les filiales ne disposent pas d'une autonomie commerciale". Toutefois, et en revanche, il a été jugé que dans le cas d'un marché, "si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces

¹⁶ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2009*, p. 185, www.autoritedelaconcurrence.fr/

¹⁷ Voir, Charley Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, Litec, Paris, 1991.

offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, elles ne sont plus indépendantes"¹⁸.

Y échappent également les accords entre une entreprise et ses intermédiaires lorsque ces derniers interviennent pour le compte de l'entreprise (à titre d'exemple, on peut citer les accords entre une entreprise et son agent commercial). On applique ici la règle selon laquelle si l'intermédiaire exerce son activité au profit d'un commettant, il est considéré comme auxiliaire intégré dans l'entreprise de ce dernier. Il est tenu de suivre les instructions de son commettant et forme avec ce dernier une unité économique.

b – Les formes de concertation

Les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance couvrent les accords entre entreprises, les décisions d'association d'entreprises, enfin les pratiques concertées.

- **Les accords entre entreprises** : L'accord de volontés peut être formel ou tacite, écrit ou même verbal, résulter d'une structure organique ou contractuelle. Il peut d'abord être horizontal (c'est-à-dire réunissant des entreprises situées au même niveau dans une filière comme dans le cas d'une entente entre les producteurs)¹⁹. Il peut également être vertical (c'est-à-dire conclu entre entreprises situées à des niveaux différents dans une filière : par exemple entre distributeurs et fournisseurs).

¹⁸ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2009*, op. cit., p. 188.

¹⁹ A titre d'exemple, on peut citer l'entente entre les 4 fabricants de lessives (Unilever, Procter & Gamble, Henkel et Colgate Palmolive), les entreprises ayant coordonné leurs stratégies commerciales en décidant en commun les prix de vente et les promotions qu'elles entendaient pratiquer auprès de la grande distribution en France. Cette collusion généralisée sur les lessives, qui a duré de 1997 à 2004, "a permis aux fabricants de restreindre la concurrence pendant près de 6 ans dans ce secteur en France, en maintenant les prix payés par les consommateurs à des niveaux plus élevés que ceux qui auraient résulté d'une compétition non faussée" (Autorité de la concurrence, Communiqué du 8 décembre 2011, www.autoritedelaconcurrence.fr/).

La question des accords se pose avec acuité dans le domaine sensible des marchés publics et notamment dans la répartition de tels marchés entre entreprises dans le cadre de la mise en place de groupements afin de soumettre une offre commune. Une telle pratique n'est pas interdite *per se*. A titre d'exemple, le décret présidentiel portant réglementation des marchés publics dispose en son article 59 que "Lorsque l'intérêt de l'opération le justifie, la possibilité de soumissionner dans le cadre d'un groupement d'entreprises, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence, doit être prévue dans le cahier des charges.

Les soumissionnaires, dans le cadre d'un groupement d'entreprises, doivent intervenir sous la forme d'un groupement solidaire ou d'un groupement conjoint"²⁰.

Ainsi, si la constitution de groupements aux fins de soumettre une offre commune n'est pas interdite en soi, il reste qu'elle n'est permise que si elle a été prévue, et donc autorisée, dans le cahier des charges. Par ailleurs, les concertations entre entreprises membres du groupement restent soumises aux règles définies par l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence.

- Les décisions d'associations d'entreprises : Contrairement au droit français qui n'inclut pas expressément dans le champ d'application de la loi les décisions prises par des associations d'entreprises, la législation algérienne a pris en charge une telle question en ce que l'article 2 de l'ordonnance relative à la concurrence prévoit que ses dispositions sont applicables aux

²⁰ Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, *JORA* n° 58 du 7 octobre 2010 (rectificatif *JORA* n° 75 du 8 décembre 2010), modifié et complété par décret présidentiel n° 11-98 du 1er mars 2011, *JORA* n° 14 du 6 mars 2011, modifié et complété par décret présidentiel n° 11-222 du 16 juin 2011, *JORA* n° 34 du 19 juin 2011, modifié et complété par décret présidentiel n° 12-23 du 18 janvier 2012, *JORA* n° 04 du 26 janvier 2012 (Le groupement est réputé solidaire lorsque chacun des membres du groupement s'engage pour l'exécution de la totalité du marché, il est conjoint lorsque chacun des membres du groupement s'engage à exécuter les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché).

associations et aux corporations professionnelles, quels que soient leur statut, leur forme et leur objet.

En effet, si les associations d'entreprises, les syndicats professionnels ainsi que les corporations professionnelles n'exercent pas d'activité économique au sens de l'article 3 de l'ordonnance, soit des activités de production, de distribution, de services ou d'importation, il reste que de tels groupements sont susceptibles d'abriter des actions concertées entre leurs membres. C'est la solution retenue par le Conseil de la concurrence français dans un avis où il est noté que "le fait que le support d'une entente soit une association ou un syndicat professionnel n'exerçant pas d'activité économique n'exclut pas de lui appliquer le droit des ententes, dès lors que les pratiques ont associé des adhérents qui exercent bien une telle activité et qu'elles sont susceptibles d'affecter une telle activité. Par ailleurs, l'élaboration et la diffusion, à l'initiative d'une organisation professionnelle, d'un document destiné à l'ensemble de ses adhérents constitue une action concertée"²¹. Dans d'autres hypothèses, le syndicat sert de lieu de rencontre et de support logistique à la concertation dans laquelle ses représentants jouent un rôle actif dans la mise en œuvre de l'entente, de sorte que les actes imputables aux organes du groupement professionnel sont susceptibles d'être qualifiés d'accords ou de pratiques concertées entre les membres de l'association et de tomber sous le coup de la loi. On peut mentionner à titre d'exemple un règlement professionnel, une circulaire, un barème ou encore les statuts de l'association, des recommandations, des avis, voire des informations²².

- **Les pratiques concertées** : La notion de pratique concertée est née aux Etats-Unis puis reprise dans le traité de Rome en 1957. En

²¹ Cons. Conc., Avis 03-A-18 du 15 octobre 2003, www.conseil-concurrence.fr/

²² A titre d'exemple, le Conseil français de la concurrence a sanctionné plusieurs syndicats de médecins pour avoir été, de la fin de l'année 2001 au début de l'année 2005, à l'origine d'actions concertées avec leurs adhérents afin d'obtenir une hausse artificielle de leurs honoraires. Voir, Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2008*, p. 187, www.autoritedelaconcurrence.fr/

l'absence d'une définition de la notion dans les textes, c'est la Cour de justice qui a été amenée à en préciser les contours. Elle estime que la pratique concertée peut être définie comme "une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence"²³, cette coopération ayant pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché. Dans l'arrêt *Suiker Unie*, la CJUE a ajouté que la coordination devait être considérée "compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume et du caractère dudit marché"²⁴. La jurisprudence européenne ajoute que la conception inhérente aux règles de concurrence exige que "tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché. Si cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose à toute prise de contact, directe ou indirecte, entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de tenir soi-même, sur le marché"²⁵.

