



Revue de Droit Civil, Economique et Comparé
Journal of Civil, Economic and Comparative Law

Les différentes menaces à la libre concurrence

The different free competition Threats

Halmaoui Loubna : Doctorante à l'UM5 Rabat :

Maissae Boussaouf : Professeur à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales-Souissi

Abstract :

Companies or enterprises try to affect the market to their advantage, and they do not stop supplying in an illegal way to monopolize it. Most of these practice can really undermine the other economic operators interests and also to restrain competition.

For this reason, the regulation of competition is a fundamental condition for the exercise of freedom entrepreneurship. The provisions of competition law contribute and help to organize commerce, industry and economy; and for sure this law punishes those who do not respect it.

The purpose of this article is to examine the practices practised by economic operators and agents within the market, their nature, but also their effects on competition. It also specifies the various measures adopted by the legislator and the competition authorities in order to combat these acts and also to protect the social and economic level of the country concerned.

Key words: Competition Law- anticompetitive practices- vertical and horizontal agreements- competition authorities- free and fair competition.

Résumé :

Certaines entreprises cherchent à influencer le marché à leur avantage, et elles ne cessent pas de s'approvisionner d'une façon illégale pour le monopoliser. Ces pratiques se traduisent la plupart de temps comme des ententes ou des menaces qui peuvent non seulement porter atteinte à l'intérêt des autres opérateurs économique notamment les

petites entreprises mais également au libre jeu de la concurrence et au bien-être du consommateur.

C'est pourquoi, la réglementation de la concurrence s'impose comme une condition fondamentale à l'exercice de la liberté d'entreprendre pour chacun. Le droit de la concurrence pose donc les jalons de l'organisation économique du commerce et sanctionne ceux qui ne les respectent pas.

Le propos de cet article est d'examiner les pratiques exercées par les opérateurs et les agents économiques au sein du marché, leur forme, nature ainsi que leurs effets néfastes sur la concurrence. Et de préciser également les différentes mesures adoptées par le législateur et les autorités de la concurrence afin de lutter contre ces agissements et pour aussi protéger le niveau social et économique du pays concerné.

Les Mots clés : Droit de la concurrence- pratiques anticoncurrentielles- les ententes verticales et horizontales- les autorités de la concurrence- une concurrence libre et loyale.

INTRODUCTION :

Au Maroc, le droit de la concurrence est passé par un certain nombre de phases qui ont contribué à son progrès. Aujourd'hui, il est réglementé par la loi n°104.12 relative à la liberté des prix et de la concurrence et la loi n°20.13 relative au conseil de la concurrence. Ce sont les deux lois qui traduisent la modernisation du droit de la concurrence depuis l'année 2011 qui a marqué la constitutionnalisation du principe de la libre concurrence et de la liberté d'entreprendre.

Allant dans ce sens, la constitution marocaine du premier juillet 2011 a consacré dans son article 35 le principe de la libre concurrence tout en habilitant le Conseil de la concurrence, en tant qu'autorité administrative indépendante, à garantir la transparence et l'équité dans les relations économiques, à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielle, des pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole¹.

Certes avant la constitution de 2011, et avant l'adoption des lois 104.12 et 20.13 qui réglementent la concurrence au Maroc, la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence avait tracé les grandes lignes directrices en matière de concurrence remodelées 13 ans après.

Cette loi qui a appelé deux observations préliminaires. En premier lieu, sur le plan substantiel, elle s'est orientée dans une large mesure vers le modèle de l'Union européenne par la consécration d'un contrôle *ex post* des pratiques anticoncurrentielles et un contrôle *ex*

ante des opérations de concentrations². En deuxième lieu, l'une des particularités du droit marocain de la concurrence, sous l'égide de l'ancienne loi, est le clivage entre deux autorités de la concurrence : le Premier ministre, qui a un pouvoir décisionnel, et le conseil de la concurrence qui a un pouvoir consultatif³.

La loi 06-99 a permis au Premier ministre, à l'époque, d'intervenir notamment dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration économique en prenant toutes les décisions convenables à ces situations, il peut autoriser, interdire ou accepter sous conditions les opérations de concentration, il peut également ordonner de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles. Le conseil de la concurrence, par contre, n'avait pas un pouvoir décisionnel et ladite loi ne lui reconnaît que la compétence d'avis, de conseil et de recommandation.

En 2014, le droit de la concurrence national est renouvelé. D'une part, le statut du conseil de la concurrence a été redéfini. La loi 20.13 a garanti au Conseil une certaine indépendance en le dotant de pouvoirs décisionnels, d'enquête et de sanction, tout en conservant son héritage d'avis et de conseil. Elle lui a reconnu également la personnalité morale et l'autonomie financière. D'autre part, la loi 104.12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, a apporté d'autres réaménagements : la consécration des règles de minimis, l'unification du contrôle des opérations de concentration, le renforcement des garanties procédurales, notamment le secret des affaires des opérateurs économiques, la clarification des voies de recours auprès des juridictions compétentes contre les décisions du conseil de la concurrence, la mise en place des solutions alternatives ou accessoires à la sanction comme la clémence, la procédure de non contestation de griefs⁴.

