

L'exemption des pratiques restrictives de concurrence en droit algérien

ZOUAÏMIA Rachid ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Professeur, Faculté de droit et des sciences politiques, membre du Laboratoire de recherche sur l'effectivité de la norme juridique, Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

Email : rachidzr@yahoo.fr

Résumé :

Si les textes juridiques prohibent toute pratique ayant pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence sur le marché, qu'il s'agisse de pratiques individuelles (les abus de position dominante) ou collectives (les ententes), le législateur permet aux entreprises, sous certaines conditions, de pouvoir se soustraire aux conditions de marché en imposant aux concurrents leur alignement sur leur propre comportement et ce, au motif que de telles pratiques comportent des effets bénéfiques. C'est à se demander jusqu'où peut-on assouplir le droit de la concurrence sans remettre en cause son existence

Mots clés :

Abus , Entente, Entreprises, Exemption, Progrès économique.

Date de soumission: 27/05/2019, *Date d'acceptation:* 20/06/2019, *Date de publication:* 31/07/2019

Pour citer l'article:

ZOUAÏMIA Rachid, " L'exemption des pratiques restrictives de concurrence en droit algérien ", RARJ, n°1, 2019, pp.341-356.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

L'auteur correspondant : ZOUAÏMIA Rachid, rachidzr@yahoo.fr

إعفاء الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري

الملخص:

إذا كانت النصوص القانونية تحظر أي ممارسة يكون هدفها أو أثرها هو تشويه حرية المنافسة في السوق، سواء في حالة الممارسات الفردية (التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق) أو الممارسات الجماعية (الاتفاقيات)، فإن المشرع يسمح للمؤسسات، في ظل ظروف معينة، أن تنتهز من مقتضيات السوق من خلال فرض سلوكياتها على منافسيها، على أساس أن هذه الممارسات لها آثار مفيدة. وهو الأمر الذي يثير التساؤل حول مدى تأثير مثل هذه الأحكام على جوهر مبدأ حرية المنافسة.

الكلمات المفتاحية:

المؤسسات، التعسف، الاتفاقيات، الإعفاء، التطور الاقتصادي.

Exemption from restrictive practices of competition in Algerian law

Abstract:

If the legal texts prohibit any practice whose object or effect is to distort the free play of competition on the market, whether in the case of individual practices (abuse of dominant position) or collective practices (cartels), the legislator allows companies, under certain conditions, to be able to evade market conditions by imposing on competitors their alignment with their own behavior, on the grounds that such practices have beneficial effects. It is a question of how far can the law of competition be relaxed without calling into question its existence.

Keywords:

Abuse, Agreement, Companies, Economic progress, Exemption.

Introduction

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 de certaines pratiques restrictives de concurrence 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. Il en est de même de certaines pratiques imputables à des entreprises en position dominante sur un marché¹. 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 ententes² comme de certaines pratiques d'abus de position dominante³. Toutefois, la question qui se pose consiste à se demander jusqu'à quel point doit-on assouplir l'application du droit de la concurrence⁴.

Au plan du principe, toute pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter ou fausser la concurrence sur un 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 des articles 6 et 7 relatives aux ententes et aux abus de position dominante⁵.

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, les règles de concurrence « interdisent les ententes et les abus de position dominante, mais permettent, par un mécanisme d'exemption, de justifier des

¹ Sur le principe de libre concurrence en général, voir, Rachid ZOUAÏMIA, *Droit de la concurrence*, Editions Belkeise, Alger, 2012, Mustapha MENOUEUR, *Droit de la concurrence*, BERTI Editions, Alger, 2013.

² Sur la question des ententes, voir, ZOUAÏMIA Rachid, « Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence », *Revue Critique de Droit et Sciences Politiques*, n° 1, 2012, pp. 6-51.

³ Sur la question de l'abus de position dominante, voir, ZOUAÏMIA Rachid, « La dualité des pratiques de dominance en droit algérien de la concurrence », in *Etudes de droit. Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou*, Kounouz éditions, Tlemcen, 2013, pp. 165-187.

⁴ Michèle RIOUX, *Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique*, Université du Québec à Montréal, 2001, www.unites.uqam.ca/gric/

⁵ Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 2 juillet 2008, modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, *JORA* n° 46 du 18 août 2010.

pratiques qui ont un bilan concurrentiel positif et bénéficient aux consommateurs »¹. L'interdiction des ententes et des abus de position dominante telle que formulée aux articles 6 et 7 de l'ordonnance n'est donc 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 ». Dans un tel cas de figure, on tentera de différencier l'exemption délivrée par le Conseil de la concurrence de ce que le texte législatif qualifie d'attestation négative.