Toutefois, il reste que des actes unilatéraux au plan formel peuvent abriter des ententes : c'est le cas de lettres circulaires, de conditions générales de vente adressées par un fabricant à ses distributeurs. Dès lors que ces actes sont acceptés par les destinataires, soit tacitement, soit de manière expresse, l'entente est réputée avoir été consommée.

2 – L'effet restrictif de concurrence

Selon les termes de l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence, les ententes ne sont prohibées que "lorsqu'elles ont

²³ CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 64, curia.europa.eu/.

²⁴ CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Suiker Unie*, point 26, op. cit.

²⁵ TPICE, 24 oct. 1991, *Petrofina*, att. n° 223, n° 31, Rec. 8/II, 867.

pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence dans un même marché ou, dans une partie substantielle de celui-ci". Ainsi, le droit de la concurrence n'interdit pas toute forme d'entente. Pour qu'elle tombe sous le coup de la loi, encore faut-il qu'elle soit restrictive de concurrence soit par son objet, soit par ses effets. En outre, l'objet ou l'effet restrictif doit porter sur un même marché.

a - L'existence d'une restriction

L'ordonnance pose une condition alternative : l'entente est punie par la loi soit lorsqu'elle fausse objectivement le marché, soit lorsqu'elle a pour effet de restreindre la concurrence. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'entente ait produit des effets pour être déclarée illicite. Ainsi, "une entente dont l'objet est anticoncurrentiel peut être déclarée illicite sans avoir reçu application"²⁶. Il suffit que l'entente ait un objet de nature à restreindre, fausser ou éliminer la concurrence sur le marché en cause. Ici il n'est pas nécessaire que l'entente ait été mise en œuvre et ait produit des effets restrictifs de concurrence. On en déduit "la fonction préventive de l'interdiction"²⁷ en ce sens que l'entente tombe sous le coup des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance dès lors qu'elle est susceptible de restreindre la concurrence ou qu'elle comporte des effets potentiels.

Le droit des ententes repose sur une notion fondamentale : celle "selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché"²⁸. Dans l'arrêt *Suiker Unie*, la Cour de justice estime que cette exigence d'autonomie s'oppose à toute prise de contact "ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on

²⁶ André Decocq et Georges Decocq, *Droit de la concurrence*, LGDJ, 3^{ème} édition, Paris, 2008, p. 321.

²⁷ Aurelio Pappalardo, "La réglementation communautaire de la concurrence", *RIDE*, n° 3, 1994, p. 359.

²⁸ CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., *Suiker Unie*, point 173, op. cit. ; CJCE, 14 juillet 1981, aff. 172/80, *Züchner*, points 13 et 14, curia.europa.eu/

envisage de, tenir soi-même sur le marché"²⁹. On comprend ainsi que l'objet ou l'effet anticoncurrentiel d'une entente soit jugé en fonction de son impact sur l'autonomie des entreprises. Ce qui est en jeu, c'est le degré d'incertitude qui doit entourer la stratégie des entreprises. Dès lors qu'une entente réduit une telle incertitude de l'entreprise sur la stratégie adoptée par ses concurrents, elle tombe sous le coup de la loi. A titre d'exemple, et en matière de marchés publics, tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est considéré comme une pratique restrictive de concurrence s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, eu égard au comportement des concurrents. "Cette incertitude est en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en termes de qualité et de prix pour obtenir le marché. A l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée"³⁰.

En somme, constituent des ententes prohibées toutes formes d'accords et de pratiques concertées qui limitent l'incertitude sur le comportement futur des membres de l'entente. Dans son rapport annuel pour l'année 2010, l'Autorité française de la concurrence estime, dans cet ordre d'idées, que le partage d'informations entre entreprises peut être qualifié de pratique concertée dans la mesure où, "Sans aller jusqu'à la constitution d'un plan commun d'action, les opérateurs partagent des informations sur les prix ou sur d'autres données que les prix, réduisant l'incertitude de chacun sur le comportement des autres. Les entreprises n'ont pas de projet commun, mais mettent en place des structures de coordination dont l'objectif est plus général : il ne s'agit pas de s'accorder sur un barème de prix (là, on est en présence d'un accord), mais de mettre en place, par exemple, un programme de lutte contre la

²⁹ CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 174, op. cit.

³⁰ Conseil de la concurrence, décision 08-D-33 du 16 décembre 2008, www.conseil-concurrence.fr/

détérioration des marges des entreprises". Le rapport ajoute que "au sens du droit de la concurrence, il y aura concordance de volontés, non seulement quand les entreprises conviennent à l'avance de leur comportement sur le marché, mais également lorsqu'elles éliminent délibérément le risque d'ignorance de leurs comportements futurs par une information réciproque et lorsque, grâce à cela, elles peuvent coordonner leur comportement"³¹.

Dans le second cas de figure, l'atteinte à la concurrence est potentielle. L'entente est punie même si le résultat projeté n'a pas été effectivement atteint. A titre d'exemple, l'échange d'informations à l'occasion d'un appel d'offres pour un marché public est constitutif d'entente illicite dans la mesure où il est de nature à fausser le jeu de la libre concurrence. Il reste toutefois que la distinction entre objet et effet restrictifs n'est pas toujours aisée. C'est pourquoi les autorités en charge de la concurrence ont tendance à privilégier une approche pragmatique en privilégiant le recours à la notion d'objet anticoncurrentiel des ententes.

Au vu de la diversité des formes que peut prendre l'entente restrictive de concurrence, le législateur se contente d'en citer les exemples les plus saillants : il s'agit des accords ou pratiques concertées qui tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice d'activités commerciales par d'autres entreprises, ceux qui tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse (les ententes tarifaires), ceux qui tendent à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique, ceux ayant pour objet ou pour effet de répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ou encore qui tendent à permettre l'octroi d'un marché public au profit des auteurs de ces pratiques restrictives (le cas le plus connu étant celui de la pratique d'offres de couverture, soit des offres volontairement plus élevées que celles du concurrent auquel a été attribué le marché).

b – La localisation de la restriction : la notion de marché pertinent

³¹ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2010*, p. 203, www.autoritedelaconcurrence.fr/

La notion de marché pertinent ou marché en cause sert de référent essentiel à l'évaluation des effets restrictifs d'une entente. Selon l'approche la plus utilisée en droit comparé de la concurrence, la notion de marché a une composante matérielle, fondée sur la notion de substituabilité de produits ou services, et une dimension géographique. "Le marché se définit comme le lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non-substituables aux autres biens ou services offerts".

