

## La justification de la clause d'exclusivité par l'article 9 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence

**MEFLAH Abdelkrim**

Maître assistant -A-  
Institut de droit  
Centre Universitaire de Relizane

### Introduction

Afin d'organiser les relations entre les opérateurs économiques, ces derniers ont communément recours aux contrats cadre de distribution<sup>1</sup>. Une multitude d'intermédiaires<sup>2</sup> aux noms variés, s'interposent entre le producteur et le consommateur afin de remplir tout un ensemble de fonctions, notamment la distribution<sup>3</sup>. Le droit qui la régit est le droit de la distribution, qui recouvre l'ensemble des règles réglementant les opérations relevant de cette opération économique. Ce droit apparaît comme un droit professionnel dont les règles relèvent partiellement du droit de la concurrence<sup>4</sup>. C'est pour cette raison que le droit de la distribution n'a pas hésité à créer des formules contractuelles<sup>5</sup> reposant sur des

<sup>1</sup> Le contrat de distribution est d'abord un contrat-cadre, qui fixe les conditions dans lesquels des contrats ultérieurs, dits contrats d'application, seront conclus entre les parties ainsi que leurs modalités : v. J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2001, p.30, n°17 ; J. GATSI, *Les contrats spéciaux*, Armand Colin, 1998, p.78 ; et D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2008, p.408, n°433.

<sup>2</sup> Le distributeur se situe entre le producteur, qui cherche à optimiser la fabrication de ses produits, et le consommateur, qui cherche à acquérir le produit au mieux de ses besoins : M. BOUBAKER, *La distribution en Algérie : Enjeux et perspective*, Office des Publications Universitaires., 1995, p.40.

<sup>3</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÉS et P. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, p.467, n°825.

<sup>4</sup> J.M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit de commerce international*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2007, p.283 et 284, n° 461.

<sup>5</sup> C'est la liberté contractuelle qui prédomine, et le contrat n'est presque en rien obligatoire.

clauses d'exclusivité, afin de promouvoir la commercialisation des produits du fournisseur.

De ce fait, la première partie de cette étude sera consacrée à la notion de la clause d'exclusivité. Tandis que la deuxième partie traitera les exceptions qui résultent des textes de loi ou de la contribution de la clause d'exclusivité dans le progrès économique ou technique.

## I/ La notion de clause d'exclusivité

Le plus souvent le contrat cadre de distribution s'impose à la conclusion du contrat entre les fournisseurs et les distributeurs une exclusivité. Généralement l'exclusivité contractuelle se définit comme « une modalité affectant une obligation contractuelle, en vertu de laquelle le débiteur réserve à son créancier, à l'exclusion de tout autre bénéficiaire, un genre de prestations mises à sa charge par le contrat »<sup>1</sup>. Une autre doctrine définit l'exclusivité comme une « reconnaissance par l'une des parties à l'autre, du monopole d'opérations d'achat, de vente ou de prestation de services dans un secteur déterminé. Elle est très fréquente dans les accords de distribution où elle a pour objet, selon le cas, d'assurer le distributeur qu'il sera le seul « représentant commercial » du fournisseur dans une aire géographique définie, ou le fournisseur qu'il sera le seul à fournir le distributeur pour les produits spécifiés à l'accord »<sup>2</sup>. Ces clauses sont fréquentes dans les contrats commerciaux et tout particulièrement dans les contrats dits de distribution, elles en constituent même souvent un des éléments essentiels dans la mesure où, elles garantissent à celui qui en bénéficie un commerce sans concurrent<sup>3</sup>.

Pour cette raison, le droit de la concurrence s'en méfie et peut les interdire, dans la mesure où les clauses d'exclusivité peuvent avoir un effet restrictif de concurrence important<sup>4</sup>. Mais la nécessité de

<sup>1</sup> S. LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, LITEC., 2002, p.1.

<sup>2</sup> M-B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Les contrats de coopérations inter-entreprises*, Francis Lefebvre., 1974, p.358, n°1112.

<sup>3</sup> M. IBRAHIM ENNADJAR, *Le contrat de franchise*, édition la nouvelle université, 2001, p.58.

<sup>4</sup> Cass.com. du 26 mai 1992, D., 1993, jurisprudence p.57. « Sont nulles les conventions, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de

préservent l'identité et la réputation du réseau de distribution d'une part, et de rationaliser le marché en empêchant l'intrusion des tiers d'autre part<sup>1</sup>, rend l'insertion de ces clauses indispensable<sup>2</sup>.

En analysant l'article 6 de l'ordonnance 03-03, on constate que la rédaction de ce texte est suffisamment large pour permettre la répression de nombreux comportements, notamment les clauses d'exclusivité. Ce texte vise aussi les ententes expresses ou tacites qui ont pour objectif d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence<sup>3</sup>.

#### A/ Les différentes clauses d'exclusivité

Les réseaux de distribution<sup>4</sup> sont souvent fondés sur l'exclusivité, l'on distingue alors l'exclusivité d'approvisionnement au profit du fournisseur, de l'exclusivité territoriale qui vise à conférer au distributeur une protection territoriale.

##### 1- L'exclusivité d'approvisionnement

La clause d'exclusivité d'approvisionnement consiste à engager un distributeur à ne s'adresser qu'à un fournisseur unique<sup>5</sup>, qui lui conserve sa liberté d'approvisionner d'autres personnes dans la même zone de vente. Inversement, un fournisseur peut s'engager à ne vendre ses produits qu'à certains distributeurs<sup>6</sup>. La stipulation de cette clause peut être accompagnée d'une assistance apportée par le fabricant, mais parfois elle ne stipule que la fourniture de produits. Ces clauses sont connues, dans la distribution des produits

*fausser le jeu de la concurrence* ».

<sup>1</sup> Ph. le TOURNEAU, *La responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz., 1997, p.22.

<sup>2</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMONT, *Droit commercial*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2004, p.234, n° 284.

<sup>3</sup> Art. 6 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence du 19 juillet 2003, J.O.R.A du 20 juillet 2003, n°43, p.21.

<sup>4</sup> En Algérie, le marché de la distribution en réseau est presque dominé par les réseaux de distribution de l'automobile, tels que Renault Algérie, SOVAC et ELSECOM.

<sup>5</sup> Concernant la distribution *des carburants et les lubrifiants*, la société NAFTAL autant que fournisseur loueur impose à son locataire gérant de ne s'approvisionner que chez elle (exclusivité absolue), quant aux autres produits accessoires, les locataires gérant peuvent s'approvisionner chez un autre fournisseur ne disposant pas d'une station-service sur le territoire algérien, si NAFTAL n'arrive pas à satisfaire sa demande ; *Présentation réseau stations service NAFTAL.*, janv. 2007, p.19 ; le site : [www.naftal.dzdocPRESENTATIONRESEAUNAFTAL.ppt](http://www.naftal.dzdocPRESENTATIONRESEAUNAFTAL.ppt)

<sup>6</sup> S. LEBRETON, *op.cit.*, p.16, n°8.

pétroliers<sup>1</sup>, et la distribution des eaux minérale<sup>2</sup>.

Les clauses de quotas d'achat<sup>3</sup> ou de minima<sup>4</sup> imposées généralement par le fournisseur, accompagnent souvent la clause d'approvisionnement, et en vertu du contrat d'approvisionnement exclusif le distributeur à l'obligation de s'approvisionner exclusivement chez le fournisseur en respectant la quantité minimale prévue au contrat. Quant au fournisseur, il doit répondre à la totalité des commandes formulées par les distributeurs. Les clauses de quotas peuvent être un moyen facile destiné à évincer le distributeur<sup>5</sup>.

Il faut souligner que les contrats cadre sont des contrats concluent généralement pour une longue période, et les distributeurs courent un risque majeur : celui d'être liés pour une période trop longue<sup>6</sup>. C'est pour cette raison que la législation<sup>7</sup> et la jurisprudence française protègent les distributeurs en limitant la durée de la clause d'exclusivité d'approvisionnement à *dix ans*<sup>8</sup>. La législation algérienne reste muette quant à la durée de cette clause.

## 2- L'exclusivité territoriale

Les producteurs peuvent recourir à plusieurs types de pratiques verticales restrictives, notamment le territoire exclusif de vente. Le principe de liberté dans l'exercice de la concurrence confère aux parties le pouvoir d'introduire des clauses qui préservent leurs intérêts<sup>9</sup>. D'après Dominique LEGEAIS, la clause d'exclusivité

<sup>1</sup> C'est le type de contrat qui lie les pompistes aux sociétés pétrolières.

<sup>2</sup> D. FERRIER, *Manuel, Droit de la distribution*, LITEC, 4<sup>ème</sup> éd., 2006, p.234, n°531 ; égal. D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 17<sup>ème</sup> éd., 2007, p.457, n°768.

<sup>3</sup> Les clauses de quotas ont un rôle d'incitation du revendeur à augmenter ses commandes pendant le contrat d'une façon progressive et le contrôle de son activité : J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p.162.

<sup>4</sup> Art. 11 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence, dispose : « *Est prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le libre jeu de la concurrence ... La vente conditionnée par l'acquisition d'une quantité minimale...* ».

<sup>5</sup> M. TRARI TANI, W. PISSOORT et P. SAERENS, *op.cit.*, p275.

<sup>6</sup> J. HUET, *op.cit.*, p.537, n°11602.

<sup>7</sup> Art. L.330-1 du C. fr. com.

<sup>8</sup> Cass.com. 14-déc-1999 ; commenté par : S. POILLOT -PERUZZETTO, *Exemption par catégorie des accords verticaux : approvisionnement exclusif*, RTD com., 2001, p.551 ; Cdrom.

<sup>9</sup> Un producteur peut avoir intérêt, pour promouvoir son activité et l'image de ses

territoriale est définie comme « un partage de zones de responsabilité dans lesquelles chaque revendeur ne doit pas être troublé par un concessionnaire voisin à peine de se rendre coupable de concurrence déloyale à l'égard de celui qui bénéficie de ce monopole de revente »<sup>1</sup>.

Cette clause impose au fournisseur de ne pas vendre son produit à un autre distributeur dans le territoire concédé, sauf en cas d'inexécution de ses obligations par le concessionnaire. Le fournisseur peut vendre lui-même dans le territoire concédé<sup>2</sup>. Ainsi, sans exclusivité territoriale, un autre distributeur peut s'installer dans la même rue que le premier distributeur, dans le même centre commercial, dans la même ville<sup>3</sup>.

D'après une certaine doctrine<sup>4</sup>, cette clause est d'une intensité variable, elle peut être selon le cas : une exclusivité territoriale simple ou renforcée ou bien absolue<sup>5</sup>. Toutefois, cette dernière a été condamnée par le droit de la concurrence<sup>6</sup>.

#### B/ L'application de la clause d'exclusivité dans les contrats de distribution

Les contrats auxquels elle donne lieu sont diversifiés ; d'une part, les contrats de concession commerciale, ainsi que le développement sans précédent du réseau des franchisés, ouvrent de nouvelles perspectives à l'investissement dans la distribution<sup>7</sup>.

---

produits, à ce que ses distributeurs offrent aux clients certains services sur le lieu de vente.

<sup>1</sup> D. LEGEAIS, *op.cit.*, p.454, n°764.

<sup>2</sup> Cass.com. 15 janvier 1973. 473, note J. GHESTIN, *Gaz. Pal.* 1973.

<sup>3</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats, Les contrats de distribution*, L.G.D.J, 1999, p. 144, n°304.

<sup>4</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.*, p.599, n°1066 ; et J. GUYÉNOT, *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, t. 16, 1968, p.103, n°88.

<sup>5</sup> Pour plus d'informations, v. A. MEFLAH, *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution*, mémoire présenté en vue de l'obtention du magister en droit des affaires comparé, faculté de droit Université d'Oran, 2009-2010, p. 51 et s.

<sup>6</sup> La législation algérienne a prohibé la clause d'exclusivité territoriale absolue dans l'article 6 al. 2 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence, qui est inspiré de l'article L. 420-1 al. 1 du C. fr. com.

<sup>7</sup> Ch. JASSOGNE, *Le contrat de franchise - Séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruylant Bruxelles, 2001, p.7 : « Au Etats-Unis, deux tiers des produits seraient acheminés vers les consommateurs en vertu de contrat de franchise ».

D'autre part, le contrat d'approvisionnement et le problème de l'exclusivité qui se posent au sujet de la distribution sélective<sup>1</sup>.

### 1- Le contrat de concession exclusive

Les contrats de concession, plus anciens que les contrats de franchisage, sont connus le plus souvent dans le domaine de l'automobile, dénommé en droit communautaire de la concurrence «*distribution exclusive*»<sup>2</sup>. Aucun texte législatif n'ayant précisé ce qu'il fallait entendre par concession exclusive<sup>3</sup>, la doctrine française l'a définie comme un contrat par lequel un fournisseur, appelé concédant, accorde une exclusivité de revente de ses produits à un commerçant appelé concessionnaire qui jouit d'un monopole de revente sur un territoire déterminé et en contrepartie duquel il est tenu de s'approvisionner exclusivement auprès du concédant<sup>4</sup>. Le concessionnaire est un commerçant indépendant et non un mandataire du concédant, qui agit en son nom et à ses risques, il peut même créer des sous concessions dans un pays donné<sup>5</sup>, et dans cette situation le contrat est qualifié de *contrat de*

<sup>1</sup> B. SAINTOURENS, *La rupture des accords de distribution : aspects de stratégie juridique*, Revue droit économique et environnement, n° 1 juin 2008, p.35.

<sup>2</sup> L'ancien règlement d'exemption n°1983/83/CE du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, J.O n° L.281 du 13 octobre 1983, p.24.

<sup>3</sup> Il y a quelques articles dispersés qui encadrent la concession commerciale : l'article 41 de la loi 90-16 du 7 août 1990 autorise l'installation en Algérie de grossistes et concessionnaires habilités sur agrément à effectuer des importations de biens destinés à la revente : J.O.R.A. du 11 août 1991, p.950 et s ; et la circulaire 63 du 20 août 1990, du Ministère de l'économie in Algérie actualités n°1303 semaine du 4 au 10 octobre 1990, p.22 et p.23 : qui dispose que les activités (de grossistes ou concessionnaires) peuvent être exercées par des personnes physiques ou morales résidentes ou non résidentes .Elle peuvent l'être « directement par des producteurs, des regroupements, des distributeurs de gros et tout autre agent économique dûment mandatés pour le compte de tout producteur », ainsi que le décret exécutif n°07-390 du 12 déc. 2007 fixant les conditions et modalités d'exercice de l'activité de commercialisation de véhicules automobiles neufs, J.O.R.A. n°78 du 12 déc. 2007.

<sup>4</sup> Cl. CHAMPAUD, *La concession commerciale*, RTD com., 1963p.451 ; et J.M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *op.cit.*, p.462, n°661.

<sup>5</sup> M. TRARI TANI, W. PISSOORT et P. SAERENS, *op.cit.*, p275 ; Toutefois, le concédant peut interdire la nomination des sous-concessionnaires indépendants par le concessionnaire : Ph. le TOURNEAU, *La concession*

*concession interne*, alors que la relation entre le concédant et le concessionnaire principal sera *internationale*<sup>1</sup>.

Le contrat de concession comporte une convention cadre qui encadre les éléments essentiels de l'accord<sup>2</sup>, et qui implique la conclusion de contrats d'application<sup>3</sup>. La pierre angulaire de la concession est *souvent*<sup>4</sup> l'exclusivité.

## 2- Le contrat de franchise

Le franchisage<sup>5</sup> apparaît comme le mode de distribution le plus complexe, fréquemment rencontré pour la distribution de produits mais aussi pour la prestation de services<sup>6</sup>. Cette formule de distribution se trouve donc dans plusieurs secteurs : hôtellerie, restauration et notamment industriel, par lequel un producteur confère à un autre producteur ou à un distributeur, le droit de fabriquer et/ou de commercialiser ses produits<sup>7</sup>.

---

*commerciale exclusive*, ECONOMICA, 1994, p.110 ; « On peut trouver le même type d'organisation (master franchise) dans les réseaux de concession si le concédant recrute localement un concessionnaire principal, qui sera chargé de l'organisation et de la surveillance du réseau dans la zone géographique qui lui est allouée » : M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.*, p.337, n°661.

<sup>1</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *ibid* ; il faut noter que certains pays considèrent que dans le domaine de la concession internationale, c'est la loi du pays du concédant qui est applicable puisque *la prestation caractéristique de la concession* est fournie par le concédant : M. TRARI TANI, W. PISSOORT et P. SAERENS, *op.cit.*, p.273.

<sup>2</sup> S. PIEDELIÉVRE, *Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, p.246, n°226.

<sup>3</sup> J. GATSI, *op.cit.*, p.79 ; et D. MAINGUY, *op.cit.*, p.408, n°433.

<sup>4</sup> En droit français et en droit suisse, l'exclusivité est considérée comme un élément substantiel au contrat de concession exclusive, et il y a ceux qui autorisent la formation du contrat sans aucune exclusivité tel le droit belge. Par contre il y a certaines législations qui prohibent fermement la stipulation des clauses d'exclusivité dans la concession tel que le droit tunisien ; M. TRARI TANI, W. PISSOORT et P. SAERENS, *op.cit.*, p.273.

<sup>5</sup> Le franchisage est un contrat d'origine américain qui signifie en français « être libre de servitudes » : Par : J-M. LELOUP, *La franchise*, Delmas, 3<sup>ème</sup> éd., 2000, p.10, n°103 ; et N. MGHABGHAB, *La franchise – étude en droit comparé* –, Librairie juridique Al- Halabi, 2006, p.13.

<sup>6</sup> L. HERMEL et P. ROMAGNI, *La franchise de service*, ECONOMICA., 1992, p.4.

<sup>7</sup> D. MAINGUY, *op.cit.*, p.451, n°467 ; et F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2002, p.899, n°951.

Le contrat de franchise est un contrat de collaboration<sup>1</sup>, de réitération<sup>2</sup> conclu entre un professionnel, appelé franchiseur, qui est détenteur d'une formule commerciale à succès et qui transmet à un franchisé des signes distinctifs<sup>3</sup> : (marque, nom commerciale et enseigne), c'est-à-dire des droits de propriété intellectuelle, et de communiquer une assistance commerciale et technique permanente dans un domaine donné, qui constitue le plus souvent un facteur de succès au fournisseur,<sup>4</sup> ainsi que les éléments de sa notoriété et de son savoir-faire<sup>5</sup>. Le législateur algérien n'a pas défini le contrat de franchise, toutefois, l'article 27 al. 3 de la loi n°04-02<sup>6</sup>, prohibe toute exploitation d'un savoir-faire technique ou commercial sans l'autorisation de son titulaire.

De son, coté le franchisé s'engage à exploiter cet ensemble, et éventuellement, il devra également respecter les différentes variétés de clauses, notamment l'exclusivité d'approvisionnement dans la mesure où elle est stipulée au contrat<sup>7</sup>, et s'acquitter d'une

<sup>1</sup> C'est un mode d'intégration entre deux entreprises, à savoir une intégration au niveau du concept, de la marque et des techniques de vente.

<sup>2</sup> C'est à partir d'un savoir-faire déterminé qu'un distributeur se voit confier de reproduire un succès réalisé par un franchiseur préalablement expérimenté et réussi dans un domaine donné.

<sup>3</sup> D. MAINGUY, *op.cit.*, p.447, n°463.

<sup>4</sup> D. LEGAIS, *op.cit.*, p.461, n°772 ; S. LEBRETON, *op.cit.*, p.18, n°9 ; et D. MAINGUY, *op.cit.*, p.455, n°469 ; il faut signaler que cette assistance est fondamentale à la *qualification* du contrat de franchise.

<sup>5</sup> La transmission d'un savoir-faire est un élément indispensable à la conclusion du contrat de franchise ; J.M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *op.cit.*, p.465, n°664 ; le savoir-faire doit être identifié, secret, substantiel et non breveté : R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZETTO, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation*, éd. 2009, p.1667, n°4749 et p.1668, n°4753 ; v. égal. N.MGHABGHAB, *op.cit.*, p.92 et p.93.

<sup>6</sup> La loi n°04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, J.O.R.A. du 27 juin 2004, n°41, p.3.

<sup>7</sup> La clause d'exclusivité territoriale n'est pas nécessaire à la qualification du contrat de franchise ; v. M. DELZOIDE, A. DESPINOY, M. SABUREAU, *La franchise*, DEA droit des contrats, p.10 ; et N. MGHABGHAB, *op.cit.*, p.114 ; « Certains auteurs, après avoir, un temps, considérés la clause d'exclusivité territoriale comme essentielle à la qualification du contrat de franchise (le Tourneau Ph., *Le franchisage*, JCP CI 1980, II, n°13362, n°4) » : R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZETTO, *op.cit.*, p.1673, n°4764.

redevance parfois associée d'un droit d'entrée<sup>1</sup>.

### 3- Le contrat d'approvisionnement exclusif

Moins connus que les systèmes de distributions sélectives ou exclusives, les réseaux de distribution fondés sur des contrats d'achat exclusif, autrement appelés contrats d'approvisionnement exclusif contiennent comme leur nom l'indique, une exclusivité d'approvisionnement. On parle de ce contrat lorsqu'un distributeur promet de ne se fournir qu'auprès d'un fournisseur déterminé<sup>2</sup>.

La législation algérienne à l'instar de la législation française<sup>3</sup> n'a pas défini le contrat d'approvisionnement exclusif. Toutefois, ce type de contrat était interdit par le droit algérien sur le fondement de l'ancien article 10 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence qui interdit tout contrat d'achat exclusif qui confère à son titulaire un monopole de distribution qui a pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Concernant le droit communautaire, le contrat d'approvisionnement exclusif était soumis jusqu'au 31 mai 2000 au règlement d'exemption 1984/83/CE<sup>4</sup>, puis au règlement sur les restrictions verticales n°2790/1999/CE<sup>5</sup>, et dernièrement au règlement n° 330/2010<sup>6</sup>.

### 4- Le contrat de distribution sélective

Le droit algérien<sup>7</sup> à l'instar du droit français n'a pas défini ce

<sup>1</sup> Cass.com. 9 octobre. 2007, JCP G 2007. II. 10211, obs. N. DISSAUX RTD civ, n°01/2008, p. 119 ; A. COURET et J.J. BARBIERI, *Droit commercial*, Sirey, 13<sup>ème</sup> éd., 1996p.79 ; égal. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op.cit.*, p.904, n°954.

<sup>2</sup> D. LEGEAIS, *op.cit.*, p.457, n°768 ; et D. FERRIER, *op.cit.*, p.234, n°531.

<sup>3</sup> Pour ce qui est du droit français, c'est les articles L.330-1 à L.330-3 du C. fr. com. qui traitent la durée et l'information précontractuelle des clauses d'exclusivité d'approvisionnement.

<sup>4</sup> Règlement d'exemption 1984/83/CE de la Commission du 22 juin 1983, JOCE L.173 du 30 juin 1983.

<sup>5</sup> Règlement d'exemption 2790/1999/CE de la Commission du 22 décembre 1999, JOCE L.336/21 du 29 décembre 1999.

<sup>6</sup> Le règlement n°330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, et qui a remplacé le règlement d'exemption n°2790/1999.

<sup>7</sup> Ce type de contrat existe **en pratique** dans le domaine de la parfumerie, de l'horlogerie et de l'informatique.

*Problèmes économiques*, n°2.458, 7 fév. 1996.

système de distribution. Une définition a été donnée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française qui considère la distribution sélective comme un « *contrat par lequel le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée, et par lequel, d'autre part, le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents* »<sup>1</sup>.

En droit algérien, le caractère anticoncurrentiel du système de distribution sélective peut être reconnu et constituer même une entente prohibée par l'article 6 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence<sup>2</sup>. Cependant, le droit de la concurrence autorise cette forme de distribution lorsqu'elle permet d'acquérir certains avantages économiques<sup>3</sup>, notamment *le progrès économique ou technique*<sup>4</sup>. C'est pour cette raison que la distribution sélective, est considérée comme un moyen légitime mis à la disposition des fabricants souhaitant construire ou maintenir l'image de luxe ou de prestige de leurs marque<sup>5</sup>, mais la question qui se pose : peut-on considérer la distribution sélective comme un type de distribution exclusive ?

La distribution sélective soulève des difficultés qui s'articulent autour de l'existence ou l'absence d'exclusivité. Alors même qu'une certaine doctrine affirme que l'absence d'exclusivité est de son essence<sup>6</sup>, l'idée d'exclusivité semble bien présente lorsqu'elle

<sup>1</sup> Cass.crim. 3 novembre 1982, *Distribution sélective*, Grands arrêts du droit des affaires, Dalloz, p. 261, n°1, obs. I. KRIMMER ; v. aussi : l'arrêt *Nina Ricci* du 3 nov. 1982 ; D. MAINGUY, *op.cit.*, p.458, n°471.

<sup>2</sup> L'art. 6 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence est inspiré de l'art. L.420-1 du C. fr. com.

<sup>3</sup> M.NUSSENBAUM, *La distribution sélective : quelle politique de marque ?* R.J.D.A. n°4/1995, cité dans : *Problèmes économiques*, n°2.458, 7 fév. 1996, p.14.

<sup>4</sup> L'art. 9 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence est inspiré de l'art. L.420-4 du C. fr. com.

<sup>5</sup> D. FERRIER, *Concurrence-Distribution.*, D, Vol. 3, 2007, p.1916 ; la distribution sélective concerne le plus souvent, d'une part, les produits de luxe tels que les parfums, d'autre part, les produits de haute technicité qui nécessite une main d'œuvre qualifiée tels les ordinateurs. C'est la nature de produit qui justifier le recours à ce système ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p.116, n°146.

<sup>6</sup> « *Cet accord consiste donc, pour un fabricant, à choisir ses distributeurs afin de maintenir le bon renom de sa marque, étant entendu que les revendeurs*

évoque une *exclusivité de fourniture* (obligation du fournisseur à ne vendre son produit qu'aux distributeurs sélectionnés)<sup>1</sup>. Seulement le lien d'exclusivité entre fournisseur et distributeurs est moins étroit que celui qui existe dans les autres formes de distribution. Dans le domaine de la distribution automobile en droit communautaire, le règlement d'exemption n°1400/2002/CE impose aux fabricants de choisir entre la formule d'exclusivité et la formule de sélectivité<sup>2</sup>.

## II/ Les dérogations à la prohibition de la clause d'exclusivité

Un régime d'exemption s'applique aux clauses d'exclusivité. Ainsi ne sont pas soumises aux dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n°03-03 les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application. De même, sont autorisées les pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique.

Il faut noter que la position du législateur algérien est inspirée presque intégralement par l'article L.420-4 du Code de commerce français qui est une exception à l'article L.420-1, qui prévoit *les causes d'exemption*, où les pratiques anticoncurrentielles échappent à toute sanction si leurs auteurs justifient qu'ils ont pour objectif d'assurer un progrès économique ou technique « *réel* »<sup>3</sup>. A défaut, elles sont nulles pour absence de cause<sup>4</sup>.

---

*ne jouissent d'aucune exclusivité* » : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op.cit.*, p.911, n°961 ; et A. BÈNABENT Droit civil, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2008, p.192, n°445. « *Sans qu'il y ait exclusivité de part ou d'autre : tel est le cas en particulier dans la distribution des parfums et des produit de haute technicité (ordinateurs, chaînes audio-visuelle...)* » ; égal. « *...la distribution ne comporte aucune exclusivité au profit du distributeur ou de son cocontractant* » : Ph. le TOURNEAU et M. ZOÏA, *Concessions. – Concession libre : la distribution sélective* – Fasc. 1020, JurisClasseur Contrats – Distribution., 2006, n°38, n°3.

<sup>1</sup> D. FERRIER, *op.cit.*, p.262, n°593.

<sup>2</sup> R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op.cit.*, p.1694, n°4825 ; et D. MAINGUY, *op.cit.*, p.458, n°471.

<sup>3</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial- actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, LITEC., 2008, p.128, n°187.

<sup>4</sup> Cass.com. du 08 février 2005, Bull. civ. IV, n°21 ; cité par : N.

## A/ L'existence d'un texte législatif ou réglementaire

La législation algérienne<sup>1</sup> à l'instar de la législation française<sup>2</sup> admet les exemptions individuelles résultantes de l'application d'un texte législatif ou réglementaire<sup>3</sup>. Cependant, les clauses d'exclusivité sont susceptibles de bénéficier d'une exemption dès lors que les conditions relatives à cette justification sont remplies. D'une part, les conditions relatives au texte lui-même. D'autre part, le lien de causalité entre le texte justificatif et la pratique en cause, notamment la clause d'exclusivité.

### 1- Le texte cause de justification

D'après l'article 9 alinéa 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, les clauses d'exclusivité ne sauraient faire l'objet d'une condamnation lorsqu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application. Donc la délivrance d'une exemption fondée sur un texte est subordonnée à deux conditions : d'une part, la nature du texte susceptible d'être invoqué, et l'actualité du texte justificatif d'autre part.

Concernant la nature du texte, on constate que la rédaction de l'article 9 alinéa 1 est *très restrictive*, C'est-à-dire que les auteurs de tels comportements anticoncurrentiels, notamment la stipulation d'une clause d'exclusivité, peuvent pour justifier leur acte, invoquer l'existence d'une loi, d'un décret ou d'un arrêté. Il faut signaler que ces textes législatifs ou réglementaires susceptibles d'exempter ces comportements, supposent l'intervention de l'administration<sup>4</sup>. Toutefois, les décrets et les arrêtés doivent avoir bien été pris pour l'application d'une loi<sup>5</sup>.

---

RONTCHEVSKY, É. CHEVRIER et P. PISONI, *Code Dalloz Etudes – Droit Commercial*, 2007 ; Cdrom. n°15.

<sup>1</sup> Art. 9 al. 1 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence.

<sup>2</sup> C'est l'art. L. 420-4-1 du C. fr. com. qui dispose que « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :*

*1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application;... »*

<sup>3</sup> On estime que le motif d'exemption : est que le comportement restrictif de concurrence de l'opérateur économique n'est pas personnel, mais repose sur le fondement d'une autorisation de l'Etat.

<sup>4</sup> M-C.BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM et J.VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J., 2008, p. 271, n°231.

<sup>5</sup> F. LEFEBVRE, *Concurrence – Consommation*, Mémento pratique, 2013-2014,

De ce fait, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 9 alinéa 1 de l'ordonnance n° 03-03, les textes réglementaires autonomes de toute loi<sup>1</sup>.

Concernant l'actualité du texte justificatif en droit français, les auteurs de telles pratiques anticoncurrentielles ne bénéficient de l'exemption fondée sur un texte, que si ce dernier est en vigueur au moment ou avant l'adoption de leurs pratiques<sup>2</sup>.

## 2- La relation du texte justificatif avec le comportement à justifier

En analysant l'article 9 alinéa 1 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence<sup>3</sup>, on constate que le législateur algérien exige un lien de causalité entre le comportement anticoncurrentiel en cause et le texte susceptible de le justifier. C'est-à-dire, l'existence d'un lien de causalité exige que la pratique en cause constitue une conséquence directe et inéluctable du texte invoqué<sup>4</sup>. Aussi, en droit français, le régime d'exemption n'en est pas moins susceptible d'être remis en cause si l'application du texte français est contraire aux obligations en matière de concurrence imposées par le droit communautaire<sup>5</sup>.

### B/ La contribution au progrès économique

Aucun texte législatif n'ayant précisé ce qu'il fallait entendre par « *le progrès économique* », cette notion paraît assez floue, et peut soulever des problèmes d'interprétation. Ceci d'autant plus qu'il est assez difficile d'établir des critères pouvant rendre objectivement compte des effets positifs d'opérations d'ententes. Il

p.562, n°23740 ; et

R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation*, éd. 2014, p.447, n°1179.

<sup>1</sup> Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p. 91.

<sup>2</sup> A. CONDOMINES, *Le nouveau droit français de la concurrence*, Jurismanager, 2<sup>ème</sup> éd., 2009 : en ce sens v. le site [www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance](http://www.economag.com/droit-de-la-concurrenceabus-de-dependance).

<sup>3</sup> Cet article est inspiré de l'article L.420-4 du C. fr. com.

<sup>4</sup> R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *op.cit.*, p.450, n°1186 et 1187 ; En ce sens v. la décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-03, du 16 janvier 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances. Et la décision n°90-D-08, du 23 janvier 1990, relative à la durée d'ouverture des pharmacies libérales.

<sup>5</sup> V. PIRONON, *Droit de la concurrence*, Galino., 2009, p.76, n°178.

appartient donc à la doctrine de dégager une signification à cette notion.

Certains auteurs estiment que la rédaction de l'article L.420-4 du Code de commerce français relative au « progrès économique » est suffisamment large, en dépassant le stade de l'amélioration de la production, de distribution ou de la technique, mais aussi *la création ou le maintien d'emplois*<sup>1</sup>. Il convient également de souligner qu'en droit algérien, les formes des gains d'efficacité économique sont envisagées dans l'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence<sup>2</sup>.

### 1- Les Conditions de fond relatives au progrès économique ou technique

Tout d'abord, c'est l'existence réelle du progrès économique et technique qui doit être remplie. C'est-à-dire que la stipulation de la clause d'exclusivité doit être rigoureusement indispensable à la réalisation du progrès économique<sup>3</sup>. Et concernant la charge de la preuve, ils incombent aux auteurs des pratiques, notamment les clauses d'exclusivité d'invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, et d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies.

Le Conseil de la concurrence établit un bilan économique global de l'entente à propos de chaque affaire qui lui est soumise, susceptible d'avoir des effets techniques ou économiques favorables, à titre d'exemple : l'accroissement des investissements, les accords de spécialisation permettant un abaissement des prix de revient, l'accroissement des exportations, l'amélioration de la qualité, la lutte contre la pollution ou les économies d'énergies, la diffusion rapide d'une nouvelle technique, une meilleure organisation de la distribution, voir même l'amélioration de la qualité de vie<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> G. BEAUDOIN, *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, thèse présenté en vue de l'obtention du doctorat en droit, faculté de droit et science politique Université Paris ouest Nanterre la défense, 2010, p. 272.

<sup>2</sup> « ...ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché. ».

<sup>3</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires- Droit commercial général et sociétés-*, ECONMICA, t.1, 12<sup>ème</sup> éd., 2003, p.879, n°826.

<sup>4</sup> T. MOKADDEM, *Le traitement des pratiques restrictives à la concurrence* –

Ainsi, il faut qu'une partie équitable du profit qui en résulte soit réservée aux consommateurs, et ne doit pas être monopolisée que par les opérateurs économiques auteurs de la pratique autorisée. Les consommateurs peuvent donc profiter à titre d'exemple : d'une baisse des prix, promouvoir le service après vente, et tous ce qui peut avoir des effets positifs sur le plan économique ou technique.<sup>1</sup>

## 2- Les Conditions de forme relatives au progrès économique ou technique

A la différence du droit français<sup>2</sup> et du droit communautaire<sup>3</sup>, le législateur algérien impose aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des articles 8 et 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03, de notifier leur pratiques auprès du Conseil de la concurrence, et le décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relatives aux ententes et à la position dominante sur le marché.

L'article 8 de l'ordonnance n° 03-03 dispose que « le Conseil de la concurrence peut constater, sur **demande** des entreprises intéressées, qu'il n'y a pas lieu pour lui, en fonction des éléments dont il a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une action concertée, d'une convention ou d'une pratique tels que définis aux articles 6 et 7 ci-dessus ».

---

*l'abus de la position dominante dans le domaine des télécommunications* –, mémoire présenté en vue de l'obtention du magister en droit des affaires comparé, faculté de droit Université d'Oran, 2010-2010, p.116 ; et Y. GUYON *préc.*, p.879, n°826.

<sup>1</sup> T. MOKADDEM, *op.cit.*, p.119.

<sup>2</sup> La législation française ne prévoit aucune réglementation concernant l'attestation négative.

<sup>3</sup> « Tandis que le droit communautaire a exigé la notification de tout accord ou pratique concertée ou décisions d'associations d'entreprise, à la Commission européenne en vue d'obtenir une exemption individuelle avant l'adoption du règlement n° 1/2003, qui a remplacé depuis le 1 mai 2004, le règlement n° 17/62. Cette révocation entraîne une réforme radicale de la procédure d'examen individuelle des ententes ; c'est le passage d'un système d'exemption individuelle à un système d'exemption légale (c'est-à-dire il y a une présomption de légalité), donc il appartient aux entreprises lui-même d'apprécier que les quatre conditions d'exemption sont réunies » : H. MEFLAH, *La justification des ententes et des abus de positions dominantes (étude comparative)*, mémoire présenté en vue de l'obtention du magister en droit des relations économiques (agents économiques/consommateurs), faculté de droit Université d'Oran, 2012-2013, p. 106, note 1.

Les modalités d'introduction de la demande de bénéficiaire des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par décret.

L'objet de cette notification est donc de demander au Conseil de la concurrence le bénéfice de l'exemption et la constatation de l'absence d'infraction. C'est-à-dire que l'auteur de tel comportement doit présenter une demande pour qu'il puisse éventuellement bénéficier d'une justification, sous peine de se voir refuser l'exemption même si les conditions d'exemption sont par ailleurs réunies<sup>1</sup>.

En vertu de l'article 9 alinéa 2 de l'ordonnance n° 03-03, la validation de la clause d'exclusivité en raison de l'existence d'une cause de justification est soumise à l'appréciation du Conseil de la concurrence, qui reste le principal organe qui a la compétence en la matière<sup>2</sup>.

Le Conseil de la concurrence peut aussi effectuer des enquêtes sur les conditions d'application des textes législatifs et réglementaires ayant un lien avec la concurrence. Dans le cas où ces enquêtes révèlent que l'application de ces textes donne lieu à des restrictions à la concurrence, le Conseil de la concurrence engage toutes les actions pour mettre fin à ces restrictions<sup>3</sup>.

Dans le même contexte, la demande d'obtention de l'attestation négative est introduite par l'entreprise ou les entreprises concernées. Elle peut être introduite par les représentants de ces entreprises qui doivent présenter un mandat écrit attestant des pouvoirs de représentation qui leur sont conférés. Les entreprises étrangères concernées ou leurs représentants mandatés doivent indiquer une adresse en Algérie<sup>4</sup>.

Il faut souligner aussi que la loi algérienne a défini l'attestation négative comme attestation délivrée par le Conseil de la concurrence sur demande des entreprises intéressées, par laquelle le Conseil constate qu'il n'y a pas lieu, pour lui, d'intervenir à l'égard

<sup>1</sup> Art. 13 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence.

<sup>2</sup> L'art. 9 al. 2 de l'ordonnance n° 03-03 dispose que : « *Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords et pratiques qui ont fait l'objet d'une autorisation du Conseil de la concurrence* ».

<sup>3</sup> Art. 37 de l'ordonnance n° 03-03.

<sup>4</sup> Art. 3 du décret exécutif n° 05-175 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relatives aux ententes et à la position dominante sur le marché du 12 mai 2005, J.O.R.A du 18 mai 2005, n°35, p.3.

des pratiques prévues aux articles 6 et 7 de l'ordonnance n°03-03<sup>1</sup>. Concernant le dossier relatif à l'obtention de l'attestation négative, il est constitué des pièces envisagées par l'article 4 du décret exécutif n° 05-175. Dans le même ordre d'idées, « *la validité du comportement anticoncurrentiel doit toujours être limitée dans le temps. Il faut signaler que dans tous les cas, la validité ne peut jamais remonter dans le temps à une date antérieure à celle de la notification. Les entreprises qui avaient commencé à exercer des pratiques anticoncurrentielles avant leurs notifications, doivent être sanctionnées. Ces pratiques sont nulles pour toute la période antérieure à leur notification* »<sup>2</sup>.

## Conclusion

En conclusion, la justification de la clause d'exclusivité par l'article 9 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence est une mesure dont devraient bénéficier, à certaines conditions, les auteurs de tels comportements anticoncurrentiels. Le législateur prévoit dans cet article des causes de justification qui permettent aux auteurs de certaines pratiques anticoncurrentielles d'échapper à toute sanction. Cet article envisage deux causes de justification : d'une part, l'existence d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application et, d'autre part, l'existence d'un progrès économique ou technique.

La stipulation de la clause d'exclusivité est conditionnée par l'octroi d'une attestation négative. Cependant, les opérateurs économiques intéressés, devront d'abord présenter une demande formulée au Conseil de la concurrence, pour que l'attestation négative produise ses effets en cas d'acceptation. Il faut souligner également, que la demande de l'attestation négative est obligatoire seulement en droit algérien<sup>3</sup>, son absence emporte la sanction.

---

<sup>1</sup> Art. 2 du décret exécutif n° 05-175.

<sup>2</sup> H. MEFLAH *op.cit.*, p.112.

<sup>3</sup> Le droit algérien régissant les pratiques anticoncurrentielles s'inspire principalement du droit français et du droit communautaire pour plusieurs raisons. On peut citer à titre d'exemple, l'avancement considérable de la législation, la doctrine et la jurisprudence en la matière. Toutefois ces législations n'exigent aucune condition de forme (l'obligation d'obtention d'une attestation négative).

Dans le domaine jurisprudentielle algérien, certains chercheurs estiment que jusqu'à présent, il n'y a point de cas d'exemption d'une entente d'une manière générale et d'une clause d'exclusivité d'une manière spéciale sur le territoire national<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> H. MEFLAH *op.cit.*, p.161.