I - Les exemptions législatives ou réglementaires

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 premières².

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 143 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

¹ Jean-Louis DEWOST, Bruno LASSERRE, Robert SAINT-ESTEBEN, « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 5, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

² Sur la question des exemptions législatives et réglementaires en France, voir André DECOCQ, Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p. 375.

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 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 anticoncurrentielle¹. « 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 »².

Par ailleurs, il a été jugé que le seul fait que les pouvoirs publics aient eu connaissance de la pratique, voire l'aient encouragée, ne suffit point à la justifier au titre des dispositions relatives à l'exemption législative ou réglementaire et ce, dans la mesure où une telle incitation « n'a pas créé un cadre juridique contraignant pouvant dégager les parties mises en cause de leur responsabilité »³. 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.

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

¹ Voir, Aurélien CONDOMINES, *Le nouveau droit français de la concurrence*, Ed. Jurismanager, Paris, 2009, p. 231.

² 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.

³ Décision du Conseil de la concurrence, n° 05-D-10 du 15 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d10.pdf/

concurrence cherche donc à réduire l'impact de l'ordre de la loi en tant que fait justificatif »¹. 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 concerné². 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 pratiques³.

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 encourage la constitution d'organisations professionnelles agricoles et leur promotion en application de la loi du 3 août 2008⁴. 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 :

¹ Ibid.

² Aurélien CONDOMINES, *Le nouveau droit français...*, op. cit. p. 232.

³ 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.

⁴ Loi n° 08-16 du 3 août 2008 portant orientation agricole, *JORA* n° 46 du 10 août 2008.

- 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.

II – Les exemptions liées à la notion de progrès économique

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 concurrence¹. 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 ». La loi de 2008 élargit le champ d'application des règles relatives aux exemptions aux opérations de concentration. Le Conseil se voit reconnaître le pouvoir d'autorisation de telles opérations au-delà du seuil fixé lorsque les entreprises « peuvent justifier qu'elles ont notamment pour effet d'améliorer leur compétitivité, de contribuer à développer l'emploi ou de permettre aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché »².

1 - Le progrès économique *lato sensu*

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 caractéristiques³.

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 »⁴, tandis que pour un autre auteur,

¹ Art. 9 de l'ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, *JORA* n° 09 du 22 février 1995.

² Art. 21 bis de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence.

³ Voir, CNUCED, *Loi type sur la concurrence*, Nations Unies, Genève, 2010, p. 16.

⁴ David ENCAOUA, Roger GUESNERIE (Eds), *Politiques de la concurrence*, Conseil d'Analyse économique, La Documentation française, Paris, 2006, p. 66.

« 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 »¹.

Si l'on se réfère au droit comparé, la plupart des législations dans le monde prévoient un régime d'exemptions pour cause de 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'environnement².

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 »³.

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 »⁴.

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 »⁵. En outre, de tels accords permettent le partage des risques et évitent la duplication des coûts de la recherche qui sont partagés entre les

¹ Catherine PRIETO, « Le progrès technologique dans le traitement des ententes », *RIDE*, n° 3, 2007, p. 318.

² Voir, CNUCED, *Loi type sur la concurrence*, op. cit.

³ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel pour 2010*, p. 235, www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁴ Catherine PRIETO, « Le progrès technologique dans le traitement des ententes », op. cit. p. 321.

⁵ David ENCAOUA, Roger GUESNERIE (Eds), *Politiques de la concurrence*, op. cit. p. 78.

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 »¹. 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 »², 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 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 »³.

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

¹ Catherine PRIETO, « Le progrès technologique ... », op. cit. p. 322.

² David ENCAOUA, Roger GUESNERIE (Eds), *Politiques de la concurrence*, op. cit. p. 78.

³ Avis n° 05-A-17 du 22 septembre 2005 relatif au recours à la négociation collective en matière de délais de paiement inter-entreprises, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05a17.pdf/>

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 quatre (4) milliards de Dinars ou dont le total du bilan annuel n'excède pas un (1) milliard de Dinars et qui respectent le critère d'indépendance¹.

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.