C'est l'approche retenue par le législateur algérien : en vertu des dispositions de l'article 3 de l'ordonnance, qui tient lieu de glossaire, le marché est conçu comme "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".

Quant aux critères d'appréciation de la notion de substituabilité, ils ont généralement trait, notamment, aux caractéristiques fonctionnelles, techniques du produit, à son usage, son mode de distribution, les catégories d'acheteurs, la nature de l'offre (grande distribution ou commerce de détail), l'élasticité prix-demande³².

Si la nature du produit ou du service peut servir d'indice de la substituabilité, elle reste insuffisante et on a souvent recours à d'autres paramètres comme le comportement des utilisateurs, les spécificités techniques du produit lorsqu'elles influent de manière décisive sur le comportement des utilisateurs³³. En termes plus simples, le Conseil de la concurrence est appelé à procéder à un

³² Voir, Michel Glais, "Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence", *Economie rurale*, n° 277-278, 2003, pp. 23-44.

³³ Voir, Cass. Com. 22 mai 2001, Routière de l'Est, *Recueil Dalloz*, 2001, AJ. 2973.

examen concret des choix effectués par les acheteurs concernés, le cas échéant par le moyen d'une expertise, pour se prononcer sur le caractère substituable ou non des produits en cause, soit définir un ensemble de produits entre lesquels les consommateurs sont en mesure d'arbitrer : une telle entreprise nécessite la prise en compte des caractéristiques du produit, de ses fonctionnalités, mais implique également d'autres paramètres tels les évolutions de volume et de prix d'un produit donné³⁴.

B – Les tempéraments au principe de l'illicéité de l'entente

1 - La théorie du seuil de sensibilité

Le droit communautaire de la concurrence fixe un seuil *de minimis* en dessous duquel les opérateurs économiques ne sont pas visés par les dispositions ayant trait à la prohibition des ententes anticoncurrentielles. Cette approche formaliste de la notion de restriction a conduit à fixer des seuils en dessous desquels les entreprises parties à des accords échappent à l'application du principe de l'interdiction des ententes³⁵. Lorsqu'on est en présence d'accords horizontaux entre entreprises concurrentes, et qui sont tenus pour plus nocifs aux règles de la concurrence que les accords verticaux, le seuil est de 10%³⁶. En d'autres termes, lorsque les entreprises parties à un tel type d'accords détiennent ensemble

³⁴ Frédéric Jenny, Table ronde sur "Délimitation du marché pertinent et entente", Conquête de la clientèle et droit de la concurrence. Actualité et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines, www.creda.ccip.fr/

³⁵ Cf. Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal officiel* n° L 336 du 29/12/1999, pp. 0021 – 0025 ; Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *Journal officiel* n° C 368 du 22/12/2001 pp. 0013 – 0015.

³⁶ Cf. Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, *Journal officiel* n° C 003 du 06/01/2001, pp. 0002 – 0030.

moins de 10% de parts de marché sur le marché pertinent, elles échappent à l'application du dispositif ayant trait aux ententes. S'agissant des accords entre entreprises non concurrentes, soit les accords verticaux (comme dans le cas d'accords de distribution), le seuil est fixé à 15% de parts de marché³⁷.

En France, le dispositif relatif à la concurrence, qui résulte de l'ordonnance de 1986 puis du Code de commerce, ne fixait pas un tel seuil. C'est la jurisprudence qui a introduit la notion de seuil de sensibilité. Dans l'affaire Rocamat, la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris, a jugé que c'est à bon droit que ladite Cour d'appel, "faisant application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et en se référant à l'interprétation donnée en droit communautaire à l'article 85, § 1, du traité, a décidé, par une appréciation concrète, qu'en l'espèce cette prohibition ne pouvait être relevée, l'accord dénoncé n'ayant qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouvant porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence"³⁸. Ainsi, le juge français adopte une position pragmatique, en l'absence de textes, et se résout à traiter les ententes au cas par cas pour en déduire l'effet sensible. Dans une seconde affaire, la Cour de cassation a pu juger que "c'est à bon droit que la Cour d'appel a énoncé qu'en l'absence de toute définition légale ou réglementaire d'un seuil de sensibilité, il appartient aux juridictions saisies de vérifier dans chaque cas d'espèce si l'effet potentiel ou avéré des pratiques incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné"³⁹. Les juridictions héritent ainsi, à la suite de l'Autorité de la concurrence, de larges compétences en vue de procéder à une analyse concrète du marché pertinent à l'effet de mesurer l'impact des pratiques en cause pour décider, en fonction

³⁷ Cf. Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, *Journal officiel* n° C 291 du 13/10/2000, pp. 0001 – 0044.

³⁸ Cass. Comm., 4 mai 1993, Rocamat, www.legifrance.gouv.fr/

³⁹ Cass. Comm., 12 janvier 1999, Zannier, www.legifrance.gouv.fr/

du contexte, si elles tombent sous le coup des dispositions du Code de commerce relatives aux ententes illicites.

Enfin, à l'occasion d'une refonte de la législation relative à la concurrence, le législateur français introduit de nouvelles dispositions dans le Code de commerce qui s'inspirent du droit européen pour fixer des seuils de sensibilité. En vertu de l' Article L464-6-1 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises ne dépasse pas soit 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'ententes horizontales, soit 15 % lorsqu'il s'agit d'ententes verticales⁴⁰.

Dans le cas algérien, ni le législateur, ni le pouvoir exécutif n'ont fixé de seuil en dessous duquel les entreprises ne sont pas passibles de poursuites. Il appartient dès lors tant au Conseil de la concurrence qu'au juge de contrôle d'analyser, au cas par cas, et en fonction de la situation du marché, l'effet sensible d'une entente sur la concurrence. On peut toutefois penser que ne sont pas visés les accords entre petites et moyennes entreprises (PME).

