

Négociation en droit de la concurrence :**Le détriment des droits des entreprises mises en cause****Toufik MOKEDDEM****Maître de conférences B****Faculté de droit et de sciences politiques****Université Djillali Liabes de Sidi Bel Abbas****- تاريخ الإرسال: 2016/10/08****- تاريخ الإيداع لدى المحكم: 2016/11/15****- تاريخ رد المحكم: 2016/12/25**

الملخص: رغم طابعه الردعي ، فإن قانون المنافسة يحوي جانبا تفاوضيا ، قد يفتح مجالا للمؤسسات التي سعت أو أقدمت على ممارسات مقيدة و/أو منافية للمنافسة و تم إكتشاف أمرها ، لمحاولة الدخول في حوار بل و أخذ ورد مع مجلس و/أو سلطة المنافسة قصد تجنب الجزاء المترتب على ذلك قانونا .

ومزايا ذات التفاوض التي يمكن تصورها ، لا تجعله يخلو من مساوئ تتحملها لا محالة ذات المؤسسات المعنية بمجرد الدخول في دائرة التفاوض و التي يكلفها غالبا سلب أهم حقوقها الأساسية للدفاع عن نفسها .

الكلمات المفتاحية: تفاوض، منافسة، ضبط، محاكمة عادلة، وجاهية، رقابة قضائية، سلطة المنافسة.

Résumé: Nonobstant son caractère répressif, le droit de la concurrence ouvre une brèche sur la négociation, les entreprises mises en cause pour pratiques restrictives de la concurrence et/ou anticoncurrentielles, trouvent dans leur intérêt d'entrer dans un débat avec le conseil et/ou l'autorité de la concurrence pour se voir exonérer de toute sanction de plein droit.

En effet les atouts indéniables de cette négociation ne laissent nullement celle-ci exemptée d'inconvénients touchant les droits fondamentaux de l'autodéfense, dès lors cette négociation serait au détriment des entreprises mises en cause.

Mots clés: Négociation, concurrence, régulation, procès équitable, contradictoire, contrôle juridictionnel, autorité de la concurrence.

Abstract: Notwithstanding its repressive nature, the competition law opens a breach on the negotiation, Companies challenged for restrictive and / or anticompetitive practices, find it in their interest to enter into a debate with the council and / or the competition authority to be exonerated from any sanction as of right.

Indeed the undeniable advantages of this negotiation do not leave this one free from disadvantages affecting the fundamental rights of self-defense, therefore, this negotiation would be to the detriment of the companies involved.

Keywords : Negotiation, competition, regulation, fair trial, adversarial, judicial review, competition authority.

Introduction

Indéniablement le droit de la concurrence ne peut se montrer que répressif contre tous comportements nuisibles à la concurrence, notamment contre les pratiques anticoncurrentielles.

Or, depuis quelques années, l'enceinte juridique de la concurrence reconnaît une mise en place de moyens plus ou moins nouveaux, qui ne cessent de se développer en parallèle à la répression, imposant bel et bien un succès grandissant : Il s'agit des procédures négociées¹.

En effet la facilité dudit développement est assurément argumentée par les atouts que représentent ces procédures sur divers plans, tant au regard des autorités de la concurrence, à savoir, la réduction de la charge probatoire, l'accélération des délais de traitement des affaires et l'aide au développement d'une culture de la concurrence, qu'au regard des entreprises mises en cause en bénéficiant surtout d'une exonération qui peut aller jusqu'à la totalité de la sanction encourue.

A cet égard, les autorités de la concurrence peuvent offrir leur mansuétude sous différentes formes en échange de divers comportements coopératifs². Faisant ainsi confirmer la particularité de ce droit négocié qui est dès lors plus indépendant que jamais.

Portant sur quatre cas de figures clémence, engagements volontaires, non-contestation des griefs et transaction, Lesdites procédures veulent se présenter en tant qu'outils juridiques propres au droit de la concurrence, alternatifs et accessoires aux pouvoirs classiques de répression des pratiques anticoncurrentielles, et associant davantage les entreprises au processus décisionnel du conseil et/ou de l'autorité de la concurrence.

En donnant lieu à l'adoption de ces procédures alternatives aux sanctions, on met en évidence le rôle plus ou moins conciliateur de l'autorité de la concurrence auprès des entreprises concernées voire celles mises en cause, puisqu'il ne s'agit plus de se défendre contre les accusations, mais plutôt de négocier le meilleur traitement pour celles-ci, souvent au détriment des plaignants et des coparticipants.

Il est à reconnaître que recourir aux procédures négociées est devenu la tendance en matière de traitement des pratiques anticoncurrentielles. Cette tendance est légitimement

¹Concernant cette appellation V. Par exemple, D. Waelbroeck, Le développement en droit européen de la concurrence de procédures négociées : que va-t-il rester aux juges ? Pour une justice efficiente en Europe, *Gaz. Pal.* 22 au 26 août 2008 ; S. Grandvuillemin, *Les procédures négociées en droit français des pratiques anticoncurrentielles*, *JCP* mai 2011, 1344. Il faut noter que tous les auteurs qui recourent à ce vocable tendent immédiatement à le nuancer, soulignant l'inégalité du rapport de force entre les entreprises parties à la négociation et l'autorité de concurrence. Toutefois il n'y a pas vraiment de consensus sur cette appellation notamment, le conseil de la concurrence français qui préfère utiliser l'appellation de procédures alternatives ou complémentaire à la sanction dans son Rapport d'activité pour 2005, Étude thématique. V. aussi E. David, L'incidence des procédures "alternatives" sur l'établissement des pratiques anticoncurrentielles devant l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne, *Concurrences* no 1-2011, Art. no 33858, p. 67.

² J.-C. RODA, La clémence en droit de la concurrence. Etude comparative en droit américain et européen, préf. C. PRIETO, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, § 103.

argumentée par les diverses vertus de ces procédures tant au regard des autorités de la concurrence que des entreprises contrevenantes³ : Lesdites procédures illustrent a priori le principe « gagnant-gagnant ».

Dans ce contexte, l'autorité de la concurrence apparaît comme une magistrature économique⁴ qui se distingue par ses propres moyens à la fois quasi-juridictionnels et conciliateurs : Puisque d'une part, le fait de pouvoir prononcer des sanctions, cet *imperium* lui donne certainement ce caractère de « magistrature » et d'autre part, cette même magistrature est créatrice de normes constituant un véritable droit négocié qui sera d'ailleurs la base de la régulation concurrentielle.

A travers cette étude il serait tenté de faire le point sur le revers de ces procédures qui sont devenues la tendance en droit de la concurrence leur côté sombre et/ou désagréable, autrement dit, il serait tenté de soulever les séquelles de cette politique de concurrence jusque-là inédite en droit algérien.

Pour arriver à cette fin, l'adoption de la voie comparative, semblait la méthode la plus appropriée compte tenu de la disette de la pratique du conseil et/ou du droit algérien(s) de la concurrence.

En effet En matière de traitement des contentieux concurrentiels relatifs aux pratiques anticoncurrentielles devant les autorités de la concurrence, nonobstant tous les efforts de celles-ci, il n'y avait pas vraiment un réel consensus afférent aux pleines garanties d'un procès équitable assurées dans le cadre des procédures ordinaires voire classiques⁵.

Or, l'avènement et le développement des procédures négociées comme outils de «public enforcement» ont pesé encore sur les droits procéduraux des entreprises, tendant non à les refouler, car ceux-ci ne sont pas absents⁶, mais à les cantonner.

Dès lors il serait tenté de montrer et/ou démontrer que nonobstant tous les indiscutables bienfaits de ces procédures négociées, celles-ci portent aussi des vices plus ou moins cachés, voire des méfaits notamment sur le plan procédural

Incessamment ces procédures font glisser le contentieux du terrain de la répression vers celui de la régulation, lequel échappe aux règles du procès équitable (A) ; par ailleurs ces

³C. Grynfolgel relève qu'elles sont "*rentrées dans les mœurs*", Sanctions du droit communautaire de la concurrence, *Juris-Classeur*, Comm. fasc. 287, nos 34 et s.