2 - 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 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

¹ Art. 5 de la loi n° 17-02 du 10 janvier 2017 portant loi d'orientation sur le développement de la petite et moyenne entreprise (PME), *JORA* n° 02 du 11 janvier 2017.

rejette ce type d'argumentation en arguant que la seule survie des entreprises en cause ne peut justifier une entente anticoncurrentielle¹, 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 l'obtenir, l'existence d'un bénéfice pour les consommateurs et l'absence d'élimination de toute concurrence².

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.

¹ Voir, Aurélien CONDOMINES, *Le nouveau droit français ...*, op. cit. p. 240.

² Voir, Autorité de la concurrence, *Rapport annuel pour 2009*, pp. 213-214 ; *Rapport annuel pour 2010*, pp. 232-237, www.autoritedelaconcurrence.fr/

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 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.

Le large pouvoir d'appréciation laissé au Conseil le hisse au statut de régulateur : en statuant sur les demandes d'exemption, il est appelé à pénétrer le marché, à définir des critères de recevabilité des demandes d'exemption, à affiner le contenu des notions de progrès économique et technique, à fixer des paramètres liés à l'amélioration de l'emploi et donc à influencer de manière décisive sur l'activité des entreprises.

III – La distinction entre exemption et attestation négative

On a vu que les dispositions des articles 6 et 7 de l'ordonnance relatives aux ententes et abus de position dominante peuvent être écartées sur la base de la technique du bilan. Lorsqu'il apparaît que l'entente ou l'abus de position dominante, bien que remplissant les conditions pour tomber sous le coup des dispositions des articles 6 et 7, présentent des avantages qui l'emportent sur les effets restrictifs, le Conseil de la concurrence peut autoriser les pratiques en cause¹.

¹ A titre comparatif, dans le cas de la Tunisie, de telles pratiques sont soumises à l'appréciation du ministre chargé du commerce après avis du Conseil de la concurrence. Voir Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation de la concurrence et des prix, *Journal Officiel de la République Tunisienne* n° 77-78 du 25 et 29 septembre 2015, p. 2320.

Quant aux conditions à remplir par les accords et pratiques pour bénéficier de l'exemption, elles sont alternatives et au nombre de trois :

- assurer un progrès économique ou technique ;
- contribuer à améliorer l'emploi ;
- permettre aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché.

S'agissant des attestations négatives, en vertu des dispositions 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 »¹.

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 laissent suggérer certains auteurs, l'attestation négative n'est pas une exemption délivrée en application des règles de l'article 9 de l'ordonnance ayant trait aux exemptions². 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 fondamentale³ :

- 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. Il aurait été toutefois souhaitable que l'ordonnance relative à la concurrence traite des exemptions collectives et ne se limite pas aux exemptions individuelles. Une telle procédure consiste à exempter non un accord mais une catégorie d'accords et ce, de manière à éviter une surcharge du Conseil de la concurrence qui, dans ce cas de figure trancherait la question pour un ensemble

¹ Voir 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.

² Mohamed Chérif KETTOU, *Droit de la concurrence et pratiques commerciales*, Editions Baghdadi, Alger, 2010, p. 43 (en arabe) ; Hanane MEFLAH, *La justification des ententes et des abus de positions dominantes. Etude comparative*, Mémoire de Magister en droit des relations économiques, (Agents économiques/consommateurs), Université d'Oran, 2012-2013, p. 106.

³ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « Le Conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien », *Idara*, n° 36, 2008, pp. 7-45.

d'entreprises concernées. C'est notamment le cas pour les accords en matière de recherche et développement ou en matière de franchise.

- 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 des articles 6 et 7 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 tandis que 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 »¹.

Dans une décision rendue le 13 mars 2014, le Conseil de la concurrence devait se prononcer sur une demande de remise d'une attestation négative formulée par la société ASTRA, filiale du Groupe FIAT. Une telle attestation lui était réclamée par l'entreprise publique ENAGEO. La commission des marchés de cette dernière a en effet exigé, « préalablement à la signature d'un contrat d'achat de véhicules industriels, la remise par ASTRA d'une attestation négative au sens de l'article 08 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence et du 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 »².