2 - La règle de raison

La règle de raison a été développée aux Etats-Unis et s'est progressivement substituée à la prohibition *per se* dans l'application du *Sherman Act*⁴¹. Il s'agit d'une règle "reposant sur une discussion raisonnée au cas par cas, destinée à évaluer les effets du recours à des pratiques dont le caractère anticoncurrentiel n'est que présumé *a priori*"⁴². La règle a pris deux formes : la théorie des restrictions accessoires d'une part et, d'autre part, la théorie du bilan concurrentiel. "Dans le premier cas, une clause restrictive peut être jugée licite si elle est l'accessoire d'un contrat dont l'objet principal est licite. Dans le second, en l'absence

⁴⁰ L'article L464-6-2 du Code de commerce tempère quelque peu une telle règle en ce qu'il prévoit qu'elle ne s'applique pas dans un certain nombre de cas de restrictions considérées comme particulièrement graves.

⁴¹ David Encaoua et Roger Guesnerie (éds), *Politiques de la concurrence*, Conseil d'Analyse économique, La Documentation française, Paris, 2006, p. 65 et ss.

⁴² Ibid. p. 140.

d'interdictions *per se*, la méthode consiste à opérer une balance des effets pro- et anticoncurrentiels de l'accord pour déterminer s'il doit être interdit ou non"⁴³.

Dans le cas du droit européen, on assiste à un renouvellement de l'approche de la règle de raison à la lecture du dispositif du règlement 1/2003⁴⁴ qu'accompagnent les lignes directrices adoptées par la Commission le 30 mars 2004⁴⁵. S'agissant de la théorie des restrictions accessoires, il y est précisé que "La notion 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 concurrence et qui lui serait proportionnée" (point 29). Elle se décompose en deux éléments : la restriction est, d'une part, directement liée et de manière indissociable à l'opération principale ; elle est par ailleurs objectivement nécessaire et proportionnée. Dans ce cas de figure, la restriction accessoire suit alors le sort de l'accord principal. Dans la mesure où ce dernier est jugé licite, la restriction accessoire échappe aux poursuites.

S'agissant de la théorie du bilan concurrentiel, elle semble condamnée par la Commission. Celle-ci estime en effet que "la mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 81, § 3" (pt. 11 *in fine*, pt. 30), c'est-à-dire dans le cadre des dispositions ayant trait aux exemptions motivées par le progrès économique⁴⁶.

⁴³ Laurence Idot, "La qualification de la restriction de concurrence : A propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE, 2004", www.courdecassation.fr/

⁴⁴ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *Journal officiel* n° L 001 du 04/01/2003, pp. 0001 – 0025.

⁴⁵ Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, *Journal officiel*, n° C. 101 du 27 avril 2004, pp. 81-96.

⁴⁶ Sur la question en droit français, voir Blaise Jean-Bernard, "L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence",

Enfin, le droit algérien ne traite pas de la question du bilan concurrentiel. Les seules dispositions qui permettent au Conseil de la concurrence d'établir un bilan sont celles de l'article 9 qui traitent des exemptions. On pourrait toutefois se demander si le Conseil n'est pas habilité à mettre en application la théorie du bilan concurrentiel dans le cadre des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence. A titre d'exemple, c'est le cas d'une entente, manifestement illicite en vertu des dispositions de l'article 6, qui aurait toutefois des effets positifs sur la concurrence, sans pour autant remplir les conditions que pose l'article 9 pour bénéficier d'une exemption. Une telle entente pourrait être exonérée des poursuites non pas sur le registre du progrès économique, mais sur celui, par exemple, de la protection de l'environnement ou d'autres motifs d'intérêt général. On peut penser à ce que la doctrine désigne par l'expression "ententes ou cartels de dépression" dont l'objet est de faire face à une crise économique et qui font l'objet d'une réglementation dans certaines législations comme, par exemple au Japon ou Espagne. En un mot, le Conseil serait amené à replacer la pratique litigieuse dans son contexte d'ensemble pour se prononcer sur sa licéité. S'il répugne à faire sienne une telle théorie, ne reste alors aux entreprises concernées qu'à solliciter une attestation négative.

3 – Les attestations négatives

En vertu de l'article 8 de l'ordonnance relative à la concurrence, "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 bénéficier des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par décret". De telles modalités ont été fixées par un décret exécutif daté du 12 mai 2005 qui fixe les conditions à remplir par les entreprises en cause en précisant en

in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 85.

annexe que les demandeurs doivent indiquer les avantages que procure l'objet de la demande au profit des entreprises concernées, la durée de la demande, les raisons pour lesquelles l'objet de la demande pourrait affecter la concurrence, celles 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, enfin les avantages que la demande est susceptible de procurer à la concurrence, aux utilisateurs et aux consommateurs⁴⁷.

De telles dispositions, que l'on ne retrouve pas en droit français, ont été purement et simplement reprises du droit européen dont le Règlement 17 du Conseil du 6 février 1962 dispose que la Commission peut constater, à la conclusion d'une procédure analogue à celle de l'article 85 par. 3 "qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard (d'une entente) en vertu des dispositions de l'article 85 paragraphe 1, ou de l'article 86 du Traité".

Contrairement à ce que suggère un auteur, l'attestation négative n'est pas une exemption délivrée en application des règles de l'article 9 de l'ordonnance ayant trait aux exemptions⁴⁸. Si les deux procédures, exemption et attestation négative, semblent similaires, il reste que les deux types de décisions du Conseil de la concurrence diffèrent de manière fondamentale⁴⁹ :

- En accordant une exemption, le Conseil de la concurrence constate que si l'accord ou la pratique réunissent les conditions légales pour être interdits, ils présentent toutefois des avantages qui limitent leurs effets négatifs sur la concurrence, à ce titre le Conseil les agrée en accordant aux opérateurs concernés une exemption. L'idée à la base de ce type de dispositions est de ne pas entraver les pratiques bénéfiques pour l'économie.

⁴⁷ 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, *JORA* n° 35 du 18 mai 2005.

⁴⁸ Mohamed Chérif Kettou, *Droit de la concurrence et pratiques commerciales*, Editions Baghdadi, Alger, 2010, p. 43.

⁴⁹ Voir, Rachid Zouaïmia, "Le Conseil de la concurrence et la régulation des marchés", *Revue Idara*, n° 36, 2008, pp. 7-45.

- En délivrant une attestation négative, le Conseil constate que l'accord ou la pratique qui lui sont soumis ne remplissent pas les conditions posées par le texte législatif pour être réprimés. Ils peuvent limiter la concurrence sans pour autant avoir un impact substantiel sur le marché, ce qui implique qu'ils ne sont pas susceptibles de poursuites en ce que de tels comportements d'entreprises (accords, décisions, pratiques) n'enfreignent pas la prohibition de l'article 6 du dispositif légal.