⁴V. en ce sens C.CHAMPAUD, L'idée d'une magistrature économique (Bilan de deux décennies), *Justices* n°1 Janvier/Juin 2005, p.74.

⁵ V. en ce sens à titre d'exemple, Michel PEDAMON, Droit commercial (commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats de commerce), 2^{ème} éd, Dalloz, Paris. 2000. p.452 ; Renée GALENE, Le droit de concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995. p.361 ; Marie-Chantal BOUTARD LABARDE, Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994. p. 195.

⁶Dans l'arrêt du 4 novembre 2008 rendu dans l'affaire *Canal 9*, la Cour de cassation a considéré que les entreprises plaignantes ou les entreprises en cause ont un accès intégral au dossier de la procédure (pourvoi no 07-21275, *GIE Les Indépendants*). Par ailleurs, le droit des entreprises à former un recours n'a jamais été remis formellement en cause.

procédures se teintent de consensualisme, justifiant un contrôle juridictionnel de moindre ampleur (B).

A. Les méfaits de la régulation sur la limitation des garanties d'un procès équitable

S'agissant d'un accord plus ou moins contractuel entre deux parties : D'une part l'autorité de la concurrence dotée d'un pouvoir de sanction et d'autre part l'entreprise mise en cause qui devrait être à la fois intéressante et intéressée : en effet « Intéressante » par rapport à ce qu'elle dispose comme informations et/ou de documents et « intéressée » par rapport à sa volonté de négocier et/ou de collaborer de son plein gré.

Ce déséquilibre de pouvoirs entre les deux parties implique incessamment la reconnaissance d'une certaine adhésion, dont l'entreprise contrevenante est assujetti, ne disposant ainsi que de la faculté d'adhérer ou pas : cette réflexion s'adapte forcément aux procédures de clémence, de transaction, et de non-contestation des griefs (sans engagements), quant à la procédure d'engagements, la marge de négociation est plutôt manifestée dans la proposition et l'acceptation des engagements représentant ainsi la procédure la plus négociée parmi toutes.

Toutefois, nous souscrivons à définir ces instruments propres au droit de la concurrence de « procédures négociées », puisque la négociation selon les cas est la caractéristique essentielle de ces procédures, dans la mesure où les entreprises susceptibles d'être sanctionnées et les autorités de concurrence font des concessions réciproques.

A cet égard, il est utile de rappeler qu'il n'y a pas vraiment un consensus sur cette définition, nombreux qui préfèrent utiliser la notion de procédures alternatives ou accessoires ou alternatives au pouvoir de sanction des autorités de concurrence au lieu de procédures négociées.

En adoptant la voie comparative, nous avons pu soulever la particularité de la procédure négociée algérienne, une particularité qu'on peut la traduire en infériorité en matière de la pratique du conseil de la concurrence par rapport aux autorités de concurrence communautaire et française.

En effet le gel du conseil de la concurrence qui a duré plus d'une décennie (de 2003 à 2013) avait forcément paralysé le libre et surtout l'équitable jeu de la concurrence et n'a sûrement pas laissé sa pratique aller de l'avant notamment en employant ces moyens alternatifs aux sanctions.

Ces moyens si avenants qui n'arrêtent pas de se développer dans le cadre d'une régulation bel et bien maîtrisée par d'autres autorités de la concurrence, communautaire et française entre autres.

Nonobstant sa reprise⁷, le conseil algérien de la concurrence jusqu'au jour d'aujourd'hui est toujours novice en matière de règlement de litiges anticoncurrentiels et à travers ses BOC (bulletins officiels de la concurrence) il s'est contenté quasiment de rappeler la loi afférente « des textes de base déjà connus théoriquement ».

En matière de procédures négociées, on peut facilement constater que la procédure algérienne ne s'accorde ni en nombre, ni en genre avec celles des droits français et communautaire : si en nombre l'évidence se manifeste notamment par la récompense afférente à la non-contestation des griefs qui peut aller jusqu'à l'exonération totale de la sanction encourue ;

Alors qu'en genre : En dehors du terme « négociées » qui peut plus ou moins être alloué aux procédures algériennes, française et communautaire, la question se pose sur notamment la nature des décisions relatives à ces procédures négociées.

En effet les décisions relatives aux procédures négociées françaises et/ou communautaires entrent bel et bien dans le cadre d'une régulation assumée voire, assurée par des autorités de la concurrence (le cas échéant l'autorité de la concurrence française et la commission), alors que la procédure négociée algérienne n'en est en rien :

Puisque une réduction au sens du droit algérien n'est qu'une sanction qui passe par le processus d'une procédure normale aboutissant à la répression⁸ : Ce qui nous renvoi incessamment à admettre que les garanties d'un procès équitable sont plus ou moins assurées dans le cadre d'une procédure négociée algérienne que dans le cadre de l'une des procédures négociées française et/ communautaire.

Toutefois, si on sort du concept algérien de la procédure négociée, le glissement de la matière vers la régulation est parfaitement assumé par les autorités de contrôle.

Ainsi le président de l'Autorité française écrit-il que cette autorité, qui intervenait traditionnellement *ex post* dans une perspective sanctionnatrice, a désormais « *une fonction de régulation (...) associant davantage les entreprises à son processus décisionnel* » et ceci éloigne l'autorité « *du fonctionnement d'une juridiction et des contraintes procédurales y*

⁷ la reprise ressentie du conseil de la concurrence en 2013 et l'extension de ses pouvoirs et/ou prérogatives, notamment le relèvement des amendes, le pouvoir d'auto-saisine et l'élargissement de sa composition à 12 membres au lieu de 07, V le site web : <http://www.conseil-concurrence.dz/>

⁸ Puisque l'art 62 bis ne différencie pas les sanctions que ce soit après négociation, donc dans le cadre d'une procédure dite négociée, ou dans celui d'une procédure ordinaire, en stipulant que « *les sanctions prévues par les dispositions des articles 56 à 62 de la présente ordonnance sont prononcées par le conseil de la concurrence, sur la base de critères ayant trait notamment à la gravité de la pratique incriminée, au préjudice causé à l'économie, aux bénéfices cumulés par les contrevenants, au niveau de collaboration des entreprises incriminées avec le conseil de la concurrence pendant l'instruction de l'affaire et à l'importance de la position sur le marché de l'entreprise mise en cause.* »

afférentes »⁹. La cour d'appel de Paris lui a emboîté le pas, affirmant, à propos de la procédure d'engagements, qu'« *il s'agit d'un outil de pure régulation et non d'une procédure de sanction* »¹⁰.

Or, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une législation ne prévoyant pas de sanction mais uniquement des pouvoirs qui « *appartiennent au champ de la régulation* » ne relève pas des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹¹.

Cette analyse a permis à la cour d'appel de Paris d'affirmer que, dans le cadre de la procédure d'engagements, le principe d'égalité des armes avait un « *autre relief* » que dans les procédures de sanction classiques.

D'autres faiblesses procédurales peuvent encore être notées concernant les procédures « *négociées* » en général, notamment en ce qui concerne le principe du contradictoire amoindri (1) et l'accès au dossier qui demeure restreint (2)

1. Un contradictoire amoindri

La procédure d'engagements autorise un contradictoire moins complet que celui normalement exercé, puisqu'il est limité dans son champ (la discussion s'ordonnant essentiellement autour des engagements proposés) et dans sa durée puisque cette procédure dispense en France de l'élaboration d'un rapport.

Dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs devenue devenue procédure de transaction depuis la « loi Macron »¹² du 6 août 2015, toutefois elle reste tout de même une spécificité française¹³.

Le principe du contradictoire ne peut s'exercer qu'à propos des éléments permettant le calcul de la sanction concernant les entreprises ayant opté pour la renonciation, et qu'à propos de leur participation à l'infraction concernant les autres. Il ne s'exerce par ailleurs qu'à l'occasion de la notification des griefs.

⁹B. Lasserre, *Propos introductifs*, *Gaz. Pal.*, 2005, p. 3199, spéc. p. 3200. V. aussi, S. Pietrini, *Le recours à la négociation en droit de la concurrence : l'exemple des programmes de clémence*, *RLC*, 2009, 21, et C. Cook, *CommitmentDecisions: The Law and Practice under Article 9*, *World Competition* 2006/2, p. 209.

¹⁰CA Paris 6 octobre 2009, *GIE Les Indépendants*.

¹¹CEDH (déc.), 3 juin 2004, *Nestee.a. c/ Fédération de Russie*, no 69042/01, citée par le rapport le annuel du Conseil de la concurrence 2005, pp. 146 et s. La Cour se fonde notamment sur le fait que la loi russe qui était en cause a pour but la prévention des perturbations de concurrence et le rétablissement des conditions de concurrence, et non la punition des contrevenants. Pour un commentaire de cet arrêt, v. E. Barbier de La Serre, *Appartenance de dispositions de droit de la concurrence à la "matière pénale" au sens de l'article 6 de la CEDH*, *RLC*, 2004/1.

¹²Loi no 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », *JO* du 7 août 2015 p. 13537.

¹³V. B. Lasserre, *la non-contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier*, *revue Concurrences* no 2-2008, art no 17870, pp. 93-100.

Quant à la procédure de transaction européenne, elle sonne le glas du contradictoire puisqu'elle repose sur une reconnaissance expresse de culpabilité¹⁴.

Par ailleurs, les entreprises doivent « *confirmer* » qu'elles « *ont été suffisamment informées sur les griefs que la Commission envisage de leur adresser et qu'elles ont eu suffisamment l'occasion de faire connaître leur point de vue à la Commission* »¹⁵.

La procédure de clémence semble paradoxalement moins attentatoire au principe, en tous les cas concernant les entreprises ne s'y étant pas jointes, lesquelles gardent en théorie toute latitude pour se défendre.

On imagine néanmoins cette défense singulièrement plus complexe en présence d'une dénonciation¹⁶, d'où la mobilisation fréquente des procédures de transaction et de non-contestation de griefs. L'entreprise qui dénonce en revanche, qu'elle soit de premier rang ou de rang inférieur, renonce tout simplement à exercer ses droits.

Bien plus, elle s'auto-incrimine, sans violer le principe posé par le célèbre arrêt *Orkem*¹⁷ puisqu'elle n'est pas contrainte d'apporter son témoignage.

Rappelons en outre que la procédure de clémence ne donnera désormais lieu qu'à un tour de contradictoire en droit français¹⁸.

2. Un accès au dossier restreint

La procédure de transaction¹⁹ prive véritablement les entreprises qui y recourent d'un accès véritable à leur dossier, et ce point a été fréquemment dénoncé à l'occasion de la consultation publique ayant précédé l'adoption de la communication du 2 juillet 2008²⁰.

À aucun moment la Commission ne communique en effet aux entreprises le dossier sur lequel elle fonde ses charges. La communication de 2008²¹ se contente d'énoncer que des « *informations seront communiquées en temps voulu, au fur et à mesure de l'avancement des discussions en vue de parvenir à une transaction* »²².

¹⁴Pt 20 a) de la communication du 2 juillet 2008.

¹⁵Pt 20 c) de la communication du 2 juillet 2008.

¹⁶*Supra*, no 39.

¹⁷CJCE, 18 octobre 1989, *Rec.* p. 3283.

¹⁸V. la procédure de transaction telle qu'introduite par la loi Macron du 6 juillet 2015, précitée

¹⁹E. Paroche relève que la procédure d'engagements limite également l'accès au dossier puisque les entreprises se prononcent seulement sur la foi de préoccupations de concurrence exprimées par l'autorité de concurrence (sauf si les engagements interviennent post notification de griefs, comme l'autorise le droit européen), in *Le règlement négocié en droit de la concurrence : avancée ou recul des droits fondamentaux des entreprises ? RDAE* 2013/4, p. 743.

²⁰En tous les cas par les contributeurs français, cette procédure ayant soulevé moins de contestations dans les autres États.

²¹Récemment modifiée, cf. *supra*.

²²Pt 15.

Bien plus, la Commission subordonne le bénéfice de la transaction au fait que les entreprises confirment qu'elles « *n'envisagent pas de demander l'accès au dossier ou à être entendues de nouveau, lors d'une audition orale* »²³.

Les commentateurs expriment en général leurs plus extrêmes réserves²⁴ et doutent de la compatibilité de la procédure avec les droits fondamentaux²⁵.

B. Les méfaits de la négociation sur la limitation du contrôle juridictionnel

Il est question ici du concept de la négociation alloué à ces procédures alternatives, si on se focalise sur le terme « négociation », ce n'est nullement un synonyme du terme « chantage » :

Autrement dit les autorités de concurrence bien qu'elles ont à la fois le pouvoir de la régulation et celui de la répression, mais elles n'ont guère le pouvoir d'imposer aux entreprises contrevenantes de négocier avec elles, celles-ci sont absolument libres de choisir la procédure ordinaire voire classique, mais c'est à leurs risques et périls.

En effet, les entreprises sont libres de recourir ou non à l'une ou l'autre des procédures désormais mises à leur disposition²⁶. Elles sont libres de dénoncer, libres de contester ou non les griefs ou de reconnaître leur culpabilité, libres de prendre des engagements, et même de prendre des engagements excédant la mesure de l'illicite.

Ces choix et renoncements sont le fruit du processus coopératif²⁷. Il demeure que ce volontarisme, cette liberté, que d'aucuns s'accordent à trouver pour partie factice compte tenu de l'alternative qui leur est offerte et du déséquilibre potentiel des forces en présence²⁸, a un prix, que l'on peut trouver excessif.

²³Pt 20 d) de la communication du 2 juillet 2010.

²⁴Pour exemple, V. Ledoux, et J.-C. Roda, Adoption par la Commission européenne d'une procédure de "transaction" en matière d'ententes, *Contrats, conc., consom.* août 2008, étude 10. V. aussi E. David, Les droits procéduraux des entreprises devant la Commission européenne en matière de cartels : Les débats sont-ils clos ? *Concurrences* no 1-2014, Art. no 62586.

²⁵Pour exemple, C. Grynfogel, fasc. précité, no 63.

²⁶CJCE, 14 juillet 2005, C-57/02 P, *Acerinox*, pt 89, et CJCE, 14 juillet 2005, *ThyssenKrupp*, aff.jtes C-65 et 73/02 P, pts 52-53, pour laquelle "la reconnaissance de l'infraction reprochée revêt un caractère purement volontaire de la part de l'entreprise concernée". V. égal. CEDH, 20 juin 2002, *Borghesi c/ Italie*, requête no 54767/00, pour laquelle : "le requérant a, de son plein gré, renoncé à tous ses moyens de pourvoi (...). Il est vrai que le choix du requérant (...) visait à obtenir un avantage sur le plan de la sanction qui aurait été infligée, à savoir l'application de la peine que l'accusé avait négociée avec le procureur général près la Cour de cassation. Cependant, aux yeux de la Cour, la possibilité d'obtenir d'éventuels bénéfices ne saurait entacher la liberté d'une personne accusée de renoncer à tout moyen d'appel ou de pourvoi (...). Le choix du requérant [doit] être considéré comme libre et volontaire". Précisions que le litige était ici de nature pénale.

²⁷V. M. Mezaguer, *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne*, thèse Bruylant 2015, précitée, qui considère que "le renoncement est donc intimement lié à la volonté des justiciables et de ce fait (...) à la volonté coopérative", p. 337.

²⁸Pour exemples, G. Muguet-Poullennec, pour laquelle : "(...) dès lors que la Commission dispose d'une grande marge d'appréciation pour constater des infractions et prononcer des amendes, l'alternative à la proposition d'engagements, c'est-à-dire l'imposition d'amende, est-elle toujours abandonnée de façon volontaire ?", in *La procédure d'engagements en droit de l'Union, à la recherche d'un juste équilibre entre efficacité administrative*

D'une part, le contrôle juridictionnel aura moins souvent l'occasion de s'exercer :

L'entreprise ayant volontairement adhéré à un mécanisme alternatif ou accessoire est naturellement peu encline à remettre en cause son issue : les recours juridictionnels sont plus rares (1). D'autre part, à supposer le juge de contrôle saisi, celui-ci tend à brider l'ampleur du contrôle qu'il exerce au motif du caractère consensuel de ces procédures (2).

1. La marginalisation du contrôle juridictionnel

Le fait que les procédures négociées sont devenues la tendance en matière de «public enforcement», ça a pesé sans doute sur le recours au juge, puisque celui-ci n'est devenu qu'occasionnel.

En effet le consensualisme qui est à l'origine du fondement de ces procédures négociées a laissé le contrôle juridictionnel « inadapté »²⁹

Cette marginalisation du recours au juge se constate tout d'abord dans le cadre de la procédure d'engagements. Depuis son introduction en droit français, cette procédure rencontre un incontestable succès puisque rien qu'en 2015, 56 décisions ont été rendues sur le fondement de l'article L. 464-2, I du code de commerce³⁰.

Or, si un recours juridictionnel contre ces décisions est recevable, y compris par des tiers³¹, seule une infime minorité d'entre elles a fait l'objet d'un contrôle. En effet, seuls huit recours ont été formés contre ces décisions si l'on inclut les décisions rendues en 2015³², soit un taux de recours moyen d'environ 14 %³³.

et protection des entreprises, *RLC*, 2010-25. Dans le même sens, D. M. B. Gérard, pour lequel il existe “une pression devenue quasi irrésistible sur les entreprises afin d’avoir recours aux différentes procédures négociées pour régler leurs différends concurrentiels” et qui considère qu’il n’existe, en particulier au niveau européen, pas d’alternative aux procédures négociées (article précité, p. 575). Mme V. Selinsky parle quant à elle de “contrats d’adhésion intervenant entre des partenaires de force inégale”, Procédures négociées et stratégies des entreprises, in *LesDossiers de la RIDE* 2011, pp. 59-81. Contra, E. Paroche, article précité, pour lequel “les entreprises qui estiment être en mesure de réfuter les accusations de la Commission semblent continuer de privilégier la procédure contentieuse ordinaire aux procédures négociées”.

²⁹D. M. B. Gérard, Sanctions flexibles et droit économique (article précité) : “(...) le droit de la concurrence [est] en continuelle recherche à la fois d’un consensus méthodologique stable et d’un équilibre renouvelé entre un arsenal répressif plus étendu et un contrôle juridictionnel qui apparaît de plus en plus inadapté” (p. 559). M. Mezaguer parle quant à lui d’un contrôle “désorienté”, *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l’Union européenne*, article précité, p. 352.

³⁰Ordonnance no 2004/1173 du 4 novembre 2004. Statistiques arrêtées au 31 août 2015. Depuis, une 57e décision d’engagement a été adoptée (décision no 15-D-14 du 10 septembre 2015, *Produits de grande consommation en outre-mer*).

³¹V. affaire *Alrosa*, précitée, notes 46, 57, et 159. La société *Alrosa*, concurrente directe de la société *De Beers* et principale victime des engagements pris par celle-ci, ne s’est vu reconnaître que le statut de “tiers intéressé” par la Cour (pts 90 et 91 de l’arrêt).

³²Les recours jusqu’alors exercés et ayant abouti ont permis de préciser certains points importants, tels par exemple que la spécificité de la procédure d’engagements ne suppose aucun acte d’accusation (CA Paris 6 novembre 2007 et 6 octobre 2009, Cass. com., 4 novembre 2008), le fait que la décision d’engagement n’intervient pas pour satisfaire la demande d’une partie mais pour préserver l’ordre public économique (CA Paris, 16 octobre 2007, 6 octobre 2009 et 1er juin 2010), mais que la partie est en droit de faire un recours contre

Il est intéressant de comparer ce taux au taux de recours contre les décisions rendues globalement par l'Autorité sur la même période. Si nos calculs sont exacts, sur la totalité des 397 décisions rendues entre janvier 2005 et août 2015, 133 recours ont été formés, soit un taux de recours de 34 %. Bien plus, si l'on s'intéresse aux décisions rendues hors procédure d'engagements, on obtient un taux de recours de 38 %, et ce taux passe à 59 % concernant les décisions infligeant des sanctions pécuniaires.

C'est donc un incontestable constat de rareté des recours juridictionnels qui peut être dressé dans le cadre de la procédure d'engagements si on la compare aux autres procédures³⁴.

Cela ne surprend pas. Cette procédure est en effet l'archétype des procédures dites "négociées". L'issue du litige repose à l'évidence sur une participation active des entreprises dont les pratiques sont examinées, *via* les engagements qu'elles proposent et sur la base desquels la discussion intervient.

Dans ce contexte, il « *est difficile pour les parties de contester une décision avec laquelle elles ont marqué leur accord* »³⁵.

Par ailleurs, l'acceptation de ces engagements aboutit à un non-lieu à poursuivre, ce qui est évidemment favorable aux entreprises « inquiétées ». L'esprit de la procédure postule donc que celles-ci ne forment pas de recours³⁶.

Cette rareté des recours juridictionnels, pour compréhensible qu'elle soit, interpelle. À la moindre qualité substantielle des décisions d'engagements s'ajoute une grande discrétion du juge de contrôle.

la décision (CA Paris, 16 octobre 2007, *Bijourama*, et CA Paris, 6 novembre 2007, *Canal 9*) et qu'elle dispose d'un droit d'accès aux éléments du dossier sur lesquels s'est fondé le rapporteur (Cass. com., 4 novembre 2008 et 2 février 2010 – 2 arrêts – ; CA Paris 6 octobre 2006 et 1er juin 2010).

³³ 13 % au 31 décembre 2014.

³⁴ Nous avons vu par ailleurs que ces recours ne sont pas formés par les entreprises qui s'engagent, mais plutôt par les plaignants dont les revendications ne sont pas satisfaites (v. *supra* no 35) ou, plus rarement, par un tiers maltraité par les engagements souscrits (v. *supra* l'affaire *Alrosa*, affaire précitée 188 et *infra* pt 59).

³⁵ D. Waelbroeck, Le développement en Europe des solutions négociées(...), article précité. L'auteur rappelle par ailleurs qu'il existe un principe jurisprudentiel d'"estoppel" qui empêche une partie de revenir sur un point admis par elle (p. 14).

³⁶ Les termes d'une étude thématique du Conseil de la concurrence consacrée aux "Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence" en 2005 méritent d'être reproduits. Le Conseil écrivait : "Sans doute, l'incorporation de ces décisions dans les décisions susceptibles de recours est-elle fortuite et résulte-t-elle d'un oubli du législateur. La philosophie de cette procédure est, en effet, d'échapper aux voies de recours, puisqu'il s'agit, non d'une décision au fond, mais d'une sorte de contrat librement consenti entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie. Aucun recours n'a, à ce jour, été déposé contre les décisions du Conseil acceptant les engagements. On voit mal quel serait l'intérêt à agir des parties, puisque, s'agissant des entreprises à l'encontre desquelles pèsent des préoccupations de concurrence, elles ont elles-mêmes proposé les engagements et, s'agissant des entreprises plaignantes, leur point de vue est recueilli en cours de procédure" (p. 154). Notons que la possibilité pour la partie plaignante de former un recours contre la décision acceptant les engagements a cependant été confirmée par les juridictions de contrôle (v. *supra* Cass. com., 4 novembre 2008) et que l'Autorité a depuis abandonné la thèse de la nature contractuelle de la procédure (v. communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, pt 42).

Quant à la procédure européenne de transaction, de son côté, elle renforce encore ce trait.

En effet une partie de la doctrine a trouvé peut être la bonne formule en énonçant que « (...) la décision de transaction peut faire l'objet d'un appel même si, en pratique, celui-ci est fort limité puisque les entreprises à la transaction ont confirmé le respect des droits de la défense, reconnu l'infraction, renoncé à l'accès au dossier et accepté la fourchette de l'amende. Les parties ne peuvent donc faire appel que si la Commission n'a pas, dans sa décision finale, respecté les termes de la transaction³⁷. »

Un recours est concevable dans le cadre d'une procédure hybride, et a d'ailleurs été formé, mais le cas est unique³⁸.

La procédure de non-contestation de griefs donc la transaction française, est également riche d'enseignements, lesquels sont toutefois plus nuancés. Il apparaît que, lorsque toutes les entreprises parties à la procédure renoncent à contester les griefs, les recours, longtemps inexistant, tendent à se développer³⁹.

En cas de procédures hybrides (ce qui correspond à la moitié des affaires traitées), on constate que les recours sont très fréquents (près de 80 % des cas), mais que les entreprises qui ont renoncé à contester les griefs ont longtemps tendu à se désolidariser des autres⁴⁰; cela est moins vrai aujourd'hui. L'avenir dira si la loi Macron, qui tend à donner plus de prévisibilité aux parties quant au quantum de la réduction susceptible d'être obtenue⁴¹, inversera cette tendance.

Par ailleurs et surtout, lorsqu'un recours existe, il ne peut porter que sur les éléments de calcul de la sanction⁴².

³⁷V. aussi W. Wils, The use of settlements in public antitrust enforcement (...), article précité, qui considère que les différents renoncements des entreprises "affect their possibilities for successful judicial review", *Concurrences* no 3-2008, Art. no 34939.

³⁸Arrêt du 20 mai 2015 (aff. T-456/10, *Timab Industries et CFPR/Commission CFPR*), arrêt précité, note 31 et 148.

³⁹Aucun recours n'avait été formé dans une telle configuration de 2003 à 2008. Un recours fut pour la première fois formé en 2009, et l'hypothèse devint alors plus fréquente (avec notamment trois cas sur quatre en 2014). Sur cette question, v. le rapport français présenté devant l'OCDE en 2009 (v. Experience with Direct Settlements in Cartels Cases : "(...) les entreprises n'ont en principe pas d'intérêt à former des recours en appel contre les décisions de non contestation. Cet avantage est loin d'être négligeable en considération des pouvoirs de la cour d'appel de CA Paris, qui est en mesure d'effectuer un réexamen complet des décisions du Conseil ». D'une façon générale, on constate depuis 2012 que des recours sont systématiquement exercés, quels que soient la configuration du contentieux et le type de décision adopté.

⁴⁰Au sens où elles renoncent pour leur part à former un recours.

⁴¹Les parties négocieront en effet désormais non sur la base d'une fourchette de réduction, mais sur un chiffre exprimé en valeur absolue.

⁴²Pour un rappel de cette règle, v. CA Paris 10 octobre 2013, RG no 2012/07909 (sur déc. no 12-D-10, affaire des croquettes). p. 38. La cour relève que, sous couvert de contester les éléments de la sanction, les entreprises tendent à remettre en cause la réalité des pratiques, "ce qu'elles ne sont pourtant pas désormais recevables à faire". V aussi *infra* no 60.

Cette raréfaction et ce cantonnement des recours juridictionnels doivent-ils inquiéter ? Un ancien juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes souligne qu'il n'est pas vrai « *qu'un pourcentage élevé de saisines juridictionnelles soit le corrélat d'un haut niveau de garanties pour les justiciables car il induit une part d'inefficacité croissante avec l'encombrement et la routine* »⁴³. Selon lui, « *des solutions transactionnelles peuvent contribuer à une redescende des flux contentieux au pourcentage optimal* ».

Il y met cependant une condition : que ceci prenne place dans des contextes « *très cadrés* » par la jurisprudence, pour éviter que des difficultés nouvelles ou fondamentales soient réglées « *à la sauvette* ».

Or, cette condition ne lui semble pas remplie dans le cadre des procédures accessoires. Le cantonnement des recours juridictionnels peut donc priver de légitimité les solutions obtenues par la voie « *négociée* ».

- Le cas de la procédure « négociée » algérienne :

En ce qui concerne le droit algérien, on peut soulever encore la particularité de la procédure négociée algérienne, quant à la possibilité d'un recours judiciaire voire d'un contrôle juridictionnel sur les décisions du conseil de la concurrence.

Une décision bénéfique pour les contrevenants dans le cadre d'une procédure négociée, reste toujours une sanction entrant dans le même concept de la répression et non pas de la régulation, puisque il n'y a aucun processus quasi juridictionnel spécifique à cette procédure négociée devant le conseil de la concurrence, comparé à celui des procédures négociées devant des autorités de concurrence communautaire et française (la commission et l'autorité française de la concurrence).

En effet dans ce contexte rien n'empêche l'entreprise mise en cause de faire un recours judiciaire, même étant bénéficiaire d'une sanction modérée au niveau du conseil de la concurrence, parce que il ne s'agit guère d'une régulation autonome, restreinte et surtout irréprochable de la part du conseil, tant que le droit algérien n'énonce aucun processus quasi juridictionnel spécifique au traitement de la pratique anticoncurrentielle dans le cadre d'une quelconque procédure négociée..

Cependant et dans ce même contexte , le contrôle juridictionnel susmentionné pose un réel problème pour les praticiens du droit algérien, puisque celui-ci fait encore preuve d'incohérence : le contrôle juridictionnel des décisions du conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, relève exclusivement de la compétence de la cour de justice d'Alger statuant en matière commerciale (la chambre commerciale) en vertu des dispositions de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée, précisément dans son article 63.

⁴³H. Legal, Le développement en Europe des procédures négociées (...) Que va-t-il rester aux juges ? (table ronde), article précité, p. 30.

Or, c'est de toute évidence qu'en droit algérien le conseil de la concurrence représente une institution publique nationale, et la loi organique n° 98-01 du 30 Mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'Etat, dans son article 9, attribue exclusivement-en premier et dernier ressort- le contrôle des décisions réglementaires ou individuelles émanant des institutions publiques nationales au conseil d'Etat.

D'emblée, le législateur algérien a négligé carrément le principe de la hiérarchie des normes juridiques en stipulant les dispositions de l'article 63 de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée relative à la concurrence, en effet la constitution algérienne exige que la loi organique étant d'un rang supérieur dans la hiérarchie des normes ne soit modifiée que par une loi du même rang donc une autre loi organique ultérieure, et le fait de constater que l'article 63 de l'ordonnance n° 03-03 datée du 19 juillet 2003, modifiée par une loi ordinaire n°08-12 du 25 juin 2008, retirant une prérogative voire une compétence exclusive attribuée au conseil d'Etat par l'article 9 d'une précédente loi organique n°98-01 du 30 mai 1998, rend cette ordonnance algérienne relative à la concurrence inconstitutionnelle dans l'adoption de son article 63.

Indéniablement, nous pensons que la loi de la concurrence algérienne devrait être modifiée pour subvenir aux besoins de la conformité avec la constitution.

A cet égard il est à signaler qu'en droit algérien en matière de contrôle de conformité avec la constitution, ce n'est que les lois organiques qui se font par obligation contrôler préalablement par le conseil constitutionnel, ce qui explique la sortie de cette ordonnance non conforme à la constitution.

Nonobstant cette flagrante négligence, il est à rappeler qu'il est toujours possible d'assujettir cette ordonnance à un contrôle ultérieur⁴⁴, mais dans ce cas il faut d'abord avoir la qualité juridique pour pouvoir et surtout vouloir saisir le conseil constitutionnel, d'ici là l'ordonnance algérienne de la concurrence reste non conforme à la constitution tant qu'elle adopte encore les dispositions de son article 63.

2. Les limites du contrôle juridictionnel

⁴⁴ V. en ce sens la Constitution algérienne de 1996, JORADP N°76 du 8 décembre 1996, modifiée par la Loi n°02-03 du 10 avril 2002 JORADP N°25 du 14 avril 2002, la Loi n°08-19 du 15 novembre 2008 JORADP N°63 du 16 novembre 2008 et la Loi n° 16-01 du 6 mars 2016 JORADP n° 14 du 7 mars 2016, notamment l'Art. 188. Stipulant : « *Le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une exception d'inconstitutionnalité sur renvoi de la Cour suprême ou du Conseil d'Etat, lorsque l'une des parties au procès soutient devant une juridiction que la disposition législative dont dépend l'issue du litige porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.*

Les conditions et les modalités de mise en œuvre de l'alinéa ci-dessus sont fixées par une loi organique » ainsi que l'Art. 191. Stipulant « *Lorsque le Conseil constitutionnel juge qu'une disposition législative ou réglementaire est inconstitutionnelle, celle-ci perd tout effet du jour de la décision du Conseil. Lorsqu'une disposition législative est jugée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 188 ci-dessus, celle-ci perd tout effet à compter du jour fixé par la décision du Conseil constitutionnel.* » Les avis et décisions du Conseil constitutionnel sont définitifs. Ils s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles.

En termes de recours au juge, il est tout de même utile de mettre l'accent sur les possibilités pour une entreprise de contester certaines sanctions et/ou certains engagements qu'elle trouve excessifs, par rapport à l'apport qu'elle a fourni en adoptant l'une de ces procédures.

La création des procédures négociées et sous la couverture de « négociation » a pu imposer la restriction du rôle du juge en matière de respect de certains droits fondamentaux, notamment ce qui relève de l'article 6 du CEDH, puisque les dispositions de celui-ci sont inapplicables à la procédure de clémence⁴⁵ et à la procédure d'engagements⁴⁶.

En matière de clémence :

Le non-octroi d'immunité totale n'est nullement de la compétence du juge, puisqu'à cet égard, le caractère partiellement contractuel de la procédure couvre le respect des droits fondamentaux que le juge devait vérifier : ce qui aboutit à limiter le contrôle de ce dernier.

D'emblée, la procédure -par sa nature et son mécanisme- relève de la politique de concurrence de plein droit, et encore en s'appuyant pour l'essentiel sur une négociation et ne relève pas du contrôle de plein contentieux de la juridiction compétente⁴⁷.

Or le juge n'est pas tenu de vérifier la corrélation entre l'apport effectué par l'entreprise et la réduction d'amende, son rôle est limité à ce qui touche la procédure proprement dite, particulièrement aux respects des droits de la défense pour le reste tout se joue devant l'autorité de la concurrence⁴⁸.

En matière d'engagements : il est toujours possible de contester une décision d'engagements non conforme aux espérances de l'entreprise concernée, de même pour le tiers impliqué dans la même procédure⁴⁹.

D'emblée, on est confronté à une sorte de dérision, puisque l'entreprise conteste son propre engagement, voire l'engagement qu'elle s'est proposé !!

C'est suite à une proposition (en droit français) ou une offre (en droit communautaire), faite de plein gré par l'entreprise concernée, que la procédure d'engagements intervienne, ça peut se faire spontanément ou alors par suggestion des autorités de concurrence.

⁴⁵ CA Paris, 24 avril 2007, JH Industrie et Malerba ;
Disponible sur : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca06d09_portes.pdf.

⁴⁶ CA Paris, 6 novembre 2007, Canal 9/GIE Les indépendants, Concurrences, 2008, n°1.

⁴⁷ CA Paris, l'arrêt sur le cartel des aciers, s'agissant d'une clémence de second rang.

⁴⁸ V. Selinsky, « Procédures négociées et stratégies des entreprises » in les dossiers de la RIDE, ed De Boeck et Lariciers.a., 2011. p.65.

⁴⁹ TPICE, 11 juillet 2007, aff. T-170/06, Alrosa c/ Commission, op-cit

A cet égard l'entreprise concernée peut le plus simplement du monde refuser les engagements suggérés par les autorités de concurrence, bien sûr ça peut aboutir à ouvrir la procédure contentieuse.

Cependant le plaignant ne peut nullement contester le choix de l'autorité concernant d'opter pour la procédure d'engagements au détriment de la procédure contentieuse, même s'il estime qu'il y est une infraction.

On peut signaler que les préoccupations de concurrence exprimées par l'autorité de concurrence sont loin d'être représentées comme un acte d'accusation, bien au contraire elles permettent d'éviter les sanctions.

Il est évident que l'autorité dispose d'une grande liberté en la procédure par rapport à la procédure contentieuse, limitant ainsi le rôle du juge en cette phase.

Or ce qui importe c'est les engagements pris par l'entreprise, qui sont sensés de répondre aux préoccupations de concurrence, quant à l'autorité de concurrence, elle se contente de vérifier le cheminement de ces engagements, et son effet direct sur la disparition des préoccupations de concurrence, en ménageant les intérêts des tiers.

Cependant le rôle du juge se détermine sur deux points :

- Vérifier si l'entreprise n'offrait pas des engagements moins contraignants pour le même résultat, s'agissant d'engagements négociés et non pas d'injonctions imposées⁵⁰.
- Vérifier si ces engagements sont bel et bien crédibles, substantiels et vérifiables sans pour autant d'en substituer de nouveaux⁵¹.

On peut à titre d'exemple ouvrir une brèche sur un arrêt récent du tribunal de l'Union européenne qui date du 15 septembre 2016⁵² :

Le Tribunal de l'UE confirme la décision de la Commission de valider les engagements de Thomson Reuters visant à remédier à son abus de position dominante sur le marché des flux de données en temps réel consolidés.

Les « flux de données en temps réel consolidés » fournissent aux banques et aux institutions financières des données de marché provenant de différentes sources. Les

⁵⁰ CJUE, 29 juin 2010, Aff. C-441/07 P, Alrosacompany Ltd c/ Commission européenne, pts 40 et s., Contrats Concurrence Consommation, 2010, n°10, comm, 234, G. Decocq.

⁵¹ CA Paris, 23 février 2010, Expedia/SNCF ;

Disponible sur : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca09d06_fev2010.pdf.

⁵² Tribunal de l'Union européenne COMMUNIQUE DE PRESSE n° 100/16 Luxembourg, le 15 septembre 2016 Arrêt dans l'affaire T-76/14 Morningstar Inc./Commission

Disponible sur : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=T-76/14>

établissements bancaires et financiers utilisent ces données dans de multiples applications et programmes informatiques à des fins de transaction et de suivi.

Une enquête initiée par la Commission en 2009 a montré que Thomson Reuters, une entreprise canadienne, occupait une position dominante sur le marché mondial des flux de données en temps réel consolidés.

À cet égard, la Commission a considéré que les « codes d'instruments financiers » de Thomson Reuters (codes alphanumériques courts développés pour identifier les valeurs mobilières et le lieu où elles sont négociées – RIC) entraînaient d'importants obstacles pour les clients qui souhaitaient changer de fournisseur.

Selon la Commission, Thomson Reuters interdisait à ses clients d'utiliser les RIC pour retrouver des données dans des flux de données en temps réel consolidés proposés par d'autres fournisseurs et empêchait les tiers ainsi que les fournisseurs concurrents d'élaborer et de tenir à jour des tableaux de correspondance incorporant des RIC afin de permettre une interaction entre les systèmes de ses clients et les flux de données en temps réel consolidés d'autres fournisseurs.

La Commission en a donc conclu à un abus de position dominante.

Par une décision de 2012⁵³, la Commission a accepté les engagements proposés par Thomson Reuters en vue de remédier à cet abus de position dominante. Thomson Reuters a notamment proposé d'accorder à ses clients des licences pour leur permettre d'utiliser les RIC en vue de rechercher des données dans les programmes de fournisseurs concurrents.

Thomson Reuters s'est également engagé à fournir les informations nécessaires pour permettre à ses clients d'établir des correspondances entre les RIC et le système de codage des fournisseurs concurrents en vue d'un changement de fournisseur.

Morningstar, un concurrent de Thomson Reuters qui propose des services de flux de données en temps réel consolidés à des clients dans le monde entier, conteste la décision de la Commission.

Selon Morningstar, les fournisseurs concurrents sont expressément exclus du bénéfice de la licence et ne peuvent pas non plus traiter les RIC pour le compte d'un titulaire de licence. Autrement dit, les fournisseurs concurrents resteraient dans l'incapacité de proposer un service totalement comparable et concurrent. Morningstar demande donc au Tribunal de l'Union européenne d'annuler la décision de la Commission.

⁵³Décision C(2012) 9635 de la Commission, du 20 décembre 2012, relative à une procédure d'application de l'article 102 TFUE et de l'article 54 de l'accord EEE (affaire COMP/D2/39.654 – Codes d'instruments financiers de Reuters (RIC)).

Dans son arrêt de ce jour, le Tribunal relève tout d'abord que les engagements de Thomson Reuters s'articulent, pour l'essentiel, autour des possibilités offertes aux clients de changer de fournisseur, que ce soit par leurs propres moyens ou en collaborant avec un développeur tiers.

Ceux-ci peuvent ainsi collaborer et s'assister mutuellement dans l'élaboration de tableaux de correspondance par le biais des licences proposées par Thomson Reuters. La Commission a ainsi estimé que Thomson Reuters ne devait pas nécessairement inclure ses concurrents dans les termes des licences pour remédier à l'abus de position dominante.

Elle a en outre considéré à juste titre que le fait d'accorder aux concurrents de Thomson Reuters l'accès aux RIC allait au-delà de ce qui était nécessaire pour répondre à ses préoccupations en matière d'abus de position dominante.

Par ailleurs, le Tribunal relève que Thomson Reuters a offert aux clients et aux développeurs tiers la possibilité d'établir des tableaux de correspondance entre les codes RIC et le système de symboles utilisé par le nouveau fournisseur, de sorte que les modifications à apporter aux applications ne sont pas excessivement onéreuses.

Ces engagements permettent donc une réelle avancée pour les clients de Thomson Reuters, puisque, en l'absence de la nécessité d'une modification profonde des applications informatiques, ils n'ont pas à faire face à des coûts prohibitifs lors d'un changement éventuel de fournisseur.

Le Tribunal conclut que les engagements proposés par Thomson Reuters ont été correctement évalués comme étant de nature à dissiper les préoccupations de la Commission si bien que celle-ci n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en acceptant ces engagements.

En effet, dans le me contexte on peut soulever en outre, quelques points nous semblent pourtant pouvoir être notés, que l'on peut rattacher à cette déclaration de principe émanant du Tribunal de l'Union européenne : « (...) *en présence d'une reconnaissance expresse, claire et précise des faits par l'entreprise [de] la matérialité des faits qui lui étaient reprochés par la Commission dans la communication des griefs, ces faits doivent (...) être considérés comme établis* » et l'entreprise n'est, « *en principe, plus en mesure de les contester dans le cadre de la procédure contentieuse devant le Tribunal* »⁵⁴.

- Un contrôle limité en matière de clémence :

Il semble tout d'abord que la mise en œuvre de la procédure de clémence en France ne fasse pas l'objet d'un contrôle de plein contentieux. En effet la Cour de cassation n'a pas

⁵⁴TPICE, 29 avril 2004, *Tokai Carbon*, aff.jtes T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, pt 108.

encore eu l'occasion de se prononcer sur la nature du contrôle exercé dans le cadre des procédures de clémence⁵⁵.

C'est donc à la cour d'appel de Paris qu'il est revenu de fixer quelques règles, à travers un arrêt célèbre (et contesté) rendu le 19 janvier 2010, dans l'affaire *Négoce de produits sidérurgiques*.

Elle a posé « *que l'utilisation de [la procédure de clémence], qui relève par nature et par son mécanisme de la politique de la concurrence que le législateur a confiée à l'Autorité de la concurrence (ADLC) repose pour l'essentiel sur une négociation et ne relève pas du contrôle de plein contentieux devant la cour d'appel de Paris* ».

L'entreprise est par exemple irrecevable à contester la façon dont l'Autorité a pris en compte ses efforts concrets.

La cour d'appel de Paris se considère en revanche compétente pour apprécier la licéité de l'accord de clémence au regard de l'article L. 464-2 ;

Or, elle a par ailleurs étroitement contrôlé l'existence et les conséquences du défaut de coopération d'une partie dans l'affaire des lessives⁵⁶.

En droit européen, le tribunal vérifie que la Commission a correctement pris en compte la coopération des entreprises, eu égard au principe de proportionnalité et d'égalité de traitement.

- Un contrôle également restreint en matière d'engagement :

Le contrôle exercé sur les procédures d'engagement diligentées est également restreint. En France, la cour d'appel de Paris vérifie que les préoccupations de concurrence ont été identifiées⁵⁷, que les engagements sont adéquats⁵⁸ et que l'Autorité en a bien apprécié la portée⁵⁹ ; en revanche, elle se refuse à substituer de nouveaux engagements à ceux qui ont été acceptés par l'Autorité⁶⁰.

⁵⁵Si une décision accordant la clémence a donné lieu *in fine* à un pourvoi, l'arrêt rendu par la Cour de cassation ne traite pas de questions spécifiques à la clémence : Cass. com., 15 mars 2011, no 09-17.055, rendu dans l'affaire du contreplaqué. Un autre pourvoi est en cours dans l'affaire des farines. Par ailleurs, on sait que la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité concernant la politique de clémence : Cass. com., QPC 4 mars 2015, no 14-40.052

⁵⁶CA Paris, pôle 5 – ch. 5-7, 30 janvier 2014, RG no 2012/00732, pp. 42 et s. (rendu sur recours contre la décision no 11-D-17).

⁵⁷CA Paris, 16 octobre 2007, *Bijourama c/ Festina*.

⁵⁸CA Paris, 6 novembre 2007, *Canal 9 c/ GIE Les indépendants*. Pour une mise en exergue du contrôle de proportionnalité exercé, v. L. Idot, Les engagements, in Corriger, équilibrer, orienter(...), article précité.

⁵⁹CA Paris, 10 octobre 2013, RG no 2012/07999, rendu sur déc. 12-D-10 (affaire des croquettes), approuvée par Cass. com., 17 mars 2015, pourvois nos G 13-26.003, V 13-26.083 et F 13-26.185.

⁶⁰CA Paris, 23 février 2010, *Expedia SNCF*. Cette restriction peut se comprendre : les engagements doivent par nature être proposés par les entreprises. Un engagement que la cour d'appel de Paris, à la demande du requérant, substituerait d'autorité aux engagements proposés par les entreprises et acceptés par l'Autorité s'apparenterait en réalité à des injonctions, ce qui changerait la nature de la procédure.

En droit européen, la Cour de justice a fait valoir que le contrôle se limite à déterminer « si l'appréciation à laquelle s'est livrée la Commission est manifestement erronée »⁶¹.

Par ailleurs, le juge ne contrôle pas véritablement la proportionnalité des engagements pris et il n'a pas à vérifier que la Commission a pris en compte « les solutions moins contraignantes » qui auraient pu être envisagées.

La Cour a en effet considéré que l'article 9 du règlement no 1/2003, qui fonde les engagements, répond à une logique propre, différente de celle de l'article 7, qui fonde les sanctions pécuniaires. Elle considère que « les caractéristiques spécifiques des mécanismes prévus aux articles 7 et 9 du règlement no 1/2003 et les moyens d'action qu'offre ce règlement en vertu de chacune de ces dispositions sont différents, ce qui implique que l'obligation d'assurer le respect du principe de proportionnalité, qui incombe à la Commission, a une portée et un contenu différents selon qu'elle est considérée dans le cadre de l'un ou de l'autre de ces articles »⁶².

Elle ajoute que « rien ne justifie que la mesure qui pourrait éventuellement être imposée dans le cadre de l'article 7 du règlement no 1/2003 doive servir de référence aux fins de l'appréciation de la portée des engagements acceptés en application de l'article 9 de ce règlement et que tout ce qui va au-delà de ladite mesure doive être automatiquement considéré comme non proportionné ».

Elle en conclut que « les entreprises qui offrent des engagements sur le fondement de l'article 9 du règlement no 1/2003 acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer dans une décision qu'elle adopterait conformément à l'article 7 de ce règlement après un examen approfondi ».

À l'évidence, on peut douter de la conscience que peuvent avoir les parties de s'engager au-delà du nécessaire.

- La procédure de non-contestation des griefs :

En France, -c'est de même- réduisant aussi le contrôle du juge à la portion congrue puisque les parties ne pourront contester devant la cour d'appel de Paris ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard des règles de concurrence, ni leur imputabilité. La cour d'appel de Paris a fait savoir qu'une demande en ce sens serait considérée comme irrecevable⁶³.

⁶¹Arrêt Alrosa, CJUE, 29 juin 2010, aff. C-441/07, pt 42.

⁶²Arrêt Alrosa, CJUE, 29 juin 2010, aff. C-441/07, pt 38

⁶³En ce sens, CA Paris, 29 mars 2012, affaire de la signalisation routière verticale (la cour rejette comme irrecevable la contestation quant à l'imputabilité de la pratique à la société SES, laquelle avait renoncé à contester les griefs). V. aussi CA Paris, 10 octobre 2013, précité, et 25 septembre 2014, RG no 2013/05595 (sur déc. no13-D-03).

Elle estime en effet qu' « en choisissant de ne pas contester la réalité des griefs qui lui ont été notifiés, l'entreprise renonce » à contester ces éléments⁶⁴. On ignore encore si elle acceptera de valider la position exprimée par l'Autorité dans son communiqué de procédure de 2012 selon laquelle les parties s'engagent également à ne pas contester la validité de la notification des griefs. Le champ du contrôle est quoi qu'il en soit restreint, la cour n'ayant à étudier que les arguments relatifs aux éléments de détermination de la sanction⁶⁵.

- Le cas de la procédure négociée algérienne :

Quant à la procédure négociée algérienne, il n'y a tout de même pas lieu de comparaison par rapport à la procédure française, rien n'empêche le contrôle juridictionnel concernant une décision de sanction modérée, en revanche le fait de reconnaître les griefs pèsera sans doute sur l'aboutissement de l'action juridictionnelle, en effet puisque la cour de justice d'Alger (la chambre commerciale) peut demander, voire ordonner la communication du dossier complet qui couvre la procédure dite négociée adoptée par le conseil algérien.

Celui-ci n'aura aucune contrainte juridique à le faire bien au contraire il est obligé de répondre positivement en vertu des règles du droit commun, le soucis du conseil algérien serait plutôt de considérer les pièces émises par celui-ci comme des preuves construite par ses soins, dès lors la perplexité règnera sur la recevabilité de ces preuves et donc sur le sort du potentiel jugement.

Cependant, il est à reconnaître que le conseil de la concurrence n'économisera pas d'efforts pour prouver qu'il y a eu effectivement une pratique prohibée par la loi de la concurrence. Bien évidemment, nous avons juste évoqué des hypothèses, puisque la matière analysable fait défaut dans la pratique du conseil algérien.

CONCLUSION

À travers cette étude il était tenté de revoir le concept de la négociation en droit de la concurrence, cette négociation traduite en procédures négociées.

Il semblait nécessaire de montrer et/ou de démontrer que ces procédures sont à double tranchant, puisqu'en dehors de tous leurs bienfaits indiscutables, on peut soulever tout de même quelques méfaits qui peuvent jouer les trouble-fêtes pour les entreprises mises en cause.

En somme, on ne peut nullement prétendre que les quatre cas de figure des procédures négociées en droit de la concurrence « comparé », représentent une panacée contre tous les maux concurrentiels : Puisque de telles procédures ne sont tout de même pas exemptées de lacunes notamment par le fait de cantonner les garanties d'un procès équitable devant les autorités de concurrence en se référant à la régulation assurée par ces autorités

⁶⁴CA Paris, 25 septembre 2014, précité.

⁶⁵Ce n'est pas neutre. L'affaire de la signalisation routière, décision hybride, montre que les développements consacrés aux recours formés par les entreprises ayant contesté les griefs sont beaucoup plus longs que ceux consacrés aux entreprises y ayant renoncé.

administratives indépendantes, ou par la quasi-mise à l'écart du contrôle juridictionnel en se référant à la négociation préalable entre ces autorités et les contrevenants qui se traduit en collaboration aboutissant à l'adoption de telle ou telle procédure dite négociée, ou encore l'entrave à la réparation des préjudices concurrentiels devant les juridictions en limitant l'accès à la preuve voire en sanctuarisant les informations d'appui fournies dans le cadre de ces procédures rendant ainsi les victimes des pratiques anticoncurrentielles, victimes aussi des procédures négociées.

Le cas échéant le fait de chercher l'efficacité absolue des procédures négociées a créé une sorte de chevauchement entre ce qui relève du «public enforcement» et ce qui relève du «private enforcement», en favorisant les intérêts objectifs au détriment des intérêts subjectifs.

A cet égard, la coexistence du contentieux subjectif et du contentieux objectif de concurrence montre sans aucun doute l'indépendance et l'interdépendance des juges et des autorités de concurrence. Il est donc nécessaire d'assurer une coexistence pacifique entre ces deux contentieux, notamment en aménageant les règles en vue d'assurer un accès encadré aux informations dévoilées notamment dans le cadre du programme de clémence.

Or, l'opacité des dispositions de l'article 60 de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée relative à la concurrence qui reste le texte unique qui fait allusion à une prétendue procédure négociée algérienne, le manque de légifération de textes en la matière, le gel du conseil de la concurrence durant une bonne décennie, la quasi-absence des décisions du conseil de la concurrence concernant les pratiques anticoncurrentielles, l'absence de la jurisprudence y afférente ... un tout qui n'a fait que confirmer la raréfaction avouée de la pratique du conseil algérien de la concurrence.

D'ailleurs dans ce contexte, il paraît inutile de rappeler qu'il faut d'abord qu'il y est des sanctions effectives pour pouvoir les négocier si besoin est.

Et jusqu'au jour d'aujourd'hui le conseil de la concurrence algérien n'a pas pris part d'aucune procédure négociée en traitant ses quelques litiges anticoncurrentiels en sa possession.

Cependant, et pour les besoins de cette étude, il était nécessaire d'assembler voire de recueillir quelques éléments-en vertu des dispositions de l'unique texte algérien- pouvant constituer une procédure négociée au sens de la transaction française et précisément l'ancienne procédure de non-contestation des griefs française avec prise obligatoire d'engagements concomitants.

Bien que la procédure « négociée » algérienne est a priori plus attractive par rapport à la procédure française en termes de récompense, surtout pouvant aboutir à une exonération totale, mais nous avons pu constater des lacunes fondamentales en analysant ladite procédure, notamment en matière de traitement des pratiques anticoncurrentielles, ou encore le déficit palpable en genre et en nombre de la réglementation en vigueur.

L'adoption d'une telle procédure reste dans le cadre de la répression attribuée – traditionnellement- au conseil de la concurrence et elle n'en est en rien une régulation avenante de la part du conseil algérien, et ce tant qu'il n'y a pas encore un processus décisionnel propre au traitement d'un litige anti concurrentiel dans le cadre d'une telle procédure dite négociée.

D'ici là, le traitement via une procédure négociée au niveau du conseil algérien de la concurrence passe par la même procédure ordinaire voire classique du traitement aboutissant plus ou moins à une répression.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle cette procédure algérienne échappe aux méfaits des procédures communautaire et française non seulement en privant les contrevenants récidivistes de toute mansuétude, mais aussi en assurant les garanties d'un procès équitable devant le conseil algérien et la non-marginalisation du contrôle juridictionnel.

Et ceci n'est n'en rien une bienveillance du législateur algérien, mais c'est plutôt une absence de textes en la matière qui demeure superficiellement bénéfique pour les entreprises outrageant les règles du droit de la concurrence.

Dès lors pour pouvoir juger la pratique du conseil algérien de la concurrence en la matière, il faut d'abord faire intégrer de vraies procédures négociées, alternatives aux sanctions, en légiférant des textes de lois et des communiqués facilitant cette intégration pour subvenir aux besoins d'une sphère concurrentielle saine, nul ne peut prôner sur l'efficacité de telle ou telle procédure dite négociée sur les terres algériennes sans la pratique.

En somme, il faut d'abord arriver à la mise au jour de ces desdites procédures négociées pour pouvoir conquérir leur mise à jour, c'est là qu'il apparaît clair que « *le domaine du droit commence là ou finit la recherche de la vérité.* »⁶⁶.

⁶⁶Une citation de Cicéron, reprise dans Jean-Louis SCHEFER, "L'objet du droit", 1976, communication 1. ces doutes sont repris dans la doctrine moderne où il est permis de se demander s'il "n'existe pas un écart peut être considérable, entre la vision du droit, qui nous est familière, et la réalité ?" : Paul DURAND, "la connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé", 1956, Dalloz.73