Le vent du changement, ayant touché le droit national, a soufflé bien avant en France et en Europe. Le droit de la concurrence français, a connu plusieurs réformes, il s'agit donc de l'ordonnance du 1er Décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, de la loi NRE du 2001 dite la loi sur les nouvelles régulations économiques, qui comporte un important volet de politique de la concurrence et enfin de la loi du 13 novembre 2008 portant la modernisation de la régulation de la concurrence qui a créé une nouvelle autorité administrative indépendante, l'Autorité de la concurrence, aux compétences renforcées.

Le droit européen, quant à lui, a connu également un mouvement soutenu depuis 1989, la Commission européenne a adopté plusieurs règlements et projets qui régissent les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence. On cite, les lignes directrices sur les restrictions verticales de 2000 révisées en 2009, qui ont exposé les modalités d'application des articles 81 et 82 du traité CE, remplacés respectivement par les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne le premier décembre 2009. Les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale en 2011⁵.

Au cours de tous ces chantiers de réaménagement réglementaire au niveau régional ou national, du droit de la concurrence, la correction des comportements des entreprises sur le marché a été placé au cœur des réglementations rénovées et de la pratique jurisprudentielle, et elle n'a cessé d'évoluer. Le justificatif est toujours le même l'équilibre du marché doit être préservé. Une menace pesant sur le marché porte atteinte non seulement à la capacité concurrentielle des entreprises lésées, à la partie faible qui est le consommateur mais à toute l'économie. Dans ces conditions, la règle de la concurrence et les autorités de la concurrence doivent intervenir à la rescousse pour sauvegarder ledit équilibre, comment, alors, procède-t-on pour reconnaître et identifier la nature des différentes menaces pesant sur le marché et comment arrive-t-on à les éradiquer ?

I- NATURE DES COMPORTEMENTS MENAÇANT LA LIBRE CONCURRENCE

Le droit de la concurrence a pour vocation de protéger le marché de toutes pratiques nuisibles à la liberté de concurrence. Ces pratiques sont des agissements prohibés, lorsqu'ils ont pour effet de limiter le niveau de la concurrence au sein d'un marché.

A cet effet, le droit de la concurrence consacre une grande partie de ses dispositions à déterminer la nature de ces comportements qui peuvent présenter un grand danger à la concurrence et aux opérateurs économiques.

A cet égard, on distingue deux principaux comportements constitutifs d'une véritable menace à la libre concurrence, à savoir : les accords anticoncurrentiels **(A)** et les abus de domination **(B)**.

A- LES ACCORDS ANTICONCURRENTIELS

L'entente⁶ anticoncurrentielle est un accord ou une action concertée qui a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de produits ou de services déterminés. Cette entente peut prendre la forme écrite, tacite, orale, expresse ou horizontale entre concurrents sur un même marché ou verticale, comme par exemple un producteur et un distributeur⁷.

Une pratique sera qualifiée d'entente lorsqu'il sera démontré qu'elle présente un objet anticoncurrentiel ou bien une simple possibilité d'effet anticoncurrentiel⁸.

De ce fait, il convient de repérer ces effets néfastes, ces effets restrictifs de concurrence qui peuvent être sous forme d'une restriction sur la fixation du prix ou sur la répartition des marchés.

Dans ce sens, le droit européen de la concurrence établit une liste d'accords ou de pratiques susceptibles de restreindre la concurrence.

« Ces ententes peuvent consister à :

- Fixer de façon directe ou indirecte le prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- Appliquer à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. » (article, 101,p.1 du TFUE). »

À l'instar du droit européen, la loi 104.12 mentionne trois formes d'ententes conduisant à une perte d'autonomie des opérateurs économiques : les actions concertées, les conventions, les ententes ou coalitions expresses ou tacites⁹. La loi nationale ne définit pas l'entente, comportement prohibé, que par des catégories juridiques impliquant toutes une certaine idée de concertation ou de concours de volonté, ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre la concurrence¹⁰.

Il paraît judicieux donc de traiter en premier lieu (a) les éléments constitutifs de l'entente qui caractérisent son effet restrictif, et en deuxième lieu (b) les différentes formes d'ententes qui peuvent exister au sein d'un marché qui vont être à l'origine d'une collusion au détriment d'un tiers (concurrent, client ou consommateur).

a- LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'ACCORD

Toutes les formes d'ententes sont visées, qu'elles soient écrites ou verbales, expresses ou tacites, voire de simples pratiques concertées, du moment qu'elle présente deux conditions nécessaires.

La première concerne, le concours de volonté, qui doit être entendu comme l'adhésion expresse ou tacite de deux ou plusieurs entreprises à un objet commun, à condition que cet objet ou que l'effet produit soit restrictif de la concurrence¹¹. Autrement dit, les ententes supposent un concours de volonté quelle que soit la forme de cet accord, même s'il ne se formalise pas réellement. Ainsi, la forme juridique que peut revêtir un accord de volontés est sans importance au regard du droit de la concurrence du moment que cet accord est établi et qu'il lie des entreprises autonomes les unes vis-à-vis des autres. Ceci revient à déduire qu'il suffit d'une adhésion consciente à un comportement ou à une stratégie prédéfinie¹².

La deuxième condition concerne l'atteinte à la concurrence, les ententes doivent avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. À ce titre, la loi marocaine et la loi française ou sur la concurrence précisent que les ententes ne sont interdites que lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché. Le législateur exige donc un lien de causalité entre l'entente et la restriction de la

concurrence, pour que les autorités de la concurrence puissent intervenir en prouvant que le mauvais fonctionnement du processus concurrentiel dans le marché est la conséquence d'un comportement volontaire d'entreprises¹³.

b- LES DIFFERENTES FORMES D'ACCORDS

En principe, les ententes sont regroupées en deux grandes catégories, les ententes verticales et les ententes Horizontales.

S'agissant des ententes horizontales, elles sont des comportements collusifs exercés au sein du même marché, (par exemple : deux producteurs concurrents du même produit ou bien deux distributeurs qui commercialisent le même type de produits) et elles sont qualifiées d'ententes horizontales anticoncurrentielles lorsque trois éléments fondamentaux pour l'exercice de la libre concurrence sont affectés qui sont l'autonomie de décision de l'opérateur sur le marché, l'incertitude sur le comportement du concurrent et les barrières artificielles à l'entrée du marché.

La CNUCED¹⁴ donne une liste d'actes ou de comportements dont les entreprises devraient s'abstenir quand elles se livrent sur le marché à des activités qui sont concurrentes ou peuvent le devenir. Si par des accords ou arrangements officiels, non officiels, écrits ou non écrits, elles limitent l'accès aux marchés ou de toute autre manière, restreignent indument la concurrence portant ou risquant de porter préjudice au commerce international, en particulier au commerce des pays en développement économique.

De même, l'article 101 du TFUE¹⁵ (ancien article 81), paragraphe 1, indique que : « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

En général, elles sont des pratiques qui affectent le marché par un certain comportement collusif comme les prix imposés, minima ou maxima, accords sur remises ou rabais, augmentation générale coordonnée, prix recommandée, ententes sur les marges... etc., ou visant la répartition de marché, le Boycott, barrières érigées en commun à l'entrée sur le marché de concurrents.

S'agissant des ententes verticales, ce sont des restrictions qui intéressent des opérateurs, se trouvant à des niveaux économiques différents : un producteur et un grossiste, un producteur et un distributeur. Ce sont des formes envisagées par le droit de la concurrence, afin de saisir les pratiques nées dans des réseaux de distribution.

Le législateur intervient dans cette situation pour interdire et sanctionner les procédés commerciaux anormaux qui mettent en péril la liberté du commerce et de l'industrie. Les règles édictées sont destinées à accroître « la transparence verticale » dans les relations interprofessionnelles¹⁶.

B- LES ABUS DE DOMINATION

L'abus de domination peut se manifester de deux manières, soit par abus de position dominante **(a)** soit par abus de dépendance économique **(b)**.

Les deux situations sont bien distinctes, ayant pour dénominateur commun la position de force dans laquelle se trouve l'entreprise (ou le groupe d'entreprises) auteur de l'abus : dans le cas d'un abus de position dominante, cette position s'apprécie en considération du marché pertinent; dans le cas d'un abus de dépendance économique, cette position s'apprécie par rapport au partenaire – client ou fournisseur – de l'entreprise considérée. Dans un cas comme dans l'autre, la faute résulte de l'exploitation abusive de cette situation.

a- L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Les abus de position dominante constituent une catégorie très particulière dans la mesure où il s'agit de sanctionner une atteinte au marché que de punir un comportement qui aurait pu l'être par des mécanismes de droit civil, le droit de responsabilité notamment¹⁷.

L'arrêt Hoffman-la Roche du 13 février 1979, fondateur en matière d'abus de position dominante de dimension communautaire, proposa une définition¹⁸. La Cour de Justice des communautés européennes y décrivait la notion de position dominante comme « une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement, des consommateurs ».

En général, on distingue souvent deux catégories d'abus de position dominante : les abus d'« exploitation » et les abus d'« exclusion »¹⁹. Dans le premier cas, l'auteur de l'abus

met à profit sa puissance de marché pour exploiter un partenaire économique²⁰. Dans le second cas, il tente d'exclure un concurrent du marché ou de l'empêcher de le pénétrer.

L'application du droit de la concurrence suppose donc la réunion de trois conditions cumulatives : l'affectation du marché ou une partie substantielle de celui-ci, l'identification de la position dominante sur le marché commun et l'exploitation abusive de cette position dominante. Il s'applique aussi bien aux entreprises publiques qu'aux entreprises privées²¹.

b- L'ABUS DE DEPENDANCE ECONOMIQUE

La prohibition de l'abus de dépendance économique permet d'appréhender le comportement abusif d'une entreprise qui, sans détenir une position dominante sur un marché dans son ensemble, tient l'un de ses partenaires commerciaux sous sa coupe.

L'article 7 de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence prohibe l'abus de dépendance économique : « *Est prohibée, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises:*

1- d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;

2- d'une situation de dépendance économique dans laquelle se trouve un client ou un fournisseur ne disposant d'aucune autre alternative équivalente.»

Le législateur marocain cite la situation de dépendance économique comme une pratique interdite totalement indépendante de l'existence ou non d'une position dominante²². Autrement dit, qu'il y ait ou non position dominante, il s'agit de protéger le client captif ou le fournisseur captif contre les éventuels abus d'un contractant incontournable. Pour ce faire, la loi marocaine pose des conditions qui doivent être cumulativement réunies²³ :

- L'existence d'une situation de dépendance économique où la victime de l'abus doit être dépourvue de toute solution de remplacement de même valeur ;
- Une exploitation abusive de cette dépendance ;
- L'abus doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel sur un marché réel ou potentiel.

En droit français de la concurrence, l'abus de dépendance économique dit aussi exploitation abusive d'une situation de dépendance économique est prévu depuis 1986 afin de tenir compte des évolutions que la grande distribution a provoqué, par imitation du droit allemand. Il concerne exclusivement des relations verticales, une relation entre un fournisseur et un distributeur²⁴. Il s'agissait, alors, d'assurer une certaine et nouvelle protection de certains opérateurs, dans leurs relations contractuelles avec leur partenaire de grande taille, le plus souvent, d'ailleurs, les relations entre les grandes centrales de référencement et leurs fournisseurs, ou bien les relations entre les grands industriels et leurs sous-traitants, voire les relations dans les réseaux intégrés de distribution²⁵.

Certes, si, dans la plupart des cas, la notion de dépendance économique est invoquée en l'absence de position dominante sur un marché, il n'en demeure pas moins que les deux notions peuvent parfois se confondre ; une entreprise qui domine son marché peut tenir plus facilement ses concurrents en situation de dépendance économique²⁶.

Dans ce sens, il existe des exemples dans la pratique française de cumul des deux qualifications²⁷. Ce fut le cas des abus commis par l'Office d'annonces français (O.D.A). Enqu沿海té de régisseur exclusif de la publicité dans les pages jaunes des annuaires de France Télécom : le conseil de la concurrence et la cour d'appel ont reconnu que ce segment du marché publicitaire était spécifique, qu'aucun support ne lui étant substituable, que l'ODA jouissait d'un monopole et donc d'une position dominante sur ce marché et que la société plaignante était en situation de dépendance économique vis-à-vis de ce monopole²⁸.

II- LE CONTROLE DES COMPORTEMENTS MENAÇANT LA LIBRE CONCURRENCE

La victime d'une pratique anticoncurrentielle a le choix entre situer son action dans le cadre d'un contentieux objectif en saisissant une autorité de la concurrence ou dans le cadre d'un contentieux subjectif en saisissant le juge. Le juge a pour mission de protéger les intérêts privés des parties, alors que l'autorité de la concurrence a pour tâche de garantir l'ordre public concurrentiel²⁹. Il en résulte que le contrôle des comportements menaçant la concurrence s'exerce à deux niveaux, institutionnel faisant intervenir le conseil de la concurrence et judiciaire à travers la participation du juge.

A-LE CONTROLE INSTITUTIONNEL

Le contrôle institutionnel est marqué par l'intervention de l'autorité de la concurrence dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Au Maroc, le contrôle de ces pratiques est assuré par le conseil de la concurrence, dont le statut est régi depuis 2014 par la loi 20-13³⁰. Avant la promulgation de cette loi, l'instance qui veille sur l'application des règles de la concurrence, entre les mains du pouvoir politique, était la Direction de la concurrence et des prix (DCP). Le Conseil de la concurrence dans sa version de 2001 purement consultatif peinait à exercer sa mission. Avec l'abrogation de la loi de 2001 et l'adoption de la loi 104-12, le Conseil se faisant reconnaître un pouvoir décisionnel, exerce pleinement le rôle d'autorité de la concurrence.

En France, la régulation de la concurrence a été confiée au début à plusieurs structures administratives. La Commission technique des ententes et des positions dominantes créée par le décret de 9 août 1953. Elle avait pour mission de rendre des avis au Ministre de l'Économie sur des pratiques d'entente et de position dominante qui pouvaient le conduire à prononcer des sanctions pécuniaires ou à transmettre le dossier au juge pénal.

La Commission de la concurrence succéda, 19 juillet 1977, à la commission technique. Organisme purement consultatif, s'est vu confier, par rapport à la commission technique des ententes et des positions dominantes, deux attributions supplémentaires : conseiller le

gouvernement sur toute question intéressant la concurrence et donner des avis sur les opérations ou projets de concentration³¹. Le Conseil de la concurrence a suppléé à la commission de la concurrence en 1986 avec en sus un pouvoir décisionnel. En 2008, le droit français abandonna l'appellation « Conseil de la concurrence », et la remplaça par « autorité de la concurrence » pour marquer la nouvelle ère des pleins pouvoirs exercés par une institution indépendante: le pouvoir décisionnel en matière de contrôle des opérations de concentration, le pouvoir d'enquête et d'auto-saisine et le pouvoir d'émettre des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés au ministre en charge du secteur³².

Le pouvoir du contrôle assuré par l'autorité de la concurrence, s'exerce par différents moyens. L'autorité peut intervenir pour faire cesser la menace sur le marché par le recours à la sanction **(a)**, elle peut recourir à des solutions alternatives à la sanction **(b)**.

a- LE RECOURS À LA SANCTION :

Les autorités de la concurrence n'exercent pas seulement une mission consultative en matière de droit et politique de concurrence, mais aussi elles interviennent comme le gendarme du marché qui veille sur l'application de la loi et sur le contrôle des comportements des opérateurs économiques.

Les autorités de concurrence peuvent donc intervenir pour obliger les opérateurs économiques (les entreprises ou les fournisseurs/ distributeurs) à faire ou à ne pas faire quelque chose. D'intervenir à chaque fois qu'il y a un acte abusif pratiqué par un opérateur soit par l'injonction (d'interdire de faire ou ne pas faire un tel acte abusif), par la sanction (une amende).

L'injonction peut prendre plusieurs formes : elle peut être sous forme des mesures conservatoires, ces mesures trouvent leur fondement en droit marocain de la concurrence et en droit français dans le cas d'urgence justifié par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, toutefois, ces mesures ne peuvent avoir de caractère définitif mais elles doivent répondre à une situation actuelle³³ ; elle peut également prendre la forme d'une injonction définitive, et dans ce sens, le droit européen autorise sans ambiguïté les injonctions de faire et dans ce cas, l'injonction peut prendre la forme d'une mesure corrective comportementale, ou bien les injonctions de ne pas faire qui consiste à interdire aux entreprises contrevenantes de poursuivre leur pratique ou à leur demande de s'abstenir de les mettre en œuvre dans le futur.

Le deuxième moyen efficace d'intervention des autorités de la concurrence, est celui de la sanction pécuniaire³⁴. En raison de son effet néfaste, tout comportement anticoncurrentiel peut justifier que ses auteurs soient pécuniairement sanctionnés. Les autorités de la concurrence ont donc affiché une certaine sévérité en matière de sanction pécuniaire et ont renforcé le caractère dissuasif de leur action par l'utilisation d'outils plus sévères³⁵. Cela

suppose que les amendes ne doivent se limiter à sanctionner des agissements antérieurs mais également dissuader toute entreprise de se livrer à des actions illégales dans l'avenir³⁶.

b- LES PROCEDURES ALTERNATIVES AUX SANCTIONS

La sanction n'est pas toujours le moyen le plus adapté pour restaurer la concurrence sur le marché. L'efficacité des règles de la concurrence est assurée par le dialogue et la négociation avec les autorités de la concurrence³⁷. Ce sont donc des procédures ou des solutions alternatives aux sanctions qui peuvent être lourdes et au détriment de l'entreprise.

Ces procédures sont nées au début dans le droit anglo-saxon, sont adoptées par la suite par le droit français et le droit européen. Le droit marocain consacrera plus tard ses procédures dans sa loi sur la concurrence de 2014.

Les procédures alternatives de sanction regroupent la clémence, la non-contestation des griefs et la procédure d'engagements. Elles ont été introduites dans un contexte d'encombrement des affaires, et dans le but de le résorber en accélérant le temps des procédures, en ce qu'elles sont de nature à faciliter l'obtention de la preuve. Elles reposent en effet sur un schéma incitatif de réduction de sanction et, dans un souci de lutte contre les infractions ainsi détectées, imposent aux contrevenants des engagements pour l'avenir. Ceux-ci deviennent partie intégrante de la décision et sont revêtus, dès lors, de l'autorité de la chose jugée³⁸.

Certes, Pour la procédure de clémence il n'est pas demandé d'engagements autres que celui de cesser l'infraction. Pour les deux autres procédures, les engagements ne sont pas renégociables à l'initiative des entreprises³⁹. La procédure de clémence, elle permet à une entreprise dénonçant des pratiques collectives, auxquelles elle a participé, d'échapper totalement ou partiellement aux sanctions⁴⁰. Elle trouve donc son fondement dans la protection du marché et elle constitue un atout certain pour les autorités chargées de maintenir et de rétablir la concurrence. Elle consiste donc pour l'entreprise qui a participé à une entente, à porter cette infraction à la connaissance de l'autorité de concurrence avec toutes les preuves nécessaires à sa poursuite et à la condamnation des autres participants. En fonction de la nouveauté et de la qualité des informations et des preuves apportées à l'autorité et de leur utilité pour la condamnation des autres participants, l'entreprise bénéficie d'une exonération partielle ou totale d'amende⁴¹.

S'agissant de la procédure d'engagements, qui diffère de la précédente en ce qu'elle peut être utilisée pour les violations d'une entreprise isolée, et permet à l'entreprise qui s'engage à modifier ses pratiques d'échapper à la sanction. Son champ est réservé en Europe aux affaires où l'autorité n'a pas l'intention de sanctionner, car cette procédure aboutit à des décisions sans reconnaissance de culpabilité⁴². Autrement dit, elle consiste, pour l'entreprise qui fait l'objet d'une enquête de concurrence, à proposer au Conseil de la concurrence (ou à la Commission européenne si c'est elle qui est saisie) des engagements de nature à mettre un terme aux « préoccupations de concurrence » que ses pratiques lui inspirent. Il s'agira, par

exemple, pour une entreprise en position dominante, de modifier la formule d'une remise estimée fidélisante, donc constitutive d'un abus de position dominante, afin qu'elle perde son caractère fidélisant. La procédure engagée à l'origine, au lieu de poursuivre son cours pour aboutir, si l'infraction reprochée est établie, à une décision de condamnation, bifurque en quelque sorte vers une procédure de nature différente dans le cadre de laquelle l'autorité de concurrence examine les engagements proposés et, si elle estime qu'ils sont de nature à empêcher que perdure l'infraction de concurrence présumée, les accepte formellement, ce qui les rend contraignants pour l'entreprise qui les a pris. Cette dernière échappe donc à la sanction qui aurait été éventuellement prononcée à son encontre, mais s'expose à une sanction automatique si elle ne respecte pas les engagements pris⁴³.

Contrairement à la procédure de transaction, la procédure d'engagements n'accroît pas en principe le risque de l'entreprise de se voir condamnée à indemniser les victimes des pratiques anticoncurrentielles qui lui étaient reprochées car elle ne les a pas reconnues, et l'autorité de concurrence qui accepte les engagements ne constate aucune infraction⁴⁴.

S'agissant de la procédure de non contestation, cette mesure est particulière. Elle existe en droit français la concurrence et en droit marocain. Elle permet une réduction de la sanction normalement encourue par l'entreprise si elle ne conteste pas les griefs notifiés et prend des engagements pour l'avenir⁴⁵. La culpabilité est ici établie.⁴⁶

B-LE CONTROLE JUDICIAIRE

La mise en œuvre du contrôle judiciaire se fait par l'intervention du juge des juridictions du premier degré **(a)** ou encore le juge des juridictions du second degré **(b)**.

a- LE CONTROLE PAR LES JURIDICTIONS DU PREMIER DEGRE

L'intervention du droit de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles n'est pas assez suffisante ni pour garantir les intérêts de la partie lésée au sein du marché (entreprise- fournisseur/distributeur- consommateur), ni pour garantir le libre jeu concurrentiel et le progrès économique. C'est pour cette raison d'ailleurs que le législateur a aussi impliqué le droit pénal et le droit civil pour garantir cette protection. Autrement dit, le droit de la concurrence se présente comme un droit répressif lorsqu'il a recours aux sanctions pénales, notamment l'emprisonnement.

À ce titre, les tribunaux de première instance ou les tribunaux de commerce, chacun dans sa sphère de compétence, peuvent être directement saisis d'actions fondées sur des pratiques prohibés par la loi sur la liberté des prix et de la concurrence⁴⁷.

Concernant l'initiative d'intenter une action devant les tribunaux contre des pratiques anticoncurrentielles, celle-ci revient à toute personne, qu'elle soit ou non partie à l'engagement, lorsqu'elle peut se prévaloir d'un droit contraire à celui qui résulte de l'accord irrégulier. La nullité peut porter soit sur l'accord dans son ensemble, soit sur une

clause particulière. Dans ce cas, le juge est amené à examiner si la clause litigieuse est une condition déterminante de l'accord des parties ou si le contrat peut être maintenu par suppression, substitution ou réduction de la stipulation illicite⁴⁸.

Dans certains cas, le juge peut même pénaliser les comportements abusifs et donc il peut prononcer l'emprisonnement et répression pénale notamment dans les cas les plus grave, dans d'autres situations, il peut limiter les sanctions pénales au strict nécessaire et privilégie les sanctions pécuniaires.

Parallèlement, les juridictions de droit commun peuvent être saisies d'une amende en réparation du dommage causé par des pratiques anticoncurrentielles. Une telle amende peut émaner soit de l'une des parties à un accord anticoncurrentiel, soit d'un tiers lésé, à titre d'exemple, par une entente ou un abus de position dominante⁴⁹.

b- LE CONTROLE PAR LES JURIDICTIONS DU SECOND DEGRE :

Parmi les attributions octroyées par les nouvelles lois 104-12 et 20-13 au conseil de la concurrence, on trouve clairement, les attributions de décision. À ce titre, le conseil peut intervenir, si la pratique relevée ou dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie du pays, à celle du secteur intéressé et à l'intérêt du consommateur.

Selon la gravité de la pratique et ses effets, le conseil ordonne une décision prononçant la sanction pécuniaire, tout en prenant en considération l'importance du dommage causé à l'économie. Toutefois, le contrôle des juridictions du second degré est mis en œuvre dans le cas où, la partie concernée n'est pas satisfaite de la décision rendue par le conseil, et choisie donc de faire recours soit devant la cour d'appel ou encore devant la cour de cassation.

La loi 104-12 a ainsi précisé dans ses dispositions, les deux voies de recours et elle a prévu dans ce sens une procédure spéciale. S'agissant de la cour d'appel, toutes les décisions rendues par le conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Rabat. Par souci d'unification de la jurisprudence en matière de concurrence, le législateur a octroyé la compétence matière concurrence à la Cour d'appel de Rabat. Seule compétente à l'échelon nationale pour exercer un contrôle contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Le recours doit être formé dans le délai de trente (30) jours, par les parties en cause et / ou le commissaire du gouvernement. Ce délai court du jour de réception de la notification de la décision. Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, la cour d'appel peut ordonner le sursis à exécution, si les mesures conservatoires et les décisions émises par le conseil de la concurrence sont susceptibles d'entraîner des conséquences irréparables pour les entreprises concernées.

Les arrêts rendus par la Cour d'appel de Rabat en matière de pratiques anticoncurrentielles peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation. Selon l'ordre judiciaire, celle-ci est compétente pour se prononcer sur la légalité et la régularité des décisions rendues par les juridictions. Autrement dit, Elle statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions. Concrètement, la Cour de cassation sera appelée à examiner, lorsqu'elle est saisie sur une décision rendue par la Cour d'appel de Rabat en matière de concurrence, si les règles de droit ont été correctement respectées. Si la décision résulte d'une bonne application de la loi, le pourvoi en cassation est rejeté, dans le cas contraire, la décision est cassée et annulée en tout ou en partie, et elle sera renvoyée devant la Cour d'appel, juridiction de fond.

CONCLUSION

La concurrence entre les entreprises au sein d'un marché économique est très bénéfique économiquement. Certes, l'abus du jeu concurrentiel et les agissements malhonnêtes de certains opérateurs économiques peuvent être une source négative et directe d'un déséquilibre économique et social.

Dans ce sens, ADAM SMITH qui est le fondateur de l'école libérale a commencé à théoriser ce caractère bénéfique, et ses analyses considèrent que la concurrence permettrait une allocation optimale des ressources, et elle est un moyen économique vers une meilleure économie. Il a aussi insisté sur l'importance de la concurrence du fait qu'elle aurait un but social, et tendrait vers le bien-être du consommateur en permettant de connaître les besoins réels de ce dernier.

À cet égard, le droit de la concurrence a essayé depuis toujours de garantir une concurrence libre et loyale et à protéger le principe de liberté de commerce et de l'industrie en interdisant les comportements menaçant la concurrence, mais pour encadrer la concurrence et pour la favoriser, le droit de la concurrence a justifié quelques agissements qui peuvent contribuer au progrès économique, toutefois leur justification est soumise à un certain nombre de conditions, le cas échéant elles seront soumises aux dispositions de la loi relative à la protection de la concurrence et tout règlement visant la lutte contre ces pratiques et aux mesures de protection adoptées par les autorités de la concurrence.

Notes Réf

¹ Loi n°104.12 relative à la liberté des prix et de la concurrence

² Sanae El Hajoui, Op.cit, p.35.

³ Idem.

⁴ Sanae El Hajoui, Op.cit, p.42.

⁵ V. Loubna Halmaoui, le contrat d'exclusivité vis-à-vis du droit de la concurrence : Ennemi ou allié ? p.6

⁶ Dans les pays anglo-saxons, on utilise la notion de « cartel » à la place de celle d'« entente ».

⁷ V. le code de commerce Français

⁸ Daniel Mainguy- Jean-louis Respaud, Malo Depincé ; Droit de la Concurrence, Ed.Litec.

⁹ Sanae El Hajoui, Op.cit, p.138.

¹⁰ Idem.

¹¹ V. Op.cit, Abouelaziz, p.28

¹² Idem

¹³ Idem

¹⁴ La CNUCED ou la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, en anglais, UNCTAD pour United Nations Conference on Trade and Development, elle a été créée en 1964, en tant que mécanisme intergouvernemental permanent. Elle compte 191 pays membres et est le principal organe de l'assemblée générale des Nations-Unies concernant le domaine du commerce et du développement. Elle est également responsable des questions relatives aux PMA (Pays les Moins Avancés). Ses principaux objectifs sont d'aider les pays en développement à tirer le meilleur parti des possibilités de commerce, d'investissement et de développement qui s'offrent à eux et de les soutenir pour qu'ils puissent s'intégrer de façon équitable dans l'économie mondiale.

¹⁵ L'article 101 et 102 TFUE ou traité sur le fonctionnement de l'union européenne, qui remplace l'article 81 et 82 du traité européen, et qui interdit les ententes et autres accords qui pourraient perturber la libre concurrence dans le marché intérieur de l'Espace économique européen.

¹⁶ Hassania Cherkaoui, « le droit commercial », 3ème édition 2010, p.225.

¹⁷ V, Op.cit, Daniel Mainguy- Jean-louis Respaud, Malo Depincé, p.280.

¹⁸ Idem

¹⁹ V. Op.cit, Sanae El Hajoui, p.177

²⁰ CJCE, General Motors, 13 Novembre 1975 et CJCE, 11 novembre 1986, British Leyland.

²¹ V. Op.cit, p.178

²² Idem, p.56

²³ Idem

²⁴ V, Op.cit, Daniel Mainguy- Jean-louis Respaud, Malo Depincé, p.291

²⁵ Idem

²⁶ V. Op.cit, Mohamed AbouelAziz, p.58

²⁷ Cité dans l'ouvrage « le secteur public à l'épreuve de la concurrence » p.56

²⁸ C.A. Paris, 19 avril 1991, BOCCRF du 30 mai 1991.

²⁹ V. Op.cit, Sanae El Hajoui, p.217.

³⁰ La loi 20-13 ne fait pas référence au statut administratif.

³¹ L.Nicolas- Vullierme, Droit de la concurrence, Ed. Vuibert, 2008, p.52-54.

³² V. Op.cit, S. El Hajoui, p.32

³³ Etude thématique de l'Autorité de la concurrence, 2009. P.81

³⁴ L' autorité de contrôle de la concurrence dans le secteur des télécommunications, L'Agence nationale de réglementation des télécommunications (ANRT) a condamné l'opérateur historique au paiement d'une amende qui s'élève à 3,3 milliards de dirhams. Après un examen approfondi des différents éléments du dossier, l'ANRT a conclu à l'existence, depuis 2013, de comportements cumulés imputés à Maroc Telecom, ayant eu pour effet d'empêcher et de retarder l'accès des concurrents au dégroupage et au marché du fixe.

³⁵ J. philippe, « Aperçu des principaux systèmes de sanction des pratiques anticoncurrentielles », art. préc. ; p.158.

³⁶ V. Op.cit, S. El Hajoui, p.231

³⁷ Idem, p.248

³⁸ Arnold Vialfont, « le droit de la concurrence et les procédures négociée », article publié dans la revue internationale de droit économique, p. 158

³⁹ Idem

⁴⁰ Idem

⁴¹ Alain Georges, « les procédures négociées en droit de la concurrence » publié sur Reflets (revue d'intervention sociale et communautaire) p.48.

⁴² V, Op.cit, Arnold Vialfont, p. 164

⁴³ V. supra, A.Georges, p.48

⁴⁴ Idem

⁴⁵ Ils sont de même nature que ceux de la procédure d'engagements

⁴⁶ V, Op.cit, Arnold Vialfont, p. 171

⁴⁷ V. Op.cit, M.Abouelaziz, p.122

⁴⁸ Idem

⁴⁹ Idem

BIBLIOGRAPHIE :

Sanae El Hajoui,(2016), « le nouveau droit de la concurrence au Maroc », Ed REMALD.

Mohamed Abouelaziz, (2012), « Le secteur public à l'épreuve de la concurrence », Ed Bouregreg

Daniel Mainguy- Jean-louis Respaud, Malo Depincé (2010) , « Droit de la Concurrence », Ed.Litec

Hassania Cherkaoui, (2010) « le droit commercial », 3ème édition.

Marc Puech, (1988), « Droit pénal Général », Litec, 1988, n°824.

L.Nicolas- Vullierme, (2008) , « Droit de la concurrence », Ed. Vuibert, 2008.

J. philippe, « Aperçu des principaux systèmes de sanction des pratiques anticoncurrentielles ».