- Enfin, dans le cas de la mise en œuvre des dispositions de l'article 8, le Conseil de la concurrence délivre une attestation, lorsque les entreprises sollicitent l'application des dispositions de l'article 9, le Conseil délivre une autorisation.

La procédure de l'attestation négative a pu être décrite comme mesure préventive et pédagogique. "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"⁵⁰.

II – L'exception au principe : les exemptions

Dans la mesure où le principe de libre concurrence n'est pas une fin en soi, il est nécessaire que le principe de l'interdiction des ententes ne soit pas appliqué de manière rigide en ce sens où à côté des ententes nuisibles à une saine compétition entre entreprises, il en existe d'autres de nature à favoriser l'innovation et le progrès économique. C'est pourquoi le législateur, s'inspirant du droit français et de celui de l'Union européenne, a prévu un régime d'exemption au profit de certaines ententes. Toutefois, la question

⁵⁰ *Relations entre les autorités de concurrence et les instances de réglementation sectorielles en particulier en ce qui concerne l'abus de position dominante*, Communication de l'Algérie Soumise à la Septième session du Groupe Intergouvernemental d'Experts du Droit et de la Politique de la Concurrence de la CNUCED, Genève, 30 octobre - 2 novembre 2006.

qui se pose consiste à se demander jusqu'à quel point doit-on assouplir l'application du droit de la concurrence⁵¹.

Au plan du principe, toute pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter ou fausser la concurrence sur marché est prohibée et sanctionnée comme telle par le Conseil de la concurrence. Toutefois, l'ordonnance relative à la concurrence prévoit un régime d'exemptions au profit de pratiques qui tombent sous le coup des dispositions de l'article 6 relatives aux ententes.

En vertu des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance relative à la concurrence, "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".

Ainsi, l'interdiction des ententes telle que formulée à l'article 6 de l'ordonnance n'est pas absolue en ce que l'article 9 du même texte prévoit que de telles dispositions peuvent être déclarées inapplicables dans deux cas de figure :

- lorsque les accords et pratiques "résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application" ;
- dans le cas où, après notification, il est admis que les accords et pratiques "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".

A - L'exception législative ou réglementaire

⁵¹ Michèle Rioux, *Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique*, Université du Québec à Montréal, Août 2001, www.unites.uqam.ca/gric/

Dans le cas d'une exemption législative, on constate l'inutilité du texte de l'alinéa 1^{er} de l'article 9 en ce sens qu'il va de soi qu'une loi spéciale l'emporte sur un dispositif législatif général selon la maxime *specialia generalibus derogant*.

Au plan pratique, l'exemption peut être mise en œuvre par un texte législatif ou réglementaire pris pour son application dans certaines situations de crise qui nécessitent l'intervention des pouvoirs publics en vue de réguler le marché. Diverses mesures ayant des effets restrictifs de concurrence peuvent être envisagées comme la programmation prévisionnelle de la production en fonction des débouchés, la limitation du volume de la production, la restriction à l'accès de nouveaux opérateurs, la fixation de prix de cession des matières premières⁵².

S'agissant des exemptions résultant d'un texte réglementaire, le texte de l'ordonnance précise qu'il doit être pris en application d'un texte législatif. Il appartient dès lors au Conseil de la concurrence de vérifier que les textes réglementaires invoqués ont bien été pris directement pour l'application d'une loi, faute de quoi ils ne peuvent être invoqués par les parties à l'entente pour justifier le comportement restrictif de concurrence. Cette règle exclut les règlements autonomes, soit les décrets présidentiels, dans la mesure où en application des dispositions de l'article 125 de la Constitution, l'application des lois relève du domaine réglementaire du Premier ministre. Par ailleurs, la matière de la concurrence fait partie des attributions réservées au législateur, de sorte qu'elle ne peut relever des matières réservées au règlement autonome.

La notion de texte réglementaire d'application d'une loi ne recouvre donc pas l'ensemble des dispositions réglementaires qui peuvent être rattachées plus ou moins étroitement à l'application d'un texte législatif. Elle vise uniquement les dispositions qui constituent les mesures d'exécution d'une loi ou d'une ordonnance. L'analyse est effectuée au cas par cas et l'Autorité de la concurrence interprète les dispositions du Code de commerce de manière

⁵² Sur la question des exemptions législatives et réglementaires en France, voir André Decocq et Georges Decocq, *Droit de la concurrence*, op. cit., p. 375.

restrictive. Ainsi, la pratique décisionnelle de l'Autorité révèle qu'un arrêté ministériel pris en application d'un décret (et non d'un texte législatif) ne peut permettre de justifier une pratique anticoncurrentielle⁵³ "Il a ainsi été considéré qu'un arrêté interministériel, pris pour l'application d'un décret d'application d'une loi n'était pas susceptible d'être invoqué par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, ce type d'arrêté n'étant que très indirectement lié à l'application d'une loi"⁵⁴.

Par ailleurs, il a été jugé que le seul fait "qu'une pratique soit encouragée par les pouvoirs publics et connue de ceux-ci ne suffit pas à la justifier" au titre des dispositions relatives à l'exemption législative ou réglementaire. Une pratique restrictive de concurrence et imputable à des entreprises ne peut être exemptée que si elle est imposées soit par la loi, soit par un texte réglementaire pris en application d'une loi, étant précisé que s'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de discuter du bien-fondé de l'exemption, ceci ne signifie pas qu'il soit incompétent pour apprécier les pratiques en cause. Il lui appartient en effet de vérifier si de telles pratiques sont couvertes par les dispositions de l'ordonnance et si le texte législatif ou réglementaire prévoit expressément une telle exemption.

En droit français, les dispositions du Code de commerce relatives aux exemptions législatives et réglementaires sont souvent invoquées dans le cas de marchés qui font l'objet d'un encadrement sectoriel réglementé important, dont l'objectif est parfois précisément d'affecter le fonctionnement de la concurrence. Quant à l'Autorité de la concurrence, elle considère généralement que le fait qu'une réglementation comporte des restrictions au jeu de la concurrence ne fait pas systématiquement obstacle à l'application du droit de la concurrence.

⁵³ Voir, Aurélien Condomines, *Le nouveau droit français de la concurrence*, Jurismanager, Paris, 2009, p. 231.

⁵⁴ OCDE, *La justification de pratiques par l'existence d'une réglementation : France*, Groupe de travail sur la concurrence et la réglementation, DAF/COMP/WP2/WD(2011)2, 14 Février 2011, p. 4.