L'attestation négative devait prouver, selon l'entreprise qui la réclamait, l'absence de toute convention entre ASTRA et IVECO. « Après avoir constaté que les deux textes précités ne s'appliquent pas au cas d'espèce (marché public) et que le soumissionnaire à un appel d'offres ne saurait être tenu que par les clauses et conditions du cahier des charges qui lui a été remis, le Collège a déclaré juridiquement non fondée la demande d'attestation négative sollicitée par ASTRA au Conseil de la concurrence »³.

Une telle position confirme qu'en matière d'ententes, la première condition qui

¹ *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.

² Conseil de la concurrence, *Rapport d'activité Année 2014*, p. 51, <http://www.conseil-concurrence.dz/>

³ Ibid.

doit être remplie par le demandeur d'une attestation négative, c'est d'être lié par une convention avec l'autre partie, l'objet de la demande étant d'absoudre de toute poursuite une telle relation contractuelle qui ne limite pas la concurrence sur le marché pertinent.

En d'autres termes, et comme le fait remarquer le Conseil de la concurrence, « L'attestation négative ne peut certifier qu'il n'existe pas d'accord entre les deux sociétés comme elle ne peut certifier que les règles de la concurrence ont été respectées en dehors de tout accord ou convention ou des pratiques qui relèvent du contrôle du Conseil de la concurrence »¹. Il est donc nécessaire de justifier de l'existence d'un accord ou d'une convention pour demander une attestation négative d'entente. Quant au Conseil de la concurrence, son rôle consiste à vérifier si les accords ou pratiques que souhaitent mettre en œuvre les entreprises intéressées peuvent être considérés comme compatibles avec les dispositions des articles 6 et 7 de l'ordonnance relative à la concurrence et bénéficier en conséquence d'une attestation négative. En un mot, les entreprises concernées invitent le Conseil à constater l'absence d'infraction et ce dernier se limite à vérifier que les pratiques en cause ne répondent pas aux conditions prévues aux articles précités.

En délivrant ou en refusant de délivrer des attestations négatives, le Conseil de la concurrence influe ainsi sur le comportement des entreprises. Dans le cas d'un refus, il oriente le comportement des entreprises dans le sens de la doctrine qui est la sienne et qui résulte d'une interprétation de la loi qui s'impose aux opérateurs économiques.

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. 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 exécutif² ; par ailleurs,

¹ Cons. Conc. Décision^o 01/2014 du 13 mars 2014 relative à la demande de remise d'une attestation négative par la société ASTRA, *Bulletin officiel de la concurrence*, n^o 8, 2 juin 2016, p. 13 (en arabe).

² Une telle dépendance est d'ailleurs reconnue par le Conseil lui-même qui ne cesse de proposer une refonte du dispositif législatif ayant trait à la concurrence dans le sens d'une plus grande autonomie à l'égard du gouvernement. Voir, notamment, Conseil de la concurrence, « Rapport d'activité Année 2015 », *Bulletin officiel de la concurrence*, n^o 10, 24 octobre 2016, pp. 79-85.

l'inefficacité dont il a fait preuve depuis son institution en 1995 en fait une institution purement ornementale. Il lui est toutefois permis de faire œuvre pédagogique en direction des entreprises. C'est la solution choisie par le Conseil de la concurrence tunisien qui a pris des initiatives remarquables en direction des acteurs économiques, de l'université, des experts comme du grand public en utilisant les médias ou en organisant des tables rondes et séminaires sur les questions de concurrence et ce, en collaboration avec les chambres de commerce et de l'industrie, les opérateurs économiques, les organisations professionnelles et sectorielles, les associations de défense des consommateurs, les professionnels du droit. Le résultat est palpable : le Conseil de la concurrence est devenu une pièce maîtresse du fonctionnement concurrentiel de l'économie tunisienne¹. Dans le cas algérien, il lui est permis également de « prendre toute mesure sous forme notamment de règlement, de directive ou de circulaire »² pour garantir la régulation efficiente du marché et assurer le bon fonctionnement de la concurrence. Le Conseil peut ainsi suppléer les carences de la loi en usant de son pouvoir interprétatif du texte comme il peut également initier l'élaboration de catalogues des bonnes pratiques destinés à orienter le comportement des entreprises dans le sens de la construction d'une saine concurrence sur les marchés.

Face à une telle inertie de l'organe et en l'absence d'une volonté politique claire, le droit des pratiques restrictives de concurrence, 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.

¹ Voir, Ghazi JERIBI, « Le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », 22 mai 2007, www.ahjucaf.org/

² Art. 34 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence.