

**REGARDS SUR L’AFFRANCHISSEMENT DE LA SANCTION EN
DROIT DE LA CONCURRENCE****VIEWS ON THE EXEMPTION OF THE PENALTY
IN COMPETITION LAW****Hafsa ACHOUR****Doctorante Chercheure**

FSJES- Souissi-Université Mohammed V

Rabat, Maroc

Hafsa_achour@um5.ac.ma

Maissae BOUSSAOUF**Enseignante Chercheure**

FSJES- Souissi-Université Mohammed V

Rabat , Maroc

m.bousaouf@um5s.net.ma

Résumé

Le propos de cet article est d'appréhender l'affranchissement de la sanction par les entreprises en droit de la concurrence. En effet, l'impact conséquent de la sanction caractérisée par une grande diversité engage les entreprises dans un processus délicat de recherche des moyens d'exonération ou d'allégement. L'exemption de la sanction en droit de la concurrence est envisageable dans les cas de justifications légales par exception aux interdictions *per se* ou par le moyen de négociation de la sanction permettant, selon les cas, de corriger les contraventions et les manquements des entreprises ou de trouver un arrangement auprès de l'autorité de la concurrence dans l'intention d'obtenir une réduction ou encore une immunité.

Mots clés : Sanction ; concurrence ; exemption ; justification ; négociation.

Abstract

The purpose of this article is to understand how companies are able to avoid sanctions in competition law. Indeed, the consequent impact of the sanction characterized by a great diversity implies the companies in a delicate process of research of the means of exoneration or alleviation. The exemption of the sanction in competition law can be envisaged in the case of legal justifications by exception to the absolute prohibitions or by the means of negotiating the sanction allowing, according to the case, to correct the contraventions and the failures of the companies or to or to find an arrangement with the competition authority with the intention of obtaining a reduction or an immunity.

Key words:

Penalty; competition; exemption; justification; negotiation.

Introduction

Dans la mise en œuvre d'une politique de répression, l'action des autorités de régulation de la concurrence est principalement orientée vers la maîtrise des abus les plus puissants sur le marché qui portant atteinte aux intérêts des consommateurs et des concurrents les plus faibles. Pour ce faire, le recours à la sanction s'avère un vecteur déterminant de l'importance dudit droit pour rééquilibrer les rapports économiques et satisfaire l'intérêt général.

Le droit de la concurrence comme étant un droit mixte empruntant aussi bien à la logique du droit privé qu'à celle du droit public, prévoit des sanctions très diversiformes illustrant la nature ambivalente de ce droit. En ce sens, la sanction des atteintes à la concurrence peut être administrative, pénale, civile ou encore des sanctions négociées bouleversant par leur esprit l'acception classique de la sanction en droit antitrust (Calmette J.F. 2017). Ces diverses sanctions, obéissent à des règles juridiques différentes, ont des portées différentes et sont infligées par des entités différentes (tribunaux pénaux, tribunaux civils ou autorités de concurrence). En outre, une même infraction peut faire l'objet de plusieurs sanctions (Frédéric J. 2013).

Canivet M-G précisait à ce propos : « ...que d'une manière générale, une sanction, quelle qu'elle soit, a une double fonction : la première est de punir le coupable à la mesure de la faute commise, c'est ce qu'on appelle le caractère rétributif de la peine, la seconde est de dissuader ceux qui seraient tentés de commettre une telle infraction, c'est l'exemplarité de la peine dont il est question. Dans le cadre d'une politique régulatrice des rapports de concurrence, l'utilité de la peine se mesure à son caractère dissuasif, c'est-à-dire sa propriété à faire en sorte que les opérateurs économiques comprennent qu'ils n'ont plus intérêt à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles et qu'ils y renoncent » (OCDE , 1997).

Une politique de sanction efficace contre les atteintes à la concurrence nécessite alors de tenir compte des différentes formes de sanctions ainsi que leurs éventuelles interactions. L'objectif étant d'atteindre la sanction optimale, qui suivant l'analyse économique soutenue par l'économiste G. Becker prend pour base la nécessité de dissuader un individu rationnel d'adopter le comportement délictueux. La sanction doit alors reposer sur le gain illicite et sur la probabilité de détection par un calcul coût /avantages.

Dans la mesure où l'efficience économique est la fin réelle de ce droit régulateur, le fait générateur de la sanction est toujours l'entrave à la poursuite de cette efficience, et non l'entrave à la concurrence. Lorsqu'elle apparaît impuissante à assurer l'optimum économique recherché, on lui substitue d'autres outils plus performants. Les mécanismes d'exemption vont permettre cette substitution. Leur fonction est d'immuniser les pratiques anticoncurrentielles dont le caractère bénéfique pour la collectivité est néanmoins établi ou dont les effets sont pratiquement minimes.

S'affranchir ou atténuer la sanction en droit de la concurrence est le principal objectif des opérateurs économiques, la réalisation dudit objectif est possible par le moyen des exemptions que la loi offre aux entreprises afin de stimuler la compétitivité et accompagner le progrès économique ou par la repentance de l'entreprise contrevenant les règles du droit de la concurrence s'engageant à corriger les atteintes au lieu de se défendre dans un cadre extra-contentieux .

De la sorte, l'ordre public économique traditionnellement lié au dirigisme étatique, adopte officiellement une nouvelle orientation. Le principe dominant n'est plus la contrainte mais l'incitation et l'orientation des comportements des entreprises « les programmes de *compliance* » par exemple (État des lieux et perspectives des programmes de conformité 2008).

La politique de sanction en droit de la concurrence emprunte alors la voie de la négociation et la participation active et interactive des opérateurs économiques agissant comme des agents rationnels dans la correction des atteintes à la concurrence ou la prévention des contraventions à ce droit.

Du fait de l'impact éminent des sanctions sur les entreprises, ces dernières ne cessent de solliciter, dans les régimes comparés, les moyens d'y échapper ou de s'exonérer, en profitant des excuses légales ou en optant pour les voies de négociation de la sanction dans l'ambition d'une éventuelle réduction. Il en sera certainement le cas dans un futur proche des entreprises nationales avec les nouvelles dispositions introduites par la loi 104-12 sur les mesures alternatives et la négociation de la sanction et avec surtout le renforcement des pouvoirs du Conseil de la concurrence. On pourra d'ailleurs s'interroger à la place des entreprises concernées, comment procéder en tant que sujets de droit de la concurrence à une coopération avec l'autorité de la concurrence et une négociation de la sanction et profiter en conséquence d'un affranchissement de la punition en cas de dérapage auprès de ladite autorité ?

Suivant cette idée, le présent travail entend déterminer dans un premier temps, la nature de la sanction paraissant un élément indispensable en droit de la concurrence, et dans un second temps de présenter les moyens de s'affranchir d'une partie ou de la totalité de la répression.

1-Détermination de la nature de la sanction en droit de la concurrence

On peut distinguer en droit de la concurrence entre deux grands types de sanctions pouvant être utilisées distinctement ou conjointement : la sanction administrative et la sanction pénale à laquelle s'ajoute la réparation civile. L'aspect dissuasif peut ensuite avoir un rôle plus ou moins important dans ces différentes sanctions.

1-1-La sanction pénale et action civile

La dissuasion des pratiques relevant du droit de la concurrence, spécialement en matière antitrust, peut emprunter la voie de sanctions pénales à l'encontre des individus participant à la formation de cartels véritablement nuisible à la concurrence libre sur le marché, que ce soit sous la forme de peines d'emprisonnement ou/et le paiement d'amende avec la voie civile pour la réparation du préjudice.

1-1-1-Emprisonnement et amende pénale

Dans un certain nombre de pays européens, et notamment au Royaume Uni, la sanction pénale peut s'appliquer à la personne morale ainsi qu'aux personnes physiques ayant pris part à l'infraction aux règles de la concurrence. Le risque de sanction pénale est considéré comme particulièrement dissuasif. En France, il existe une sanction pénale pour les pratiques anticoncurrentielles prévue par l'article L 420-6 du Code de commerce de quatre ans d'emprisonnement et une amende de 7500 euros mais son application reste très limitée. De même en droit marocain la sanction pénale résulte de l'application de l'article 75 de la loi 104-12 disposant que: « *Sera punie d'un emprisonnement de deux (2) mois à un (1) an et d'une amende de dix mille (10.000) à cinq cent mille (500.000) dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement toute personne physique qui, frauduleusement ou en connaissance de cause, aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation, la mise en œuvre ou le contrôle de pratiques visées aux articles 6 et 7 de la présente loi. Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné.* »

Par contre, la pratique pénale américaine s'est endurcie de façon à emporter le titre des sanctions pénales « records ». En effet, et depuis la révision du *Sherman Act* en 2004, les autorités de concurrence ont décidé de renforcer les peines privatives de liberté, dont la durée maximum s'élève à 10 ans. En complément, les sanctions pécuniaires pénales peuvent atteindre des millions de dollars (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004*). C'est le cas par exemple du cartel des Vitamines contre lequel l'autorité Antitrust a prononcé des amendes record s'élevant à 915 millions dollars , et du cartel de la lysine démantelé suite à une enquête américaine lancée en 1959 et donnant lieu au prononcé d'une amende de 2 milliards de dollars .

Par le biais des sanctions pénales la protection de la personne physique assurée par la personne morale est tombée. En effet, il semble évident que les personnes morales n'ont pas de comportement autonome par rapport à leurs dirigeants, personnes physiques. Pour rappeler la célèbre formule de Ripert, « les personnes morales sont des robots » (Ripert. G 1951) , et les véritables responsables des pratiques anticoncurrentielles sont les dirigeants personnes physiques à leur tête. Ainsi, *Woodrow Wilson* a eu raison de dire que chacune des décisions d'une entreprise est prise sous la supervision ou au terme d'une initiative venant d'une personne ou d'un groupe de personne identifiable ; ces derniers doivent être individuellement tenus pour responsable et la punition doit leur être directement infligée, et ne doit pas reposer sur la personne morale qu'ils utilisent illégalement (OECD *Competition Committee* 2003). À cet

égard, l'OCDE précise que les cartels ne sont pas des phénomènes abstraits, mais impliquent des personnes physiques agissant pour le compte de la société. Ainsi sachant que ce sont des agents de sociétés qui commettent des violations du droit de la concurrence, il s'agit de les empêcher de se livrer à une conduite illégale en les menaçant directement de sanctions ». Dans le même sens, le 51^e Congressional Record de 1914 affirme que *«every act of business is done at the command or upon the initiative of some ascertainable person or group of persons. These should be held individually responsible and the punishment should fall upon them, not upon the business organization of which they make illegal use »* (Gregory J. & Werden Scott D. 2012).

La fameuse condamnation d'Alfred Taubman, président de la maison de vente aux enchères Sotheby's en est une preuve d'engagement de la responsabilité personnelle des dirigeants des personnes morales poursuivies pour violation des règles de la concurrence, il a été en fait condamné à l'âge de 78 ans à une peine de prison ferme d'un an et une amende de 7,5 millions de dollars pour entente avec son concurrent Christie's (Manhattan Federal District Court, USA 2002).

1-1-2-La réparation civile et la nullité

Du point de vue juridique, les sanctions civiles ont une finalité toute différente des sanctions pénales et administratives, car elles visent la compensation du préjudice subi par les victimes de pratiques anticoncurrentielles plutôt que la dissuasion de ces pratiques. Ainsi, juridiquement, les sanctions civiles apparaissent donc comme des compléments plutôt que des substituts aux sanctions pénales ou administratives. Du point de vue de l'analyse économique, les sanctions civiles, qui constituent un coût supplémentaire au coût des sanctions administratives pesant sur les auteurs d'infractions aux règles de la concurrence, sont susceptibles d'avoir le même effet que ces dernières sur le calcul économique des auteurs potentiels d'infraction. Elles participent donc à la dissuasion du système de mise en œuvre du droit de la concurrence (Frédéric J. 2013).

Aux États-Unis, la réparation civile est très largement développée en raison d'un certain nombre de mécanismes la favorisant (possibilité d'action de groupe, existence de dommages triples (*treble damages*), rémunération au résultat pour les avocats, etc.). En France, avant la directive de 2014 régissant les actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres de l'Union Européenne (Directive 2014/104/UE),

l'action en réparation résultait seulement du droit commun, se fondant sur la faute et le préjudice prouvé par le demandeur (article 1382 du code civil Français) .

Par définition, l'action au civil nécessite que le plaignant apporte à la fois la preuve de la faute (comportement anticoncurrentiel), celle du préjudice subi et le lien de causalité entre les deux. Pour ce qui concerne l'évaluation du préjudice subi, la victime d'un cartel doit comparer sa situation durant la période de cartellisation du marché avec celle qui aurait prévalu en concurrence. L'estimation de l'équilibre concurrentiel et du prix qui lui est associé (dénommé « *but for price* ») n'est pas chose aisée et peut s'appuyer sur quatre méthodes différentes, qui peuvent d'ailleurs être combinées entre elles (Combe .E 2006).

La jurisprudence américaine a estimé que le dommage ne peut pas être calculé avec précision exacte, et cela a justifié la création du système de *treble damages* : Ainsi, en donnant trois fois le montant estimé du préjudice subi, il est certain que la victime sera effectivement indemnisée. Les *treble damage* sont été intégrés à la section 7 du *Sherman Act*, depuis supplantée par la section 4 du *Clayton Act* au profit de la victime d'une violation du droit de la concurrence. Ce type de dommages –intérêts poursuit deux objectifs, à savoir la réparation des préjudices et la dissuasion du profit illicite (Cabon S.M. 2014) .

En droit marocain, la loi 104-12 ne prévoit pas des dispositions relatives à l'action privée à vocation réparatrice des dommages subis par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, seules les actions en dommages et intérêts dans le cadre d'action représentative sont ouvertes aux associations de protection des consommateurs reconnues d'utilité publiques (article 106 de la loi 104-12) .

Pratiquement, « *Public and private enforcement must go together* » (Italianer.A. 2012).Autrement dit , la mise en œuvre du droit de la concurrence, par les autorités de régulation , doit aller de pair avec celle qui résulte des actions en réparation engagées devant les juridictions nationales, par les victimes des pratiques anticoncurrentielles.

À côté de la réparation, la nullité s'impose également comme une sanction naturelle de la violation de l'ordre public. Il n'existe pas de motifs apparents de soustraire à son emprise le droit de la concurrence (Claudel E. 1994) . Le recours à la nullité s'explique aisément, le droit de la concurrence portant les impératifs d'un ordre public concurrentiel dont cette sanction est

la traditionnelle gardienne (Dimitri H. 2005). Elle vise à réparer un préjudice concurrentiel et rétablir la légalité que ce soit pour le passé ou l'avenir.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, le recours privé se présente comme une voie d'action particulière qui regagne du terrain auprès des régulateurs de la concurrence. Le droit européen atteste de ce regain d'intérêt pour l'action en réparation depuis 2014. Le cadre juridique des actions en dommages et intérêts a considérablement évolué depuis l'adoption d'une importante directive européenne visant à faciliter la tâche des victimes qui entendent se voir indemnisées du préjudice subi (Directive 2014/104/UE). Celle-ci a été transposée en droit national par tous les États membres de l'UE.

Pourtant l'existence de l'action privé demeure accessoire (Lehaire B. 2014) dans la législation antitrust, elle ne caractérise en rien un objectif social de protection des entreprises et des consommateurs. Le droit marocain illustre cet aspect secondaire du droit à un recours privé puisqu'il ne prévoit aucun recours spécial dans la loi sur la concurrence. Seule la possibilité d'une action en nullité de l'acte fondant une entente ou un abus de position dominante est explicitement prévu à l'article 10.

La nullité classique est conçue comme une sanction parfaite : la violation de la loi est éradiquée non seulement pour l'avenir mais aussi pour le passé. L'anéantissement rétroactif conduit à une remise des choses dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte annulé (Dimitri H. 2005). Lorsque la convention constitutive d'entente a été totalement ou partiellement exécutée, les choses doivent être remises en l'état où elles se trouvaient au moment de la formation de l'acte instrumentalisant l'entente (Claudel E. 1994) .

1-2 -La sanction administrative

La sanction administrative comme étant la modalité principale et la plus ancienne de répression des pratiques anticoncurrentielles n'est pas un phénomène de mode. Elle prend souvent la forme de sanctions patrimoniales ou extrapatrimoniales.

Au premier abord, la sanction administrative se définit comme la prérogative qui permet à l'administration de prévenir et de réprimer la réitération des atteintes aux règles de droit public. La sanction administrative est donc une mesure prise par un organe administratif ou sous son contrôle (Aurlen A. 2017) .

Le conseil de la concurrence saisi d'une affaire contentieuse relevant des articles 6,7 et 8 de la loi 104-12 peut outre les sanctions pécuniaires, ordonner des mesures provisoires en cas d'affaires nécessitant un règlement urgent, prononcer injonctions, ou accepter des engagements, éventuellement assorties d'astreintes.

1-2-1-Les injonctions, les engagements et les astreintes

Ne constituent pas seulement un instrument de répression, les injonctions sont au service de l'action préventive des autorités de concurrence. Il n'y a pas un domaine du droit de la concurrence qui échappe à la procédure d'injonction ou à celle d'engagements.

Le prononcé d'une injonction consiste à ordonner le rétablissement d'une situation de concurrence, de faire cesser un trouble et d'éviter son renouvellement (Conseil de la concurrence 2005) . Il s'agit d'un ordre donné par une autorité dont la finalité n'est pas de réprimer, ni de réparer, mais de corriger, de rétablir une situation et de remettre en quelques sorte les intéressés dans le chemin juridique et économique (Decoopman N. 1987) . C'est un commandement qui émane d'une autorité de la concurrence, à défaut de son respect l'entreprise s'expose *ipso facto* à une amende.

Les injonctions de faire sous forme positive (Déc. n° 07-D-04 , 2007) , ou de ne pas faire (la suppression d'une clause litigieuse , cessation d'application d'une clause d'exclusivité...) peuvent être des complémentaires des sanctions pécuniaires ou constituer, dans certains cas, des instruments plus adaptés qu'une sanction. Il en est ainsi, par exemple, des infractions les moins graves, dont l'Autorité a considéré à plusieurs reprises qu'il suffisait de les faire cesser. C'est également le cas lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise mais une association ou une organisation professionnelle, qui n'a pas d'objet lucratif et dont les ressources sont véritablement très limitées (Prunet F. 2017).

En outre, certains auteurs assimilent l'injonction aux engagements, en les considérant comme des injonctions découlant d'une décision unilatérale de l'autorité de la concurrence (Lasserre B. 2006) . Le professeur George Decocq ressort, dans ce sens, de l'affaire *Alrosa* que « *les engagements sont une forme d'injonction de cessation d'infraction dont la genèse est particulière. Rien de plus* » (Decocq G. 2007) .

Néanmoins, les décisions d'engagements et les décisions d'injonctions se distinguent par leur source malgré leur contribution au rétablissement de l'ordre concurrentiel par le biais des

obligations de faire ou de ne pas faire. En effet, les injonctions émanent d'une décision unilatérale de l'autorité ou du conseil de la concurrence, or les engagements résultent d'une concertation de l'autorité et l'entreprise dans un cadre interactif.

Les injonctions revêtent alors un caractère pédagogique mais aussi punitif lorsque, à l'instar des injonctions de publication, elles agissent sur l'image de l'entreprise. En effet, les décisions de sanction prises par les autorités de régulation sont généralement rendues publiques. Elles font l'objet d'une diffusion via leurs sites internet et dans les revues spécialisées ou encore par une publication dans la presse. Cette importance donnée à la publication tranche avec le système américain où le caractère confidentiel des procédures est davantage accusé. En France, la publication des sanctions a véritablement valeur de signal pour les autres opérateurs sur le marché.

Au Maroc, le conseil de la concurrence ordonne à l'entreprise condamnée pour pratiques anticoncurrentielles la publication dans la presse d'un résumé de la décision afin d'informer les entreprises du secteur de la nocivité du comportement illicite. Il peut également prescrire l'insertion du texte intégral de sa décision dans le rapport de gestion établi par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire sur les opérations de l'exercice (article 42 de la loi 104-12).

Les injonctions de publication ont à la fois un rôle pédagogique, dissuasif, car elles ajoutent à l'exemplarité de la sanction, mais aussi punitif, dès lors qu'elles agissent sur la réputation et l'image de l'entreprise (Prunet F. 2017). Elles remplissent encore une mission de régulation, car elles visent à rendre nécessaire les changements de comportement des entreprises en informant les consommateurs, les clients ou les concurrents grâce à la diffusion. L'efficacité de cet instrument est néanmoins étroitement liée à celle des sanctions pécuniaires qui peuvent être prononcées en cas de non-respect de ces injonctions .

En ce qui concerne les sanctions inhérentes au non-exécution des injonctions ou engagements comme étant des mesures conservatoires, le conseil de la concurrence peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées par l'article 39 de la loi 104-12 proportionnellement à la gravité des faits reprochés et l'importance du dommage causé à l'économie. De même, le non-respect de l'obligation de conserver le secret d'affaires conduit au prononcé par le conseil d'une amende allant de 10.000 à 100.000DH en vertu de l'article 32 de la loi 104-12, s'il établit qu'une partie divulgué des informations concernant une autre partie ou un tiers. Une amende

est supportée aussi en cas de non-respect de l'injonction de publication ou affichage de la décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités prescrites. Une double peine pécuniaire en cas de récidive.

Relativement aux astreintes, les articles 20 de la loi 104-12 et 2 de la loi 20-13 accordent au conseil de la concurrence un pouvoir décisionnel en matière antitrust. En effet, la loi prévoit le prononcé d'une sanction sous astreinte dans le cas d'exploitation abusive d'une position de domination ou de dépendance économique (article 10 de la loi 104-12), ou lorsqu'une entreprise ou organisme ne répond pas à une convocation du conseil de la concurrence ou ne respecte pas un délai prescrit pour communication de pièces demandées (article 29) .

Une astreinte touchant le chiffre d'affaires journalier hors taxes par jour de retard, s'offre ainsi au conseil ou l'administration (article 73) , pour imposer à un agent économique le respect des injonctions de faire ou les engagements prises par l'entreprise dans le cadre de l'article 36 de la loi 104-12 mais non respectés . Ces astreintes sont également prononcées aux fins d'imposer l'exécution de mesures conservatoires (article 35). Par rapport à ce point, la Commission européenne a sanctionné la société Microsoft à une amende de 497 millions d'euros pour abus de position dominante, ladite société refusant d'accomplir la sanction, a cumulé des astreintes journalières de 899 millions d'euros (TPICE, Affaire T-201/04 du 17 septembre 2007).

1-2-2- les sanctions pécuniaires

Avant tout , les sanctions pécuniaires ou amendes peuvent émaner soit du juge ou de l'autorité administrative chargée du respect des règles du droit de la concurrence. Ce type de sanction est la plus courante en droit antitrust et s'avère nécessaire et dissuasif car touchant la stabilité financière de l'entreprise contrevenante.

Néanmoins, le fait d'infliger une amende à une entreprise en infraction au droit de la concurrence pourrait poser des problèmes. Dans la mesure où la responsabilité pénale des personnes morales conduirait à des sanctions non pécuniaires, comme la fermeture d'un établissement ou la cessation de certaines activités de l'entreprise reconnue coupable d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Cette sanction peut s'avérer très couteuse pour l'économie et la collectivité.

L'amende pourrait simplement être sur-dissuasive et trop lourde à supporter pour l'entreprise, et avoir des conséquences lourdes sans pour autant atteindre l'objectif de dissuasion visé par le

régulateur de la concurrence. Il serait rationnel, d'envisager plutôt des sanctions contre des personnes physiques, qui leur feraient encourir un risque individuel au titre de leur comportement. La première sanction pécuniaire « astronomique » est celle prononcée par la commission européenne dans le cadre de l'affaire du cartel des vitres de voitures en 2008 s'élevant à 1,384 milliards d'euros.

Encore, est-il légitime de diminuer ces sanctions en période de crise pour ne pas rajouter aux entreprises de complications financières à celles déjà existantes (Calmette J. F. 2017) . Les opérateurs économiques peuvent également bénéficier d'une réduction de la sanction pécuniaire au titre des entreprises en difficulté ou au titre des programmes de conformité, par une réduction de l'amende ou le cas échéant, par l'aménagement de son paiement.

En droit marocain, le conseil de la concurrence est investi depuis la réforme de 2014 du pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires proportionnés à la gravité des faits en cas de manquements à la législation édictée (article 39) à l'instar des autorités de régulation comparées, la finalité de cette sanction est purement répressive et porte sur le chiffre d'affaires local ou mondial. Cette même sanction peut faire l'objet d'une réduction, d'une exonération, selon les cas d'une négociation auprès du Conseil de la concurrence.

2-Les mesures pour s'affranchir de la sanction en droit de la concurrence

Les infractions ayant été établies, les entreprises faisaient valoir divers arguments juridiques, soit, pour être exonérées de toute sanction, soit pour en voir diminuer le montant en ayant recours aux procédures négociées (Reis P. 2000) .

Une pratique anticoncurrentielle peut échapper à la condamnation et à la sanction s'il est démontré qu'elle présente d'avantages d'effets positifs que négatifs ou en cas de repentir avec l'esprit de correction des troubles.

Notant tout d'abord que l'exemption n'est aucunement un système d'atténuation du principe de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles en droit de la concurrence. Il s'agit bien au contraire d'un instrument au service d'une politique de concurrence plus efficiente.

L'exonération des obligations en droit de la concurrence peut intervenir par exception au principe de *l'interdiction per se* et par application de la règle de raison en mettant en œuvre l'évaluation des cas par cas afin d'appliquer les dispositions justificatives prévues par la loi, ou

par le recours aux procédures de négociation de la sanction pour des faits injustifiables permettant de recueillir des dénonciateurs repentis ou des opérateurs engagés pour la correction des atteintes à la concurrence .

2-1-La justification des limitations à la concurrence

La lecture des articles 7 et 8 de la loi 104-12 nous enseigne que l'incrimination des pratiques anticoncurrentielles est conditionnée par une atteinte à la concurrence, le fondement étant un objet (Dorandeu N. 2000) ou un effet (le dommage concurrentiel retenue peut être éventuel) contraire à la concurrence qui mobilise ces agissements illégitimes qualifiés d'infractions économiques (Ruelle, É. 2002). L'objet ou l'effet anticoncurrentiel d'un accord sont des conditions non pas cumulatives, mais alternatives pour apprécier si un tel accord relève ou non de l'interdiction énoncée dans les dits articles.

Ainsi en l'absence de l'objet ou l'effet anticoncurrentiel, certaines pratiques en complément des avantages qu'elles offrent peuvent trouver leur légitimité. La justification est donc possible sur appréciation du conseil de la concurrence recevant les explications des contrevenants. Justifier les atteintes à la concurrence est de ce fait un acte laissé au soin des opérateurs économiques apportant les raisons de leurs agissements.

La justification des pratiques anticoncurrentielles implique la mise en œuvre de la règle de raison « *rule of reason* » (Loevinger L.1961) comme approche pragmatique d'application des règles de la concurrence, une telle technique permet de se pencher sur les effets des agissements particulièrement les effets *pro concurrentiel* tout en mesurant le dommage à l'économie y produisant et les répercussions sur le marché permettant ainsi de justifier ou non la pratique incriminée.

Il est cependant à noter que l'exemption ne s'applique pas aux accords qui ont pour objet : La fixation des prix ; la limitation de la production ou de la vente ; la répartition des marchés ou de la clientèle.

2-1-1- Justification par le progrès technique

Le concept de progrès technique de nature économique est difficile à mesurer. Il est souvent confondu avec la notion économique d'efficacité. Juridiquement c'est une notion abstraite qui impose un examen au cas par cas. Ainsi, le Conseil de la concurrence français a retenu comme constituant du progrès économique : l'amélioration des conditions de distribution (Décision 88-D-27 1988), l'amélioration des services fournis aux clients (décision 93-D-36 1993) , l'introduction de nouveaux produits (décision 91-D-51 1991) et la rationalisation de l'exploitation. Une politique d'encouragement en faveur de la recherche et du développement consisterait également à faire bénéficier les entreprises d'une exemption généralisée dans ce domaine (Prieto C. 2007) .

La mise en œuvre de la justification de la pratique *a priori* interdite par la contribution au progrès technique du pays n'est pas systématique. Il est nécessaire de démontrer que ses avantages dépassent ses inconvénients et remplir les conditions subordonnant le bénéfice de l'exemption tout en maintenant une concurrence résiduelle (Claudel E. 1994) .

Il s'agit, de prime abord, pour l'entreprise contrevenante de prouver que ses actions étaient indispensables (décision 91-D-39 1995) à la réalisation de l'objet du progrès économique (article 16 de la loi 104-12) par la mise en œuvre d'un test de proportionnalité (E-colloque sur le droit de la concurrence et accord d'association UE –Tunisie 2017) tout en préservant un minimum de concurrence.

Ensuite, il est à vérifier que la pratique réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et qui vient contrebalancer le possible atteinte à la concurrence. Ces consommateurs ou utilisateurs sont les bénéficiaires et le cas échéant les victimes de ces pratiques. L'esprit étant que les gains provenant du progrès économique ne soient pas monopolisés par les auteurs de la pratique. La diffusion des gains économiques est donc nécessaire pour l'admissibilité du gain d'efficacité ponctuant l'entrave à la concurrence (Claudel E. 1994) .

Les motifs d'exemption se multiplient successivement à travers l'ouverture de la conception du droit de la concurrence vers la prise en considération du critère social, et non plus strictement économique, des ententes. La création ou le maintien d'emploi n'est plus étranger aux autorités

de régulation (article 9), de même que le maintien de certaines activités essentielles. Des faits à faibles impacts sur le marché peuvent procurer une exonération systématique à son auteur.

2-1-2 - Faits d'entreprises économiquement faibles

Les petites et moyennes entreprises forment aux côtés des grandes entreprises et multinationales le tissu économique national. Ces opérateurs ne disposent certainement pas des moyens et l'expertise de leurs voisins, ils justifient, cependant, d'un besoin d'encouragement pour devenir plus compétitives (OCDE 2019) et bénéficient, à cet effet d'une exemption de la sanction. La justification des pratiques émanant de ces entreprises est matérialisée par un arrêté du chef du gouvernement ou l'autorité gouvernementale déléguée par lui à cet effet, après avis du conseil de la concurrence (Décret n°2-14-652 de 2014).

L'exemption des entreprises ayant enfreint les règles de la concurrence se rattache aux difficultés d'intégration dues à leur taille et le pouvoir de marché, au même titre que l'impact timide de leurs pratiques anticoncurrentielles justifiant la tolérance de l'autorité de régulation.

La protection des petites et moyennes entreprises constitue un objectif clair du droit marocain de la concurrence. Les dispositions de la loi n°104-12 sur la concurrence traitent explicitement de cet objectif. Cette dernière reconnaît dans son article 9 que « Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des petites ou moyennes entreprises(...) » comme remplissant les conditions d'exemption. Cette rédaction est inspirée d'une disposition équivalente en droit français de la concurrence à savoir l'article L.420-4 du Code de commerce. De même, au niveau européen, le traité sur le fonctionnement de l'UE aborde fréquemment les PME reconnaissant ainsi leurs spécificités (articles 153, 173 et 179 du TFUE).

2-2-La négociation de la sanction

Le renforcement spectaculaire des amendes pour infraction au droit de la concurrence a eu pour contrepartie la création de procédures alternatives ou complémentaires qui permettant à l'autorité de concurrence : de mieux détecter les cartels, de mettre fin plus rapidement aux infractions, et de faire une économie des moyens d'investigation (Vilmart Chr. 2007) .

Déceler et sanctionner un comportement anticoncurrentiel particulièrement les cartels engendrent un coût considérable pour les autorités de concurrence et la complexité d'une telle

tâche par la voie ordinaire des enquêtes pour la collecte de preuves entrave l'accomplissement de leur mission de régulation. À cet effet l'économie du droit s'oriente vers la recherche de l'efficacité des sanctions en matière antitrust. Et partant de la rationalité des agents économiques, les régulateurs modélisent leurs comportements à partir d'une hypothèse simple. Une entreprise met en balance son espérance de gain avec le risque de perte aléatoire particulièrement par le prononcé d'une amende lourde.

Afin que la sanction dissuade l'entreprise, le montant théorique de la sanction n'est pas le seul paramètre, il faut prendre en considération l'effectivité de la détection et de la sanction. Les autorités de concurrence, grâce à des facultés de clémence, d'engagements et de transaction, obtiennent des réductions de coût et une meilleure destruction des cartels (Chaput Y. 2009) .Il s'agit de créer des mesures incitatives pour aboutir à une combinaison idéale entre la probabilité de démantèlement et le montant de la sanction par le biais des « procédures négociées » (Wernhard M. 2006) .

2-2-1- Exonération ou réduction de la sanction : clémence

La réglementation de la concurrence met en place un programme d'exonération partielle ou totale des sanctions pécuniaires autrement applicables au membre d'une entente anticoncurrentielle qui signale sa participation à une entente à une autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence (article 41 de la loi 104-12) . Il s'agit véritablement d'un moyen efficace pour lutter contre les ententes, particulièrement les plus graves d'entre elles dénommés « cartels » ou « ententes injustifiables ».

Pour en bénéficier, la partie à l'entente doit se dénoncer elle-même et remplir certaines autres conditions. Le plus souvent, il s'agit de confesser son appartenance à une entente soit par une déclaration écrite ou orale (*paperless*) ou encore en ligne (*e-linieny*) ; cesser les activités exercées dans le cadre de celle-ci et coopérer sans restriction en apportant des preuves déterminantes afin d'aider à poursuivre les autres membres. De son côté, le conseil de la concurrence s'engage, de façon transparente et crédible, à appliquer un ensemble prévisible de sanctions ayant pour but d'inciter les parties à une entente à solliciter la clémence. Le fait que l'offre de bénéficier d'une clémence intégrale ou très étendue ne s'adresse qu'au premier demandeur est d'une importance capitale. L'éventuel dénonciateur emporte la réduction suivant la valeur significative de la contribution (Sixième conférence des Nations Unis 2010). Le premier cas d'application du programme de clémence en droit de la concurrence en France

remonte à l'année 2006 lorsque le conseil de la concurrence a sanctionné neuf entreprises opérant dans le secteur de la fabrication des portes pour une pratique d'entente sur les prix au paiement d'amendes d'un montant total de 5 millions d'euros , et en accordant une immunité totale d'amende à la société France Portes ayant dénoncé sa participation au cartel dénommé « club des cinq » , et un autre cartel dans le secteur des portes laquées auquel elle faisait également partie (AC décision n°06-D-09 , 2006).

Fraîchement introduite dans le droit de la concurrence national, la clémence n'a pas encore reçu application par l'Autorité de la concurrence nationale. Au sens de ce droit, la clémence n'est pas seulement le reflet du « pardon » (Flamerie de Lachapelle G. 2012) , il s'agit d'un contrat donnant-donnant par lequel l'autorité de concurrence va récompenser une entreprise repentie qui justifie d'une coopération véritable et loyale, permettant de déceler ses complices et de faciliter par la même au Conseil la tâche la plus délicate de l'établissement de la preuve.

2-2-2-Engagements de rétablissement de l'ordre concurrentiel

La notion d'engagements en droit de la concurrence, souvent dans la forme plurielle, s'explique par le fait qu'il s'agit fréquemment d'un ensemble d'engagements limités dans le temps et révisables appelés aussi des remèdes ou des mesures correctives de nature soit structurelle ou comportementale. Ce mécanisme négocié est utilisé dans les deux branches du droit de la concurrence (concentrations et pratiques anticoncurrentielles) et par lequel l'autorité de la concurrence peut accepter les remèdes proposés par les entreprises ou organismes dans le but de prévenir ou mettre fin aux atteintes ponctuelles ou éventuelles de la concurrence. Le but étant principalement le rétablissement négocié du jeu concurrentiel à travers le dialogue, l'échange et l'engagement permettant de redynamiser le marché tout en éliminant les atteintes à la concurrence.

Une exemption de la sanction est dans ce cas assortie de la condition de modification volontaire par les entreprises des comportements contraires aux règles de la concurrence loyale en l'absence de toute accusation (Kipiani P. 2014) .

À ce propos , l'affaire Microsoft est un exemple d'application de la procédure d'engagements à une entreprise préalablement condamné pour abus de dominance sur le marché des navigateurs Web . En effet, la société Microsoft et suite à une procédure ouverte à son encontre donnant lieu à une communication des griefs s'est orientée vers la voie des engagements afin

de corriger les atteintes à la concurrence résultant de sa position dominante et ses agissements sur le marché tout en évitant une amende astronomique de 497 millions d'euros (décis. de la commission 2009).

2-2-3-La non-contestation des griefs

La conclusion de « *deals de justice* » inspirés des pratiques américaines se multiplie en droit de la concurrence. Lorsqu'il existe des pratiques susceptibles de constituer une infraction au droit de la concurrence (entente, abus de position dominante...), les entreprises concernées peuvent, à différents stades de la procédure d'instruction, négocier un accord avec l'Autorité de la concurrence pour éviter une procédure longue et coûteuse et profiter d'une réfaction de la sanction. Afin de voir prospérer sa demande, l'entreprise mise en cause et sollicitant le bénéfice de cette procédure doit adopter une attitude « passive » en renonçant à contester les griefs qui lui ont été notifiés, tant quant à la réalité des pratiques visées qu'à leur qualification juridique et à leur imputabilité.

La procédure négociée de non-contestation des griefs (Idot L. 2012) aboutit en cas de succès à une réduction de l'amende encourue ou à la clôture de l'affaire sans prononcé de sanction, privilégiant de la sorte le rétablissement de la concurrence par l'action immédiate de l'entreprise en cause plutôt que par l'incitation indirecte résultant de la sanction. Ce rétablissement est obtenu par le biais d'engagements facultatifs couplés au non contestation par les entreprises des griefs reprochés. La non-contestation des griefs accélère la procédure et conduit à une atténuation des sanctions moyennant des engagements comportementaux et injonctions auxquelles l'entreprise doit se soumettre en acceptant de transiger (Lemaire Chr. & al. 2005). Notant à propos que la procédure de non contestation des griefs et d'acceptation d'engagements n'interviennent que postérieurement à la saisine de l'autorité de régulation.

En droit français, la décision d'élimination des déchets en Seine-Maritime constitue le premier cas d'application de la procédure de non-contestation des griefs à une entente horizontale instantanée concernant une concertation préalable à un appel d'offres. Ainsi et en contrepartie d'engagements substantiels proposés par les sociétés Sita Normandie-Picardie, Onyx Normandie et Ipodec Normandie ces dernières ont bénéficié de la procédure de non contestation des griefs prévue à l'article L. 464-2 III du code de commerce du fait de leur collaboration avec l'autorité au stade d'instruction et d'enquête et en profitant d'une réfaction significative du montant de la sanction encourue (AC, décision n° 07-D-02, 2007).

Conclusion

La sanction en droit de la concurrence est un sujet de préoccupation majeur pour les régulateurs et les agents économiques. Son omniprésence et sa pluralité dans ce domaine affirme l'importance du dommage subis par les opérateurs, les consommateurs et l'économie du fait des violations de ses règles. Au même titre, la sanction constitue un risque financier majeur remettant en cause l'équilibre économique de l'entreprise et sa réputation et auquel elle doit faire face par les voies légales et procédurales agréées.

L'appréhension de la sanction en droit de la concurrence n'est pas aisée, la répression de ce droit occupe un champ très large, relevant du domaine pénal, civil, administratif et économique. Ce corpus de sanctions répond à des degrés variantes à divers objectifs allant de la prévention à la correction jusqu'à la répression en empruntant des voies multiples : la contrainte, l'incitation et la négociation. Ce mécanisme de négociation se présente au côté de l'exemption comme une opportunité pour l'entreprise de s'affranchir de la répression soit en profitant des justifications légales ou en se rattrapant par la correction des pratiques portant atteintes à la concurrence.

Ce sujet de l'affranchissement de la sanction en droit de la concurrence est d'une grande pertinence qu'il ouvre la voie à d'autres pistes de réflexions, tels les modes de calcul des sanctions en droit de la concurrence, les modalités de recours devant les juridictions contre les décisions des autorités de la concurrence, la coopération internationale entre les autorités de régulation pour l'application des règles de la concurrence et pour réagir contre les cartels internationaux.

Références bibliographiques

- Aurélien A . (2017)** .Sanction en droit de la concurrence et concurrence des sanctions. Actes du colloque organisé par le CDED, édi. mare § martin , p :193 ;
- Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (2004)**, Pub. n° 108-237, Title 2, § 215, 118 Stat. 661, 668 ;
- AC,(1988)** , décision 88 –D- 27 , « Messagerie-groupage », Rec. Lamy n° 325 ;
- AC , (1993)** , décision 93-D-36 « Pièces détachées pour appareils photographiques », Rec. Lamy n° 550 ;
- AC , (1991)** , décision 91-D-51 « Programmes de télévision », Rec. Lamy n° 469.
- Chaput, Y. (2009)** .La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs. Pouvoirs, 128, 87-102 ;
- CLAUDEL E. ,** *ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, université de Paris X -, Thèse de doctorat le 14 décembre 1994 , p :363 , 394 ;
- Cf. P. BONASSIES (1983)**. Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence moyen . Mélanges Weill, Dalloz , pp : 60-62;
- Claude LUCAS DE LEYSSAC & Gilbert PARLÉANI (2001)** .L’atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat .dans Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ , p :602 ;
- Combe, E. (2006)** .Quelles sanctions contre les cartels : Une perspective économique . Revue internationale de droit économique, XX,1, 11-46 , p : 32 , <https://doi.org/10.3917/ride.201.0011> ;
- CC**, décision n° 95-D-39 du 30 mai 1995 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location d'emplacements publicitaires destinés à l'affichage de grand format ;
- CC**, décision n° 93-D-36 du 28 septembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente des pièces détachées pour appareils photographiques ;
- CC**, décision n° 91-D-51 du 19 novembre 1991 relative au marché des programmes de télévision réservés à la diffusion sur les réseaux câblés ;
- CC**, décision n° 07-D-04 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges ;
- Dahir** n° 1-14-116 du 30 Juin 2014 portant promulgation de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence ;
- Décret** n° 2-14-652 du 1er décembre 2014 portant application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence ;

- Directive 2014/104 du 26 novembre 2014** relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence de l'Union européenne, <https://www.circulaires.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000030188371/> & <https://eur-lex.europa.eu>
- DECOCQ G. (2007)**. Des précisions importantes sur la procédure d'engagements. CCC n°10 comm.243, p : 20 ;
- DECOOPMAN . N (1987)**. Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes. JCP , p : 3303 ;
- Dimitri H. (2005)** .La nullité, sanction des pratiques anticoncurrentielles à la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats. In: Revue juridique de l'Ouest, p : 10 ;
- Dorandeu, N. (2000)** . Le dommage concurrentiel . Presses universitaires de Perpignan , 340-343 ;
- Emmanuelle Claudel (2015)** . Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! Concurrences, N°4 -2015, Art, N°75896, pp 61-83 ;
- E-colloque(2017)** .Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie Partie 3 : Les relations euro tunisiennes, facteur de rapprochement des modèles de concurrence ?, Aspects matériels ., pp :7-8 , <https://blogdroiteuropeen.com/> ;
- Flamerie de Lachapelle G. (2006)** , Jacques Esprit, Sénèque et la clémence , Anabases [En ligne], 4, mis en ligne le 01 janvier 2012, consulté le 20 octobre 2019, p :123 , <http://journals.openedition.org/anabases/3579;>
- Gregory J. & Werden Scott D. (2012)** . Deterrence and detection of cartels : using all the tools and sanctions . ABA Center for Continuing Legal Education , Department of Justice , United States , pp: 10-12 ;
- Idot, L. (2012)** . La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européenne. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2, pp : 315-341, <https://doi.org/10.3917/rsc.1202.0315> ;
- Lasserre B. (2006)**. Les engagements dans les systèmes de régulation . DALLOZ, presses de sciences politiques , p : 17 ;
- Lehaire B. (2014)** .L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles Pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien . Thèse en cotutelle Doctorat en droit , Université de La Rochelle , p :77 ;
- Loevinger, L. (1961)**. The rule of reason in Antitrust Law. *Section of Antitrust Law*, 19, 245–251. [http://www.jstor.org/stable/25750148;](http://www.jstor.org/stable/25750148)
- OECD Competition Committee (2003)** . Cartel Sanctions against Individuals. Policy Roundtables , p:99 ;
- OCDE (2019)** . Perspectives de l'OCDE sur les PME et l'entrepreneuriat .édi. OCDE , Paris , p :3 , [https://doi.org/10.1787/dfc3ab17-fr;](https://doi.org/10.1787/dfc3ab17-fr)

- PRUNETF. (2007).** La sanction adéquate en droit de la concurrence. Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, dossier 3, p : 8 , <https://lexis360entreprises.fr> ;
- Prieto, C. (2007).**Le progrès technologique dans le traitement des ententes contractuelles. Revue internationale de droit économique, XXI,3, 317-344 ;
- Reis P.(2000)** .Ententes de répartition des marchés : vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ?. ECONOMICA. , Le processus de concurrence, ECONOMICA, pp : 312 à 332. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00730887> ;
- Ripert G. (1951)** . Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne . LGDJ, n°37, Paris p : 157 ;
- Ruelle, É. (2002).**Définition des délits économiques internationaux ; règles de fond et poursuites . Revue internationale de droit économique, XVI, pp : 513-522 , <https://doi.org/10.3917/ride.162.0513> ;
- Wernhard M. (2006)** .Les sanctions de droit privé des comportements anticoncurrentiels : Aspects du droit allemand. .In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 58 N°3,2006. pp. 735-746 ;
- Conseil de la concurrence Français (2005)**, rapport annuel, pp : 8-10 <http://www.concurrence.lu/> ;