Enfin, le texte invoqué par les auteurs d'une pratique restrictive doit être antérieur au comportement jugé illicite. "Le recours à un texte postérieur aux faits litigieux permettrait la disparition rétroactive du caractère illicite des comportements constatés et, en conséquence, la non-application du principe de prohibition des pratiques anticoncurrentielles ; par le refus de toute rétroactivité l'Autorité de la concurrence cherche donc à réduire l'impact de l'ordre de la loi en tant que fait justificatif"⁵⁵. Ainsi, la confirmation législative ou réglementaire a posteriori d'une pratique déjà mise en œuvre ne devrait pas exclure la sanction de cette pratique, à tout le moins pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du texte législatif ou réglementaire concerné⁵⁶. A titre illustratif, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par une association interprofessionnelle de producteurs de fraises, celle-ci a invoqué la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques pour justifier le bien fondé de son action : elle a pu soutenir que le regroupement des producteurs était justifié par les difficultés spécifiques que connaissait le secteur, d'autre part, la réglementation applicable au secteur en période de crise était inapplicable en l'espèce, ce qui a justifié l'intervention du législateur, enfin, que des décisions urgentes devaient être prises. Toutefois, le Conseil de la concurrence a rejeté l'argumentation en considérant que les dispositions de ladite loi, à supposer qu'elles aient trouvé à s'appliquer en l'espèce, étaient intervenues postérieurement à la mise en œuvre des pratiques reprochées, de sorte que l'association interprofessionnelle ne pouvait valablement les invoquer pour justifier ces pratiques⁵⁷.

Sur le registre des exemptions législatives dans le cas algérien, dans le secteur de l'agriculture, et dans le cadre de la politique nationale de soutien aux activités agricoles, l'Etat

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Aurélien Condomines, *Le nouveau droit français de la concurrence*, op. cit., p. 232.

⁵⁷ Décision 03-D-36 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des fraises produites dans le Sud-ouest, in OCDE, *La justification de pratiques par l'existence d'une réglementation : France*, op. cit. pp. 4-5.

encourage la constitution d'organisations professionnelles agricoles et leur promotion en application de la loi du 3 août 2008⁵⁸. Celle-ci prévoit en son article 54 la constitution de coopératives agricoles ayant pour objet :

- d'effectuer ou de faciliter les opérations de production, de transformation, d'achat ou de commercialisation ;
- de réduire au profit de ses membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et le prix de vente de certains produits et de certains services ;
- d'améliorer la qualité des produits fournis à ses membres et de ceux produits par ces derniers".

De telles dispositions autorisent manifestement la constitution d'ententes à l'abri des coopératives agricoles dans la mesure où la loi autorise la concertation entre les membres, s'agissant notamment de la question de la réduction des prix de revient et de vente qui implique des décisions communes.

On retrouve par ailleurs sensiblement les mêmes dérogations aux dispositions de l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence dans le dispositif de l'article 60 de la loi d'orientation agricole qui prévoit que "Deux ou plusieurs exploitants agricoles peuvent par acte authentique, constituer un groupement d'intérêts communs agricoles pour une durée déterminée dans le but, notamment :

- de mettre en œuvre tous les moyens qu'ils jugent nécessaires pour développer l'activité agricole et économique de chacun deux ;
- d'améliorer ou accroître les résultats de cette activité et réaliser des économies d'échelles".

Là encore le législateur autorise les exploitants agricoles à agir de manière concertée dans le cadre des groupements d'intérêts communs agricoles dans la mesure où la mise en œuvre de tous les moyens pour le développement de l'activité de chacun des membres nécessite une entente sur divers volets ayant trait à l'exploitation et notamment sur les prix des produits.

B - Les exceptions liées à la notion de progrès économique

⁵⁸ Loi n° 08-16 du 3 août 2008 portant orientation agricole, *JORA* n° 46 du 10 août 2008.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1995, le législateur avait restreint la procédure d'exemption aux accords et pratiques ayant pour effet d'assurer un progrès économique ou technique. En outre, les entreprises concernées étaient simplement tenues de tenir informé le Conseil de la concurrence⁵⁹. En vertu des dispositions de l'article 9 l'ordonnance de 2003 relative à la concurrence, "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".

a - Le progrès économique au sens large

Ici, il est nécessaire d'établir une distinction entre l'idée d'une règle de minimis (selon laquelle certains accords sont de trop peu d'importance pour nuire véritablement à la concurrence et ne concernent pas vraiment les autorités chargées de la concurrence) et l'idée que certains accords qui présentent des caractéristiques restrictives de concurrence méritent néanmoins de bénéficier d'une mesure d'exception en raison d'autres traits qui compensent ces caractéristiques⁶⁰.

On a pu écrire que "Le principe des exemptions est le compromis trouvé entre les deux objectifs que constituent la défense en soi du processus de concurrence et la recherche de l'efficacité économique"⁶¹, tandis que pour un autre auteur, "L'exemption n'est pas un simple mécanisme destiné à édulcorer le principe de prohibition des ententes. C'est un véritable instrument de la politique de concurrence"⁶².

Si l'on se réfère au droit comparé, la plupart des législations dans le monde prévoient un régime d'exemptions pour cause de

⁵⁹ Art. 9 de l'ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, *JORA* n° 09 du 22 février 1995.

⁶⁰ Voir, CNUCED, *Loi type sur la concurrence*, Nations Unies, Genève, 2010, p. 16.

⁶¹ David Encaoua et Roger Guesnerie (éds), *Politiques de la concurrence*, op. cit., p. 66.

⁶² Catherine Prieto, "Le progrès technologique dans le traitement des ententes", *RIDE*, n° 3, 2007, p. 318.

progrès économique. Parmi les éléments retenus, on relève l'amélioration de la production ou de la distribution des produits, le développement des investissements, les accords de recherche-développement (R&D), l'amélioration des conditions de l'approvisionnement du marché, l'amélioration de la compétitivité ou encore la protection de l'environnement⁶³.

En examinant la pratique décisionnelle de l'autorité française de la concurrence, on constate qu'à l'occasion de l'examen de diverses demandes d'exemption, elle a eu à affiner les contours de la notion de progrès économique. A titre d'exemple, dans une décision rendue en 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a considéré "qu'elles ont contribué au progrès économique que représente le passage à un système de compensation dématérialisé des chèques interbancaires. En effet, la dématérialisation du système de compensation entraînait la création de nouvelles charges pour les banques et supposait de compenser le transfert de certaines charges, auparavant assumées par les banques tirées, aux banques remettantes. Afin d'assurer le bon fonctionnement du système de dématérialisation du traitement des chèques, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre"⁶⁴.

S'agissant des accords de recherche-développement, ils semblent bénéficier d'un présupposé favorable "dans la mesure où cette coopération tend généralement à promouvoir le progrès technique et économique en permettant une rationalisation des efforts et des coûts, par les doubles emplois évités, et une diffusion large du savoir-faire"⁶⁵.

⁶³ Voir, CNUCED, *Loi type sur la concurrence*, op. cit.

⁶⁴ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2010*, p. 235, www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁶⁵ Catherine Prieto, "Le progrès technologique dans le traitement des ententes", op. cit., p. 321.

Les accords de coopération en recherche-développement peuvent être bénéfiques aux parties pour divers motifs. D'abord, la mise en place d'une filiale commune permet en effet aux entreprises concernées "de maintenir une certaine continuité dans les relations de long terme que nécessitent les échanges de technologie et de savoir-faire, continuité qui ne peut toujours être assurée par des transactions de marché"⁶⁶. En outre, de tels accords permettent le partage des risques et évitent la duplication des coûts de la recherche qui sont partagés entre les entreprises. Par ailleurs, la coopération en R&D permet l'accès au financement dans la mesure où elle offre de meilleures garanties de remboursement, "ce qui atténue le problème soulevé par Schumpeter selon lequel seule la très grande entreprise génère des excédents financiers suffisants pour autofinancer la recherche"⁶⁷. Enfin, la coopération en R&D peut être également bénéfique aux consommateurs. En effet, "le résultat d'un investissement de recherche ne peut toujours être totalement approprié par son auteur"⁶⁸, l'activité de recherche étant marquée par de fortes externalités de diffusion.

On comprend que les accords de coopération en recherche-développement puissent ainsi bénéficier des faveurs du législateur dans la mesure où ils sont susceptibles d'être profitables aux parties comme aux consommateurs.

Enfin, dans la mesure où les dispositions du texte législatif restent assez vagues, on peut penser que le Conseil est habilité à étendre l'application de l'article 9 à des accords ayant un intérêt certain pour l'économie nationale d'une manière générale et ce, dans la mesure où la notion de progrès économique ne peut avoir le même sens que dans une économie développée. A titre d'exemple, en France, la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, puis de l'Autorité de la concurrence, révèle une interprétation très restrictive des termes de la loi dans le sens où le progrès

⁶⁶ David Encaoua et Roger Guesnerie (éds), *Politiques de la concurrence*, op. cit. p. 78.

⁶⁷ Catherine Prieto, "Le progrès technologique dans le traitement des ententes", op. cit., p. 322.

⁶⁸ David Encaoua et Roger Guesnerie (éds), *Politiques de la concurrence*, op. cit., p. 78.

économique allégué doit "constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non seulement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées". En outre, il est nécessaire que soit établi "que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies".

On imagine mal que le Conseil de la concurrence algérien puisse avoir la même position dans son interprétation des termes de la loi dans la mesure où l'état de l'économie algérienne ne peut être comparé à celui de l'économie française. C'est pourquoi le Conseil pourrait être amené à tempérer les exigences de la loi en exonérant des accords qui auraient pour objet un intérêt social ou environnemental. On peut penser, à titre d'exemple, à des accords ayant pour objet le maintien d'une entreprise en difficulté, la défense de l'environnement ou encore le développement régional, on peut penser également à des événements exceptionnels tels une perturbation grave de l'économie à laquelle des accords entre entreprises tendent à remédier.

Le texte de l'ordonnance allège par ailleurs le traitement des ententes en autorisant les accords entre PME afin de favoriser cette catégorie d'entreprises dans la concurrence avec les grandes entreprises, à condition toutefois que lesdits accords soient autorisés par le Conseil de la concurrence.

Dans le cas des accords qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché, l'exemption qui les touche peut se comprendre aisément au vu de la position des entreprises qui les concluent. On considère en effet que ces ententes ont peu de chances d'affecter la concurrence de manière sensible au vu de leur importance mineure. S'agissant de petites et moyennes entreprises, elles ne disposent pas d'une puissance de marché de nature à fausser la concurrence. Dans la mesure où il s'agit de petites et moyennes entreprises, la règle de l'exemption s'appuie sur un critère de taille des entreprises concernées.

A la lecture des dispositions de la loi relative aux petites et moyennes entreprises, on s'aperçoit en effet que sont qualifiées comme telles les entreprises employant une (1) à 250 personnes,

dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas deux (2) milliards de Dinars ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 500 millions de Dinars et qui respectent les critères d'indépendance⁶⁹.

Pour l'application des dispositions relatives aux exemptions, le Conseil de la concurrence se trouve lié par les termes de la loi relative aux petites et moyennes entreprises.

Par ailleurs, dans la mesure où de tels accords ne bénéficient pas d'une exemption automatique, cela signifie que le législateur ne se contente pas d'un tel critère mais laisse le soin au Conseil de la concurrence d'apprécier de tels accords *in concreto*, ce qui signifie que chaque accord entre PME doit être analysé sur la base d'une appréciation de la part de marché que détiennent cumulativement les entreprises parties à l'entente.

b - Les pouvoirs du Conseil de la concurrence : le bilan économique

Dans la mesure où l'objectif de toute entente se résume le plus souvent pour les entreprises à augmenter leurs bénéfices et parts de marché sans que soient consentis des avantages compensatoires au profit du consommateur, tels une offre de produits de meilleure qualité, de meilleures conditions de vente, le législateur soumet les accords et pratiques concertées, dont les auteurs soutiennent qu'ils favorisent le progrès économique, à l'appréciation du Conseil de la concurrence.

Dans la mesure où ni la législation, ni la réglementation n'apportent de précision concernant la notion de progrès économique ou technique, il va de soi qu'il appartient au Conseil de la concurrence de donner un sens à une telle notion et d'apprécier la contribution de l'accord au progrès économique au cas par cas.

A titre d'exemple, peut-on soutenir que des ententes restrictives de concurrence se justifient par l'existence d'une crise sectorielle ? En d'autres termes, l'exception de crise sectorielle peut-elle être appréhendée comme une cause exonératoire de poursuites en ce que les pratiques en cause doivent être considérées comme

⁶⁹ Art. 4 de la loi n° 01-18 du 12 décembre 2001 portant loi d'orientation sur la promotion de la petite et moyenne entreprise (PME), *JORA* n° 77 du 15 décembre 2001.

contribuant au progrès économique dans la mesure où le regroupement de producteurs par exemple, permet d'assurer la survie des entreprises soumises à d'imprévisibles baisses de prix dans un secteur en difficulté ? Si l'Autorité française rejette ce type d'argumentation en arguant que la seule survie des entreprises en cause ne peut justifier une entente anticoncurrentielle⁷⁰, on est en droit de s'interroger sur la position du régulateur de la concurrence en Algérie où l'aspect social tend à supplanter les logiques économiques au point de vue de la pratique des pouvoirs publics. En effet, permettre à des entreprises d'éviter la faillite avec ce que cela comporte comme conséquences pour l'emploi entre parfaitement dans la politique des pouvoirs publics qui est celle de la paix sociale. Dans la mesure où la notion de progrès économique ne peut être appréhendée que dans le contexte global dans lequel elle est invoquée, il s'ensuit que divers paramètres pourraient être pris en compte par le Conseil de la concurrence dans le cadre d'une analyse non seulement du marché en cause, mais également de la situation globale de l'économie algérienne.

En outre, et à la lecture du dispositif ayant trait aux exemptions, on remarque d'emblée les lacunes du texte en ce que le législateur se contente d'exiger de l'entente qu'elle favorise le progrès économique. Est-ce à dire qu'il suffit que l'accord favorise le progrès économique pour bénéficier d'une exemption ?

A la lumière de telles dispositions, on constate que contrairement au législateur français qui pose des conditions cumulatives aux exemptions, son homologue algérien opte pour des conditions alternatives.

En effet, en droit français des ententes, la possibilité d'une exemption doit être appréciée au cas par cas en fonction de quatre critères cumulatifs : la réalité du progrès économique allégué, le caractère indispensable et adapté des pratiques en cause pour

⁷⁰ Voir, Aurélien Condomines, *Le nouveau droit français de la concurrence*, op. cit. p. 240.

l'obtenir, l'existence d'un bénéfice pour les consommateurs et l'absence d'élimination de toute concurrence⁷¹.

Si l'on revient aux dispositions de l'article 9 précité, on est contraint d'en faire une analyse à la lumière d'autres dispositions de l'ordonnance. Ainsi, l'article 1^{er} de celle-ci précise que "La présente ordonnance a pour objet de fixer les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché, de prévenir toute pratique restrictive de concurrence (...) afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs". A ce titre, l'intérêt du consommateur doit pouvoir être pris en compte dans le cadre d'une procédure d'exemption, faute de quoi, on en arriverait à ne tenir compte que de l'intérêt des entreprises.

On retrouve une telle condition dans la plupart des législations relatives à la concurrence. A titre d'exemple, le Code de commerce français précise que l'exemption n'est accordée que si l'entente réserve une partie équitable aux consommateurs. L'intérêt de ces derniers est également pris en charge en droit algérien par le décret exécutif du 12 mai 2005 ayant trait aux attestations négatives. C'est pourquoi on peut légitimement penser que le Conseil de la concurrence est appelé à introduire une telle condition dans son appréciation d'ensemble d'un accord ou d'une pratique sous le prisme de son apport pour le progrès économique.

A l'occasion du traitement d'une demande d'exemption, le Conseil de la concurrence est ainsi contraint de procéder à une évaluation globale de l'accord. C'est la théorie du bilan économique qui s'impose. Il est ainsi appelé à établir un bilan économique de sorte que soient mis en balance les effets positifs de l'accord ou de la pratique et leurs effets négatifs sur le marché en cause. Il est évident que ne seront exemptées que les ententes dont le bilan révèle que les effets positifs l'emportent sur les effets négatifs.

Par ailleurs, on ne peut placer sur un pied d'égalité des ententes horizontales et des ententes verticales : les premières, qui sont des accords entre concurrents, sont les plus nocives en ce

⁷¹ Voir, Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2009*, pp. 213-214 ; *Rapport annuel 2010*, pp. 232-237, www.autoritedelaconcurrence.fr/

qu'elles sont susceptibles de verrouiller complètement le marché et s'avérer comme particulièrement restrictives de concurrence.

En outre, et indépendamment de leur apport pour le progrès économique, certains accords pourraient abriter des clauses dangereuses pour le fonctionnement concurrentiel du marché comme celles ayant pour objet la limitation de la production, la répartition des marchés ou encore la fixation des prix de vente des produits. C'est pourquoi il appartient au Conseil de la concurrence de procéder à une évaluation globale de l'accord et ne pas s'en tenir au critère du progrès économique en ce que l'entente est susceptible d'évincer les concurrents potentiels et aboutir à une situation de domination du marché.

On en déduit que le Conseil ne doit nullement se limiter à l'examen de l'actif du bilan (apport de l'accord pour le progrès économique) mais élargir l'appréciation à son passif pour évaluer les restrictions que l'accord est susceptible d'imposer à la concurrence. En d'autres termes, il lui appartient de vérifier que les effets restrictifs de concurrence sont ou non compensés par les effets positifs de la coopération.

Conclusion

La concurrence n'est ni un objectif en soi, ni un dogme, mais en toute simplicité un outil de régulation, parmi d'autres, permettant à l'Etat de garantir que la liberté d'entreprendre joue au bénéfice de tous les opérateurs et d'arbitrer entre les intérêts des entreprises et ceux des consommateurs. En raison de la puissance des opérateurs économiques, l'autorité chargée de cette mission doit être autant efficace que forte. C'est pourquoi les réformes entreprises dans différents pays occidentaux ont consisté à affiner le processus de la régulation de la concurrence en rénovant de manière profonde le cadre institutionnel représenté notamment par les autorités de la concurrence.

En Algérie, les choses se présentent différemment. Dans le domaine de la concurrence, le Conseil de la concurrence constitue une simple instance décorative et ce, à un double titre : sa forte dépendance ne le met pas à l'abri des pressions et injonctions du pouvoir exécutif, par ailleurs, l'inefficacité dont il a fait preuve

depuis son institution en 1995 en fait une institution purement ornementale. S'il appartient certes aux entreprises victimes de pratiques restrictives de concurrence, notamment d'ententes, de saisir l'organe, il est également permis à ce dernier de s'autosaisir et surtout de faire œuvre pédagogique en direction des entreprises.

Face à une telle inertie de l'organe et en l'absence d'une volonté politique claire, le droit des ententes, comme d'ailleurs l'ensemble des dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence, restent marqués du sceau de l'ineffectivité qui est l'une des manifestations saillantes du droit économique d'une manière générale et ce, dans une économie délabrée qui peine à se démarquer de la logique rentière.