UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FÈS
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⴻⴷ ⴱⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ ⴱⴰⵎⴷⵓⵏⵉ
ⵜⴰⵖⴻⵡⵍⴰⵀⵜ ⵏ ⵜⵎⴰⵡⴰⵙⵉⵏ ⵜⵉⵙⵔⵓⴳⵉⵏ, ⵜⵉⵍⵎⴰⵙⵉⵏ ⴷ ⵜⵉⴳⵟⵟⵉⵏ

Centre des Études Doctorales en Sciences Juridiques et Politiques

Laboratoire de Recherche « ESSOR » : Droit, Philosophie et Société

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit Privé

Sous le thème :

L'égalité de traitement entre entreprises en droit marocain et européen de la concurrence

Présentée et soutenue par :

Mohamed ELAZHARY

Sous la direction de :

Dr. Driss JOUIDI

Membres du jury :

▪ **Pr. Driss JOUIDI**	**P.E.S - FSJES- FES**	**Président**
▪ **Pr. Abdellah MARGHICH**	**P.E.S - FSJES- FES**	**Rapporteur**
▪ **Pr. Aissam ZINE-DINE**	**P.H - FSJES- MEKNES**	**Rapporteur**
▪ **Pr. Chahid SLIMANI**	**P.H - FSJES- FES**	**Rapporteur**

Année académique : 2020/2021

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

RÉSUMÉ :

La liberté d'entreprendre n'interdit en aucun cas aux entreprises de se faire concurrence. Pourtant cette liberté impose à titre de revanche aux entreprises de respecter les règles régissant le libre jeu de la concurrence. La concrétisation de cette finalité placée au summum de la hiérarchie des priorités devant gouverner les corrélations au sein de l'arène concurrentielle, repose sur l'efficience du droit, dans sa mission de garantir l'égalité d'accès au marché, de protéger la liberté d'entreprendre et l'effectivité de la concurrence.

Reposant sur ce postulat, l'action des instances du droit de la concurrence du Royaume du Maroc ainsi que de l'Union Européenne, met en œuvre l'égalité des entreprises d'accéder au marché, dans la perspective de la création d'une concurrence saine. D'ailleurs, il va sans dire que la finalité de la préservation de la liberté d'agir au sein de l'enceinte concurrentielle demeure la principale implication du droit de la concurrence, notamment via l'appréhension des fondements de l'expression d'élimination de la concurrence.

L'élimination de la concurrence s'apparente en termes plus claires à la susceptibilité qu'un comportement émanant d'une entreprise ou un groupe d'entreprises, de porter atteinte à la concurrence, en exerçant une influence négative sur les facteurs concurrentiels. C'est pourquoi, la simple présence d'une telle potentialité met en alerte le droit des pratiques anticoncurrentielles, puisqu'elle est au cœur de l'application des prohibitions de l'entente voire de l'abus de position dominante.

En vue de mettre en exergue l'impérative du maintien de l'égalité entre entreprises au sein de l'arène concurrentielle, les enjeux sont d'envergure. Le droit des pratiques anticoncurrentielles devrait appréhender toute la réalité dynamique de l'atteinte à la concurrence, en se fondant sur un mécanisme

d’appréhension puisant ses racines d’une double facette. En premier lieu, la mise en œuvre d’une approche comparative des droits des pratiques anticoncurrentielles au Royaume du Maroc et en Europe, lesquels visent à mettre en échec l’atteinte au libre jeu de la concurrence, par le biais des dispositions sur l'entente et l'abus de position dominante. En second lieu, la mise en évidence d’une approche juridique du milieu concurrentiel, via l’infléchissement vers une perspective combinatoire, laquelle repose fondamentalement sur un rapport complémentaire et indispensable entre les disciplines juridique et économique.

Autrement, il s’agira pour le droit des pratiques anticoncurrentielles des deux ordres juridiques sous examen de considérer et refléter l’ampleur de l’atteinte portée à la concurrence, par l'entremise de deux mouvements fondamentaux, distincts, mais concomitant à savoir : d'abord, la circonscription laquelle permet de localiser le milieu au sein duquel se déploie l’entreprise compromettante, ensuite l’appréhension de l’atteinte provoquant le cloisonnement du marché, sous ses différentes manifestations.

EXECUTIVE SUMMARY :

PhD Thesis title: The equal treatment in between companies under Moroccan and European competition law.

Freedom to do business in no way prohibits companies from competing with each other. However, this freedom requires companies to respect the rules governing the free play of competition. The concretization of this finality, placed at the top of the hierarchy of priorities, which must govern correlations within the competitive arena, rests on the efficiency of the law, in its mission to guarantee equal access to the market, to protect freedom to conduct business and effective competition.

Based on this premise, the action of the competition law authorities of the Kingdom of Morocco as well as of the European Union, implements the equality of companies to access the market, with a view to creating a healthy competition. Moreover, it is understood that the purpose of preserving the freedom to act within the competitive arena remains the main implication of competition law, in particular through understanding the foundations of the expression of elimination of competition.

Elimination of competition is in clearer terms the likelihood that behavior by a company or a group of companies, of undermining competition by exerting a negative influence on competitive factors. This is why, the simple presence of such a potential puts the law of anti-competitive practices on alert, since it is at the heart of the application of the prohibitions of the cartel or even the abuse of a dominant position.

In order to highlight the imperative of maintaining equality between companies within the competitive arena, the stakes are high. The law of anticompetitive practices should capture the whole dynamic reality of the interference with competition, based on a mechanism of apprehension drawing its roots from a double facet. First, the implementation of a comparative approach to the rights of anti-competitive practices in the Kingdom of Morocco and in Europe, which aim to defeat the interference with the free play of competition, through the provisions on cartel and abuse of dominance. Second, the highlighting of a legal approach to the competitive environment, by shifting towards a combinatorial perspective, which is based fundamentally on a complementary and essential relationship between the legal and economic disciplines.

Otherwise, it will be a question of the law of the anti-competitive practices of the two legal orders under examination of considering and reflecting the extent of the interference with competition, through two fundamental movements, distinct, but concomitant. First, the constituency that makes it possible to locate the environment in which the compromising enterprise is deployed. Then, the apprehension of the infringement causing the partitioning of the market, under its various manifestations.

REMERCIEMENTS:

La parturition d'une thèse de doctorat en droit fait inéluctablement un périple pléthorique sur un sentier pantelant voire certainement enthousiasmant, mais aussi ondoyant, tumultueux et même stoïque, dont le terme ne peut être atteint que grâce à l'appui précieux du milieu académique et familial.

Je remercie tout vivement, au prime abord le directeur de thèse, Monsieur le professeur Driss JOUIDI, pour ses conseils doctes et érudits ainsi que le temps précieux qu'il a consacré à ce projet durant toutes ces années. Sans son soutien et sa disponibilité, d'aucun ne doute que ce projet ne serait pas arrivé au port de bonne justesse, je ne saurais jamais assez l'en remercier.

Je remercie vivement Monsieur le Professeur Abdellah MARGHICH, Monsieur le Professeur Chahid SLIMANI et Monsieur le Professeur Aissam ZINE-DINE, d'avoir accepté de participer au jury de ma soutenance, leur jugement ne pourra qu'enrichir ma perception du sujet et de mon propre travail.

Ma famille a été naturellement une fabuleuse fontaine de jouvence, inépuisable d'inspiration et de motivation. C'est d'abord à mes parents que revient incontestablement tout ce mérite ; ils m'ont imbibé, depuis le plus jeune âge, le goût du succès et le sens de la persévérance. Ce sont eux qui ont fait don d'énormément d'efforts et ont acquiescé à des sacrifices indicibles et sans limites, afin de me permettre de me consacrer à cette thèse. Qu'ils reçoivent au titre de cette œuvre toute ma reconnaissance. Je rends hommage à la mémoire de ma regretté grand-mère maternelle, dont l'image a toujours été près de moi de son vivant et après sa mort, m'ayant béaient serrer la tension, soutenu et encouragé sur tous les plans. Je remercie toute ma famille : toutes mes sœurs, et plus particulièrement NAJAH ELAZHARY dont les perles de sagesse et bienveillance nous en font resplendir de la lumière de la vie, je n'ai nullement de mot assez fort pour lui rendre grâce.

.

DÉDICACE :

À mes chers parents,

À la mémoire de ma Grand-mère maternelle,

À toutes mes sœurs,

À NAJAH dont la bienveillance et sagesse rayonnent de mille feux,

À toute ma famille

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS :

- Aff. jtes : affaires jointes.
- Aff. : affaire.
- APD : Archives de Philosophie du Droit.
- Art. : Article.
- BO : Bulletin Officiel.
- BOCC: Bulletin officiel de la concurrence de la consommation.
- CDE: Cahiers de droit européen.
- CE : Communauté européenne.
- CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
- CEE : Communauté économique européenne.
- CJCE : Cour de Justice de l'Union Européenne.
- Com. CE : Commission des Communautés européennes.
- Con. Conc. ma: Conseil de la Concurrence du Maroc.
- Cons. : Considérant.
- dir. : Sous la direction de.
- E&H: Revue Entreprises et Histoire.
- ECLR : European Compétition Law Review.
- Éd. : Édition.
- *ibid. : ibidem*.
- JO : Journal officiel
- JOCE : Journal officiel des Communautés Européennes.
- LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Litec : Librairies Techniques.
- OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Économique.
- *op. cit.: opere citato* (ouvrage cité) .
- Para. : Paragraphe.

- préc. : Précité.
- pt : point.
- PUF : Presses Universitaires de France.
- Rapp. ann : Rapport annuel.
- Rec. : Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance.
- REMALD : Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement
- RIDE: Revue internationale de droit économique.
- RJDA : Revue de Jurisprudence de Droit des affaires.
- RLC : Revue Lamy de la Concurrence.
- RTD com : Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
- RTDE : Revue Trimestrielle de Droit européen.
- TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.
- TPICE : Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes.
- TPIUE : Tribunal de Première Instance de l'Union européenne.
- Traité CE : Traité instituant la Communauté européenne.
- TUE : Traité sur l'Union européenne.
- U.E : Union Européenne.
- V. : voir.
- Vol : Volume.

SOMMAIRE :

INTRODUCTION GÉNÉRALE : 1

PREMIÈRE PARTIE- L'INFLUENCE DE LA RÉCEPTION DE LA DÉLIMITATION DU CONTEXTE CONCURRENTIELLE SUR LE RENFORCEMENT DE L'ÉGALITÉ ENTRE CONCURRENTS : LE RAPPORT DU MÉTHODIQUE CONCEPTUEL AU JURIDICO-NORMATIF :.....19

CHAPITRE -1- LE DYNAMISME JURIDICO-ORGANISATIONNELLE A LA CONCEPTION ET LA MISE EN ŒUVRE D'UN MODELE REGULATEUR D'APPREHENSION DU MARCHE CONCERNE OU PERTINENT : 23

Section -1- Les enjeux concurrentiels du cadre juridico-normatif, un point d'ancrage du marché concerné ou pertinent :..... 25

Section -2- Les enjeux du cadre d'analyse économique, un atout à la consécration des méthodes empiriques de mise en œuvre et d'évaluation du marché concerné ou pertinent :..... 67

CHAPITRE -2- LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU MODELE REGULATEUR D'APPREHENSION DU MARCHE CONCERNE OU PERTINENT : 109

Section -1- L'examen de l'identité juridique en vue de l'appréhension des traits fondamentaux du marché concerné ou pertinent :..... 111

Section -2- Une ambivalence et bipolarité de la norme de contrôle judiciaire de la délimitation du marché concerné ou pertinent :..... 119

DEUXIÈME PARTIE- LES IMPLICATIONS JURIDICO-CONCEPTUELLES DE L'APPRÉHENSION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES: UN FONDEMENT FLUCTUANT À LA CONSOLIDATION DE L'ÉGALITÉ DES OPÉRATEURS CONCURRENTS : 134

CHAPITRE -1- LA DELICATE CISELURE DES LIGNES DE DEMARCATION DU CHAMP D'INTERVENTION DES ENTENTES ENTRE ENTREPRISES :.....138

Section -1- La mise en question des parties prenantes à l'origine de la résurgence de l'entente :..... 141

Section -2- La conception formaliste de l'entente, le début d'une preuve indistincte à la gêne portée à la concurrence :..... 156

CHAPITRE -2- LA RETIVITE AFFECTANT LE CADRAGE DE LA PORTEE D'INTERVENTION DE LA POSITION DOMINANTE :.....201

Section -1- La pertinence de l'analyse d'incidence des opérateurs concurrents à la gésine de la position dominante :..... 204

Section -2- La position dominante à l'aune du pouvoir d'influence des opérateurs sur le marché, une manifestation de mise à l'écart de l'efficacité d'accès au marché :..... *238*

CONCLUSION GÉNÉRALE :.....258

BIBLIOGRAPHIE :.....263

ANNEXES :.....282

AVERTISSEMENT :

Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, le droit communautaire est devenu « droit de l'Union européenne ». Par commodité, on le dénommera également « droit européen » – étant entendu que le droit issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, également désigné sous cette appellation, n'est pas concerné par notre propos. Les références au droit et à l'activité jurisprudentielle communautaires seront toutefois conservées dans une perspective historique.

INTRODUCTION GÉNÉRALE :

1. Propos liminaires :

Le paradigme à prédominance mercatique du libre jeu de la concurrence représente un intérêt majeur dans la consécration de l'économie du marché[1]. Ce précepte universellement admis renvoie d'abord et avant tout à l'idée de la rivalité et de la confrontation économique entre les entreprises, c'est la compétition ou la rivalité d'intérêts entre plusieurs entités à but lucratif qui poursuivent le même dessein[2]. Ces entreprises luttent parce qu'elles offrent des services ou des produits substituables. Il s'agit de la situation mutuellement répandue des entités commerçantes ou industrielles dont chacune d'elles tente de se positionner sur l'enceinte concurrentielle, dite marché, soit en attirant à elle seule la clientèle –cohorte ou population cible- par des avantages plus attachants, des conditions de vente ou une meilleure qualité, soit en abusant d'une situation de fait favoriser par la puissance de l'entreprise ou les fluctuation du marché[3].

La concurrence est donc la lutte économique à laquelle se livrent les entreprises dans le but de maintenir et d'accroître leur part de marché. La concurrence se situe au cœur même de l'économie, elle est à l'économie ce que la démocratie présente à la politique.

À l'évidence, le fait de faire concurrence, non pas à soi-même, mais à ses opérateurs concurrents, ce droit tant légitime et spontané soit-il, ce pouvoir d'agir, comme tout pouvoir [4] , peut être poussé au paroxysme dans

---

[1] **A. BENAMOUR,** « La concurrence et les grandes problématiques de l'heure », Collection Thèmes Actuels : Culture de la concurrence – L'an I du Conseil de la Concurrence-, Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – *REMALD* -, Rabat, N°68, 2010, pp.13-24.

[2] Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, vol. 4, Librairie Larousse, Paris, 1983, p. 2482.

[3] *Ibid.*

[4] **J. LHOMME**, *Pouvoir et société économique,* Paris, Cujas, 1966, p. 10

un environnement où seuls les plus herculéens sont omnipotents pour assurer leur survie au détriment des plus faibles. Un environnement où une entreprise use de sa position pour accroitre son pouvoir de marché, utilise son monopole dans le dessein de conquérir d'autres marchés ou plus encore empêcher l'entrée de nouveaux concurrents. Synecdotiquement, un cumulonimbus de comportements lesquelles s'assimilent à une méthode non orthodoxe, s'opposent grossièrement à la vision de la concurrence encadrée et maîtrisée tel un jardin[5].

Obvier à ce *Darwinisme économique* -par assimilation sémantique au *Darwinisme social*-[6], lequel conduit au mépris et à l'exclusion par la précellence de la loi de la jungle entre entreprises serait l'ultime exigence, constitue un objectif qui implique que la liberté des opérateurs doit se cristalliser dans un cadre préétabli et des règles de jeu prédéfinies.

À dire vrai, un marché fondé sur une libre concurrence corroborée, consentirait la création harmonieuse des richesses, étant que « *La jungle représente une situation anarchique, un lieu de brutalité où certains se servent d'autres et tous vivent à l'état de famine. Alors que le marché est un lieu de paix et de production où tous se servent eux-mêmes et servent les autres en même temps et vivent à d'infinis plus hauts niveaux de consommation*[7]». Ces deux allégories si opposées peuvent afficher un certain utopisme lorsqu'elles sont axiomatisées à l'exagération. Une image première tendant à esquisser la réalité de la concurrence entre les opérateurs et la guerre économique qui se trame dans l'ombre, en vis-à-vis d'une autre brossant le rôle autorégulateur bénéfique du marché. Pourtant, il n'en demeure pas moins que la liberté

[5] Le jardin est souvent cité en assimilation au besoin d'ordre, de symétrie et subséquemment d'emblème de l'intervention de l'homme sur la nature.

[6] **É. GAUTIER,** *Darwinisme social*, Derveaux, Paris, 1880.

[7] **M-N. ROTHBARD**, *Power and Market, Governement and the Economy*, Ludwig Von Mises Institute, 4ème Édition, 2006, p. 279.

des acteurs sur le marché n'est aucunement absolue et que la survie des différents protagonistes sur ce *lieu de brutalité* dépend apodictiquement de l'existence d'un contrôle. Sous cette même trajectoire, le contrôle des agissements des entreprises vise la sauvegarde de la concurrence en soi, représentée à l'image du *lieu de paix*.

Le contrôle baptisé le cas échéant, s'entend ici, non pas d'un interventionnisme dirigiste, mais bien plutôt d'une régulation qui tendra à poser les limites aux comportements despérados émanant des entreprises[8]. Il s'agit alors de la mise en évidence d'une politique de concurrence fondée sur un contrôle régulateur qui a pour visée de protéger la concurrence, mais aussi de l'ériger[9].

Ouvertement, *« La politique de concurrence ne signifie pas le déchaînement d'une lutte effrénée* de tous *contre tous, mais la fixation et la réalisation de normes juridiques, afin de rendre possible et de préserver une concurrence pratique, et de protéger les entreprises contre les pratiques anticoncurrentielles (...) Car cette seule concurrence, en accroissant la prospérité et la liberté, a les effets bénéfiques qui fondent la réussite économique, sociale, et politique de l'économie de marché.»*[10].

Aussi, la politique de concurrence se trouve-t-elle orienter vers la régulation du marché, *via* la sauvegarde de l'égalité entre opérateurs concurrents[11], et plus particulièrement, en instaurant les mécanismes abruptes

---

[8] **G. FARJAT**, « Observations sur la dynamique du droit de la concurrence », dans **G. CANIVET** (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence,* LGDJ, Paris, 2006, p.12.

[9] **L. BOY**, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *Contrats concurrence consommation*, 2004, p. 10.

[10] **C. GAVALDA & G. PARLÉANI**, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, 6ème édition, Litec, 2009, p. 261.

[11] **M. DRISSI BAKHKHAT, «** La politique de concurrence dans les pays développés », Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – *REMALD* -, Rabat, N°96, Janvier/Février 2011, p. 101-117.

de lutte contre les pratiques jugées antinomiques au fonctionnement du marché[12].

Dans l'esprit du contexte, il n'est guère besoin de souligner les enjeux du droit de la concurrence pour la dynamique et les performances au sein du marché[13]. Le droit de la concurrence, mets en place un cadre pour la politique de la concurrence, ce cadre est fondé sur un concept et des bases de la promotion de l'ouverture du marché et de renforcement des institutions à caractère économique. Le droit de la concurrence a pour objet l'appréhension des comportements d'entreprises susceptibles d'affecter le bon acheminement de la concurrence sur un marché déterminé.

Entreprise et marché apparaissent, ainsi, comme deux notions clés conditionnant l'application du droit de la concurrence. Si d'autres conditions d'application sont parfois citées[14], les conditions d'entreprise et de marché retiennent spécialement notre attention car ce sont principalement elles qui posent question dans le cadre d'une application du droit de la concurrence.

In extenso, le droit de la concurrence est considéré comme étant l'ensemble des règles visant à encadrer les rapports d'antagonisme entre des entreprises empruntant le même sentier de rivalité[15].

Il a pour mission, autant la protection de la loyauté du commerce contre la concurrence déloyale, que la sauvegarde des mécanismes du marché,

---

[12] **M. DRISSI ALAMI MACHICHI,** « Régulation de l'économie par le droit », Revue Marocaine de Droit d'Économie et de Gestion, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°52, 2006, pp. 9-33.

[13] **DRISSI ALAMI MACHICHI**, « Environnement juridique de la vie économique », Revue Marocaine de Droit Économique, Centre de Droit des Obligations et des Contrats, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, N°2, Janvier 2009, p.1-48.

[14] **M. MALAURIE-VIGNAL**, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5ème édition, Sirey, 2011, pp.169 et suivant.

[15] **C. BOUCHARD**, *Droit et pratique de l'entreprise : fonds de l'entreprise, concurrence, distribution,* 2ème édition, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 161.

par l'intermédiaire du *droit des pratiques anticoncurrentielles*. Le *droit des pratiques anticoncurrentielles* est considéré comme *le grand droit de la concurrence* et le droit de la concurrence déloyale comme *le petit droit de la concurrence*[16].

Dans le cadre de cette thèse, seule la dimension du *grand droit de la concurrence*, c'est-à-dire *le droit des pratiques anticoncurrentielles* englobant les dispositions prohibant l'entente et l'abus de position dominante, sera notre matière de prédilection, dans la mesure où seules ces dispositions ont trait directement à sauvegarder l'égalité entre concurrents en posant des règles spécifiques de fonctionnement et d'encadrement du marché. Le terme *droit de la concurrence* utilisé ici désigne exclusivement *le droit des pratiques anticoncurrentielles*.

D'ailleurs, l'une des principales implications du *grand droit de la concurrence* est la préservation de la liberté d'agir sur l'enceinte concurrentielle, cette liberté qui constitue une forme de conjugaison du principe d'égalité.

De fait, la mise en exergue de d'égalité de traitement entre entreprises sied à la mise en œuvre de l'égalité dans les conditions d'accès au marché[17], notamment via le pragmatisme affiché de la lutte contre toute éventuelle *élimination de la concurrence* [18] , lequel risque d'élimination ayant pour conséquence, d'accroître l'insécurité juridique des entreprises, une telle

[16] **G. PARLEANI**, « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentielles», dans *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon : aspects actuels du droit des affaires,* Paris, Dalloz, 2003, p. 881-904.

[17] **K. LENAERTS**, « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire, un principe unique aux apparences multiples », CDE, 1991, p. 25.

[18] **N. ELAOUFI et M. HOLLARD,** « Fondements d'une pragmatique de la concurrence au Maroc », Note d'Orientation, Conseil de la Concurrence marocain, Mai 2010.

insécurité qui est de nature à entraîner à son tour une conséquence néfaste pour l'économie en général[19].

Or, l'on sait que le droit cherche avant tout la certitude et la sécurité, la sécurité juridique est entendue ici au sens relatif, adaptée à la complexité des litiges en droit de la concurrence.

Le risque d'élimination de la concurrence s'apparente en termes plus claires à la susceptibilité qu'un comportement éventuel émanant d'une entreprise ou un groupe d'entreprises, de porter atteinte à la concurrence, en exerçant une influence négative sur les facteurs concurrentiels [20]. C'est pourquoi, la simple présence d'une telle potentialité met en alerte le droit des pratiques anticoncurrentielles, puisqu'elle est au cœur de l'application des prohibitions de l'entente voire de l'abus de position dominante. L'éventuelle affectation de la libre concurrence sur le marché met à l'affût le droit de la concurrence, c'est le socle de la mission du droit des pratiques anticoncurrentielles, comme l'expriment les droits marocain et européen dans l'application des dispositions sur l'entente et l'abus de position dominante.

C'est d'ailleurs la finalité pour laquelle les deux ordres juridiques marocain et européen s'accordent. Tout en partant fait de la conjoncture économique, et des données de la politique de voisinage à l'échelle régionale et sous régionale, se situant notamment dans le cadre du processus économique euro-méditerranéen, en sus de la qualité du Royaume du Maroc en tant que membre de l'Organisation mondiale du commerce, sa ratification

[19] **N. ELAOUFI,** « Les spécificités de l'application de la règlementation de la concurrence au Maroc », Collection Thèmes Actuels : Culture de la concurrence – L'an I du Conseil de la Concurrence-, Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – *REMALD* -, Rabat, N°68, 2010, p. 127-130.

[20] **A. SQUALLI,** « La liberté d'entreprendre à l'épreuve du jeu de la concurrence », Revue Marocaine de Droit d'Économie du Développement, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°49, 2004, p. 135-145.

des accords de partenariat avec l'Union Européenne, et le plus important le statut avancé accordé par l'Union Européenne en 2008. Lesquelles prérogatives permettront à la fois au Maroc de renforcer l'ancrage stratégique de ce choix sur la base d'engagements réciproques et de favoriser la démocratisation et du libre accès des entreprises au marché. Substance qui demeure tributaire du seul plan d'action, dont le caractère évolutif est le garant de son adaptation à l'évolution propre des relations entre le Maroc et l'Union européenne, et ce notamment en ce qui est de l'investiture d'un arsenal juridique moderne, se ralliant à la concurrence et compétitivité des entreprises. Voilà donc, pourquoi le droit marocain à travers les articles 6 et 7 de la nouvelle loi 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence à l'instar de son homologue nordique, le droit européen, à travers l'article 101 et l'article 102 TFUE, opte pour l'éviction de l'atteinte portée au marché, par l'intermédiaire de la prohibition systématique de l'abus de position dominante ainsi que l'entente anticoncurrentielle.

Ainsi, l'éviction de l'atteinte portée au marché vise résolument à assurer aux entreprises des garanties contre l'arbitraire et, par voie de conséquence, l'assurance d'une certaine sécurité juridique, consacrant ainsi l'égalité de traitement et d'ouverture à la concurrence sur le marché pour l'ensemble des opérateurs, même pour ceux d'entre eux disposant de capacités moindres. Cette prérogative légale d'éviction des éventuelles entraves portée au marché, par le biais des dispositions sur l'entente et de la position dominante, obéit à une logique finalistique qui tient compte des objectifs assignés au droit de la concurrence dans chaque ordre juridique.

Au Royaume du Maroc, depuis la réforme majeure entreprise en 2014, en vertu de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence[21], les articles 6 et 7 assigne au droit de la concurrence l'objectif essentiel, aux termes duquel le maintien du libre jeu de la concurrence et la favorisation de l'efficience économique garde le premier rang.

Cette approche législative factuelle s'affiche à travers l'exigence faite d'assurer d'affermissement de l'égalité d'accès au marché, en prohibant tous comportements ayant pour objet ou peuvent avoir un effet sur la concurrence sur le marché marocain.

En Europe, les objectifs du droit de la concurrence ont été posés dans le cadre plus général de l'objectif politique ultime recherché par le Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne [22], à savoir établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités[23].

Cet objectif politique visant essentiellement la confirmation de l'exigence de l'efficience économique, se traduit par la définition des orientations et conditions nécessaires pour assurer un progrès équilibré dans l'ensemble des secteurs concernés au marché intérieur[24].

D'ailleurs, cet objectif ayant exhorté la Commission Européenne à s'inspirer de l'évolution des conditions de concurrence à l'intérieur de l'Union, dans la mesure où cette évolution aura pour effet d'accroître la force compétitive des entreprises [25]. De plus, les articles 101 et 102 TFUE mettent en avant

[21] La loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n° 1-14-116 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014), Bulletin Officiel n° 6280 du 10 chaoual 1435 (7 Août 2014).

[22] Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), Journal Officiel de l'Union Européenne n° 2012/C 326/01, 26 Octobre 2012.

[23] Art. 26 TFUE.

[24] *Ibid*.

[25] Art. 27 TFUE.

une approche fondée sur la préservation de la dynamique des corrélations entre entreprises au sein du marché de marché, en censurant les comportements des entreprises déclarés incompatibles avec le marché intérieur.

Au fait, sur la base des fondements textuels, il est à relever que la censure des comportements des entreprises sur le marché par le droit des pratiques anticoncurrentielles au Maroc et en Europe ne manque pas de prévisibilité et de cohérence. D'où l'importance d'une réflexion en profondeur et systématique sur la question des mécanismes pratique d'appréhension et de contrôle des comportements des agents économiques sur le marché par le droit des pratiques anticoncurrentielles, eu égard aux impasses issus des pratiques prohibées, ce en vue de stimuler l'efficience en terme d'assurance d'un traitement égalitaire d'accès de ces entités antagonistes au marché.

2. Problématique :

Il en est ainsi que la visée ultime de cette thèse est donc de porter réponse à l'intrigue caractéristique subséquente : comment le droit des pratiques anticoncurrentielles des deux ordres juridiques marocain et européen, devrait-il appréhender l'impérative du maintien de l'égalité entre entreprises au sein de l'arène concurrentielle ?

3. Contexte et méthodologie d'appréhension :

Dans le dessein de porter résolution à cette problématique, la méthodologie adoptée puise ses racines d'une double facette d'appréhension. Il s'agit en premier lieu d'une approche comparative du droit des pratiques anticoncurrentielles au Royaume du Maroc et en Europe, et d'une approche juridique du milieu concurrentiel, en second lieu. Aussi, conviendrait-il d'exposer successivement la teneur de ces deux approches. Mais avant

de dévoiler cette méthodologie, il s'avère capital de mettre la lumière, au préalable, sur le contexte dans lequel s'incorpore cette étude.

L'étude en cause s'inscrit dans une perspective de recherche visant au préalable d'apporter une conceptualisation des critères juridiques favorisant l'organisation des afflux concurrentiels au sein du marché par le droit des pratiques anticoncurrentielles des systèmes juridiques marocain et européen. En vue d'atteindre cette finalité, il est nécessaire de mettre en évidence une réflexion affichant un aspect totalisateur, permettant de la sorte de mieux appréhender *le grand droit de la concurrence*, de jauger et d'entrevoir sa mise en exergue, dans le dessein de garantir la sécurité juridique au sein du marché.

Une telle thèse a pour but d'apporter une contribution à la compréhension du droit de la concurrence des deux systèmes juridiques sous examen. Aussi, est-il que la présente étude constitue avant tout une quête tendant à assurer une prescience encore plus fouillée du droit des pratiques anticoncurrentielles en sa qualité d'arbitre, magnat défendeur, encadrant la sphère économique.

Méthodologiquement traitant, l'approche comparative fait le soubassement et au même titre la pierre angulaire du déploiement de cette thèse. D'autant, c'est cet aspect de rapprochement qui constitue, d'ailleurs, l'un de ses repères éminents voire traits d'originalité. Aussi, encore faudrait-il fixer l'objet et le but de la comparaison.

Le concept de la comparaison évoqué au standard de cette thèse, porte sur deux ordres juridiques qui se situent sur deux continents avec des esquisses de développement rarement similaires et des contextes différents.
Pourtant, en dépit de ces disparités de taille, les règles juridiques en matière de concurrence de ces deux ordres affichent des facteurs de similitude, qu'il serait

intéressant de mettre l'emphase sur, autant du point de vue de la théorie que de la pratique.

Cette similitude peut être assignable à l'épiphénomène de la mondialisation économique, matrice de la parturition d'une mondialisation du droit.

En opérant ce rapprochement dualiste, notre finalité en ce sens est d'essayer de synthétiser les règles régulatrices de l'arène concurrentielle, dont la mise en œuvre est plus efficiente et plus conforme au dessein de la garantie du libre jeu de la concurrence entre entreprises sur le marché.

D'ailleurs, nous avons sciemment résolu de confronter le droit marocain au droit européen des pratiques anticoncurrentielles, notamment les dispositions cadrant l'abus de position dominante et l'entente anticoncurrentielle, substance de la comparaison, dans la mesure où cette perspective est enjointe de par de multiples arguments.

D'abord, il n'existe pas des études comparatives entre le droit marocain et le droit européen de la concurrence. Il s'ensuit que pour l'unique raison tenant à l'originalité de cette étude, nous avons décidé d'opter pour l'inclusion d'une vision comparative des deux systèmes. Ensuite, les droits marocain et européen de la concurrence partagent assez de similitudes en ce qui est de l'impérative de l'assainissement de la sphère concurrentielle.

En effet, à y regarder de bon œil voire de plus près, le droit marocain a subi une influence d'ampleur du droit européen. L'instauration de la législation marocaine de la concurrence en vertu de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence[26], a été amorcée par une influence de son voisin du nord en ce qui concerne l'affirmation claire de l'objectif de l'éviction de toutes

[26] La loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n° 1-00- 225 du 2 rabii I 1421 correspondant au 5 juin 2000, abrogé par la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n° 1-14-116 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014), Bulletin Officiel n° 6280 du 10 chaoual 1435 (7 Août 2014).

les pratiques susceptibles de nuire au libre jeu de la concurrence entre entreprises et à la promotion de l'efficience économique soutenue par la Loi. En sus, la réforme apportée par la nouvelle loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc, a pareillement fait l'objet de l'influence de la législation européenne à travers notamment, les dispositions portant sur la prohibition de l'abus de position dominante et des ententes à caractère anticoncurrentiel, inspirées indubitablement, de près des articles 101 et 102 TFUE. Dès lors, au vu de l'importance du droit européen dans ce domaine et de son impact contingent sur le droit marocain, nous nous y référerons dans le cadre de cette thèse, pour autant on en faisant la substance principale de comparaison.

La méthodologie opinée au niveau de cette étude se calque d'autant à une approche juridique du milieu concurrentiel. Cette approche repose sur deux postulats, en premier lieu, on retrouve que l'approche juridique du marché affiche un certain égard à l'analyse économique des faits. En second lieu, cette approche s'insère dans l'affirmation de la prévalence du droit de la concurrence en tant que système juridique inextricablement affranchi.

La cooptation pour l'approche juridique des comportements des entreprises par rapport à l'exigence d'égalité sur le marché ne représente point une démarche formellement rigide ou carrément exégétique des règles du droit. Il s'agit, de fait, d'une approche flexible, ouverte et dynamique à l'image des faits économiques complexes qu'elle est astreinte de régir. Ainsi, l'approche juridique prônée dans le cadre de cette thèse cible principalement en ligne de mire la qualité d'éclaireur que revêt l'analyse économique dans la régulation de l'enceinte concurrentielle. Effectivement, la pratique voire la théorie des faits économiques, est loin de n'être qu'un instrument d'appréhension à la disposition du droit dans le domaine de la concurrence,

elle lui est consubstantielle. *Ipso facto*, La pratique du milieu se trouve au fondement du droit de la concurrence[27].

Il s'avère crucial de préciser que par l'analyse de la sphère économique, nous nous référons essentiellement à l'analyse économique d'ordre positif de la concurrence, cette analyse qui est à même de décrire les mécanismes de fonctionnement du milieu concurrentiel, sans avoir à poser de jugement de valeur. L'analyse positive de l'écosystème concurrentiel fait naturellement un dispositif d'ampleur à l'analyse du droit de la concurrence dans ses fonctions descriptive, rétrospective et prospective, sans en occulter sa fonction institutionnelle préétablie par l'ordre normatif de la concurrence. Dès lors, dans le cadre de cette étude, nous nous en attelons essentiellement au fonctionnement positif de marché tel que retracé essentiellement par les théories gouvernant la sphère transactionnelle.

Au cœur de cette perspective, l'approche juridique des corrélations concurrentielles au sein du marché s'appuie sur l'analyse économique dans un dessein démonstratif et critique des règles gouvernant la sphère économique. En effet, une appréhension juridique du phénomène concurrentiel dont la fiabilité est plausible, ne peut passer sous silence l'analyse du milieu, car pour parvenir à une approche juridique du marché, il est avant tout primordial de se saisir des séquelles de l'analyse d'ordre économique et ces dernières ne s'intéressent pas seulement à des comportements, mais aussi à la structure du marché.

Aussi, Le besoin s'est-il avéré très important d'une réflexion juridique intégrante, ou, à tout le moins, plus coordonnée, sur ce qu'est le marché concurrentiel[28].

---

[27] **L. VOGEL**, « Le juriste face à l'analyse économique », Revue de la Concurrence et de la Consommation, n°134, Juillet-Août 2003, pp.7-.8. p.8.

[28] **Y. CHAPUT**, *Clientèle et concurrence : approche juridique du marché,* Paris, Litec, 2000, p. 5.

Le droit des pratiques anticoncurrentielles régit des phénomènes de nature économique. C'est une discipline constituée d'une chaîne de liaisons entre science canonique et science de l'économie [29], à l'image du droit économique dont il forme l'une de ses composantes les plus particulières[30]. Ce trait de caractère du droit économique est une de ses spécificités. Le droit économique est un droit de l'organisation de l'économie que sa mise en œuvre découle de l'intervention de l'État ou de la cartellisation privée. Il tire sa source des faits complexes qualifiés d'économiques. Ainsi, il ne saurait ignorer la réalité de tels faits. En conséquence, il devient un droit tributaire d'une autre science, qu'est la science économique.

Certes, des principes ou des concepts juridiques pourraient s'imbiber de l'analyse économique qui servirait de candélabre illuminant au système juridique. Ce que l'analyse économique peut offrir, c'est un appui technique à l'examen des hypothèses. Mais, elle ne saurait se substituer purement et simplement au raisonnement juridique[31]. Subséquemment, il ne saurait y avoir substitution d'une régulation économique à une régulation juridique ou encore moins une relation ancillaire en faveur de l'économie[32]. L'approche juridique prônée dans le cadre de cette étude s'inscrit de la sorte dans une perspective de droit économique qui coalise autant la substance économique de l'analyse des faits et la normativité juridique de leur encadrement.

Il s'en suit que ladite approche juridique s'intervient résolument dans le cadre d'une logique de démonstration ou de l'affirmation de la suprématie des règles de la concurrence en tant que système juridique doté d'une dimension

---

[29] **A. JACQUEMIN & G-J. SCHRANS**, *Le droit économique,* Paris, PUF, p. 90.

[30] **G. FARJAT**, « la notion de droit économique », *in* Archives de Philosophie du Droit (APD), *Droit et économie*, t.37, Sirey, 1992, p.27-62.

[31] **G. FARJAT**, op.cit.

[32] **M-A. FRISON-ROCHE**, « Le modèle du marché », *in* Archives de philosophie du droit (APD), *Droit et Esthétique*, t. 40, Sirey, 1996, p.287-314.

normative inébranlable[33]. En tant que système ayant ses propres règles et ses propres institutions chargées de leur mise en œuvre. Le mécanisme de l'appréhension juridique de la thématique résume assez parfaitement les conceptions instrumentaliste et procédurale du droit par rapport au marché.

Aussi, en découle-t-il que les règles juridique en matière des corrélations entrepreneuriales, ne visent pas à se suppléer à l'ordre spontané issu des rapports de force du marché. Ces règles à caractère canonique, mais non drastique, visent au contraire à dynamiser les lois transactionnelles du marché, lesquelles ces règles ont pour but d'encadrer d'un point de vue processuel. De sus, relevant de la prérogative du maintien de l'ordre public au sein de l'écosphère concurrentiel, les règles en matière de concurrence ont une certaine force astreignante voire contraignante qui cible à stimuler l'efficience économique via la sauvegarde le bon fonctionnement du marché.

Subséquemment, le standard de l'approche juridique ainsi appréhendé, vise à corroborer le postulat principale prôné en vertu de cette étude, et qui s'énonce : qu'étant donné que la nature dynamique du phénomène économique et en référence à l'approche juridique, telle que saisie antérieurement, qui prend en ligne de mire aussi bien la vertu incontestée de l'analyse des faits économiques que la suprématie des règles de la concurrence en tant que système normatif d'ordre public, l'impérative de sauvegarde de l'égalité entre entreprises au sein du marché, doit être appréhendée dans toute sa réalité dynamique.

D'ailleurs, ce postulat de base engendre les concepts capitaux défendus aux termes de cette thèse. D'abord, l'appréhension de l'égalité entre entreprises au sein du marché commande un rapport synallagmatique voire

[33] **L. BOY**, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », Revue Internationale de Droit Économique, t.9, Édition De Boeck Supérieur, 2005, pp. 27-50.

dialogique indispensable entre les disciplines juridique et économique comme l'inspire l'approche juridique, sus évoquée. Ensuite, au niveau de ce rapport dialectique, uniquement *le grand droit de la concurrence* devrait fixer les standards permettant d'aboutir à un arbitrage fondé sur des critères juridiques stables. De fait, c'est l'étendue normative des règles du droit qui impose une telle injonction. Effectivement, le processus de mise en application de la norme au fait nécessite l'existence de principes et de standards stables tendant à guider les instances de la concurrence. Or, dans cette matière, les instances de la concurrence des systèmes sous examen ne sauraient se contenter de la nature relativement factuelle de l'analyse économique, ces instances devraient aller au-delà pour trouver une stabilité qui ne peut être fournie que par la dimension normative du droit de la concurrence. Aussi, l'approche juridique préconisée ici, exige-t-elle que cette appréhension repose sur le standard juridique.

Cela étant, le droit des pratiques anticoncurrentielles doit prendre en considération toute la réalité dynamique des comportements des entreprises sur le marché, avec la visée ultime que ceux-ci ne portent pas atteinte à la sécurité juridique des entreprises en concurrence. En vue d'aboutir sur une telle séquelle, le droit des pratiques anticoncurrentielles devra s'harmoniser au dynamisme du marché. Partant du seul postulat que les comportements des agents économiques ciblés au niveau de cette thèse, puisent leurs source dans les mécanismes du marché, s'y développent et peuvent alors ultimement porter atteinte à l'équilibre instauré par le principe du libre jeu de la concurrence, c'est cette réalité dynamique qui représente la logique de la démarche prônée.

4. Structure :

Autrement, en vue de mettre en exergue l'impérative du maintien de l'égalité entre entreprises au sein de l'arène concurrentielle, les enjeux sont d'envergure. Il s'agira pour le droit des pratiques anticoncurrentielles des deux ordres juridiques sous examen de considérer et refléter l'ampleur de l'atteinte portée à la concurrence, par l'entremise de deux mouvements fondamentaux, distincts, mais complémentaires à savoir : d'abord, la circonscription laquelle permet de localiser le milieu au sein duquel se déploie l'entreprise compromettante, ensuite l'appréhension de l'atteinte provoquant le cloisonnement du marché.

Par la circonscription, *le grand droit de la concurrence* délimitera le cadre matériel et spatial incubant la pratique portant atteinte à l'écosystème concurrentiel. Cette opération de délimitation passera fondamentalement par la définition du marché dit concerné ou pertinent. Un tel procédé ayant pour fin, au plan juridique, de tracer le périmètre de l'arène concurrentielle, à savoir l'enceinte dans laquelle les entreprises en rivalité subissent des pressions ultra concurrentielles. Cette délimitation se présente comme étant une étape importante dans l'appréciation de la pratique ayant pour effet ou objet de restreindre ou fausser le libre jeu de la concurrence, en ce qu'elle permet de localiser cette dernière et, en conséquence, de définir le cadre d'analyse y afférent **(Première Partie)**.

La pratique anticoncurrentielle est un phénomène dynamique, lorsqu'elle est mise en œuvre, elle produit des effets sur le marché concurrentiel. En conséquence, au-delà de la circonscription des conteurs du milieu l'embrassant, qui est certes une étape importante, mais insuffisante pour l'appréhender dans toute sa dynamique. Le droit arrive à la phase cruciale qui consiste à mesurer l'effet restrictif de la concurrence, en saisissant

sa manifestation. Il s'agit de la phase la plus délicate du fait essentiellement de la carence voire la quasi absence de standard juridique précis s'acquittant de cette œuvre, ce qui nécessité en corolaire, l'intervention d'une autre discipline issue de la réalité dynamique des comportements des entreprises sur le marché **(Deuxième Partie)**.

PREMIÈRE PARTIE- L'INFLUENCE DE LA RÉCEPTION DE LA DÉLIMITATION DU CONTEXTE CONCURRENTIELLE SUR LE RENFORCEMENT DE L'ÉGALITÉ ENTRE CONCURRENTS : LE RAPPORT DU MÉTHODIQUE CONCEPTUEL AU JURIDICO-NORMATIF :

Le droit de la concurrence exhorte instamment les entreprises, opérateurs du marché à modifier la perception égocentrique qu'elles ont de leur propre sécurité juridique[34], il ne s'agit plus pour elles de s'arc-bouter contre la préservation des droits acquis, mais plutôt d'avoir une part active dans l'investiture voire la soutenabilité de la sécurité juridique à l'intérieur de l'enceinte concurrentielle, nommément en optant pour une concurrence équitable garantissant l'objectif d'assurer la plus grande égalité d'accès au marché[35].

L'égalité de faire concurrence est appréciée à l'aune de la liberté de commerce entre opérateurs[36] voire sous l'angle de la garantie octroyée aux protagonistes concurrents, d'accéder, sans aucune restriction au marché[37]. Là-dessus, le droit de la concurrence complète celui des libertés de circulation[38].

En effet, la limitation de la liberté du commerce ou encore la violation du principe de la liberté de la concurrence constitue le fait générateur de l'atteinte à l'accès et à l'exercice de l'activité économique qualifiée d'acte

---

[34] **D. SPECTOR**, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », in *Rapp. CAE*, *Les politiques de la concurrence*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 271-285.

[35] **F. LE ROY**, « La concurrence, entre affrontement et connivence », *Revue française de gestion*, 1/2007, n° 158, p.149-152.

[36] **F. HAYEK**, *Droit, Législation et Liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, PUF, 2007.

[37] **H. DUMEZ & A. JEUNEMAITRE**, « Concurrence et coopération entre firmes : les séquences stratégiques multidimensionnelles comme programme de recherche», *Finance, Contrôle et Stratégie*, vol. 8, 2005, p.27-48.

[38] **J. STUYCK**, « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du marché commun», in *Mélanges en l'honneur de M. Waelbroeck*, pp. 1477-1498.

anticoncurrentiel ou restrictif au fonctionnement normal du régime de la concurrence[39], d'où un examen du marché semble requis afin d'appréhender la situation faisant entrave en termes d'accès au marché, lequel examen s'opère au travers de la consécration de la primauté du marché[40] et de son appréhension.

Certes, l'œuvre prétorien des ordres juridiques en cause met en évidence une analyse minutieuse d'un contexte présenté comme économique, de la circonscription du marché dit concerné ou pertinent, lequel est conçu comme étant un précepte drastique, dans la mesure où il permet de tracer l'enceinte concurrentielle et de la sorte, le cadre dans lequel s'exercent les activités de l'entreprise ou des entreprises concernées[41].

L'analyse du champ concurrentiel, érige ses fondements sur prisme de la réalité économique contemporaine qui sous-tend que « *la concurrence (...) n'existe qu'entre des compétiteurs (...) qui se partagent un même terrain. Ainsi, il n'est possible d'apprécier la concurrence et de mesurer ses variations qu'en regard d'une zone d'action bien définie* »[42], s'impose dès lors la nécessité de débuter par priser du champ des activités concurrentielles à savoir le marché concerné ou pertinent.

Par voie de conséquence, la délimitation du marché s'affiche comme étant une démarche inévitable dans le processus de l'instauration de la sécurité du commerce juridique au sein du marché et de son corolaire la préservation de l'équilibre entrepreneurial.

---

[39] **M. DRISSI ALAMI MACHICHI**, *Concurrence : Droits et obligations des entreprises au Maroc*, Édition : L'Économiste, Casablanca, 2004, p. 91.

[40] **L. LOUCHAHI,** *Droit de la concurrence et circuit de la distribution au Maroc*, Collection Manuels et Travaux Universitaires, Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – *REMALD* -, Rabat, N°43, 2003, p.-64-65.

[41] **S. LIARTE & L. CAILLUEL**, « Mais où s'affrontent les entreprises ? De l'étude de la concurrence aux lieux de cette concurrence », *E & H*, n°4/2008, n°53, pp. 7-11.

[42] **C. BOUCHARD**, *Droit et pratique de l'entreprise : fonds de l'entreprise, concurrence, distribution,* Yvon Biais, Cowansville, 2005, p. 161.

Ceci dit la mise en œuvre de la délimitation du marché concerné ou pertinent ne constitue pas une fin en soi, elle se présente plutôt en tant qu'un moyen efficace en vue d'appréhender le comportement des entreprises et de connaitre si celui-ci sera susceptible de porter atteinte au libre jeu de la concurrence.

D'ailleurs, l'idée étant que la définition du marché pertinent n'a de sens que lorsqu'elle vise à recadrer les agissements des entreprises sur le marché, c'est pourquoi, la délimitation du marché est considérée comme une première étape d'évaluation de la stabilité du marché.

En effet, cette phase essentielle fait partie intégrante du processus continu du maintien d'une concurrence effective. Au fait, comment pourrait-elle en être autrement, puisqu'il est accepté unanimement que c'est de l'issue de la délimitation du marché que dépend le sort du cas contentieux, c'est en effet, la raison pour laquelle le recours à la définition du marché concerné s'opère systématiquement en matière de la position de dominance, à quelques différences près lorsqu'il s'agit de l'entente.

Il s'ensuit donc que dans le sillage de l'appréhension de la circonscription du marché pertinent qui s'impose comme un impératif inhérent à la sauvegarde des intérêts des acteurs économiques, nous allons mettre l'accent sur les fondements juridico-économique de la notion de la délimitation du marché pertinent, du point de vue dualiste de l'approche juridico-normative, laquelle est corroborée par le recours aux procédés et aux outils d'analyse économiques nécessaires pour traiter de l'état du marché **(Chapitre -1-)**.

Et étant donné que la délimitation du marché concerné pose le cadre juridique du marché avec le recours utile et éclaireur à l'analyse économique, il s'avère alors d'une importance impérieuse d'envisager le statut juridique encadrant une telle opération, en se demandant s'il s'agit d'un substrat de droit

ou de fait. La réponse à une telle intrigue est de nature à déterminer la norme de contrôle dévolue au juge du droit face à l'appréciation des faits contestés, telle qu'elle a été établie par les autorités de la concurrence des systèmes juridiques sous examen **(Chapitre -2-)**.

CHAPITRE -1- LE DYNAMISME JURIDICO-ORGANISATIONNELLE À LA CONCEPTION ET LA MISE EN ŒUVRE D'UN MODÈLE RÉGULATEUR D'APPRÉHENSION DU MARCHÉ CONCERNÉ OU PERTINENT :

La définition du marché concerné ou pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet, d'une part, de mettre en évidence l'environnement concurrentiel au sein duquel se déploie l'activité de l'entreprise en tant que système ouvert en continuelle interaction avec les éléments extérieurs et d'autre part, d'apprécier le comportement de l'entreprise et d'appréhender les éventuelles incidences y afférent. La circonscription du marché tolère en corolaire de quantifier, tout au moins en partie, le dommage à l'économie conduisant à l'évaluation des sanctions des agissements présentant une certaine nocivité eu égard au libre jeu de la concurrence.

L'appréhension du marché pertinent s'affiche inévitablement comme étant une manœuvre assez ardue, ayant pour finalité de démarquer l'environnement au sein duquel s'épanouit un nombre certain d'entités entrepreneuriales, l'appréhension du marché pertinent est également un exercice syllogistique qui permet de jauger voire juger les contraintes concurrentielles qui pèsent sur le marché constituant une zone de prédilection autant pour les opérateurs concurrents que pour le consommateur, aussi bien en termes d'identification des protagonistes participant à la fixation du mécanisme de fonctionnement du marché que de l'évaluations des impacts de telles attitudes sur la sécurité du commerce juridique et *a fortiori* sur le maintien de l'ordre public économique.

Dans le même ordre d'idées, autant en droit marocain qu'en droit européen de la concurrence, la définition du marché n'a de sens que lorsqu'elle a pour but d'instaurer la sécurité du commerce juridique, notamment à travers

la prérogative de localiser et de neutraliser le dysfonctionnement affectant le marché, lequel dysfonctionnement dérive principalement d'une entente ou d'une position dominante. De par le fait, le cadrage juridique du comportement des acteurs du marché passe nécessairement par la définition du marché de référence.

Aussi, allons-nous aborder la définition du marché concerné comme facteur fondamentale à l'investiture de l'égalité de traitement entre en entreprises, car c'est cette délimitation du champ de forces concurrentielles qui est à même de mettre en relief le cadre juridique d'analyse et d'appréciation des agissements émanent des entités en causes **(Section -1-)**.

Une fois le cadre juridique de la définition du marché mis en place, il faut désormais envisager les mécanismes empiriques à déployer pour la délimitation du marché. La suite réservée à une quémande aussi délicate, repose sur le recours à des méthodes d'analyse réactif qui permettront de saisir le fond de la substance. Aussi, traiterons-nous dans les grandes lignes qui suivent de l'indispensable renvoi à l'analyse économique/économétrique qui permettra de mettre en évidence les procédés et des outils nécessaires pour appréhender les traits distinctifs du marché concerné **(Section -2-)**.

Section -1- Les enjeux concurrentiels du cadre juridico-normatif, un point d'ancrage du marché concerné ou pertinent :

Tenter de mettre en regard égalité et concurrence dans les systèmes juridiques marocain et européen, passe nécessairement par la définition du marché, un exercice qui a pour but ultime de tracer l'enceinte de l'arène concurrentielle par la localisation de la source de l'atteinte permet de mesurer les contraintes concurrentielles qui pèsent sur le marché qui constitue une zone de prédilection aussi bien des acteurs économiques que du consommateur.

Autant en termes d'identification des acteurs participant à la fixation du mécanisme de détermination des prix d'un produit que de l'évaluation des parts de marchés détenues par une entreprise ou un groupe d'entreprises, qui constitue en l'occurrence la matrice à la genèse des pratiques de nature à évincer la sécurité du commerce juridique en empêchant, restreignant ou de faussant le jeu de la concurrence sur un marché.

La délimitation du contour du marché n'est guère une manœuvre facile, la première difficulté à la consécration du marché pertinent concerne l'aspect *soft Law* de l'arsenal juridique régissant le droit de la concurrence.

À cet effet, nous constatons que la préservation de l'équilibre concurrentiel sur le marché par le biais des dispositions légales repose sur une législation caractérisée par sa généralité et un certain laconisme dans sa rédaction.

Ainsi, autant en droit marocain qu'en droit européen de la concurrence, aucun texte de valeur législative n'a prévu une quelconque définition du marché pertinent dans l'appréciation de la puissance de marché dérivant d'une entente entre entreprises ou d'une position dominante.

S'ajoute à cette insuffisance entachant les ordres législatifs sous examen, la déconsidération des modèles économiques proposés pour mesurer

et évaluer l'ampleur des pressions concurrentielles sur le marché, ressentie en vis-à-vis de l'exigence de définir le marché pertinent, laquelle déconsidération qui vient pour accentuer ce mutisme législatif quant à la définition du marché dit concerné ou pertinent **(§ -1-)**.

Principe phare de l'économie de marché, la délimitation du marché pertinent reste un chef-d'œuvre prétorien fondée sur une appréciation concrète des éléments factuels proéminents qui permettent d'appliquer convenablement la règle de droit.

Or, cette dimension normative a poussé le Conseil de la Concurrence marocain et le juge européen à considérer l'impératif d'établir l'existence de la source à partir de laquelle rejaillit toute puissance de marché ainsi que les formes d'atteinte prétendument susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché, lesquelles pouvant être générées par celle-ci. Cette attitude prétorienne inédite puise sa source de justification dans le droit, du fait de la nécessité de définir la zone d'action des entreprises **(§ -2-)**.

§-1- Une omerta accablante à supplanter quant au marché concerné ou pertinent :

La délimitation du marché pertinent demeure une invention prétorienne, elle en est ainsi parce que les législations sous examen ne font qu'évoquer la notion de marché sans prévoir de façon explicite le recours à la définition du marché en cause **(A)**. En outre, l'analyse économique ne sent pas le besoin de définir le marché pertinent pour appréhender et comprendre le phénomène concurrentiel, cette déconsidération des économistes en vis-à-vis de l'exigence de définir le marché concerné, puise sa source d'inspiration dans des arguties hétéroclites **(B)**. Effectivement, ces deux facteurs à risque sont à l'origine de l'omerta barrant le recours au marché pertinent en tant qu'index référentiel en

vue de caractériser les éventuelles restrictions au libre jeu de la concurrence.

A- Une insinuation et sous-entendue de la part des législations sur la concurrence :

Autant les textes législatifs marocain et européen de la concurrence ne se prévalent du concept marché pertinent en vue de caractériser les éventuelles restrictions à la concurrence, qu'en tant qu'index relégué au second plan.

Au standard du droit européen, les dispositions clefs incluses dans la législation sur les pratiques anticoncurrentielles, à savoir les articles 101 et 102 TFUE évoquent la notion de marché ou d'entrave au marché sans que leur énoncé ne laisse supposer, même pour le génie le plus lucide, l'exigence de circonscrire les contours du marché, tel que connu et mis en œuvre aujourd'hui par les autorités de concurrence.

Il en va de même en droit marocain, où en dépit du déploiement d'une pratique législative inédite, les articles 6 et 7 de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence ne font là encore qu'évoquer la notion de marché sans qu'ils ne consacrent de façon explicite le recours à la définition du marché concerné, en vue d'appréhender les pratiques qui peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché.

Cet état de chose est tout à fait compréhensible et commodément intelligible, les législations en matière de concurrence se doivent avant tout d'être souples et flexibles, en vue de s'adapter aux situations économiques complexes, mouvantes et changeantes qu'elles sont censées régir [43] .

[43] « *Tout le droit de la concurrence repose sur des analyses substantielles. Le législateur adopte une définition matérielle ou substantielle parce qu'il vise des faits nouveaux, des rapports sociaux nouveaux ayant une certaine ancienneté mais qu'il juge opportun de prendre en compte juridiquement. Ainsi utilise-t-il une formule assez vague qui vise des faits, des pratiques, des résultats sans se soucier des techniques juridiques utilisées* », **G. FARJAT**, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique», *RIDE,* 1986, pp. 23-25.

Conséquemment, les législations sur la concurrence ne sauraient prétendre dans leur énoncé à l'exhaustivité.

Effectivement, à l'instar d'autres ramification du droit, les législations sur la concurrence sont tenues à l'équilibre entre les impératifs antithétiques de généralité et de précision, ce afin de permettre aux instances de la concurrence d'avoir une marge d'appréciation certaine dans leur interprétation et leur application.

D'ailleurs, en droit européen les tribunaux ont reconnu l'importance d'avoir des législations générales et souples, en ce sens qu'elles sont plus aptes à atteindre les objectifs qui leur sont assignés.

En effet, à la lumière de deux arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme[44], le législateur moderne se voit obliger d'adopter des lois à caractère général parce qu'elles sont préférables de loin aux lois détaillées dans la protection des droits de la société et dans l'atteinte des objectifs et finalités de la loi.

C'est précisément, dans ce même ordre d'idées qu'il convient de reconnaître que malgré le fait que le vocable marché soit employé au niveau des deux législations marocaine et européenne de la concurrence, il demeure non définie, il ne s'agit pas d'un contumace de la part du législateur, mais au contraire, de la reconnaissance implicite du fait que cette expression est et a constamment été un concept élaboré par les autorités de la concurrence et des juridictions, éclairés par les principes du milieu économique, et maintenant guidé par l'expérience pratique de ceux qui connaissent bien le fonctionnement mercatique du marché.

Pourtant, si les deux législations ont débraillé volontairement le renvoi au concept du marché pertinent, pour des raisons de technique législative,

[44] CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, requête nº 6538/74, série A, n° 30.

il en est pas autrement de la science économique qui, bien que consciente de son existence, nie sa pertinence dans le cadre de la régulation des afflux du marché.

B- Une dynamique économique antagonique au référentiel marché concerné ou pertinent :

Plus généralement, la pratique du milieu économique a toujours eu le mérite d'être prise d'intérêt à la problématique de l'environnement concurrentiel de l'entreprise, et plus particulièrement avec l'émergence de l'économie industrielle ou plus encore l'économie de l'innovation, dont le traitement de l'incertitude du dégrée de rivalité sur le marché demeure par excellence un point de dominance central[45].

Néanmoins, en dépit de ce constat fulgurant, la plupart des économistes ne sentent pas le besoin de définir le marché concerné ou pertinent en vue d'appréhender et comprendre le phénomène concurrentiel.

En revanche, il est primordial de noter que si la plupart des économistes réfutent l'austérité de la délimitation du marché pertinent[46], il existe une faction certes rarissime, mais influente, d'économistes qui représentent un galon en faveur de la définition du marché pertinent[47].

Cette déconsidération des économistes en vis-à-vis de l'exigence de la définition du marché pertinent, puise sa source dans l'émergence de la théorie de la concurrence imparfaite ou monopolistique [48] , cette théorie monopolistique récuse le postulat de l'équilibre général fondé sur

---

[45] **J. HOUSSIAUX**, *Le pouvoir de monopole : essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain,* Sirey, Paris, 1958.

[46] **F- M. FISHER**, « Horizontal Mergers: Triage and Treatment », vol. 1, n°2, *Economic Perspectives*, 1987, pp. 23-40.

[47] **S. BISHOP& S. BAKER**, *The Role of Market Definition in Dominance and Monopoly Enquiries,* Office of Fair Trading Economic Discussion Paper 2, nov. 2001.

[48] **E- H. CHAMBERLIN**, *The Theory of Monopolistic Competition,* Cambridge, HUP, 6$^{t\ h}$ Edition, 1950.

une concurrence pure et parfaite tel que fondé et défendu par l'école classique de l'économie industrielle.

Effectivement, en intégrant l'indicateur de la différenciation des produits et celui des coûts de vente, cette théorie résurgente de la concurrence imparfaite a démontré que la plupart des entreprises disposent d'un pouvoir de monopole sur leurs produits tout en se livrant une concurrence.

Toutefois, bien qu'ayant illustré avec succès que la concurrence n'est pas l'opposé du monopole, en se basant sur la différenciation des produits, la théorie de la concurrence imparfaite dénie l'importance de la définition du marché pertinent du fait notamment de son caractère limité.

En vue d'appréhender le contexte qui a favorisé le rejet de la définition du marché pertinent par la théorie de la concurrence monopolistique, il faut remonter à théorie Marshallienne qui a été la première à préconiser un découpage de l'activité économique sous forme d'industrie afin de déterminer les prix d'équilibre[49].

En se fondant sur le principe de l'équilibre partiel, Marshall a défini le marché comme étant « *l'espace où les prix des produits tendent vers l'égalité, avec facilité et sur une courte période* »[50], le marché selon Marshall permet de « *procéder au regroupement de toutes les entreprises possédant un équipement technique, une expérience et des connaissances suffisamment identiques pour fabriquer des biens définis de façon très grossière* »[51].

Cette méthodologie statique de regroupement de l'activité économique a permis à Marshall de démontrer que le processus concurrentiel repose sur des prix à tendance équilibrée. Cette théorie de l'équilibre partiel,

---

[49] **M. GLAIS & P. LAURENT**, *Traité d'économie et de droit de la concurrence,* PUF, Paris, 1983, pp. 267-278.

[50] **A. MARSHALL**, *Principles of economics,* Mc Millan, London, 1920.

[51] **M. GLAIS & P. LAURENT**, précité, p. 268.

qui est fondée sur la concurrence pure et parfaite, allait être remise en cause de manière spectaculaire par les adeptes de la concurrence monopolistique.

Or, l'on sait en effet que la principale critique adressée à la théorie de la concurrence pure et parfaite est constituée par son caractère utopique, illusoire et déconnecté des réalités concrètes de la vie des affaires. D'où il s'en suit qu'à partir de cette donne, il n'est pas surprenant de voir le même argument à caractère utopique brandi à l'égard de la définition du marché dans les affaires de concurrence.

C'est ainsi que la théorie de la concurrence monopolistique, tend à rejeter le marché pertinent en récusant le concept d'industrie qui, à cette époque, était synonyme de marché[52]. Il en va de même pour la teneur du concept d'industrie qui s'avère être impropre à la réalité[53]. Cette attitude d'antipathie eu égard à la délimitation du marché pertinent, puise sa source d'inspiration dans des arguties hétéroclites.

D'ailleurs, l'analyse économique moderne a mis au point des techniques directes de mesure des fluctuations du marché, techniques qui sont susceptibles, pour le reste d'aider dans la phase de l'analyse du fait concurrentielle répréhensible, il en est ainsi du test monopoleur hypothétique [54] , qui permet de mesurer directement le degré de monopole d'une entreprise ou d'une branche économique ou de l'élasticité de la demande[55].

Mais sans détour, si l'économiste ne sent pas le besoin de délimiter le marché concerné ou pertinent, c'est fondamentalement parce qu'il a recours

---

[52] **E- H. CHAMBERLIN**, « Product Heterogeneity and Public Policy », *American Economy Review*, pp. 86-87.

[53] **J. ROBINSON**, *The Economics of Imperfect Competition*, Mc Millan, London, 1933, p. 17.

[54] **A- P. LERNER**, « The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power », *Review of Economic Studies*, vol. 1, n° 3, 1934, p. 157.

[55] **N. GIOCOLI**, « Who Invented the Lerner Index? Luigi Amoroso, the Dominant Firm Model, and the Measurement of Market Power », *Review of Industrial Organization*, 2012, p. 181–191.

à des méthodes de raisonnement atypiques, lui permettant de se soustraire de cette phase tellement primordiale en droit.

Ce raisonnement prévalant de chez les économistes a été qualifiée d'hypothético-déductive, dans la stricte mesure où les économistes se fondent sur l'hypothèse que l'on peut lorsque l'on examine la réalité tenir *l'homo oeconomicus* pour rationnel et ainsi tirer des déductions basées sur cette rationalité économique[56].

Deux exemples types très congruents sont fournies pour corroborer cette thèse correcte au point de vue économique, mais récusable au point de vue juridique.

Le premier exemple porte sur les ententes de fixation de prix et de répartition de la clientèle, dans lesquelles la méthode hypothético-déductive permet de conclure que les entreprises se livrant à de telles ententes partagent forcément le même marché pour des raisons spéculatives.

L'autre exemple se rapporte à la pratique du prix de prédation, aussi, l'analyse économique enseigne-t-elle que l'entreprise vers laquelle cette stratégie est dirigée, partage le même marché avec l'entreprise initiatrice, autrement celle-ci n'aurait pas intérêt à s'adonner à la même pratique[57].

Pourtant, comme il est constaté, l'œuvre prétorien des instances du droit de la concurrence fonde son raisonnement sur la réalité, les faits concrets et vérifiables. Subséquemment, elle ne peut compter sur une méthode hypothétique, du fait que le droit cherche avant tout la certitude et la sécurité du commerce juridique.

Ainsi, à l'aune de l'approche juridico-normative, la définition du marché pertinent en vue de garantir l'aplomb des fluctuations du milieu économique,

---

[56] **L. BIDAUD**, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* Litec, Paris, 2001, préface de **F. JENNY**, p. I.

[57] *Ibid,* p. II.

un exercice si alambiqué et difficile soit-il, s'avère indispensable dans les ordres juridiques sous examen.

§-2- L'interprétation du marché concerné ou pertinent à l'aune du paradigmatique juridique et de la dimension normative :

La circonscription du marché pertinent s'affiche comme étant une étape indispensable dans l'instauration de la paix au sein du marché.

La délimitation du marché pertinent est, en fait, exigée par la nature dynamique des afflux des opérateurs échangeant des biens et des services sur le marché, une substance qui requiert avant toute chose la localisation de la sphère d'action de ces protagonistes avant de pouvoir apprécier correctement la légitimité de leur comportement.

C'est indubitablement la raison pour laquelle, à l'instar de l'œuvre prétorien européen, le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc par le biais des avis, décisions et études sur impact afférent à la situation de la concurrence, a diligemment posé l'exigence d'une telle étape dans l'appréciation de la régularité des agissements des entreprises **(A)**,

Une telle exigence se trouve appuyer par le rôle de précurseur assuré par la circonscription du marché dans la perspective de la mise en exergue des dispositions légales **(B)**.

A- Vers une liturgie de sanctification commune du marché pertinent :

À travers l'œuvre prétorienne d'exégèse des textes, la jurisprudence européenne a consenti à la notion du marché pertinent une connotation juridique précise voire concrète[58].

Pour sa part le Conseil de la Concurrence marocain a fait preuve d'encore plus de souplesse eu égard à la reconnaissance de la valeur de l'introduction du marché pertinent comme un baromètre pour mesurer

[58] **L. BIDAUD**, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* Litec, Paris, 2001, p. 28.

la pression de l'atmosphère concurrentielle au sein du marché, ce qui est incroyablement indulgent de sa part, en opérant le cas échéant, un glissement remarquable de la notion économique de marché dans le champ juridique, nommément à travers les avis et décisions émis par lui en sa qualité d'autorité de la concurrence, dans le cadre de la mise en œuvre de sa mission de surveiller les marchés et réfléchir sur les meilleurs moyens pour les rendre concurrentiels[59], de même qu'à l'occasion de ces études de synthèse sur la concurrentiabilité de certains secteurs[60].

D'ailleurs, autant en droit marocain qu'en droit européen de la concurrence, la reconnaissance de la nécessité de canonisation de la notion du marché peut être conceptualisée chronologiquement en une triade d'escales consécutives.

Dans un premier temps, l'œuvre prétorienne s'est référée en filigrane voire de manière implicite à la nécessité légitime de recourir à la délimitation du marché, en préconisant la pleine consécration de la notion en indice d'appréciation des agissements des entreprises se livrant aux pratiques anticoncurrentielles **(1)**. Dans un second laps, l'éclosion de la notion du marché pertinent a été plus au moins instiguée par une remise en cause abrupte des données du marché concerné à la seule occurrence d'appréciation des éventuelles restrictions à la concurrence **(2)**. À la fin, sur le sentier longeant l'œuvre du prétoire, les autorités administratives et gouvernementales compétentes ont reconnu de manière explicite l'intérêt de l'intégration de la définition du marché pertinent dans le processus de discernement des enjeux de l'environnement concurrentiel, en l'incorporant dans leur démarche

[59] Cons. conc. ma., *Avis relatif à la libéralisation des prix des produits pharmaceutiques vétérinaires*, Rapp. ann. 2013, pp. 33-36.

[60] Cons. conc. ma., *Étude sur la concurrentiabilité du Secteur de la Communication Télévisuelle et Radiophonique*, Rapp. ann. 2013, pp. 151-161.

analytique, par le biais des textes réglementaires **(3)**.

1- Un repère connotatif modique au marché concerné ou pertinent :

L'étude de l'évolution de la teneur et de la structure interne de l'œuvre de la jurisprudence européenne, fait ressortir nettement que les premières affaires dans lesquelles la justice a fait référence dans ses grandes lignes au marché pertinent, concernent les litiges en matière d'entente.

Effectivement, lors du déploiement de la première série d'application de l'article 81 § 1 (actuel 101 §1 TFUE), l'on constate combien l'office du juge européen prend en considération l'intérêt que représente la mise en évidence du contexte économique et juridique dans lequel l'accord litigieux se répand et produit ses effets.

Force donc est de constater que l'article 81 § 1 a été forgé de telle façon que pour déceler si un accord se trouve sous l'emprise de son champ d'application, on est astreint de jauger à l'avance ses effets sur le marché. Autrement dit, pour savoir si l'accord est susceptible de porter atteinte de manière sensible à la concurrence, il faut que l'entreprise détienne une certaine position de prévalence sur marché, ce qui nécessité de faire le renvoi au marché en cause.

C'est ainsi que la CJCE a affirmé dans l'affaire *La Technique Minière* que le jeu de la concurrence dont il s'agit doit être entendu « *dans le cadre où il se produirait à défaut de l'accord litigieux. Pour apprécier si un contrat doit être considéré comme interdit, il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché de produits concernés, le caractère isolé de l'accord, ou au contraire la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants*

commerciaux sur les mêmes produits»[61].

Aussi, cette affirmation allait-elle faire jurisprudence notoire et serait ultérieurement réaffirmée de manière constante dans les affaires mettant en cause l'article 85 § 1, ainsi au niveau de l'affaire *Brasserie de Haecht*, il est affirmé que « *l'article 85 § 1 implique la nécessité d'observer (...) le contexte économique et juridique au sein duquel ces accords se situent et où il peuvent concourir avec d'autres (...) qu'il serait vain de viser un accord (...) en raison de leurs effets si ceux-ci devaient être séparés du marché où ils se manifestent et ne pouvaient être examinés que détachés du faisceau d'effets convergents ou non au milieu desquels ils se produisent. Pour apprécier si elle est frappée par l'article 85 § 1, une convention ne peut donc être isolée de ce contexte, c'est-à-dire des circonstances de fait ou de droit ayant pour conséquence qu'elle a pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence*»[62], de même au standard de l'affaire *Gnmdig- Consten*, il est mentionné que « *pour caractériser la situation contractuelle, il convient de placer le contrat dans le contexte économique et juridique au vu duquel les parties l'ont conclu* »[63].

Sous la même trajectoire et sans tarder d'avantage sur le récit de l'argumentaire tenant à la nécessité ou non de définir le marché en matière d'entente, il convient à ce stade de soulever certaines remarques sur les cas spécifiques, dans lesquels la référence au contexte économique et juridique de l'entente va de soi.

En réalité, ces cas d'espèce concernent essentiellement les accords mettant en œuvre un certain pouvoir de marché de la part soit des acteurs

[61] CJCE, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 30 juin 1966, aff. 56-65, Rec. 1966 00337.

[62] CJCE, *SA Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen*, 12 déc. 1967, aff. C23-67, Rec. 1967 00525.

[63] CJCE, *Établissements Consten SARL et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission*, 13 juill. 1966, aff. jtes. 56 et 58-64, Rec. 1966 00429.

en présence, soit de la position d'au moins d'une des parties à l'entente.

De fait, il ne faut pas perdre de vue que cette jurisprudence est née à l'occasion de l'appréciation de la compatibilité de certains types de contrats de bière avec l'article 81 §1 (actuel article 101 TFUE).

Or, l'on sait que dans ce type de contrat[64], le fournisseur est détenteur d'une certaine position de domination sur le marché qui lui permet de pouvoir porter atteinte au jeu de la concurrence notamment par la conclusion d'un nombre important de contrats de distribution similaires.

L'affaire *Délimitis*[65]forme une remarquable œuvre d'illustration, dans cet important arrêt, la CJCE pose le principe de la non-nocivité *per se* des accords de bière, qu'il faudra néanmoins, interpréter à la lumière du contexte dans lequel ils ont été pris et mis en œuvre, sur la base du cadre défini par la jurisprudence *Brasserie de Haetch*[66].

Allant plus loin encore de la ligne de pensée évoquée au titre de cette dernière affaire, la CJCE affirme de façons réitérées la nécessité de procéder à une analyse économique axée principalement sur le critère de l'accès au marché en cause, une analyse dans laquelle la définition du marché fait la pierre angulaire.

La CJCE résume ainsi en peu de mots sa pensée par rapport à l'effet cumulatif des contrats de bière sur l'accès au marché en cause, on énonçant que « *si l'examen de l'ensemble des contrats similaires conclu sur le marché de référence et des autres éléments du contexte économique et juridique du contrat en cause fait apparaître que les contrats n'ont pas pour effet cumulatif de fermer l'accès à ce marché pour de nouveaux concurrents*, subséquemment

[64] **T. LAMBERT**, « Le contrat de bière face au nouveau droit de la concurrence communautaire», *Revue de jurisprudence commerciale,* 2000, pp. 289-305.

[65] CJCE, *Javico International et Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP),* Conclusions de l'avocat général Tesauro présentées le 6 novembre 1997, aff. C-306/96, Rec. 1998 I-01983.

[66] CJCE, *SA Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen*, précité.

les contrats (...) ne sauraient porter atteinte au jeu de la concurrence au sens de l'article 85 § 1 »[67], par contre « *si cet examen révèle que le marché en cause est difficilement accessible, il convient d'apprécier dans quelle mesure les contrats conclus par la brasserie contribuent à l'effet cumulatif produit* »[68], en ce cas et dans ce cas l'analyse du marché s'avère être une condition *sine qua non*.

En droit marocain, les références à la notion de marché concerné ou pertinent ont d'abord eu lieu dans le cadre de l'application de l'ex-loi n° 06-99 relative à la liberté des prix et la concurrence. D'une part, de manière assez brève, en ce qui concerne les avis du Conseil de la Concurrence par rapport aux questions des monopolisations[69] et des concentrations[70]. D'autre part, de manière plus transposée, en ce qui concerne les études de synthèse afférentes à la concurrentiabilité de certains secteurs d'activités, dont le secteur de la téléphonie[71], le secteur bancaire[72], le secteur de la communication télévisuelle et radiophonique[73], ou bien encore le secteur de l'industrie pharmaceutique[74].

En effet, dans *l'étude concernant la concurrentiabilité du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique*, laquelle a été menée en interne par le Conseil de la Concurrence en vue d'évaluer l'état de la concurrence dans la communication télévisuelle et radiophonique au Maroc.

---

[67] *Ibid.*, pt. 23.

[68] *Ibid.*, pt. 24.

[69] Cons. conc. ma., *Avis relatif au projet d'acquisition par le Fonds Stratégique d'Investissement de 6% du capital de CMA-CGM par souscription d'obligations remboursables en actions*, Rapp. ann. 2013, pp. 41-44.

[70] Cons. conc. ma., *Avis relatif à l'acquisition par la Société China Merchants de 49% des actions et droits de vote de la société Terminal Link*, Rapp. ann. 2013, pp. 44-46

[71] Cons. conc. ma., *Étude sur la concurrentiabilité du Secteur de la Téléphonie mobile*, Rapp. ann. 2011, pp. 69-98.

[72] Cons. conc. ma., *Étude sur le secteur bancaire*, Rapp. ann. 2013, pp. 65-117.

[73] Cons. conc. ma., *Étude sur la concurrentiabilité du Secteur de la Communication Télévisuelle et Radiophonique*, Rapp. ann. 2013, précité.

[74] Cons. conc. ma., *Étude sur le secteur de l'industrie pharmaceutique,* Rapp. ann. 2011, pp. 100-134.

Cette étude ayant été réalisée dans visée de « *dresser un état des lieux de la concurrence dans ce secteur à l'échelon national après sa libéralisation en 2002*[75] *et permet ainsi au Conseil de la Concurrence d'alimenter sa base de donnée sur l'état de la concurrence dans l'ensemble des secteurs d'activité économiques du pays* »[76].

Au niveau de cette étude, il s'agissait de savoir sur la basse de l'application des règles de la concurrence, si l'accès au marché notamment celui de la télévision, rencontre des « *obstacles réels et potentiels qui n'incite pas à l'investissement et au développement de la concurrence de ce secteur, notamment via l'analyse du marché concurrentielle* »[77].

À cet égard le Conseil de la concurrence procédé à la délimitation du marché en cause en distinguant le marché des services du marché géographique.

D'abord pour ce qui est du marché des services « *le marché de référence est le marché des services de communication télévisuelle et radiophonique, destinés à livrer un contenu radiodiffusé au public en général. Il recouvre également les services associés de production et de diffusion qui consistent à fournir des contenus ou à exercer une responsabilité sur ces contenus. Ce marché est également un marché ouvert au marché de la publicité qui constitue la principale source de revenus, hors subventions publiques, pour les opérateurs. Cette dépendance rend ces deux marchés interconnectés»*[78].

Ensuite pour ce qui est du marché géographique il s'agissait *« concernant la dimension géographique, elle correspond en principe à la zone géographique*

[75] Décret-loi n° 2-02-663 du 10 septembre 2002 portant suppression du monopole de l'État en matière de radiodiffusion et de télévision.

[76] Cons. conc. ma., *Étude sur le secteur la concurrentiabilité du Secteur de la Communication Télévisuelle et Radiophoniqu*e, Rapp. ann. 2013, précité.

[77] *Ibid.*, p.161.

[78] *Ibid.*, p. 153.

de diffusion du service. Mais considérant les barrières linguistiques et culturelles, le marché à étudier est considéré de dimension nationale »[79].

En l'application de l'article 6 et 7 de l'ex-loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, le Conseil de la Concurrence a procédé à « *l'examen des conditions d'entrée et de sortie sur le marché est important dans la mesure où l'existence de barrières est susceptible de pérenniser une position de force sur le marché et donc de ralentir le mouvement vers une réelle libéralisation* »[80].

En vertu de cette étude du marché télévisuelle et radiophonique, le Conseil de la Concurrence a ainsi retenu divers obstacle de l'affranchissement du marché télévisuelle et radiophonique en formulant que *« les nouveaux entrants sur ce secteur se heurtent principalement à différents obstacles* »[81] , parmi lesquelles obstacles au libre jeu de la concurrence on peut citer d'après cette étude trois barrières.

D'abord, les barrières réglementaires ou administratives qui conditionnent l'accès des investisseurs au marché marocain par « *l'obtention d'une licence moyennant une redevance annuelle. En principe, le régime des licences est considéré comme un obstacle potentiel à la concurrence vu qu'il est généralement accompagné de facteurs contraignants qui peuvent rendre plus difficile ou plus chère l'offre de services pour les opérateurs (durée, transparence des procédures, redevances à payer…). De plus, les critères d'octroi des licences au Maroc intègrent en plus des facteurs d'ordre économique, des facteurs d'ordre social, culturel et d'intérêt général. En effet, la suspension d'octroi de licences de diffusion télévisuelle privée, pour toute raison, constitue une barrière d'accès au marché de la télévision. Par conséquent, le développement de la concurrence nécessite la limitation*

[79] *Ibid.*, p. 157.
[80] *Ibid.*
[81] *Ibid*.

de ces barrières et l'instauration de règles transparentes pour l'entrée sur le marché[82]».

Ensuite on retrouve des barrières d'accès aux infrastructures de transmission qui s'affichent à travers *« le monopole des infrastructures de transmission hertzienne par la SNRT, la met en position dominante et lui permet d'avoir un avantage concurrentiel dissuasif. Le fait qu'elle soit une société verticalement intégrée renforce cette position. Ce service est payant pour les diffuseurs (concurrents de la SNRT) mais gratuit pour les chaînes de la SNRT. Ce qui constitue des charges supplémentaires pour les concurrents de l'opérateur historique et peut verrouiller en aval le marché de la diffusion*»[83].

On retrouve également des barrières liées à l'accès aux ressources spectrales ou radiofréquence, en effet, la dimension de la concurrence « dépend *également de l'accès au spectre qui est une ressource rare et qui constitue une barrière à l'entrée. Toutefois, la limitation du spectre ne devrait plus constituer un obstacle à l'entrée vu que le passage du spectre analogique au spectre numérique qui s'avère six fois plus efficient, réduirait la rareté des ressources spectrales et permettrait à un plus grand nombre de chaînes d'être acheminées sur un plus petit nombre d'ondes. La transition vers la diffusion numérique a commencé au Maroc depuis 2007 et la couverture de l'ensemble du territoire est prévue pour 2015. Cette situation doit offrir plus d'opportunités à de nouveaux diffuseurs et faire évoluer les services existants*»[84] .

Ainsi, à travers cette étude l'on observe que le Conseil de la Concurrence a effectué une véritable démonstration d'étude approfondie de l'environnement concurrentiel des facteurs contingents du marché concerné, à travers l'appréciation des différents indices intervenant dans la délimitation du

[82] *Ibid.*, p. 158.
[83] *Ibid*.
[84] *Ibid*.

marché pertinent de la Communication télévisuelle et radiophonique.

Cette étude afférent au secteur de la télévisuelle et radiophonique, exigeant la référence au marché pertinent pour apprécier l'état de la concurrence dans la communication télévisuelle et radiophonique au Maroc, a d'ores et déjà été confirmée à plusieurs reprises par le Conseil de la Concurrence et consacrée formellement dans au niveau des avis émis par lui[85].

Effectivement, la même logique a été appliquée dans deux études réalisées par le Conseil de la Concurrence du Maroc, il s'agit de *l'étude relative aux aides d'État*[86] ainsi que *l'étude sur les professions réglementées*[87], à l'occasion desquelles le Conseil de la Concurrence a effectué une véritable démonstration empirique, dans la définition du marché pertinent.

Ainsi, pour dépeindre l'état de la concurrence sur un marché donné, il faut analyser le contexte économique dans lequel de déploie l'activité en cause.

À cet effet, pour définir le marché pertinent, il faut d'abord mesurer la position détenue des entreprises en cause, ensuite, analyser la structure concurrentielle du marché et enfin, effectuer la combinaison de ces deux éléments. Ce même raisonnement s'apparente à celui développé par le prétoire européen, en ce qui concerne l'appréciation de certaines ententes restrictives de concurrence depuis l'arrêt *La technique Minière*[88].

2- Une inclinaison vers la consolidation du marché concerné ou pertinent :

La vague de la consécration prétorienne de l'exigence de délimiter le marché a émergé en droit marocain de la concurrence à l'occasion des saisines reçues, en vue des instructions des demandes d'avis entamées par le Conseil de la Concurrence sur requêtes des parties aux cas litigieux, dans le cadre

---

[85] Cons. conc. ma, *Avis n°25/12 sur la concurrence des moyennes et grandes surfaces au commerce de proximité*, Dossier n°25/S/11, Session de juin 2012.

[86] Cons. conc. ma., *Étude sur les aides d'État*, Rapp. ann. 2013, pp. 117-137.

[87] Cons. conc. ma., *Étude sur les professions libérales*, Rapp. ann. 2013, pp. 139-151.

[88] CJCE, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.),* précité.

de la mise en exergue des disposition de l'ex- loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, conférant à ce titre à l'autorité marocaine de la concurrence la mission de contribuer à la régulation de la gouvernance économique au Maroc[89]. Cette même affirmation a eu lieu en droit européen de la concurrence à l'occasion des affaires ayant trait à l'article 86 du Traité CE (actuel article102 TFUE).

L'analyse des décisions du Conseil de la Concurrence marocain illustre une fois de plus à quel point les avis formulés par cette instance constitutionnelle ont joué un rôle déterminant dans la consécration de la notion de marché en droit positif marocain.

En effet, parmi les affaires pondant devant le Conseil de la concurrence du Maroc, dans lesquelles la nécessité de définir le marché a été affirmée, figure *l'affaire relative au transit portuaire des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca*[90], qui concerne là encore l'interprétation du controversé de la restriction portée au libre jeu de la concurrence.

En effet, le Conseil de la Concurrence du Royaume a été saisi le 23 novembre 2009, par l'Association des Fabricants d'Aliments Composés (AFAC) et le 05 janvier 2010 par la Fédération Nationale des Négociants en Céréales et Légumineuses (FNCL). Dans la limite des intérêts dont elles ont la charge, les deux organisations professionnelles ont sollicité l'avis du Conseil de la Concurrence au sujet de faits qui leur paraissent susceptibles de restreindre la concurrence sur le marché du transit des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca.

En l'espèce et d'après les actes de saisines, les parties saisissantes font

[89] Cons. conc. ma., *Introduction*, Rapp. ann. 2010, p. 10.

[90] Cons. conc. ma., *Décision n° 13/10 relative au transit portuaire des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca*, Rapp. ann. 2010, pp. 39-40.

grief à l'Agence Nationale des Ports (ANP)[91] d'avoir pris, au niveau du port de Casablanca, des décisions qui vont à l'encontre d'une concurrence saine.

De facto, les parties saisissantes estiment qu'en élevant les tarifs des services précités, l'ANP abuse de son pouvoir et que cette augmentation est contre le principe de la libéralisation portuaire et aura un impact direct à la hausse sur les prix de l'alimentation animale et même sur le prix du blé tendre.

Ce faisant, les parties saisissantes conçoivent qu'en interdisant le déchargement des céréales à quai, l'ANP oblige le transit de ces cargaisons par les installations spécialisées qui sont au nombre de deux au niveau du port de Casablanca. Elles signalent également que cette décision réduit le nombre de postes de travail de cinq[92] à deux postes[93], ce qui peut conduire à une congestion inhabituelle du port.

En effet, les parties saisissantes demandent au Conseil de la Concurrence de procéder à un arbitrage équitable afin de trancher le différend qui les oppose à l'ANP et sollicitent son soutien pour que cette dernière veille au maintien d'une concurrence saine et loyale entre tous les prestataires de services portuaires.

C'est dans cette affaire que le Conseil de la Concurrence alors dissident, a exposé clairement l'importance que revêt la définition du marché de référence en vue d'apprécier les arguments allégués par les parties demanderesses.

De prime abord, le Conseil de la Concurrence dans son exercice analytique des faits qui lui ont été soumis, s'est posé les bonnes questions avant d'y apporter les bonnes réponses, lesquelles méritent d'être reprises

[91] L'ANP est l'autorité portuaire chargée des prérogatives régaliennes de gestion et de régulation au sein de l'ensemble des ports nationaux à l'exception du port situé dans la zone spéciale de développement Tanger Méditerranée.

[92] Quatre postes à quai et un poste aux silos portuaires.

[93] Deux postes aux silos portuaires : l'un est ancien et public et l'autre est nouveau et privé.

in extenso.

En effet, cette analyse concurrentielle du marché de référence du transit des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca, a été fondée sur trois grands axes. Le premier a été consacré à l'analyse du marché et de son fonctionnement pré et post réforme portuaire. Le second a focalisé l'intention sur l'analyse et la qualification des faits invoqués et l'appréciation de leur soumission aux règles du droit de la concurrence, en vertu des dispositions de la loi n° 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Quant au troisième axe, il a mis la lumière sur l'applicabilité du droit de la concurrence à l'ANP en vertu de la loi n° 06-99 précitée, pour les activités d'exploitation portuaire, à la lumière de jurisprudence communautaire en la matière.

Ainsi, il ressort de l'étude du marché du transit des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca et compte tenu de la nature de l'affaire en question et de la demande de la saisissante ainsi que de l'analyse des faits et du fonctionnement du marché réalisée au regard du droit de la concurrence, que « *le Conseil de la Concurrence a décidé l'irrecevabilité des saisines en question pour incompétence en la matière* »[94] , vu que « *L'ANP exerce des prérogatives de puissance publique et de mission de service public et que ses activités relatives à la gestion du des règles et des conditions d'exploitation des installations portuaires spécifiques, ne sont pas considérées, dans le cadre de cette affaire, comme des activités à caractère économique, vu qu'elles se rattachent directement aux prérogatives de puissance publique dont elle est investie et ne relèvent pas du champ d'application de la loi n° 06-99 susmentionnée, conformément aux dispositions du troisième paragraphe de son article premier* »[95].

[94] Cons. conc. ma., *Décision n° 13/10 relative au transit portuaire des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca*, *op.cit*., p. 40.
[95] *Ibid.*

Ainsi, par cette affirmation claire, le Conseil de la Concurrence se réfère au marché pertinent comme cadre d'analyse du litige concurrentiel, en posant son caractère primordial sans omettre la qualification de la nature de l'affaire contentieuse eu égard à la règlementation en vigueur.

Ce même raisonnement, quant à la nécessité juridique de définir le marché a été aussi appliqué dans les affaires concernant *le marché des laboratoires de bâtiments et travaux publics*[96] et la demande d'avis formulée par *l'Association Marocaine de Plasturgie au sujet des mesures de sauvegarde déposées par la SNEP auprès du Ministère du Commerce Extérieur*[97].

Pour sa part, le droit européen marque plus ou moins l'aboutissement à emprunt du même cheminement. Effectivement, le juge européen a témoigné son intérêt pour la séquelle suivant laquelle en vue apprécier la position de l'entité entreprenante sur le marché, la définition du marché concerné demeure d'une importance vitale, vu que les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu de tels caractéristiques ces produits seraient aptes à satisfaire des besoins constants du consommateur et seraient ainsi peu interchangeables avec d'autres[98].

L'émergence du concept fondamental de la définition du marché pertinent, qui se décalque de manière éclipsée dans l'arrêt *Sirena* où la CJCE affirmait déjà que : « *le titulaire (…) ait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre*

---

[96] Cons. conc. ma., *Avis n°14/10 du 29 novembre 2010 sur le marché des laboratoires de bâtiments et travaux publics*, Rapp. ann. 2010, pp. 38-39.

[97] Cons. conc. ma., *Décision du Conseil de la Concurrence n°12/10 du 14 octobre 2010 portant sur la demande d'avis de l'Association Marocaine de Plasturgie sur les mesures de sauvegarde déposée par la SNEP auprès du Ministère du Commerce Extérieur* , Rapp. ann. 2010, pp. 138-139.

[98] CJCE, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 21 fév. 1973, aff. 6-72, Rec. 1973-00215.

en considération, compte tenu de l'existence éventuelle, et de la position de producteurs ou de distributeurs écoulant des marchandises similaires ou substituables »[99], le concept de marché en cause se voit adopter par la jurisprudence *Continental Can,* puis réaffirmé de manière constante notamment dans les affaires *UBC*[100]et *Hoffmann- La Roche* ou est clairement affirme que « *pour apprécier si Roche détient la position dominante alléguée, il y a lieu de délimiter les marchés en cause* »[101].

Ainsi donc c'est indubitablement l'application de l'article 86 CE (devenu 102 TFUE) qui a toléré le juge européen d'affirmer manifestement la nécessité de définir le marché.

Pareillement, l'interprétation de l'article 86 CE par la Commission et la CJCE, a permis d'appréhender très rapidement, en sus de simples situations de position dominante, les concentrations d'entreprise.

Dès lors, la Commission européenne avait annoncé dans son *Mémorandum* sur le problème de la concentration dans le marché commun[102], qu'elle appliquerait l'article 86 CE aux fusions d'entreprises susceptibles de porter atteinte à la concurrence[103]. D'ailleurs, c'est ce qu'elle fit pour la première fois dans l'affaire *Continental Can* avec l'approbation des autorités judiciaires.

Par ailleurs, le fait que le droit européen ait appréhendé assez rapidement le concept de marché pertinent, d'autant que l'interprétation de

---

[99] CJCE, *Sirena S.R.L. c. Eda S.R.L. et autres*, 18 fév. 1971, aff. 40-70, Rec. 1971-00069.

[100] CJCE, *United Brands Company et United Brands Continental BV c. Commission*, 14 fév. 1978, aff. 27-76, Rec. 1978-00207.

[101] CJCE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Rec. 1979-00461.

[102] COMMISSION CEE, *Le problème de la concentration dans le marché commun,* Série concurrence 3, Bruxelles, 1966.

[103] « *Les concentrations peuvent, dans certains cas, constituer une exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci et être ainsi interdites en vertu de l'article 86* », *Ibid*., COMMISSION CEE, p. 22, para. 4.

l'article 85 §1 (actuel article 101 §1 TFUE), avait déjà tolérée à la CJCE de tracer le chemin par le biais des théories du contexte économique et juridique de l'entente et de l'affectation sensible de la concurrence.

Une fois la nécessité de délimiter le marché est proclamée par les tribunaux européens, les autorités de contrôle vont en tirer les conséquences, en édictant des lignes directrices afin d'éclairer leurs politiques en la matière.

Au Maroc, les décisions du Conseil de la Concurrence cristallisant la convenance de recourir au marché de référence pour trancher les cas contentieux, ont belle et bien servies de catalyseur aux fins de la réforme et bonification de l'ex-loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence[104] ainsi que son décret d'application[105].

3- Une reconnaissance affranchie du marché concerné ou pertinent par les textes réglementaires :

Parce que la circonscription du marché constitue une étape fondamentalement essentielle, mais déjà assez ardue et un peu trop prévisible, la Commission européennes a voulu, dans une perspective de transparence et de sécurité juridique, manifester au grand jour en quoi consiste sa démarche. C'est pourquoi, elle a opté pour des textes souples[106] sous forme de lignes directrices, pour l'investiture des indexes de référence afférents au marché

[104] La loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le dahir n° 1-00- 225 du 2 rabii I 1421 correspondant au 5 juin 2000, abrogé par la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n° 1-14-116 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014), Bulletin Officiel n° 6280 du 10 chaoual 1435 (7 Août 2014).

[105] Décret n° 2-00-854 du 28 joumada II 1422, pris pour l'application de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, B.O du 4 octobre 2001, abrogé par le décret n° 2-14-652 du 8 safar 1436 (1er décembre 2014) pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, Bulletin Officiel n° 6314 du 11 safar 1436 (4 décembre 2014).

[106] *Les lignes directrices* lient en principe les autorités administratives de contrôle dont la Commission européenne. Cependant, même si les *lignes directrices* ne lient pas les Tribunaux, elles jouent néanmoins un rôle important dans l'interprétation des dispositions générales du droit de la concurrence. Ce sont de véritables *soft law*, d'où leur place non négligeable en droit de la concurrence, en tant que source du droit.

déjà dégagé par les tribunaux.

Ainsi, certains textes portant sur l'application de l'article 85 § 3 (actuel art. 101 §3 TFUE) à des catégories d'accords, ont été les premiers à faire référence au marché pertinent, mais de manière assez circonspecte.

Il s'agit le cas échéant, du Règlement 67/67du 22 mars 1967 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords d'exclusivité[107] et du Règlement 2779/72du 21 décembre 1972 relatif à l'application de l'article 85 §3 à des catégories d'accords de spécialisation[108]. Ces textes usent le marché pertinent de produit dans l'appréciation de ce type d'accord[109].

Ensuite, succédèrent les communications de la Commission, d'abord, la *Communication de minimis* portant sur les accords d'importance mineure non visés par l'article 85 §1 CE, dans sa première version de 1970, et remplacée par celle de 1986, laquelle donnait une première définition du marché pertinent en se référant à la notion de substituabilité, d'après cette communication, sont considérés comme substituables produits perçus « *comme similaires par l'utilisateur en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage* ».

C'est dans le même ordre d'idée, qu'à l'occasion de l'adoption d'une législation spécifique sur les concentrations en 1989[110], la Commission fournit des définitions nettes sur le marché pertinent dans le formulaire CO annexé

[107] Journal officiel des Communautés européennes, P 57, 25 mars 1967.

[108] Journal officiel des Communautés européennes, L 292, 29 déc. 1972.

[109] V. notamment art. 6 du *règlement 1967* qui faisait référence aux « *produits à considérer par l'utilisateur comme similaires en raison de leurs propriétés, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* », et l'article premier du *règlement 2779/72* caractérisait les « *produits identiques ou considérés comme similaires par l'utilisateur en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage*».

[110] CONSEIL CE, *Règlement 4064 portant sur le contrôle communautaire des opérations de concentration*, Journal officiel n° 257 du 21/09/1990, règlement abrogé et remplacé par le nouveau *Règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises,* Journal officiel n° 24 du 29/01/2004.

au *Règlement 3484/94*[111]. De sorte que le marché pertinent y est appréhendé comme une dimension complexe comprenant « *tous les produits et/ou les services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Un marché de produits en cause peut, dans certains cas, se composer d'un certain nombre de produits et/ou de services qui présentent des caractéristiques physiques ou techniques en grande partie identiques et sont interchangeables* », alors que le marché géographique « *comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* ».

D'ailleurs, l'on observe que la Commission européenne énonce pareillement au niveau du formulaire CO annexé au *Règlement 3484/94* que la définition du marché constitue une phase essentielle du processus de contrôle et ne peut ainsi être ignorée des parties, à qui elle donne d'ailleurs l'initiative de fixer en premier lieu les contours du marché.

Mais sans nul doute, c'est avec la *Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*[112] que

[111] COMMISSION CE, *Règlement 3384/94 relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises,* Journal officiel n°377 du 21décembre 1994; ce texte est abrogé et remplacé par le *Règlement 82/2004 de la Commission du 07 avril 2004 sur la mise en œuvre du règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises,* Journal officiel n° 133 du 30/04/2004.

[112] COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence,* Journal officiel n°372 du 03/12/1997, pp. 5-13.

la Commission fixe sa grille d'analyse en cette matière complexe[113].

Ce document insiste sur l'importance[114] de la définition du marché en cause, de même que sur son objet essentiel[115]. C'est donc dans un souci « *de transparence de sa politique et de son processus décisionnel* »[116] que la Commission a diffusé un tel outil.

C'est avec un souci identique que le Conseil du gouvernement marocain a adopté le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence[117]. Ce texte a pour finalité d'observer les dysfonctionnements qui entachent la concurrence sur le marché interne, en évaluer la puissance commerciale susceptible de limiter la concurrence.

C'est ainsi que décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 a tenu à clarifier sa démarche en ce qui concerne l'étape fondamentale et nécessaire au plan juridique dans l'appréciation de la puissance de marché. Voilà pourquoi, il a consacré sa partie annexe au concept de marché en cause, en tant que première étape de l'examen d'une fusion.

Le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 définit donc la notion de marché, de même que son approche, ainsi que l'objet qui est assigné à cet exercice. Sur ce dernier aspect, le décret prône dans sa partie annexe pour une définition globalisante en ses termes « *un marché pertinent,*

---

[113] « *La présente communication a pour objet d'expliquer la manière dont la Commission applique le concept de marché en cause, qu'il s'agisse du marché de produits ou du marché géographique, dans le cadre de son contrôle de l'application du droit communautaire de la concurrence*. », *Ibid.,* p. 1.

[114] « *La délimitation du marché en cause, tant au niveau des produits que dans sa dimension géographique, a souvent une influence déterminante sur l'appréciation d'une affaire de concurrence*.», *Ibid.,* p. 2.

[115] « *Son objet [la définition du marché en cause] principal est de cerner de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause.* », *Ibid.* p. 2.

[116] *Ibid.*

[117] Décret n° 2-14-652 du 8 safar 1436 (1er décembre 2014) pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, BO n° 6314 du 11 safar 1436 (4 décembre 2014).

défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte»[118].

Cette définition du marché pertinent a pour objectif de définir le marché sur lequel un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence seraient possibles. En ce sens, il est recherché dans quelle mesure la concurrence provenant des autres sources d'approvisionnement empêche ou est susceptible d'empêcher l'entreprise ou les entreprises concernées d'exercer une puissance commerciale, aussi le présent décret impose la mise en œuvre d' « *(…) une définition de chaque marché concerné ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée et, pour chaque marché concerné* »[119].

Le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc, constitue le premier texte d'envergure où est systématisée une approche pragmatique en ce qui concerne la définition du marché pertinent, en distinguant les aspects pratique du marché concerné à savoir l'aspect matériel et l'aspect territorial.

L'aspect territorial qui se réfère au marché des produits « *un marché pertinent de produits comprend tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. (…)*»[120].

Et l'aspect territorial s'attelant au marché géographique, « *un marché pertinent géographique est un territoire sur lequel sont offerts et demandés des biens et des services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment*

[118] Décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, *Annexe sur le dossier de notification d'une opération de concentration, pt. 3 Marchés concernés*, p. 15.
[119] *Ibid.*
[120] *Ibid.*

homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, parce qu'en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »[121].

Somme toute, la notion de marché pertinent a connu une certaine maturation, une certaine gravidité avant d'être intégrée dans le corpus juridique. D'abord, quasiment absente dans les textes législatifs, ensuite, elle a été affirmée au niveau de l'œuvre prétorien dans le cadre de l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles, pour être enfin pleinement consacrée juridiquement.

Ce cheminement lent et long de la notion de marché pertinent démontre pourquoi aujourd'hui elle est intimement liée à l'identification du marché concurrentiel. Par conséquent, la pratique prétorienne en rendant la définition du marché pertinent nécessaire au plan du traitement juridique des cas contentieux, lui a assigné un objet précis, lequel est de servir de cadre d'analyse juridique dans la préservation de l'ordre public économique.

B- Vers la conciliation des conceptions juridiques épistémiques et finalistiques du marché concernée ou pertinent :

La circonscription du marché pertinent repose sur une logique juridique de mise en œuvre des dispositions du droit de la concurrence recadrant les agissements des acteurs en compétition au sein de l'arène concurrentielle, nommément lorsque ces supposés comportements sont estimer avoir pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Une pareille logique se puise ses fondements sur la dimension normative et régulatrice du droit de la concurrence.

[121] *Ibid.*

Or, l'analyse au prisme de l'argumentation à laquelle se livrent les instances de régulation de la concurrence des systèmes juridiques sous examen ne les autorisent qu'à retenir les faits congruents, s'affichant à travers les éléments factuels proéminents qui vont leur permettre de pouvoir appliquer convenablement la règle de droit.

C'est dans ce contexte émergent qu'il faut comprendre l'injonctive à la lumière de laquelle la définition du marché pertinent est indispensable pour garantir la sécurité du commerce juridique au sein du marché, par l'affranchissement de la première condition de la lutte contre les pratiques lesquelles ayant pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

La définition du marché n'a d'autre but que de permettre de tracer le cadre d'application des règles de la concurrence, tel cadre qu'autant le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc et le juge européen sont astreint d'empreindre et à défaut de quoi, ils ne sauront appliquer la règle de droit. Ce raisonnement syllogistique lequel est une propriété inhérente à la science juridique, transcende les frontières géographiques, faisant que les droits marocain et européen n'y font guère exception.

Le cadrage juridique de l'environnement concurrentiel est fait en référence à deux éléments essentiels qui lui confèrent une dimension normative certaine par rapport à sa fonction et par rapport à son contexte.

Conséquemment, la circonscription du marché servira principalement à détecter la présence des pratiques répréhensibles, à travers la dynamisation de la corrélation marché concerné ou -comportement des concurrents **(1)**. Cette démarche d'évaluation sera différente selon la nature et l'origine de la pratique portant atteinte au libre jeu de la concurrence, laquelle pratique peut prendre la forme soit d'une entente soit d'un abus de position dominante,

d'où la nécessité d'empreindre la logique corrélative marché concerné ou pertinent-effet restrictif **(2)**.

1- Le recours à la corrélation *« marché concerné ou pertinent-comportement des concurrents »*

La corrélation connexe entre la nécessité de définir le marché pertinent et l'appréhension du comportement de l'entreprise sur le marché revêt *in factum* une signification toute particulière, qu'il faudrait au prime abord éclaircir la teneur **(a)** avant d'envisager sa portée pratique **(b)**.

a- L'acception de la corrélation*« marché concerné ou pertinent-comportement des concurrents »* :

L'approche globale du périmètre du marché à l'intérieur duquel la concurrence s'exerce entre les entreprises, ne peut servir de cadre à l'instauration de la sécurité du commerce juridique, que si cette approche a pour fin l'examen du comportement des acteurs économiques au sein de l'enceinte concurrentielle, autrement dit, la définition du marché pertinent doit être orientée vers la démarcation de la nature même de l'environnement concurrentiel gouvernant le marché.

La définition du marché n'est pas une fin en soi, mais plutôt une partie intégrante du cadre l'analyse du conteur de la sphère économique.

Ayant pour but d'identifier l'ensemble des sources d'approvisionnement exerçant une contrainte concurrentielle suffisamment importante sur le marché en cause, la définition du marché est indispensable sur le plan juridique, vu qu'elle permet de déceler les caractéristiques d'un marché et de vérifier en l'occurrence, l'existence réelle ou potentielle d'éventuelle restriction de la concurrence.

D'ailleurs, étant donné que la position de l'entreprise sur le marché peut désigner sa capacité ou son aptitude de porter atteinte à la concurrence,

nommément, par l'adoption de la stratégie d'augmenter profitablement les prix pendant une certaine période au détriment ultime du marché en général et du consommateur en particulier. La définition du marché va essentiellement viser à vérifier la présence ou non d'un tel comportement, dans la mesure où seul ce genre de comportement est visé par les dispositions luttant contre les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, le défaut de cet agissement récriminé rend surannée toute intervention des instances de concurrence.

Or, il est important d'affirmer clairement que la corrélation interagissant entre la nécessité de définir le marché et l'appréhension du comportement de l'entreprise sur le marché s'applique sans exception tout autant à l'entente qu'à l'abus de position dominante.

De par ailleurs, la mise en œuvre de la corrélation entre la définition du marché et la recherche de la présence d'une éventuelle pratique anticoncurrentielle sur le marché trouve sa source dans les textes et dans la pratique des instances de la concurrence. À ce propos, il est important de souligner que l'affirmation de cette corrélation par les deux systèmes juridiques en examen demeure constante à l'heure actuelle.

En droit européen, bien avant que la *Communication de la Commission de 1997 sur la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence,* ne pose le précepte de la corrélation qui existe entre la définition du marché pertinent et l'existence éventuelle des pratiques anticoncurrentielles, la CJCE l'avait consacré.

En effet, la CJCE a pour la première fois posé de manière formelle cette corrélation à l'occasion de l'affaire *Michelin*, en réaffirmant la nécessité de la définition du marché pertinent, en observant que la détermination du marché en cause doit servir à titre principale à « *évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective*

et de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs »[122].

Ainsi, il y a lieu de souligner que cette corrélation entre le marché et le comportement des agents économiques sur le marché a été adoptée systématiquement la Commission européenne [123] , et a été rappelée et consolidée par les récentes décisions de la jurisprudence européenne[124].

Quant à elle, la *Communication de la Commission de 1997 sur la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence* a confirmé l'existence de cette corrélation en prévoyant que « *la définition du marché pertinent permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Elle permet d'établir le cadre dans lequel la Commission applique la politique de la concurrence. Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause* »[125].

En évoquant que la démarcation du marché a pour finalité principale d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les concurrents, la Commission européenne pose clairement que la définition du marché n'a d'autre fin que d'appréhender les pressions concurrentielles qui pèsent sur l'entreprise en cause. Cette pression dépend fermement de la position de l'entreprise sur le marché. Si cette position est forte, l'entreprise pourra s'affranchir de ses pressions. Le cas contraire, implique que la concurrence ne devrait pas être faussée.

---

[122] CJCE, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, 9 nov. 1983, aff. 322-81, Rec. 1983-03461, pt. 37.

[123] CJCE, *Tetra Pak International SA c. Commission*, 14 nov. 1996, aff. C333/94P, Rec. 1996 I-05951, pt. 13; TPICE, *Kish Glass & Co. Ltd c. Commission*, 30 mars 2000, aff. T-65/96, Rec. 2000 II-01885, pt. 62.

[124] TPICE, *Airtours plc c. Commission*, 28 juin 2004, aff. T-342/99 DEP, Rec. 2004 II-01785; TPICE, *Schneider Electric SA c. Commission*, 31 janv. 2006, aff. T-310/01. Rec. 2006 II-00111.

[125] COMMISSION CE, *Définition du marché pertinent du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence*, JO C 372 du 03 décembre 1997, pt. 2.

D'ailleurs, cette thèse est consacrée en droit marocain de la concurrence en vertu de l'article 9 de la loi n° 104-12 qui prévoyant que « *Ne sont (…) pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7 (…) les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence, en particulier les accords entre petites ou moyennes entreprises* ».

A l'instar ce qui est exposé ci-dessus à propos du déploiement du droit européen de la concurrence et sans préjudice aux exclusions propres à chacun des régimes juridiques, la même situation prévaut en droit marocain eu égard à l'affirmation de la corrélation coexistent entre la nécessité de définir le marché et l'appréhension du comportement de l'entreprise sur le marché, aussi bien en vis-à-vis de ses concurrents que du consommateur finale, à la seule différence près qu'il y a beaucoup plus de nitescence en droit marocain qu'en droit européen.

En effet, le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence ainsi que les décisions et avis émanant du Conseil de la Concurrence reconnaissent clairement l'existence de cette corrélation.

C'est ainsi que le décret n° 2-14-652 prévoit notamment que l'objectif général de la définition du marché lors de l'analyse de l'activité des entreprises ou groupes concernés des entreprises sur le marché est d'identifier si « *ces pratiques affectent un marché (…)* »[126].

Pareillement, au-delà de l'exposé du récit afférent à de l'hégémonie de l'intérêt que revêt la définition du marché en cause, le décret sus- référencié consacre *in extenso* une définition précise au marché affecté, en énonçant ainsi « *un marché concerné est considéré comme affecté : si deux ou plusieurs entreprises ou groupes visé aux points 2 du présent formulaire exercent*

[126] Art. 9 du décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence.

des activités sur ce marché et que leurs parts cumulées atteignent 25% ou plus. Ou si une entreprise au moins visée au point 2 exerce des activités sur ce marché et qu'une autre de ces entreprises ou groupe exerce des activités sur un marché situé en amont ou en aval ou connexe qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble des entreprises ou groupes visés au point 2 atteignent 25% ou plus. Un marché peut également être affecté du fait de la disparition d'un concurrent potentiel due à l'opération »[127].

Sous toutes réserves au précepte érigé en vertu du texte réglementaire sus-évoqué, le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc met, de sa part, cette corrélation dualiste en exergue avec un dynamisme à son apothéose, en la réaffirmant de manière constante, à l'instar de la *décision n°12/10 du 14 octobre 2010* portant sur *la demande d'avis de l'Association Marocaine de Plasturgie au sujet des mesures de sauvegarde déposées par la SNEP auprès du Ministère du Commerce Extérieur*[128].

D'après la décision n° 12/10 du 14 octobre 2010 quant au dossier relatif à la plasturgie soumis au Conseil par l'Association Marocaine de la Plasturgie (AMP) au sujet des mesures prises par la Société Nationale d'Électrodialyse et de Pétrochimie (SNEP), *« le rapport du Conseil s'est attelé à l'étude des données générales de la demande d'avis, la présentation des différentes positions des parties concernées, le cadre juridique des mesures de sauvegarde et l'analyse du marché du PVC. Les principales conclusions ont insisté sur la nécessité de protéger la production nationale, d'évaluer le lien des mesures de sauvegarde*

[127] Décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, *Annexe sur le dossier de notification d'une opération de concentration, pt. 4. Marchés affecté*, p. 16.

[128] Cons. Conc. ma., *Décision n° 12/10 du 14 octobre 2010 portant sur la demande d'avis de l'Association Marocaine de Plasturgie au sujet des mesures de sauvegarde déposées par la SNEP auprès du Ministère du Commerce Extérieur*, Rapp. ann. 2010, pp. 38-39.

avec la notion d'intérêt général »[129].

Ainsi, voit-on qu'en droit marocain, la définition du marché est tournée vers l'objectif ultime de la recherche du lien entre le marché affecté et les agissements de l'agent économique concerné en vue de la mise en application des mesures de sauvegarde de la sécurité du commerce juridique.

b- La portée pratique de la corrélation*« marché concerné ou pertinent-comportement des concurrents »* :

Le fait que la définition du marché pertinent doit agir particulièrement dans le sens de l'identification de la source d'éventuelle contrainte susceptible de peser sur le marché, permet de mieux asseoir la nécessité de cette phase.

En effet, la sanction de la restriction à la concurrence n'a de sens que si celle-ci provient d'une entreprise détenant un certain poids sur le marché, à défaut d'une telle dominance, la restriction n'est pas considérée comme sensible. La théorie des restrictions sensibles est ainsi basée sur la position corroborée de l'entreprise ou d'un groupe d'entreprises en vis-à-vis des concurrents sur le marché.

Autant en droit marocain qu'en droit européen de la concurrence, cette théorie des restrictions sensibles est acceptée et appliquée, l'évaluation de l'environnement concurrentiel au sein duquel évolue l'entreprise est donc devenue une condition *sine qua non* à la dynamisation de la législation sur la concurrence.

Au finale, ce fondement de corrélation entre la définition du marché pertinent et le comportement adopté par l'entreprise sur le marché en cause, aura le mérite de démontrer que la définition du marché concerné constitue une phase essentielle pour une application efficace des règles de droit en matière de la concurrence.

[129] Cons. Conc. ma., *chapitre 1. Activité générales du Conseil*, Rapp. ann. 2010, p. 22.

La définition du marché pertinent n'ayant d'autre but que de détecter et de recadrer les agissements de l'entreprise sur le marché, l'occulter serait de l'ordre de l'arbitraire dans un environnement économique aussi encombrant à la mise en œuvre du droit de la concurrence.

D'ailleurs, c'est pourquoi l'approche juridique tient à affirmer le caractère *in concreto* de la définition du marché en tenant compte des différentes catégories juridiques à l'origine desquelles se pose le problème d'entrave au libre jeu de la concurrence, qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante.

2- La corrélation *« marché concerné ou pertinent- effet restrictif à la concurrence »*

Le marché pertinent est un concept jugé assez fluctuant, dans la mesure où le cadre conceptuel d'analyse qu'on lui assigne, tient fondamentalement compte de la nature du problème induit par la concurrence, de son contexte et de son objet particulier.

À vrai dire, la définition du marché pertinent se fait, le échéant, en considération de l'origine de l'atteinte portée à la concurrence, autrement dit, même si l'objet essentiel de la définition du marché est de circonscrire les conteurs de l'environnement concurrentiel, quel que soit le problème de concurrence en cause, il est nécessaire d'ajouter que cette définition n'est pas opérée de manière identique en cas d'entente ou d'abus de position dominante.

En effet, la délimitation du marché doit être effectuée de façon casuistique, en prenant en considération la nature, le contexte ainsi que l'objet des litiges selon leur catégorie juridique. Ainsi, il s'avère que la définition du marché n'a pas la même portée en présence d'une entente ou d'un abus de position dominante.

De ce fait, c'est en considérant ce caractère que deux distinctions doivent être faites par rapport à l'approche du marché concerné, d'une part, la définition du marché en cause à l'aune de la variable facteur temps **(a.)**, et d'autre part, la définition du marché au vu de la logique de la finalité intrinsèque **(b).**

a- Le marché concerné ou pertinent à l'aune du « *facteur temps* » :

La première distinction est liée au « *facteur temps* », et tient compte de la perspective du moment dans lequel la définition du marché doit être menée.

Ainsi, il est établi que la définition du marché pertinent en matière d'entente et d'abus de position dominante se fait sur une base rétrospective. En effet, dans le cas d'entente et d'abus de position dominante, le futur important peu[130], l'analyse du marché se concentre principalement sur le moment passé et présent.

Cette perspective fondée le « *facteur temps* » dans les cas d'entente et d'abus de position dominante trouve sa source dans la nature même du problème et du contexte des litiges mettant en cause ses catégories juridiques, d'ailleurs l'on essaie d'entrevoir si cette situation existe déjà.

La Communication de la Commission sur la *définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence* constitue une très bonne illustration de la prise en compte du cadre temporel : « *(…) l'horizon temporel différent envisagé dans chacun des cas peut déboucher sur la définition de marchés géographiques différents pour les mêmes produits, selon que la Commission examine un changement structurel de l'offre ou les problèmes soulevés par un comportement passé* »[131].

---

[130] **J- L. LESQUINS**, « Innovation et délimitation des marchés pertinents », *Revue d'économie industrielle,* 1994, pp. 7-15.

[131] COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence*, précité, pt. 12.

Aussi, les autorités de la concurrence en particulier ont l'obligation d'être dans « *le temps* » de l'entreprise pour gagner en légitimité, en crédibilité et en pouvoirs[132].

b- Le marché concerné ou pertinent au vu de la logique de « *la finalité intrinsèque* » :

Il s'agit, effectivement, d'un raisonnement critique lequel s'érigeant sur un fondement d'ordre de « *la finalité extrinsèque* » de la substance à examiner, cette approche casuistique repose sur le rôle pas du tout semblable, lequel est joué par la définition du marché en cause à l'occasion de la mise en œuvre des dispositions relatives à l'entente d'une part, et à l'abus de position dominante, d'autre part.

En effet, en dépit du fait que ces deux catégories juridiques ont en point d'intersection de porter atteinte au libre jeu de la concurrence, il n'en demeure pas moins de considérer l'interprétation particulière fournie par la définition du marché en ce qui a trait à la nature contextuelle dissemblable des deux pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi, dans le cas de l'abus de position dominante, il est admis que la définition du marché concerné s'insère dans le contexte de la démonstration de la dominance. Aussi, faudrait-il avant toute chose définir le marché sur lequel l'entreprise est supposée jouir d'une position de dominance avant de pouvoir constater l'abus de dominance en lui-même.

Dans la même ligné de pensée, le TPICE a rappelé cette assise dans l'affaire *Volkswagen*[133] en énonçant que « *dans le cadre de l'application de l'article 86 du traité (devenu article 102 TFUE), la définition adéquate du marché est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur*

[132] Cons. Conc. ma., *Chapitre III. Synthèse des travaux des deuxièmes Assises de la Concurrence de Fès*, Rapp. ann. 2010, p. 69.

[133] CJCE, *Volkswagen AG c. Commission*, 6 juill. 2000, aff. T-62/98, Rec. 2000 II-02707.

un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que celui-ci ait été préalablement délimité»[134].

Il en est de même en droit marocain ou nous constatons que le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence prévoit que la définition du marché par les parties concernée s'avère être obligatoire , notamment pour justifier que l'entreprise en cause n'est pas en position de dominance et échapper en l'occurrence, de l'emprise de l'article 7 de la loi n° 104-12, telle que stipulé par l'article 6 du décret sus-évoqué, suivant lequel « *Les catégories d'accords et les accords visés au 2 ème alinéa de l'article 9 de la loi n° 104-12 peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions prévues au paragraphe 2 du 1'alinéa dudit article 9 par arrêté du chef du gouvernement ou l'autorité gouvernementale déléguée par lui à cet effet, après avis conforme du Conseil de la Concurrence. Les accords présentés à l'administration, en application du 2ème alinéa de l'article 9 précité, sont accompagnés des informations suivantes : (…) la délimitation du marché concerné (…)* ».

En matière d'entente, la délimitation du marché a pour rôle principal de déterminer la question essentielle de savoir si l'entente est susceptible de produire un effet sensible sur la concurrence. Le droit marocain et le droit européen de la concurrence admettent ce principe essentiel.

En droit européen, toujours dans l'affaire *Volkswagen*, le TPICE définit clairement ce rôle joué par la délimitation du marché pertinent en cas d'entente: « *dans le cadre de l'application de l'article 85 du traité (devenu article 101 TFUE), c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association*

[134] *Ibid*..

d'entreprises ou la pratique concertée en litige est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a (...) pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut, le cas échéant, définir le marché en cause »[135].

Ainsi, en est du droit marocain, où est donné le même contenu au rôle joué par la définition du marché dans le cadre de la détermination du caractère sensible de l'effet des pratiques susvisées sur la concurrence.

Conséquemment, dans l'hypothèse du droit marocain , pour déterminer si l'entente ne constitue pas une restriction sensible à la concurrence, et afin de bénéficier des exemptions catégorielles prévues en vertu de l'article 9 de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence et le cas échéant ne pas être soumises aux dispositions de l'article 7, le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 impose aux entités concernés à titre liminaire de procéder à « *la délimitation du marché concerné*»[136].

Une telle dissimilitude des rôles assumés par la définition du marché en cas d'entente ou d'abus de position dominante pris au cas par cas est capital, car celle-ci garanti en sorte de comprendre et de régler la question ronchonneuse de la nécessité ou non de définir le marché notamment en cas d'entente [137], et aussi étant donné qu'il est communément admis que la définition du marché n'a d'intérêt en matière d'entente que dans la mesure où elle permet de jauger si l'entente *par son effet* est susceptible de porter une atteinte sensible au libre jeu de la concurrence.

---

[135] *Ibid.*

[136] Art. 6 du décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence.

[137] TPICE, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Commission*, 15 sept. 1998, aff. jtes. T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. 1998 II-03141, pts. 93-95.

Autrement dit, toute l'astuce réside à la seule occurrence de connaitre si l'entente implique un *effet sensible*. Subséquemment, s'il est démontré que l'entente porte atteinte à la concurrence de *par son objet*, la définition du marché devient dès lors inutile. Dans le même ordre d'idées, il n'est pas non plus nécessaire de définir le marché dans l'hypothèse où l'entente fait une restriction caractérisée à la concurrence.

En somme, bien que le droit de la concurrence relève grandement des théories d'ordre économiques, il peut s'en distinguer pour affirmer sa normativité comme l'a montré, d'ailleurs, l'œuvre prétorienne qui puise d'une logique purement juridique de mise en application du droit de la concurrence.

Ainsi, donc une fois l'exigence de définir le marché posée, il faut résolver la question afférente aux mécanismes déployés en vue de définir le marché, qui sert de cadre d'analyse à tout comportement prétendument anticoncurrentiel.

À cette question difficile, mais déterminante, les emprunts à l'analyse économique permettent de régler une partie du problème, mais une partie seulement, car la méthode objective à elle seule se révèle insuffisante.

Section -2- Les enjeux du cadre d'analyse économique, un atout à la consécration des méthodes empiriques de mise en œuvre et d'évaluation du marché concerné ou pertinent :

Ayant démontré l'exigence de définir le marché concerné ou pertinent, l'on est désormais astreint d'envisager comment le marché doit être délimité. La réponse à une question aussi délicate, repose sur le recours à des instruments d'analyse qui permettront de saisir les mécanismes de sa mise en évidence.

La mise en exergue de l'approche juridique de la définition du marché, dans sa présumée liaison avec l'analyse économique, est strictement imbibée du déploiement des éléments microéconomiques d'analyse du marché dont principalement l'étude de environnement concurrentielle qui s'opère *via* la mesure des variations de l'offre et de la demande et en corollaire leur fluctuations[138].

Effectivement, les outils d'analyse des facteurs microéconomiques permettent de mieux circonscrire l'environnement concurrentiel du marché en se fondant la courbe des variations de l'offre et de la demande[139].

En d'autres mots, ces instruments servent à appréhender le comportement des différents protagonistes du marché lesquels sont les acheteurs, les consommateurs et les producteurs. Pourtant, malgré l'austérité des théories microéconomiques du marché, celles-ci ne sont pas toujours convaincantes d'un point de vue juridique.

---

[138] **N. TOUJGANI**, « Le couplage du droit et de l'économie dans la mise en œuvre des règles de la concurrence », Revue Marocaine de Droit Économique, Centre de Droit des Obligations et des Contrats, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, N°1, Octobre 2007, p.7-31.

[139] **M. BAHRI**, *Politiques des prix : Environnement concurrentiel et compétitivité des entreprises*, Collection Manuels et Travaux Universitaires, Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – REMALD -, Rabat, N°40, 2002, p. 102-107.

D’ailleurs, en vue d’évaluer la position des acteurs du marché par rapport à la concurrence, le recours à des éléments d'analyse plus malléable voire globale, baptisés méthode d’approche *subjective* sera louable pour compléter ou se substituer tout simplement à l’inertie de l'approche *objective*.

À vrai dire, l'approche juridique vise à corroborer sa liaison en vis-à-vis de l’analyse économique du marché ainsi que l’affermissement de son contingence en tant que système normatif autonome dans la poursuite de sa mission de brosser les limites du marché en cause.

D'ailleurs, dans ce fiacre cahoteux, il est impérieux de mettre l’accent au prime abord sur les principes économiques gouvernant la définition du marché pertinent avant d'aborder ses méthodes de détermination.

À l’évidence, l’approche empirique de la réalité économique impose une dualité de démarches non contrastés dans le dessein de mettre en exergue les traits distinctifs du marché pertinent.

Effectivement, l'une de ces deux démarches revêt une tournure conjecturale, laquelle permettra de saisir la notion de marché pertinent par l'étude de ses principes directeurs, ce qui permettra d’incorpore les caractéristiques essentielles de cette notion du point de vue juridique (**§ -1)**. Tandis que l’autre démarche est de contenance pratique, puisant d’une compilation architecturale d’indices tolérant l’accès à l'univers incongru des méthodes de la délimitation du marché, dont les méthodes objectives et subjectives qui peuvent jouer un rôle adventice voire décisif **(§ -2-)**.

§-1- Une standardisation leste des fondements épistémologiques du marché concerné ou pertinent :

L’examen de l’œuvre prétorien et des textes réglementaires permet d'identifier deux indicateurs fondamentaux qui tolèrent de mettre en lumière la notion de marché pertinent.

Il s'agit de deux pivots ayant été modelés par l'analyse économique moderne voire usités dès l'abord par la justice américaine, et reçus en droit européen et droit marocain de la concurrence, ces indicateurs se voient appliquer, aujourd'hui, indifféremment de l'origine formelle de la pratique en cause. Qu'ainsi ne soit, ces deux indicateurs complémentaires priment aussi bien en matière d'entente qu'en matière d'abus de position dominante.

Effectivement, le premier indicateur est de nature matérielle parce qu'il détermine le contenu du marché, lequel s'érige sur la substituabilité des produits offerts **(A)**. Alors que le second indicateur offre l'opportunité de tracer les rebords du marché, suivant une dimension de matrice binaire incarnant deux variables dyadiques, combinant à la fois la dimension matérielle et la dimension géographique du marché concerné **(B)**.

A- L'indicateur de la « *substituabilité du côté de l'offre* », un altimètre à bride en vue de la délimitation du marché concerné ou pertinent :

La notion de la « *substituabilité de l'offre* » a été au prime abord érigée par la théorie économique qui l'a d'ailleurs très tôt assimilée à un de ses principaux outils d'analyse à savoir le critère de *« l'élasticité croisée de la demande »*.

En terme mercatique orthodoxe, deux produits sont substituables si l'élasticité croisée de la demande est forte, c'est-à-dire s'il est établi de manière économétrique que la variation du prix d'un bien, affecte de manière assez directe la variation de la demande d'un autre. Cette variation dénote un haut taux d'élasticité croisée de la demande, ce qui préfigure que les deux biens sont bel et bien substituables.

Quant à lui, le critère de *« l'élasticité croisée de la demande »* a été utilisé en quintessence corolaire en vue d'établir la substituabilité comme base

au discernement du marché pertinent baptisé à l'époque d'industrie [140]. L'analyse économique a démontré alors que l'indicateur de la *« substituabilité de l'offre »* peut servir à définir et à regrouper certains produits dans une même industrie à l'aide de l'élasticité croisée de la demande[141].

Ce théorème relevant du champ d'application des sciences économiques a eu un retentissement décisif sur l'œuvre du prétoire des États-Unis d'Amérique premier canton incubant sa genèse.

En effet, la jurisprudence américaine devait faire à cette époque des années cinquante, face aux premiers cas amphigouriques mettant en jeu la définition du marché pertinent. Déjà pour la première fois, la justice américaine admit l'idée selon laquelle *« l'élasticité croisée de la demande »* peut servir à définir la *« substituabilité des produits »*[142].

Dans les arrêts *du Pont de Nemours* [143] dit arrêt *Cellophan*, *Brown Shoe* [144] et *Continental Can* [145], la Cour suprême des États-Unis consacra officiellement la *« substituabilité de l'offre »* comme fondement de la définition du marché pertinent et *« l'élasticité croisée de la demande »* comme élément déterminant servant à dépeindre cette substituabilité. Effectivement, dans ces trois arrêts, la Cour suprême des États-Unis affirme de manière claire et nette la liaison de *« la substituabilité du côté de l'offre »* entre deux produits au degré de *« l'élasticité croisée de la demande »*.

Cette référence est clairement immaculée dans l'affaire *Brown Shoe,* qui a constitué la clef de voûte de la définition du marché pertinent en droit

---

[140] **J- J. SIMONS&M.A. WILLIAMS**, « The Renaissance of Market Definition », 1993, p. 809.

[141] **J- S. BAIN**, *Barriers to New Competition,* Cambridge, Harvard University Press, 1956, p. 3

[142] U.S. Supreme Court, *Times-Picayune publishing Co. v. United States*, 25 mai 1953, n° 374, vol. 345 U.S. 594.

[143] U.S. Supreme Court, *United States c. du pont de Nemours & Co.*, 11 juin 1956, n° 5, vol. 351 U.S 377.

[144] U.S. Supreme Court, *Brown Shoe Co c. United States*, 25 juin 1962, n°4, vol. 370 U.S. 294.

[145] U.S. Supreme Court, *United States v. Continental Can Co.,* 22 juin 1964, n° 367, vol.378 U.S.441.

américain, ainsi on retrouve que « *les frontières extérieures du marché d'un produit sont déterminées par l'interchangeabilité raisonnable de l'utilisation ou l'élasticité croisée de la demande entre le produit lui-même et des substituts. Toutefois, sur ce vaste marché, il peut y avoir des sous marchés bien définis qui, en eux-mêmes, constituent des marchés du produit dans un contexte antitrust.* »[146].

En droit marocain, la notion de *« substituabilité des produits »* est reconsidérée de manière assez poussée, le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence pose magistralement la notion de substituabilité, et sa fonction primordiale dans la définition de la dimension matérielle du marché, qui s'affiche comme étant un élément intrinsèque constitutif du marché pertinent de produit lequel comprend « *tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés*»[147].

En effet, la logique apparait assez simple, la première étape consiste à identifier le produit ou les produits pour lequel, avant la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle, les entreprises étaient en concurrence. La seconde étape consiste à déterminer s'il existe pour ce produit des substituts proches vers lesquels les consommateurs pourraient facilement se tourner si les prix montaient. Si ces produits semblent être des substituts proches quand ils sont vendus tous au prix marginal, alors ils devraient être inclus dans le même marché du produit[148].

---

[146] U.S. Supreme Court, *Brown Shoe Co c. United States*, précité.

[147] Décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, *Annexe sur le dossier de notification d'une opération de concentration, pt 3. Marchés concernés*, p. 15.

[148] **N. KALDOR**, *Essays on Value and Distribution*, Gerald Duckworth, London, 1960.

Pour sa part, le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc consacre le caractère de la *« substituabilité des produits »* en tant qu'un critère important pour l'appréhension des pratiques anticoncurrentielles.

En effet, le Conseil de la Concurrence à travers son *avis n° 9/10 relatif à la notification de la « Société Kraft Foods Inc» d'un projet de concentration économique*[149], après l'exercice portant sur la délimitation du marché concerné par ladite concentration des entreprises, lesquelles entreprises sont « d'abord*, l'entreprise Kraft Foods Maroc, intervenant essentiellement dans la fabrication et la vente de café et l'importation de produits alimentaires (y compris les biscuits),* ensuite *l'entreprise Cadbury Morroco, intervenant principalement dans la fabrication et la vente de confiserie (y compris le chewing-gum),* enfin *l'entreprise BIMO (joint-venture de Kraft Foods Maroc), intervenant dans la fabrication et la vente de biscuits* »[150].

Le Conseil de la Concurrence indique clairement que « *de ce fait, l'opération de concentration envisagée au Maroc concerne des entreprises dont les produits ne sont pas substituables comme cela ressort du Rapport de synthèse relatif à l'étude d'analyse du potentiel de la filière Biscuiterie, Chocolaterie et Confiserie (BCC) publié par l'Agence Nationale des Petites et Moyennes Entreprises (ANPME) en 2007* »[151].

Aussi, sur la base de la *« substituabilité au niveau de l'offre »*, le Conseil de la Concurrence a jugé que *« ces entreprises, sur le plan national, ne semblent pas à présent être en position concurrentielle ni liées par des relations de fournisseurs à acheteurs* »[152] et a émis en l'occurrence « *un avis favorable quant à la réalisation de la concentration entre Kraft Foods Inc et Cadbury*

---

[149] Cons. Conc. ma., *Avis n° 9/10 relatif à la notification de la « Société Kraft Foods Inc» d'un projet de concentration économique*, Rapp. ann. 2010, pp. 76-93.
[150] *Ibid.*, p.79.
[151] *Ibid.*, p.81.
[152] *Ibid.*, p.82.

PLC »[153].

Par ailleurs, faisant de la *« substituabilité de l'offre »* un indicateur d'appréciation fondamental du marché concerné et de *« l'élasticité croisée »* son critère insigne, cette pratique allait-t-elle faire tache d'huile sur le vieux continent.

La jurisprudence européenne a ainsi fait de la *« substituabilité de l'offre »* une grandeur de référence du marché pertinent mais tout en la différenciant, subséquemment, de *« l'élasticité croisée de la demande »* qui n'est, à son regard, qu'un élément entre autres usé pour mesurer le degré de substituabilité de l'offre.

De pour le reste, on ne retrouve pas un terrain de manœuvre assez adéquat que le droit européen pour affermir la dichotomie entre la *« substituabilité de l'offre »*, comme indicateur de principe pour la définition du marché pertinent et *« l'élasticité croisée de la demande »*, en simple critère parmi d'autres permettant de mettre en évidence le caractère d'interchangeabilité entre deux ou plusieurs offre de produit.

À dire vrai, au standard du droit européen, le concept de la *« substituabilité de l'offre »* a été posé sans, néanmoins, être tout à fait assimilé à *« l'élasticité croisée de la demande »*.

D'ores et déjà évoquée dans l'affaire *Sirena*[154], ensuite dans *Continental can*[155], c'est précisément dans l'affaire *Hoffman-La Roche* que la CJCE, semble-t-elle se prévaloir d'une référence nette à la notion de la *« substituabilité du côté de l'offre »* , en termes moins voilés « *la notion de marché concerné implique, en effet, qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité*

[153] *Ibid.*, p.93.

[154] CJCE, *Sirena S.R.L. c. Eda S.R.L. et autres*, précité.

[155] CJCE, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, précité.

en vue du même usage entre tous les produits faisant partie d'un même marché. Que pareille interchangeabilité n'existait pas, en tout cas à l'époque considérée, entre l'ensemble des vitamines de chacun des groupes C et E, et l'ensemble des produits qui, selon le cas, peuvent être substitués à l'un ou l'autre de ces groupes de vitamines dans des usages technologiques, eux aussi fort diversifies»[156].

En dépit du fait que la CJCE a eu recours au vocable d' *« interchangeabilité »*, vocable synonyme de celui de *« substituabilité »*[157], qui en droit français constitue un néologisme inventé par les spécialistes. La CJCE n'a pas effectué une assimilation entre les concepts de la *« substituabilité de l'offre »* et de *« l'élasticité croisée de la demande »*.

Au contraire, *via* le vocable plus fonctionnel d' *« interchangeabilité »*, la CJCE a introduit des critères qualitatifs d'appréhension du marché. Ceci constitue l'un des traits les plus caractéristiques de la différence qui existe entre les approches européenne et américain système à l'origine du concept, en matière de définition du marché pertinent. Tandis qu'aux États-Unis, l'analyse quantitative a été acceptée et utilisée autant que possible, au standard de l'Union Européenne, la prépotence a été reléguée aux éléments qualitatifs.

Mais, combien faudrait-il pour se rendre compte que malgré cette différence relative, il est aujourd'hui unanimement reconnu que la *« substantialité de l'offre »* constitue l'étalon de mesure ayant pour fin de délimiter les différentes dimensions du marché pertinent, lesquelles doivent être identifiées pour fixer les contours de la plateforme concurrentielle.

---

[156] CJCE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, précité.

[157] **L. BIDAUD**, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* Litec, Paris, 2001, pp. 254-258.

B- Une convergence corroborée de la *« dimension matérielle »* et de la *« dimension spatiale »* du marché concerné ou pertinent :

En tenant compte de la visée de sa délimitation[158], le marché est regardé actuellement comme étant le lieu au sein duquel l'entreprise ou les entreprises en cause sont unies par des rapports de libre commerce, en sorte qu'elles peuvent y exercer leurs activités en pratiquant avec profit des prix ultra concurrentiels[159].

À cet égard, il faut préciser que la pratique mercatique moderne s'inspirant de *the American Merger guidelines* de 1984, a opté pour une conception inédite du marché combinant à la foi la *« dimension matérielle »* des biens substituables « *a product or group of products*»[160] et la *« dimension géographique »* de l'offre « *geographic area* »[161], laquelle conception a eu une influence considérable sur les définitions adoptées par le droit de la concurrence des deux systèmes juridiques sous examen.

En effet, la Commission européenne perçoit le marché en reprenant la formulation du *the American guidelines* comme étant « *le cadre dans lequel le pouvoir de marché (...) doit être apprécié* »[162]. Cette même vision a été réaffirmée par la *Communication* sur la définition du marché en cause aux fins

---

[158] *« (…) a product or group of products and a geographic area in which it is sold such that a hypothetical, profit maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products in that area would impose a small but significant and non-transitory increase in price above prevailing or likely future levels »*, U.S DEPT OF JUSTICE, *Merger Guidelines,* Trade Reg. Rep. 13, 14th Jun 1984, p.103.

[159] « *(…) a relevant antitrust market is a market where market power may be exercised*», **R. VAN DEN BERGH**, « The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law », *Post-Chicago Development in Antitrust Law,* Edward Elgar, Northampton, 2002.

[160] U.S DEPT OF JUSTICE, *Merger Guidelines*, précité.

[161] *Ibid*.

[162] Sec. 6 du formulaire CO relatif à la notification d'une concentration conformément au *Règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises,* JOL 24 du 29/01/2004.

du droit communautaire de la concurrence[163].

Ainsi, c'est sur le fondement de ce noyau de voûte constitué par une définition du marché conçue à l'appui du cadre d'analyse de l'environnement concurrentiel, que s'imposent comme centre névralgique les dimensions du marché en cause, qui vont être posées de façon à ce qu'elles puissent se conformer à la réalité concurrentielle.

Aussi, la dimension dyadique du marché reposant linéairement sur la dimension matérielle fournie par le marché de produit et la dimension spatiale fournie par le marché géographique, fut très tôt reconnue.

Aujourd'hui, il est quasi-unanimement reconnu que le marché se définit suivant deux dimensions distinctes mais fondamentalement liées, la dimension matérielle et la dimension spatiale.

La dimension matérielle renvoie au marché de produit qui englobe tous les biens et services que le consommateur considère substituables entre eux à l'exclusion des autres, c'est-à-dire les produits vers lesquels se tourneraient les consommateurs en cas de hausse de prix du produit en cause. Quant à elle, la dimension spatiale, détermine le marché géographique qui renferme les territoires à l'intérieur desquels les consommateurs peuvent déplacer leur demande, sans pour autant supporter des coûts additionnels importants toujours en cas de hausse de prix du produit en cause.

Le droit européen définit alternativement le marché de produit et le marché géographique en s'appuyant sur le caractère de la substituabilité, mais sans pour autant émettre un guide de mesure de cette substituabilité.

[163] « *La définition du marché permet de déterminer le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Elle définit le cadre dans lequel la Commission applique la politique de concurrence communautaire. Son objet principal est de cerner de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause* », COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence,* JOC 372 du 03/12/1997, pp. 5-13.

Effectivement, la section 6 du formulaire CO dispose que le marché de produit « *comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés*» [164]. Quant au marché géographique, il est perçu comme étant « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable*»[165].

La Communication de la Commission sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence concrétise ces deux dimensions du marché en évoquant assez clairement que « *le marché en cause dans le cadre duquel il convient d'apprécier un problème particulierqui se pose sous l'angle de la concurrence est donc délimité en combinant le marché de produits et le marché géographique* »[166].

En droit marocain de la concurrence, les définitions retenues semblent plus adéquates à l'objet assigné au marché pertinent, à savoir le cadrage du comportement concurrentiel des opérateurs concurrents sur le marché.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, les définitions avancées en vertu du décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté

---

[164] Formulaire CO relatif à la notification d'une opération de concentration conformément au *Règlement* (CE) 139/2004 annexé au *Règlement concentration,* COMMISSION CE, *Règlement concentration,* précité.

[165] *Ibid.,* sec. 6. II ; ces définitions du marché de produit et du marché géographique sont identiques à celles qui existaient dans les formulaires A/B annexé à l'historique *Règlement 17* et au même formulaire CO annexé au *Règlement 4069 sur le contrôle des concentrations.* Aujourd'hui, elles sont intégralement reprises dans toutes les annexes du *Règlement de la Commission concernant la mise en œuvre du Règlement concentration,* à savoir le formulaire CO (Annexe I), le formulaire simplifié (Annexe II) et le formulaire RS sur le mémoire motivé (Annexe III).

[166] COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence*, précité.

des prix et de la concurrence désignent expressément l'outil d'analyse constitué par le baromètre de la hausse de prix pour déterminer le caractère substituable des produits.

Ainsi, le marché de produit comprend « *tous les produits ou services (…) interchangeables ou substituables en raison (…) de leur prix* »[167], tout en considérant les caractéristiques des produits et la volonté des consommateurs de se tourner vers un autre produit « *les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »[168].

Le même ton est repris pour la définition du marché géographique qui réunit tous les points d'approvisionnement « *un territoire sur lequel sont offerts et demandés des biens et des services »*[169] qui sont perçus comme de proches substituts par les acheteurs « *(…) sont suffisamment homogènes* »[170], toujours en tenant compte de la capacité ou la volonté des consommateurs de s'approvisionner dans un autre endroit pour une part suffisante de leurs besoins « *qui peut être distingué de zones géographiques voisines, parce qu'en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable*»[171].

Ici encore, la nature binaire du marché pertinent est clairement reconnue par le décret-loi 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc, lequel relève d'emblée que « *un marché concerné se définit comme un marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques*»[172].

---

[167] Décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, *Annexe sur le dossier de notification d'une opération de concentration, pt. 3. Marchés concernés*, p. 15.

[168] *Ibid.*

[169] *Ibid*.

[170] *Ibid.*, p. 16.

[171] *Ibid*.

[172] *Ibid.*, p. 15.

Quand on décortique la teneur des définitions susmentionnées, force est de constater qu'elles exposent clairement les deux dimensions du marché, lesquelles collationnées, conçoivent le marché dans son unité. Ainsi, serait de l'ordre de l'arbitraire de croire qu'il s'agit de deux dimensions disparates ou antithétiques du marché. En pratique, les dimensions matérielle et spatiale du marché sont extraordinairement imbriquées, car assertoriquement la définition de l'une agit commutativement sur celle de l'autre.

Tout compte fait, il s'avère donc nécessaire de retenir que le marché est déterminé subséquemment à une définition à la fois combinatoire et séquentielle des produits et des territoires dans lesquels œuvrent les opérateurs concurrents en cause. *Ipso facto*, savoir qui du marché de produit ou du marché géographique déterminer en premier, parait dérisoire en considérant le caractère casuistique d'un tel exercice. Bien qu'en théorie, les instances du droit de la concurrence débutent par définir le marché de produit, mais rien ne les contraignent en pratique de s'en prévaloir du pivot inverse, du moment où à partir de la définition géographique du marché, il serait plus commode d'inférer et de déterminer le marché de produit[173].

§-2- Une mise en facteur commun des approches méthodologiques à la mise en relief du marché concerné ou pertinent :

Il est question de la phase la plus péripatéticienne et la plus inextricable de la course à l'instauration de l'égalité d'accès des opérateurs concurrents au marché, étant donné qu'il s'agit là à ce stade pour ainsi dire, de contingenter les extrémités de l'espace matériel et territorial de la plateforme sur laquelle s'exerce la puissance économique des différentes parties prenantes à l'activité mercantile.

[173]**D. NEVEN & R. NUTTAL**, *Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control*, Centre for Economic Policy Research, London, 1993, p.54.

C’est pareillement une phase dont le droit n'y trouve pas son estrade, du fait des restrictions imposées auxquelles uniquement l'analyse économique est en mesure de remédier. À vrai dire, la théorie économique éclaire d’une grande lumière cette problématique, sans pour autant la déficeler radicalement.

Effectivement, cette phase repose sur deux méthodes d’analyse qui peuvent être à la fois complémentaires et substitutives, il s’agit en l’occurrence de la méthode ou des méthodes d'évaluation prônées par l'approche « *objective »* lesquelles restent utiles, quoiqu’elles souffrent d'une déficience opérationnelle **(A)**. Corollairement, la méthode d’approche « *objective »* peut être substituée ou, du moins, consolidée par une approche, certes « *subjective »*, mais qui a le mérite de puiser sa source des mécanismes mêmes du marché en cause **(B)**.

A- Évaluation des impacts de la méthode d'approche « *objective »* :

L'approche que l’on baptise « *objective »* s’apparente en termes de référence à un interface standardisé englobant une panoplie de méthodes économiques voire économétriques, développées et mises en avant par l'analyse économique.

Ces méthodes d’approche rationnelles en vertu desquelles les autorités de concurrence sont désormais, habilitées à mesurer le caractère de *« substitution de l’offre des biens et des services »* sein du marché, vu qu’à l’aune de cette approche le marché est représenté à l’image d’un panier de biens ou service qui sont considérés comme *« interchangeables »* aux yeux du consommateur, et vu qu’un tel panier peut faire l’objet d’un maniement monopolistique notamment dans le cas où un opérateur économique dit offreur a l’avantage de fournir et pourra en même temps maximiser son profit, sans pour autant que les consommateurs ne choisissent d'autres biens et services émanant d'autres offreurs, ce qui constitue en amont et en aval

une pratique de nature à fausser voire restreindre le jeu de la concurrence.

Utilisé aujourd'hui tant aux États-Unis d'Amérique pays à l'origine du test qu'en Union européenne, même si c'est de manière ultra circonspecte, le *« test du monopoleur hypothétique »* ou très succinctement le *« monopoleur »* demeure la méthode pratique la plus visible actuellement au crépuscule de la mise en relief du marché.

De facto, le *« monopoleur hypothétique »* s'évalue d'une utilité non négligeable dans la démarche prospective et préventive des pratiques susceptibles de restreindre ou fausser le libre jeu de la concurrence sur le marché **(1)**. Néanmoins, le dit test souffre encore plus de déficiences drastiques qui l'entachent à l'exemple de l'indisponibilité de données et de la fiabilité quelquefois récusable d'informations de nature à permettre la mise en évidence du *« monopoleur »* **(2)**.

1- L'opportunité du *« monopoleur hypothétique »* dans le processus d'appréhension et régulation du marché concerné ou pertinent :

Aux fins de déterminer si les opérateurs concurrents disposent des parts de marché à caractère imposant voire abusent de la sorte de leur position dominante en vis-à-vis de leurs concurrents, chose qui justifierait l'intervention des instances compétentes en vue d'instaurer l'équilibre le cas échéant, battu en brèche, le *« monopoleur hypothétique »* s'avère être l'instrument de prédilection aux fins de la définition du marché en cause.

Visant essentiellement à remédier à la défaillance du marché concurrentiel par les moyens de la surveillance et la détection de potentiels des attitudes des opérateurs antagonistes, dont la pratique concertée ou d'abus de position dominante, le *« monopoleur hypothétique »*, dont l'instrument principal repose sur de la mesure et l'évaluation de la sensibilité de la demande par rapport aux variations de prix, se trouve aujourd'hui utilisé par

la Commission européenne en tant outil de performance entre autres pour définir le marché pertinent.

Puisant sa source dans un cadre conceptuel analytique **(a)**, dont la mise en évidence est tributaire de la mesure de l' *« élasticité de la demande »* **(b)**, le *« monopoleur hypothétique »* fait à lui seule l'archétype même de l'approche « *objective* ». Il se présente comme étant une alternative rationnelle à la détermination *ad hoc* du marché pertinent par la recherche d'argument démontrant l' *« interchangeabilité »* des produits[174].

a- Fondement conceptuel et cadre analytique du *« monopoleur hypothétique »* :

En Droit européen, *la Communication de la Commission sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence* consacre le *« monopoleur hypothétique »* pour définir le marché en polarisant son point focal très particulièrement sur la réaction des consommateurs eu égard à l'augmentation légère et non transitoire des prix pratiqués par l'entreprise ou les entreprises concernées.

Dans le cas présent, l'entreprise ou les entreprises en cause sont supposées agir à l'image d'une seule entité. Sous cette même trajectoire, le *« monopoleur hypothétique »* permet de connaître si les produits ou les territoires forment des *« substituts »* valables pour être contenus dans un même marché.

Résolument, le *« monopoleur hypothétique »* est un instrument tourné vers la détection des irrégularités des comportements émanant des opérateurs concurrents lequel est susceptible de menacer le libre jeu de la concurrence sur le marché.

---

[174] **G. WERDEN**, « The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm », *Antitrust Law Review*, vol. 71, 2003, pp. 253-269.

Aujourd'hui, le marché est regardé comme étant le lieu où une entreprise ou un groupe d'entreprises ont le potentiel d'exercer une attitude monopolistique au détriment de la concurrence, au moyen d'augmenter ses prix au-dessus du prix concurrentiel de manière profitable et durable. Subséquemment, le marché pertinent est délimité en se fondant sur les effets d'une augmentation non transitoire du prix, sur la demande et éventuellement l'offre.

Ce procédé hypothétique permet, d'une part, d'apprécier la réaction de la demande en cas de hausse de prix et, d'autre part, le caractère profitable ou non de la hausse de prix, car il ne faut pas perdre de vue que la hausse de prix n'est profitable que lorsque l'entreprise en tire gain de cause.

C'est pour cette raison qu'il est important de déterminer l'impact de la variation de la demande à la suite de la hausse de prix sur le profit de l'entreprise en cause. Il s'agit de déterminer si la hausse de prix débouche sur une baisse de la demande du produit concerné, affectant de la sorte le profit de l'entreprise.

Ainsi, le *« monopoleur hypothétique »* permet d'apprécier aussitôt la présence ou non de la capacité de hausser profitablement le prix dans un temps déterminé, ce qui constitue une référence directe à la nature de la position qu'occupe l'entreprise ou les entreprises concernées sur le marché.

Le *« monopoleur hypothétique »* consiste essentiellement à se poser la question de savoir si un opérateur économique en quête de maximiser ses profits, peut imposer et maintenir une hausse de prix corrélativement importante et non transitoire par rapport aux prix qui seraient vraisemblablement pratiqués en l'absence dudit comportement.

Autrement dit, il s'agit de savoir « *si les clients se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs*

implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère, mais permanente des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés »[175].

Néanmoins, comme il s'agit d'un test basé sur une hausse de prix, l'on se pose la question par rapport à quel prix faut-il déterminer l'augmentation en cause ?

Il s'agit d'une question essentielle, puisqu'elle sert de fondement et d'appui au *« monopoleur hypothétique »*. Si elle est faussée, le *« monopoleur hypothétique »* le sera et, par conséquent, la définition du marché aussi. En effet, suivant la *Communication de Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence* le prix à prendre en considération est «*le prix courant sur le marché considéré* »[176].

b- L'entendue pratique du *« monopoleur hypothétique »* :

La mise en évidence du *« monopoleur hypothétique »* représente un exercice assez nébuleux, car ce test s'est érigé sur une particularité par nature spéculative qui s'affiche à travers l'existence d'une augmentation légère et non transitoire des prix, telle hausse qui entraînera sans doute une perte de ventes ou une baisse de la demande.

En conséquence, la mise en œuvre du *« monopoleur hypothétique »* consiste à déterminer si ces pertes seraient suffisantes pour enrayer le profit qui dériverait de la hausse des prix. Par le fait même, la clé de voûte du *« monopoleur hypothétique »* perche dans sa prédisposition à jauger la nature profitable ou non de la hausse du prix.

En effet, le *« monopoleur hypothétique »* permet d'atteindre des résultats efficaces, parce qu'il offre à la fois la possibilité de définir, d'une part, le marché de produits, tout en incluant tous les produits affectés

[175] COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence*, précité.
[176] *Ibid.,* pt. 19.

par l'augmentation du prix du produit, et d'autre part, le marché géographique en intégrant tous les territoires dans lesquels les consommateurs ont transféré leur demande sans difficulté.

Aux fins d'évaluer le caractère profitable ou non de la hausse des prix, la pratique du milieu mercatique a fait appel à la mesure de l' *« élasticité de la demande »* des produits ou des services en cause. À l'échelon de cet exercice plutôt complexe, la vectrice clef de base consiste en l'analyse de l' *« élasticité de la demande »*.

De facto, quoi que la mise en œuvre du *« monopoleur hypothétique »* s'appuie sur la technique de l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* qui comme nous allons le constater présente un intérêt peu signifiant **(b-1-)**, le caractère profitable ou non de l'augmentation du prix est, toutefois, démarqué par le déploiement de l' *« élasticité-prix de la demande »* **(b-2-)**.

b-1- Un impact insignifiant de l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* aux fins de la mise en œuvre du *« monopoleur hypothétique »* :

La mise en application du *« monopoleur hypothétique »* se fonde sur la technique de la mesure de l' *« élasticité-prix croisée de la demande »*[177], il s'agit, le cas échéant d'évaluer l'effet d'une augmentation de prix d'un bien sur la demande d'un autre.

L' *« élasticité-prix croisée de la demande »* constitue un excellent outil pour déterminer si deux biens, l'on considère à titre d'exemple le bien B1 et le bien B2 font des substituts. Effectivement, l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* entretien la mesure de la variation relative de la demande du bien B1, à la suite d'une variation relative du prix de l'autre bien B2. Dans l'hypothèse où la hausse du prix B1 a pour répercussion d'amener une partie importante des consommateurs à se détourner vers le bien B2, cela signifie

[177] **E. COMBE**, *Économie et politique de la concurrence,* Paris, Dalloz, 2005, p. 341.

que bien B2 constitue en principe un substitut du bien B1. Par voie de conséquence, les deux biens B1 et B2 sont dans le même marché de produit. Dans le cas où, à *contrario*, la variation du prix de bien B1 n'a aucune influence ou induit une influence négligeable sur la demande du bien B2, dans ce cas l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* entre les deux biens est faible, ce qui montre qu'ils ne font pas partie du même marché.

D'ailleurs, supposé que l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* constitue le fondement de la mise en œuvre du *« monopoleur hypothétique »* et qu'elle constitue un outil plausible pour savoir si deux biens sont substituables, et cela est un fait palpable, l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* apparait, néanmoins, inappropriée en tant que telle pour décrire le caractère profitable de la hausse de prix, clé de l'arc de voûte de la mise en application du *« monopoleur hypothétique »*[178].

Indubitablement, en dépit de l'utilité et commodité fondatrice du *« monopoleur hypothétique »*, l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* se manifeste comme étant inappropriée pour résolver la problématique essentielle assignée au *« monopoleur hypothétique »* pour définir le marché. Une limite encore plus importante à l'utilisation de l' *« élasticité-prix croisée de la demande »*, est la pertinence indirecte de l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* dans l'examen de la position d'une entreprise.

Un marché pertinent aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence ne peut être défini simplement par l'établissement des substituts particuliers, étant donné que lorsqu'une entreprise hausse le prix, perd une grande part de ses ventes au profit de tous les autres produits concurrents. Il n'y aurait pas, le cas échéant de marché et l'entreprise serait incapable de s'en prévaloir d'une dominance sur le marché.

---

[178] **P. CROCIONI**, « The Hypothetical Monopolist Test: What It Can and Cannot Tell You », *ECLR*, 2002, pp. 356 et s.

Ainsi, la mise en œuvre de l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* peut permettre de dégager un substitut et elle peut aider à délimiter un marché, mais elle ne mesure pas directement la capacité d'une entreprise de hausser le prix.

C'est pour cette raison tenant à l'incapacité de l' *« élasticité-prix croisée de la demande »* de mesurer le caractère profitable de la hausse de prix, que la mise en œuvre du *« monopoleur hypothétique »* se focalise plutôt à déterminer l' *« élasticité-prix de la demande »*, comme un dispositif privilégié.

b-2- L' *« élasticité-prix de la demande »*, un coefficient générique mis au service du *« monopoleur hypothétique »* :

De par le fait que le *« monopoleur hypothétique »* trouve sa tangibilité dans la détermination de la présence du caractère profitable de la hausse de prix ou de son absence, il s'est avéré que l' *« élasticité-prix de la demande »* du produit constitue de loin, le meilleur indicateur aux fins de la définition du marché pertinent.

D'une manière certaine, l' *« élasticité-prix de la demande »* permet de connaitre la sensibilité des consommateurs à des changements de prix d'un bien, baptisons-le, le cas échéant bien B1. Effectivement, l' *« élasticité-prix de la demande »* du produit sert à mesurer la variation relative de la demande d'un bien B1, à la suite d'une variation relative de son propre prix.

De facto, l' *« élasticité-prix de la demande »* est un instrument privilégié pour mettre en application le *« monopoleur hypothétique »*, puisqu'un bien élastique est un bien B1 dont la demande varie fermement en fonction de son prix, ce qui signifie que les consommateurs sont sensibles aux changements de prix.

Conséquemment, en référence au *« monopoleur hypothétique »*, cela veut dire que la baisse de la demande du bien ou la perte des ventes suite

à l'augmentation de prix est en principe susceptible de compenser le profit, dès lors que les consommateurs se virevoltent vers des biens substituts.

Ainsi, si le bien B1 est un bien élastique, cela montre l'existence d'autres biens qui lui sont substituables et qu'il faudrait, subséquemment, le contenir dans le marché pertinent, le contraire prime quand il est question d'un bien inélastique B2. Effectivement, un bien inélastique B2 fait que les consommateurs sont insensibles à la variation de prix de ce bien, de la sorte, les consommateurs ne se tournent pas vers des biens substituts.

De ce fait, par rapport au *« monopoleur hypothétique »*, la baisse de la demande suite à l'augmentation de prix n'est pas assez forte pour compenser le profit. Ce qui implique que la hausse du prix d'un bien inélastique B2 entraîne un profit qui aboutit à l'exigence de ne retenir que ce bien pour circonscrire le marché en cause.

Vu sous cet angle, l'analyse de *« l'élasticité de la demande »* garantie la mise en œuvre du *« monopoleur hypothétique »*, notamment en faisant appel à deux instruments économétriques à savoir d'une part, ce que l'on baptise l' « *élasticité critique de la demande »*[179] et d'autre part, la « *baisse critique des ventes »*[180].

Ces deux outils ont en commun d'émerger du même postulat, selon lequel étant donné l'impossibilité de mesurer l' *« élasticité de la demande »* avenir, dont fera face le *« monopoleur hypothétique »*, il faut privilégier l' *« élasticité de la demande »* au moment de la réalisation du cas litigieux. L'analyse hypothético-déductive permettra de définir le marché grâce

[179] **J. FREDERICK**, « Market Definition under the Merger Guidelines: Critical Demand Elasticities », *Research in Law and Economics,* 1989, p. 235.

[180] **C. HARRIS & J- J. SIMONS**, « Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary», *Research in Law and Economics,* 1989, p. 207.

à ces outils qui se fondent sur les bases théoriques hypothétiques[181].

En effet, l' *« élasticité critique de la demande »* indique que le produit en cause ne dispose pas de substituts et ne constitue pas, par conséquent, à lui seul, le marché pertinent[182]. Par contre, lorsque la *« baisse critique de la demande » ou « perte critique des ventes »* que subit une entreprise à la suite de l'augmentation hypothétique de prix est plus importante que son seuil de rentabilité, cette hausse de prix ne sera pas alors profitable[183].Dans une perspective d'application du *« monopoleur hypothétique »*, cela veut-dire qu'il faut élargir le marché pour englober d'autres produits ou d'autres territoires jusqu'à ce qu'une hausse de prix hypothétique soit profitable.

Au standard du droit européen, en dépit du fait que la Commission ait consacré cet instrument depuis sa *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence*, elle ne l'utilise qu'à peine pour définir le marché pertinent.

À dire vrai, c'est avec considérablement de lésinerie que la Commission européenne y fait référence[184], et lorsque c'est le cas, la Commission n'omet nullement de s'en prévaloir en guise d'argument le prétexte que le *« monopoleur hypothétique »* ne fait qu'un simple élément parmi d'autres usités pour définir le marché.

Effectivement, à l'occasion de l'affaire *Virgin/British Airways*, la Commission indique distinctement que même si les données sont disponibles, elle n'est pas tenue d'appliquer le *« monopoleur hypothétique »* pour délimiter

---

[181] **J. LANGENFELD & L. WENQUING**, « Critical Loss Analysis in Evaluating Mergers », *The Antitrust Bulletin/Summer* 2001, p. 302.

[182] **M- G. BAUMANN & P-E. GODEK**, « Could and Would Understood: Critical Elasticities and The Merger Guidelines», *Antitrust Bulletin,* vol. 40, 1995, p. 886.

[183] **J. LANGENFELD & L. WENQUING**, précité.

[184] COMMISSION CE, *Décision n°2002/174/CE du 3 mai 2000 déclarant une concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE [Règlement (CEE), n° 4064/89 du Conseil] (Affaire n° COMP/M.1693 — Alcoa/Reynolds)*, JOL 058 du 28/02/2002, p. 0025-0055, para. 66 et s. et 92 et s.

le marché pertinent[185]. Cette attitude misanthrope de la part de la Commission en vis-à-vis du *« monopoleur hypothétique »*, peut être justifiée dans les carences et limites qui entachent la portée du *« monopoleur hypothétique »* dans l'appréhender des contours du marché en cause.

2- Les insuffisances impactant la mise en évidence du *« monopoleur hypothétique »* :

La mise en œuvre de la conception *objective* est entachée de deux sortes d'inconvénients qui sont de nature à discréditer le bien-fondé ainsi que l'efficience du *« monopoleur hypothétique »*. Effectivement, il est question d'une part, de l'obstruction d'ordre endogène liée à la nature hypothético-déductive du monopoleur **(a)**, d'autre part, de l'occlusion exogène relative au manque de données suffisantes et à leur crédibilité **(b)**.

a- La dimension hypothético-déductive, un inconvénient majeur du *« monopoleur hypothétique »* :

Le *« monopoleur hypothétique »* est fondé sur un postulat de base hypothétique qui comme la hausse éventuelle des prix, ce caractère spéculatif ayant été conçu comme étant sa première cause de déficience, cette inconvénient dont les auteurs n'ont pas manqué de le relever depuis émergence du *« monopoleur »*, ce caractère hypothétique remet en cause toute sa portée pratique[186].

Pour ainsi dire, en dépit des efforts déployés par l'analyse économique pour enrayer cette insuffisance, force est de constater qu'une telle carence demeure encore aujourd'hui un point aveugle si contesté. C'est, d'ailleurs, tout le sens des critiques formulées à l'endroit des mécanismes économiques

---

[185] COMMISSION CE, *Décision n° 2000/74/CE du 14 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways)*, JOL 30 du 4/2/2000, p. 1–24, para. 70.

[186] **G- J. STIGLER & R- A. SHERWIN**, « The Extent of the Market », *Journal of Law and Economic*s, vol. 28, 1985, p. 582.

de sa mise en œuvre, à savoir l'élasticité critique de la demande et surtout la baisse critique de la demande.

Sous l'angle juridique, le *« monopoleur hypothétique »* fait resurgir une problématique encore plus préoccupante du fait de son caractère hypothétique, sa crédibilité comme élément de preuve du caractère substitutif des produits et des aires géographiques.

Étant un test prospectif, le *« monopoleur hypothétique »* se fonde sur des estimations futures et des spéculations prospectives, il est tourné vers l'avenir et non pas sur les faits actuels et palpables. Une fois de plus, l'analyse économique se heurte au pragmatisme juridique.

En fait, le juge opte de prédilection pour les données actuelles, plutôt que de se livrer à des projections basées sur des hypothèses, cela dévoile sans anicroche tout le problème de l'efficacité et l'adaptabilité du *« monopoleur hypothétique »* aux situations actuelles ainsi qu'à celles qui se sont déjà déroulées.

Voilà pourquoi, l'application du *« monopoleur hypothétique »* en vue de la définition du marché pertinent, nommément, en cas de position dominante demeure un sujet à controverse ouverte, étant donné que dans ce dernier cas, il s'agit de situations déjà produites auxquelles le juge fait face et où le contrôle n'est pas préventif ni prospectif.

Aussi, semble-t-il indispensable de savoir dans quelle mesure le *« monopoleur hypothétique »* constitue un bon angle de mire pour appréhender les agissements des opérateurs concurrents et précisément en cas de position dominante ? Dans les faits, la jurisprudence européenne ne s'est pas pratiquement prononcée sur cette question.

Parallèlement à son caractère hypothétique évident sur la contribution à répondre à la problématique de démarcation du marché, l'autre obstruction

significative à la mise en œuvre du *« monopoleur hypothétique »* est constituée par l'insuffisance voire l'absence de fiabilité des données économiques qui lui servent de base.

b- L'inconvénient de l'indisponibilité et de la fiabilité des données économiques :

Comme il a été d'ores et déjà évoquer, la pierre d'achoppement prépondérante à la cristallisation du *« monopoleur hypothétique »*, c'est que le dit test suppose la collecte et la disponibilité d'un certain nombre de variables statistiques et économiques intégrées afférentes à l'élasticité de la demande.

Cela dit, sur le plan pratique, il s'avère néanmoins très compliqué d'établir le cumulus des données de cette nature dans le cadre du traitement d'un cas d'espèce litigieux.

En d'autres mots, le principal reproche que l'on fait au paradigme du *« monopoleur hypothétique »* réside dans le peu d'information qu'il donne quant à son application pratique. Et s'agissant de la disponibilité de l' *« élasticité des prix »* servant à le caractériser, les données statistiques nécessaires pour calculer l'élasticité n'existent que rarement, sinon jamais.

Les retentissements de la carence affectant la disponibilité des données économiques représentent, dès lors, le facteur principal faisant le véritable talon d'Achille du *« monopoleur hypothétique »*.

Au-delà et pire encore, au cas où les données en présence se révèlent suffisantes, mais qu'elles accusent d'un manque de fiabilité, dans la mesure où, sur un plan strictement juridique, l'exactitude des informations cumulés peut ne pas être concluante, au vu du fait que l'économie par définition n'étant pas une science exacte, des données analogues peuvent donner lieu à des analyses très diverses et sinon parfois contradictoires ou du moins très éloignées. C'est en ce sens et dans ce sens que l'en s'oriente à se poser la problématique

de fiabilité des données aux yeux de l'autorité de contrôle et du juge en saisine de l'affaire.

En d'autres termes, l'information, c'est-à-dire les données économiques sur lesquelles les autorités de concurrence fondent leur analyse, doivent être suffisantes pour assurer une certaine rigueur dans la méthode de l'analyse.

En effet, les données économiques de base qui sous-tendent l'analyse et qui constituent donc les éléments de preuve, rendant dépendant la validité des conclusions de celles-ci aux instruments mis en œuvre à cette fin[187].

C'est pour cette raison que les autorités de la concurrence sont astreint d'utiliser, avec amplement de circonspections, les données économiques avancées par les parties au contentieux pour corroborer leurs arguments, puisque, l'on peut présumer l'interprétation *in favorem* qui tend alors à biaiser le débat et ainsi, à ne donner aucune valeur probatoire aux données économétriques. Pourtant, il est bien clair que cela ne signifie pas que les données consacrées par le *« monopoleur hypothétique »* ne sont pas fiables et ainsi ne peuvent jouer leur rôle en matière de concurrence et de définition du marché en particulier[188]. Bien loin de là, la pratique du droit de la concurrence tend même à renforcer le recours à cet outil d'analyse, si on dispose de données économiques crédibles.

B- L'apport de l'approche *« subjective »*, entre complémentarité et dépendance :

Quoique l'approche *« subjective »* de la définition du marché a suscité des critiques virulente, à la fois violente, agressive voire intense de la part des partisans de l'objectivisme qui y voyaient d'une certaine mesure l'apothéose

[187] **L. BIDAUD**, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec, 2001, p. 25.

[188] **G. HOUSTON**, *The Role of Quantitative Analysis in Competition Assessments, NERA*, March 2005, p. 11.

de l'arbitraire et de l'imprévisibilité en matière des outils usités pour la détection des pratiques anticoncurrentielles[189].

De même ce n'est pas parce que des critères subjectifs sont utilisés pour définir le marché, qu'ils relèvent pour autant de l'ordre de l'arbitraire[190]. L'on ne saurait faire place à l'arbitraire si les critères utilisés obéissent à des règles prudentielles limpides, logiques et cohérentes.

D'ailleurs, c'est dans le dessein d'être en concordance avec à cet impératif de cohérence, que l'approche *« subjective »* se prévaut d'un faisceau d'indices, d'une association de critères dont aucun ne prévaut sur l'autre en théorie, mais dont la jonction pratique donne lieu à une information indicative sur les frontières du marché pertinent.

Vu que là encore, le concept de cohérence contraint à l'adoption d'une analyse, laquelle devant être menée en considération de l'environnement concurrentiel au sein du marché, sur ce point, le consensus est de plus en plus unanime sur le fait qu'il n'existe aucune dissemblance entre les approches *« objective »* et *« subjective »*.

De par la suite logique des choses, le pivot de l'approche *« subjective »* est tourné du côté du comportement du consommateur[191], du fait le consommateur joue un rôle indispensable dans la démarcation du marché de l'entreprise, car c'est en fonction de ses choix pris, observés et analysés simultanément dans le marché, que l'autorité de la concurrence détermine si l'entreprise a perpétré ou non la pratique réprouvée.

En droit européen de la concurrence, l'approche *« subjective »* a au prime abord été conçue et développée par l'œuvre prétorienne, avant d'être

---

[189] **Y. CHAPUT**, *Clientèle et concurrence : approche juridique du marché*, Litec, Paris, 2000, p. 5.
[190] **L. BIDAUD**, précité, p. 25.
[191] **R. VAN DEN BERGH**, « The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law», in *Post-Chicago Developments in Antitrust Law,* Edward Elgar, Northampton, 2002, p. 48.

consacrée en vertu des lignes directives de l'autorité de concurrence. En droit marocain à l'instar du droit européen certaines facettes de l'approche « *subjective* » se voient mises en évidence en vertu des avis du Conseil de la Concurrence du Royaume.

Aussi, en schématisant d'avantage, pourrait-on citer trois indices utilisés le cas échéant, à savoir tout d'abord, l'indicateur relatif aux caractéristiques physiques et techniques **(1)**, ensuite, celui afférent à l'écart de prix et les coûts de substitution **(2)** et enfin on retrouve l'indicateur afférent au comportement des acteurs contingents sur le marché **(3)**.

1- L'indicateur *« caractéristiques physiques et techniques »*, un baromètre de rigueur :

L'on se place devant un critère des plus plausibles à la mise en valeur du caractère de substituabilité de l'offre, les *« particularités physiques et techniques »* du produit renvoient à la nature et à la constitution d'ensemble des produits.

Les *« spécificités physiques et techniques »* du produit sont *à priori* de nature à influencer son utilisation finale. Ainsi, il est admis de supposer que des produits ayant une constitution d'ensemble similaire ou identique soient perçus comme étant substituables et partageant ainsi le même marché. Subséquemment, des produits de haute technicité, qui sollicitent l'intervention de consommateurs avertis, sont souvent conçus comme appartenant au même marché.

D'ailleurs dans l'état critique des choses, il semblerait que *les « caractéristiques techniques et physiques »* comparables des produits n'impliquent pas fatalement qu'ils découlent d'un même marché, et réciproquement, le fait que des produits affichent des particularités apparentes

ne signifie pas qu'ils dépendent des marchés différents[192].

Aussi, les *« caractéristiques physiques et techniques »* servent-elles tout du moins à poser, non pas une présomption, mais un simple postulat d'appartenance au même marché, notamment, dans l'hypothèse où il est établi que les consommateurs y attachent de l'intérêt en tant que critère de choix et d'arbitrage entre produits.

Cela va sans dire qu'en droit européen de la concurrence, les bananes[193], les catégories de vitamines[194], certains emballages[195] et certains produits techniques[196], ont été regardé comme faisant un marché autonome du marché général compte tenue entre autres et à titre particulier de leurs *« caractéristiques physiques voire techniques »*.

De son côté le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc, à l'occasion de son *avis au sujet de l'obligation de passage par les halles aux poissons pour la vente des apports de la pêche côtière et artisanale en date du 24 février 2011*, le Conseil analyse les effets du passage obligatoire des produits de la pêche côtière et artisanale destinés à l'exportation par les halles aux poissons, en distinguant à cet égard, au sein même des produits identiques de la pêche côtière et artisanale, suivant les *« caractéristiques physiques»* des produits, entre deux marchés à savoir d'une part, « *[le marché] des produits destinés à la consommation nationale et qui sont logiquement tenus de passer*

---

[192] « *L'existence de caractéristiques différentes ne permet pas d'affirmer qu'il n'existe aucune substituabilité du côté de la demande, puisque celle-ci dépend, dans une large mesure, de l'importance que les clients accordent à ces différences.* », *Ibid.*, COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence.*

[193] CJCE, *United Brands Company et United Brands Continental BV c. Commission*, 14 fév. 1978, aff. 27-76, Rec. 1978-00207.

[194] CJCE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Rec. 1979-00461.

[195] CJCE, *Tetra Pak International SA c. Commission*, 14 nov. 1996, aff. C333/94P, Rec. 1996 I-05951.

[196] TPICE, *Hilti AG c. Commission*, 12 déc. 1991, aff. T 30-39, Rec 1991 II-01439.

par les halles aux poissons afin d'assurer le bon ordre des opérations de débarquement des apports, la fiabilité des circuits de vente, la sécurité des biens et la protection de la salubrité publique »[197], et d'autre part, *« [le marché] des produits destinés à l'exportation, ce passage fait que la qualité des produits diminue à cause de l'étalage et le rangement dont ces produits n'ont pas besoin puisqu'ils sont destinés à être exportés, ce qui leur fait perdre leur fraîcheur* »[198].

D'ailleurs, malgré le fait que la distribution de l'essence et le diesel font partie du marché de la vente au détail du carburant aux automobilistes dans les stations-services de la marque Shell, le Conseil de la Concurrence du Maroc en vertu de son *avis n° 17/11 rendu le 26 septembre 2011 relatif au projet d'opération de concentration économique dans le secteur pétrolier*, considère que ces produits ne sont pas interchangeables et constituent de ce fait deux sous marchés complètement distincts du point de vue de la demande *« étant donné qu'il n'y a pas de substituabilité entre ces produits car les utilisateurs doivent utiliser le type de carburant approprié pour leur véhicule »*[199].

Somme toute, combien conviendrait-il de souligner que comme il s'agit d'une appréciation casuistique, aucun principe général ne saurait être dégagé, sauf à préciser que le critère des « caractéristiques physiques et techniques » des produits concourt en tautologie à la délimitation du marché pertinent, combiné évidemment à d'autres facteurs contingent dont la variable prix et coût de substitution.

2- L'indicateur *« prix et coûts de substitution »*, un vecteur à utilité constante :

Pareillement, le *« prix des produits »* s'affiche comme étant un indicateur agissant de la substituabilité de l'offre. C'est la raison pour laquelle les autorités

---

[197] Cons. conc. ma., *Avis n° 16/11 relative à l'obligation du passage par les halles aux poissons pour la vente des produits de la pêche côtière et artisanale*, Rapp. ann. 2011, p. 286.

[198] *Ibid.*

[199] Cons. conc. ma., *Avis n° 17/11 rendu le 26 septembre 2011 relatif au projet d'opération de concentration économique dans le secteur pétrolier*, Rapp. ann. 2011, p. 269.

de la concurrence se tournent vers dans le dessein de jauger le *« caractère d'interchangeabilité des produits »* sur le marché.

Sur le sentier illuminé de son homologue européen, le droit marocain *via* le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, texte d'envergure où est systématisée une approche pragmatique en ce qui concerne la définition du marché pertinent, à travers la mise en valeur de différents indicateurs dont celui du *« prix des produits »*, celui-ci appréhende le marché en cause comme étant « *un marché pertinent (…) comprend tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. (…)*»[200].

Néanmoins, au moment de la mise en œuvre de l'indicateur *« prix des produits »*, deux observations ont le mérite d'être évoquées à juste titre.

D'un côté, il est communément admis qu'un écart de prix considérable entre deux produits est de nature à affirmer leur appartenance à un même marché. Néanmoins, il est tout à fait raisonnable de tirer la conclusion suivant laquelle si l'écart de prix entre deux produits A et B est demeuré constant dans le temps, c'est parce que les consommateurs ne les considèrent pas comme des biens substituts. Vu que si et seulement si l'on se trouvait devant des produits interchangeable, le report de la demande des consommateurs vers le produit B (lequel ayant un prix plus bas) aurait pour effet de provoquer une baisse de la demande du produit A (lequel ayant le prix le plus élevé). Cela entrainerait en l'occurrence, la diminution du prix du produit A et de la sorte de réduire l'écart de prix entre les deux produits A et B en cause. Conséquemment, si ce scénario ne se réalise pas, il ne fait aucun doute que l'écart élevé entre les prix

[200]Décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, *Annexe sur le dossier de notification d'une opération de concentration, pt. 3 Marchés concernés*, p. 15.

des produits démontre leur caractère non substitutif aux yeux des consommateurs. C'est les consommateurs qui demeurent d'abord et avant les seules juges à pouvoir trancher le cas échéant de l'intrigue du caractère de substituabilité des produits.

De l'autre, et par contraste, des produits libellés des caractéristiques différentes et commercialisées sous un prix similaire, voire avec un écart de prix très négligeable, sont susceptible d'être inclus dans le même marché, dans le cas où il est établi que les consommateurs les considèrent comme des médians alternatifs de satisfaction de leurs besoins.

Pour ainsi dire, c'est la raison pour laquelle les autorités de la concurrence accordent une solennité particulière aux arguments avancés par les parties au litige, sur la question relative au prix du produit en cause, en vue de pouvoir les jauger et comparer avec les autres prix des produits soi-disant appartenant au même marché.

D'ailleurs, faire appel à des tests de corrélation de *« prix des produits »* témoigne l'importance de la dimension des prix dans l'évaluation des faits en vue de la délimitation du marché.

A l'immédiat, de tels tests sont très utiles et sont repris de façon récurrente en vue de corroborer l'appartenance de deux produits à un même marché, du fait de leur évolution corollaire, identique voire constante dans le continuum l'espace-temps.

Néanmoins, l'on constate que ces tests de corrélation sont usés par les autorités de la concurrence avec amplement de lésinerie, en ce qu'ils peuvent être peu vraisemblables. Par voie de conséquence la Commission européenne a contesté la véracité d'un tel test au niveau de l'affaire *Schneider Legrand*[201].

[201] TPICE, *Schneider Electric SA c. Commission*, 31 janv. 2006, aff. T-310/01. Rec. 2006 II-00111.

Par ailleurs, l'on retrouve à côté du *« prix des produits »* en tant que tel, que les autorités de la concurrence ont autant recours aux *« coûts de substitution »* supportés par les consommateurs pour arbitrer entre de dissemblables produits. Il est question, nommément, des dépenses indubitablement souscrites par l'acheteur pour changer d'usage un bien par un autre. Conséquemment, davantage ces coûts sont élevés, moins la substitution est supposée improbable.

Au demeurant, les *« coûts de substitution »* jouent un rôle décisif en matière de la délimitation du marché géographique. Ainsi, à mesure qu'ils sont élevés, le marché sera plutôt local que national ou international. En l'occurrence, ces *« coûts de substitution »* sont souvent représentés par les coûts de transport qui peuvent constituer une pierre d'obstruction aux échanges entre des zones différentes, compte tenu de la situation des unités de production, des coûts de production et des niveaux des prix relatifs[202].

Au-delà, des coûts de transport, divers éléments dépeignent la définition *« subjective »* du marché géographique par rapport au marché de produit. Il s'agit d'éléments qui ont plus de poids dans la définition de la dimension territoriale du marché.

Ainsi, pour le cas particulier du l'Union-Européenne, l'on peut invoquer les barrières d'ordre réglementaire qui peuvent, par nature, segmenter le marché géographique, ou encore les habitudes et les préférences culturelles des populations d'une localité, ou encore, le degré plus ou moins poussé de l'intégration entre divers territoires.

Pour ce qui est du Royaume du Maroc, la délimitation du marché géographique répond à des spécificités liées à la place du commerce aussi bien

[202] COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence*, précité.

intérieur qu'extérieur dans l'économie, de même qu'à la position de proximité dont jouit le Royaume, eu égard aux pays d'Afrique et l'Union-Européenne, son principal partenaire économique.

Ces substratums aussi diversifiés qu'ils soient peuvent avoir une influence déterminante dans la définition géographique du marché. Hors ces spécificités relevées, la définition du marché géographique obéit aux mêmes principes applicables à la définition du marché matérielle.

3- L'indicateur *« comportement des acteurs du marché »*, un hypsomètre des plus décisifs :

C'est plus précisément l'indicateur d'attribution le plus *« subjectif »* parmi les indicateurs qualitatifs usités en vue de la délimitation du marché en cause, vu son importance en tant qu'élément distinct et fondateur de l'approche *« subjective »*, sa mise en évidence en faveur de la définition du marché concerné ne peut passer qu'à partir d'un examen minutieux du comportement des acteurs du marché, lesquels acteurs sont constitués principalement par les consommateurs et les entreprises concurrentes.

S'agissant des consommateurs, les autorités de la concurrence des systèmes juridiques en cause, évaluent leur comportement notamment face à une variation du prix, afin de déceler ceux-ci considèrent les produits en cause comme des substituts proches.

Cet exercice se déploie par l'intermédiaire des sondages ou des études sectorielles ou socioprofessionnelles dans le dessein de constituer une idée sur leur comportement, comme l'indique, d'ailleurs, la Commission européenne d'une façon expresse : « *Dans le cas des biens de consommation, il peut être difficile, pour la Commission, de connaître directement le point de vue final des consommateurs sur les produits de substitution. Les études de marché passées, commandées et utilisées par les entreprises pour fixer le prix de leurs produits*

et/ou déterminer leurs actions commerciales, peuvent lui fournir des renseignements précieux pour définir le marché en cause. Les enquêtes menées auprès des consommateurs pour connaître leurs habitudes de consommation et leurs comportements d'achat, les avis exprimés par les détaillants, ainsi que, de manière plus générale, les études de marché communiquées par les parties et par leurs concurrents sont utilisés pour déterminer si une proportion économiquement significative des consommateurs considèrent deux produits comme substituables, en tenant également compte de l'importance des marques de fabricant pour les produits en question »[203]. La mise en œuvre d'une telle approche n'est pas facile, mais elle a l'avantage de situer la réaction *« subjective »* du consommateur au cœur de la définition du marché pertinent[204].

D'autant, selon le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc, l'étude du comportement du consommateur est essentielle pour connaitre les mécanismes qui expliquent comment se forment les besoins de tout consommateur, comprendre les préférences envers telle ou telle offre.

En effet, « *Les comportements du consommateur relevés dans l'étude [sur la concurrentiabilité du secteur des moyennes et grandes surfaces] répondent tous à la recherche d'une plus grande proximité avec le client. Cette proximité revêt plusieurs aspects : elle peut concerner un rapprochement physique, comme dans le cas des supermarchés qui investissent les centres des grandes villes ; elle peut découler d'une adaptation aux demandes de certains segments de clientèle, ce qui passe généralement par des assortiments adaptés à la*

[203] COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence*, précité, pt. 41.

[204] **G. CANIVET & C. CHAMPALAUNE**, « Le comportement du consommateur dans la définition du marché » dans Mélanges en l'honneur de Jean Calais- Auloy : Études de droit de la consommation, Paris, Dalloz, 14 janv. 2004, pp. 227-243.

clientèle d'une enseigne particulière ou d'un magasin donné ; et elle peut, enfin, être liée aux préoccupations financières des consommateurs les moins fortunées. Ce dernier type de rapprochement est appelé à se développer avec la recherche de nouveaux clients issus de classes populaires. L'entrée sur le marché (...) et le développement des marques de distributeurs augurent vraisemblablement d'une période de forte concurrence sur ce nouveau segment de clientèle »[205].

En plus des préférences et des comportements du consommateur, les autorités de la concurrence réalisent pareillement des études sur la concurrentiabilité de certains secteurs d'activité. En général, ce qui est recherché est de connaître le déploiement du milieu des affaires sur toutes les dimensions du marché dans lequel évoluent les entreprises en compétition.

À l'instar des consommateurs, les informations sur les entreprises concurrentes sont recueillies au moyen des études sur le secteur en cause. Ces informations du milieu professionnel peuvent être prises en compte par les autorités de la concurrence pour fixer les limites du marché si elles sont en conformité avec la réalité concurrentielle du marché.

Effectivement, ces « *études notamment sur les [secteurs de la grande distribution, des marchés de gros, de la farine nationale du blé tendre, du gaz butane et de l'huile de table, du sucre et de l'industrie pharmaceutique, du ciment et de l'acier, de la promotion immobilière, du transport commercial dans le port de Casablanca, du transport terrestre général et touristique, du transport en taxis, des télécommunications et de l'informatique, des banques, des assurances, des crédits à la consommation et des marchés publics] sont susceptibles d'aider le Conseil à connaître progressivement la situation*

[205] Cons. conc. ma., *Étude de la concurrentiabilité du secteur des moyennes et grandes surfaces*, Rapp. ann. 2011, pp. 137.

de la concurrence de principaux secteurs de l'économie marocaine (…). Sur la base des prévisions d'accroissement du rythme de ses activités, et notamment l'aspect relatif à l'élaboration d'études sectorielles devant permettre d'apprécier le niveau de concurrentiabilité au sein d'un certain nombre de marchés, (…) ceci se justifie également (…) par la nécessité d'élaborer la stratégie d'intervention en fonction d'indicateurs pertinents de suivi des marchés »[206].

Concernant ces études le Conseil de la Concurrence souligne que « *son avis se limitera à l'étude des aspects de la concurrence économique (...), tout en prenant en considération les inter-réactions entre les deux aspects et l'influence directe et indirecte de la libéralisation et de la mise en concurrence pédagogique sur la situation de la concurrence dans le secteur* »[207].

Le Conseil de la Concurrence du Royaume résume, ainsi, l'intérêt porté aux études des opérateurs du marché et considère de la manière que le but recherché, à travers les études concurrentielles et socioprofessionnelles réalisées par lui, « *n'est pas de préparer ou émettre des avis, mais de fournir les outils d'analyse et de suivi nécessaires à l'action du Conseil quant à l'évolution du marché (...). En effet, ces études doivent permettre une approche analytique de la réalité concurrentielle au sein des secteurs concernés en particulier et d'une façon plus générale de la dynamique concurrentielle au sein de l'économie nationale. Les conclusions de ces études, constitueront, sans conteste, des atouts majeurs pour le Conseil lors du traitement des saisines et des demandes d'avis qui lui seront adressées (…). L'étude de la réalité concurrentielle constitue également une opportunité pour l'analyse des structures des marches, et l'examen de la qualité des comportements*

[206] Cons. conc. ma., *Première Partie. Réalisations en matière de structure et donne institutionnelle*, Rapp. ann. 2009, p. 11.

[207] Cons. conc. ma., *Deuxième Partie. Activités du Conseil*, Rapp. ann. 2009, p. 20.

des opérateurs que ce soit les entreprises concurrentes ou le consommateur potentiel, à travers des indicateurs que constituent l'évolution du marché dans son ensemble et l'évolution des composantes de l'offre et de la demande à l'intérieur de ces marches »[208].

Pour se faire le Conseil est astreint « *d'axer ces études sur les recherches qualitatives concernant les substances à étudier [secteurs d'activités, entreprises] et leurs modes d'organisation, sur les problématiques et éventuelles entraves à la concurrence en leur sein et, enfin sur la perception qu'ont les opérateurs sur le fonctionnement concurrentiel au sein du marché (…). Par ailleurs, le traitement des données collectées doit être réalisé à travers l'examen direct des éléments du marché en cause et les mécanismes de sa marche spécifique, et également à travers leur analyse croisée pour la mise en évidence des résolutions de possibles interrelations et corrélations et en utilisant, pour ce faire, les instruments et indices utilises dans les analyses concurrentielles* »[209].

Aussi, « *chaque étude des comportements des opérateurs constitue un éclairage sur le fonctionnement du marché, et une analyse des mécanismes généraux de la concurrence, de même le but recherche par le Conseil, à travers la réalisation de ces études n'est pas simplement de disposer de monographies (…), mais plutôt d'appréhender avec toute l'acuité possible la réalité concurrentielle, de mieux cerner les spécificités des forces du marché et de tester le degré d'assimilation de la politique de la concurrence, et l'aptitude à respecter les dispositions de la loi sur la concurrence dans notre pays* »[210].

---

[208] Cons. conc. ma., *Objectifs des études de la réalité concurrentielle*, Rapp. ann. 2009, pp. 33-34.

[209] *Ibid.*

[210] *Ibid.*

À l'issue de ces études, et partant des éclairages qu'elles devront fournir sur les mécanismes et comportements anticoncurrentiels, le Conseil sera à même de mieux cibler ses actions de diffusion de la culture concurrentielle et d'affiner sa stratégie de communication en direction des opérateurs économiques. Ces études sont considérées par le Conseil de la Concurrence du Royaume comme partie intégrante des actions de sensibilisation en faveur de la concurrence libre et loyale.

En somme, nous relevant que la définition *« subjective »* du marché est tournée vers l'appréhension des pratiques de nature à fausser ou restreindre le jeu de la concurrence sur le marché. Cet aspect constitue un acquis important pour le droit de la concurrence autant en droit européen qu'en droit marocain. La définition du marché faite à l'aide de *« critères subjectifs et/ou objectifs »* doit avoir un but précis de garantir la sécurité du commerce juridique et d'instaurer l'égalité entre opérateurs concurrents.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE :

Compte tenu de ce qui précède, il en ressort clairement que l'œuvre de l'appréhension de l'entrave à l'accès au marché faisant, le cas échéant, élément instigateur à l'atteinte à la concurrence au marché suppose avant tout l'adoption d'une approche qui verrait dans toute atteinte à l'égalité des chances entre entreprises, une restriction au sens des systèmes juridiques sous examen.

Cette approche qui est de nature à contribuer au la préservation de l'égalité dans la concurrence voire l'exhortation du dynamisme de compétition entre les acteurs présents sur le marché, demeure tributaire de l'intérêt porté à la délimitation du marché pertinent lui-même.

En effet, la définition du marché concerné ou pertinent représente une passage obligé sur le sentier de la lutte contre les pratiques susceptibles de porter atteinte à l'équilibre au sein de l'enceinte concurrentielle, au moyen des dispositions du droit de la concurrence portant sur l'entente ou la pratique concertée ou encore plus l'abus de position dominante.

La délimitation du marché s'avère indispensable compte tenu du fait qu'elle tolère au droit d'examiner l'existence ou l'absence de l'essence même de l'atteinte à la concurrence effective sur le marché.

Dès lors, sur le plan juridique, le marché pertinent constitue le cadre d'expression de tout comportement émanant des entreprises, protagonistes ou antagonistes concurrents, d'où l'importance de délimiter le marché en cause afin de pouvoir arpenter les variables de la concurrence.

De fait, la nécessité de définir le marché concerné tire son essence de sa fonction générique qui agit quelle que soit la catégorie juridique de la gêne en présence.

Aussi, le marché en cause constitue-t-il le soubassement d'une réalité peu maniable qui s'apprécie de la sorte en fonction de l'origine formelle de l'atteinte à la concurrence.

La délimitation du marché, lequel sert de cadre d'analyse à tout comportement prétendument anticoncurrentiel, découle en grande partie de la complémentarité typique qui se trouve entre les méthodes d'appréhension « *objective* » et « *subjective* » ; à l''instar, d'ailleurs, de la complémentarité synchrone entre l'analyse économique et la dimension normative du droit de la concurrence.

À dire vrai, si la méthode d'approche juridique du marché tend à caractériser les principes essentiels qui gouvernent le marché *via* le déploiement de la dimension spatiale et matérielle, l'interaction occurrente entre les analyses d'ordre juridique et économique montre aussi bien l'utilité et les limites du *« test du monopoleur hypothétique »* que la nécessaire prise en compte des éléments qualitatifs dans la circonscription de l'arène concurrentielle ainsi que de l'atteinte anticoncurrentielle pouvant l'affecter.

De par ailleurs, il va s'en dire qu'étant donné l'importance de la délimitation du marché par rapport à l'investiture de l'égalité de traitement entre entreprises, eu égard aux conditions d'accès aux sources d'approvisionnement et de son corollaire la lutte contre toute pratique néfaste au libre jeu de la concurrence. Le droit se trouve, à cet effet, astreint de veiller à un standard effectif de garanties aux opérateurs concurrents à l'encontre de l'insécurité juridique pouvant se manifester au stade délicat de l'exercice de la circonscription du champ concurrentiel. Ainsi, il s'avère fondamental, d'un point de vue juridique, que l'œuvre du prétoire s'attelant à la détermination du marché, soit mise sous contrôle juridictionnel.

CHAPITRE -2- LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DU MODÈLE RÉGULATEUR D'APPRÉHENSION DU MARCHÉ CONCERNÉ OU PERTINENT :

La circonscription du marché concerné est d'une importance capitale qui n'est pas à rappeler, dans le cadre de l'exercice de la prérogative légale du maintien de la sécurité du commerce juridique au standard de l'arène concurrentielle, plateforme incontestable de la compétition et l'attractivité du capitalisme économique moderne, en veillant, à titre particulier à brider toute faculté de porter atteinte à la liberté des opérateurs économiques d'accéder ou de prospérer sur le marché, *via* la garantie de l'auspice de l'indépendance d'opérateurs économiques les uns envers les autres.

Cette besogne scrofuleuse semée d'embûches telle la définition du marché pertinent, obéit à des règles de conception normative propre [211], garantissant par leur mise en œuvre l'exclusion de tout acte relevant de l'arbitraire, quant à la cohérence de l'appréciation de l'œuvre de circonscription des contours de l'environnement concurrentiel telle qu'établie par les autorités de concurrence.

Cette nécessité d'ordre public présuppose l'existence d'un contrôle efficient qui s'enracine dans la dimension normative du droit de la concurrence.

Aussi, l'existence d'un contrôle en cette matière renforce à juste fait, l'obligation qui incombe à l'autorité de la concurrence de la non-violation des principes de droit et des règles de procédures de l'appréhension du fait contesté, ce qui nous ramène de justesse à l'obligation dévolue à cette autorité de motiver à bon droit ses avis et décisions.

[211] **M. DRISSI ALAMI MACHICHI**, « Environnement juridique de la vie économique », Revue Marocaine de Droit Économique, Centre de Droit des Obligations et des Contrats, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Sidi Mo hamed Ben Abdellah, Fès, N°2, Janvier 2009, p.1-48.

Ainsi, le contrôle juridictionnel affectant la circonscription du marché en cause vise ouvertement à assurer aux opérateurs concurrents des garanties contre l'arbitraire et, par voie de conséquence, l'assurance d'une certaine sécurité juridique certaine[212].

En effet, procéder à un contrôle sur la délimitation du marché en droit de la concurrence favoriserait le sentiment de sécurité juridique du côté des opérateurs économiques, dans la mesure où il permettrait de poser les jalons d'une analyse rigoureuse des conditions de la mise en œuvre d'un tel exercice vu les difficultés qu'il soulève.

Retenons qu'au demeurant, la complexité que revêt la définition du marché concerné se répercute inextricablement en amont et en aval sur l'effectivité de son contrôle, ce dernier qui demeure tributaire de la nature juridique d'une telle opération.

De fait, dans le champ juridique en général et judiciaire à titre particulier, l'étendue du pouvoir de contrôle de droit sur le fond du cas contesté dépend strictement de la nature de la substance en cause **(Section -1-)**. Voilà donc que l'on observe que la nature de la question posée agit ultimement au sens de détermination de la norme de contrôle à laquelle sera tenu le juge du droit dans son œuvre de contrôle **(Section -2-)**.

[212] **L. IDOT & B. VAN DE WALLE DE GHELCKE**, « Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions», *CDE*, 2001, p. 160.

Section -1- L'examen de l'identité juridique en vue de l'appréhension des traits fondamentaux du marché concerné ou pertinent :

L'identification de la nature juridique de l'exercice de délimitation du marché ne sera discernée qu'en se fondant sur la base d'un précepte exégétique ancestral de la distinction des frontières entre droit et fait **(§ -1-)**. Ce précepte syllogistique, qui est d'une formulation en apparence assez rudimentaire, connaît néanmoins, une mise en application délicate en droit de la concurrence, du fait de la nature complexe des questions à géométrie variable, parmi lesquelles la délimitation du marché pertinent qui en constitue le œil du cœur[213]. En retour la mise en exergue de ce précepte révélera *in fine* le sens que prendra la définition du marché concerné ainsi que son véritable caractère **(§ -2-)**.

§-1- Repère conceptuel des frontières partageant la *« question de droit »* par rapport à la *« question de fait »* :

La disjonction fonctionnelle entre la *« question de droit »* et la *« question de fait »*, érigée du temps de l'empire romain[214], pendant laquelle époque, la procédure judiciaire se caractérisait par une scission extraordinaire, en deux phases à savoir une phase dite *in jure*, suivie d'une phase *apud judicem*, cette scission entre la question du droit et celle du fait, puisait sa source dans la nature du raisonnement prétorien qui affirme le clivage entre le droit faisant la règle normative et le fait objet d'application de la règle du droit.

Ce syllogisme jurisprudentiel[215] aboutit à la différenciation entre le droit et le fait, laquelle distinction fait aujourd'hui un dogme dans la majorité des systèmes judiciaires, dont celui de l'Union et de son homologue marocain.

---

[213] **J- W. CLARK**, « Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence,* 1999, pp.148-159.

[214] **C. PERELMAN**, *Le fait et le droit, Études de logiques juridiques,* Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 15-26.

[215] **L. LEVENEUR**, « le fait », *APD,* 1990, pp.143-164.

Au vu du standard du droit européen de la concurrence, la distinction entre le fait et le droit est consacrée en vertu de l'article 225 du Traité CE (actuel article 257 TFUE) et de l'article 58 du Statut de la CJUE[216].

En droit marocain elle est mise en œuvre en vertu de l'article 44 de la loi 20-13 relative au Conseil de la Concurrence et l'article 359 du code de procédure civile, sur le fondement de ces textes et eu égard au contrôle de la légalité interne de l'acte, excepté les questions de fait, uniquement les questions de droit sont attaquables en justice.

Néanmoins, la mise en œuvre de cette différenciation entre la question de droit et la question de fait demeure une besogne considérablement délicate, pour la simple raison de l'imbrication remarquable du droit et du fait dans les problématiques complexes du droit de la concurrence dont, particulièrement, la circonscription de la du marché.

Ce constat a d'ailleurs été affirmé en droit européen à l'occasion de l'affaire *Hilti A.G*, ainsi « *délimiter un marché des produits en cause, afin d'établir l'existence d'une position dominante [...] est une opération complexe qui implique à la fois des constatations de fait et l'appréciation de ces faits à la lumière de principes économiques et de critères juridiques* »[217].

[216] Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, annexé aux traités, tel que modifié par le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 (JO L 228 du 23 août 2012, p. 1), par l'article 9 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Croatie et aux adaptations du traité sur l'Union européenne, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (JO L 112 du 24 avril 2012, p. 21), par le règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015 (JO L 341 du 24 décembre 2015, p. 14) ainsi que par le règlement (UE, Euratom) 2016/1192 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 2016, relatif au transfert au Tribunal de la compétence pour statuer, en première instance, sur les litiges entre l'Union européenne et ses agents (JO L 200 du 26 juillet 2016, p. 137).

[217] TPICE, *Hilti AG c. Commission*, 12 déc. 1991, aff. T 30-39, Rec 1991 II-01439, pt. 8.

Aussi, incombe-il au juge du droit de débiter suivant son pouvoir discrétionnaire entre la question de droit et la question de fait[218]. À dire vrai, la visée d'une telle manœuvre s'affiche à travers l'étendue du contrôle exercé par le juge du droit sur le juge du fait. Aussi, incombe-t-il au juge de déterminer ce qui est du droit et ce qui relève de pures situations de fait, en tenant compte de la relativité des conclusions du juge du fait qu'il est appelé à contrôler.

§-2- L'attributif procédurier « *question de droit* » ou « *question de fait* » dans l'optique de la mise œuvre de la délimitation du marché concerné ou pertinent :

Faire appel à l'exercice de morcellement d'étroite paroi entre fait et droit permet de répondre à la supplication de connaître si la délimitation du marché s'inscrit dans un cadre *juridico-normatif* ou se situe au niveau du plan *économico-factuel*.

La question concernant la détermination de la nature juridique du marché pertinent a été élucidée à l'occasion de l'affaire *Hilti* laquelle la Cour de Justice de l'Union Européenne a résolu[219].

En fait, l'entreprise *Hilti* dédisait la définition du marché de produit établie par la Commission européenne. En l'espèce, la Commission, aux fins de l'application de l'article 86 CE (actuel 102 TFUE), a tracé le contour de trois marchés dissemblables à savoir, tout d'abord, le marché des pistolets de scellement, ensuite, le marché des chargeurs et enfin marché des clous à usité pour les pistolets. Pour sa part, l'entreprise *Hilti* invoquait que cette définition était erronée, vu que la Commission n'a pas, dûment, mis la lumière sur la distinction des marchés de sous-produit dans le marché général du système de *fixation à charge propulsive*. En sus, au regard de l'entreprise *Hilti*,

[218] **P. WILLIAM MCKEOWN ET E. MARSHALL ROTHSTEIN**, « Examen judiciaire des affaires de concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 1999, pp.125-147.
[219] TPICE, *Hilti AG c. Commission*, précité.

malgré le fait que ces trois marchés devaient être distingués, sa position dominante telle qu'alléguée par la Commission était compromise par l'existence des produits de substitution au système de *fixation à charge propulsive* presté par elle, parmi lesquels produit de substitution l'on retrouve notamment les systèmes de perçage/vissage fort existant sur le marché.

D'ailleurs, les conclusions de la Commission ont été confirmées de la part du Tribunal de Première Instance, lesquelles conclusions ont fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de Justice.

Aussi, la Cour devait-elle se prononcer sur la nature juridique de la délimitation du marché telle qu'opérée par la Commission, pour savoir si des conclusions de telles natures tombent sous son contrôle, ce conformément aux articles 225 du Traité CE (actuel article 257 TFUE) et 58 du Statut de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Pour sa part, la Cour de Justice a jugé admissible de soumettre à son contrôle les conclusions du Tribunal de Première Instance faisant juge du fait. Conséquemment, selon les magistrales de la haute juridiction de telles conclusions entrent dans le champ juridique et constituent des questions de droit « *les conclusions du Tribunal sur la délimitation du marché concerné sont justifiées par une appréciation en droit* »[220].

La tendance du prétoire européen axée sur la scission de la question de droit et de la question de fait est demeurée jusqu'à lors un dogme constant, en convenant qu'ils soient reconnu manière systématique comme relevant du droit et du contrôle de la Cour de Justice, les conclusions émanant du Tribunal de Première Instance afférent à la définition du marché pertinent.

Mais si dans le cas où en qualifiant la définition du marché pertinent de *« question de droit »*, le juge européen limiterait scrupuleusement

[220] *Ibid.*, pt. 8.

l'appréhension du marché aux seules conclusions tirées de la constatation des faits.

Ceci dit, force est constater ici la nuance ultra fine qu'on est astreint de faire entre l'établissement des faits en association avec les aspects probatoires des débats et les conclusions juridiques auxquelles donnent lieu ces faits.

Et étant entendu, c'est en fonction de cette scission entre *« question de droit »* et *« question de fait »* que le Tribunal de Première Instance reste totalement souverain en matière l'appréciation des éléments de preuve, abstraction faite dans les cas rarissimes de dénaturation ou de détournement de pouvoir. D'ailleurs, cela se reflète nettement à travers l'arrêt *Deere*[221].

Dans le contexte actuel, le contrôle exercé par la Cour de Justice sur les preuves que le Tribunal de Première Instance a retenues à l'appui des faits ne relève pas de sa juridiction, dès le moment que ces preuves ont été constituées régulièrement et que les principes généraux du droit et les règles de procédure applicables en matière de charge et d'administration de la preuve ont été respectés, il appartient dans ce cas, au seul Tribunal d'apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux éléments à lui soumettre[222].

À la différence du droit européen, la distinction entre la question de fait et la question de droit emporte peu au standard des avis et décisions émanant du Conseil de la Concurrence, au niveau desquels la délimitation du marché concerné constitue une prérogative capitale pour la régulation du marché.

En effet, en vertu de la loi n° 20-13 relative au Conseil de la Concurrence[223], la réponse aux questions afférent à la compatibilité des faits répréhensibles par rapports à la règle du droit en vigueur est réservée

[221] CJCE, *John Deere Ltd c. Commission*, 28 mai 1998, C7/95, Rec. 1998 I-03111.

[222] *Ibid.,* pt. 22.

[223] Dahir n° 1-14-117 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014) portant promulgation de la loi n° 20-13 relative au Conseil de la Concurrence, Bulletin officiel n° 6280 du 10 chaoual 1435 (7 août 2014), p. 3746.

singulièrement au Conseil, ainsi *« Le conseil a un pouvoir décisionnel en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des opérations de concentration économique, telles que définies dans la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence »*[224], de même le Conseil de la Concurrence peut être saisi *« pour toutes les pratiques anticoncurrentielles, par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge (…) »*[225].

Le Conseil de la Concurrence est pareillement habilite à être saisi par l'administration *« de toute pratique anticoncurrentielle, ou de faits susceptibles de constituer une telle pratique, ainsi que des manquements aux engagements pris par les parties à une opération de concentration économique lorsque l'administration a évoqué la décision relative à ladite opération conformément à la loi sur la liberté des prix et de la concurrence»*[226].

Dans le même ordre d'idée le Conseil peut être consulté par les commissions permanentes du Parlement *« sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence, conformément aux règlements intérieurs des Chambres du Parlement »*[227].

Le Conseil peut également être consulté par les juridictions « *sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies*»[228].

Conséquemment, le Conseil de la Concurrence donne *«(…) un avis sur toute question concernant la concurrence »*[229].

Pourtant, les avis et les consultations rendus par le Conseil notamment en matière de lutte contre pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles

[224] Loi 20-13 relative au Conseil de la Concurrence, art. 2.
[225] *Ibid.*, art. 3.
[226] *Ibid.*
[227] *Ibid.,* art. 5.
[228] *Ibid.,* art. 6.
[229] *Ibid.,* art. 4.

de recours devant la justice. En effet, le recours contre les avis et décisions émanant du Conseil est une des techniques juridiques donnant la possibilité d'attaquer ces actes, c'est-à-dire de mettre fin à leur validité ou à leur force probante.

Selon les dispositions de l'article 44 de la loi 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence « *les recours contre les décisions prises par le conseil de la concurrence en application des dispositions (…) de l'article 20 de la présente loi (…) sont portés (…) devant la chambre administrative de la Cour de cassation* ».

Or, les pourvois soumis à la Cour de Cassation en droit processuel marocain, doivent être fondés sur l'une des causes indiquées par l'article 359 du code de procédure civile à savoir : « *1° Violation de la loi interne ; 2° Violation d'une règle de procédure ayant causé préjudice à une partie ; 3° Incompétence ; 4° Excès de pouvoirs ; 5° Défaut de base légale ou défaut de motifs* ».

D'après l'article 359 du code de procédure civile, le recours en cassation contre les décisions et avis du Conseil débouche sur un contrôle de la légalité interne de l'acte émis par lui. Aussi, force est-il de constater qu'en l'occurrence seules les questions de droit et du respect de la procédure sont attaquables devant la Cour de Cassation, à l'exclusion des questions de fait.

C'est dans ce contexte que la Cour de Cassation du Royaume du Maroc n'est donc pas compétente pour constater les faits ni, en principe, pour examiner les preuves que le Conseil a retenues à l'appui de ces faits. La mission attribuée à la Cour de Cassation serait dès lors de contrôler si ces preuves ont été obtenues régulièrement, que les règles généraux du droit et les règles de procédure applicables en matière de charge et d'administration de la preuve ont été respectés.

D’ailleurs, en matière des pratiques anticoncurrentielles, il appartient au seul Conseil de la Concurrence d'apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux éléments de fait sur la base desquelles il va édifier son avis.

De ce fait, en sa qualité de juge de droit, la Cour de Cassation doit faire abstraction d'éléments de preuves que le Conseil de la Concurrence a pris en considération pour rendre sa décision.

En résumé, si *« la question de droit »* concerne la détermination du critère juridique applicable et *« la question de fait »* porte sur ce qui s'est réellement passé entre les parties concurrentes ; et enfin, la *« question de droit et de fait »* consiste à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Le droit marocain assume bien son rôle de conciliation entre les deux conceptions en jouant son rôle unificateur du droit, selon le droit marocain, la délimitation du marché concernée n'est ni une *« question purement factuelle »*, ni une *« question d’essence juridique »*, il s'agit plutôt d'une question qui emprunte des deux et en fait, ainsi, une *« question mixte de droit et de fait »*.

En définitive, l'on aura remarqué les divergences entre les droits européen et marocain du fait que le dispositif n'est pas le même ; alors que la circonscription du marché pertinent s'avère être une *« opération juridique »* en Europe, elle constitue un exercice *« mixte de droit et de fait »* en droit marocain, eu égard à la pratique administrative horizontale de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles menée par le Conseil de la Concurrence elle est une jonction entre le fait et du droit. Quant à l’œuvre prétorien de la Cour de Cassation elle s’affiche comme une opération de pur droit fondée sur le contrôle de la régularité de l’acte émanant du Conseil. Cette différence va avoir une conséquence fondamentale sur la norme de contrôle applicable au fond.

Section -2- Une ambivalence et bipolarité de la norme de contrôle judiciaire de la délimitation du marché concerné ou pertinent :

La dynamisation de la norme de contrôle judicaire demeure subordonner à grande échelle à la nature juridique de la délimitation du marché pertinent. Elle est de fait, distincte selon qu'elle est une *« question de droit »* ou une *« question de fait »*. Or, il en découle une divergence d'appréhension de la norme de contrôle applicable par les juridictions compétentes.

Elle est stricte et rigoureuse sur les questions d'appréciation des faits, dans la mesure où le juge saisie en recours d'un fait contestable est astreint de faire preuve de considérablement de circonspection et de suffisamment de retenue pour ce qui se rattache aux conclusions factuelles établies par les autorités de concurrence, parmi lesquelles on retrouve, au premier rang des préoccupations, la problématique de délimitation du marché, lesquelles conclusions deviennent presque intangibles, dans la stricte mesure où le juge saisie est appelé à focaliser son contrôle seulement sur l'axe afférent à la vérification de l'application des règles de procédure à l'appréciation du cas litigieux. *À contrario*, la norme de contrôle est souple pour les questions de droit, le juge étant chargé le cas échéant, de contrôler à titre exclusif les violations des règles de procédure dans les décisions des autorités de concurrence (**§ -1-).** L'examen de la jurisprudence européenne démontre, néanmoins, une tendance déviante en ce qui est de la mise en application de la norme de contrôle initiale fondée l'exigence de la consécration du concept normatif de respect des règles de procédures d'appréciation du fait reprochable, ce qui a ouvert la boite de pandore à un certain degré poussé au paroxysme de déconsidération du précepte du cantonnement du contrôle judiciaire au simple vérification du respect des règles de procédure (**§ -2-)**.

§-1- Le contrôle juridictionnel du respect des règles de procédure d'appréciation des faits économiques :

En droit marocain, dans le cadre du contrôle juridictionnel exercé par la Chambre administrative de la Cour de Cassation sur les conclusions économiques de nature complexe contenues dans les décisions et avis émanant du Conseil de la Concurrence afférents aux pratiques anticoncurrentielles, il ressort de l'article 359 du code de procédure civile marocain que la Cour de Cassation est astreint de se cantonner à la simple vérification que le Conseil ne s'est pas rendu coupable de la violation d'une loi ou d'une règle de procédure ayant causé préjudice à une partie, du défaut de base légale ou du défaut de motifs de l'appréciation du cas litigieux ou d'un excès de pouvoir perpétré par lui.

Ainsi, il on découle que la substance de la décision émanant du Conseil de la Concurrence notamment celle relative au marché, arène des pratiques anticoncurrentielles est essentiellement une question de fait eu égard aux circonstances qui sous- tendent l'infraction particulière qui est reprochée. Autrement dit, les avis et décisions du Conseil constitue une question d'appréciation voire de jugement se fondant sur la preuve matérielle.

Par ailleurs, puisant de ses conclusions afférentes au caractère particulier des litiges en matière de concurrence, le juge européen s'est montré, quant à lui, considérablement circonspect pour ce qui s'attache au contrôle des appréciations des éléments factuels voire économiques complexes affirmées par la Commission européenne, parmi lesquelles on retrouve la problématique de délimitation du marché pertinent, étant donné qu'*a priori* le juge européen est astreint de faire preuve de suffisamment de retenue au sujet de la définition du marché.

Aussi, « *l'exactitude des faits matériels sur lesquels la Commission s'est fondée peut-elle toujours être contrôlée par le TPI, alors que le contrôle du TPI sur les questions d'appréciation économique se limite normalement à vérifier que la Commission ne s'est pas rendue coupable d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un abus de pouvoir* »[230].

Cette circonscription à effet limitatif concernant la portée de la norme de contrôle à la seule erreur de procédure voire l'erreur manifeste d'interprétation, a été confirmé par l'arrêt *Remia* aux termes duquel « *il appartient (…) à la Cour de limiter le contrôle qu'elle exerce sur une telle appréciation à la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir*»[231].

Pourtant, en dépit de cette affirmation le Tribunal de Première s'est pratiquement livré à un contrôle actif et approfondi du marché pertinent, celui-ci a étendu son contrôle en procédant à une appréciation très concrète et précise des éléments de faits, ce qui a mené à une analyse active des éléments soumis au débat. D'où l'on observe, une évolution notable de la portée du contrôle juridictionnel de la délimitation du marché par rapport à celui qui était exercé précédemment par la CJCE[232.] .

§-2- La prévalence d'un contrôle juridictionnel in extenso sur le fond de questions économiques ambivalentes :

S'agissant du droit européen, l'avènement du Tribunal de Première Instance en juge d'appel en matière de la concurrence, à l'occasion de l'investiture du double degré de juridiction, a amplement cuirassé

[230] TPICE, *Hilti AG c. Commission*, précité, p. 672.

[231] CJCE, *Remia BV et autres c. Commission*, 11 juill. 1985, C-42/84, Rec. 1985-02545, pt. 34.

[232] **A- S. BACHELIER**, *Le contrôle juridictionnel des décisions des autorités de concurrence en droit français et communautaire,* Thèse Paris X Nanterre, 1999, p. 436.

son immixtion dans un contrôle strict des conclusions de la Commission européenne concernant la délimitation du marché pertinent. Cela pourrait dénoter une parfaite concordance avec la nature éminemment juridique de la préservation de la sécurité au sein du marché, ainsi que l'intérêt lequel le Tribunal de Première Instance accorde à la question de la circonscription du marché.

D'ailleurs, force est de constater qu'il y a vraisemblablement un état de paradoxe quant à la position du Tribunal de Première Instance qui pose une obligation intrinsèque de haut degré de retenue à travers la norme de respect des règles de procédure et de l'erreur manifeste d'appréciation. Tandis que sur le plan pratique, quand il s'agit de contrôler le marché, le Tribunal ne fait pas preuve de respect de cette obligation de haut degré de retenue, vu qu'un nombre avéré de décisions attestent du contrôle poussé opéré par celui-ci sur les délibérations de la Commission européenne. En effet, la norme de respect des règles de procédure et de l'erreur manifeste d'appréciation exige un haut degré de retenue de la part du juge d'appel. Or, l'examen de la jurisprudence du Tribunal de Première Instance dévoile un certain comportement certes antithétique.

À dire vrai, depuis le temps où il a été érigé, le Tribunal de Première Instance a précocement exercé un contrôle actif sur la délimitation du marché en cause, cette juridiction s'est prévalue de la prorogative légale du recours en annulation par le moyen duquel elle est saisie en appel des décisions rendues par la Commission. À travers cette saisine en appel les parties demanderesse invoquent souvent en argument, devant le Tribunal de Première Instance, la définition inexacte du marché adoptée par la Commission.

À cet effet, le Tribunal de Première Instance en répliquant à cet argument, examine non seulement la matérialité des faits, mais autant

la pertinence et la véracité des éléments probatoires sur lesquels s'est fondée la Commission, et c'est à l'occasion de cet exercice que le Tribunal de Première Instance se montre ainsi particulièrement exigeant quant à la motivation de la définition du marché pertinent, ce qui lui tolère d'étendre son pouvoir d'appréciation tout en restant cantonné dans le contentieux de l'annulation[233].

Aussi, de maints arrêts du Tribunal de Première Instance illustrent-ils son contrôle actif sur la substance même de la délimitation du marché, bien que ledit tribunal affirme au préalable se déférer à un contrôle minimum visant les règles de procédures et d'administration de la preuve, les affaires *Kish Glass*[234], *Tera pak*[235]et *Colin Arthur Roberts*[236]en font des exemples types.

Par ailleurs, l'incident d'annulation de trois décisions de la Commission européenne concernant les affaires *Airtours* [237] , *Schneider Electric* [238] et *Tetra Laval*[239] par le Tribunal de Première Instance, dans le cadre du contrôle juridictionnel, semble venir corroborer cette tendance à contrôler de plus près l'œuvre de la Commission sur l'appréciation des éléments factuels, particulièrement quand il s'agit de questions économiques complexes comme celui du marché pertinent.

À vrai dire, ces trois annulations successives ont eu l'effet d'un véritable revirement quant à la question de l'essor du contrôle juridictionnel des décisions de la Commission par le Tribunal de Première Instance. En effet, la Cour de Justice s'est intercédée à travers l'arrêt *Tetra Laval* pour réaffirmer l'attitude du Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne.

---

[233] *Ibid.*, p. 451.

[234] TPICE, *Kish Glass & Co. Ltd c. Commission*, 8 nov. 2001, aff. T-65/96 DEP, Rec. 2001 II-03261.

[235] CJCE, *Tetra Pak International SA c. Commission*, 14 nov. 1996, aff. C333/94P, Rec. 1996 I-05951.

[236] TPICE, *Colin Arthur Roberts et Valérie Ann Roberts c. Commission*, 5 juill. 2001, aff. T-25/99, Rec. 2001 II-01881.

[237] TPICE, *Airtours plc c. Commission*, 28 juin 2004, aff. T-342/99 DEP, Rec. 2004 II-01785.

[238] TPICE, *Schneider Electric SA c. Commission*, 22 oct. 2002, aff. T-310/01, Rec. 2002 II-04071.

[239] TPICE, *Tetra Laval BV c. Commission*, 25 oct. 2002, aff. T-5/02, Rec. 2002 II-04381.

En l'espèce, la Commission européenne a reproché au Tribunal qui a annulé sa décision, de ne pas avoir respecté la norme de contrôle établie par la Cour, cette norme impose au Tribunal de faire preuve de retenue en vis-à-vis des décisions de la Commission portant sur des questions économiques complexes, sans omettre que cette norme, qui reconnaît à la Commission une large marge d'appréciation sur les faits, a été posée par la Cour de Justice dans l'affaire *Kali und Salz*[240].

Aussi, en rejetant cet argument, la Cour a soutenu dans l'arrêt *Tetra Laval* que « *(…) s'il reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge communautaire doit notamment vérifier, non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuves invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées*»[241].

D'ailleurs, il faut noter que les conclusions de la Cour n'étaient pas considérées indifféremment, d'aucuns les ont approuvés[242] et d'autres, s'en ont exprimé leur inquiétude à son égard[243]. L'on observe quant à nous que comme nous l'avons relevé naguère, le contrôle du Tribunal sur la délimitation du marché est exercé de manière extensive, et qu'il ne saurait correspondre

---

[240] CJCE, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et entreprise minière et chimique (EMC)* c. *Commission*, 31 mars 1998, aff. jtes. C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998 I-01375, pt. 223.

[241] CJCE, *Tetra Laval BV c. Commission*, 20 mai 2010, aff. jtes. C-12/03 P-DEP et C-13/03 P-DEP, Rec. 2010 I-00067, pt. 39.

[242] **D. WAELBROECK**, « Le juge communautaire en matière de concentrations : censeur pédagogique ou juge de la légalité ? », *Concurrences,* Editorial, 2005, p. 2.

[243] **H. LEGAL**, « Le contentieux communautaire : entre contrôle restreint et pleine juridiction», *Concurrences,* Editorial, 2005, pp. 1-2.

au degré de retenue exigée de respect des règles de procédures et de l'erreur manifeste d'appréciation des faits.

La Cour de Justice tout en affirmant que malgré la marge d'appréciation qui lui est laissée, le Tribunal doit vérifier autant l'exactitude matérielle des éléments de preuves, leur pertinence, ainsi que les conclusions juridiques fondées sur ces éléments, celle-ci a franchi la première étape d'une suite d'évènements d'infinie sédition vers la consécration d'un contrôle de pleine juridiction sur les décisions de la Commission.

De même, les affaires *British Airways* et *Airtours* représentent des esquisses types du contrôle strict et poussé que mène le Tribunal sur l'opération de la délimitation du marché pertinent réalisée par la Commission européenne.

Au mépris universel du fait que dans ces deux cas, la définition retenue par la Commission a été entérinée par le Tribunal, ce dernier s'est néanmoins déployé à examiner à fond l'exactitude matérielle des faits, de même que les éléments probatoires sur lesquels s'est basée la Commission européenne pour circonscrire le marché.

En ce qui est de l'affaire *British Airways,* la Commission européenne s'est limitée au marché britannique des services aériens des agences de voyages, afin de brosser les contours du marché pertinent au sein duquel agit la partie demanderesse, celle-ci ayant reproché à la Commission de s'être rendue coupable d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation des faits, ceci attendu que le marché en cause ne pouvait se réduire exclusivement à celui des agences de voyage, mais plutôt au marché des lignes aériennes. De la même manière, la partie demanderesse a rendu à la Commission responsable d'avoir opté pour une définition étroite du marché géographique que celle-ci a limité au marché britannique.

Par ricochet, le Tribunal de Première Instance a étayé un long exposé sur cette question en corroborant la définition prônée par la Commission laquelle selon lui n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation des faits ni d'erreur de procédure. De surcroît, toujours suivant le raisonnement du Tribunal, la Commission a de justesse, considéré comme pertinent le marché des agences de voyages étant donné « *caractère irremplaçable des services que les agents de voyages rendent aux compagnies aériennes* »[244]. Conséquemment, la position d'acheteur sur ledit marché n'ayant aucune incidence sur la qualification d'abus de position dominante au sens de l'article 82 CE (actuel article 102 TFUE).

Suivant la même trajectoire, le Tribunal a encore une fois été appelé à contrôler sur les faits la définition du marché pertinent effectuée par la Commission concernant les affaires *Schneider Legrand, British Airway*s et *Air tours*.

Dans le cadre de l'affaire *Schneider Legrand*[245], Schneider a reproché à la Commission d'avoir tenu une définition étroite du marché pertinent, en faisant exclusion du marché concerné les ventes intégrées de composants électriques, lesquelles ventes sont au vu de la Commission des ventes qui ne pouvaient pas être incluses dans les limites du marché de produit, parce qu'elles constituent une autoproduction et ainsi, n'exercent pas de pression concurrentielle sur le marché des composants électriques, le motif invoqué par la Commission concerne l'intégration verticale des entreprises *ABB* et *Siemens* par *Schneider*, puisque ces dernières constituent des filiales de *Schneider*.

---

[244] COMMISSION CE, *Décision n° 2000/74/CE du 14 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways)*, JOL 30 du 4/2/2000, pt. 97.

[245] **L. BIDAUD**, « La question des ventes intégrées et la délimitation du marché pertinent dans la concentration *Schneider/Legrand* », *Contrats Concurrence Consommation,* 2004, pp.12-18.

Le Tribunal a admis l'argument de l'appelante Schneider en disqualifiant catégoriquement le motif de la Commission, car selon lui l'existence d'un appel d'offres montre la gésine d'un échange économique concomitant entre l'offre et la demande, duquel échange résulte une discipline concurrentielle sur le marché des composants électriques.

L'affaire *Airtours* n'est pas dénudée d'intérêt, elle est tout aussi intéressante, dans la mesure où le contrôle juridictionnel de la définition du marché pertinent y a occupé une place éminente. En effet, l'entreprise de voyage *Airtours* a contesté la définition du marché de la Commission, en prétendant que là encore la Commission a retenu une définition très étroite du marché en distinguant le marché des vacances à forfait vers des destinations proches, du marché des vacances à forfait vers des destinations lointaines. D'après *Airtours,* la Commission européenne a ainsi commis une erreur manifeste d'appréciation des faits, vu que les éléments qui ont poussé celle-ci à retenir une définition étroite du marché militaient en fait, en faveur d'une définition large du marché qui serait le cas échéant, constitué par les vacances à forfait incluant à la fois les destinations proches et lointaines[246]. À tenir compte que pour retenir le marché des vacances vers des destinations proches, la Commission s'est fondée notamment sur les caractéristiques du produit, de son prix et de l'absence de la substituabilité du côté de l'offre.

Le Tribunal de Première Instance, à la suite d'une analyse minutieusement, au point par point des arguments de l'appelante et les motivations de la Commission, a fait preuve de retenue en exposant que la Commission n'avait commis aucune erreur manifeste dans la procédure liée à la délimitation du marché. Les termes usés par le Tribunal reconnaissent expressément la marge de manœuvre laissée à la Commission dans

[246] COMMISSION CE, *Décision n° 2000/74/CE du 14 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways)*, précité.

un tel exercice syllogistique d'appréciation. Subséquemment, suivant le raisonnement adopté par le Tribunal, en l'espèce « *(…)s'agissant de la définition du marché, le fait que la Commission n'ait pas accordé une importance décisive ni à l'évolution des goûts des consommateurs ni à l'importance croissante de la substitution des vacances vers des destinations lointaines (...), aux vacances vers des destinations proches, ni, enfin, à la croissance du marché des vacances vers des destinations lointaines au cours des dernières années, ne suffit pas pour conclure que la Commission a outrepassé les limites de son pouvoir d'appréciation en estimant que les vacances à forfait vers des destinations proches ne relèvent pas du même marché du produit que les vacances à forfait vers des destinations lointaines (…)* »[247].

Dans l'affirmatif, bien que ce dernier arrêt puisse laisser sous-entendre un certain degré de retenue de la part du Tribunal envers les décisions de la Commission, il n'en demeure pas moins vrai qu'une tendance prétorienne prédominante faisant jurisprudence constante dépeint un contrôle poussé atteignant son paroxysme du juge de droit sur l'appréciation des faits. L'image d'un tel contrôle nous parait être antagonique à la frasque d'appréciation dévolue à la Commission européenne en ce qui se rapporte aux questions économiques complexes dont entre autres l'appréhension du marché en cause.

[247] *Ibid.*

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE :

Au vu de ce qui précède, il ressort que la prégnance des considérations relatives à l'intérêt général dans le cadre du droit de la concurrence fait écho à la prise en considération aussi bien des principes de droit et des règles de procédures que de la qualification fondée sur les éléments de fait dans le cadre de contrôle de la délimitation du marché concerné ou pertinent. Ce qui ne rend que plus délicate voire ardue la mise en œuvre du contrôle juridictionnel sur la délimitation du marché, lequel demeure, strictement tributaire de la nature de l'opération si elle est une *« question de fait »* ou une *« question de droit »* ou encore plus une *« question de fait et de droit »*.

À cet égard, nous avons pu remarquer les divergences entre les droits européen et marocain sur la nature des conclusions des autorités de la concurrence en ce qui a trait à la circonscription du marché, alors que l'opération de la circonscription du marché concerné s'avère être une à *priori* une *« question de droit »* en droit européen, elle constitue un exercice *« mixte de droit et de fait »* en droit marocain. En effet, eu égard à la pratique administrative horizontale de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles menée par le Conseil de la Concurrence la délimitation du marché concerné est une jonction entre le fait et du droit. Mais, quant à l'œuvre prétorien de la Cour de Cassation, elle s'affiche comme une opération de pur droit fondée sur le contrôle de la régularité de l'acte émanant du Conseil. Cette différence va avoir une conséquence fondamentale sur la norme de contrôle applicable au fond.

Subséquemment, aussi bien en droit marocain qu'en droit européen, le contrôle juridictionnel affectant la définition du marché en cause constitue une question de droit, ce contrôle est supposé se conformer de la manière au seuil de déférence requise du juge de contrôle par rapport à l'exercice de la délimitation du marché, à savoir la limitation de l'examen juridictionnelle

des décisions des autorités de la concurrence au seul respect des règles de procédures. Pourtant, malgré le fait que l'on connaît d'emblée que théoriquement, en droit européen le Tribunal de Première Instance affirme s'en limiter à un contrôle sur le respect de l'aspect procédural, sa jurisprudence reflète une tendance inverse.

De par ailleurs, l'existence d'un contrôle juridictionnel de la circonscription du marché s'intègre dans le contexte d'une conception plus large de la dimension normative du droit de la concurrence des systèmes sous examen et permet de garantir une certaine cohérence de l'œuvre prétorien quant à l'appréciation de la fréquence de l'incident et de l'impact de l'atteinte portée à la concurrence.

Ce contrôle sur l'opération de la délimitation de l'enceinte concurrentielle s'exerce âprement sous prétexte du tempérament alambiqué de l'environnement concurrentiel dominant le marché lui-même, dont l'approche met forfaitairement en jeu des outils et de processus économiques encadrés par des principes juridiques.

L'affermissement de l'exigence de définir le cadre juridique d'analyse du fait reproché et de ses retombés sur le sort même de la lutte engagée à l'encontre de l'entrave causé au libre jeu de la concurrence et de son essence la garantie de l'instauration de la sécurité du commerce juridique, commandent immanquablement l'existence d'un contrôle juridictionnel servant à visualiser l'effet escompté de la délimitation du champ concurrentiel. Il s'agit ici de l'objectif d'enrayer les pratiques qui constitue entraves apportées à la libre circulation et empêchent l'accès égalitaire des opérateurs concurrents au marché.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE :

Comme il apparait clairement à l'issue de cette première partie, la délimitation du marché concerné ou pertinent constitue à l'évidence la première étape du processus continu visant la consécration du traitement égalitaire des opérateurs concurrents sur le marché par l'intermédiaire du droit des pratiques anticoncurrentielles relevant des systèmes sous examen.

L'idée fondamentale est que la délimitation du marché, si délicate et difficile soit-elle, doit avoir pour finalité la préservation de la sécurité du commerce juridique. C'est dans cet esprit que doit être appréhendée la nécessaire de la délimitation du marché en cause, car cette opération permet de circonscrire le champ concurrentiel au sein duquel se déploie à perte de vue l'aptitude de l'entreprise ou des entreprises de se laisser soustraire des règles gouvernant le libre jeu de la concurrence, et ce, que l'on soit bien en présence d'une entente ou d'une position dominante.

La méthode d'approche juridique, qui s'intègre dans la visée de l'affirmation de la prépotence du droit de la concurrence en tant que système normatif s'intéressant de par sa fonction initiale de magnat défendeur, de veiller à l'accès efficace des entreprises antagonistes au marché, et plus particulièrement à la fois en prévenant et gérant la résurgence de toute pratique ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché en cause ; une telle approche conduit à illustrer le bien-fondé de la nécessité de la circonscription du marché en cause dans la mise en évidence du processus d'assainissement du marché, étant qu'elle sert de cadre d'analyse et de qualification de l'entrave à l'accès au marché.

En effet, la définition du marché est essentiellement orientée vers la localisation de l'atteinte à la concurrence. Une telle opération-cadre permettra au droit de mettre en exergue les dispositions légales selon les manifestations de cette atteinte portée au marché laquelle atteinte se cristallise sous la forme de l'entente ou la pratique concertée, ou plus encore la position dominante.

Toutefois, en dépit du fait que la méthode d'approche juridique marque sa prépondérance dans l'impératif de la délimitation du marché concurrentiel, les soubassements de la délimitation du marché en cause, ainsi que les principes qui contribuent à ériger une telle délimitation, démontrent toutes, d'emblée, la relation de complémentarité existant entre la méthode d'approche normative et l'analyse économique. Une telle l'analyse qu'est le fruit d'études économiques et économétriques utiles quant à la délimitation du marché dans ses dimensions à la fois matérielle et spatiale.

D'ailleurs, compte tenu de la place et de l'influence de la délimitation du marché concerné sur l'effectif du contexte concurrentiel et la garantie de la profitabilité d'accès égalitaire pour l'ensemble des acteurs, l'approche juridique dans sa perception normative fait prévaloir un contrôle juridictionnel de la délimitation du marché.

Ce contrôle juridictionnel trouve toute sa justification dans l'impérative de procéder à la vérification de la conformité des décisions et délibérations sur cette question par rapport aux principes juridiques et les règles de procédure, afin d'assurer aux opérateurs concurrents une certaine sécurité juridique en ce qui se rattache aux conclusions des autorités compétentes sur cette question tant fondamentale.

Ultimement, l'atteinte à la concurrence revêt un aspect ultra dynamique dont le droit de la concurrence doit nécessairement tenir compte dans son processus d'intervention en vue de la protection stricte de l'accès

des concurrents au marché. Autrement dit, en tant qu'effet d'un comportement litigieux néfaste, l'atteinte à la concurrence prend sa source dans le marché, d'où la nécessité de la circonscrire par la délimitation du marché et elle s'y déploie pareillement.

C'est pourquoi une fois l'atteinte à la concurrence repérée, le droit doit saisir le déploiement de ce phénomène économique par le biais de ses manifestations sur le marché, lesdites manifestations se font au moyen de la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles que ce soit l'entente ou l'abus de position dominante.

DEUXIÈME PARTIE- LES IMPLICATIONS JURIDICO-CONCEPTUELLES DE L'APPRÉHENSION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES: UN FONDEMENT FLUCTUANT À LA CONSOLIDATION DE L'ÉGALITÉ DES OPÉRATEURS CONCURRENTS :

Aussitôt la limitation du champ concurrentiel est mise en évidence au moyen de la circonscription du marché concerné ou pertinent, la mise en relief de l'égalité des opérateurs concurrents dans les conditions d'accès au marché par l'intermédiaire de la lutte contre toutes manifestations de l'élimination de la concurrence [248] , facteur catalyseur de l'accroissement de l'insécurité juridique, laquelle insécurité est de nature à enclencher pour sa part des répercussions néfastes sur l'économie du marché en général et le bien-être collectif en particulier[249].

Aussi, sur ce fondement le comportement de l'entreprise susceptible de porter atteinte au libre jeu de la concurrence devra-t-il être appréhendé par le droit tel qu'incarné sur le marché de référence, ce comme l'exige l'hypothèse de base qui consiste à ce que le droit appréhende le comportement anticoncurrentiel de l'entreprise dans toute sa dynamique.

La manifestation juridique de l'attitude anticoncurrentielle s'analyse en la capacité de l'entité en cause de s'abstraire des pressions concurrentielles du marché et ainsi, de pouvoir adopter un comportement indépendant en vis-à-vis des autres acteurs.

---

[248] **M. MOTIK,** « La protection de l'entreprise commerciale », Revue Marocaine de Droit d'Économie du Développement, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°49, 2004, p. 153.

[249] **K. BENNANI DAKHAMA,** « Concurrence, marché libre et protection du consommateur : cas des produits financiers », Revue Marocaine de Droit d'Économie du Développement, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°49, 2004, pp. 305-314.

En effet, les pratiques anticoncurrentielles, manifestation effective de l'atteinte à la concurrence[250], s'affichent comme étant le fait générateur d'une situation irrégulière se présentant sur le marché, à l'origine desquelles pratiques se trouvent une entreprise ou un groupe d'entreprises jouissant d'une certaine austérité en vis-à-vis des concurrents.

Par conséquent, conformément à l'approche juridique liée à l'analyse économique et ancrée dans la dimension normative du droit de la concurrence ; le déploiement des pratiques de nature à restreindre, limiter ou fausser le libre jeu de la concurrence constitue la manifestation juridique de l'équilibre biaisé de la concurrence saine sur le marché.

Les assises de la notion des pratiques anticoncurrentielles s'expriment notamment à travers les activités des opérateurs concurrents lesquelles sont de nature à consolider la position de force des protagonistes en cause. Ainsi, l'approche juridique, fondée sur les dispositions du droit de la concurrence en tant que système juridique autonome considérera cet état de fait en s'appuyant les fondements juridiques de la notion des pratiques anticoncurrentielles[251].

Au plan juridique, les pratiques anticoncurrentielles, dérivant d'une situation de fait, ne peuvent recevoir une caractérisation rigide et figée. L'on peut juste affirmer qu'il s'agit d'une situation qui permet à l'entreprise d'avoir la capacité, la potentialité de porter atteinte à la concurrence. Dès lors que les symptômes des pratiques anticoncurrentielles existent, ceci implique

---

[250] **A. SQUALLI,** « La liberté d'entreprendre à l'épreuve du jeu de la concurrence », Revue Marocaine de Droit d'Économie du Développement, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°49, 2004, p. 137.

[251] **M. DRISSI ALAMI MACHICHI,** « Régulation de l'économie par le droit », Revue Marocaine de Droit d'Économie et de Gestion, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°52, 2006, pp. 9-33.

une surveillance, un contrôle, une régulation par le droit et avant toute définition. Les pratiques anticoncurrentielles mettent à l'affût le droit de la concurrence dans la mesure où elles constituent la manifestation déraisonnable de la puissance de l'entreprise voire des entreprises[252].

En réalité, les pratiques anticoncurrentielles n'apparaissent pas comme des structures à matérialité figée, dans la stricte mesure où l'entreprise ou les entreprises qui y adhèrent, n'ont pas pour vocation d'unir les substrats composant leur structure interne à savoir la direction et le personnel, les équipements industriels, locaux, la politique d'entreprise. L'entreprise ou les entreprises en question ne font en l'espèce que s'engager plus ou moins provisoirement, en vue d'adopter des comportements pour renforcer leur présence au sein du marché auquel ils appartiennent, et d'affaiblir durablement leurs concurrents directs ou potentiels.

La notion de pratiques anticoncurrentielles n'est pas clairement définie par les textes de loi des systèmes sous examen. Le sens qu'on y donne très souvent consiste en des comportements, des situations de faits ou légales qui entravent ou faussent le jeu de la libre concurrence ou même de l'inobservance des règles relatives à la concurrence. De sorte que la notion est appréhendée au travers des formes que recouvrent ces comportements déviants. Les définitions sont nuancées selon que l'on est en présence de telle ou telle forme des pratiques anticoncurrentielles.

Aussi, faudrait-il brosser le champ d'intervention de la règle de droit, à travers l'observation des spécificités des pratiques anticoncurrentielles qui prennent leurs sources, aussi bien au sein du marché marocain qu'au sein

[252] **A. EL FATIHI,** « Les pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des télécommunications : Comment prévenir et remédier?», Revue Marocaine de Droit Économique, Centre de Droit des Obligations et des Contrats, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, N°1, Octobre 2007, p. 74-77.

du marché européen que ce soit à l'intérieur du territoire européen ou à son extérieur, mais en y produisant tout de même les mêmes effets.

Par voie de conséquence, ce second chapitre aura pour objet de brosser le champ d'intervention des pratiques anticoncurrentielles, à travers l'observation de leurs spécificités qui prennent leurs sources au sein de l'un des deux marchés marocain et européen. De façon plus explicite, nous allons démontrer que les pratiques anticoncurrentielles ne font que chavirer la concurrence et sont susceptible de l'affecter à un tel point qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité que ces pratiques auront sur le marché en cause des effets négatifs.

Voilà donc, ce chapitre mettra en évidence les différentes caractéristiques de ce type de comportement en vue de tracer les grandes lignes des pratiques à proscrire. Au fait, les pratiques anticoncurrentielles peuvent émaner d'une coordination concertée de plusieurs entreprises, l'hypothèse de principe est alors celle de l'entente **(Chapitre -1-)**. Le comportement anticoncurrentiel peut également être le fait d'une seule entreprise ou d'un groupe d'entreprises, c'est l'hypothèse typique de l'abus de position dominante individuel. À cette situation s'ajoute celle de la position dominante collective, comportement qui est mis au compte de plusieurs entreprises **(Chapitre -2-)**.

CHAPITRE -1- LA DÉLICATE CISELURE DES LIGNES DE DÉMARCATION DU CHAMP D'INTERVENTION DES ENTENTES ENTRE ENTREPRISES :

L'entente anticoncurrentielle, pratique prohibée en vertu de l'article 6 de loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc, s'inspirant de l'article 101 TFUE, cette même réglementation qui remonte à 1953, s'inspire à son tour des règles connues dans les principaux pays occidentaux dont notamment la réglementation *Antitrust* américaine issue du *Sherman Act*[253] de 1890.

Ces règlementations appréhendent génériquement l'entente comme étant un concours de volontés entre des parties indépendantes, qui décident de coordonner leurs comportements sur le marché [254]. En vertu de ses règlementations cette pratique n'est pas interdite sauf si elle affecte le bon fonctionnement du marché[255].

[253] Le *Sherman Antitrust Act* du 2 juillet 1890 est la première tentative du gouvernement américain de limiter les comportements anticoncurrentiels des entreprises : il signe ainsi la naissance du droit de la concurrence moderne. La loi américaine porte le nom du *Sénateur John Sherman* de l'*Ohio* qui s'éleva contre le pouvoir émergent de certaines entreprises constituées en quasi- monopoles. L'expression d'antitrust vient du fait que la proposition de loi visait à contrer les agissements d'un groupe pétrolier, la *Standard Oil*, qui était constitué en trust et non sous la forme d'une société dont les droits étaient, à l'époque, limités. Ironiquement, lorsque la *Standard Oil* fut démantelée, elle avait pris déjà la forme d'une société et le *Sherman Antitrust Act* ne s'appliqua plus aux trusts. Il est complété par le *Clayton Antitrust Act* de 1914. Dans son article premier, la loi *Antitrust* énonce que « *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint oftrade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal... This prohibition applies not only to formal cartel but also to any agreement to fix priees, limit industrial output, share market, or exclude competition* », ce qui veut dire plus nettement que tout contrat, association sous forme de cartel/entente ou sous d'autres aspects, conspiration entraînant une restriction illégale du commerce entre les différents états ou même avec des nations étrangères doit être déclaré illégale. Il stipule en outre que cette interdiction ne s'applique pas qu'à l'entente purement formelle mais également à tout accord ayant pour but de fixer les prix, limiter la production industrielle, se partager le marché ou exclure les concurrents.

[254] **M. DRISSI ALAMI MACHICHI**, *Concurrence : Droits et obligations des entreprises au Maroc*, Édition : L'Économiste, Casablanca, 2004, p. 92.

[255] **TH. MASSART**, *Droit commercial, introduction, actes de commerce, commerçant, fonds de commerce,* GUALINO, 2007, p. 237, n° 54.

L'article 6 de loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence et l'article 101 TFUE constituent les éléments majeurs de l'appréhension des ententes visant à restreindre ou fausser la concurrence. Ces textes préservent et promeuvent le système de libre entreprise en encourageant le plus possible une concurrence libre voire égalitaire et ouverte au sein du marché.

En effet, l'article 6 de loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence prévoit clairement que *« Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit (…) ».*

De sa part l'article 101 TFUE énonce expressément 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 (…) »*.

Toutefois, ces deux articles apparaissent comme relativement larges, et ne font que tracer les grandes lignes des ententes et pratiques concertées à proscrire et peuvent s'apparenter ainsi à des lois cadres, dont le contenu resterait à déployer. Par conséquent, les autorités de la concurrence et tribunaux des système sous examen par l'intermédiaire de leur œuvre prétorien ont non seulement appliqués aux affaires qui leurs étaient soumises les grands principes directeurs, mais ils ont également eu un rôle de créateur de droit en définissant au cas par cas les critères constitutifs des différentes infractions, pour en arriver aujourd'hui à ce que l'appréciation d'une entente dépende presque essentiellement des critères émanant du prétoire.

Au demeurant, tenter d'ouvrir cette Boite de Pandore fait ressortir que la qualification de l'entente présuppose l'existence de d'une concertation **(Section -2-)** entre plusieurs entreprises **(Section -1-)**.

Section -1- La mise en question des parties prenantes à l'origine de la résurgence de l'entente :

L'entente suppose la pluralité de parties, pour s'entendre il faut être au moins deux entreprises **(§ -1-**), qui exercent une activité économique, et qu'elles soient autonomes l'une envers l'autre **(§ -2-)**.

§-1- La prise e considération de l'entreprise en tant que facteur d'impact inhérent à la genèse de l'acte réprouvée :

L'élément essentiel de la détermination du champ d'application du droit de la concurrence est l'entreprise, pour cette raison le législateur marocain, fait état du concept d'entreprise, dans l'article premier de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence qui énonce que « *La présente loi s'applique :*

1. à toutes les personnes physiques ou morales qu'elles aient ou non leur siège ou des établissements au Maroc, dès lors que leurs opérations ou comportements ont pour objet ou peuvent avoir un effet sur la concurrence sur le marché marocain ou une partie substantielle de celui-ci ;

2. à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes morales de droit public lorsqu'elles agissent comme opérateurs économiques et non dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou de missions de service public (…) ».

Cet article renvoie à la définition du concept de l'entreprise en droit de la concurrence, laquelle trouve sa tangibilité dans l'œuvre du Conseil de la Concurrence.

Effectivement, le Conseil de la Concurrence marocain à l'occasion de son *avis n° 5/09 relatif au secteur du livre scolaire rendu par le 7 septembre 2009*, estime qu'il « *convient de signaler à cet égard que ce concept (d'entreprise)*

diffère considérablement de celui employé dans le droit des sociétés. En effet, le droit de la concurrence définit de façon élargie la notion d'entreprise en la considérant comme étant toute entité exerçant une activité économique qu'il s'agisse d'une activité de production, de distribution ou de service, et ce quel que soit sa forme juridique. Le droit de la concurrence utilise ainsi une définition fonctionnelle et non organique de l'entreprise, se basant sur le caractère économique de l'activité exercée. D'ailleurs les règles du droit de la concurrence peuvent être appliquées aux personnes physiques et morales, y compris les syndicats professionnels et les associations à but non lucratif, à partir du moment où leurs activités économiques peuvent avoir un effet sur le marché »[256].

D'ailleurs, au sens de l'article 101 TFUE, l'entente est une collusion « *entre entreprises* ».Ainsi, au sens des législations en cause, il peut s'agir de toute entreprise de production, de distribution, d'importation, et de service de communication[257], quelques soient leur taille et leur forme, c'est-à-dire soit des sociétés commerciales, des commerçants personnes physiques, des mutuelles, des barreaux, des associations, des centrales d'achats, des coopératives[258], des organismes ou syndicats professionnelles[259], des GIE[260],...etc.

---

[256] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, Rapp. ann. 2009, p. 63.

[257] **L. IDOT**, *La notion d'entreprise*, *RTD com.*, 2001, p.191.

[258] Cons. conc. fr., *Décision n° 92-D-38 du 9 juin 1992 relative à des pratiques anticoncurrentielles constatées au sein des groupements de commerçants détaillants de produits électroménagers et d'électronique grand public : groupe G (G.I.T.E.M.) et Elco (Keny),* BOCCRF du 31 juill. 1992 ; v. **M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL,** v. **M. AMSELLEM & J. VIALENS**, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p. 65.

[259] Le rôle des organismes ou syndicats professionnelles est la défense de leurs adhérents, ils sont considérés comme des parties à l'entente quand ils sortent de leur mission et se livrent à cette pratique anticoncurrentielle.

[260] Les groupements d'intérêt économique sont des entreprises qui peuvent être commettre des pratiques anticoncurrentielles, v. par exemple : *Cons. Con. fr., Décision n° 10-D-15 du 11 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « groupement des Taxis amiénois et de la métropole »*, Rapp. ann. 2010, p. 195.

À la lecture de l'article 6 de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc fait référence aux « *actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* », il ressort que la pluralité d'entreprises est sous-entendue, la pratique est donc imputée à plusieurs entreprises. Les pratiques envisagées sont donc mises au compte de plusieurs entreprises, indépendantes les unes des autres.

Plus précisément, il s'agit de différentes entités disposant, chacune, de leur autonomie économique. Les accords entre entreprises, sont des pratiques réalisées par plusieurs entreprises disposant d'une autonomie de comportement sur le marché.

D'ailleurs, en droit européen de la concurrence l'arrêt *Mannesman* du 13 juillet 1962 allait-il avoir le mérite d'être le premier à se pencher sur la question, selon les juges d'espèce une entreprise est «*constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé* »[261].

§-2- Le syndrome de la rigidité de la mise au point des critères de qualification de l'entreprise :

Deux critères essentiels sont nécessaires pour la qualification d'entreprise, l'exercice d'une activité économique **(A)**, et l'existence d'une autonomie de comportement sur le marché **(B)**.

A- Le déploiement de l'analyse en termes de critère de l'exercice de l'activité économique :

En application de l'article 35 de la Constitution du Royaume du Maroc, la liberté de la concurrence est un principe constitutionnel et d'application

[261] CJCE, *Mannesmann AG c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 13 juill. 1962, aff. 19-61, Rec. 1962-00675.

transversale à tous les secteurs d'activité économique[262].

Aussi, l'article premier de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, vient corroborer à sa minière la teneur du principe constitutionnel suivant lequel « *L'État garantit de la liberté d'entreprendre et la libre concurrence* »[263] en énonçant clairement que : « *La présente loi s'applique : (…) 2. à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes morales de droit public lorsqu'elles agissent comme opérateurs économiques et non dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou de missions de service public (…)* ». En effet, cet article étend le champ d'application du droit de la concurrence à tout opérateur exerçant une activité économique.

De facto, le Conseil de la Concurrence marocain s'est prévalu du critère de l'exercice de l'activité économique en droit de la concurrence, ce en vue d'appréhender le cas de l'entente anticoncurrentielle nommément, à l'occasion de sa *décision relative à la demande d'avis n° 19/DA/2012 du 13 février 2012 de la société JK Hôtels*, en rappelant que « *la qualification de l'entente anticoncurrentielle suppose préalablement que les entités en cause soient considérées comme des « entreprises» au sens du droit de la concurrence, c'est-à-dire des entités exerçant une activité économique et disposant d'une indépendance décisionnelle au niveau économique, quelque soit leur statut ou forme juridiques*»[264].

En pratique, l'activité économique est toute activité durable qui consiste à produire, distribuer ou commercialiser à ses risques un bien ou un service

---

[262] Cons. conc. ma., *Chapitre I : Cadre conceptuel et appréhension des professions libérales par le droit et la politique de la concurrence, III – L'impératif de soumission des professions libérales au droit et à la politique de la Concurrence*, Rapp. ann. 2013, p. 141.

[263] Art. 35 de la Constitution du Royaume du Maroc, promulguée par le Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 correspondant au 29 juillet 2011.

[264] Cons. conc. ma., *Décision relative à la demande d'avis n° 19/DA/2012, du 13 février 2012 de la société JK Hôtels*, Rapp. ann. 2013, p. 47.

sans qu'il y ait lieu de considérer la nature de l'activité, la nature du bien ou du service, ni la qualité ou le statut de l'entité qui exerce cette activité.

Quant à elle, la Commission européenne, a posé en principe qu'« *une activité de nature économique est une activité, à but lucratif ou non, qui implique des échanges économique*»[265].

Ce critère d'exercice d'une activité économique a été appliqué aux hypothèses les plus diverses, à titre exemple en droit européen de la concurrence ce critère a été appliqué aux expéditeurs en douane[266], aux organisations sanitaires[267], aux architectes[268], et aux avocats, qui, exerçant une activité économique, sont regardés comme des entreprises au sens du droit de la concurrence « *sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion* »[269].

Même les entreprises publiques sont jugées en ayant recours au critère d'exercice d'une activité économique, l'article 106 TFUE § 1, confirme leur soumission aux règles de la concurrence. Ainsi les articles 102 et 106 TFUE s'imposent d'abord aux États membres. Comme l'admis la CJCE, « *le Traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptible d'éliminer les effets utiles des articles 85 et 86 TCE*

[265] COMMISSION CE, *Décision de la Commissionn° 00/12/CE du 20 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire nº IV/36.888 - Coupe du monde de football 1998)*, Journal officiel n° L 005 du 08 janv. 2000, p. 0055 – 0074, p. 55.

[266] TPICE, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) c. Commission*, 30 mars 2000, aff. T-513/93, Rec. 2000 II-01807.

[267] CJCE, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz,*25 oct. 2001, aff. C-475/99, Rec. I-8137.

[268] CJCE, *Giuseppe Conte c. Stefania Rossi,* 29 Nov. 2001, aff. C-221/99, Rec. I-9371.

[269] CJCE, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, 19 févr. 2002, aff. C-309/99, Rec. 2002 I-01577.

(actuels article 101 et 102 TFUE) »[270]. En sus, l'article 106 TFUE leur interdit notamment de « *mettre, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives, les entreprises publiques dans une situation dans laquelle ces entreprises na pourraient pas se placer elles-mêmes par des comportements autonomes sans violer les dispositions de l'article 86 (actuel article 106 TFUE)* »[271].

Néanmoins, même si l'entité exerce une activité économique, elle échappe à l'application de l'article 6 de la loi n° 104-12 et de l'article 101 TFUE, si cette activité comporte l'exercice de prérogatives de puissance publique, ou encore si l'entreprise exerce une fonction de nature exclusivement sociale. Ainsi un État, un organisme public ou une collectivité locale ne sont pas des entreprises au sens du droit de la concurrence lorsqu'ils mettent en œuvre des prérogatives de puissance publiques.

En droit marocain, le Conseil de la Concurrence a déclaré sa saisine par le syndicat des pilotes maritimes irrecevable conformément à l'article 27 § 1 de l'ex-loi n° 06-99 en raison de son incompétence pour statuer sur les décisions d'une autorité de régulation comme l'ANP[272] lorsqu'elle agit dans le cadre de l'exercice de prérogative de puissance publique ou des missions de service public[273].

À cet effet, le Conseil de la Concurrence marocain a rappelé sa position énoncée dans son *avis n° 6/09 en date du 7 septembre 2009* et qui prévoit

---

[270] CJCE, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991 I-02925.

[271] CJCE, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA*, 13 déc. 1991, aff. C-18/88, Rec. 1991 I-05941.

[272] L'ANP est l'autorité portuaire chargée des prérogatives régaliennes de gestion et de régulation au sein de l'ensemble des ports nationaux à l'exception du port situé dans la zone spéciale de développement Tanger Méditerranée.

[273] Cons. conc. ma., *Décision relative à la saisine du Syndicat des Pilotes Maritimes*, Rapp. ann. 2013, p. 40.

que : « *(…) les mesures prises par l'Agence Nationale des Ports dans l'exercice de ses fonctions en tant qu'autorité publique. La légalité de ces mesures, notamment leur conformité avec le droit de la concurrence ne peut être évaluée que par la juridiction administrative (…)* »[274]. Parallèlement, le Conseil a rappelé que l'incompétence du Conseil pour se prononcer sur les actes de gestion de service public des organismes publics comme l'ANP ne l'empêche pas de formuler des recommandations sur toute question de concurrence afin d'améliorer le fonctionnement de la concurrence sur les marchés[275].

De même en droit européen, dans l'affaire *ADP*, Aéroports de paris faisait valoir, en défense, que ses activités relevaient de la qualification d'activité de police. En espèce, de Tribunal de Première Instance a fait la distinction, au sein de ses activités, entre celles qui étaient purement administratives et celles qui étaient liées à la gestion et à l'exploitation des aéroports parisiens[276], cela pour conclure qu'ADP n'exerçait aucune activité de police et livrait à une activité économique.

En outre, l'exercice d'activité de nature exclusivement sociale, dans l'affaire *Poucet*, la Cour de Justice a pu considérer que la « *notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 du Traité (actuels article 101 et article 102 TFUE) ne vise pas les organismes chargés de la gestion de régime de sécurité sociale* »[277]. Pour parvenir à cette conclusion, le juge européen a souligné que l'objet de tels organismes n'est pas économique dans la mesure où ils assurent une fonction de caractère exclusivement sociale, que leurs activité, fondée sur le principe de la solidarité sociale, est dépourvue de tout but lucratif

[274] Cons. conc. ma., *Avis n° 6/09 du 7/09/2009 sur le pilotage maritime*, Dossier n° S/09/2, Rapp. ann. 2009, p. 23.

[275] Cons. conc. ma., *Décision relative à la saisine du Syndicat des Pilotes Maritimes*, précité, p. 40.

[276] CJCE, *Aéroports de Paris c. Commission*, 12 déc. 2000, aff. T-128/98, Rec. 2002 I-09297.

[277] CJCE, *Christian Poucet c. Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, 17 févr. 1993, aff. jtes C-159/91 et C-160/91, Rec. 1993 I-00637, p. 637.

et que les prestations versées sont des prestations légales, indépendantes du montant de la cotisation.

En revanche, un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter le régime de base obligatoire, est une entreprise au sens du droit européen, l'absence de but lucratif ne changeant rien à l'analyse[278].

Pour justifier la différence de solutions, le juge européen a relevé que telles caisses fonctionnent selon le principe de la capitalisation et que les prestations qu'elles versent dépendent du montant des cotisations et des résultats financiers des investissements qu'elles effectuent. Sans nier l'existence d'une certaine solidarité, se traduisant notamment par l'indépendance des cotisations par rapport au risque, la CJCE a précisé que celle-ci est limitée, dans la mesure où l'affiliation à de tels régimes est facultative.

B- L'application problématique du potentiel d'autonomie d'entreprendre en indice révélateur de la concurrentiabilité :

Par l'entente, les entreprises peuvent tenter d'éliminer ou de limiter la concurrence s'exerçant entre elles sur le marché, l'interdiction des ententes vise à faire obstacle à une telle pratique. Encore, faut-il, que les entreprises soient aptes à faire concurrence.

En effet, l'entente implique un accord de volonté, supposant que les parties concernées disposent d'une autonomie de décision suffisante les unes par rapport aux autres. L'entente ne tombe donc dans le champ d'application de l'article 6 de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc et de l'article 101 TFUE que si elle est le fait d'entreprises autonomes.

[278] CJCE, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, 16 nov. 1995, aff. C-244/94, Rec. 1995 I-04013.

Selon l'arrêt *Mannesman* une entreprise « *est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé* »[279]. Aussi, est-il considéré comme telle toute entité qui offre des biens ou des services sur un marché[280], indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement[281].

D'ailleurs, l'entente s'affiche comme étant une coalition « *entre des entités économiques capables d'entrer en concurrence l'une avec l'autre* »[1]. L'autonomie économique des entreprises traduit cette exigence, on ne se fait pas concurrence à soi-même[282]. En effet, l'entente ne pourra être constituée qu'entre des entreprises qui jouissent d'une autonomie de volonté[283], c'est-à-dire d'une autonomie juridique et d'une indépendance économique, qui se caractérise par la détermination de façon autonome de leur comportement sur le marché[284].

Cette condition revêt un relief particulier lorsqu'une pratique est reprochée à des sociétés appartenant à un même groupe. En principe les filiales dotées d'une personnalité juridique propre, sont rarement indépendantes, d'un point de vue économique, de la société mère, la qualification d'entreprise

---

[279] CJCE, *Mannesmann AG c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, précité.

[280] TPICE, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) c. Commission*, 4 mars 2003, aff. T-319/99, Rec. 2003 II-00357, pt. 18.

[281] CJCE, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, 23 avril 1991, aff. C-41/90, Rec.1991 I-01979, pt. 21.

[282] **A. DECOCQ & G. DECOCQ**, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, coll. Manuel, 2eme éd., 2004, p. 82.

[283] L'entente exige un accord de volontés libres et conscientes entre les opérateurs économiques ; **S. POILLOT-PERUZZETTO**, *Volonté des parties dans la qualification d'entente*, *RTD com.*, 2001, p.539 ; v. également **G. DECOCQ**, *Droit commercial*, 3ème éd., Dalloz, 2007, p. 140.

[284] **Y. SERRA**, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993.

de la filiale est alors exclue[285].

Il en est ainsi lorsque la filiale « *ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société-mère* »[286]. Au contraire, la qualification d'entreprise sera retenue lorsque la filiale est « *en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège de la société dont elle dépend* »[287].

D'ailleurs, il existe plusieurs indices permettent de définir la situation de la filiale dont les parts détenues par la société-mère dans le capital de sa filiale[288], l'influence de la société mère sur la politique suivie par la filiale, dans la définition des prix mais également, plus largement, pour la fixation de sa politique commerciale. Aussi, l'autorité de concurrence sera-t-il conduite à vérifier dans quelle mesure la filiale était libre d'adopter le comportement faisant l'objet de l'infraction.

Lorsque les filiales ne disposent pas d'autonomie, le groupe lui-même peut alors être qualifié d'entreprise, dès lors qu'il présente une unité

---

[285] L'existence et l'exercice du contrôle capitalistique par la société mère, est considérée comme un facteur très important, et une présomption quasi-irréfragable, pour démontrer la dépendance de la filiale envers la société mère : **F. CHAPUT**, « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Rev. Mensuelle LexisNexis, JurisClasseur Contrats-Concurrence- Consommation*, n° 10, p. 12.

[286] CJCE, *Viho Europe BV c. Commission,* 24 octobre 1996, aff. C-73/95 P, Rec.1996 I-05457, pt. 51. Dans cette affaire, était en cause la société Parker, qui commercialisait ses produits en Europe par l'intermédiaire de différentes filiales, dont elle détenait 100 % du capital et dont elle fixait la politique. Les filiales se répartissaient les marchés pour la distribution des produits. La société Viho reprochait à ce système de distribution d'entraîner un cloisonnement des marchés, en raison de l'interdiction formulée aux filiales d'exporter des produits vers les clients des différents États membres. Il aurait existé une entente interdite. La demande de la société Viho, sur le fondement d'une entente, est rejetée, en l'absence d'autonomie des filiales.

[287] Cons. conc. fr., *Décision n° 03-D-17 du 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes*, BOCC 8 oct. 2003, pt. 127.

[288] CJCE, *Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c. Commission*, 14 juill. 1972, aff. 48-69, Rec. 1972 -00619.

économique[289]. Dans cette hypothèse, les comportements adoptés par la filiale pourront être imputés à la société mère[290]. Corrélativement, les liens entre la société mère et sa filiale ne sauraient être qualifiés d'entente [291], étant donné que pour s'entendre il faut être plusieurs. Il existe pour cette raison un principe d'immunité des accords intra-groupe[292]. L'immunité des accords intra-groupe cesse cependant là où une tromperie est caractérisée.

Des filiales, autonomes les unes des autres, peuvent présenter des offres concurrentes. Comme le relève très explicitement le Conseil de la Concurrence français, lorsque « *de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres* »[293]. Il leur est également permis de présenter

---

[289] CJCE, *Shell International Chemical Company Ltd c. Commission*, 8 juill. 1999, aff. C-234/92 P, Rec. 1999 I-04501 ; CJCE, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, 4 mai 1988, aff. 30/87, Rec. 1988 -02479 ; CJCE, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, 12 juill. 1984, aff. 170/83, Rec.1984 -02999.

[290] CJCE, *Shell International Chemical Company Ltd c. Commission,* 8 juillet 1999, aff. C-234/92 P, Rec. 1999 I-04501, pt. 315, relevant que *Shell* et les sociétés d'exploitation du groupe Shell « *constituent une seule organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable le but, notamment, de produire et vendre du polypropylène en vue de maximiser son profit, même, le cas échéant, au détriment des profits individuels de ses différentes composantes* ». « *Par conséquent, Shell et ces sociétés d'exploitation du groupe Shell constituent une seule entreprise* ». Shell « *était responsable de la coordination de l'action du groupe Shell dans le cadre de l'infraction et lui a, de ce fait, imputé la responsabilité de l'infraction commise*».

[291] CJCE, *Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c. Commission*, 14 juill. 1972, aff. 48-69, Rec. 1972 -00619, pt. 133 relevant que « *lorsque la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, les interdictions édictées par l'article 85, paragraphe 1, peuvent être considérées comme inapplicables dans les rapports entre elle et la société mère, avec laquelle elle forme une unité économique*» ; TPICE, *Micro LeaderBusiness c. Commission*, 16 déc. 1999, aff. T-198/98, Rec. 1999 II-03989, pt. 38. V. également, Cons. conc. fr, *Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux*, BOCC 8 oct. 2003, pt. 123, selon quoi « *en l'absence d'autonomie commerciale et financière, les différentes sociétés du groupe forment alors une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peuvent relever du droit des ententes* ».

[292] **L. VOGEL**, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Economica, 1988, n° 10, p. 24.

[293] Cons. conc. fr, *Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux*, précité, pt. 126.

une offre commune et unique, renonçant à leur autonomie[294].

En revanche, il n'est pas permis aux soumissionnaires de présenter des offres distinctes qui sont en réalité le fruit d'une concertation, « *si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, ces offres ne sont plus indépendantes* ». Aussi, « *les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence*»[295]. La pratique est alors illicite, en dépit de l'absence d'autonomie des entreprises, l'apparence trompeuse volontairement créée par les sociétés justifie la sanction[296].

Au demeurant, il est possible pour les entreprises entretenant des relations juridiques et capitalistiques ou appartenant au même groupe de se concerter sous la condition de déposer une offre commune tel que cela a été confirmé par la *décision de l'autorité de la Concurrence française n° 01-D-03 du 14 janvier 2003* prévoyant qu'il est *« loisible à des entreprises, ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale (…) de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou de se concerter pour établir cette offre, à la condition*

---

[294] Cons. conc. fr, *Décision n° 99-D-11 du 9 février 1999 relative à des pratiques relevées à l'occasion de travaux d'assainissement sur les communes de Toulouse et Lamasquère,* BOCC 22 juin1999, observant que : *« la réponse formulée en commun à un appel à la concurrence par des entreprises indépendantes et concurrentes ne constitue pas, en soi, une pratique répréhensible au sens du droit de la concurrence*».

[295] Cons.conc. fr, *Décision n° 04-D-78 du 22 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le département de la Moselle par six entreprises d'imprimerie à l'occasion de l'impression des bulletins de vote pour les élections présidentielles des 21 avril et 5 mai 2002,* BOCC31 mars 2005.

[296] Peu important, à cet égard, « *que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations* ». Cons. conc. fr, *Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux*, précité. Il en est différemment, cependant, lorsque « *le maître d'ouvrage a été dès l'origine informé du mode d'organisation juridique retenu*». Cons. conc. fr, *Décision n° 00-D-53 du 18 janvier 2001 relative à des pratiques relevées dans les marchés des travaux de revêtement de sols et de peinture dans le Finistère*, BOCC 23 fév. 2001.

de ne déposer qu'une seule offre ».

En sus, il importe de préciser que le droit de la concurrence n'interdit pas aux entreprises qui entretiennent des relations juridiques et capitalistiques ou qui appartiennent au même groupe de déposer leurs propres offres pour un même marché dès lors qu'elles n'ont procédé à aucun échange d'information, à des concertations ou à des consultations préalables, sinon l'offre est considérée comme une entente au sens de l'article 6 de la loi n° 06-99 (l'actuel article 6 de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc)[297].

Il en résulte que la présentation d'offres différentes par les sociétés liées par des relations juridiques et capitalistiques est un indicateur de leur indépendance, et que toute consultation ou échange d'information opérés entre elles sur le marché, est considérée comme une entente anticoncurrentielles[298].

Dans son *avis n° 5/09 rendu le 7 septembre 2009*, le Conseil de la Concurrence du Royaume estime que « *concernant le marché du livre scolaire, les offres des sociétés liées par des relations juridiques et capitalistiques requièrent la mise en œuvre des conditions précitées relatives à l'indépendance des offres. D'autant plus que la majorité des entreprises appartenant aux groupements actifs dans le marché, sont gérées par les mêmes personnes ou par des personnes liées par des partenariats ou par des relations familiales. Cet état de fait peut faciliter l'échange d'information et la consultation sur les offres à présenter. Il est à signaler que l'indépendance des offres des entreprises appartenant au même groupe doit être appréciée au cas par cas* »[299].

---

[297] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, p. 64.

[298] *Ibid.*

[299] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, pp. 64-65.

Aussi, suivant la même trajectoire, le Conseil de la Concurrence marocain affirme que « *Les participants aux appels d'offres relatifs aux livres scolaires doivent s'abstenir de toutes pratiques susceptibles d'affecter l'indépendance de leurs offres présentées à ce sujet, indépendamment des liens juridiques, économiques et contractuels qui existent entre eux (la concertation préalable sur les offres, l'échange d'informations, l'adoption d'une politique unifiée en matière des prix). Ces pratiques affectent le libre jeu de la concurrence et sont passibles, si elles sont prouvées, à des sanctions prévues par la loi (relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc)* »[300].

Par ailleurs, la question de l'autonomie se pose aussi dans le cas des accords auxquels sont parties deux entreprises liées par un contrat d'agence[301]. Les intermédiaires de commerce sont en principe exclus de l'application de l'article 6 de la loi n° 104-12 et de l'article 101 TFUE, à condition que la dépendance soit réelle, car l'intermédiaire est investi du pouvoir de négocier et/ou de conclure les contrats pour le compte d'autre personne, donc il ne supporte pas les risques. Effectivement, lorsque « *l'intermédiaire exerce une activité au profit de son commettant, il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique* »[302]. Par contre s'il existe

[300] *Ibid.*, p. 68.

[301] Dans le contrat d'agence, les clauses d'exclusivité ne sont pas interdites car sans elles, le commettant ne pourrait pas déterminer sa stratégie commerciale et assurer sa protection ; **L-N. VULIERNE**, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2008, p. 176, n° 260.

[302] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission*, 16 déc. 1975, aff. jtes. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114, Rec. 1975 -01663, pt. 480 ; CJCE, *Bundeskartellamt c. Volkswagen AG et VAG Leasing GmbH*, 24 oct. 1995, aff. C-266/93, Rec. 1995 I-03477, pt. 19 relevant que : « *Des représentants ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant*».

une indépendance, il pourra tomber sous le coup de l'interdiction.

En revanche, le négociant indépendant est lui-même une entreprise, lorsqu'il prend ses risques. Ainsi, « *lorsque les conditions passées entre le commettant et ses intermédiaires, qualifiés par les contractants de représentants de commerce, confèrent ou laissent à ceux-ci des fonctions se rapprochant économiquement de celles d'un négociant indépendant, du fait qu'elles prévoient la prise en charge, par lesdits intermédiaires, des risques financiers liés à la vente ou à l'exécution des contrats conclus avec les tiers*»[303].

[303] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission*, précité, v. sur le contrat d'agence, les précisions données par la Commission : Communication de la Commission. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (2000/C 291/ 01), JOCE n° C 291 du 13 oct. 2000, pts. 12 et s.

Section -2- La conception formaliste de l'entente, le début d'une preuve indistincte à la gêne portée à la concurrence :

Il conviendrait aux autorités de la concurrence de déceler l'existence de la pratique concertée provoquant la restriction à la concurrence. À cet égard, l'article 6 de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc et l'article 101 TFUE font mention des pratiques et actions concertées, conventions, et ententes expresses ou tacites, sans avoir à tracer les limites entre ses catégories d'ententes anticoncurrentielles.

À dire vrai, le législateur n'a pas voulu restreindre *a priori* le champ d'action des autorités de concurrence et a admis la grande liberté des autorités de concurrence dans le choix des formules choisies pour qualifier une entente.

Ainsi, comme il est observé en droit européen, la CJCE l'a rappelé dans l'arrêt *Asnef-Equifax* du 23 novembre 2006, en ces termes « *(...) si [l'article 81 § 1, CE] distingue la notion de pratique concertée de celle d'accords entre entreprises ou de décisions d'associations d'entreprises, c'est dans le dessein d'appréhender, sous les interdictions de cette disposition, différentes formes de coordination et de collusion entre entreprises.* »[304].

Quant à nous l'entente peut prendre la forme soit d'un accord **(§ -1-)** ou d'une pratique concertée **(§ -2-)**.

§-1- L'épigramme générique d'un accord ou d'une convention expresse et tacite :

À l'évidence, l'essence même d'une entente demeure sujette à l'émergence d'une expression de volonté commune entre entreprises

[304] CJCE, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, 23 nov. 2006, aff. C-238/05, Rec. 2006 I-11125.

de se comporter sur le marché d'une manière quelconque[305]. Aussi, a-t-on jugé que si tant et que la volonté des parties à l'accord soit concordantes, il importe peu la forme d'expression de ce concours de volonté.

Effectivement, l'accord traduit une corrélation synallagmatique de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante si peu qu'elle demeure le reflet fidèle et synchrone du consensus dûment évoqué[306].

Aussi, ce concours de volonté peut-il s'afficher de façon expresse et autant peut-il être purement tacite **(A)**. En outre, en admettant que l'élément intrinsèque à l'accord est la rencontre des volontés, l'accord s'associera inévitablement à un consentement **(B)** et s'oppose de la sorte à la décision unilatérale **(C)**.

A- l'expression d'une coordination concertée entre entreprises sous quelque forme que ce soit :

Si l'entente[307] s'affiche comme étant un accord entre concurrents ou entre non concurrents [308], la notion de pratique concertée se définit négativement, par opposition aux deux autres formes d'ententes mentionnées à l'article 101 TFUE qui sont les accords et les décisions d'associations d'entreprises et par rapport aux formes d'ententes mentionnées à l'article 6 de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc,

[305] TPICE, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH c. Commission*, 14 mai 1998, aff. T-347-94, Rec. 1998 II-01751 ; TPICE, *Dresdner Bank AG et autres c. Commission*, 27 septembre 2006, aff. jtes. T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP et T-61/02 OP, Rec. 2006 II-03567; CJCE, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission c. Bayer AG*, 6 janv. 2004, C-2/01 P et C-3/01 P, Rec. 2004 I-00023; voir également, TPICE, *SA Hercules Chemicals NV c. Commission*, 17 déc. 1991, aff. T-7/89, Rec. 1991 II-01711.

[306] CJCE, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission c. Bayer AG,* précité.

[307] **E. CLAUDEL**, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse doctorat, Paris X, 1993.

[308] CJCE, *Établissements Consten SARL et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission*, 13 juill. 1966, aff. jtes. 56 et 58-64, Rec. 1966 00429.

c'est-à-dire les conventions et les ententes expresses ou tacites ou coalitions anticoncurrentielles.

Si aucun de ces termes n'a été précisément circonscrit, il semble que celui de pratique concertée soit le plus indéfinissable. Ainsi, il en découle qu'il n'est, donc, aucunement nécessaire que les parties à l'action concertée concourent à la conclusion d'une convention au sens large du droit civil[309], la notion de pratique concertée est plus un instrument destiné à appréhender les collusions qui ne répondent pas aux critères de rattachement des autres catégories d'ententes.

La CJCE a affirmé en 1972 dans son premier arrêt de principe sur les pratiques concertées que « *si l'article85 (actuel article 101 TFUE) distingue la notion de pratiques concertées de celle d'accords entre entreprises ou de décisions d'associations d'entreprises, c'est dans le dessein d'appréhender, sous les interdictions de cet article, une forme de coordination entre entreprises qui sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence; que, par sa nature même, la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants*»[310].

La pratique concertée est ainsi une notion qui permet d'appréhender les ententes qui ne sont pas juridiquement structurées[311]. Comme les autres infractions mentionnées à l'article 101 TFUE, elle résulte d'un concours de volonté entre au moins deux entreprises autonomes.

---

[309] Par voie de conséquence, il peut être question des conditions générales de vente acceptées, de lettres ou circulaires adressées à des distributeurs …etc.

[310] CJCE, *Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c. Commission*, précité, pts. 64-65.

[311] *Lamy Droit économique : Concurrence, Distribution, Consommation*, Éditions Lamy, Collection Lamy Droit des affaires, 2011, p. 373.

Mais, l'emploi des termes de pratique en droit européen et d'action en droit marocain démontre bien que sont visés au-delà des décisions ou les accords ayant une forme palpable, les situations informelles qui découlent de collusions invisibles.

Aussi, « *pour qu'il y ait accord au sens de l'article 85§1 du traité (article 101§1 du TFUE), il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché*»[312].

La notion de pratique concertée trouve donc à s'appliquer en l'absence de contrat écrit qui se concrétiserait par un plan soigneusement élaboré par les parties. Elle peut simplement procéder d'un consentement tacite à la réalisation d'une action anticoncurrentielle, la plupart du temps à un échange d'informations. Dès lors, « *par sa nature même, la pratique concertée ne réunit pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants*»[313].

Aussi, pour ce qui a trait à l'échange d'information, le Conseil de la Concurrence marocain à l'occasion de son *avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, regarde l'échange d'informations comme une entente anticoncurrentielle, en ces termes : « *L'indépendance des offres des différents participants constitue le principe central de la concurrence en matière des marchés publics et des marchés basés sur le système des appels d'offre de façon générale. C'est à partir de l'évaluation du degré d'indépendance des offres que découlera le degré de rivalité des concurrents et donc l'intensité et la crédibilité de la concurrence. Dans ce sens, toute entrave à cette indépendance ayant pour objet ou pour effet de tromper le maître d'ouvrage à travers la concertation entre les participants*

[312] CJCE, *ACF Chemiefarma NV c. Commission*, 15 juill. 1970, aff. 41/69, Rec. 1970 -00661, pt. 112.
[313] CJCE, *Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c. Commission*, précité, pt 65.

dans les offres, la poursuite d'une stratégie commune dans la fixation des prix, la limitation d'accès au marché à d'autres concurrents, ou l'échange d'informations relatives à ces offres dans le but de partager le marché, est considérée comme une entente anticoncurrentielle au sens de l'article 6 de la (loi relative à la liberté des prix et de la concurrence) »[314].

Le Conseil de la Concurrence poursuit son raisonnement condamnatoire de la nocivité de l'échange d'informations entre entreprises concurrentes en traitant ainsi, « *Il est certainement légitime d'entretenir des relations commerciales avec d'autres opérateurs. Cela relève de la nature même de l'activité économique des entreprises dans un contexte d'ouverture et de liberté commerciale. Toutefois, ces relations peuvent avoir un impact négatif sur la concurrence dans la procédure des appels d'offre lorsqu'elles incitent aux échanges d'informations stratégiques et de consultations préalables avant la présentation des offres des différents candidats en concurrence* »[315].

Par ailleurs, le recours à la notion de pratique concertée est possible dès que les entreprises ont favorisé la coordination de leurs politiques économiques. Par conséquent, peu importe la forme juridique de l'accord qui est à la source de la pratique concertée, une pratique concertée peut naître d'un contrat, mais aussi de tous types d'engagements à condition que ceux-ci traduisent la volonté de deux entreprises ou plus de se lier.

En effet, « *pour être constitutive d'un accord au sens de l'article 85 du traité (article 101 TFUE), il suffit qu'une stipulation soit l'expression de la volonté des parties sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide*»[316].

---

[314] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009,* Rapp. ann. 2009, p. 63.

[315] *Ibid.*, p. 65.

[316] CJCE, *Sandoz prodotti farmaceutici SpAc. Commission*, 11 janv. 1990, aff. C-277/87, Rec. 1990 I-00045, sommaire : pt 2.

La notion de pratique concertée s'accommode donc aussi bien de contrats verbaux que de conversations, d'accords tacites résultant d'un défaut d'opposition que d'échanges de courriers ou de télex, de participations à des réunions que de négociations.

Dans l'affaire des banques autrichiennes *club Lombard*, la Commission européenne s'est prononcée sur une concertation par système de tables rondes, assortie de nombreux contacts entre les représentants des entreprises. La Commission a jugé que « *d'un point de vue juridique, il ressort que tous les aspects des comportements en cause qui ont constitué des étapes sur la voie d'un consensus et qui ne peuvent donc pas être qualifiés en soi d'accords au sens de l'article 81§1 du traité CE (article 101 §1 TFUE), peuvent en tout état de cause être considérés comme des pratiques concertées*»[317].

D'ailleurs, la concertation a pu être qualifiée de prise de contact acceptée[318], les entreprises parties devant avoir consenti à la concertation. Néanmoins les autorités de la concurrence établissent une différenciation entre le fait de savoir et le fait d'adhérer.

La participation à la concertation ne constitue une infraction que s'il est établi que l'entreprise a eu connaissance de la finalité poursuivie. Aussi, est-il exigé de prouver l'existence d'une coopération pratique entre les entreprises, coopération qui présuppose l'existence de rapprochements ou de « *contacts caractérisés par la réciprocité. Cette condition est satisfaite lorsque la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futurs sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins acceptée*

[317] COMMISSION CE, *Décision n° 2004/138/CE du 11 juin 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (dans l'affaire COMP/36.571/D-1, Banques autrichiennes — "club Lombard")*, n° C 2002-2091, pt. 422.

[318] **L. VOGEL**, *Code européen de la concurrence*, Lawlex, Praxicodes, 2008, p. 119.

par le second»[319]. Cette condition de réciprocité est considérée comme remplie dès lors qu'une entreprise ne s'oppose pas au comportement anticoncurrentiel de l'autre. Des transmissions d'informations unilatérales peuvent donc être qualifiées de pratiques concertées.

Pareillement, la coordination concertée entre entreprises peut prendre la forme de la sous-traitance, dans la mesure où selon le Conseil de la Concurrence marocain « *la sous-traitance constitue l'un des exemples des relations commerciales concertées pouvant avoir un effet néfaste sur la concurrence. La sous-traitance est définie dans l'article 84 du décret n°2-06-388 du 16 moharrem 1428 (5 février 2007) fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'État ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle comme étant un contrat par lequel le titulaire confie l'exécution d'une partie de son marché à un tiers. La sous-traitance sous-tend aussi des consultations entre les contractants sur une ou des activités faisant partie intégrante du marché public* »[320].

Aussi, au regard du Conseil, la concurrence se trouve d'autant plus altérée « *lorsque les sous-traitants soumissionnent simultanément au même marché car elle peut être utilisée comme un subterfuge pour échanger des informations sur les offres présentées, ou afin de se consulter pour poursuivre une politique commune en matière de fixation des prix. Dans le même ordre d'idée, la sous-traitance peut également être utilisée afin de se répartir le marché et permettre à une seule entreprise d'être sélectionnée en présentant des offres de complaisance ou en s'abstenant de participer à un appel d'offre. En récompense, l'entreprise pré-désignée accordera une partie du marché*

[319] TPICE, *Cimenteries CBR e.a. c. Commission*, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s, Rec. 2000 II-00491, pt.1849.

[320] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, p. 65.

par le biais de la sous-traitance aux entreprises ainsi éliminées »[321].

La jurisprudence de différentes autorités de la concurrence met en avant plusieurs cas où la sous-traitance a été utilisée à des fins anticoncurrentielles particulièrement dans les marchés publics.

Néanmoins, il importe de rappeler que la sous-traitance n'est pas prohibée en soi, au contraire, elle constitue un moyen efficace pour les opérateurs ne disposant pas de l'ensemble des moyens techniques et artistiques exigés pour l'exécution d'un marché, leur permettant de participer à l'appel d'offres, cela a bien été noté par le Conseil de la Concurrence français dans son *avis n° 08-A-96 du 2/7/199*, d'après lequel « *Les concertations entre entreprises en vue d'établir des liens de sous-traitance ne sont pas prohibées en elles-mêmes* ». L'Autorité de la Concurrence française a en revanche, indiqué que le fait d'entamer des négociations prétextant une éventuelle sous-traitance, dans le seul but de s'échanger de l'information, limite la concurrence et favorise la répartition du marché[322].

Aussi, suivant la même trajectoire le Conseil de la Concurrence marocain en ce qui concerne *le secteur du livre scolaire*, considère que : *« l'existence de liens de sous-traitance au niveau de l'impression des livres scolaires entre les différents soumissionnaires, particulièrement les maisons d'édition et les librairies ne disposant pas d'imprimeries privées, peut se traduire par des échanges d'information et des négociations préliminaires entre les divers participants et les maisons d'impression en concurrence (…). Aussi, les maisons d'édition ne disposant pas d'imprimeries se trouvent dans l'obligation, en cas de soumission à un appel d'offre, d'entamer des négociations contractuelles avec les imprimeries privées. Mais, (…) ces négociations peuvent dissimuler*

[321] *Ibid.*

[322] Cons. conc. fr., *Décision n° 97-D-11 du 25 février 1997 relative aux pratiques relevées lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine,* BOCC17 mai 1997.

des concertations sur la répartition du marché, l'adoption d'une politique commune en matière des prix, ou encore le contrôle d'accès au marché, ce qui est prohibé par les articles 6 et 7 de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence »[323].

La préservation de l'égalité des entreprises à faire le commerce sur un marché concurrentiel s'oppose donc « *à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, lorsque ces contacts ont pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume du marché*»[324].

En effet, « *les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable plan de mise en œuvre, doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle*»[325].

Ainsi, toute révélation d'un comportement même s'il n'est que projeté, tout rapprochement qui est susceptible d'influer sur la politique commerciale d'un concurrent constitue une pratique concertée.

---

[323] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, p. 65-66.

[324] CJCE, *John Deere Ltdc. Commission*, 28 mai 1998, aff. C-7/95 P, Rec. 1998 I-03111, pt. 87.

[325] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission*, précité, pt. 173.

Il suffit que par l'intermédiaire de « *sa déclaration d'intention, l'opérateur économique ait éliminé ou, à tout le moins, substantiellement réduit l'incertitude quant au comportement à attendre de sa part sur le marché* »[326], pour qu'une simple divulgation d'informations par une entreprise soit considérée comme une concertation, et cela quand bien même l'entreprise réceptrice demeure passive[327].

La pratique concertée réside alors dans le fait que chacun des concurrents peut s'attendre à ce que les autres adoptent sur le marché une attitude précise. Est donc interdit tout échange qui a pour objectif « *soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel soit de dévoiler à un tel concurrent la ligne de conduite qu'elles ont décidé ou qu'elles envisagent de tenir elles-mêmes sur le marché*»[328].

Pour autant, « *cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents*» [329]. Aussi, les autorités de concurrence sont-elles astreintes de tenir compte du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrit la pratique[330].

De même, une mesure prise par une entreprise ou imposée par celle-ci peut être considérée comme une concertation constitutive d'une action concertée si d'autres entreprises modulent tacitement leur comportement en raison de cette décision, à titre d'exemple on retrouve la situation des distributeurs qui se conforment aux recommandations du fabriquant de faire

---

[326] TPICE, *Cimenteries CBR e.a. c. Commission*, précité, pt. 1852.

[327] TPICE, *Lafarge SA c. Commission*, 8 juill. 2008, aff. T-54/03, Rec. 2008 II-00120, pt. 460.

[328] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission*, précité, pts. 173-174.

[329] CJCE, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, 14 juill. 1981, aff. 172/80, Rec. 1981 -02021, pts. 13-14.

[330] CJCE, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4 juin 2009, aff. C-8/08, Rec. 2009 I-04529, pt. 27.

obstacle aux importations parallèles[331].

Dans ce cas, « *il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas (...) à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie, à savoir les grossistes* »[332].

Ainsi, est assimilé à une pratique concertée et non pas à un comportement unilatéral « *l'envoi systématique par un fournisseur à ses clients de factures comportant la mention exportation interdite, lorsque celui-ci s'insère dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli découlant de l'agrément donné par le fournisseur à l'établissement de relations commerciales avec chaque client, préalablement à toute livraison, et de l'acceptation tacite par les clients de la ligne de conduite adoptée par le fournisseur à leur égard, acceptation attestée par des commandes renouvelées passées sans protestation à des conditions identiques*»[333].

En revanche, « *le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un (…) accord*» [334] . En effet, l'acquiescement, qu'il soit exprès ou tacite, à l'attitude proposée par le fabricant, doit être certain afin d'éviter qu'un comportement fondé sur une décision unilatérale d'une entreprise et qui peut être exécuté sans l'aide

[331] CJCE, *Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. c. Commission*, 17 sept. 1985, aff. jtes. 25 et 26/84, Rec. 1985-02725.

[332] CJCE, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission c. Bayer AG*, précité, pt. 102.

[333] CJCE, *Sandoz prodotti farmaceutici SpAc. Commission*, précité, pt. 1.

[334] CJCE, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission c. Bayer AG*, précité, pt. 141.

d'autrui ne soit qualifié de pratique concertée[335].

Par ailleurs, il n'est pas non plus nécessaire pour établir l'existence d'une pratique concertée que la concertation soit considérée par les entreprises comme contraignante car « *dans une entente secrète, lorsque les parties mesurent pleinement le caractère illégal de leur comportement, elles n'entendent évidemment pas que les arrangements collusoires aient une force contractuelle* »[336].

B- L'expression manifeste d'un échange libre de consentements entre opérateurs concurrents :

Sur le fondement du droit des obligations[337], l'on peut associer la notion d'accord et celle du consentement, étant donné qu'au niveau de ces deux institutions des volontés se nouent librement. Effectivement, au regard du droit des obligations, le consentement est à l'origine d'un engagement[338], dans le même ordre d'idées, seul le consentement valable engage son auteur.

Dans le cadre du droit de la concurrence pour être condamner, le consentement à l'entente anticoncurrentielle doit être libre, dans ce sens le Conseil de la Concurrence marocain rappel ce principe à l'occasion de son *avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire*, en énonçant que « *(…) tout ce qui limite l'indépendance (des entreprises sur le marché) dans le but d'induire le maître d'ouvrage en erreur, notamment en consentant à une coordination des offres entre les candidats ou en acceptant librement la fixation d'une stratégie commune de fixation des prix ou en empêchant l'entrée d'un autre concurrent*

---

[335] *Ibid.*, pt. 101.

[336] COMMISSION CE, *Décision du 89/190/CEE du 21 décembre 1988 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE*, pt. 30.

[337] **C. GRYNFOGEL**, « Le concours de volontés entre entreprises, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes », *RJDA* 2005, p. 551.

[338] Pour la distance que le droit des marchés met entre la volonté et le consentement, v. **FRISON-LAROCHE**, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats», *RTD civ.* 1995, p. 573.

sur le marché ou en échangeant des informations pour partager le marché, tous ces agissements peuvent constituer des ententes anticoncurrentielles au sens de l'article 6 de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence »[339].

Le Conseil poursuit son raisonnement pugnace eu égard au consentement à la pratique concertée jusqu'au bout en en indiquant dans ce sens que, *« toute entrave à cette indépendance ayant pour objet ou pour effet de tromper le maître d'ouvrage à travers (le consentement) à une concertation entre les participants dans les offres, (visant éventuellement) la poursuite d'une stratégie commune dans la fixation des prix, la limitation d'accès au marché à d'autres concurrents, ou l'échange d'informations relatives à ces offres dans le but de partager le marché, est considérée comme une entente anticoncurrentielle au sens de l'article 6 (de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence) »*[340].

En sus, le Conseil de la Concurrence du Maroc condamne les soumissions dites concertées consenties entre entreprises, notamment lorsque *« les soumissionnaires, a priori concurrents, s'accordent en vue d'accroître (ou de garantir à moindre effort) leur marge dans le cadre d'un marché faisant appel à la concurrence. Cette marge est généralement accrue aux dépens de l'acquéreur qui fera face à des prix majorés ou à des prestations de qualité minorée. Les soumissions concertées mettent en échec les procédures d'appel à la concurrence, diminuent la confiance dans le système et coûtent de l'argent au contribuable »*[341].

Ainsi, on observe que le consentement à une entente anticoncurrentielle demeure en droit marocain de la concurrence un indice de valeur dans

[339] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009,* Rapp. ann. 2009, p. 21.
[340] Cons. conc. ma., *Avis du Conseil sur le secteur du livre scolaire*, précité, p. 63.
[341] Cons. conc. ma., *Aspects horizontaux et verticaux de la concurrence*, Rapp. ann. 2012, p. 146.

l'appréhension et anticipation de l'éventuel effet restrictif mettent en péril les entreprises concurrentes sur le marché en cause.

Par ailleurs, à la lumière de l'article 9 de la loi n°104-12 relative liberté des prix et de la concurrence, n'est pas libre l'entente « *qui résulte de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application* ». Le rejoint sur cette position l'article L. 420-4-1 du code de commerce français[342]. Ceci s'explique par le fait que cette pratique se voit exemptée par le droit au sens même des codes précités.

Néanmoins, en droit européen l'exonération envisagée dans un tel cas, ne se présente en aucun cas comme une immunité absolue vu que le principe de primauté du droit oblige le juge national, ou l'autorité administrative en charge de la concurrence, à laisser inappliquée une loi qui implique ou cuirasse une pratique anticoncurrentielle[343]. En outre, une recommandation ou une incitation de l'autorité publique, non contraignantes, ne suffisent guère pour justifier l'exonération[344].

Par ailleurs, l'inégalité des entreprises sur un marché donné comme source de contrainte ou violence économique, n'est pas une cause valable pour consentir à une entente, il importe peu qu'une entreprise en position de force impose ses conditions à ses partenaires. Si ceux-ci les ont acceptées, l'entente est caractérisée. La violence économique n'est pas admise au stade de la qualification des comportements. Elle peut simplement jouer au niveau de la sanction. L'entreprise ayant imposé une entente sera plus lourdement condamnée que les entreprises qui n'ont fait que suivre les ordres imposés

[342] Art. L. 420-4-1 du code de commerce français disposant que : « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : 1. qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application (…)* ».

[343] CJCE, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 9 sept. 2003, aff. C-198/01, Rec. 2003 I-08055.

[344] Cons. conc. fr, *Décision n° 05-D-10 du 15 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne*, BOCC 28 octobre 2005.

par une autre entreprise.

En dépit du fait qu'en droit européen, il n'existe pas de texte analogue à l'article 9 de la loi n°104-12 relative liberté des prix et de la concurrence, le droit européen vérifie que le consentement a été donné librement[345].

Ainsi, si l'État impose une entente, les entreprises ne peuvent être poursuivies, néanmoins, si les entreprises disposent d'une marge de manœuvre, l'article 101 TFUE est applicable. Néanmoins, l'État ne peut pas imposer, favoriser ou renforcer la conclusion d'un accord anticoncurrentiel.

En conséquence, l'État ne peut obliger des partenaires à adopter des tarifs communs[346], il ne peut en l'occurrence approuver des tarifs communs, restrictifs de concurrence, mis en œuvre par des opérateurs économiques[347], ce prérogative lui incombe seulement, si cette restriction de concurrence est indispensable à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général[348].

Ainsi, si l'État aide, renforce ou homologue une entente, adoptée par des entreprises, ceci n'empêche nullement que ces entreprises soient alors poursuivies.

De même, le droit européen fait prévaloir le même cogito que celui du droit marocain et français de la concurrence avec une certaine modération, en ce qui est de l'éventualité de poursuivre une entité économique ayant consenti à une entente sous l'effet de la contrainte.

En effet, il a été affirmé en droit européen qu'« *une entreprise ne pourrait échapper à l'application de l'article 85 (actuel article 101 TFUE), au motif qu'elle a agi sous la contrainte que si ce comportement était indispensable pour écarter*

---

[345] TPICE, *Asia Motor France SA, Jean-Michel Cesbron, Monin Automobiles SA et Europe auto service SA c. Commission*, 26 oct. 2000, aff. T-154/98, Rec. 2000 II-03453.

[346] CJCE, *Commission c. République italienne*, 18 juin 1998, aff. 35/96, Rec. 1998 I-03851.

[347] CJCE, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V*, 11 mai 1989, aff. 66/86, Rec.1989 -00803.

[348] **J- V. LOUIS&S. RODRIGUES**, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006.

un péril dont l'entreprise était menacée, si les menaces étaient directes, si le péril était imminent et si aucune voie légale ne permettait d'y parer»[349].

C- L'expression d'une décision unilatérale en rapport avec le principe d'égalité de traitement :

De prime abord, l'entente présuppose la présence d'une multitude de participants. Aussi, les autorités en charge du de contrôle doivent-elles apporter la preuve que les parties à l'entente ont eu la volonté de coopérer à une pratique de nature à fausser le libre jeu de la concurrence.

Pourtant, quelquefois l'accord litigieux s'apparente à une décision unilatérale, cet éventualité s'affiche nommément en cas d'un accord vertical **(1)**, mais également lorsqu'une décision émane d'une association d'entreprises **(2)**.

1- Le cas récurrent de l'entente verticale entravant le libre accès au marché :

Les ententes verticales sont des arrangements contraignants ou non contraignants ainsi que des comportements coordonnés d'entreprises agissant aux différents échelons du marché, ces comportements concernent les conditions générales de vente qui stipulent le cadre dans lequel les entreprises associées peuvent admettre, vendre ou revendre certaines marchandises ou des services. Ces accords verticaux entre entreprises affectent divers échelons du marché.

Les ententes verticales visent des niveaux amont et aval de la chaîne de valeur agissant sur les éléments clés du rapport de force entre les acteurs, puisqu'ils conditionnent l'accès aux matières premières d'une part et la capacité de distribution – donc d'atteindre le client final – d'autre part[350].

---

[349] TPICE, *Cascades SA c. Commission*, 14 mai 1998, aff. T-308/94, Rec.1998 II-00925.

[350] Cons. conc. ma., *Avis n° 31/12 du 25 décembre 2012 relatif au projet de concentration SNI/Kraft Foods Maroc*, Rapp. ann. 2012, p. 153.

L'entente verticale concerne la relation entre offrant et demandeur. Lors des accords verticaux, les entreprises détentrices de la puissance du marché ont la possibilité d'instaurer des systèmes de contrôler chaque étape de la commercialisation de leurs produits.

En effet, dans le cadre de l'entente verticale « *les relations existant entre les entreprises sont souvent complémentaires, certaines de ces entreprises se spécialisent (par exemple), dans l'édition, d'autres dans l'impression et d'autres encore dans la distribution. D'ailleurs c'est l'objectif escompté de l'intégration verticale dans le cadre des groupements de sociétés* »[351].

En effet, eu égard à son *avis n°5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009,* le Conseil considère en l'espèce que « *l'exécution de l'appel d'offre est faite souvent en collaboration avec des sociétés (…), en particulier en ce qui concerne les activités d'impression et de distribution et ce, à cause de l'intégration verticale que connait certains groupes actifs dans le secteur* »[352], permettant ainsi aux entreprises concernées de restreindre le libre jeu de la concurrence du fait « *soit d'être présentes à différents niveaux de production (impression, édition, distribution), soit de renforcer leurs positions concurrentielles à un niveau de production donné* »[353]. Aussi, il en découle que « *l'intégration verticale de la majorité des sociétés affiliées à l'association nationale des éditeurs (certaines maisons d'édition disposent de leurs propres librairies et vice versa), ne stimulent pas (vraisemblablement libre jeu de la concurrence) au niveau des marges de distribution* »[354]. Par conséquent, l'autorité de la concurrence se trouve dans l'obligation d''analyser l'effet de l'entente verticale, cet exercice « *consiste*

[351] *Ibid*., p. 52.

[352] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, p. 65.

[353] *Ibid.*, p. 63.

[354] *Ibid.*, p. 55.

à examiner si l'intégration verticale des entreprises (…) a pour effet de priver les concurrents de leurs matières premières ou si elle les rend dépendants (…)»[355].

La concurrence sous l'emprise de l'entente verticale apparaît aussi comme fortement tributaire des caractéristiques des réseaux des opérateurs. Aussi, L'analyse de la couverture spatiale et des caractéristiques territoriales susceptibles de motiver l'implantation des différents concurrents, permet-elle de donner un éclairage sur le niveau de compétition du point de vue générique[356]. En effet, cette condition trouve sa boite de pondoir, nommément en ce qui est des accords verticaux de distribution.

De longue date, le contrat de distribution, génériquement qualifié d'accord vertical puisqu'il scelle la coopération d'entreprises non-concurrentes actives à des stades distincts de la chaîne de valeur, intéresse le droit de la concurrence. Comme l'avait entrevu la Cour de justice dès son arrêt *Consten et Grundig* de 1966, un accord entre entreprises non-concurrentes ne peut pas distordre la concurrence qui n'existe pas entre elles, mais peut néanmoins restreindre la concurrence entre l'une des parties et un agent économique tiers et le cas échéant être interdit en vertu de l'article 101 § 1[357].

Aux termes de l'article 101§1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, 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 dans

---

[355] Cons. conc. ma., *Avis n° 31/12 du 25 décembre 2012 relatif au projet de concentration SNI/Kraft Foods Maroc*, précité, p. 59.

[356] Cons. conc. ma., *Étude sur le secteur bancaire*, Rapp. ann. 2013, p. 71.

[357] CJCE, *Établissements Consten SARL et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission*, précité, p. 429, relevant que « *la concurrence peut être faussée au sens de l'article 85 §1 (actuel article 101§1 TFUE), non seulement par des accords qui la limitent entre les parties, mais également par des accords qui empêchent ou restreignent la concurrence qui pourrait s'exercer entre l'une d'elles et les tiers* ».

le marché intérieur. Toutefois, il est constant qu'un accord d'entreprises échappe à la prohibition de cette disposition lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante[358].

Ce risque d'entrave à la concurrence dans les contrats de distribution, a donné naissance à un important corpus réglementaire qui va régir pendant une longue période les relations verticales entre opérateurs économiques. Lors des premières décennies de mise en œuvre du droit de la concurrence, la Commission européenne va adopter des textes spécifiques dans le domaine de la distribution exclusive, de la franchise et de l'achat exclusif[359]. Ces textes, qui s'intéressent sinon exclusivement, du moins principalement à la protection de la concurrence i*ntramarque* [360], prescrivent avec force détails les clauses autorisées[361], interdites[362] et autorisables sous conditions[363].

À la fin des années 1990, la Commission européenne a procédé à une refonte la modernisation du droit européen de la concurrence. Elle a renoncé au monopole sur l'octroi des exemptions que le premier règlement d'exécution des dispositions antitrust du traité de Rome, le règlement 17/62, lui avait octroyé. Elle a également abandonné la pratique qu'elle avait développée depuis les années soixante selon laquelle toute clause limitant la liberté d'action d'une partie, par exemple, une clause d'exclusivité, était automatiquement considérée comme une restriction de concurrence, et était donc nulle de plein droit sauf si elle faisait l'objet d'une exemption. C'est ainsi qu'a pris fin cet étrange particularisme européen qui voyait la Commission,

---

[358] CJCE, *Franz Völk contre S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, 9 juill. 1969, aff. 5/69, Rec. 1969 -00295, p. 295, pt. 7; voir également CJCE, *John Deere Ltdc. Commission*, préc., pt. 77.

[359] **F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER & A. VANDERELST**, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

[360] Entre distributeurs d'un même bien/service.

[361] Clauses blanches.

[362] Clauses noires.

[363] Clauses grises.

au nom du respect du droit de la concurrence, édicter quelles clauses, classées comme blanches, grises ou noires, les parties pouvaient valablement inclure dans un contrat de distribution. Il s'en est suivi un recentrage des textes, interdisant uniquement les quelques grandes catégories problématiques de restrictions verticales et laissant place à un régime de liberté pour le reste.

C'est plus précisément en 1999 que le régime des accords verticaux va subir un premier assouplissement avec l'adoption du Règlement 2790/1999, lui-même accompagné de lignes directrices sur les restrictions verticales[364].

Ce texte reflète l'idée développée par la doctrine économique, que les restrictions verticales sont problématiques lorsque les entreprises impliquées disposent d'un pouvoir de marché important. Certes, le Règlement 2790/1999 retient la liste de clause noires, on parle désormais de restrictions caractérisées. Et la présence de l'une de ces restrictions caractérisées suffit à exclure l'accord du bénéfice de l'exemption par catégorie octroyée par le règlement quelle que soit la part de marché des entreprises engagées[365].

Toutefois, en dehors de ces cas limites, prévaut désormais un régime unique pour l'ensemble des accords verticaux, ce régime autorise la plus grande liberté contractuelle en matière d'accords de distribution à savoir

---

[364] Règlement (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81 § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel n° L 336 du 29/12/1999, pp. 0021-0025 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, Journal officiel n° C 291 du 13 oct. 2000, pp. 1-44.

[365] Lignes directrices sur les restrictions verticales, Journal officiel n° C 291 du 13 oct. 2000, précité, § 46 déclarant que « *le règlement d'exemption par catégorie énumère, à l'article 4, une liste des restrictions caractérisées qui entraînent l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement. Cette liste de restrictions caractérisées s'applique aux accords verticaux concernant les échanges intracommunautaires. (…) L'exemption individuelle d'accords verticaux qui contiendraient de telles restrictions caractérisées est également improbable* ». L'interdiction joue même si les parts de marché sont en deçà des seuils retenus dans la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas de manière appréciable le jeu de la concurrence au sens de l'article 101 §1 du TFUE. La Communication *de minimis,* Journal officiel n° C368/13 du 22 décembre 2001 définit, au moyen de seuils de parts de marché, ce qui ne constitue pas une restriction sensible de concurrence au sens de l'art. 101 TFUE.

qu'en deçà d'un seuil de 30% de parts de marché du fournisseur en général et sous réserve du respect de quelques conditions, l'accord bénéficie d'une exemption par catégorie en vertu de l'article 101 §3 TFUE; au-delà de ce seuil, seule une démonstration économique approfondie, dite appréciation individuelle[366], permet d'établir un constat d'infraction à l'article 101 TFUE. Et encore les clauses considérées comme contraires à cette disposition peuvent bénéficier d'une exemption individuelle, après une nouvelle appréciation des conditions de l'article 101 §3 TFUE.

Le Règlement 2790/1999 devant expirer en mai 2010, une consultation publique s'ouvre en 2009 sur la révision des règles de concurrence applicables au secteur de la distribution. Il en ressort que les règles de droit positif fonctionnent de manière globalement satisfaisante et que celui-ci ne nécessite aucune modification fondamentale.

En revanche, la Commission relève que deux tendances majeures ont marqué la décennie passée, à savoir l'augmentation constante de la puissance d'achat de la grande distribution et les ventes sur Internet.

À l'issue du processus de consultation, la Commission adopte le 20 avril 2010 une nouvelle mouture du Règlement d'exemption, le Règlement 330/2010 relatif aux catégories d'accords verticaux[367], et un nouveau jeu de Lignes directrices [368]. Ces textes cherchent à répondre aux deux grandes tendances.

De manière générale, le nouveau Règlement et les lignes directrices poursuivent la ligne politique permissive des textes qu'ils remplacent.

---

[366] Lignes directrices sur les restrictions verticales, Journal officiel n° C 291 du 13 oct. 2000, précité, § 96.

[367] Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avr. 2010 concernant l'application de l'art. 101 § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel n° 102 du 23 avr. 2010, pp. 1-7.

[368] Lignes directrices sur les restrictions verticales, Journal officiel n° C 130 du 19 mai 2010, p. 1-46.

Ainsi, si certains aspects du nouveau Règlement apparaissent plus stricts que l'ancien, en ce qu'ils introduisent par exemple un seuil de part de marché pour l'acheteur[369], en revanche la liste des restrictions caractérisées reste largement inchangée.

Qui plus est, et cela est important, les nouvelles lignes directrices semblent sur certains points ouvrir la porte à une approche encore plus libérale des restrictions verticales et précisent que les restrictions caractérisées ne doivent pas être perçues comme des interdictions *per se* au sens du droit américain, contrairement à ce qui était le cas sous l'empire de l'ancien texte[370]. Cela signifie qu'un accord qui contiendrait des restrictions caractérisées ne doit pas être automatiquement considéré comme contraire au droit de la concurrence, mais simplement qu'il appartient alors aux parties de faire la démonstration, certes relativement lourde, que ces restrictions n'affectent pas indûment la concurrence ou sont indispensables pour réaliser des gains d'efficience qui compensent la restriction de concurrence.

En parallèle, l'assouplissement observé en droit matériel se constate aussi au plan décisionnel. Depuis l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003, la Commission n'a pas adopté la moindre décision au sujet d'un accord vertical[371].

---

[369] Système dit du double seuil.

[370] Il faut à cet égard comparer la teneur du § 47 des Lignes directrices, avec le texte, plus sévère du § 46 des lignes directrices 2000 sur les restrictions verticales. Le nouveau texte ajoute en effet : « *Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101 § 3 TFUE, dans un cas donné. Si les entreprises établissent que des gains d'efficience probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et démontrent que, globalement, toutes les conditions de l'article 101 § 3 TFUE, sont remplies, la Commission devra apprécier effectivement l'incidence négative probable sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101 § 3 TFUE, sont remplies* ».

[371] Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, Journal officiel n° L 1 du 4 janv. 2003, pp.1-25.

Cette situation, qui renforce l'importance pratique des Règlements et lignes directrices, trouve une double explication. Premièrement, dans le système du Règlement 1/2003, les accords verticaux ne doivent plus être notifiés au préalable à la Commission afin d'obtenir une exemption sur la base de l'article 101 § 3 TFUE. Deuxièmement, cette révolution procédurale a coïncidé avec un changement radical de priorités de la Commission qui tend désormais à se concentrer sur la lutte anticartels. L'application des règles de concurrence en matière de restrictions verticales est donc intégralement laissée aux autorités de concurrence et aux juridictions nationales.

Le Règlement 330/2010 et ses lignes directrices constituent aujourd'hui, avec la Communication *de minimis*, les textes principaux qui régissent l'application de l'article 101 TFUE aux accords verticaux. Au fond, ces textes partent du principe que les accords verticaux n'ont d'effets anticoncurrentiels significatifs que lorsqu'ils sont l'œuvre d'entreprises jouissant d'un certain pouvoir de marché ou qu'ils contiennent des restrictions caractérisées, en particulier des clauses de fixation de prix ou des restrictions territoriales ou de clientèle.

C'est essentiellement la structure du marché concerné par l'accord vertical qui détermine si cet accord concerne une entreprise qui détient un pouvoir de marché significatif. À cet égard, le Règlement 333/2010, comme ses prédécesseurs, prévoit une exemption par catégorie créant une zone de sécurité pour la grande majorité des accords verticaux en rendant l'article 101 §1 TFUE inapplicable et l'article 101§ 3 TFUE automatiquement applicable, aux accords verticaux dans lesquels ni l'acheteur ni le vendeur ne dépassent un seuil de part de marché de 30%.

Les Lignes directrices quant à elles décrivent l'approche à adopter dans le cas des accords verticaux qui ne peuvent bénéficier du règlement d'exemption

par catégorie. Elles sont destinées à aider le entreprises à évaluer elles-mêmes leurs accords de distribution au regard des règles de concurrence. Elles énoncent entre autres les facteurs à prendre en considération pour l'évaluation des restrictions verticales au regard de l'article 101 §1 TFUE, à savoir la nature de l'accord, la position des parties et des concurrents sur le marché, les barrières à l'entrée, la maturité du marché, la nature du produit, etc.

2- Les décisions des associations d'entreprises, le reflet d'une exclusion à toute concurrence :

Au contraire de l'article 101 TFUE qui interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, dont les décisions d'associations d'entreprises qui constituent une restriction à la concurrence. L'article 6 de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc n'en fait aucunement mention.

En effet, ces entités qualifiées d'associations d'entreprises, constituent au côté des accords et des pratiques concertées, l'une des trois formes que peut revêtir l'accord de volontés en droit européen, selon l'article 101 TFUE.

Les associations d'entreprises sont de multiples formes, elles rassemblent les acteurs d'un même secteur d'activité, elles peuvent prendre la forme desyndicats[372], les fédérations[373] ou les ordres professionnels[374], où même les groupements d'intérêt économique[375], un ordre professionnel, un syndicat ou une organisation professionnelle sont considérés comme une association

[372] CC. com. fr, n° 96-13602, 10 mars 1998.

[373] Cons. conc. fr, *Pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes*, n° 03-D-46, BOCC, 17 déc. 2003.

[374] CC. com. fr, *Conseil supérieur de l'ordre des géomètre-experts,* n° 2004-10, 9 juin 2004.

[375] Cons. conc. fr, *Décision n° 01-D-32 du 27 juin 2001 relative à la saisine de M. Henri Faraud dirigée contre des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Saint-Laurent-du-Var Pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Saint- Laurent-du-Var,* BOCC 24 juill. 2001.

d'entreprises[376], dès lors que le groupement réunit des professionnels qui sont des opérateurs économiques, il importe peu que certains de ses membres n'aient pas une activité économique[377].

Autrement dit, malgré le fait que l'association d'entreprises n'est pas une entreprise, une décision émanant de celle-ci peut être qualifiée d'entente lorsqu'elle restreint la concurrence sur un marché, étant donné que ce groupement réunit des entreprises pouvant cristalliser par ces décisions les relations existantes entre elles, les décisions émanant de cette association révèlent la volonté des membres du groupement[378], cette volonté s'affiche de la sorte comme une forme d'accord[379].

Les associations d'entreprises ont pour fonction de promouvoir, de réglementer et de protéger les intérêts d'une ou plusieurs professions ou d'un secteur d'activité, elles informent et conseillent leurs membres et peuvent agir en justice au nom de leurs adhérents. Si ces groupements professionnels peuvent aider leurs adhérents dans l'exercice de leur activité, cette aide ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession.

En effet, les associations d'entreprises ne bénéficient d'aucune immunité particulière en raison de leur statut, de leur action, ou de leur proximité avec les pouvoirs publics, une association professionnelle sort de sa mission de défense de ses adhérents lorsqu'il se livre à des pratiques anticoncurrentielles.

---

[376] TPICE, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) et Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG) c. Commission*, 26 oct. 2010, aff. T-23/09, Rec. 2010 II-05291.

[377] TPICE, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autresc. Commission*, 13 déc. 2006, aff. jtes. T-217/03 et T-245/03, Rec. 2006 II-04987.

[378] **B.GOLDMAN, A. LYON-CAEN**&**L. VOGEL**, *Droit commercial européen*, 5eme éd., Dalloz, coll. Précis, 1994, p. 363.

[379] **A. DECOCQ** &**G. DECOCQ**, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 5eme éd., LGDJ, 2012, pp. 296 et s.

La défense de la profession ne l'autorise nullement à s'engager, ni à s'engager dans des actions visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ou susceptibles d'avoir de tels effets.

À vrai dire, le syndicat comme ordre professionnel a pour mission de défendre les intérêts de ses membres. Il ne tombera en aucun cas sous le coup du droit de la concurrence[380], pour vue qu'il n'agisse pas à des fins économiques et qu'il respecte l'essence de la mission qui lui est impartie. Aussi, par-devers soi, la Cour de cassation française s'exprime-t-elle là-dessus en des termes claire « *ordre professionnel représente la collectivité de ses membres*», Ainsi conséquemment, « *une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente*»[381].

Sur le sentier de la même pensée, le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc apparente les associations des entreprises ou associations des professionnels à des entreprises en affirmant que « *les règles du droit de la concurrence peuvent être appliquées aux personnes physiques et morales, y compris les syndicats professionnels et les associations à but non lucratif, à partir du moment où leurs activités économiques peuvent avoir un effet sur le marché* »[382], étant donné que cette situation renvoie à la définition du concept de l'entreprise en droit de la concurrence, et qu'il convient de signaler à cet égard que « *ce concept diffère de celui employé dans le droit des sociétés. Vu que le droit de la concurrence définit de façon élargie la notion d'entreprise en la considérant comme étant toute entité exerçant une activité économique qu'il*

---

[380] CJCE, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, 19 févr. 2002, aff. C-309/99, Rec. 2002 I-01577.

[381] CC. com.fr., 16 mai 2000, n° 98-12612, Bull. n° 100.

[382] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, p. 63.

s'agisse d'une activité de production, de distribution ou de service, et ce quel que soit sa forme juridique. Le droit de la concurrence utilise ainsi une définition fonctionnelle et non organique de l'entreprise, se basant sur le caractère économique de l'activité exercée »[383].

En sus les associations d'entreprises sont considérées comme étant des opérateurs concurrents, ce *« terme qui regroupe aussi bien le secteur privé que les entreprises publiques. Il désigne aussi ce que l'on peut qualifier (…) d'associations professionnelles (…) C'est un terme très large qui regroupe des entités qui peuvent être dans le même temps des antagonistes du droit de la concurrence comme ses alliés et ses défenseurs »*[384].

Pareillement, à l'occasion de son *avis n° 15/10 sur la saisine relative au secteur de la formation professionnelle privée*, le Conseil souligne que « *la recherche du profit n'est pas une condition nécessaire de l'activité économique. En d'autres termes, une activité économique non rémunérée peut très bien poursuivre un but lucratif* »[385].À ce sujet, le Conseil de la Concurrence marocain adopte une décision similaire à celle de l'actuel Cour de Justice de l'Union Européenne, laquelle saisie d'une question préjudicielle au titre de l'article 234 (actuel article 267 TFUE) du traité CE, s'est rangée à cette opinion en retenant qu' « *un organisme à but non lucratif (…) est une entreprise au sens des articles 85 (devenu article 101) et suivants du traité* »[386]. Ainsi, au dire du Conseil « *la recherche du lucre n'est donc pas un critère déterminant dans la qualification de l'activité, cela implique que des établissements publics, des associations,*

---

[383] *Ibid*.

[384] Cons. conc. ma., *Chapitre III. Synthèse des travaux des deuxièmes Assises de la Concurrence de Fès, Relations avec les opérateurs économiques*,Rapp. ann. 2010, p. 69.

[385] Cons. conc. ma., *Avis n° 15/10 du 24/12/2010 sur la saisine relative au secteur de la formation professionnelle privée*,Rapp. ann. 2010, p. 195.

[386] CJCE, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche de la France*, 16 nov. 1995, aff . C-244/94, Rec. 1995 I-04013.

des coopératives ou des mutuelles entrent dans le champ d'application du droit de la concurrence et que ces entités sont des entreprises si elles interviennent sur un marché en tant qu'opérateurs économiques »[387].

Pour ce qui est du cas particulier des organismes professionnels tel l'ordre des avocats, la jurisprudence européenne avait tranché la question de savoir si les membres d'une profession libérale pouvaient être considérés comme des entreprises au sens de l'article 101, § 1 TFUE. La réponse était affirmative compte tenu de la définition volontairement large de la notion d'entreprise adoptée par la juridiction européenne qui «*comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement*» [388] . L'activité propre aux membres d'une profession libérale qui consiste à offrir des services de nature intellectuelle est une activité qui relève de cette définition de l'entreprise[389].

Les avocats pouvant individuellement être considérés comme des entreprises, les Ordres d'avocats pouvaient- ils, en conséquence, être qualifiés d'associations d'entreprises au sens de l'article 101, § 1 TFUE ?

C'est en substance la question à laquelle va répondre la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Wouters*. Saisie par le Conseil d'État des Pays- Bas de la question préjudicielle de savoir si, dans le contexte de l'interdiction ordinale de la constitution d'une association multidisciplinaire entre des avocats et des experts- comptables, l'Ordre néerlandais des avocats pouvait être considéré comme une association d'entreprises, la Cour va dégager deux hypothèses dans lesquelles les comportements d'un Ordre

[387] Cons. conc. ma., *Avis n° 15/10 du 24/12/2010 sur la saisine relative au secteur de la formation professionnelle privée*, précité, p. 195.

[388] CJCE, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, 23 avril 1991, aff. C- 41/90, Rec. 1991 I-01979.

[389] TPICE, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Commission*, 30 mars 2000, aff. T-513/93, Rec. 2000 II-01807 ; *Pavel Pavlov e.a. c Stichting Pensioen fonds Medische Specialisten*, 12 sept. 2000, aff. jtes. C- 180/98 à C- 184/98, Rec. 2000 I-06451.

échappent à l'application des règles de concurrence du Traité.

Il s'agit d'abord de l'hypothèse dans laquelle un Ordre professionnel exerce une activité qui, par sa nature, les règles auxquelles elle est soumise et son objet, est étrangère à la sphère des échanges économiques[390]. La Cour illustre ses propos en invoquant les arrêts *Poucet* et *Pistre* où elle conclut que la gestion du service public de la sécurité sociale[391] ne relève pas de l'article 101 TFUE.

La Cour exclut également de l'application des règles de concurrence du Traité une activité ordinale qui se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Elle recourt ici aux enseignements de sa jurisprudence dans les affaires relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien[392] et à la surveillance antipollution de l'environnement maritime[393]. C'est aussi à cette hypothèse que se rattache la Cour dans son arrêt *Arduino*[394] rendu le même jour que l'arrêt *Wouters*. Elle y considère que les barèmes minimal et maximal arrêtés par le conseil de l'Ordre des avocats italiens ont un caractère de réglementation étatique dans la mesure où l'Ordre des avocats intervenait en qualité d'expert pour l'État qui conserve son pouvoir de décision et d'amendement du barème adopté en dernier ressort[395]. Lorsqu'il octroie des pouvoirs normatifs à une association professionnelle et qu'il veille à définir les critères d'intérêt général et les principes essentiels auxquels la réglementation

---

[390] CJCE, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, précité, pt. 57.

[391] CJCE, *Christian Poucet c. Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon et Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans,* précité.

[392] CJCE, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, 19 janv. 1994, aff. C- 364/92, Rec.1994 I-00043, pt. 30.

[393] CJCE, *Diego Calì & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA*, 18 mars 1997, aff. C- 343/95, Rec.1997 I-01547, pts. 22-23.

[394] CJCE, *Procédure pénale c. Manuele Arduino, en présence de Diego Dessi, Giovanni Bertolotto et Compagnia Assicuratrice RAS SpA*, 19 fév. 2002, aff. C- 35/99, Rec. 2002 I-01529.

[395] *Ibid.*, pts. 40-41.

ordinale doit se conformer, ainsi qu'à consacrer son pouvoir de décision en dernier ressort, l'État conserve en réalité le contrôle et les normes qui sont arrêtées par l'association professionnelle qui échappe donc aux règles du Traité applicables aux entreprises[396].

En revanche, la Cour estime que lorsque les réglementations arrêtées par un Ordre sont imputables exclusivement à celui-ci et que le règlement adopté constitue l'expression de la volonté de représenter les membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique, l'Ordre peut être considéré comme une association d'entreprises.

De par ailleurs, et quant à la nature juridique de la décision d'association d'entreprises quelle que soit sa forme, il faut noter qu'en principe la décision d'une association d'entreprises est dépourvue du caractère obligatoire ou contraignant en vis-à-vis de ses membres[397].

Néanmoins, en dépit de l'absence d'un tel caractère, la qualification de décision d'association d'entreprises ou d'accord n'est pas pour autant exclue. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, la jurisprudence européenne discerne une simple recommandation émanant d'une association d'entreprise même dépourvue d'effet obligatoire comme étant une entente anticoncurrentielle, à partir du moment où « *l'acceptation de la recommandation par les entreprises destinataires exerce une influence sensible sur le jeu de la concurrence sur le marché en cause* »[398].

---

[396] CJCE, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, précité, pt. 68.

[397] CJCE, *Heintz van Landewyck SARL et autres c. Commission,* 20 oct. 1980, aff. jtes. 209 à 215 et 218/78, Rec.1980 -03125.

[398] CJCE, *NV IAZ International Belgium et autres. c. Commission*, 8 nov. 1983, aff. jtes. 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, Rec.1983 -03369 ; CJCE, *Verband der Sachversicherer e.V. c. Commission,* 27 janv. 1987, aff. 45/85, Rec.1987 -00405.

En sus, dans l'arrêt *Eurofer ASBL* du 2 octobre 2003[399], la Cour de Justice de l'Union Européenne a jugé que cette la décision d'association d'entreprises n'était pas subsidiaire à celle d'accord et qu'une même pratique d'échange d'informations anticoncurrentielle pouvait être qualifiée d'accord entre les membres du cartel et de décision de l'association dont ils sont membres.

§-2- Le diatribe d'une action concertée entre entreprises aux risques de la concurrence :

Si l'accord, selon l'acception du droit des ententes, n'est pas un engagement au sens civiliste, il conjecture cependant une rencontre de volontés, en relief inverse, dans le cadre d'une action concertée, il n'est pas indispensable que les entreprises aient préparé « *en commun un plan en vue d'adopter un certain comportement* »[400], cette coopération où « *coordination (...) s'extériorise par le comportement des participants*»[401].

Aussi, la Cour de justice des Communautés Européennes estime-t-elle que l'action ou la pratique concertée désigne « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence*»[402]. La même Cour conclue que la pratique concertée en question « *ne réunit donc pas tous les élémentsd'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants*»[403].

En effet, l'action concertée s'affiche à travers une prise de contact direct ou indirect entre concurrents, de nature à dévoiler le comportement qu'une entreprise adopterait sur ce marché et qui a pour fin ou pour effet d'aboutir à

[399] CJCE, *Eurofer ASBL c. Commission*, 2 oct. 2003, aff. C-179/99 P, Rec. 2003 I-10725.
[400] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission,* précité.
[401] CJCE, *Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c. Commission,* précité.
[402] CJCE, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG,* précité.
[403] CJCE, *Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c. Commission,* précité.

des conditions de concurrence lesquelles ne correspondent pas aux conditions normales du marché **(A)**.

D'ailleurs, l'action concertée se différencie difficilement du parallélisme de comportements, ce parallélisme de comportements n'est pas forcément la résultante d'une entente, autrement dit, le parallélisme est suspect, pourtant, il peut résulter du jeu naturel du marché. En droit européen[404], le parallélisme de comportements ne suffit pas à lui seul pour démontrer une entente, une telle attitude pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte de marché. Or, c'est le parallélisme concerté qui est répréhensible **(B)**.

A- L'atteinte à la concurrence en termes de concours interférent directe ou indirecte des entreprises à la pratique concertée :

Il est communément admis que le libre jeu de la concurrence exige avant tout une autonomie de comportement chez les entreprises concurrentes.

En effet, l'autonomie de volonté au sens générique demeure un droit dont l'usage est licite tant que celle-ci « *n'exclut pas le droit des autres opérateurs économiques à s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à l'escompter* »[405]. Toutefois, s'il a été établi que cette autonomie de volonté « *s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte entre des opérateurs, acte ayant pour objet ou effet d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel* », l'exercice de ce privilège tombe dans ce cas sous le coup du droit de la concurrence[406]. Il en est le cas, dans l'hypothèse où il a été rendu compte que les entreprises ont eu une prise de contact se traduisant via l'échange d'information ou la participation à une réunion.

---

[404] CJCE, *Commission c. Anic Partecipazioni SpA*, 8 juill. 1999, aff. C-49/92, Rec.1999 I-04125.
[405] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission*, précité.
[406] *Idem.*

En effet, il est nécessaire de réitérer que le Conseil de la Concurrence marocain à l'occasion de son *avis n°5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, regarde l'échange d'informations comme une entente anticoncurrentielle provoquant le cloisonnement du marché en cause, en ces termes *« toute entrave (…) ayant pour objet ou pour effet de (fausser le jeu de la concurrence) en trompant le maître d'ouvrage à travers la concertation entre les participants dans les offres, la poursuite d'une stratégie commune dans la fixation des prix, la limitation d'accès au marché à d'autres concurrents, ou l'échange d'informations relatives à ces offres dans le but de partager le marché, est considérée comme une entente anticoncurrentielle au sens de l'article 6 de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence »*[407].

En effet, d'après le raisonnement poursuivi par le Conseil « *ce problème se pose de manière d'autant plus importante s'agissant des participants aux appels d'offres qui entretiennent des relations commerciales, juridiques ou contractuelles* »[408]. Dans le même ordre d'idées, le Conseil considère qu'il est certainement légitime pour l'entreprise d'entretenir des relations commerciales avec d'autres opérateurs, *« Cela relève de la nature même de l'activité économique des entreprises dans un contexte d'ouverture et de liberté commerciale. Toutefois, ces relations peuvent avoir un impact négatif sur la concurrence dans la procédure des appels d'offre lorsqu'elles incitent aux échanges d'informations stratégiques et de consultations préalables avant la présentation des offres des différents candidats en concurrence »*[409].

---

[407] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, p. 63.

[408] *Ibid.*

[409] *Ibid.,* p. 65.

Les choses prennent une toute autre tournure quand l'échange d'informations constitue une atteinte au secret professionnel, ce cas d'espèce a été évoqué au niveau de *l'étude du Conseil de la Concurrence sur la concurrentiabilité du secteur de l'industrie pharmaceutique au Maroc* publiée au titre de l'année 2011, lequel secteur est le théâtre d'un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles.

En l'espèce, selon Conseil il s'agit du cas des «*fiches patient, remplies et envoyées par le prescripteur au laboratoire commanditaire de l'étude, comportent des renseignements permettant d'identifier clairement le patient et de le contacter (nom, prénom, téléphone personnel et adresse). Le représentant du laboratoire prend la suite. Il appelle le patient sur son téléphone personnel pour s'assurer de l'achat et de l'utilisation de son médicament et exclure ainsi toute possibilité de recours à un concurrent. De telles pratiques constituent une forme de violation du secret médical et une atteinte au droit du patient. Pour rappel, l'obligation au secret s'impose à toute personne amenée à suivre l'état de santé d'un patient. Le secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne, venue à la connaissance du professionnel de santé et concerne toutes les informations confiées, mais aussi tout ce qui a pu être vu, entendu, compris, voire interprété lors de l'exercice médical»*[410].

La pratique concertée via l'échange d'information professionnel trouve également sa source dans la mise à contribution des laboratoires d'analyse biologique, à titre d'exemple « *le laboratoire Roche S.A. fournit gratuitement à certains laboratoires d'analyses biologiques avec lesquels il a des conventions, des kits pour le dépistage de l'hépatite (tests Elisa). En contrepartie, ces laboratoires d'analyse biologique doivent lui fournir les listes des patients atteints d'hépatite virale, avec des renseignements, permettant à ROCHE S.A.*

[410] Cons. conc. ma., *Étude sur le secteur de l'industrie pharmaceutique*, e*) Les pratiques anticoncurrentielles dans le secteur pharmaceutique,* Rapp. ann. 2011, p. 120.

d'identifier clairement ces patients atteints d'hépatite. Ces patients seront alors immédiatement contactés par les représentants commerciaux de ce laboratoire pour les inciter à utiliser uniquement les médicaments de ce laboratoire, excluant de ce fait, les médicaments concurrents. Pour rappel, ces médicaments sont parmi les plus onéreux (un coût de traitement annuel de l'ordre de 150.000 Dirhams par patient)»[411].

De par ailleurs, concernant la participation d'une entreprise à une réunion ayant un objet anticoncurrentiel, au regard de la jurisprudence européenne la seule participation de l'entreprise à cette réunion démontre la participation de celle-ci à la concertation[412], en dépit du fait que l'entreprise ne s'est pas conformée à la politique commerciale pratiquée par les autres participants, étant donné que cette entreprise a « *dû nécessairement prendre en compte directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché*»[413].

D'ailleurs, cette solution s'inscrit dans la ligne directrice définie dès l'arrêt *Suiker Unie*[414]. En fait, l'exigence d'autonomie des acteurs sur le marché « *s'oppose rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché* »[415]. Ceci est dû, effectivement, au

---

[411] *Idid.*, p. 121.

[412] CJCE, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4 juin 2009, aff. C-8/08, pt. 27, Rec. 2009 I-04529.

[413] TPICE, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc et Napier Brown & Co. Ltd c. Commission,* 12 juill. 2001, aff. jtes. T-202/98, T-204/98 et T-207/98, Rec. 2001 II-02035.

[414] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission,* précité.

[415] TPICE, *Rhône-Poulenc SA c. Commission*, 24 oct. 1991, aff. T-1/89, Rec.1991 II-00867; TPICE, *Tate & Lyle plc, British Sugar & co. c. Commission*, précité.

fait que la concurrence saine présuppose que les entreprises adoptent un comportement autonome l'une de l'autre, de façon à assumer le risque de la concurrence, et que de telles prises de contact auraient pour résultat d'aboutir à des conditions aberrantes à l'exercice de la concurrence sur le marché[416].

Inéluctablement, les entreprises ont le droit de s'adapter aux comportements des autres opérateurs, néanmoins, elles ne sont pas autorisées à nouer des contacts ayant pour objet ou effet d'influencer leur décision[417]. Pourtant, la présomption ainsi posée est battable en brèche, l'apport de la preuve contraire n'est pas aisé. Aussi, en vue d'échapper à l'application de la règle du droit en la matière, l'entreprise est appelée à apporter la preuve de son détachement par rapport à la pratique en cause.

En effet, il ne suffit pas que l'entreprise en question ait quitté la réunion [418] , la distanciation par rapport à l'entente pratiquée, doit être exprimée avec ponctualité et ne peut être formulée en termes généraux[419]. Aussi, l'entreprise ne sera pas poursuivie pour entente, lorsqu'elle émet des réserves. Il en est ainsi quand elle se démarque publiquement d'une politique anticoncurrentielle en cours.

Cette optique puise sa justification d'une résolution préventive tenant à prévenir d'éventuels effets nocifs de l'entente sur la concurrence[420], visant identiquement à responsabiliser les entreprises du risque que représente l'entente en raison de leur participation à une réunion[421].

---

[416] CJCE, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG,* précité.

[417] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission,* précité.

[418] CJUE, *Archer Daniels Midlands Co c. Commission*, 19 mars 2009, aff. C-510/06, Rec. 2009 I-01843.

[419] CJUE, *Comap SA c. Commission,* 3 mai 2012, aff. C-290/11 P.

[420] **E. CLAUDEL**, « Nul besoin d'attendre un comportement effectif sur le marché puisque ce comportement est présumé à venir », *RTD com*. 2004, p. 455.

[421] TPICE, *LR AF 1998 A/S c. Commission*, 20 mars 2002, aff. T-23/99, Rec. 2002 II-01705 ; TPICE, *KE KELIT Kunstesoffwerk GmbH c. Commission*, 20 mars 2002, aff. T-17/99, Rec. 2002 II-01647.

D'ailleurs, le droit européen ne proscris l'échange réciproque d'informations lors d'une réunion, que si la concertation en cause donne à chacun des partenaires une assurance sur la politique poursuivie par ses concurrents et fait générer de la sorte le risque de saper intrinsèquement le libre jeu de la concurrence.

B- Le parallélisme de comportement des opérateurs concurrents du point de vue de l'impact sur l'atomicité du marché :

La pratique concertée implique un parallélisme de comportement des entreprises sur le marché en cause. En effet, quand les entreprises s'entraccordent, leur comportement sur le marché devient uniforme, ceci peut prendre la forme de comportements parallèles.

Mais, un parallélisme de comportement peut simplement résulter d'une simple stratégie commerciale mise en œuvre par une entreprise. En d'autres termes, le parallélisme de comportement n'est pas dans toutes les situations le résultat d'une collusion entre les entreprises. Ainsi, le parallélisme de comportement comme preuve d'une collusion est difficile à mettre en exergue et peut dans certaines situations se révéler dangereux pour les entreprises.

Le parallélisme peut découler d'une anticipation permise par le libre jeu de la concurrence et ne permet nullement en lui-même de prouver la pratique concertée. L'hypothèse la plus signifiante[422] est celle d'un marché d'oligopole, où la concurrence s'exerce entre un nombre limité d'entreprises[423].

Dans cette conjoncture, où le postulat de l'atomicité du marché n'est pas observé, chaque entreprise a un poids sur le marché. Subséquemment, chaque entreprise doit tenir compte du comportement de ses concurrents.

---

[422] **M- C. BOUTARD- LABARDE**, *Le droit de la distribution dans la communauté économique européenne*, thèse Paris II, 1981, t. 1, n° 312 et s., p. 275 et s.

[423] **M. GLAIS**, *Économie industrielle, Les stratégies concurrentielles des firmes*, éd. Litec, 1992, p. 430.

Aussi, la stratégie des entreprises suppose-t-elle d'anticiper les réactions des autres. Effectivement, la théorie économique de l'oligopole a pour finalité de brosser ce processus résolutif des entreprises, placées dans l'incertitude de la réaction de leurs concurrents[424].

À cet égard, sur un tel marché, les entreprises ont intérêt à se comporter, ensemble, comme une seule entreprise. Ainsi leur stratégie peut, naturellement, leur édicter de se conduire de telle sorte à ne pas se faire concurrence. En d'autres termes, dans l'hypothèse évoquée le comportement émanant des entreprises est imposé par la structure elle-même du marché concerné.

Ainsi donc, ce comportement de coopération dérive de la seule poursuite de l'intérêt individuel des entreprises[425], une chose qui exclue l'existence d'éventuelle entente anticoncurrentielle. D'ailleurs, comme le relève la jurisprudence européenne en ces termes : «*l'exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents*»[426].

En effet, suivant la même trajectoire *l'avis du Conseil de la Concurrence marocain n° 19/11relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n° 6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère marocain de la Santé pour l'acquisition de l'insuline*, ledit avis traite de la similitude de comportement des opérateurs concurrents sur le marché pertinent de l'insuline dans le cadre d'un marché oligopolistique, en considérant que « *Les laboratoires (LAPROPHAN/NOVO NORDISK) qui soumissionnement dans les appels d'offres d'insuline ont une parfaite*

[424] **J- L. LEVET**, *L'économie industrielle en évolution*, *Les faits face aux théories*, Economica, 2004, p. 90.
[425] **J- B. BLAISE**, *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et dans le droit des Communautés européennes*, Librairie techniques, 1964, p. 113.
[426] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission*, précité.

connaissance des opérateurs qui exercent au niveau de ce marché (…). De même, chaque membre du duopole[427] *connait le comportement de l'autre opérateur au niveau du marché pertinent, notamment en matière des prix pratiqués dans les appels d'offres précédents. Ceci leur permet de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne de conduite. Les offres financières de ces sociétés montrent explicitement qu'elles ont adopté un même comportement (lequel s'affiche à travers la tendance baissière ou haussière des prix proposés). Cela confirme que la transparence du marché pertinent, permet à chaque société membre du duopole de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de l'autre société* »[428].

En outre, en se référant à l'élément important de la mise en œuvre de la pratique incriminée lequel est le critère de l'autonomie de comportement de l'entreprise au niveau du marché pertinent, indépendamment de celui de ses concurrents et, *in fine*, des consommateurs.

À ce sujet,« *les prix de soumission de LAPROPHAN/NOVO NORDISK lors des appels d'offres, montrent que ces sociétés n'ont pas pu adopter un comportement individuel et autonome sans tenir compte des conduites de leur concurrent (…) et leurs prix étaient toujours proches* »[429].

Aussi, en conclusion et partant de ce qui précède l'on constate que le parallélisme de comportement n'est pas dans toutes les situations le résultat d'une pratique concertée, le parallélisme peut découler d'une anticipation permise par le libre jeu de la concurrence et ne permet nullement en lui-même

---

[427] Le duopole caractérise un contexte de marché oligopolistique dans lequel seulement deux entreprises offreuses font face à une demande atomistique, c'est-à-dire à une infinité de demandeurs, v. notamment **B. BERNIER & H- L. VÉDIÉ**, *Initiation à la microéconomie*, 9ème édition, Dunod, 2009.

[428] Cons. conc. ma., *Avis du Conseil de la Concurrence n° 19/11 rendu le 22 décembre 2011 relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n° 6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de l'insuline,*Rapp. ann. 2011, p. 370.

[429] *Ibid.,* p. 382.

de prouver la pratique concertée, étant donné que chaque entreprise doit tenir compte du comportement de ses concurrents. Aussi, la stratégie des entreprises suppose-t-elle d'anticiper les réactions des autres.

Autant, le Conseil de la Concurrence a-t-il considéré que « *l'inexistence de la pratique concertée impliquant la consécration de la position dominante individuelle de NOVO NORDISK au niveau du marché hospitalier de l'insuline* »[430], étant que la situation d'un marché oligopolistique peut bien justifier que les entreprises concurrentes adoptent un comportement identique.

D'ailleurs, de leur côté les juridictions européennes ont développé un régime probatoire souple, pour appréhender le plus largement possible les ententes tacites qui par définition, ne sont pas formalisées et dont le parallélisme de comportement comme seul indice permettant de prouver une collusion a été fortement critiqué[431].

En pratique, les juridictions ont exigé des preuves complémentaires à savoir soit la preuve négative de l'absence de toute autre explication possible, soit la preuve positive d'une concertation.

Concernant la preuve négative, les juridictions ont admis *« qu'un parallélisme de comportement ne peut être considéré comme apportant la preuve d'une concertation que si la concertation en constitue la seule explication plausible. Il importe, en effet, de tenir compte du fait que, si l'article 85 du traité CE (actuel l'article 101 TFUE) interdit toute forme de collusion de nature à fausser le jeu de la concurrence, il n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents »*[432].

---

[430] *Ibid.*

[431] **A. PERROT & L.VOGEL**, « Entente, tacite, oligopole et parallélisme de comportement », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n°48, 2 décembre 1993, p. 299.

[432] CJCE, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres c. Commission*, 31 mars 1993, aff. jtes. C-89/85, C-104/85, C 114/85, C-116/85, C- 117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec.1993 I-01307.

L'indice d'un parallélisme de comportement est *« fortement relativisé, il n'est plus un indice imparable de la pratique concertée »*[433]. On voit que le parallélisme de comportement ne jouera quand l'absence de toute autre explication plausible que la rationalité économique pourrait expliquer. *« Donc certains indices peuvent à eux seuls, en l'absence de toute autre explication cohérente, être susceptible de constituer la preuve d'une pratique concertée »*[434]. *« Ainsi, les entreprises peuvent apporter la preuve contraire que leur comportements peut être du soit à la recherche d'un intérêt individuel soit dû à la structure du marché »*[435]. La structure du marché peut notamment expliquer un parallélisme de comportement sans pour autant qu'il y est collusion[436].

Les juridictions ont donc conceptualisé des présomptions simples qui jouent contre les entreprises, alors que la charge de la preuve des éléments constitutifs d'une infraction doit normalement pesée sur « *les autorités qui l'allèguent* »[437].

Concernant les preuves positives, elle consiste à juste titre de tirer d'un faisceau d'indices des preuves « *précises, graves et concordantes* » qui permettent de conclure à l'existence d'une pratique concertée [438]. Ces exigences permettent de renforcer le standard probatoire qui doit peser sur la Commission européenne aux bénéfices des entreprises. Cela permet d'atteindre « *un haut degré d'exigence dans l'administration*

---

[433] **C. NOURISSAT**, *Droit communautaire des affaires*, HyperCours, 2ème édition, Dalloz, 2005.

[434] CJCE, *Aalborg Portland A/S c. Commission,* 7 janv. 2004, aff. 204/00 P, Rec. 2004 I-00123, pts. 57-81.

[435] CJCE, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, 28 mars 1984, aff. 29/83 et 30/83, Rec.1984 01679.

[436] **A. PERROT & L. VOGEL**, précité.

[437] Art. 2 Règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOL1 du 4 janv. 2003, p. 1.

[438] COMMISSION (CE), décision n° 69/243/CEEdu 24 juillet 1969, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité C.E.E. (IV/26.267 - Matières colorantes), Journal officiel des Communautés européennes n° L 195, 7 août 1969.

de la preuve»[439].

Par ailleurs, la preuve d'une entente en cas de détection d'un parallélisme de comportements peut être apportée par un faisceau d'indices. En effet suite à *l'étude de concurrentiabilité du marché de la téléphonie mobile au Maroc* réalisée par le Conseil de la Concurrence, il ressort que si on veut démontrer que des comportements parallèles sont le résultat de concertation et non seulement de similitudes de réponses d'opérateurs identiques à une même situation « *il faut aller jusqu'à l'analyse des coûts de production et de commercialisation. Dans ce cadre, s'il existe des différences technologiques, de capacités, de niveaux de diversification, de coûts fixes et autres charges et donc que les prix de revient d'une minute de communication mobile soient différents entre IAM et Méditel et on observe par ailleurs une similitude des évolutions des prix de vente, alors la stabilité des parts de marché peut être un signal d'entente pour contenir l'intensité de la concurrence. Seule une enquête approfondie dans ce cas peut permettre de confirmer ou infirmer l'existence ou pas d'une entente*»[440].

De son côté, la Commission européenne est astreinte d'établir en cas de parallélisme de comportement, qu'il n'y a aucune explication économique valable ou que la concertation en est la seule explication plausible.

Dans l'hypothèse où le parallélisme des comportements fait un indice de l'entente, il n'en demeure pas moins que sa constatation fonde une présomption d'entente, aussi le fardeau de la preuve incombe-t-il aux entreprises.

Autrement dit, Il appartient aux entreprises suspectées de mettre en évidence « *des circonstances qui donnent un éclairage différent aux faits établis*

[439] **D. BRAULT**, « De la preuve en cas de comportements parallèles mais non coordonnés », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006/09.

[440] Cons. conc. ma., *Étude sur la téléphonie mobile,*Rapp. ann. 2011, p. 94.

par la Commission et qui permettent ainsi de substituer une autre explication à celle retenue par la décision attaquée»[441].

D'ailleurs, si les entreprises apportent la preuve d'une explication plausible qui justifie le parallélisme et qui n'est pas contestée par la Commission, la concertation n'est pas caractérisée. De même, en présence d'une explication affable, la qualification d'entente est exclue.

Pour renverser la présomption d'entente, il n'est pas nécessaire d'établir que, certainement, il n'y avait pas de concertation, il suffit de prouver qu'une autre cause est plausible. La structure du marché peut dès lors être décisive pour justifier que le parallélisme de comportements n'est pas le résultat d'une entente[442].

En somme, on voit qu'il existe une tension permanente entre l'effectivité de l'application du droit de la concurrence et une mise en œuvre efficace de la sécurité juridique pour les entreprises. La mise en œuvre des présomptions est majeure pour les autorités de concurrence qui, sans elle, seraient dans l'impossibilité de prouver dans certaines situations l'existence d'une pratique concertée.

[441] CJCE, *Compagnie royale asturienne des mines SA et SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, précité.

[442] CJCE, *A.Ahlström Osakeyhtiö et autres c. Commission*, précité.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE :

L'approche juridique en vue d'appréhender les symptômes de l'atteinte à la liberté d'agir nommément au moyen de la pratique prohibée en vertu de l'article 6 de loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc ainsi que de l'article 101 TFUE dans sa manifestation, en dépit de la difficulté de sa démarcation, allait-elle donner une définition à l'acte en référence, mais tout en s'en distinguant sur quelques points, à la fois eu égard aux opérateurs concurrents auteurs du fait reproché de même qu'eu égard aux caractéristiques casuistiques dépeignant l'entente et la pratique concertée par rapport à la dimension normative de commandement des conduites sur le marché.

Cette analyse au cas par cas a remis en cause le modèle fondé sur la perception civiliste de l'entente en tant qu'accord de volontés palpable entre des parties consentante, pour élaborer une conception plus réaliste et plus adapté aux réalités économiques laquelle est fondée sur l'intangibilité du fait anticoncurrentiel.

Cette conception moderne puise sa source dans les règles de l'art de la concurrence imparfaite pratiquées à l'intérieur de l'enceinte mercantile, une telle analyse nous a permis de saisir les caractéristiques substantielles de la capacité de prépondérance de l'entreprise ou des entreprises concernées lesquelles se prévalent des mécanismes conventionnels subtils d'exclusion aux conditions régissant le champ concurrentiel.

Ces traits distinctifs constituent le principal point fort à l'appréciation de l'atteinte à la concurrence via l'entente ou la pratique concertée. Du point de vue de l'approche juridique nous avons vu que ces indices constituent de bons points de départ pour une analyse de la manifestation de la puissance de marché de l'entreprise provoquant le cloisonnement du marché, dont la lutte

contre en vue de l'investiture d'une plateforme égalitaire d'accès des entreprises au sources d'approvisionnement, s'affiche comme étant le repère de la notion la sécurité du commerce juridique, telle que nous la concevons dans la présente étude.

Ceci étant, les manifestations des pratiques anticoncurrentielles concernent sur un même pied aussi bien les ententes entre entreprises que la situation de dominance détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises. Aussi, qu'est-ce qu'il en ait de la teneur de l'approche juridique s'intéressant aux critères susceptibles de démontrer les manifestations de la position de domination d'une entreprise ou des entreprises au sens de l'article 7 de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc et de l'article 102 TFUE ?

CHAPITRE -2- LA RÉTIVITÉ AFFECTANT LE CADRAGE DE LA PORTÉE D'INTERVENTION DE LA POSITION DOMINANTE :

L'abus de position dominante trouve une expression toute particulière dans l'article 7 de la loi marocaine n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, qui dispose dans son premier alinéa que : *« 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 d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci »*, mais également dans l'article 102 TFUE, à la lumière duquel : *« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci* ». Aussi, apparaît-il que seul l'abus de position dominante qui est prohibé, et non le simple fait de détenir une puissance économique sur un marché et de son exploitation[443].

La pratique décisionnelle du Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc, s'appuie concernant la définition de la position dominante, sur la jurisprudence et la doctrine au niveau international, notamment l'arrêt United Brands (14 février 1978) et l'arrêt Hoffman-la-Roche (13 février 1979), en appréhendant la position de dominance comme étant : « *la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents*»[444].

---

[443] **M. DRISSI ALAMI MACHICHI**, *Concurrence : Droits et obligations des entreprises au Maroc*, Édition : L'Économiste, Casablanca, 2004, p. 97.

[444] Cons. conc. ma., *Avis relatif au recours concernant l'acquisition de l'insuline en date du 22 décembre 2011*, Rapp. ann. 2011, p. 59.

Le Conseil de la concurrence du Maroc met également l'accent sur les modalités de la définition et appréciation de la position dominante au niveau de son *avis du Conseil de la Concurrence n° 19/11 rendu le 22 décembre 2011 relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de l'insuline*, à travers lequel il s'avère que *« La position dominante est évaluée par rapport aux autres concurrents au niveau du marché pertinent (…) En outre, l'élément important pour l'appréciation de la position dominante est le critère de l'autonomie de comportement de l'entreprise au niveau du marché pertinent, indépendamment de celui de ses concurrents et, in fine, des consommateurs (…). Aussi, l'entreprise ou les entreprises concernées peuvent adopter un comportement individuel et autonome sans tenir compte des conduites de leur concurrent (…) »*[445].

De son côté, la Cour de Justice des Communautés Européennes (aujourd'hui Cour de Justice de l'Union Européenne) a proposé dans deux arrêts prononcés à la fin des années 1970, une explication de la position dominante. Il s'agit d'*« 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 »*[446].

Aussi, au niveau des systèmes juridique sous examen, la position dominante se caractérise-t-elle par le pouvoir de jouer un rôle directeur

[445] *Ibid.*, p. 54.

[446] CJCE, *United Brands Company et United Brands Continental BV c. Commission*, 14 fév. 1978, aff. 27/76, Rec. 1978-00207; CJCE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Rec. 1979 00461.

sur le marché d'un produit ou service, aucun opérateur économique n'offrant une alternative significative aux fournisseurs, ou aux clients de l'entreprise qui est dans cette situation à cause de l'importance et la puissance économique de cette dernière par rapport à ses concurrents[447].

Aussi, la dominance s'affiche comme étant la position de force qui indique qu'un opérateur économique **(Section -1-)** est en position dominante lorsqu'il est en situation de s'abstraire de la concurrence d'autres opérateurs économiques présentent sur le marché [448] **(Section -2-)**.

[447] **F. DEKEUWER- DÉFOSSEZ&E. BLARY- CLÉMONT**, *Droit commercial*, Montchrestien, 10éme éd., 2010, p. 459 ; **P. LAURENT**, *Abus de position dominante, notion de position dominante,* Fasc. 560, JurisClasseur Commercial – concurrence- consommation, 2006, vol. 3, p. 2.

[448] Cons. conc. fr., *Décision n° 02-D-62 du 27 septembre 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne*; Rapp. ann. 2002, p. 210.

Section -1- La pertinence de l'analyse d'incidence des opérateurs concurrents à la gésine de l'abus de position dominante :

L'abus de position dominante peut être le fait soit d'une entreprise seule, c'est l'abus de position dominante individuelle **(§-1-)**, soit d'un groupe d'entreprises intervenant sur le marché en cause, c'est l'abus de position dominante collective **(§ -2-)**.

§-1- L'analyse de l'atteinte à la concurrence centrée sur l'hypothèse de la position dominante individuelle :

Dans la très grande majorité des cas, la position dominante est occupée par une seule entreprise, c'est pourquoi les législateurs marocain et européen ont adopté un statut juridique propre à la position dominante individuelle ainsi qu'à ses abus, à côté des ententes entre d'entreprises.

La notion d'entreprise dans le cadre de l'article 7 de la loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc et de l'article 102 TFUE ne pose aucune difficulté particulière.

Mais contrairement aux pratiques d'ententes, qui s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution ou de services fait tant par les entreprises, syndicats, organismes professionnels. La position dominante ne peut être détenue que par un agent économique à savoir une entreprise en cas de dominance individuelle laquelle exerce une activité typiquement commerciale, économique ou spéculative[449].

L'entreprise unique ne signifie pas forcément une personne juridiquement isolée, il peut s'agir aussi d'un ensemble constitué par une société mère et ses filiales dès lors que ces dernières ne jouissent pas d'une autonomie réelle de décision. Il peut également s'agir selon l'article 11

[449] **R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY&S. POILLOT- PERUZZETTO**, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation*, Éd. 2001, p. 446.

de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, d'un abus qui est le fait du fusionnement de deux ou plusieurs entreprises indépendantes pour constituer une seule entreprise, c'est la concentration de la puissance économique[450]. Il y a concentration lorsque plusieurs entreprises procèdent à la fusion, ce qui entraîne la perte de leur indépendance juridique, ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises détiennent le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises, ce qui fait perdre à ces dernières leur indépendance économique. Ces hypothèses sont visées par l'article 11 de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Dans le cadre de l'appréciation de la dominance individuelle tout comme dans l'analyse de la pertinence de sa qualification juridique, le Conseil de la Concurrence marocain a pris sa position par rapport à elle en vertu de son *avis n° 16/10 rendu le 24 Décembre 2010 concernant un projet d'arrêté relatif à la fixation du nombre de catégories des laboratoires de bâtiments et des travaux publics*, en considérant que le jaillissement d'une situation de dominance individuelle sur le marché « *comporte le risque de voir émerger des pratiques abusives consistant en l'exploitation par un laboratoire d'une position dominante et/ou de monopole dont il disposait dans le cadre d'une catégorie donnée, pour appliquer des prix prédateurs ou abusivement bas dans le dessin d'éliminer les laboratoires concurrents et ce par le biais des subvention croisée* »[451].

Dès lors, l'on remarque que le Conseil de la Concurrence met l'accent sur les risques néfastes émanant des comportements l'entreprise en position

---

[450] **CH. BOLZE**, « Règles de concurrence, Contrôle des concentrations entre entreprises, Création d'une position dominante, Engagements préalables de déconcentration, Compatibilité (oui) », *RTD Com*., 1994, p. 168.

[451] Cons. conc. ma., *Avis du Conseil de la Concurrence n° 16/10 rendu le 24 décembre 2010 concernant un projet d'arrêté relatif à la fixation du nombre de catégories des laboratoires de bâtiments et des travaux publics*, Rapp. ann. 2010, p. 224.

dominante individuelle, se traduisant via la possibilité de réduction sensible de la concurrence par la capacité de l'entité d'exercer une puissance de marché aboutissant en l'occurrence à l'élimination des concurrents.

À vrai dire, la position dominante individuelle trouve son expression dans l'indépendance de comportement dont jouit l'entreprise en cause de déterminer de manière autonome, la politique qu'il entend suivre sur le marché, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes.

Aussi, étant guidé par son raisonnement à caractère exégétique, le Conseil de la concurrence s'est exprimé clairement sur l'existence d'une position dominante individuelle imputée à la société LAPROPHAN/NOVO NORDISK, au standard de son *avis relatif au recours concernant l'acquisition de l'insuline en date du 22 Décembre 2011*, en ces termes « *En outre, l'élément important pour l'appréciation de la position dominante est le critère de l'autonomie de comportement de l'entreprise au niveau du marché pertinent, indépendamment de celui de ses concurrents et, in fine, des consommateurs. À ce sujet, les prix de soumission de LAPROPHAN/NOVO NORDISK lors des appels d'offres, montrent que la société en cause n'a pas pu adopter un comportement individuel et autonome sans tenir compte des conduites de ses concurrents, en l'occurrence SOTHEMA, et ses prix par rapport aux concurrents étaient toujours proches. Partant de ce qui précède, le Conseil a considéré qu'il n'y a pas de position dominante individuelle de NOVO NORDISK au niveau du marché hospitalier de l'insuline* »[452].

Par ailleurs, cette indépendance de comportement lui octroyant la possibilité de se soustraire des conditions du marché s'oppose rigoureusement aux obligeances d'une concurrence saine entre opérateurs, notamment lorsqu'elle affiche une tendance ayant pour objet ou pour effet,

[452] Cons. conc. ma., *Avis relatif au recours concernant l'acquisition de l'insuline en date du 22 décembre 2011*, précité, p. 54.

soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de l'évincer du marché, via le recours à différents manouvres néfastes dont la pratique du prix prédateur.

En effet, le Conseil de la Concurrence marocain à l'occasion de sa saisine par le Président de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca sur des pratiques qu'il considère comme anticoncurrentielles mises en œuvre par le laboratoire Danois NOVO NORDISK à l'encontre de la Société de Thérapeutique Marocaine (SOTHEMA), lors de l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP du 14 Mai 2010 lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de 2,5 millions de flacons de l'insuline.

Dans sa saisine, la partie demanderesse la partie demanderesse a précisé que le laboratoire NOVO NORDISK a abusé de sa position dominante en pratiquant un prix prédateur à l'occasion de cet appel d'offre et ce, par la proposition, par le bais de son distributeur unique LAPROPHAN, d'un prix de 19,18 DH le flacon d'insuline[453].

Effectivement, cette saisine a fait l'objet d'un rapport d'instruction qui a été présenté devant le Conseil de la Concurrence lors de sa session ordinaire tenue le jeudi 30 juin 2011.

À cette occasion, le Conseil a fait un certain nombre de conclusions et recommandations. L'analyse des données recueillies sur ce marché a fait ressortir « *qu'il n'y a pas de position dominante individuelle de NOVO NORDISK, vu que la position dominante est appréciée par rapport aux autres concurrents. Or, il se trouve que l'unique concurrent de NOVO NORDISK dans le marché pertinent est la société SOTHEMA qui a la même part de marché. De même, la société SOTHEMA qui a considéré le prix de 19,18 DH pratiqué par NOVO NORDISK/LAPROPHAN comme prédateur, a remporté le dernier appel d'offre*

[453] *Ibid.*, p. 52.

n° 01/2011 /DA/CS/PRG réalisé par le Ministère de la Santé en avril 2011 pour l'achat de 1,6 millions de flacons d'insuline au prix de 18,43dhs/flacon seulement. De ce fait, il n'a pas été établi ni de pratique du prix prédateur par NOVO NORDISK/LAPROPHAN, ni de comportement ayant pour objet ou pour effet d'évincer la société SOTHEMA du marché en question »[454].

Conséquemment, le Conseil a conclu ainsi « *Cependant, considérant que les sociétés NOVO NORDISK/LAPROPHAN ne détiennent pas une position dominante exclusive. Et considérant le prix d'achat de l'insuline de NOVO NORDISK par la société LAPROPHAN qui est de 15,80 DH/ flacon. Attendu que les sociétés LAPROPHAN/NOVO NORDISK n'ont pas pu adopter un comportement individuel et autonome au niveau du marché pertinent sans tenir compte des conduites de leur concurrent, en l'occurrence SOTHEMA. Considérant également que la pratique de prix prédateur ne peut être établie, que si elle a pour objet ou effet d'évincer du marché l'entreprise qui prétend en être victime et que, dans le cas d'espèce, l'existence d'une volonté d'éviction de la part de NOVO NORDISK/LAPROPHAN n'ayant pas été établie. Il résulte de ce qui précède, d'une part, il n'est pas établi que les prix pratiqués par NOVO NORDISK/LAPROPHAN revêtent le caractère de prix prédateurs au sens de l'article 7 de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence, et d'autre part, il n'est pas établi que les comportements de NOVO NORDISK/LAPROPHAN ont eu pour objet ou aient pu avoir pour effet d'évincer du marché hospitalier de l'insuline la société SOTHEMA. Ainsi, il n'est pas établi que NOVO NORDISK/LAPROPHAN ont enfreint les dispositions de l'article 7 de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence*»[455].

---

[454] *Ibid*.

[455] Cons. conc. ma., *Avis relatif au recours concernant l'acquisition de l'insuline en date du 22 décembre 2011*, précité, p. 61.

À ce sujet, il y a lieu de rappeler que pour la position dominante, l'article 7 de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence n'interdit pas la position dominante individuelle, mais sanctionne l'exploitation abusive par une entreprise de sa position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence[456].

En droit européen, dans le cadre de l'appréhension de la position dominante individuelle, l'article 102 TFUE déclare pour sa part incompatible avec le marché intérieur le fait pour une entreprise d'exploiter de façon abusive la position dominante dont elle bénéficie au sein du marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Dans le sillage de la lignée de pensée consacrée en vertu de ce même article, la principale conséquence qui découle d'un abus de position dominante individuelle se révèle être la possibilité pour une entreprise de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, ce qui aura à terme une influence sur la structure de ce même marché.

Aussi, en droit européen, la mise en œuvre de l'article 102 TFUE, exige-t-elle au prime abord et avant toute chose, la détection d'une situation de dominance détenue par l'entreprise concernée, avant d'entrevoir l'éventuel abus qui en résulterait. C'est suivant le même ordre d'idée que la jurisprudence européenne a essayé de donner le cas échéant, une consistance juridique à la notion de dominance unilatérale.

De par ailleurs, avant même que la jurisprudence n'ait pu dire son mot en la matière, la Commission européenne s'est intervenue en amont en énonçant qu'il y a position dominante individuelle sur un marché donné lorsqu'une entreprise dispose du potentiel d'agir *« de façon essentielle sur les décisions*

[456] *Ibid.*, p. 59.

d'autres agents économiques au moyen d'une stratégie indépendante de sorte qu'une concurrence praticable et suffisamment efficace ne peut apparaître et se maintenir sur le marché »[457]. En d'autres termes, il s'agit du pouvoir d'autonomie d'agir dont jouit une entreprise lequel se cristallise par la faculté de celle-ci d'exercer une influence remarquable sur le fonctionnement du marché. Cette prédisposition avantageuse de l'entreprise dominante influence indubitablement le comportement et les décisions d'autres opérateurs concurrents.

Cette exégèse, qui met en avant l'indépendance de comportement de l'entreprise dominante, a fermement fanatisé la jurisprudence européenne.

En effet, la Cour de Justice a défini la notion de dominance individuelle dans des termes parfaitement analogues, en prévoyant que la position dominanteindividuelle « *visée par l'article 86 (actuel article 102 TFUE) concerne une position 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*»[458].

Cette linéature idiomatique, ayant été adoptée de manière constante par la jurisprudence ultérieure, brosse l'état caractéristique de la position dominante individuelle par l'intermédiaire de deux indices à savoir, d'une part, l'indice de l'indépendance de comportement de l'entreprise en position dominante et, d'autre part, l'indice afférent à la capacité de celle-ci à faire obstacle à la concurrence effective[459]. Ces deux indices resserrent assez bien

---

[457] COMMISSION CEE, *Le problème de la concentration dans le marché commun,* Série concurrence 3, Bruxelles, 1966, p. 22.

[458] CJCE, *United Brands Company et United Brands Continental BV c. Commission*, précité, pt. 65.

[459] **R. WHISH**, *Competition Law,* 5th Ed., London, LexisNexis-Butterworths, 2005, p. 179.

les conceptions factuelles statiques et dynamiques de la dominance unilatérale en faisant rejaillir les deux facettes intercomplémentaires active et passive de la dominance individuelle.

Pour ce qui a trait à l'aspect actif de la dominance individuelle, l'influence caractéristique de la situation visée à l'article 102 TFUE se ramène à une potentialité de comportements indépendants de l'entreprise sur un certain marché de référence, reliée à une certaine neutralisation des concurrents. Quant à l'aspect passif de la dominance individuelle, il se traduit par la capacité de l'entreprise dominante de se soustraire de l'influence des autres opérateurs économiques présents sur le marché concerné[460].

De facto, cette approche met bien l'accent sur l'aptitude de l'entreprise en situation de dominance individuelle de porter atteinte à la concurrence, du fait de sa puissance caractéristique. Effectivement, aussi bien le critère de l'indépendance de comportement est valable, autant celui-ci ne se distingue aucunement de la capacité de l'entreprise de se soustraire à la concurrence.

Autrement dit, l'autonomie de comportement sur le marché qui tolère à l'entreprise de pouvoir suinter la concurrence, constitue davantage un moyen qu'une fin. Conséquemment, ces deux attraits n'en font qu'un corpus consubstantiel.

D'ailleurs, pour sa part, la jurisprudence européenne ne fait aucune différenciation entre l'argumentaire substantiel moyen, s'affichant à travers l'indépendance de comportement de l'entreprise en dominance individuelle sur un marché, et la substance d'atteindre la finalité ultime, se concrétisant par l'aptitude de l'entreprise dominante à se soustraire à une concurrence effective.

[460] **M. MALAURIE-VIGNAL**, *L'abus de position dominante,* LGDJ, Paris, 2002, p. 65.

Au demeurant, la caractéristique juridique essentielle de la position de dominance individuelle réside dans l'indépendance de comportement qu'elle offre à l'entreprise en situation de dominance.

À l'échelon de la conception juridique, l'indépendance de comportement renvoi au fait que l'entreprise dispose de la latitude de ne pas tenir compte des contraintes concurrentielles dans la détermination de sa stratégie et de sa politique mercatique[461]. Subséquemment, il importe de souligner que cela ne signifie pas que la situation de dominance individuelle implique une indépendance absolue de comportement de l'entreprise en cause.

En effet, au plan économique, une pareille interprétation constitue une gageure considérable à tous les niveaux, puisque toute entreprise qu'elle soit dominante ou non, est limitée dans les actions qu'elle entreprend par la fluctuation de la demande sur le marché de référence[462].

À dire vrai, l'environnement concurrentiel marqué par la fluctuation de la demande impose une séquelle de discipline sur le comportement de l'entreprise, en lui circonscrivant des limites à l'intérieur desquelles elle peut agir pour optimiser son gain.

Pourtant, en dépit du fait que l'appréhension juridique de la position dominante individuelle de l'entreprise ne fait pas abstraction de cette donnée économique, ceci ne signifie en aucun cas que l'entreprise dominante agit indépendamment de la demande sur le marché, ce qui est impossible économiquement parlant vu qu'en principe, l'on sait que l'entreprise est contrainte par sa courbe de demande.

---

[461] TPICE, *General Electric Companyc. Commission*, 14 déc. 2005, aff. T-210/01, Rec. 2005-II-5575, pt. 117.

[462] **J- P. AZEVEDO & M. WALKER**, « Dominance: Meaning and Measurement », *European Competition Law Review* 2002, pp. 363-367.

En réalité, selon la perception juridique du fait économique en question, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante individuelle ne peut signifier qu'une seule chose, c'est que l'entreprise en situation de dominance unilatérale se trouve en mesure - tout en tenant compte des contraintes que lui imposent l'environnement concurrentiel dont les fluctuations de la demande à titre principal - de hausser substantiellement le prix sans que ce comportement ne lui cause un quelconque préjudice, ceci nous ramène incontestablement à l'influence médius dont dispose l'entreprise dominante sur le marché[463].

D'ailleurs, le concept de la dominance individuelle évoque assertoriquement un degré acerbe de contrôle exercé sur le marché corroborant de la sorte la position de force détenue par l'entreprise.

Voilà pourquoi, le prétoire européen a affirmé, dans le sillage de l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, que la notion de dominance individuelle demeure dans certaine mesure extraordinairement large au point qu'elle vise les situations les plus concurrentielles, pourvu que l'entreprise concernée dispose d'une indépendance de comportement, « *une telle position, à la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole, n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence, mais met la firme qui en bénéficie en mesure sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice* »[464].

Par voie de conséquence, la dominance individuelle peut ne pas exclure l'existence d'une concurrence même vive voire résiduelle. En d'autres termes, la notion de dominance individuelle de l'entreprise serait compatible

[463] **A. JACQUEMIN**, « Firme dominante et politique antitrust », Bruges, De Tempel, 1977, p. 12.
[464] CJCE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, précité, pt. 39.

avec la situation de concurrence.

Aussi, la jurisprudence européenne a-t-elle confirmé en des termes plus au moins clairs que « *l'existence d'une concurrence, même vive, sur un marché donné n'exclut pas celle d'une position dominante sur ce même marché* »[465]. Ainsi, il va de soi que la dominance unilatérale d'une entreprise peut parfaitement cohabiter avec la concurrence à la condition que l'indépendance de comportement soit de mise. Néanmoins, cette condition l'indépendance de comportement peut ne pas être remplie lorsque la politique de prix de ses concurrents contraint l'entreprise à baisser ses prix.

§-2- L'appréciation de l'entrave à la concurrence sous l'hypothèse de la position dominante collective :

Il arrive cependant que la position dominante soit collective, c'est le cas où elle est le fait de deux ou plusieurs entités économiques juridiquement indépendantes l'une de l'autre qui se présentent sur le marché en cause comme une entité économique collective, unies entre elles par des liens de natures diverses permettent d'adopter une même ligne d'action sur le marché, et non sous leurs forme individuelle.

Dans ce contexte, il faut rappeler que la position dominante collective couvre non seulement des groupes de sociétés **(A)**, mais aussi des entreprises interdépendantes **(B)**.

A- La position dominante collective occupée par un groupe d'entreprises :

La position dominante peut également être collective, ce qui est expressément prévue par les dispositions de l'article 7 de la loi n°104-12 sur la liberté es prix et de la concurrence au Maroc, aux termes duquel « *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 (…)*

[465] TPICE, *General ElectricCompanyc.Commission*, précité, pt. 117.

un groupe d'entreprises ».

De même l'article 102 TFUE prévoit distinctement qu'une domination peut être détenue par plusieurs entreprises en ces termes « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour (…) plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci*».

En l'espèce, la difficulté majeure de l'appréciation d'une domination se pose quand il s'agit de la situation propre aux groupes des entreprises qui implique une responsabilité collective de tous ses membres.

En effet, le groupe d'entreprises est un ensemble d'unités supportées par des personnes morales soumises à un contrôle commun par les liens financiers qui les unissent[466]. Il faut, donc, analyser concrètement les liens entretenus et les rapports existant entre la société mère et ses filiales, car la simple appartenance à un groupe n'est pas suffisante pour considérer que le groupe constitue une seule entreprise.

De fait, il est plus question l'indépendance de décisions en matière économique laquelle est assurée lorsqu'il existe une autonomie commerciale et financière, suffisante et réciproque entre la société mère et ses filiales. La jurisprudence française affirme l'autonomie des filiales si elles définissent leur stratégie commerciale, financière, et technique et qui peuvent se libérer du contrôle hiérarchique de la société mère[467]. Dans ce cas la société mère et ses filiales forment un groupe d'entreprises, et la position dominante occupée par celles-ci est collective.

---

[466] **S. CRISTIN- BELMONT**, Essai sur la position dominante collective en droit communautaire, Presses universitaires Septentrion, 1999.

[467] **M- C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL- AMSELLEM&J. VIALENS**, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, n° 64, 2008, pp. 66-67.

La jurisprudence européenne quant à elle, a d'ores et déjà admis cette possibilité. En effet, dans l'arrêt *Bodson*[468], il a été affirmé que des entreprises différentes mais appartenant à un même groupe pouvaient se trouver en position dominante collective, à condition toutefois de démontrer que ces entreprises étaient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne de conduite. Une autre affaire illustre bien cette possibilité d'une domination collective de plusieurs entreprises appartenant à un même groupe. Elle fut abordée dans la décision de la Commission européenne plus connue sous l'appellation des conférences maritimes[469].

Le droit européenne de la concurrence à travers la jurisprudence de la Cour de Justice, les décisions de la Commission européenne ainsi que l'article 102 TFUE, nous présente l'abus de position dominante exercé par un groupe d'entreprises comme pouvant résulter d'un comportement spécifique des entreprises elles-mêmes au sein du marché, pour obtenir certains avantages qu'elles ne pourraient pas se procurer dans le cadre d'une concurrence saine et effective. Ce comportement peut également avoir pour objet l'élimination pure et simple de la concurrence.

Il convient de préciser qu'en matière de position dominante collective les autorités européenne se préoccupent plus des conséquences de l'acte que de l'acte en lui-même. En effet, selon les circonstances il se peut que des actes normalement inoffensifs aient un effet néfaste sur la concurrence et soient en raison de la puissance du groupe qui le met en œuvre, considérées comme étant abusives.

---

[468] CJCE, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées,* précité.

[469] COMMISSION CEE, *Décision n° 93/82/CEE du 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450 : Cewal, Cowac, Ukwal) et de l'article 86 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450 : Cewal)*, Journal officiel n° L 034 du 10 fév.1993, p. 0020-0043.

À cet égard, une première approche relativement extensive de la notion de position dominante collective avait été apportée par la jurisprudence Continental Can[470], dans cette affaire il était question de la restructuration d'un groupe qui avait pour principale conséquence de diminuer plus encore l'indépendance des filiales européennes de ce groupe et qui se sont retrouvées soumises au contrôle d'une holding, à savoir la société américaine Europemballage, cette restructuration ayant eu pour résultat d'entraîner un affaiblissement du « *degré de concurrence résiduel* »[471] sur le marché en cause.

En conséquence, la Commission européenne appuyée par la Cour de Justice considéra que le groupe d'entreprise se trouvait en présence d'un abus de position dominante. Il résultait donc de cet arrêt que la responsabilité particulière du groupe en situation de domination irait jusqu'à ne pas compromettre même par des moyens normaux, la concurrence effective au sein de son marché.

La notion de position dominante collective a été clairement exprimé par la Cour de Justice dans le célèbre arrêt *Hoffmann-La Roche*, dans lequel il été affirmé que la notion «*visait les comportements (…) qui sont de nature à influencer la structure du marché (…)* »[472].

On peut donc en conclure que le groupe doit veiller attentivement à ne pas attenter à une concurrence effective sur son marché, et ne doit agir que pour défendre ses intérêts propres. On peut donc s'apercevoir que la domination collective peut résulter d'actes qui ne sont pas par nature fautifs ou illégaux, mais qui le deviennent du fait de la puissance même de celui qui les commet.

---

[470] CJCE, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 21 fév. 1973, aff. 6-72, Rec. 1973-00215, p. 215.

[471] *Ibid.*

[472] CJCE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, précité, p.461.

On peut rappeler avant tout l'obligation de particulière vigilance reposant sur les entreprises en situation de domination, de cette obligation on peut en déduire que le comportement de ces entreprises sera soumis à un contrôle rigoureux de la part des autorités.

Il n'en demeure pas moins que les entreprises du groupe ont tout à fait le droit de protéger leurs intérêts en ayant recours au besoin à une agressivité relative dans la conduite de leurs affaires. En effet, « *l'existence d'une position dominante ne prive pas les entreprises placées dans cette position (...) et ce dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elles jugent appropriées pour protéger ses intérêts*»[473]. En conséquence, il est tout à fait légal pour ce type d'entreprise de tenter de se développer en attirant de nouveaux clients en usant pour cela des avantages tarifaires découlant de sa puissance commerciale.

Par contre, tous les comportements qualifiés de contraire avec la responsabilité particulière du groupe seront considérés comme faussant la concurrence au sein du marché. Un groupe en position dominante ne pourra pas par exemple par l'utilisation de prix plus élevés que la normale tenter de faire disparaître des concurrents[474]. De la même manière il lui sera interdit de pratiquer un politique de prix anormalement basse en vue de dissuader ses concurrents d'imiter sa politique tarifaire sur ces produits[475]. Il est encore convenu que les groupes dominants ont l'obligation de traiter l'ensemble de leurs clients de manière égalitaire, même si certains d'entre eux sont des concurrents directs[476]. En effet, lorsque les acteurs d'un marché sont dépendants d'un produit ou service fournis par le groupe dominant,

[473] CJCE, *United Brands Company et United Brands Continental BV c. Commission*, précité, p. 318

[474] CJCE, *Hilti AG c. Commission*, 12 déc. 1991, aff. T 30-39, Rec 1991 II-01439.

[475] CJCE, *AKZO Chemie BV c. Commission*, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Rec.1991 I-03359.

[476] CJCE, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission,* précité.

c'est à dire qu'ils ne peuvent se soustraire aux conditions posées par cette dernière, l'abus pourra être constaté notamment en cas de refus de livraison non justifiés par des considérations économiques ou des retards successifs dans ces mêmes livraisons[477]. D'une manière générale on considère que le groupe en situation de domination ne doit pas attirer vers la clientèle par des procédés artificiels, c'est à dire autrement que par ses propres mérites et avantages concurrentiels.

Suivant la même trajectoire, *l'avis du Conseil de la Concurrence marocain n° 31/12 du 25 décembre 2012 relatif au projet de concentration SNI/Kraft Foods Maroc*, illustre le degré de vigilance qu'un groupe d'entreprises en situation de domination doit constater, notamment en établissant la péréquation entre la liberté d'entreprendre et de son corollaire le droit de protéger les intérêts économique du groupe et l'impérative de la préservation du libre jeu de la concurrence sur le marché.

En effet, le projet ayant été notifié par le Chef du Gouvernement au Conseil de la Concurrence, lequel consiste en la cession par la Société Nationale d'Investissement de la totalité de sa part, soit 50% qu'elle détient dans la société Bimo à Kraft Foods Maroc. Cette dernière qui est adossée à la multinationale américaine Kraft Fonds Inc qui détient déjà la seconde moitié de Bimo via sa filiale française Générale biscuit. Cette opération s'inscrit dans le cadre de la stratégie de la Société Nationale d'Investissement qui a annoncé en 2010 sa réorganisation suite à l'absorption de l'ONA et l'évolution de la vocation du groupe, de l'opérationnel vers un holding de portefeuille et d'investissement. Pour sa part, le groupe Kraft cherche à travers

[477] CJCE, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, 6 mars 1974, aff. jtes. 6 et 7-73, Rec. 1974 -00223 ; CJCE, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)*, 03 oct. 1985, aff. 311/84, Rec.1985 -03261.

cette acquisition à renforcer sa présence dans la zone d'Afrique et du Moyen Orient.

À travers l'analyse concurrentielle de l'opération projetée, le Conseil a examiné l'éventuel impact du projet de concentration sur la concurrence au regard de ses effets horizontaux verticaux et congloméraux. L'examen de l'effet horizontal consiste à voir si les parties à la concentration vont à l'issue de l'addition de leurs parts de marché, acquérir ou renforcer une position dominante collective sur le marché affecté par l'opération, de façon à ce qu'ils puissent opérer en toute indépendance sans tenir compte de la réaction de leurs concurrents ou de leurs clients. L'analyse des effets horizontaux du projet de concentration a permis au Conseil de constater que l'opération de concentration « *aboutira au renforcement de la position dominante du groupe Kraft sur le marché de la biscuiterie, étant donné que, d'une part, ledit groupe sera à l'issue de l'opération l'unique détenteur de la société Bimo qui possède plus de 40 % des parts de marché, et que, d'autres parts, l'opération donnera lieu à l'addition des parts de marché détenus par Kraft Foods Maroc* »[478].

Face à ces préoccupations de concurrence Kraft a présenté des engagements comportementaux consistant notamment à ne pas lier les ventes et ne pas consentir des remises de gammes. En plus des engagements souscrits Kraft est assujettie à un code de conduite et un programme de conformité qui édictent des obligations en matière de concurrence.

Par ailleurs, le Conseil a précisé que « *la forte concentration du marché de la biscuiterie n'est pas une conséquence de l'opération projetée, et que la société Bimo détenait déjà avant l'opération projetée une forte position sur ledit marché* » [479] . De même, le Conseil a considéré que l'opération projetée

[478] Cons. conc. ma., *Avis n° 31/12 du 25 décembre 2012 relatif au projet de concentration SNI/Kraft Foods Maroc*, précité, p. 59.
[479] *Ibid.*

« *n'emporte pas un changement significatif à la structure actuelle du marché de la biscuiterie, puisque ladite opération n'a pas pour conséquence la disparition de l'un des principaux concurrents de la société cible et que l'offre restera diversifiée avec d'autres concurrents sur le marché de la biscuiterie* »[480].

Ainsi, pour toutes ces considérations, le Conseil a recommandé au Chef du Gouvernement d'autoriser l'opération de concentration, sous condition que le groupe « *Kraft respecte les engagements qu'elle a présenté devant le Conseil de la concurrence et ceux auxquels la société se trouve assujettie en vertu du programme de conformité et du code de conduite adoptés par le groupe Kraft*»[481]. Le Conseil a recommandé également que lesdits engagements soient rendus publics[482].

Le même traitement a été déployé bien avant pour l'appréhension de la domination collective dans le cadre de l'*avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*. De fait, par sa lettre enregistrée le 12 février 2009 sous le numéro 4/S/09, le Ministre délégué auprès du Premier Ministre chargé des Affaires Économiques et Générales, a saisi le Conseil de la Concurrence pour avis sur le rapport d'enquête diligentée par ses services concernant la situation de la concurrence dans le marché du livre scolaire.

En effet, sur cette base, le Conseil marocain a procédé à l'étude de la structure du marché du livre scolaire. Cette analyse a révélé « *l'existence de plusieurs liens juridiques et économiques, horizontaux et verticaux entre des maisons d'éditions, imprimeries et librairies, ayant participé aux appels d'offre portant sur la conception et la production des manuels scolaires* » [483] .

---

[480] *Ibid.*

[481] *Ibid.*

[482] *Ibid.*

[483] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, p. 20.

Le conseil de la Concurrence a également relevé que *« la pluparts des maisons d'éditions, imprimeries et librairies sont gérés par les mêmes personnes ou appartiennent à des personnes liés par des relations commerciales et parfois familiales. Cette situation fait que la structure du marché du livre scolaire connait un niveau de concentration important qui atteint 71% pour les neufs groupes de sociétés opérant dans le secteur et 54% pour les quatre premiers groupes* »[484], ce qui est de nature à favoriser la corroboration de la dominance collective évoquée.

En sus, les relations existant entre les entreprises appartenant au même groupe sont le cas échéant, complémentaires, dans la mesure où certaines de ces entreprises se spécialisent dans l'édition, d'autres dans l'impression et d'autres encore dans la distribution. D'ailleurs c'est l'objectif escompté de l'intégration verticale dans le cadre des groupes des entreprises. Conséquemment, cette situation permet d'avoir une image réelle sur la structure du marché du livre scolaire et la répartition des parts de marché entre les différents opérateurs, une telle image qui reflète un point culminant de concentration entre entreprises du même groupe tendant nommément à renforcer la situation de dominance collective du groupe.

D'ailleurs, il importe de noter que « *le pouvoir économique des différentes entreprises du groupe est conforté par les effets de l'intégration verticale issue du groupement et qui fait que ces opérateurs sont présents à tous les stades de la production du livre scolaire (l'édition, l'impression et la distribution). Le cas des groupes Al Maarif et Dar Takafa est très significatif ; ces derniers disposent également des plus grandes imprimeries privées à l'échelon national. Il importe de signaler que ces imprimeries participent aux appels d'offres à titre indépendant et qu'en outre, elles sont souvent sollicitées par les titulaires*

[484] *Ibid.*

des marchés dans le cadre de contrat de sous-traitance pour l'impression des quantités nécessaires des titres retenus »[485].

De ce fait, « *l'intégration verticale de la majorité de ces sociétés (…) ne stimulent pas la concurrence au niveau des marges de distribution. Les maisons d'édition disposant de librairies spécialisées dans la distribution ont intérêt à ce que les marges restent élevées de manière à ce que leurs filiales puissent profiter de ces marges. Aussi, une concurrence provoquée par la baisse des marges de distribution par une des librairies indépendante ou une filiale d'un groupe pourrait se traduire par des mesures rétorsive (privation des titres commercialisés par ses concurrents), ce qui se traduira par une perte de son chiffre d'affaire. Pour ces raisons et vu la configuration actuelle du marché, les maisons d'éditions et les librairies ont intérêt à maintenir les marges à un niveau élevé* »[486].

En plus de ces relations juridiques et capitalistiques, certaines entreprises aussi bien concurrentes qu'appartenant au même groupe entretiennent des relations « *sous forme de sous-traitance particulièrement au niveau de l'impression. Plusieurs maisons d'édition et librairies en compétition ont recours à des imprimeries indépendantes ou appartenant à un groupe donné, sachant que les deux participent aux appels d'offres relatifs à la production des livres scolaires* »[487]. Tout cela soulève « *la question de l'indépendance des offres présentées par les participants, tout en prenant en considération le degré de concentration du marché du livre scolaire, composé à plus de deux tiers de groupes de sociétés* »[488].

[485] *Ibid.*, p. 53.
[486] *Ibid.*, p. 55.
[487] *Ibid.*, p. 63.
[488] *Ibid.*

Aussi, dans son *avis n° 5/09 rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, le Conseil de la Concurrence du Royaume estime que « *concernant le marché du livre scolaire, les offres des sociétés liées par des relations juridiques et capitalistiques requièrent la mise en œuvre des conditions précitées relatives à l'indépendance des offres. D'autant plus que la majorité des entreprises appartenant aux groupements actifs dans le marché, sont gérées par les mêmes personnes ou par des personnes liées par des partenariats ou par des relations familiales (…). Il est à signaler que l'indépendance des offres des entreprises appartenant au même groupe doit être appréciée au cas par cas* »[489].

Autant, suivant la même trajectoire, le Conseil de la Concurrence affirme que « *Les participants aux appels d'offres relatifs aux livres scolaires doivent s'abstenir de toutes pratiques susceptibles d'affecter l'indépendance de leurs offres présentées à ce sujet, indépendamment des liens juridiques, économiques et contractuels qui existent entre eux (…). Ces pratiques affectent le libre jeu de la concurrence et sont passibles, si elles sont prouvées, à des sanctions prévues par la loi (relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc)* »[490].

Dans la même lignée de pensée, le Conseil considère qu'il est certainement légitime pour l'entreprise d'entretenir des relations commerciales avec d'autres opérateurs, *« Cela relève de la nature même de l'activité économique des entreprises dans un contexte d'ouverture et de liberté commerciale»*[491], Toutefois, sont prohibées « *les relations qui peuvent avoir un impact négatif sur la* concurrence»[492].

[489] *Ibid.*, p. 64-65.
[490] *Ibid.*, p. 68.
[491] *Ibid.*, p. 65.
[492] *Ibid.*

B- La position dominante mise en évidence par le biais des ententes ou dans le cadre d'un marché oligopolistique :

La domination collective peut être le résultat d'accord ou de lien juridique entre des entreprises suffisamment indépendantes les unes par rapport aux autres pour décider de leur comportement de façon autonome, cette concertation peut accorder à ces parties une puissance économique sur le marché en cause[493].

Par conséquent, on peut affirmer que s'il existe un lien entre la position dominante et l'entente, les deux articles 101 et 102 TFUE et les articles 6 et 7 de la loi marocaine n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, peuvent être qualifiés de complémentaire dans la mesure où ils poursuivent les uns et les autres un but général commun.

Une entente peut aboutir à attribuer une position dominante à ses parties grâce à leur concertation. Aussi, l'entente est-elle susceptible de donner à ses membres la possibilité d'abuser d'une position dominante collective[494].

Ainsi, il y a position dominante collective d'entités économiques juridiquement indépendantes, lorsqu'elles doivent agir ensemble sur le marché comme une entité collective, dont l'existence est nécessairement caractérisée par des liens ou facteurs de corrélation économiques entre les entreprises concernées, tel est notamment le cas lorsque cette corrélation résulte d'une entente voire d'une pratique concertée **(1)** ou encore de la structure du marché, c'est le cas notamment du marché oligopolistique **(2)**.

---

[493] **J- B. BLAISE**, *Abus de position dominante*, Encyclopédie Dalloz, répertoire du droit commercial, t. I, 2005, p. 17, n° 142 et s.

[494] **A. BIGARE**, *L'aspect transversal de la notion d'abus de position dominante en droit communautaire de la concurrence,* Université Jean Moulin, Lyon III, mémoire DEA de droit communautaire, 1998-1999, p. 57 et s.

1- La position dominante renforcée par le biais d'une entente ou d'une pratique concertée

Cette première hypothèse est assez simple à comprendre, l'existence d'une entente peut conduire à caractériser l'existence d'une position dominante collective[495]. En effet, depuis 1973[496], la Commission européenne considère qu'une entente peut être appréhendée grâce aux dispositions sur les positions dominantes. L'objectif est essentiellement d'aboutir à une application cumulative des articles 81 et 82 CE (actuellement les articles 101 et 102 TFUE).

Dans l'affaire du sucre, aucune entreprise ne disposait individuellement d'une position dominante, mais ensemble elles jouissaient d'une telle position. En sus, elle se présentait à l'égard des tiers comme une entreprise unique.

La Commission applique l'article 82 (l'article 102 FFUE) à une entente dans l'affaire du *Verre plat*. Elle relève que : « *(…)1. Les trois entreprises concernées se présentaient sur le marché comme une seule entité ; 2. Leurs décisions manifestaient un degré d'interdépendance économique élevé dans différents domaines ; 3. Elles avaient établi entre elles des liens structurels en procédant à des échanges systématiques de produits* ». Néanmoins, cette décision a été annulée par le Tribunal qui a estimé que les faits n'étaient pas suffisamment établis, mais il ne rejetait pas en principe une telle application de l'article 82 CE.

Le Tribunal semble avoir posé une condition durable à la Commission européenne pour sanctionner un abus de position dominante collective à une espèce donnant déjà lieu à l'application des dispositions relatives aux ententes: « *il ne suffit pas de recycler les faits constitutifs d'une infraction*

[495] TPICE, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c. Commission*, 10 mars 1992, aff. jtes.T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. 1992 II-01403.

[496] **L. IDOT** , *le contrôle des concentrations , à propos des arrêts Gencor et Generalli* de mars 1999, Europe , mai 1999 , n° 21, pp. 4-7,.

à l'article 81 pour considérer que les entreprises détiennent ensemble une position dominante collective »[497].

D'ailleurs, dans les affaires *Commune d'Almelo*[498] et *DIP*[499], la Cour a admis d'appliquer l'article 82 CE (actuel article 102 TFUE) à des entreprises en situation d'entente pour peu qu'elles soient suffisamment liées entre elles.

En sus, la Cour de Justice estime qu'« *un accord, une décision ou une pratique concertée peut incontestablement -lorsqu'il est mis en œuvre- avoir pour conséquence que les entreprises concernées se sont liées quant à leur comportement sur un marché déterminé de manière qu'elles se présentent sur ce marché comme une entité collective à l'égard de leurs concurrents.*»[500], en d'autres termes, l'entente paraît pouvoir être la condition nécessaire, mais pas suffisante, de la caractérisation d'une position dominante collective.

Comme nous l'avions vu antérieurement dans le cadre de l'étude sur la situation de domination dans le marché européen. En droit marocain de la concurrence, la situation de domination peut être collective. En effet, le Conseil de la Concurrence marocain a reconnu la possibilité pour un oligopole d'être en situation de position dominante par le biais d'une pratique concertée dans le cadre de son *avis n°5/09 relatif à la concurrentiabilité du secteur du livre scolaire*[501].

---

[497] TPICE, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c. Commission*, précité, pt. 358.

[498] CJCE, *Commune d'Almelo et autres c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, 27 avr. 1994, aff. C-393/92, R. 1994 I-01477, p. 483, pt. 42.

[499] CJCE, *DIP SpA c. Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia Srl c. Comune di Chioggia et Lingral Srl c. Comune di Chiogga*, 17 oct. 1995, aff . jtes. C-140/94, C-141/94 et C-142/94. Rec. 1995 I-03257, p. I – 3257, pt. 26.

[500] CJCE, *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) et Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) c. commission*, 16 mars 2000, aff . jtes. C-395/96 P et C-396/96 P., Rec. 2000 I-01365.

[501] Cons. conc. ma., *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, précité, p. 20.

À la lecture de cet avis, on observe que le Conseil considéré à juste titre que si la position des oligopoles dans leur état de concurrence normal, échappe à l'application de l'article 7 de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, étant donné que pour qu'une position de domination soit interdite en vertu de l'article 7, il faut donc qu'elle contribue à la création ou le renforcement de l'abus de position dominante des entreprises concernées et engendre un impact certain sur la concurrence au sein du marché.

Néanmoins, la corroboration de la situation de dominance collective des membres de l'oligopole via le recours à une concordance concertée entre entreprises sur le marché du livre scolaire, créerait une faille dans l'objectif fondamental qui consiste à maintenir en permanence une concurrence effective, afin de préserver le bon fonctionnement du marché, ce qui laisserait remonter à la surface la complémentarité mutuelle intervention des dispositions de l'article 6 et 7 de la loi n°104-12 en vue d'appréhender le fait nocif.

En dépit de ce fait, le Conseil a tenu à modéré son jugement eu égard au cas d'espèce, en exigeant notamment que les liens structurels existants entre les entreprises, soient particulièrement denses et probants pour caractériser une domination collective et qu'une telle action partagée soit de nature à renverser le traitement égalitaire entre les entreprises participantes à l'appel d'offre public des livres scolaires.

En l'espèce, par sa lettre enregistrée le 12 février 2009 sous le numéro 4/S/09, le Ministre délégué auprès du Premier Ministre chargé des Affaires Économiques et Générales, a saisi le Conseil de la Concurrence pour avis sur le rapport d'enquête diligenté par ses services concernant la situation de la concurrence dans le marché du livre scolaire.

Sur cette base, le Conseil a procédé à l'étude de la structure du marché du livre scolaire en cause, cette analyse a révélé l'existence de plusieurs liens juridiques et économiques, apparents et occultes, horizontaux et verticaux entre des maisons d'éditions, imprimeries et librairies, ayant participé aux appels d'offre portant sur la conception et la production des manuels scolaires.

À la même occasion le Conseil a également relevé que la pluparts des maisons d'éditions, imprimeries et librairies sont gérés par les mêmes personnes ou appartiennent à des personnes liés par des relations commerciales et parfois familiales. Cette situation fait que la structure du marché du livre scolaire connait un niveau de concentration important qui atteint 71% pour les neufs groupes de société opérant dans le secteur et 54% pour les quatre premiers groupes[502].

Le Conseil a souligné dans ce présent *avis n° 5/09 relatif à la concurrentiabilité du secteur du livre scolaire* l'existence de plusieurs relations économiques, juridiques, capitalistiques ou contractuelles notamment de sous-traitance entre plusieurs entreprises indépendante du point de vue structurel à savoir les maisons d'édition, les imprimeries, les librairies lesquelles ayant participé aux appels d'offre organisés par le Ministère de l'Éducation Nationale du Royaume du Maroc. Cette situation qui pose à priori la question du dégrée d'indépendance des offres présentées par les différents candidats dans la cadre d'un marché à caractère oligopolistiques et l'impact de cette situation sur la concurrence notamment le respect des articles 6 et 7 de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Effectivement, le Conseil de la Concurrence du Maroc a considéré que l'indépendance des offres constitue la pierre angulaire de toute concurrence dans le domaine des marchés publics et des marchés sur appels d'offres

[502] *Ibid.*, p. 51.

en général.

À vrai dire, selon la perception du Conseil le degré de rivalité dans ces marchés peut être apprécié à partir de l'indépendance des offres présentées, de sorte que plus les offres sont présentées d'une façon indépendante, plus il y a de concurrence sur le marché.

Ainsi, « *tout ce qui limite cette indépendance dans le but d'induire le maître d'ouvrage en erreur, notamment en coordonnant les offres entre les candidats ou en fixant une stratégie commune de fixation des prix ou en empêchant l'entrée d'un autre concurrent sur le marché ou en échangeant des informations pour partager le marché, tous ces agissements peuvent constituer des pratiques anticoncurrentielles au sens des articles 6 et 7 de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence* »[503].

Pourtant, en ce qui concerne les relations contractuelles de sous-traitances constatées, le Conseil de la Concurrence du Royaume a fait remarquer que « *la sous- traitance n'est pas anticoncurrentielle en soi. Au contraire, il s'agit d'un mécanisme efficace et utile dans les transactions commerciales* »[504].

Toutefois, il a attiré l'attention sur le fait que « *ces relations doivent être considérées avec vigilance par les maîtres d'ouvrage du fait qu'ils peuvent être utilisés comme moyen sournois pour échanger des informations sur les offres présentées ou pour se concerter afin de suivre une politique de prix uniforme. La sous-traitance peut également être utilisée pour partager les marchés de façon à ce que les opérateurs s'arrangent pour que certains d'entre eux ne pas participer à l'appel d'offre ou présentent des offres de complaisances pour induire le maitre d'ouvrage en erreur et permettre ainsi à une entreprise d'avoir le marché ; en contrepartie cette dernière s'engage à indemniser ses complices*

[503] *Ibid.*, p. 21.
[504] *Ibid.*

ou à leur consacrer une partie du marché sous forme de sous-traitance »[505].

Partant de là, l'on remarque que le Conseil de la Concurrence met incessamment m'accent sur la prérogative qui lui incombe, de la préservation d'une concurrence équitable entre opérateurs concurrents au sein d'un marché marqué par un nombre incommensurable des offreurs.

Et tout en instaurant à nouveau les objectifs de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence, laquelle s'affiche à travers la consécration du principe de la pluralité des références concurrentielles, comme principe fondateur impliquant la soumission de tous les opérateurs concurrents sur le marché du livre scolaire à la concurrence entre les auteurs et les éditeurs.

Ceci se cristallise entre autres, en incitant, le cas échéant les participants aux appels d'offres relatifs aux livres scolaires de « *s'abstenir de toutes pratiques susceptibles d'affecter l'indépendance de leurs offres (la concertation préalable sur les offres, l'échange d'informations, adoption d'une politique unifiée au niveau des prix) et ce indépendamment des liens juridiques, économiques et contractuels qui peuvent les unir* »[506].

De même en vue de garantir l'atomicité du marché en cause, selon le Conseil les participants à l'appel d'offre « *doivent informer le Ministère de tutelle de toutes les relations juridiques, économiques, capitalistiques et contractuelles qui les unissent avec d'autres participants, ainsi que les négociations intervenues entre eux dans la perspective de la conclusion de contrat de sous-traitance… et fournir au ministère de tutelle tous les documents qui prouvent ces relations: organigramme des entreprises appartenant au même groupe, liste des gérants, listes des actionnaires, contrats de sous-traitance, participation dans d'autres entreprises participants*

[505] *Ibid.*, p. 22.
[506] *Ibid.*, p. 23.

à la concurrence »[507].

En outre, dans le dessein d'affermir l'égalité d'accès au marché des livres et l'égalité de traitement des opérateurs concurrents, le Conseil a jugé bénéfique que le maitre d'ouvrage soit inviter à « *inclure une clause dans les cahiers des charges excluant les entreprises qui enfreignent les dispositions des articles 6 et 7 de la loi sur la liberté et de la concurrence de tout appel d'offre concernant le livre scolaire pour une période d'au moins de deux ans, avec la possibilité d'exclusion définitive en cas de récidive* »[508].

Au demeurant, il n'en demeure pas moins que sans préjudice aux articles 6 et 7 de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc, le Conseil de la concurrence considère qu'il est certainement légitime pour l'entreprise d'entretenir des relations commerciales avec d'autres opérateurs, car « *cela relève de la nature même de l'activité économique des entreprises dans un contexte d'ouverture et de liberté commerciale* »[509].

2- La position dominante intervenant dans le cadre d'un marché oligopolistique

Cette seconde hypothèse est plus délicate et plus contestable, elle renvoie à titre principal à la notion d'oligopole[510]. Dès lors, il est la question de savoir si un marché oligopolistique est synonyme de position dominante collective ou non.

En effet, comme l'avait d'ores et déjà soulevé, l'article 7 de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc et l'article 102 TFUE sont explicites, la position dominante collective peut être le fait plusieurs entreprises. Voilà donc qu'on touche à la difficile question de la position

[507] *Ibid.*

[508] *Ibid.*

[509] *Ibid.*, p. 65.

[510] **G. STIGLER**, « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, n° 72, 1964.

dominante collective et notamment par rapport à une notion proche comme celle de l'oligopole.

À ce propos, il faut immédiatement relever que l'attitude des autorités et des juridictions européennes à l'égard de la position dominante collective a connu des évolutions à ne pas omettre.

Dans un premier temps, elles ont considéré qu'il ne pouvait y avoir position dominante collective que pour autant que les entreprises concernées appartiennent à un même groupe[511]. Le fait qu'elles adoptent « *une stratégie de marché coordonnée selon les directives de leur société mère ou selon le schéma convenu entre elles* » était déterminant[512].

Dans un second temps, la Cour de Justice de l'Union a pu considérer que la position dominante collective ne présupposait pas nécessairement que les entreprises appartiennent à un même groupe en énonçant que « *l'expression plusieurs entreprises figurant à l'article 86 du traité (actuel article 102 TFUE) implique qu'une position dominante peut être détenue par deux entités économiques, juridiquement indépendantes l'une de l'autre* »[513].

Effectivement, la domination peut être aussi le fait de plusieurs entreprises, juridiquement indépendantes l'une de l'autre, qui coordonnent leurs activités pour arriver à un résultat de nature à les permettre de se comporter sur le marché en une entité unique. Cette situation se produit souvent quand le marché a une structure oligopolistique, alors les membres de l'oligopole auront intérêt à exercer collectivement leur puissance de marché, on parlera alors de domination collective, autre forme répandue aujourd'hui de la manifestation de la puissance de marché.

---

[511] CJCE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission*, précité.

[512] CJCE, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission*, 22 oct. 1986, aff. 75/84, Rec.1986 -03021.

[513] CJCE, *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) et Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) c. Commission*, précité.

À vrai dire, la puissance de marché de l'entreprise ne s'exprime pas seulement sous la forme de la domination individuelle. Si le marché revêt une structure oligopolistique, alors une entreprise membre de l'oligopole, n'ayant pas, à elle seule, la puissance de marché requise pour s'affranchir de la concurrence, peut alors chercher, en liaison avec les autres membres de l'oligopole, à exercer, de manière collective ou conjointe, une puissance de marché. Dans ces situations complexes, on parle de domination oligopolistique.

L'oligopole est une structure de marché mitoyenne comprise entre les extrêmes du monopole et de la concurrence pure et parfaite [514], elle est caractérisée par l'existence d'un nombre restreint d'entreprises sur le marché[515], ayant pour conséquence que chaque entreprise est alors obligée de tenir compte de la stratégie de l'autre pour mettre en place sa politique commerciale[516].

Ainsi, il s'agit d'une structure de marché dans laquelle les entreprises sont interdépendantes les unes des autres, cette interdépendance mutuelle a pour effet de développer une certaine interaction entre les membres de l'oligopole. Comme cette structure de marché peut favoriser une domination collective, c'est-à-dire un exercice conjoint d'une puissance de marché, il a fallu que le droit s'y intéresse, non pas pour contester en soi l'oligopole, mais pour empêcher l'effet néfaste sur la concurrence d'une telle situation, à savoir une coordination qui augmente les prix, limite la production ou noie l'innovation.

En effet, la Commission européenne sous la coupole du Tribunal de Première Instance de et de la Cour de Justice, a essayé de cerner la domination

---

[514] **R. WHISH**, « Collective Dominance », *Judicial Review in International Perspective : Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley,* vol. 1, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 3.

[515] **C. BOUCHARD**, *Droit et pratique de l'entreprise : fonds de l'entreprise, concurrence, distribution*, Yvon Biais, Cowansville, 2005, p. 159.

[516] **G. HEWITT**, « L'oligopole : note de référence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence,* 2001, p.168.

collective dans le cadre d'un marché oligopolistique.

Les arrêts du Tribunal de Première Instance dans l'affaire *Airtours*[517] et l'affaire *Piau*[518] posent les jalons de la notion de dominance collective. Selon l'arrêt *Piau* « *La constatation de l'existence d'une position dominante collective dépend de la réunion de trois conditions cumulatives : premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ; deuxièmement, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché ; troisièmement, la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels, ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune* ».

Dès lors, il ressort que d'un point de vue juridique, la domination collective dans le cadre d'une structure oligopolistique se caractérise par deux éléments fondamentaux et complémentaires, d'une part, l'existence d'une ligne d'action commune entre les membres de l'oligopole et, d'autre part, le caractère durable d'une telle action. Toujours d'un point de vue juridique, l'on ne saurait parler de domination collective sans, au préalable, constater entre les entreprises, le respect d'une ligne d'action commune.

Effectivement, ce constat appelle une précision de taille à savoir l'existence d'une ligne d'action commune qui implique que les entreprises agissent sur le marché comme une seule entité, il s'agit du critère de l'unité d'action sur le marché.

Par ailleurs, il ne suffit pas seulement que la ligne d'action soit commune, si elle l'est sans pour autant pouvoir se maintenir dans le temps, il n'y aurait pas

[517] TPICE, *Airtours plc c. Commission*,28 juin 2004, aff. T-342/99 DEP, Rec. 2004 II-01785.
[518] TPICE, *Laurent Piau c. Commission*,26 janv. 2005, aff. T-193/02, Rec. 2005 II-00209.

lieu de constater une domination oligopolistique. En effet, il est fondamental que l'interaction coordonnée demeure pérenne. Elle ne doit pas pouvoir être remise en cause, soit par les membres de l'oligopole eux-mêmes, soit par un pouvoir compensateur des clients de l'oligopole.

Du côté du droit marocain, au vu de *l'avis du Conseil de la Concurrence n° 19/11 rendu le 22 décembre 2011 relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n° 6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de l'insuline*, et sur le fondement de l'analyse de la structure du marché pertinent lequel a montré que « *les deux sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN sont en position dominante collective. Cette position a été ainsi qualifiéevu (…) la structure oligopolistique du marché hospitalier de l'insuline. Au fait, le marché hospitalier de l'insuline est partagé entre SOTHEMA et LAPROPHAN.*»[519].

Lequel constat ayant été corroboré par l'étude des comportements de SOTHEMA et LAPROPHAN au niveau du marché pertinent qui a révélé de fortes présomptions quant à l'exploitation abusive de leur position dominante collective.

D'abord, le parallélisme de comportements qui constitue un indice sérieux pour l'existence d'une position de dominance collective, ce parallélisme qui résulte de décisions identiques, prises par les entreprises en cause, s'affichant *via* « *l'adoption d'une ligne de conduite commune de baisse des prix en vue d'évincer la société POLYMEDIC du marché hospitalier de l'insuline. Ces indices ont été constatés après l'introduction de POLYMEDIC dans le marché hospitalier de l'insuline et son gain d'un marché avec un prix de soumission*

[519] Cons. conc. ma., *Avis du Conseil de la Concurrence n° 19/11 rendu le 22 décembre 2011 relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n° 6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de l'insuline,*Rapp. ann. 2011, p. 53.

beaucoup plus bas que ceux des deux concurrents »[520].

Ensuite, l'on observe que ce parallélisme ayant débouché sur « *la pratique des hausses de prix de soumission après l'éviction de la société POLYMEDIC du marché »*[521].

Enfin, ce parallélisme s'est couronné par la répartition du marché pharmaceutique entre les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN qui représente une pratique de nature à cloisonner l'accès au marché. Aussi, le Conseil a-t-il décelé *l'existence d'indices réels de répartition des lots entre les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN durant les appels d'offres auxquels la société POLYMEDIC n'a pas soumissionné. (…) Ceci est de nature à affecter le libre jeu de la concurrence et à limiter l'accès au marché pertinent* »[522].

Partant de ces considérations, le Conseil de la Concurrence considère que « *les indices relevés constituent des présomptions quant à l'exploitation des deux sociétés de leurs positions dominantes collectives* »[523].

[520] *Ibid.*
[521] *Ibid.*
[522] *Ibid*.
[523] *Ibid.*

Section -2- La position dominante à l'aune du pouvoir d'influence des opérateurs sur le marché, une manifestation de mise à l'écart de l'efficacité d'accès au marché :

Le marché pertinent est à la base des analyses de droit de la concurrence s'attelant à l'abus de domination, sa détermination peut apparaître comme un préalable à toute analyse concurrentielle.

Comme nous l'avons étudié auparavant, la notion du marché objet de l'abus de domination a une dimension géographique et une composante matérielle, fondée sur la notion de substituabilité de produits ou services dominants.

Le critère principal pour la détermination du marché est celui de la substituabilité de la demande. Il s'agit de chercher s'il y a des solutions alternatives de rechange raisonnables et perceptibles par les utilisateurs[524].

Ainsi la substituabilité de l'offre est retenue pour délimiter le marché dans la mesure où les offres des entreprises concurrentes pourront satisfaire les besoins des utilisateurs, la substituabilité de l'offre suppose, subséquemment, une situation de concurrence suffisamment directe et effective entre les produits dominants, et ceux qui sont substituables.

L'appréciation de la position dominante passe donc, par la vérification d'un pouvoir d'influence dont l'appréciation relève du seuil à partir duquel un agent économique pouvait être considéré en position dominante **(§ -1-)**, ou en position monopolistique si les parts de marché détenues par l'entreprise est très importantes **(§ -2-)**.

§-1- La détention de la part du marché, un critère décisif à l'appréciation de la position dominante :

La part de marché, qui indique la portion que son titulaire occupe dans

[524] **PH. LE TOURNEAU**, *La concession commerciale exclusive,* Economica., 1994, p. 74.

l'ensemble du marché concerné ou pertinent[525], est un des facteurs des plus importants en droit de la concurrence servant à caractériser une situation de domination. Elle s'exprime sous la forme d'un pourcentage lequel est calculée en termes de valeur[526], de volume ou de capacité[527].

La part de marché joue un rôle déterminant dans l'examen de la position d'une entreprise, elle constitue un bon élément qui permet d'avoir une première idée de la position de l'entreprise sur le marché. C'est ce qui explique le rôle essentiel accordé à titre universel à ce critère de la part du marché dans la caractérisation de la domination d'une entreprise ou d'un groupe des entreprises.

Le droit marocain de la concurrence considère la part de marché comme un indice de dominance en ce qu'elle peut caractériser autant une situation de contrôle ou de prépondérance sur le marché, c'est pourquoi l'article 6 du décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n°104-12 considère « *les parts de marché détenues par chaque partie à (en volume et en chiffre d'affaires)* », comme étant une information primordiale laquelle devant être contenue dans documents inclus dans le dossier pour bénéficier de l'exemption catégorielle prévue en vertu de l'article 9 de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence[528].

---

[525] **G. HERMET & A. JOLIBERT**, *La part de marché : concept, déterminants et utilisation*, Paris, Economica, 1995.

[526] Commission CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence*, précité, pts. 53-58.

[527] *Ibid.*, pt. 54-55.

[528] Art. 9 de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence au Maroc prévoyant que « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 6 et 7 (traitant des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante) ci-dessus : (…) Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des petites ou moyennes entreprises ou la commercialisation par les agriculteurs de leurs produits, peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions prévues au premier alinéa ci-dessus par l'administration après avis conforme du Conseil de la Concurrence (…)* ».

De son côté, la pratique décisionnelle du Conseil de la Concurrence marocain considère dans la plupart du temps que la détention des parts de marché est d'une valeur significative dans la mesure où celle-ci peut quelque fois servir de preuve de l'existence d'une position dominante sur le marché de référence, pourvue que l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause soient possession d'une part de marché assez sérieuse.

En l'espèce, ayant été saisie par les associations régionales des agences de voyages de Casablanca et de Rabat et Région au sujet d'une pratique, qu'elles ont considérée comme anticoncurrentielle de la compagnie Royal Air Maroc à l'encontre des agences de voyages, lors de la vente des billets d'avion via son site internet. Ces deux associations régionales reprochent à la RAM l'exploitation abusive de sa position dominante par la commercialisation exclusive, via son site internet, de billets d'avion à des tarifs préférentiels. Selon ces associations, ces tarifs ne sont pas affichés par la RAM sur les Systèmes Globaux de Distribution (Global Distribution System « GDS ») et par conséquent ne sont pas accessibles aux agences de voyages.

Sur le fondement de *l'avis du relatif à la saisine présentée par les associations régionales des agences de voyages* sus évoquées, le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc, après l'analyse du marché de référence de la RAM sur la base des parts du marché détenues par elle a montré que « *la RAM, qui a transporté 5,8 millions de passagers en 2012, possédait 40,87% du marché marocain des ventes de billets d'avion réalisées par l'intermédiaire d'agences de voyages* »[529]. Ce qui fait que la RAM dispose « *d'un pouvoir de marché vis-à-vis des agences de voyages qui réside dans le fait qu'elle est considérée comme un client incontournable auprès de ces agences.*

[529] Cons. conc. ma., *Avis relatif à la saisine présentée par les associations régionales des agences de voyages de Casablanca et de Rabat et Région contre la compagnie Royal Air Maroc au sujet du marché de vente de la billetterie d'avion*, Rapp. ann. 2013, p. 59.

En effet, en 2012, les ventes des billets, selon la RAM, effectuées par les agences de voyages IATA ont représenté 53,70% des ventes totales des billets de la compagnie »[530]. Conséquemment, le Conseil de la Concurrence a considéré que « *la RAM est en position dominante dans le marché national du service de commercialisation et de distribution des billets d'avion au profit des voyageurs* »[531].

Identiquement, le Conseil de la Concurrence du Maroc réitère l'importance d'évaluation des parts de marché au niveau de son *étude sur le secteur bancaire au Maroc*[532], cette étude tendant à réaliser une analyse plus fine de la structure de marché bancaire, de nature à détecter les situations de domination s'affichant à travers le pouvoir de marché correspond à la capacité, pour une entreprise donnée, à pratiquer des prix situés au-dessus des prix du marché de manière profitable, et dans le cadre de l'évaluation du pouvoir de marché sur la base d'éléments qui peuvent placer une banque dans une situation dominante, notamment par l'intermédiaire de l'analyse des parts de marché selon le total bilan auprès des banques universelles à réseau.

Laquelle analyse ayant montré la position de domination « *d'une part qu'Attijariwafa bank et la BP détiennent respectivement 27% et 25% de parts de marché en 2011. Et d'autre part que le niveau de concentration des banques universelles à réseau (à partir du total bilan) est resté stable au cours des 6 dernières années. Deux opérateurs continuent de totaliser plus de 50% du total bilan des banques commerciales à réseau, et quatre opérateurs 76% de celui-ci* »[533].

---

[530] *Ibid.*

[531] *Ibid.*

[532] Cons. conc. ma., *Étude sur le secteur bancaire*, Rapp. ann. 2013, pp. 65-117.

[533] *Ibid.*, p. 94.

Selon le Conseil, la visée du recours à l'évaluation des parts de marché étant de garantir aux « *opérateurs présents sur un marché et cherchant de manière naturelle des rentes de long terme. Une condition nécessaire (mais pas toujours suffisante) pour atteindre cet objectif d'être sur un marché dont les barrières à l'entrée sont élevées (…). Elles protègent, à long terme, les entreprises en place contre la concurrence (pouvant être néfaste) d'entreprises non encore installées*»[534].

Pourtant cette conception faisant de la part de marché un indicateur éminent de la détection de la dominance, n'a pas toujours gain de cause, étant donné que le recours à un tel indicateur dans le cadre d'une opération de concentration, se trouve limiter par le dépassement d'un certain seuil légal dit de notification.

En effet, suite à la demande du Chef du Gouvernement marocain par laquelle il a sollicité l'avis du Conseil de la Concurrence au sujet du projet de concentration consistant en l'acquisition par le Fonds Stratégique d'Investissement (FSI) de 6 % du capital de CMA-CGM par souscription d'obligations remboursables en actions, ce projet de concentration qui est concomitant à un deuxième projet notifié également au Chef du Gouvernement et soumis à l'avis du Conseil de la Concurrence. Il s'agit du projet de cession de 49% du capital d'une filiale de CMA-CGM opérant dans le secteur de la manutention portuaire, Terminal Link, au groupe chinois China Merchant Holding International[535].

Sur la base de l'analyse du cas d'espèce à travers les parts de marché, laquelle analyse a montré que « *Les parts de marché détenues par le groupe*

[534] *Ibid.*, p. 96.

[535] Cons. conc. ma., *Avis relatif au projet d'acquisition par le Fonds Stratégique d'Investissement de 6% du capital de CMA-CGM par souscription d'obligations remboursables en actions*, Rapp. ann. 2013, p. 41.

CMACGM au Maroc ne dépassent le seuil légal de notification des opérations de concentration que dans l'activité de manutention de marchandises diverses. Sur ce marché, CMA-CGM détient, via sa filiale Terminal Link qui contrôle intégralement Somaport, 48,75 % du marché en 2012 »[536]. En sus, étant donné que le « *FSI n'est pas actif sur le marché de la manutention portuaire, l'opération de concentration envisagée ne pourrait entrainer une addition de parts de marché et donc ne pourrait modifier la structure concurrentielle de ce marché* »[537]. Et vu que la finalisation de cette restructuration « *pourrait ainsi se traduire par des effets économiques positifs pour le groupe CMA-CGM, notamment par la préservation, voire l'amélioration de sa compétitivité et par le développement de nouveaux investissements générateurs de productivité et d'emplois* »[538].

Le Conseil de la Concurrence a ainsi recommandé à Monsieur le Chef du Gouvernement d'autoriser cette opération de concentration en décrétant que « *cette opération n'est pas de nature à renforcer les pouvoirs sur les marchés des parties à la concentration* »[539].

En droit européen de la concurrence, la Commission, mais surtout la pratique jurisprudentielle considère la part de marché comme étant suffisante dans certaines circonstances pour caractériser la dominance.

En effet, le droit européen confère à la part de marché un rang de critère principal[540] permettant de déterminer la dominance dans l'application de l'article 102 TFUE, cette approche rigide, fondée sur le critère de la part de marché comme indice prédominant de la détermination de la domination,

---

[536] *Ibid.*, p. 43.

[537] *Ibid.*

[538] *Ibid.*, p.43-44

[539] *Ibid.*, p. 44.

[540] **A. WACHMANN & E. SARRAZIN**, « Limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante : quelques réflexions », *Concurrences,* 2005, pp. 10-13.

est l'œuvre de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

En effet, dans l'affaire *Hoffmann-La Roche* la Cour de Justice a posé en ces termes : « *Attendu, en outre, que si la signification des parts de marché peut différer d'un marché à l'autre, on peut, à juste titre, estimer que des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante; qu'en effet, la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient, pendant une période d'une certaine durée, (. . .) , dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante* »[541].

Pareillement au niveau de l'affaire *AKZO,* la Cour enfonce encore le clou en appliquant cette approche rigide à une part de marché de 50 %[542]. Aussi, suivant cette affaire, une part de marché élevée établirait de *primafacie* une sorte de présomption simple de dominance. Seule l'existence de circonstances exceptionnelles peut être susceptible de combattre une telle présomption de dominance[543]. À défaut, la détention d'une part de marché élevée suffit, à elle seule, à conférer à son titulaire la position dominante résultant de l'article 101 TFUE.

Cette approche faisant de la part de marché l'indicateur quasi exclusif de la dominance, a été vivement critiquée, à juste titre, par la doctrine[544]. Une telle conception n'est pas en conformité avec une analyse combinatoire des éléments de la domination, telle que démontrée par les réalités

[541] CJCE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, précité, pt. 41.

[542] CJCE, *AKZO Chemie BV c. Commission*, précité, pt. 60.

[543] **O. STEPHEN SPINKS**, « Exclusive Dealing, Discrimination and Discounts Under E.C. Competition Law », *Antitrust LJ,* 2000, pp. 641-648.

[544] **D. GERADIN, Paul HOFER, F. LOUIS, N. PETIT & M. WALKER**, «The Concept of Dominance», *GCLC Research Papers on Article 82 EC, Global Competition Law Centre*, College of Europe, Bruges, July 2005, pp. 8-10.

contemporaines du marché.

En effet, une part de marché élevée n'est pas nécessairement révélatrice de position dominante. Ainsi une entreprise peut-elle détenir une part de marché importante de manière transitoire ou même stable parce qu'elle s'adapte avec succès à la pression concurrentielle exercée sur elle[545]. La part de marché, aussi élevée soit-elle, est un révélateur imparfait de la puissance de marché.

Si elle est nécessaire pour avoir une première idée sur la position de l'entreprise, elle ne saurait suffire, à elle-seule, pour caractériser la dominance. La prise en compte d'autres éléments de nature structurelle, comportementale ou de performance est aussi nécessaire que l'examen de la part de marché de l'entreprise.

Autrement dit, l'établissement de la dominance doit passer, plus par l'analyse mécanique de parts de marché, par l'application d'une grille d'analyse, s'appuyant sur la collecte d'un éventail d'indices pertinents. Cette démarche n'est pas nouvelle, mais nécessite d'être systématisée et appliquée dans les faits[546].

À dire vrai, il n'y a aucune justification fondée pour que la dominance sous l'article 102 TFUE connaisse pareil traitement en faisant simplement de la part de marché un premier indice, un point de départ de l'analyse, quelle que soit son ampleur.

Or, en l'état actuel de la jurisprudence européenne, des parts de marché situées au-dessus de 40 % peuvent suffire, à elles seules, à conférer à leur titulaire, une position dominante. Une telle démarche nous paraît excessive, puisqu'elle réduit quasiment l'analyse à un seul indicateur, de surcroît,

[545] **A. VANDENCASTEELE**, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ? » dans *Mélanges Michel Waelbroeck,* Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 1999, p. 1572.
[546] **A. WACHMANN & E. SARRAZIN**, précité.

imparfait, de la puissance de marché.

Dès lors, les autorités européennes de la concurrence pourraient introduire une analyse combinatoire de la part de marché avec d'autres éléments structurels. Ou encore, elles pourraient recourir à la même analyse qu'elles font dans le cadre du contrôle des opérations de concentration.

En effet, en cette matière, la part de marché ne constitue qu'une « *première indication utile sur la structure du marché et sur l'importance, sous l'angle de la concurrence, des parties à la concentration et de leurs concurrents* »[547]. Ainsi, quel que soit le seuil de part de marché détenu par l'entité économique en cause, une appréciation supplémentaire des conditions d'entrée du marché est effectuée et joue un rôle clef dans la détermination de la compatibilité de la situation de l'entreprise au marché commun.

Il est important de retenir que la part de marché indique peu de chose, tant qu'elle n'est pas mise dans son contexte factuel et économique. Par conséquent, son appréciation doit tenir compte autant de la pression concurrentielle exercée sur son détenteur par ses éventuels concurrents, que de la situation de développement du marché.

D'où l'importance de considérer, notamment, la position des concurrents sur le marché, l'existence ou non de la différenciation prononcée entre les produits, le caractère nouveau, mature ou saturé du marché de produit.

Cette mise en contexte de la part de marché permet de lui conférer une valeur plus juste de la distribution des forces entre les acteurs du marché. À cette fin, trois éléments essentiels doivent être pris en compte : l'écart des parts de marché entre les concurrents, la possibilité de contrepoids exercé par des partenaires ayant un grand pouvoir d'achat et l'évolution historique et future

[547] COMMISSION CE, *Lignes directrices pour l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, Journal officiel n° C 031 du 05/02/2004, p. 0005-0018, pt. 8, para. 14.

du niveau des parts de marché dans le marché concerné.

§-2- La pertinence de la part du marché dans l'appréhension de la position de domination dans le cadre du marché monopolistique :

En dépit des critiques doctrinales[548] entachant le recours à la part de marché en tant qu'indice prépondérant de la dominance, et de son office qui doit être déployé avec parcimonie, et en dépit du fait qu'elle ne peut jamais constituer, à elle seule, quel qu'en soit son seuil, à établir une situation de domination, et qu'elle doit toujours obéir à une analyse combinatoire avec d'autres critères, dont principalement les barrières à l'entrée. La part du marché demeure un indice très important dans le cas où un opérateur détient la totalité ou la quasi-totalité du marché, cela seul suffit à établir qu'il détient une position dominante au sens de l'article 102 TFUE et de l'article 7 de la loi marocaine n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Le cas de position dominante le plus caractérisé est la position de monopole[549], *à fortiori*, si cette situation n'est pas ponctuelle mais résulte de la difficulté pour d'autres opérateurs d'entrer sur le marché[550] ou de fusions entre plusieurs entreprises[551], …etc.

Comme il a été d'ores et déjà souligné, le monopole désigne la situation où l'entreprise détient la totalité ou la quasi-totalité des parts du marché. En d'autres termes, il y a de nombreux acheteurs et un seul vendeur ou fournisseur n'ayant pas à subir la concurrence d'autres producteurs[552], cette situation se caractérise par la concentration de la puissance économique, et l'absence

---

[548] **A. VANDENCASTEELE**, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ? » dans *Mélanges M. Waelbroeck,* Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 1999, p. 1561.

[549] **J. WITTWER & PH. BERNARD**, « Monopole discriminant et redistribution. Une interprétation des thèses d'Edgeworth », *Revue économique*, 1999, vol. 50, n° 2, pp. 197-210.

[550] Existence de barrières de nature réglementaire, technologique ou autres...

[551] **A. MOHAMMED CHALABI**, *L'organisation juridique de la concurrence et la prohibition de monopole, étude comparative,* El- Maktab El- Hadite, 2008, pp. 6 et s.

[552] **A. LERNER**, « The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power », *Review of Economic Studies*, vol. 1, n° 3, 1934, pp. 157–175.

de toute concurrence, ce qui signifie que la production est normalement inférieure et les prix supérieurs à ce qu'ils seraient dans des conditions concurrentielles.

On notera toutefois que l'existence d'un monopole affectant l'exercice de l'activité mercatique sur un marché de référence peut recouvrir deux hypothèses.

La première hypothèse, est celle d'un monopole légal ou monopole de droit [553], occupé par une entreprise publique ou privé à la faveur des dispositions légales pour atteindre des objectifs déterminés[554].

L'entreprise bénéficiant d'un droit exclusif dispose d'un monopole dans la production, ou la distribution, ou dans la fourniture de services, qui exclut toute possibilité de choix pour l'utilisateur[2], cette situation peut laisser augurer une influence de l'État sur les décisions de l'entreprise.

La deuxième hypothèse, correspond à l'existence des circonstances de pur fait, c'est le monopole de fait ou monopole naturel, qui résulte de l'existence d'une entreprise unique qui peut fournir l'ensemble du marché, tout en étant plus compétitive que si elle avait des concurrents[4]

C'est le cas notamment lorsque l'exercice de l'activité commerciale nécessite de lourdes plateformes infrastructurelles que ce soit de production ou de prestation de service, on trouve par exemple: le monopole de l'État dans le

[553] Électricité de France (EDF), qui disposait, à l'époque des faits, d'un quasi-monopole sur la production et la distribution d'électricité résultant en partie de dispositions légales, détenait une position dominante sur le marché de l'électricité ; Cons. conc. fr., *Décision n° 02-D-34 du 11 juin 2002 relative à des pratiques d'Électricité de France dans les secteurs de l'énergie et de l'ingénierie relative à l'utilisation des énergies*, Rapp. ann. 2002, p. 211.

[554] **A. MOHAMMED CHALABI**, précité, p. 12.

secteur de la poste et télécommunication[555], dans le secteur bancaire[556], dans

[555] Pour ce qui est des postes, on retrouve au Maroc « *Barid AL Maghrib, société anonyme régie par les dispositions de la législation relative aux sociétés anonymes et aussi par la loi n°07-08, portant transformation de Barid Al Maghrib en société anonyme. L'article 2 de cette loi fixe les principaux objectifs que la société Barid Al Maghrib doit atteindre, entre autres l'émission, pour le compte de l'État, de timbres –postaux ainsi que toutes marques d'affranchissement ; l'exercice des activités parallèles au monopole de l'État en matière du service du courrier sous toutes ses formes* ».

Aussi, le Conseil de la Concurrence a formulé deux types de recommandations à Barid Al Maghrib, « *société d'Etat chargée d'une mission extrêmement sensible et importante pour le pays : d'abord, de veiller au respect des critères d'évaluation des offres une fois arrêtés et de ne pas les modifier, afin d'assurer une meilleure concurrence entre les différentes soumissionnaires ; ensuite, de veiller à l'amélioration des conditions d'accès à ces marchés en vue de les rendre plus concurrentiels* », Cons. conc. ma., *Avis relatif à la passation des marchés des métrés et travaux des projets de Barid Al Maghrib*, Rapp. ann. 2013, p. 37-40.

[556] « *Sur une période plus longue, le secteur bancaire national a connu, depuis l'indépendance du Maroc, plusieurs mouvements de concentrations, d'alliances, d'ouverture du capital et de croissance externe et interne. La disparition de certaines banques, de taille parfois moyenne, a ouvert la voie à une recomposition du marché marocain.*

C'est ainsi que le nombre de banques est passé de 62 sous le protectorat, à 21 en 2000, puis à 16 en 2005, pour arriver aujourd'hui à un total de 19. Cette concentration du système bancaire marocain découle de trois événements majeurs. En premier lieu, l'on constate la diminution du nombre des banques opérationnelles ; la restructuration bancaire, entamée dès le lendemain de l'indépendance, a eu pour conséquence la réduction du nombre des banques qui exerçaient au Maroc. Plusieurs enseignes ont ainsi disparu (Banque Ottmane, Uniban...). En second lieu, l'on a assisté à la constitution de groupes bancaires. La promulgation du Dahir de marocanisation en 1993 a entraîné la constitution de groupes marocains privés, bien que souvent contrôlés plus ou moins directement par des sociétés étatiques. Ceci a conduit, en troisième lieu, à l'émergence de quelques établissements qui détiennent des parts de marché significatives : aujourd'hui, Attijariwafa bank, la Banque Populaire / Crédit Populaire du Maroc, BMCE, CDG, Crédit Agricole, BMCI, SGMA et CDM, contrôlent près de 95 % du marché », Cons. conc. ma., *Étude sur la concurrentiabilité du secteur bancaire marocain*, précité, p. 73.

D'ailleurs, « *L'État marocain joue par ailleurs un rôle de premier plan, directement ou de manière indirecte à travers la CDG et ses filiales. Il est actionnaire direct de la BCP, du Crédit Agricole, et de la Banque Postale. La CDG lui permet en outre d'avoir un contrôle de CDG Capital et de disposer de participations dans 4 autres banques en 2012 (BMCE : 8,68%, Attijariwafa bank : 2,43% via la CDG et 3,90% via le RCAR, CIH : 70,88% via Massira Capital Management, BCP : 6,74% via RCAR). Au total l'État dispose d'une participation allant de 8% à 100% dans 9 des 19 banques du Royaume* », *Ibid.*, Cons. conc. ma., *Étude sur la concurrentiabilité du secteur bancaire marocain*, p. 109.

le secteur des fonds de garantie sociale[557], dans le secteur de la distribution d'électricité[558] et de gaz[559], l'eau[560] et bien d'autres. Les monopoles naturels

[557] « *Afin de rendre solvable les ménages à revenus faibles et irréguliers, l'État a mis en place des fonds de garantie. La création des fonds FOGARIM (Fonds de garantie en faveur des populations à revenu modeste et/ou irrégulier) et FOGALOGE-public (Fonds de garantie au profit des fonctionnaires, agents de l'État et des collectivités locales, et employés du secteur public) a été concrétisée par la signature de conventions Etat-Caisse Centrale de Garantie (CCG) et CCG-Banques, en 2003. Ces fonds ont été créés en remplacement du système des ristournes d'intérêt accordés par l'État dans le cadre du Programme National des 200.000 logements sociaux qui ne concernait, de par ses dispositions, qu'une catégorie de la population, notamment celle à revenu régulier, environ 8.000 à 10.000 acquéreurs annuellement nécessitant la mobilisation par l'Etat d'une enveloppe budgétaire annuelle de 300 millions de DH, et excluait ainsi une grande partie de la population non éligible au crédit bancaire à cause de l'irrégularité de ses revenus.*

Pour garantir les prêts FOGARIM, un montant de 400 millions de DH puisé du Fonds Solidarité Habitat a été viré à la Caisse Centrale de Garantie. À la fin 2010, près de 9000 prêts ont été accordés dans le cadre du Fonds de garantie FOGARIM pour un montant de crédits de 1300 MMD. Ce montant est passé de 27,7 millions de DH en 2004 à 1,5 milliard de DH en 2006 et atteindrait près de 2,3 milliards de DH en 2007.

Les performances enregistrées par le FOGARIM sont dues aux mesures entreprises par les pouvoirs publics pour améliorer le fonctionnement de ce fonds, à savoir le relèvement du plafond de la mensualité du remboursement des prêts garantis à 1500 DH, l'entrée en vigueur de la mesure relative au remplacement de la déclaration du revenu du demandeur légalisée et attestée par les autorités locales par une simple déclaration sur l'honneur du revenu légalisée du demandeur, et la promotion d'une politique de communication et d'information ciblée pour mieux informer les citoyens.

Quant à FOGALOG destiné à couvrir les crédits octroyés aux fonctionnaires de l'État et des collectivités locales se trouvant au bas de l'échelle de rémunération, il est passé en nombre de 31 prêts en 2004 à 2366 en 2010, et en volume de 3,34 MD à 767 MMD », Cons. conc. ma., *Étude sur les aides d'État*, Rapp. ann. 2013, p. 131.

[558] Art. 2 de la loi marocaine n° 2015-48 du 24 mai 2016 relative à la régulation du secteur de l'électricité à la création de l'autorité nationale de régulation de l'électricité.

[559] **S. ABOU SALAH**, *L'exploitation abusive de position dominante dans les relations commerciales*, Dar El-Nahda El-Arabia, 2005, p.42.

[560] L'utilisation et exploitation du domaine public hydraulique au Maroc est régie par le Dahir n°1-16-113 du 6 kaada 1437 portant promulgation de la loi n°36-15 relative à l'eau. La distribution d'eau potable en milieu urbain d'eau potable au Maroc a fait l'objet de deux phases successives. Une première phase débute avec la fin du protectorat en 1956 et s'achèvera au début de 1997 ; les régies municipales ont alors le monopole de la distribution de l'eau potable à l'échelle des communes urbaines. Une seconde phase commence à partir du mois d'août 1997 : dès lors, des opérateurs privés étrangers vont prendre pied dans le secteur de la distribution d'eau (mais aussi de l'assainissement liquide et de l'énergie électrique) dans les grandes agglomérations littorales marocaines : Casablanca (en 1997 avec la Lydec), Rabat (en 1998 avec la Redal) et Tanger-Tétouan (en 2002 avec Amendis) à travers des contrats de délégation de service public de long terme (25 et 30 ans).

ou de fait sont souvent confiés dans les services publics[561].

Des situations de monopole naturel peuvent néanmoins disparaître du fait d'évolutions technologiques, c'est le cas des télécommunications avec l'arrivée de la téléphonie mobile par rapport aux lignes de cuivre, c'est également le cas de la libéralisation par l'État de certains secteurs d'activité dont le secteur de la communication télévisuelle et radiophonique au Maroc.

Au niveau du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique, l'on constate qu'il est doté d'une législation qui a favorisé sa libéralisation et qui incite au pluralisme et à la multiplicité de l'offre et donc à la concurrence, il s'agit notamment du décret-loi n° 2-02-663 du 10 septembre 2002 portant suppression du monopole de l'État en matière de radiodiffusion et de télévision.

Selon *l'étude du Conseil de la Concurrence du Maroc relative à la concurrenciabilité du secteur de la Communication Télévisuelle et Radiophonique*[562], l'on observe qu'au niveau du marché de la radio, le principe de pluralisme et de multiplicité de l'offre visés dans la loi sur l'audiovisuel, est relativement respecté.

Autrement dit, il est constaté que le nombre d'opérateurs privés radio en accroissement depuis l'ouverture de ce secteur indique que ce marché est accessible aux nouveaux entrants privés qui, depuis leur entrée sur ce marché aucune cessation d'activité ou de sortie du marché n'a été enregistrée. À dire vrai, cette concurrence a eu pour effet positif la multiplicité

Aujourd'hui, certains signes internes au Maroc mais aussi externes portent à croire qu'une nouvelle phase est en train de se dessiner au sein de l'empire chérifien en matière de distribution d'eau en ville. Que ce soit dans les stratégies des firmes délégataires, dans la politique nationale d'équilibre entre régies et concessions ou que ce soit dans les nouveaux mots d'ordre internationaux, des rythmes, des inflexions ou des évolutions transparaissent.

[561] Le monopole naturel ou de fait peut être confié à l'entreprise personne publique, ou personne privé ; *Ibid*., **S. ABOU SALAH**, pp. 44-45 ; **A. MOHAMMED CHALABI**, précité, p. 12.

[562] Cons. conc. ma., *Étude sur la concurrentiabilité du secteur de la Communication Télévisuelle et Radiophonique*, Rapp. ann. 2013, pp. 152-161.

et la diversification de l'offre radiophonique touchant un public plus large. En effet, la mesure d'audience pour la période de janvier à mars 2013 a montré que la radio marocaine est écoutée par plus de la moitié de la population pendant trois heures par jour en moyenne et par plus de la moitié des différentes catégories de la société. Au fait, l'analyse des parts d'audience des chaînes radio effectuée par le Conseil de la Concurrence montre qu'elles sont partagées entre les opérateurs publics et privés avec un différentiel réduit allant de 0,01% à 4%, ce qui constitue un indice de concurrence sur le marché.

Le secteur de distribution en gros du tabac manufacturé au Maroc, a aussi fait l'objet d'un processus de libéralisation visant l'intégration de nouveaux concurrents. À la lumière de son *avis n° 23/12 rendu le 15 mai 2012 sur la situation de la concurrence dans le secteur du tabac manufacturé*, le Conseil de la Concurrence a rappelé le processus de libéralisation du secteur[563]. En effet, l'offre dans le secteur a été pendant longtemps caractérisée par un monopole octroyé par l'État à la Régie des tabacs. Ce monopole a été transféré après la privatisation de l'opérateur public à Altadis Maroc acquis par Imperial Tobacco en 2008. Ce dernier a continué à profiter d'une situation de monopole de droit sur le segment de la distribution du tabac manufacturé et ce jusqu'au 31 décembre 2010, date fatidique fixée par la loi n°46-02 pour la libéralisation du marché de la distribution en gros du tabac manufacturé.

Il importe de rappeler que la loi n°46-02 relative au régime des tabacs bruts et des tabacs manufacturés a décrété une libéralisation progressive

[563] Le Conseil de la Concurrence du Royaume a été destinataire de deux lettres n°143/11 et 195/11 datées respectivement le 26 juillet 2011 et 10 octobre 2011 émanant du Président de la Fédération du Commerce et Services relevant de la CGEM par lesquelles il a saisi le Conseil de la Concurrence pour avis sur des questions de principes ayant trait principalement aux conditions d'accès au marché de la distribution en gros du tabac manufacturé suite à sa libéralisation en janvier 2011, ainsi qu'au principe et modalités de fixation des prix des produits tabagiques. Cons. conc. ma., *Avis n° 23/12 rendu le 15 mai 2012 sur la situation de la concurrence dans le secteur du tabac manufacturé*, Rapp. ann. 2012, pp. 42-43.

du secteur et a établi un calendrier dans ce sens qui se défile comme suit : d'abord, la suppression du monopole de l'État relatif à l'importation des tabacs bruts à partir du premier janvier 2005 ; vient ensuite, la suppression du monopole de l'État relatif à la fabrication et l'exportation des tabacs manufacturés à compter du premier janvier 2005; enfin, la suppression du monopole de l'État relatif à l'importation et la distribution en gros des tabacs manufacturés à compter du premier janvier 2011.

Depuis janvier 2011, le Ministère de l'Économie et des Finance a autorisé deux opérateurs à entrer sur le marché. Il s'agit de British American Tobacco Maroc (BATM) et de North Africa Tobacco Company (NATC), toutes les deux filiales des multinationales opérant dans le secteur.

La libéralisation du secteur du tabac manufacturé a eu un effet bénéfique de parer aux dysfonctionnements du marché monopolistique, en allégeant les conditions d'accès au marché. Ce qui a été opportun économiquement notamment en permettant aux nouveaux entrants de s'introduire progressivement sur le marché.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE :

La caractérisation de l'atteinte portée à la liberté d'agir sur le marché par le moyen de la domination laquelle entraînant la possession d'un certain degré de puissance de marché permettant à l'entreprise ou au groupe d'entreprises de s'abstraire des pressions concurrentielles du marché, implique assertoriquement la nécessité d'exposer les manifestations de la situation de domination qui suivant notre lignée de pensée, attestent de manière assez patente, l'imbrication entre les matières économiques et juridiques dans le processus d'appréciation de l'atteinte au marché par le droit de la concurrence.

D'ailleurs, nous avions vu que la position dominante, qui renvoie à une situation dynamique de la puissance économique détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises, constitue un écart flagrant eu égard aux visions égalitaires de la concurrence saine sur l'arène concurrentielle.

L'approche juridique, en liaison avec la réalité concurrentielle laquelle semble avoir fortement influencé la conception juridique de la domination, expression de la puissance de marché de l'entreprise, qui à l'heure actuelle semble atteindre son paroxysme à travers l'œuvre prétorien des systèmes juridiques sous examens, a laissé son empreinte en s'approfondissant quant à teneur de la notion et en lui donnant un contenu juridique spécifique.

Cette réception juridique s'inscrit dans l'affirmation de la vision régulatrice du droit de la concurrence en tant que système juridique culminant, tendant à la consécration de l'égalité d'accès des protagonistes concurrents aux sources d'approvisionnement sur le marché. En dépit de son caractère coriace à aménager l'approche juridique du fait reproché permet de mieux appréhender la réalité complexe de l'environnement concurrentiel. L'étude de la notion de position dominante est une parfaite illustration de son rôle éclaireur dans l'appréhension du phénomène économique complexe

que constitue la pratique anticoncurrentielle sur le marché.

C'est pourquoi, en tenant compte de la méthode d'analyse combinatoire ralliant d'une part, la substance liée à la structure du marché aussi bien dans le cas du monopole ou de l'oligopole, à la part de l'entreprise ou des entreprises sur le marché de référence et de son exploitation, d'autre part, le droit et l'œuvre du prétoire ont fait preuve de flexibilité pour saisir la situation de domination.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE :

En somme, après avoir exposé la dimension que revêt les pratiques anticoncurrentielles, ce par rapport à la finalité de la préservation de l'ordre public économique, lequel ordre public représente une notion flexible qui s'apprécie *in concreto* en fonction de l'origine de l'atteinte à la concurrence et de ses manifestation. L'on constate que la démarcation des contours de l'atteinte à l'équilibre au sein du marché constitue une phase indispensable à la consécration de l'égalité entre entreprises sur le marché, et dépend d'une approche combinatoire des facteurs déterminants la nature dynamique du marché.

Nous avons démontré que l'atteinte à l'équilibre au sein du marché constitue la manifestation des pratiques anticoncurrentielles. L'approche juridique, dans ses dimensions économique et normative, a montré que le recours aux pratiques restrictives de la concurrence constitue, en fin de compte, la phase par laquelle se manifeste l'exercice anticoncurrentiel de la liberté d'agir par l'entreprise sur marché.

Les assises conceptuelles de la notion d'atteinte au libre jeu de la concurrence opèrent une influence considérable sur sa réception juridique, au terme de laquelle une différence qualitative des manifestations est mise en exergue. Cette différence exprime le dynamisme des pratiques en cause, lesquelles ne s'affichent pas de manière uniforme sur le marché. Ces traits caractéristiques permettent dans le même temps, de distinguer entre l'opportunité d'intervention requise pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante et celle requise pour l'application des dispositions relatives aux ententes anticoncurrentielles. L'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché ou une partie substantielle de celui-ci, exprime, ainsi, un degré substantiel

de manifestation. Elle caractérise l'application des dispositions juridiques sur l'abus de position dominante. En revanche, le concours de volontés entre des parties indépendantes, qui décident de coordonner leurs comportements sur le marché en vue d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, indique une autre figure de manifestation de l'atteinte à la concurrence et conditionne l'application des dispositions sur l'entente.

Peu importe qu'il soit le niveau de dissimilitude, l'approche juridique préconise la détermination de l'atteinte à la concurrence au moyen d'éléments qui peuvent être de nature structurelle, comportementale ou fonctionnelle. L'analyse révèle une prépondérance des éléments structurels parmi lesquels la part de marché, lequel prend le premier rang au niveau de l'appréhension de l'abus de position dominante, de même que des indices de comportement en matière des ententes anticoncurrentielles.

Autant, a-t-on remarqué pareillement que l'enchevêtrement entre l'analyse économique des conditions de marché et la normativité du droit de la concurrence a permis de dévoiler les deux principales caractéristiques juridiques en présence desquelles l'on peut conclure à une atteinte à la concurrence, notamment dans le cas complexe des marchés oligopolistiques. Il s'agit, en ce sens, d'une part, de l'existence d'une ligne d'action commune, unité de comportement et existence de liens de corrélations entre les membres de l'oligopole et, d'autre part, il est question d'une ligne d'action pérenne qui se maintient dans le temps en considérant les contraintes concurrentielles émanant autant au sein qu'en dehors de l'oligopole.

CONCLUSION GÉNÉRALE :

À la lumière de ce qui précède, il ressort que la liberté d'entreprendre n'interdit nullement aux entreprises de se faire concurrence, pourtant cette liberté impose à titre de revanche aux entreprises en cause de respecter les règles régissant le libre jeu de la concurrence.

La concrétisation de cette finalité d'ancrage du libre jeu de la concurrence placée au sommet de la hiérarchie des priorités gouvernant l'arène concurrentielle, repose sur l'efficience du droit dans sa mission de garantir l'égal accès des entreprises au marché et de protéger la liberté d'entreprendre et l'effectivité de la concurrence.

Reposant sur ce postulat, l'action des autorités de la concurrence du Royaume du Maroc ainsi que de l'Union Européenne met en œuvre l'égalité des entreprises d'accéder au marché dans la perspective de la création d'une concurrence saine.

D'ailleurs, il va sans dire que la finalité de la préservation de la liberté d'agir au sein de l'enceinte concurrentielle demeure la principale implication du droit de la concurrence, notamment via l'appréhension des fondements de l'expression de l'atteinte à la concurrence.

Aussi, ce substrat nous a-t-il astreint à emprunter le sentier de la délimitation du marché concerné ou pertinent qui sert de cadre d'analyse à tout comportement prétendument anticoncurrentiel, cet exercice si alambiqué a montré l'imbrication subtile entre l'analyse économique et la matière juridique, une complémentarité exemplaire de détermination du marché.

En effet, l'analyse économique constitue la trame à partir de laquelle le droit a pu saisir la notion de trouble au fonctionnement du marché, cette réception juridique qui est sensée tenir compte du dynamisme de l'expression de l'atteinte à la concurrence, a permis de caractériser les indicateurs essentiels susceptibles de donner un contenu solide à la dimension spatiale et matérielle du marché, de la même manière, le rapport dialogique entre les matières juridiques et économiques a montré la nécessaire prise en compte des éléments tant quantitatifs que qualitatifs dans la circonscription de marché en cause.

Ainsi, compte tenu de l'importance de la définition du marché sur le sort des entreprises concernées, le droit de la concurrence des systèmes juridiques en présence se doit de fournir des garanties aux parties contre l'arbitraire voire l'insécurité pouvant avoir lieu dans un si délicat exercice.

Ainsi, il s'avère fondamental, d'un point de vue purement juridique, que l'œuvre des autorités de concurrence, sur la détermination du champ matériel et spatial de marché, soient mis sous contrôle. Dès lors, autant en droit marocain qu'en droit européen, un contrôle juridictionnel précis de la délimitation du marché et de l'appréciation du fait reprochable dans le cadre restreint de la circonscription de l'arène concurrentielle, est exercé.

Voilà donc, qu'une fois le marché en cause est circonscrit, le droit de la concurrence des systèmes sous examen doit saisir le déploiement de ce phénomène anticoncurrentiel par le biais de sa manifestation sur le marché, qui comme l'entrave portée à l'exercice du libre jeu de la concurrence, cette entrave portée à l'exercice du libre jeu de la concurrence constitue la manifestation de la pratique anticoncurrentielle tendant à renforcer le pouvoir de marché de l'entreprise qui s'en prévale.

L'approche juridique, dans ses dimensions économique et normative, a montré que l'atteinte à la concurrence constitue, en fin de compte, la phase ultime par laquelle se manifeste au grand jour l'acte déviant perpétré sur le marché que ce soit par le biais d'une entente ou d'une pratique concertée ou encore plus par l'abus de position de dominante, cette manifestation des pratiques anticoncurrentielles expriment l'aptitude de l'entreprise concernée de se soustraire de la concurrence, laquelle aptitude ne s'affiche pas de manière uniforme sur le marché.

Aussi, faudrait-il distinguer doublement le degré de l'atteinte portée au marché en cause, d'une part, le degré requis pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante et d'autre part, celui requis pour l'application des dispositions relatives aux ententes anticoncurrentielles.

Conséquemment, l'existence d'une dominance caractérise l'application des dispositions juridiques sur l'abus de position dominante. En revanche, l'existence d'une entente ou d'une pratique concertée indique la manifestation de la puissance de prépondérance de l'entreprise sur le marché et conditionne l'application des dispositions sur l'entente.

Qu'elle soit la manifestation de l'atteinte à la concurrence, l'appréhension de celle-ci vise résolument à assurer aux entreprises des garanties contre l'arbitraire et, par voie de conséquence, l'assurance d'une certaine sécurité juridique, consacrant ainsi l'égalité de traitement et d'ouverture à la concurrence sur le marché pour l'ensemble des opérateurs, même pour ceux disposant de capacités moindres.

Aussi, l'approche juridique préconise-t-elle la détermination des facettes de la pratique anticoncurrentielle au moyen d'éléments qui peuvent être de nature structurelle, comportementale ou fonctionnelle.

L'analyse de l'œuvre du Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc et de la jurisprudence européenne révèle une prééminence des éléments structurels parmi lesquels la part de marché qui prend le premier rang, à côté des indices du comportement et de la performance de l'entreprise qui ont une place confirmative et infirmative dans l'analyse structurelle du marché.

L'infléchissement vers une approche combinatoire constitue, à cet égard, un bon exemple de souplesse et de la modernisation du droit de la concurrence des systèmes juridiques sous examen.

La mise en application d'une telle approche sous l'égide de la pratique décisionnelle du Conseil de la Concurrence du Maroc et l'œuvre jurisprudentielle des tribunaux européens a permis de dévoiler les deux principales caractéristiques juridiques en présence desquelles l'on peut conclure à une atteinte au libre jeu de la concurrence.

Il s'agit en ce sens, d'une part, de l'existence d'une ligne d'action commune, c'est dire une unité de comportement et existence de liens de corrélations entre les membres faisant part à la pratique anticoncurrentielle, cette ligne d'action qui doit être pérenne en considérant les contraintes concurrentielles et, d'autre part, l'importance de la part du marché détenue par l'entreprise ou le groupe d'entreprise en cause.

La nature de l'atteinte à la concurrence, une substance coriace à aménager vu le dynamisme et les afflux du marché, impose une fois que celle-ci est détectée par la définition du marché pertinent, puis saisie, au moyen de sa manifestation sous forme de position de domination ou d'entente, de considérer, en dernier lieu, la phase ultime du processus d'appréhension, à savoir l'étape fondamentale consistant à la mise en œuvre de prohibition

et la sanction de l'entreprise génératrice de l'effet restrictif de la concurrence. Ce sera alors l'occasion de dynamiser le standard juridique permettant d'élucider cette question fort complexe.

BIBLIOGRAPHIE :

1. Textes législatifs et règlementaires :

1.1. Royaume du Maroc :

- Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011), portant promulgation du texte de la Constitution du Royaume du Maroc, Bulletin Officiel n° 5964 *bis* du 28 chaabane 1432 (30 juillet 2011).
- Dahir n° 1-14-116 du 2 ramadan 1435, (30 juin 2014) portant promulgation de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, Bulletin Officiel n° 6280 du 10 chaoual 1435 (7 Août 2014).
- Dahir n° 1-14-117 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014), portant promulgation de la loi n° 20-13 relative au Conseil de la Concurrence, Bulletin officiel n° 6280 du 10 chaoual 1435 (7 août 2014).
- Dahir n° 1-00- 225 du 2 rabii I 1421 (5 juin 2000), portant promulgation de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, Bulletin Officiel n° 4810 du 3 rabii II 1421 (6 Juillet 2000).
- Décret n° 2-14-652 du 8 safar 1436 (1er décembre 2014) pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, Bulletin Officiel n° 6314 du 11 safar 1436 (4 décembre 2014).
- Décret n° 2-00-854 du 28 joumada II 1422, pris pour l'application de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, B.O du 4 octobre 2001.

1.2. Union Européenne :

- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), Journal Officiel de l'Union Européenne n° 2012/C 326/01, 26 Octobre 2012.
- Règlement (UE, Euratom), n° 741/2012, du Parlement Européen et du Conseil, du 11 août 2012, modifiant le protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne et son annexe I, Journal officiel n° L 228 du 23/08/2012.
- Règlement (UE, Euratom) n° 2015/2422, du Parlement Européen et du Conseil, du 16 décembre 2015, modifiant le protocole n° 3 sur le statut de la Cour de Justice de l'Union européenne, Journal officiel n° L 341 du 24/12/2015.
- Règlement (UE, Euratom) n° 2016/1192, du Parlement Européen et du Conseil, du 6 juillet 2016, relatif au transfert au Tribunal de la compétence pour statuer, en première instance, sur les litiges entre l'Union européenne et ses agents, Journal officiel n° L 200 du 26/07/2016.

- Règlement (CE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, concernant l'application de l'art. 101 § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel n° L 102 du 23/04/2010.
- Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, Journal officiel n° L 1 du 29/01/2003.
- Règlement (CE) n° 82/2004 de la Commission, du 07 avril 2004 sur la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel n° L 133 du 30/04/2004.
- Règlement (CE) n° 139/2004, du Conseil, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel n° L 24 du 29/01/2004.
- Règlement (CE) n° 2790/1999, de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'art. 81 § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel n° L 336 du 29/12/1999.
- Règlement (CE) no 3384/94, de la Commission du 21 décembre 1994, relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement (CEE) no 4064/89 du Conseil, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, Journal officiel n° L 377 du 21/12/1994.
- Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, Journal Officiel n° L 257 du 21/09/1990.
- Règlement (CEE) n° 2779/72 de la Commission, du 21 décembre 1972, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de spécialisation, Journal officiel n° L 92 du 29/12/1972.

2. Jurisprudence et ouvres des autorités de la Concurrence :

2.1. Royaume du Maroc :

2.1.1. Avis du Conseil de la Concurrence :

- *Avis relatif à l'acquisition par la Société China Merchants de 49% des actions et droits de vote de la société Terminal Link*, Rapport annuel 2013.
- *Avis relatif à la passation des marchés des métrés et travaux des projets de Barid Al Maghrib,* Rapport annuel 2013.
- *Avis relatif à la libéralisation des prix des produits pharmaceutiques vétérinaires*, Rapport annuel 2013.

- *Avis relatif à la saisine présentée par les associations régionales des agences de voyages de Casablanca et de Rabat et Région contre la compagnie Royal Air Maroc au sujet du marché de vente de la billetterie d'avion*, Rapport annuel 2013.
- *Avis relatif au projet d'acquisition par le Fonds Stratégique d'Investissement de 6% du capital de CMA-CGM par souscription d'obligations remboursables en actions*, Rapport annuel 2013.
- *Avis n° 31/12 du 25 décembre 2012 relatif au projet de concentration SNI/Kraft Foods Maroc*, Rapport annuel 2012.
- *Avis n° 23/12 rendu le 15 mai 2012 sur la situation de la concurrence dans le secteur du tabac manufacturé,* Rapport annuel 2012.
- *Avis n°25/12 sur la concurrence des moyennes et grandes surfaces au commerce de proximité*, Dossier n°25/S/11, Session de juin 2012.
- *Avis relatif au recours concernant l'acquisition de l'insuline en date du 22 décembre 2011*, Rapport annuel 2011.
- *Avis n° 16/11 relative à l'obligation du passage par les halles aux poissons pour la vente des produits de la pêche côtière et artisanale*, Rapport annuel 2011.
- *Avis n° 17/11 rendu le 26 septembre 2011 relatif au projet d'opération de concentration économique dans le secteur pétrolier*, Rapport annuel 2011.
- *Avis n° 19/11 rendu le 22 décembre 2011 relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n° 6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de l'insuline,* Rapport annuel 2011.
- *Avis n° 9/10 relatif à la notification de la « Société Kraft Foods Inc» d'un projet de concentration économique*, Rapport annuel 2010.
- *Avis n°14/10 du 29 novembre 2010 sur le marché des laboratoires de bâtiments et travaux publics*, Rapport annuel 2010.
- *Avis n° 15/10 du 24/12/2010 sur la saisine relative au secteur de la formation professionnelle privée*, Rapport annuel 2010.
- *Avis n° 16/10 rendu le 24 décembre 2010 concernant un projet d'arrêté relatif à la fixation du nombre de catégories des laboratoires de bâtiments et des travaux publics*, Rapport annuel 2010.
- *Avis n° 5/09 sur le secteur du livre scolaire rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009*, Rapport annuel 2009.
- *Avis n° 6/09 du 7/09/2009 sur le pilotage maritime*, Dossier n° S/09/2, Rapport annuel 2009.

2.1.2. Décisions du Conseil de la Concurrence

- *Décision du Conseil de la Concurrence n°12/10 du 14 octobre 2010 portant sur la demande d'avis de l'Association Marocaine de Plasturgie sur les mesures de sauvegarde déposée par la SNEP auprès du Ministère du Commerce Extérieur* , Rapport annuel 2010.
- *Décision n° 13/10 relative au transit portuaire des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca*, Rapport annuel 2010.
- *Décision relative à la demande d'avis n° 19/DA/2012 du 13 février 2012 de la société JK Hôtels*, Rapport annuel 2013.
- *Décision relative à la saisine du Syndicat des Pilotes Maritimes*, Rapport annuel 2013.

2.2. Union Européenne :

2.2.1. Arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne :

- *Aalborg Portland A/S c. Commission,* 7 janv. 2004, aff. 204/00 P, Rec. 2004 I-00123.
- *ACF Chemiefarma NV c. Commission*, 15 juill. 1970, aff. 41/69, Rec. 1970 -00661.
- *Aéroports de Paris c. Commission*, 12 déc. 2000, aff. T-128/98, Rec. 2002 I-09297.
- *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V*, 11 mai 1989, aff. 66/86, Rec.1989 -00803.
- *AKZO Chemie BV c. Commission*, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Rec.1991 I-03359.
- *Archer Daniels Midlands Co c. Commission*, 19 mars 2009, aff. C-510/06, Rec. 2009 I-01843.
- *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, 23 nov. 2006, aff. C-238/05, Rec. 2006 I-11125.
- *Bundeskartellamt c. Volkswagen AG et VAG Leasing GmbH*, 24 oct. 1995, aff. C-266/93, Rec. 1995 I-03477.
- *Christian Poucet c. Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, 17 févr. 1993, aff. jtes C-159/91 et C-160/91, Rec. 1993 I-00637.
- *Comap SA c. Commission,* 3 mai 2012, aff. C-290/11 P.
- *Commission c. Anic Partecipazioni SpA*, 8 juill. 1999, aff. C-49/92, Rec.1999 I-04125.

- *Commission c. République italienne*, 18 juin 1998, aff. 35/96, Rec. 1998 I-03851.
- *Commune d'Almelo et autres c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, 27 avr. 1994, aff. C-393/92, R. 1994 I-01477.
- *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) et Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) c. commission*, 16 mars 2000, aff . jtes. C-395/96 P et C-396/96 P., Rec. 2000 I-01365.
- *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, 28 mars 1984, aff. 29/83 et 30/83, Rec.1984 01679.
- *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 9 sept. 2003, aff. C-198/01, Rec. 2003 I-08055.
- *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. Commission*, 16 déc. 1975, aff. jtes. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114, Rec. 1975 -01663.
- *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, 4 mai 1988, aff. 30/87, Rec. 1988 -02479.
- *Diego Calì & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA*, 18 mars 1997, aff. C- 343/95, Rec.1997 I-01547, pts. 22-23.
- *DIP SpA c. Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia Srl c. Comune di Chioggia et Lingral Srl c. Comune di Chiogga*, 17 oct. 1995, aff. jtes. C-140/94, C-141/94 et C-142/94. Rec. 1995 I-03257, p .I – 3257.
- *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991 I-02925.
- *Établissements Consten SARL et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission*, 13 juill. 1966, aff. jtes. 56 et 58-64, Rec. 1966 00429.
- *Eurofer ASBL c. Commission*, 2 oct. 2003, aff. C-179/99 P, Rec. 2003 I-10725.
- *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 21 fév. 1973, aff. 6-72, Rec. 1973-00215.
- *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche de la France*, 16 nov. 1995, aff . C-244/94, Rec. 1995 I-04013.
- *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz,*25 oct. 2001, aff. C-475/99, Rec. I-8137.

- *Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. c. Commission*, 17 sept. 1985, aff. jtes. 25 et 26/84, Rec. 1985-02725.
- *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, 14 juill. 1981, aff. 172/80, Rec. 1981 -02021.
- *Giuseppe Conte c. Stefania Rossi,* 29 Nov. 2001, aff. C-221/99, Rec. I-9371.
- *Heintz van Landewyck SARL et autres c. Commission,* 20 oct. 1980, aff. jtes. 209 à 215 et 218/78, Rec.1980 -03125.
- *Hilti AG c. Commission*, 12 déc. 1991, aff. T 30-39, Rec 1991 II-01439.
- *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Rec. 1979-00461.
- *Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, 12 juill. 1984, aff. 170/83, Rec.1984 -02999.
- *Imperial Chemical Industrie Ltd (ICI) c. Commission*, 14 juill. 1972, aff. 48-69, Rec. 1972 -00619.
- *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, 6 mars 1974, aff. jtes. 6 et 7-73, Rec. 1974 -00223.
- *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, 19 févr. 2002, aff. C-309/99, Rec. 2002 I-01577.
- *Javico International et Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, aff. C-306/96, Rec. 1998 I-01983.
- *John Deere Ltd c. Commission*, 28 mai 1998, C7/95, Rec. 1998 I-03111.
- *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, 23 avril 1991, aff. C-41/90, Rec.1991 I-01979.
- *Mannesmann AG c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 13 juill. 1962, aff. 19-61, Rec. 1962-00675.
- *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission*, 22 oct. 1986, aff. 75/84, Rec.1986 -03021.
- *NV IAZ International Belgium et autres. c. Commission*, 8 nov. 1983, aff. jtes. 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, Rec.1983 -03369 ;
- *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, 9 nov. 1983, aff. 322-81, Rec. 1983-03461.
- *Procédure pénale c. Manuele Arduino, en présence de Diego Dessi, Giovanni Bertolotto et Compagnia Assicuratrice RAS SpA*, 19 fév. 2002, aff. C- 35/99, Rec. 2002 I-01529.

- *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA*, 13 déc. 1991, aff. C-18/88, Rec. 1991 I-05941.
- *Remia BV et autres c. Commission*, 11 juill. 1985, C-42/84, Rec. 1985-02545.
- *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et entreprise minière et chimique (EMC)* c. *Commission*, 31 mars 1998, aff. jtes. C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998 I-01375.
- *SA Brasserie de Haecht c. Consorts Wilkin-Janssen*, 12 déc. 1967, aff. C23-67, Rec. 1967 00525.
- *Sandoz prodotti farmaceutici SpAc. Commission*, 11 janv. 1990, aff. C-277/87, Rec. 1990 I-00045.
- *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, 19 janv. 1994, aff. C- 364/92, Rec.1994 I-00043.
- *Shell International Chemical Company Ltd c. Commission*, 8 juill. 1999, aff. C-234/92 P, Rec. 1999 I-04501.
- *Sirena S.R.L. c. Eda S.R.L. et autres*, 18 fév. 1971, aff. 40-70, Rec. 1971-00069.
- *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 30 juin 1966, aff. 56-65, Rec. 1966 00337.
- *Tetra Laval BV c. Commission*, 20 mai 2010, aff. jtes. C-12/03 P-DEP et C-13/03 P-DEP, Rec. 2010 I-00067.
- *Tetra Pak International SA c. Commission*, 14 nov. 1996, aff. C333/94P, Rec. 1996 I-05951, pt. 13;
- *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4 juin 2009, aff. C-8/08, Rec. 2009 I-04529.
- *United Brands Company et United Brands Continental BV c. Commission*, 14 fév. 1978, aff. 27-76, Rec. 1978-00207.
- *Verband der Sachversicherer e.V. c. Commission,* 27 janv. 1987, aff. 45/85, Rec.1987 -00405.
- *Viho Europe BV c. Commission,* 24 octobre 1996, aff. C-73/95 P, Rec.1996 I-05457.

2.2.2. Arrêts du Tribunal de l'Union Européenne :

- *Airtours plc c. Commission*, 28 juin 2004, aff. T-342/99 DEP, Rec. 2004 II- 01785.
- *Asia Motor France SA, Jean-Michel Cesbron, Monin Automobiles SA et Europe auto service SA c. Commission*, 26 oct. 2000, aff. T-154/98, Rec. 2000 II-03453.

- *Cascades SA c. Commission*, 14 mai 1998, aff. T-308/94, Rec.1998 II-00925.
- *Cimenteries CBR e.a. c. Commission*, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s, Rec. 2000 II-00491.
- *Colin Arthur Roberts et Valérie Ann Roberts c. Commission*, 5 juill. 2001, aff. T-25/99, Rec. 2001 II-01881.
- *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) et Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG) c. Commission*, 26 oct. 2010, aff. T-23/09, Rec. 2010 II-05291.
- *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) c. Commission*, 30 mars 2000, aff. T-513/93, Rec. 2000 II-01807.
- *Dresdner Bank AG et autres c. Commission*, 27 septembre 2006, aff. jtes. T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP et T-61/02 OP, Rec. 2006 II-03567.
- *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Commission*, 15 sept. 1998, aff. jtes. T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. 1998 II-03141.
- *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) c. Commission*, 4 mars 2003, aff. T-319/99, Rec. 2003 II-00357.
- *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autresc. Commission*, 13 déc. 2006, aff. jtes. T-217/03 et T-245/03, Rec. 2006 II-04987.
- *General Electric Companyc. Commission*, 14 déc. 2005, aff. T-210/01, Rec. 2005-II-5575.
- *Hilti AG c. Commission*, 12 déc. 1991, aff. T 30-39, Rec 1991 II-01439.
- *KE KELIT Kunstesoffwerk GmbH c. Commission*, 20 mars 2002, aff. T-17/99, Rec. 2002 II-01647.
- *Kish Glass & Co. Ltd c. Commission*, 8 nov. 2001, aff. T-65/96 DEP, Rec. 2001 II-03261.
- *Lafarge SA c. Commission*, 8 juill. 2008, aff. T-54/03, Rec. 2008 II-00120.
- *Laurent Piau c. Commission*,26 janv. 2005, aff. T-193/02, Rec. 2005 II-00209.

- *LR AF 1998 A/S c. Commission*, 20 mars 2002, aff. T-23/99, Rec. 2002 II-01705.
- *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH c. Commission*, 14 mai 1998, aff. T-347-94, Rec. 1998 II-01751.
- *Pavel Pavlov e.a. c Stichting Pensioen fonds Medische Specialisten*, 12 sept. 2000, aff. jtes. C- 180/98 à C- 184/98, Rec. 2000 I-06451.
- *Rhône-Poulenc SA c. Commission*, 24 oct. 1991, aff. T-1/89, Rec.1991 II-00867.
- *SA Hercules Chemicals NV c. Commission*, 17 déc. 1991, aff. T-7/89, Rec. 1991 II-01711.
- *Schneider Electric SA c. Commission*, 22 oct. 2002, aff. T-310/01, Rec. 2002 II-04071.
- *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c. Commission*, 10 mars 1992, aff. jtes.T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. 1992 II-01403.
- *Tate & Lyle plc, British Sugar plc et Napier Brown & Co. Ltd c. Commission,* 12 juill. 2001, aff. jtes. T-202/98, T-204/98 et T-207/98, Rec. 2001 II-02035.
- *Tetra Laval BV c. Commission*, 25 oct. 2002, aff. T-5/02, Rec. 2002 II-04381.

2.2.3. Décision de la Commission Européenne :

- *Décision n° 2004/138/CE du 11 juin 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (dans l'affaire COMP/36.571/D-1, Banques autrichiennes — "club Lombard")*, Journal officiel de l'Union Européenne n° L 56/1 du 24/02/2004.
- *Décision n°2002/174/CE du 3 mai 2000 déclarant une concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE [Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil] (Affaire n° COMP/M.1693 — Alcoa/Reynolds)*, Journal officiel des Communautés européennes n° L 58/25 du 28/02/2002.
- *Décision n° 2000/74/CE du 14 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways)*, Journal officiel des Communautés européennes n° L 030 du 4/2/2000.
- *Décision de la Commission n° 00/12/CE du 20 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire nº IV/36.888 - Coupe du monde de football 1998)*, Journal officiel des Communautés européennes n° L 005 du 08/01/2000.

- *Décision n° 93/82/CEE du 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450 : Cewal, Cowac, Ukwal) et de l'article 86 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450 : Cewal)*, Journal officiel des Communautés européennes n° L 034/20 du 10/02/1993.
- *Décision du 89/190/CEE du 21 décembre 1988 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE*, Journal officiel des Communautés européennes n° L 74/1 du 17/03/1989.
- *Décision n° 69/243/CEE du 24 juillet 1969, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité C.E.E. (IV/26.267 -Matières colorantes),* Journal officiel des Communautés européennes n° L 195/11, du 7/08/1969.

3. Documents administratifs :

3.1. Royaume du Maroc :

Études sur la concurrentiabilité par le Conseil de la Concurrence :

- *Étude sur la téléphonie mobile,* Rapport annuel 2011.
- *Étude sur le secteur bancaire*, Rapport annuel 2013.
- *Étude sur le secteur de l'industrie pharmaceutique, Rapport* annuel 2011.
- *Étude sur le Secteur de la Communication Télévisuelle et Radiophonique*, Rapport annuel 2013.
- *Étude sur le Secteur de la Téléphonie mobile*, Rapport annuel 2011.
- *Étude sur les aides d'État*, Rapport annuel 2013.
- *Étude sur les professions libérales*, Rapport annuel 2013.

3.2. Union Européenne :

Lignes directrices et communications de la Commission:

- *Lignes directrices sur les restrictions verticales,* Journal officiel de l'Union européenne n° C 130/1 du 19/05/2010.
- *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité,* Journal officiel de l'Union européenne n° C 101/97 du 27/04/2004.
- *Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques,* Journal officiel des Communautés Européenne n° C 165/6 du 11/07/2002.
- *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence,* Journal officiel des Communautés Européenne n° C 372/5 du 03/12/1997.

4. Doctrine :

4.1. Monographies :

- **A. BIGARE**, *L'aspect transversal de la notion d'abus de position dominante en droit communautaire de la concurrence,* Université Jean Moulin, Lyon III, mémoire DEA de droit communautaire, 1998-1999.
- **A. DECOCQ** & **G. DECOCQ**, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 5ème édition, LGDJ, 2012.
- **A. GOLDMAN, A. LYON- CAEN** & **L. VOGEL**, *Droit commercial européen*, 5ème édition, Dalloz, Collection « Précis », 1994.
- **A. HAYEK**, *Droit, Législation et Liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, PUF, 2007.
- **A. JACQUEMIN & G- J. SCHRANS**, *Le droit économique,* Paris, Collection «Que sais-je ? ». PUF, 1970.
- **A. MARSHALL**, *Principles of economics,* Mc Millan, London, 1920.
- **A-S. BACHELIER**, *Le contrôle juridictionnel des décisions des autorités de concurrence en droit français et communautaire,* Thèse Paris X Nanterre, 1999.
- **CH. BOUCHARD**, *Droit et pratique de l'entreprise : fonds de l'entreprise, concurrence, distribution,* 2ème édition, Éditions Yvon Blais, 2014.
- **CH. GAVALDA & G. PARLÉANI**, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, 6ème édition, Litec, 2009.
- **CH. PERELMAN**, *Le fait et le droit, Études de logiques juridiques,* Bruxelles, Bruylant, 1961.
- **E- H. CHAMBERLIN**, *The Theory of Monopolistic Competition,* Cambridge, HUP, 6t h Edition, 1950.
- **E. CLAUDEL**, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse Doctorat, Paris X, 1993.
- **E. COMBE**, *Économie et politique de la concurrence,* Paris, Dalloz, 2005.
- **E. GAUTIER,** *Darwinisme social*, Derveaux, Paris, 1880.
- **F. DEKEUWER- DÉFOSSEZ** & **E. BLARY- CLÉMONT**, *Droit commercial*, Montchrestien, 10éme édition, 2010.
- **F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER & A. VANDERELST**, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- **G. HERMET & A. JOLIBERT**, *La part de marché : concept, déterminants et utilisation*, Paris, Economica, 1995.

- **G. HOUSTON**, *The Role of Quantitative Analysis in Competition Assessments, NERA*, March 2005, p. 11.
- **J- L. LEVET**, *L'économie industrielle en évolution*, *Les faits face aux théories*, Économica, 2004.
- **J. HOUSSIAUX**, *Le pouvoir de monopole : essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain,* Sirey, Paris, 1958.
- **J. LHOMME**, *Pouvoir et société économique,* Paris, Cujas, 1966.
- **J. NEVEN** & **R. NUTTAL**, *Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control*, Centre for Economic Policy Research, London, 1993.
- **J. ROBINSON**, *The Economics of Imperfect Competition*, Mc Millan, London, 1933.
- **J-B. BLAISE**, *Abus de position dominante*, Encyclopédie Dalloz, répertoire du droit commercial, tome I, 2005.
- **J-B. BLAISE**, *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et dans le droit des Communautés européennes*, Librairie techniques, 1964.
- **J-S. BAIN**, *Barriers to New Competition,* Cambridge, Harvard University Press, 1956.
- **J-V. LOUIS**&**S. RODRIGUES**, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006.
- **L- N. VULIERNE**, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2008.
- **L. BIDAUD**, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* Litec, Paris, 2001.
- **L. LOUCHAHI,** *Droit de la concurrence et circuit de la distribution au Maroc*, Collection Manuels et Travaux Universitaires, Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – *REMALD* -, Rabat, N°43, 2003.
- **L. VOGEL**, *Code européen de la concurrence*, Lawlex, Praxicodes, 2008.
- **M. BAHRI,** *Politiques des prix : Environnement concurrentiel et compétitivité des entreprises, Collection Manuels et Travaux Universitaires*, Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – REMALD -, Rabat, N°40, 2002.
- **M. DRISSI ALAMI MACHICHI,** *Concurrence : Droits et obligations des entreprises au Maroc*, Édition : L'Économiste, Casablanca, 2004.
- **M. GLAIS & P. LAURENT**, *Traité d'économie et de droit de la concurrence,* PUF, Paris, 1983.

- **M. GLAIS**, *Économie industrielle, Les stratégies concurrentielles des firmes*, édition Litec, 1992.
- **M. MALAURIE-VIGNAL**, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5ème édition, Sirey, 2011.
- **M. MALAURIE-VIGNAL**, *L'abus de position dominante,* LGDJ, Paris, 2002.
- **M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM & J. VIALENS**, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.
- **M-N. ROTHBARD**, *Power and Market, Governement and the Economy*, Ludwig Von Mises Institute, 4ème Édition, 2006.
- **N. KALDOR**, *Essays on Value and Distribution*, Gerald Duckworth, London, 1960.
- **P. LAURENT**, *Abus de position dominante, notion de position dominante,* Fasc. 560, JurisClasseur Commercial – concurrence- consommation, volume 3, 2006.
- **PH. LE TOURNEAU**, *La concession commerciale exclusive,* Economica., 1994.
- **R. WHISH**, *Competition Law,* 5ème édition, London, LexisNexis-Butterworths, 2005.
- **S. ABOU SALAH**, *L'exploitation abusive de position dominante dans les relations commerciales*, Dar El-Nahda El-Arabia, 2005.
- **S. CRISTIN- BELMONT**, *Essai sur la position dominante collective en droit communautaire*, Presses universitaires Septentrion, 1999.
- **TH. MASSART**, *Droit commercial, introduction, actes de commerce, commerçant, fonds de commerce,* Gualino, 2007.
- **Y. CHAPUT**, *Clientèle et concurrence : approche juridique du marché*, Litec, Paris, 2000.
- **Y. SERRA**, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993.

4.2. Articles :

- **A. BENAMOUR,** « La concurrence et les grandes problématiques de l'heure », Collection Thèmes Actuels : Culture de la concurrence – L'an I du Conseil de la Concurrence-, Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – *REMALD* -, Rabat, N°68, 2010.

- **A. EL FATIHI,** « Les pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des télécommunications : Comment prévenir et remédier?», Revue Marocaine de Droit Économique, Centre de Droit des Obligations et des Contrats, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, N°1, Octobre 2007.
- **A. JACQUEMIN**, « Firme dominante et politique antitrust », Bruges, De Tempel, 1977.
- **A. SQUALLI,** « La liberté d'entreprendre à l'épreuve du jeu de la concurrence », Revue Marocaine de Droit d'Économie du Développement, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°49, 2004.
- **A. VANDENCASTEELE**, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ? » dans *Mélanges M. Waelbroeck,* Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 1999.
- **A. WACHMANN & E. SARRAZIN**, « Limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante : quelques réflexions », *Concurrences,* 2005.
- **A-P. LERNER**, « The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power », *Review of Economic Studies*, vol. 1, no 3, 1934.
- **C. GRYNFOGEL**, « Le concours de volontés entre entreprises, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes », *RJDA* 2005.
- **C. HARRIS & J- J. SIMONS**, « Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary», *Research in Law and Economics,* 1989.
- **CH. BOLZE**, « Règles de concurrence, Contrôle des concentrations entre entreprises, Création d'une position dominante, Engagements préalables de déconcentration, Compatibilité (oui) »*, RTD Com*., 1994.
- **D. BRAULT**, « De la preuve en cas de comportements parallèles mais non coordonnés », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006
- **D. GERADIN, P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT & M. WALKER**, «The Concept of Dominance», *GCLC Research Papers on Article 82 EC, Global Competition Law Centre*, College of Europe, Bruges, July 2005.
- **D. SPECTOR**, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », in *Rapp. CAE*, *Les politiques de la concurrence*, Paris, La Documentation Française, 2006.
- **D. WAELBROECK**, « Le juge communautaire en matière de concentrations: censeur pédagogique ou juge de la légalité ? », *Concurrences,* Editorial, 2005.

- **DRISSI ALAMI MACHICHI,** « Environnement juridique de la vie économique », Revue Marocaine de Droit Économique, Centre de Droit des Obligations et des Contrats, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, N°2, Janvier 2009.
- **E. CLAUDEL**, « Nul besoin d'attendre un comportement effectif sur le marché puisque ce comportement est présumé à venir », *RTD com.* 2004.
- **E-H. CHAMBERLIN**, « Product Heterogeneity and Public Policy », *American Economy Review*, May, 1946.
- **F. LE ROY**, « La concurrence, entre affrontement et connivence », *Revue française de gestion*, 1/2007, n° 158.
- **F-M. FISHER**, « Horizontal Mergers: Triage and Treatment », vol. 1, n°2, *Economic Perspectives*, 1987.
- **G. CANIVET & C. CHAMPALAUNE**, « Le comportement du consommateur dans la définition du marché » dans Mélanges en l'honneur de Jean Calais- Auloy : Études de droit de la consommation, Paris, Dalloz, 14 janv. 2004.
- **G. FARJAT**, « la notion de droit économique », *in* Archives de Philosophie du Droit (APD), *Droit et économie*, t.37, Sirey, 1992.
- **G. FARJAT**, « Observations sur la dynamique du droit de la concurrence », dans **G. CANIVET** (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence,* LGDJ, Paris, 2006.
- **G. HEWITT**, « L'oligopole : note de référence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence,* 2001.
- **G. PARLEANI**, « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentielles », dans *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon : aspects actuels du droit des affaires,* Paris, Dalloz, 2003.
- **G. STIGLER**, « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, n° 72, 1964.
- **G. WERDEN**, « The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm », *Antitrust Law Review*, vol. 71, 2003.
- **G-J. STIGLER & R- A. SHERWIN**, « The Extent of the Market », *Journal of Law and Economics*, vol. 28, 1985.
- **H. DUMEZ & A. JEUNEMAITRE**, « Concurrence et coopération entre firmes : les séquences stratégiques multidimensionnelles comme programme de recherche», *Finance, Contrôle et Stratégie*, vol. 8, 2005.
- **H. LEGAL**, « Le contentieux communautaire : entre contrôle restreint et pleine juridiction», *Concurrences,* Éditorial, 2005.

- **J- L. LESQUINS**, « Innovation et délimitation des marchés pertinents », *Revue d'économie industrielle,* 1994.
- **J- W. CLARK**, « Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence,* 1999.
- **J. FREDERICK**, « Market Definition under the Merger Guidelines: Critical Demand Elasticities », *Research in Law and Economics,* 1989.
- **J. LANGENFELD & L. WENQUING**, « Critical Loss Analysis in Evaluating Mergers », *The Antitrust Bulletin/Summer* 2001.
- **J. STUYCK**, « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du marché commun», in *Mélanges en l'honneur de M. Waelbroeck*, Vol.2, 1999.
- **J. WITTWER & PH. BERNARD**, « Monopole discriminant et redistribution. Une interprétation des thèses d'Edgeworth », *Revue économique*, vol. 50, n° 2, 1999.
- **J-J. SIMONS&M.A. WILLIAMS**, « The Renaissance of Market Definition», 1993.
- **J-P. AZEVEDO & M. WALKER**, « Dominance: Meaning and Measurement », *European Competition Law Review* 2002.
- **K. BENNANI DAKHAMA,** « Concurrence, marché libre et protection du consommateur : cas des produits financiers », Revue Marocaine de Droit d'Économie du Développement, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°49, 2004.
- **K. LENAERTS**, « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire, un principe unique aux apparences multiples », CDE, 1991.
- **L. BIDAUD**, « La question des ventes intégrées et la délimitation du marché pertinent dans la concentration *Schneider/Legrand* », *Contrats Concurrence Consommation,* 2004.
- **L. BOY**, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », Revue Internationale de Droit Économique, t.9, Édition De Boeck Supérieur, 2005.
- **L. BOY**, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *Contrats concurrence consommation*, 2004.
- **L. IDOT & B. VAN DE WALLE DE GHELCKE**, « Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions», *CDE*, 2001.
- **L. LEVENEUR**, « le fait », *APD,* 1990.

- **L. VOGEL**, « Le juriste face à l'analyse économique », Revue de la Concurrence et de la Consommation, n°134, Juillet-Août 2003.
- **M. DRISSI ALAMI MACHICHI,** « Régulation de l'économie par le droit », Revue Marocaine de Droit d'Économie et de Gestion, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°52, 2006.
- **M. DRISSI BAKHKHAT,** « La politique de concurrence dans les pays développés », Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – *REMALD* -, Rabat, N°96, Janvier/Février 2011.
- **M. MOTIK,** « La protection de l'entreprise commerciale », Revue Marocaine de Droit d'Économie du Développement, Numéro Spécial du Colloque : Les prix et la concurrence, entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Hassan II – Aïn Chock -, Casablanca, N°49, 2004.
- **M-A. FRISON-LAROCHE**, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats», *RTD civ.* 1995.
- **M-A. FRISON-ROCHE**, « Le modèle du marché », *in* Archives de philosophie du droit (APD), *Droit et Esthétique*, t. 40, Sirey, 1996.
- **M-G. BAUMANN & P-E. GODEK**, « Could and Would Understood: Critical Elasticities and The Merger Guidelines», *Antitrust Bulletin,* vol. 40, 1995.
- **M-H. BOUAYAD,** « Les objectifs de la politique de la concurrence entre les flux de la pensée théorique et les considérations de pragmatisme économique », La lettre d'information du conseil de la concurrence marocain, N°4, Mounafassa, Mai 2010.
- **N. ELAOUFI & M. HOLLARD,** « Fondements d'une pragmatique de la concurrence au Maroc », Note d'Orientation, Conseil de la Concurrence marocain, Mai 2010.
- **N. ELAOUFI,** « Les spécificités de l'application de la règlementation de la concurrence au Maroc », Collection Thèmes Actuels : Culture de la concurrence – L'an I du Conseil de la Concurrence-, Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement – *REMALD* -, Rabat, N°68, 2010.
- **N. GIOCOLI**, « Who Invented the Lerner Index? Luigi Amoroso, the Dominant Firm Model, and the Measurement of Market Power », *Review of Industrial Organization*, 2012.

- **N. TOUJGANI,** « Le couplage du droit et de l'économie dans la mise en œuvre des règles de la concurrence », Revue Marocaine de Droit Économique, Centre de Droit des Obligations et des Contrats, Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, N°1, Octobre 2007.
- **O. STEPHEN SPINKS**, « Exclusive Dealing, Discrimination and Discounts Under E.C. Competition Law », *Antitrust LJ,* 2000.
- **P. CROCIONI**, « The Hypothetical Monopolist Test: What It Can and Cannot Tell You », *ECLR*, 2002.
- **P-W. MCKEOWN ET E-M. ROTHSTEIN**, « Examen judiciaire des affaires de concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 1999.
- **R. VAN DEN BERGH**, « The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law», in *Post-Chicago Developments in Antitrust Law,* Edward Elgar, Northampton, 2002.
- **R. WHISH**, « Collective Dominance », *Judicial Review in International Perspective : Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley,* vol. 1, La Haye, Kluwer Law International, 2000.
- **S. LIARTE & L. CAILLUEL**, « Mais où s'affrontent les entreprises ? De l'étude de la concurrence aux lieux de cette concurrence », *E & H*, n°4/2008, n°53.
- **T. LAMBERT**, « Le contrat de bière face au nouveau droit de la concurrence communautaire», *Revue de jurisprudence commerciale,* 2000.

ANNEXES :

ANNEXES :

1- Avis du Conseil de la Concurrence du Maroc :

- *Avis du Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc n° 16/10, rendu le 24 décembre 2010 concernant un projet d'arrêté relatif à la fixation du nombre de catégories des laboratoires de bâtiments et des travaux publics*, Rapport annuel 2010……..283
- *Avis du Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc n° 19/11, rendu le 22 décembre 2011 relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n° 6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de l'insuline,* Rapport annuel 2011……..308

2- Arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne :

- *Arrêt Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.),* du 30 juin 1966, affaire 56-65, Recueil jurisprudentiel n°1966 00337……381
- *Arrêt SA Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen*, 12 décembre 1967, affaire n° C23-67, Recueil jurisprudentiel n°1967 00525……404

3- Arrêts du Tribunal de Première Instance de l'Union:

- *Arrêt Asia Motor France SA, Jean-Michel Cesbron, Monin Automobiles SA et Europe auto service SA contre Commission,* rendu le 26 octobre 2000, affaire T-154/98, Recueil jurisprudentiel n°2000 II-03453……417
- *Arrêt Laurent Piau contre Commission*, du 26 janvier 2005, affaire n° T-193/02, Recueil jurisprudentiel n°2005 II 00209…… 453

8-Avis du Conseil de la Concurrence n° 16/10 rendu le 24 Décembre 2010 concernant un projet d'arrêté relatif à la fixation du nombre de catégories des laboratoires de bâtiments et des travaux publics

Le Conseil de la Concurrence,

Vu la lettre de Monsieur le Premier Ministre sous le N° 1178 datée du 3 juin 2010 par laquelle il a saisi le Conseil de la Concurrence pour avis concernant un projet d'arrêté du Ministre de l'Equipement et des Transports relatif à la fixation du nombre de catégories des laboratoires de bâtiments et des travaux publics correspondant à chaque activité ainsi que le montant maximum annuel d'un marché pour lequel un laboratoire d'une catégorie donnée peut être admis à soumissionner ;

Vu loi n° 06.99 sur la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n°1.00.225 du 2 Rabii I 1421 (5 juin 2000) telle que complétée et modifiée;

Vu le décret n°2.00.854 du 28 joumada II 1422 (17 septembre 2001) pris pour l'application de la loi n° 06.99 précitée telle que complétée et modifiée;

Vu le règlement intérieur du Conseil de la Concurrence ;

Après avoir s'assurer du quorum légal ;

Après l'audition du rapporteur et l'examen de son Rapport, et après que le Conseil ait débattu le dossier en question durant sa réunion tenue le 24 Décembre 2010 qui a complété les travaux de la Onzième session du conseil tenue le 29 décembre 2010 ;

Vu que les membres du Conseil considèrent le dossier en état d'être délibéré lors de la réunion du 24 décembre 2010 ;

Après délibération, le Conseil de la Concurrence rend l'avis suivant :

I-CADRE GENERAL DE LA DEMANDE D'AVIS:

1- Contenu de la demande d'avis:

Par lettre N° 1178 datée du 3 Juin 2010, le Premier Ministre a demandé l'avis du Conseil de la Concurrence sur le projet d'arrêté du Ministre de l'Equipement et des Transports fixant le nombre de catégories des laboratoires de bâtiment et des travaux publics correspondant à chaque activité, ainsi que les seuils de classification à l'intérieur de chaque catégorie et le montant maximum annuel d'un marché pour lequel un laboratoire d'une catégorie donnée peut être admis à soumissionner.

Il est à noter qu'une copie du projet d'arrêté susmentionné a été jointe à la présente demande d'avis et

ce dans les deux langues arabe et française.

Il convient, par ailleurs, de constater que le projet d'arrêté objet de la demande d'avis vient en application des dispositions de l'article 14 du décret N°2.01.437 promulgué le 1er Rejeb 1422 (19 Septembre 2001) instituant pour les marchés passés pour le compte de l'Etat, un système de qualification et de classification des laboratoires de bâtiment et des travaux publics. Cet article stipule que :

«*Les laboratoires qualifiés sont classés en catégories selon l'importance quantitative et qualitative de leurs moyens de production humain et matériel, du volume des prestations qu'ils peuvent réaliser et de leurs performances techniques.*
Le nombre de catégories correspondant à chacune des activités figurant dans la liste annexée au présent décret, ainsi que les critères de classification à l'intérieur de chaque catégorie sont fixés par arrêté du ministre de l'équipement, sur proposition de la commission de qualification et de classification. »

Le projet d'arrêté susdit comprend trois articles :

L'Article premier :

Cet article arrête le nombre de catégories de laboratoires de bâtiment et de travaux publics correspondants à chacune des activités figurant dans la liste annexée au décret susmentionné, ainsi que les seuils de classification à l'intérieur de chaque catégorie. Il comprend deux tableaux :

-a- Le premier tableau fixe au niveau horizontal les cinq catégories qui s'échelonnent de manière progressive en allant de la catégorie inférieure (1ère catégorie) à la catégorie supérieure (5ème catégorie), et fixe par ailleurs au niveau vertical les critères de classification qui sont énumérés ci dessous :

- Le Capital et patrimoine social,
- Le Chiffre d'affaire annuel maximum,
- La Note d'encadrement qui se définit sur la base de quatre critères : La note minimale d'encadrement, le nombre minimum d'ingénieurs, le nombre maximum de secteurs, le nombre minimum de points pour chaque secteur supplémentaire. Ce tableau indique pour chaque catégorie les montants et les chiffres adoptés pour chaque critère.

-b- Le deuxième tableau décrit de manière détaillée la ventilation du critère de la note minimale d'encadrement cité précédemment dans le 1er tableau. Il détermine la méthode de notation pour chaque catégorie de personnel (ingénieurs, techniciens…), par référence à leur expérience.

Le deuxième alinéa de l'article premier : stipule que pour l'octroi d'une catégorie donnée, le laboratoire doit remplir **simultanément** les quatre critères correspondant à la catégorie demandée (le capital et patrimoine social, le chiffre d'affaire maximum, la note minimale d'encadrement, le nombre minimum d'ingénieurs). A partir de la classe obtenue sera fixée le nombre maximum de secteurs pour lesquels un laboratoire peut être qualifié et qu'il ne peut dépasser que s'il satisfait la note minimale requise pour chaque secteur supplémentaire.[1]

1 Selon la liste actuelle des activités des laboratoires de bâtiment et des travaux publics annexée au décret n°2.01.437 portant création du système de qualification et de classification, il existe sept secteurs ; chaque secteur contient un nombre global de cinquante six qualifications distribuées comme suit :Le premier secteur : Routes, comprend 5 qualifications ; Le deuxième secteur : Ouvrages d'art, comprend 4 qualifications ; Le troisième secteur : bâtiments, comprend 29 qualifications ; Le quatrième secteur : Aménagement Hydrauliques comprend 8 qualifications ; Le cinquième secteur : ports, comprend 6 qualifications ; Le sixième secteur : Ressources en eau, comprend une seule qualification ; Le septième secteur : L'environnement, comprend 3 qualifications.

L'Article 2 :

Cet article indique le montant maximum annuel d'un marché pour lequel un laboratoire d'une catégorie donnée peut être admis à soumissionner. En effet, les laboratoires appartenant à une catégorie donnée doivent respectés ces montants fixés pour chaque catégorie au niveau de leurs soumissions.

L'Article 3 :

Cet article précise la date d'entrée en vigueur de l'arrêté en question, il fixe une période transitoire de 18 mois à compter de la date de la publication dudit arrêté afin de permettre aux laboratoires et aux organismes administratifs compétents, de prendre les mesures nécessaires en vue de l'application des dispositions de ce texte.

2- Le contexte général de la consultation

Il ressort des documents et des pièces annexés au dossier, que le projet d'arrêté objet de la demande d'Avis a franchi plusieurs étapes avant d'être soumis au Conseil de la Concurrence. En effet, et abstraction faite de étapes antérieurs à l'élaboration et au vote de ce projet de texte dans le cadre d'une commission composée des représentants des administrations concernées et des professionnels du secteur, et malgré que les professionnels aient refuser la version votée du projet d'arrêté, c'est cette dernière qui a été déposée auprès du Secrétariat Général du Gouvernement le 18 Février 2009 en vu de sa publication au Bulletin Officiel.

Après avoir reçu le dossier, le Secrétariat Général du Gouvernement a immédiatement notifié au Ministre de l'Equipement et des Transports que ses services ont reçu des plaintes déposées par l'Association Professionnelle des Laboratoires de Bâtiment et des Travaux Publics à ce sujet et des problèmes de concurrence qu'il soulève.

En réponse, le Ministre de l'Equipement et des Transports a souligné que ledit projet a été voté par la commission nationale de qualification et de classification des laboratoires de bâtiment et des travaux publics et a demandé à ce qu'il soit publié incessamment au Bulletin Officiel.

En conséquence, le Secrétaire Général du Gouvernement a décidé de saisir la commission des marchés publics pour avis. Celle ci a considéré lors des deux réunions qu'elle a tenu à cet effet le 06 et le 21 mai 2009, -que le présent projet d'arrêté :

« *Crée une situation de monopole concernant la catégorie n° 5 étant donné qu'eu égard à la taille des laboratoires qui exercent actuellement au Maroc, il n'existe qu'un seul laboratoire qui satisfait aux conditions nécessaires d'accès à la cinquième catégorie annoncée dans ce projet.* »

Sur cette base, le Secrétaire Général du Gouvernement a adressé au Premier Ministre une lettre N° 146/ع.م.إ en date du 14 Novembre 2009, en estimant que le projet d'arrêté crée une situation incompatible avec « les principes énoncés dans la réglementation sur les marchés publics car il supprime toute concurrence dans les marchés qui feront recours aux laboratoires classés dans la catégorie n°5 et contredit les dispositions de la loi N°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence. »

Par sa lettre N° 257 en date du 9 Février 2010, le Premier Ministre a demandé au Secrétaire Général du Gouvernement de tenir une réunion au niveau de ses services en présence notamment des représentants du Ministère de l'Equipement et des Transports et le Ministère des Affaires Economiques et Générales dans le

dessein de trouver une solution à la problématique de la non conformité du projet d'arrêté cité précédemment avec les règles et les principes de la concurrence.

La réunion en question, a eu lieu le 25 Février 2009, à la suite de laquelle les représentants du Ministère de l'Economie et des Finances et ceux du Ministère des Affaires Economiques et Générales ont affirmé que le projet d'arrêté susmentionné « crée un monopole au profit d'un seul laboratoire au niveau de la classe N° 5 et qu'il ne tient pas compte de la réalité économique du marché des laboratoires de bâtiment et des travaux publics car il n'existe actuellement qu'un seul laboratoire qui puisse satisfaire aux conditions et exigences d'accès à cette catégorie »

Aussi, selon les éléments du dossier, suite au maintien des représentants du Ministère de l'Equipement et des Transports de leur position initiale concernant le projet d'arrêté, le Secrétariat Général du Gouvernement a proposé au gouvernement de soumettre ce texte au Conseil de la Concurrence pour avis.

Il convient de rappeler à ce propos que le Conseil de la Concurrence a déjà étudié la situation de la concurrence dans le marché des laboratoires de BTP dans son avis N° 10/14 du 29 novembre 2010 et ce en réponse à une demande d'avis présentée par la Chambre d'Industrie, de Commerce et des Services de la région de Kénitra et Sidi Kacem concernant certaines questions de principe portant sur la concurrence dans ce marché. L'avis rendu a analysé, entre autres, le système de qualification et de classification des laboratoires de Bâtiment et des Travaux Publics, ainsi que ses effets sur la concurrence.

3- Le Cadre juridique de la Consultation :

Attendu que l'article 16 de la Loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence dispose que :

« Le conseil est obligatoirement consulté par le gouvernement sur tout projet de loi ou de texte réglementaire instituant un régime nouveau ou modifiant un régime en vigueur ayant pour effet :

- *De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;*
- *D'établir des monopoles ou d'autres droits exclusifs ou spéciaux sur le territoire du Maroc ou dans une partie substantielle de celui-ci…* »

Attendu que l'article 3 du Décret n°2-00-854 promulgué pour l'application de la Loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence stipule que :
« Pour l'application du paragraphe 2 de l'article 15 et des dispositions de l'article 16 de la loi n°06-99 précitée, le conseil de la concurrence est consulté par le premier ministre, de sa propre initiative ou à la demande du ministre dont relève le secteur d'activité concerné. »

Attendu que la présente demande d'avis a été introduite par le Premier Ministre et a donc satisfait au critère de la qualité requis par la loi ;

Attendu que le projet d'arrêté objet de la demande d'avis est un projet de texte réglementaire ;

Attendu que l'objet du projet de décret susmentionné porte sur la fixation du nombre de catégories des laboratoires de bâtiment et des travaux publics, ainsi que les seuils de classification figurant à l'intérieur de chaque catégorie de même que le montant maximum annuel d'un marché pour

lequel un laboratoire d'une catégorie donnée peut être admis à soumissionner.

Attendu que, de par sa nature, le système de classification impose des restrictions quantitatives à l'accès aux marchés publics portant sur la réalisation des travaux de laboratoires de BTP puisqu'il limite d'emblée la concurrence aux laboratoires appartenant à une catégorie donnée et ce suivant les critères de classification adoptés.

Il en résulte que la présente demande d'avis est, d'une part, recevable au niveau de la forme, et d'autre part s'inscrit dans le cadre de la consultation obligatoire du Conseil de la concurrence par le gouvernement sur tout projet de loi ou de texte réglementaire ayant trait à la concurrence et ce conformément aux dispositions de l'article16 de la loi 06-99 précédemment citée.

II- LE CADRE JURIDIQUE DU MARCHE

En sus des réglementations de droit commun (code de commerce, DOC…), les activités de laboratoires de BTP sont soumises à une multitude de textes réglementaires. Il s'agit de :

- **L'ensemble des textes réglementaires relatifs aux marchés publics** ; notamment le décret n° 2.06.388 du 16 moharem 1428 (5 février 2007) fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle ;

- **Le décret n°2.98.984 du 12 mars 1999 instituant pour la passation de certains marchés de services pour le compte de l'Etat, un système d'agrément des personnes physiques et morales exécutant des prestations d'étude et de maîtrise d'œuvre ;**

- **Le décret n°2.01.437 du Premier Rajab 1422 (19 septembre 2001) instituant pour les marchés passés par l'Etat un système de qualification et de classification des laboratoires de BTP** : à titre liminaire, il importe de signaler que ce décret n'est pas encore entré en vigueur ; Son application est en effet tributaire de la publication au B.O d'un arrêté du Ministre de l'Equipement et des Transports sur la classification. Cet arrêté n'a pas encore été publié.

  Par ailleurs, le décret susmentionné constitue le cadre juridique de référence qui réglemente la profession des laboratoires de BTP, en instituant pour les marchés passés par l'Etat **un système de qualification et de classification pour les personnes physiques et morales** qui exercent l'une des activités de laboratoires de BTP fixées dans la liste annexée audit décret.

- **Les cahiers de charges** organisant les modalités et conditions d'attribution des marchés passés pour le compte de l'Etat portant sur la réalisation des activités de laboratoires de BTP.

III- L'ETUDE DU MARCHE :

Considérant que le marché des laboratoires de BTP a été analysé de manière détaillée dans le cadre de l'avis du Conseil n°14/10 rendu le 29 novembre 2010 et vu la communauté de marché entre cet avis et la présente consultation, on se limitera à ce niveau aux points saillants issus de l'étude du marché en question :

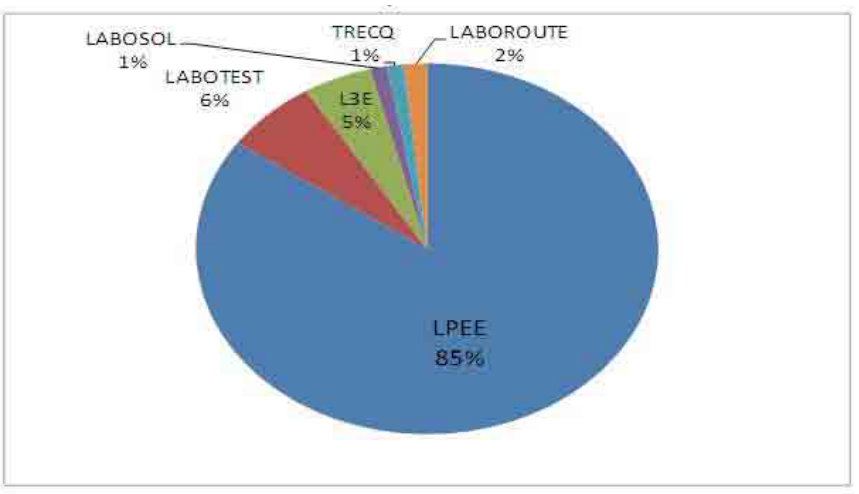
1- La structure de l'offre :

1-1- les marchés pertinents dans la consultation d'espèce sont ceux des appels d'offre dont l'objet porte totalement ou partiellement sur la réalisation des activités de laboratoires de BTP tel que fixées dans la liste années au décret n° 2.01.437 susmentionné.

1-2- Avant l'entrée en vigueur du décret n° 2.98.182 du 30 décembre 1998 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle, le LPEE était en situation de monopole puisqu'il était le seul laboratoire de BTP de la place auquel recouraient l'administration et le secteur privé dans le cadre de marchés négociés. Mais depuis l'application de ce décret, l'administration est devenue obligée de recourir à la procédure de mise en concurrence pour les marchés qu'elle conclut, notamment ceux relatifs aux prestations de laboratoires de BTP, ce qui a permis d'introduire la concurrence dans les marchés passés pour le compte de l'Etat portant sur la réalisation des prestations de laboratoires.

1-3- Par rapport au chiffre d'affaire réalisé par le secteur en 2009, les statistiques fournies par le Ministère de l'Equipement et Transports démontre qu'il avoisine les 608 millions de dh, sachant que ce chiffre n'englobe que le chiffre d'affaire réalisé par les six grands laboratoires de la place. Tandis que les professionnels du secteur réclament un chiffre d'affaire de 765 millions dh. Mais en général, le chiffre d'affaire réalisé est réparti comme suit :

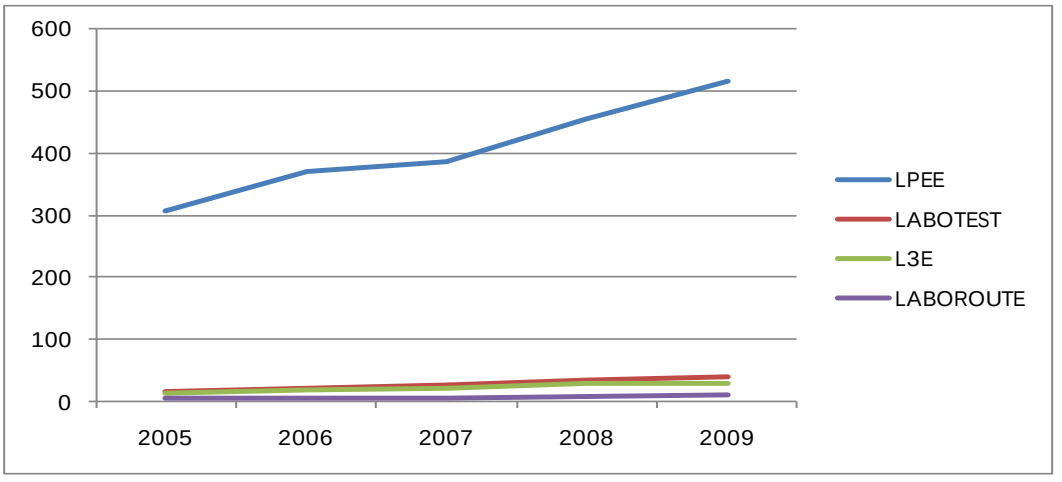
Titre : Chiffre d'affaires global 608 Millions Dhs (2009)



Source :
Ministère de l'équipement et des transports

Selon les mêmes données, le LPEE réalise un chiffre d'affaire de 515 millions de dh, ce qui représente une part de marché approximative de 85%. Il est directement suivi du laboratoire labotest qui a enregistré en 2009 un chiffre d'affaire de 40 millions de dh, puis du Laboratoire L3E avec un chiffre d'affaire de 29.3 millions de Dh. Le graphe ci-dessous trace l'évolution annuelle du chiffre d'affaire réalisé par les trois grands opérateurs du secteur.

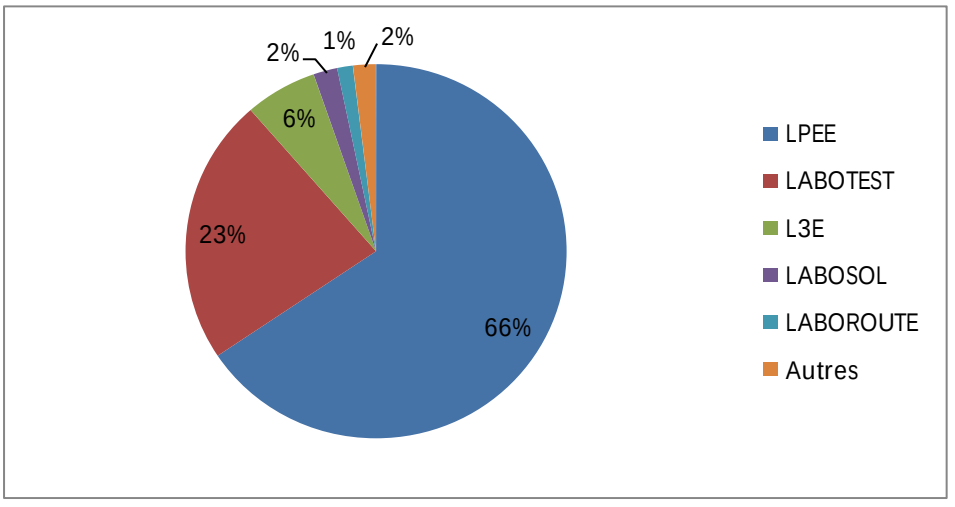
Intitulé : L'évolution annuelle du chiffre d'affaire réalisé par les trois grands opérateurs du secteur



Source : Données fournies par le Ministère de l'Equipement et Transport

Pour ce qui est du chiffre d'affaire réalisé dans le cadre des marchés passés pour le compte de l'Etat et en l'absence de données détaillées relatives à l'ensemble des marchés passés pour le compte de l'Etat portant sur la réalisation d'activités de laboratoires de BTP, le conseil s'est appuyé dans son analyse sur le montant annuel des marchés de laboratoires dans le secteur de l'Equipement qui est de l'ordre de 108 millions de DH réparti comme suit :

Intitulé : Répartition des marchés dans le secteur de l'Equipement-montant total 108 millions de dh



Source : Données fournies par le Ministère de l'Equipement et Transport

Il importe de signaler que, selon les déclarations des différents laboratoires auditionnées, le Ministère de l'Equipement et Transports constitue le plus grand consommateur Ministériel des prestations de laboratoires

de BTP vu le nombre de projets d'infrastructures et de chantier dont il a la charge dans le domaine de l'équipement et du transport.

1-4- Il existe une grande divergence de taille entre les différents laboratoires de BTP du marché. Trois groupes de laboratoires peuvent être identifiés :

d- Le premier groupe est constitué de LPEE qui est considéré comme le plus important laboratoire du marché vu les moyens humains et matériels dont il dispose et le chiffre d'affaire qu'il réalise. Il dépasse de loin son plus proche concurrent (LABOTEST) avec une différence de 13 fois le chiffre d'affaire réalisé par ce dernier.

e- Le deuxième groupe est constitué d'une franche de laboratoires de taille moyenne qui concurrencent LPEE et dont le chiffre d'affaire oscille entre 12 et 33 millions de dh. il s'agit principalement des laboratoires LABOTEST, L3E, NBR. Il est à signaler que le laboratoire NBR ne participe que rarement aux marchés publics, son offre est principalement orientée vers secteur privé.

f- Le troisième groupe est constitué des laboratoires de petite taille dont le chiffre d'affaire ne dépasse pas trois millions de dh et constitue la majorité écrasante des laboratoires du secteur.

1-5- L'instruction a révélé l'inexistence de participations croisées entre les laboratoires de BTP du secteur, mis à part la société GEORGET détenu par la société NBR. Il en résulte que la question de l'indépendance des offres présentées par des sociétés entretenant des relations de prise de participation ne se pose par dans la consultation d'espèce.

1-6- L'analyse de la liste des opérateurs du secteur nous révèle que tous les laboratoires de BTP sont des entités nationales et que les laboratoires étrangers ne participent pas directement aux appels d'offre lancés par l'Etat, mis à part quelques cas isolés où ils entrent en groupement avec des laboratoires marocains, notamment lorsqu'il s'agit des grands chantiers exécutés dans le cadre de la demande publique indirecte.

2- La structure de la demande :

La demande dans le secteur des activités de laboratoires de BTP peut être répertoriée en deux catégories :

- **Une demande publique** : constituée des marchés passés pour le compte de l'Etat à l'occasion de chantiers qu'il lance et dont l'objet est consacré à la réalisation de travaux de laboratoires de BTP ;

- **Une demande privée** : destinée au secteur privé (entrepreneur, architectes, bureaux d'étude…) et portant sur la réalisation de travaux de laboratoires de BTP ;

Dans ce cadre, il importe de distinguer entre la demande privée directe destiné aux chantiers privés (promotion immobilière par exemple) et la demande privée indirecte consistant pour un entrepreneur chargé de la réalisation d'un ouvrage dans la cadre d'un marché public de recourir à un laboratoire de BTP pour faire les essais et études nécessaires ou le contrôle des travaux réalisés.

Du point de vue de la demande, on peut distinguer entre les laboratoires qui participent régulièrement aux marchés lancés par l'Etat (Labotest, L3E, Laboroute, labosol, Treq) et ceux qui orientent leur offre vers le secteur privé (NBR, Flambar, Proctor, Tesco), bien que la majorité des laboratoires agissent sur les deux créneaux avec des proportions qui différent d'un laboratoire à l'autre. Par exemple le laboratoire Labotest réalise 70% de son chiffre d'affaire dans le cadre des marchés publics et 30% avec le secteur privé. Les mêmes proportions ont été déclarées par le représentant légal de la société Laboroute. Par ailleurs, le laboratoire NBR consacre entre 90 et 95% de son offre au secteur privé. Ces différences trouvent leur explication dans la stratégie commerciale que suit chaque laboratoire.

IV- LES OBSERVATIONS SUSCITEES PAR LE PROJET D'ARRETE OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

A ce niveau, le Conseil de la Concurrence à procédé à l'étude des dispositions du projet d'arrêté objet de la demande d'avis et de son impact sur la concurrence. Il convient de rappeler que ce projet d'arrêté est un texte réglementaire qui vient en application des dispositions de l'article 14 du décret n° 2.01.437 instituant le système de qualification et de classification des Laboratoires de BTP et que le Conseil a déjà formulé dans son avis n° 14/S/10 du 29 novembre 2010 son appréciation générale par rapport au système de qualification et de classification et ses effets sur les règles et principes de concurrence.

1- La lecture analytique des dispositions du projet d'arrêté objet de la demande d'Avis : Les remarques de forme

1-1- le projet d'arrêté ne fait pas référence parmi ses visas juridiques à ce qui indique que le Conseil de la Concurrence a été consulté sur le fondement de l'article 16 de la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence. C'est pourquoi le Conseil propose d'intégrer parmi les visas juridiques du projet d'arrêté la formule suivante :

« Après avis du Conseil de la Concurrence conformément aux dispositions de la loi n°06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 16 »

1-2 Les visas juridiques sur la base desquels se fonde ce projet d'arrêté font référence à un arrêté non numéroté du Ministre et de l'Equipement et des Transports modifiant la liste des activités des laboratoires de bâtiment et des travaux publics annexée au décret n° 2.01.437 susmentionné. N'étant pas numéroté, l'arrêté cité demeure un simple projet de texte auquel le SGG n'a pas encore attribué un numéro de classement et donc n'a pas encore une force obligatoire.

Se référent à un projet de texte au niveau de ses visas, le projet d'arrêté objet de la demande d'avis demeure tributaire de la publication de ce dernier, alors que le conseil ne dispose d'aucun élément ni sur le contenu de ce projet de texte, ni sur son état d'avancement.

A ce niveau, le Conseil propose soit de remplacer ce renvoi en se limitant à la liste en vigueur des activités de laboratoires de BTP annexée au décret n°2.01.437 susmentionnée, ou d'attendre l'entrée en vigueur du projet d'arrêté modifiant la liste des activités des laboratoires de bâtiment et des travaux publics pour pouvoir renvoyer à ce texte.

1-3 les visas du projet d'arrêté objet de la demande d'avis ne font pas référence au décret n° 2-06-388 promulgué le 16 Moharam 1428 (5 Février 2007) fixant les conditions et les formes de passation des marchés publics ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur gestion.

En effet, la référence à ce décret dans le projet d'arrêté objet de l'étude, permettra de renforcer les garanties relatives à la concurrence, surtout que le système de classification s'applique aux marchés conclus pour le compte de l'Etat, ce qui exige l'observation et le respect des dispositions et des principes de concurrence énoncés dans le décret n° 2.06.388 précédemment cité.

1-4 Le Conseil propose de préciser si les montants du chiffre d'affaire indiqués dans le tableau n°1 et les montants maximums annuels des marchés spécifiés dans le tableau n°3 sont des montants toutes taxes comprises ou hors taxes.

1 5- Les remarques soulevées par l'article premier:

1-5-1 Concernant le critère du capital et du patrimoine :

Le projet d'arrêté détermine pour chaque catégorie le montant du capital et du patrimoine social requis. Toutefois, ces deux critères soulèvent les observations suivantes :

a- La formulation usitée par le projet d'arrêté au niveau du tableau n° 1 laisse croire que les montants requis incluent à la fois le capital et le patrimoine social, ce qui peut être compris comme une obligation pour les laboratoires de disposer des deux en même temps, alors que le concept du capital des personnes morales couvre nécessairement une partie de son patrimoine.

b- Le projet d'arrêté n'a pas spécifié la partie qui sera chargée de l'évaluation de la valeur du patrimoine social dont disposent les laboratoires pour être classés en fonction de celui-ci.

Le Conseil propose par rapport à ce critère d'une part, de reformuler la rédaction initiale comme suit : « Le capital pour les personnes morales et le patrimoine pour les personnes physiques », et d'autre part de désigner l'instance qui sera chargée de la mission d'évaluation du patrimoine dont disposent les laboratoires candidats.

1-5-2 Le tableau n°1 indique **«** Le chiffre d'affaires annuel maximum », de même qu'il détermine pour chaque catégorie le montant qui doit être pris en compte par les laboratoires candidats. Toutefois, l'utilisation de l'expression « chiffre d'affaire maximum annuel » soulève deux observations :

- La logique de la classification exige que le laboratoire dispose nécessairement d'un chiffre d'affaire **minimum** qui va lui permette d'accéder à la catégorie et non l'inverse. L'utilisation de l'expression «le chiffre d'affaire maximum » implique la fixation d'un plafond à ne pas dépasser, ce qui contredit le montant déterminé dans la catégorie n°5 par exemple. En effet, le projet d'arrêté requiert des laboratoires voulant être classés dans cette catégorie d'avoir **au minimum** et **non au maximum** un chiffre d'affaire de « **plus de 50 Millions de DHS** ».

Le projet d'arrêté fixe au niveau de chacune des catégories deux, trois et quatre des intervalles de chiffre d'affaire pour être classés ce qui contredit la logique d'utilisation d'un seuil minimum ou maximum.

Le Conseil propose pour plus de précision et de transparence d'utiliser l'expression « le chiffre

d'affaire annuel » au lieu du « chiffre d'affaire maximum annuel ».

1-5-3 Le tableau n°1 a intégré parmi les critères d'encadrement, le nombre maximum des secteurs attribués à chaque laboratoire correspondant à la catégorie dans laquelle il est classé, avec une possibilité d'augmenter le nombre de secteurs pour lesquels il peut avoir une qualification s'il respecte le nombre minimum des notes déterminés dans le tableau pour chaque secteur supplémentaire.

Il convient de noter que, selon la liste actuelle des activités des laboratoires de bâtiment et des travaux publics annexée au décret n°2.01.437 portant création du système de qualification et de classification, il existe sept secteurs. Chaque secteur contient un nombre global de cinquante six qualifications distribuées comme suit :

- Le premier secteur : Routes, comprend 5 qualifications
- Le deuxième secteur : Ouvrages d'art, comprend 4 qualifications
- Le troisième secteur : bâtiments, comprend 29 qualifications
-Le quatrième secteur : Aménagement Hydrauliques comprend 8 qualifications
- Le cinquième secteur : ports, comprend 6 qualifications
- Le sixième secteur : Ressources en eau, comprend une seule qualification
- Le septième secteur : L'environnement, comprend 3 qualifications.

Le Conseil considère que la condition fixant le nombre maximum de secteurs et le nombre minimum de notes attribués à chaque secteur supplémentaire n'a pas sa place parmi les critères d'encadrement puisque ce dernier concerne l'évaluation des ressources humaines dont dispose le laboratoire (le nombre minimum d'ingénieurs, la note minimale d'encadrement).

Aussi, le nombre maximum de secteurs pour lesquels un laboratoire peut être qualifié, constitue un résultat lié à la note d'encadrement et non pas une composante de celui-ci.

Dans ce cadre, le Conseil suggère, dans un souci de cohérence du texte, de mettre la condition liée au nombre maximum de secteur dans un article à part qui met en valeur son contenu et ce comme suit :

« L'article 2 : Les conditions simultanées précitées donnent au laboratoire concerné, la possibilité d'être classé dans un nombre maximum de secteurs, comme indiqués dans le tableau n°1. L'octroie d'un secteur supplémentaire dans la même catégorie est tributaire, en plus de la note minimale d'encadrement exigée pour le maximum de secteur fixés, par un nombre minimum de points pour chaque secteur ajouté, tel qu'il est fixé dans le tableau n°1 ».

1-6- Les remarques soulevées par l'article 2 :

Cet article définit le montant maximum annuel du marché pour lequel un laboratoire d'une catégorie donnée peut être admis à soumissionner. C'est ainsi que les montants de marchés s'échelonnement de manière progressive allant de la première catégorie vers la cinquième fixant pour chaque catégorie un intervalle de montant minimal et maximal des marchés pour lesquels des laboratoires de la même catégorie peuvent être admis à soumissionner.

L'on constate l'existence d'une contradiction au niveau du tableau n°3. En effet, le projet d'arrêté utilise l'expression « le montant maximum annuel d'un marché », ce qui implique la fixation d'un plafond

maximum du marché que les laboratoires classés dans une catégorie ne peuvent dépasser, avec toutefois une possibilité de présenter des offres concernant les marchés dont le montant est inférieur à ce plafond (par exemple les laboratoires classés dans la catégorie 5 sont en mesure de participer aux marchés concernant les catégories de 1 à 5). Parallèlement le projet d'arrêté a fixé les marges des montants maximums et minimums ; ce qui suggère que les laboratoires classés dans une catégorie donnée ne peuvent soumissionner que dans les marchés dont le montant correspond aux marges déterminées dans la catégorie dans laquelle ils sont classés. On examinera de manière détaillée les enjeux liés à cette question et son impact potentiel sur la concurrence.

2- Etude des critères de classification à l'aune des principes et règles du droit de la concurrence :

2-1 Les observations soulevées par les critères du capital et du chiffre d'affaire :

Selon les éléments du dossier et les déclarations des représentants du Ministère de tutelle, l'objectif derrière l'adoption du chiffre d'affaire et du capital en tant que critères de classification, découle de la volonté dudit ministère de s'assurer de la capacité des laboratoires à réaliser les prestations demandées et à suivre la cadence des travaux réalisés, notamment dans les grands chantiers.

Ainsi le ministère de tutelle considère que les critères du capital et du chiffre d'affaire réalisé donnent de réelles garanties sur la santé financière du laboratoire et de sa capacité de poursuivre les travaux demandés. Elle renseigne également sur la solvabilité du laboratoire pour parer à d'éventuels problèmes de paiement face auxquels il peut recourir à des prêts bancaires pour financer son activité.

En dehors des montants retenus au niveau des critères du capital et du chiffre d'affaire [2], On peut émettre les observations suivantes:

2-1-1 Concernant le critère du capital et du patrimoine : En tant que concept économique et comptable, le capital permet, entre autres, de s'assurer de la capacité financière d'une entreprise à financer ses activités. Il sert également à donner des garanties aux créanciers pour la préservation de leurs droits au cas où la dite entreprise n'honore pas ses engagements. Il s'agit de l'approche prônée par les institutions bancaires ; puisque plus le capital de l'entreprise est important, mieux la banque sera garantie du remboursement de son prêt.

Cependant le Conseil considère que la situation est bien distincte concernent les marchés publics, vu que la relation qui lie le laboratoire et le maître d'ouvrage est une relation qui s'apparente à une relation beaucoup plus de fournisseur-utilisateur qu'une relation de créancier-débiteur. Il est vrai que le laboratoire est débiteur dans la mesure où il doit réaliser l'objet du marché dans les délais fixés et avec la qualité requise, mais l'acquittement de ses obligations ne peut être garanti par des prélèvements sur le capital du laboratoire.

La meilleur garantie d'une bonne exécution de l'objet du marché par le laboratoire réside moins dans le montant de son capital, que primo dans l'indication précise dans le cahier des charges des ressources humaines et matériels (équipements) qu'il doit mettre à la disposition du chantier, et secundo dans l'application stricte et vigoureuse des règles de la responsabilité en cas de manquement à ces obligations contractuelles (possibilité de résiliation du marché par exemple)

2 Voir page 22 et suivant.

2-1-2 Concernant le critère du chiffre d'affaire réalisé : A partir de l'ensemble des ventes réalisées par le laboratoire dans une année comptable, le critère du chiffre d'affaire peut renseigner sur la renommée de l'entreprise et la situation qu'elle occupe sur le marché. Toutefois, ce critère est en soi insuffisant **pour donner au maître d'ouvrage des garanties quant à la santé financière du laboratoire et doit être nécessairement combiné avec les autres indicateurs de rentabilité. A titre d'exemple, il se peut que le chiffre d'affaire réalisé par un laboratoire soit important, mais qu'il est grevé par l'endettement qui fait que le passif de la société dépasse son actif.**

En outre, ce critère ne fournit pas des garanties suffisantes, ni par rapport à l'expérience du laboratoire, ni à la qualité de ses services ou à la compétence de ses ressources humaines. A titre d'illustration, il se peut qu'un bureau d'études ou un laboratoire multidisciplinaire qui, en addition des activités de laboratoires de BTP qu'il exerce, opère dans d'autres métiers (Etude topographique, Etude de faisabilité…) réalise un chiffre d'affaire global important, mais ce chiffre ne reflète pas sa compétence ou la qualité des prestations qu'il réalise sur le segment des laboratoires de BTP, et vice-versa ; Il est possible qu'un laboratoire nouvellement crée qui ne réalise pas un chiffre d'affaire important, mais il dispose de compétences humaines expérimentés et des équipements et des machines nécessaires lui permettant l'accomplissement de ses missions selon la qualité requise.

2-1-3 Le critère du capital et du patrimoine, ainsi que le chiffre d'affaire réalisé n'ont pas un lien direct, ni avec l'objet du marché, ni avec la nature des activités de laboratoires de BTP. De par sa nature, l'exercice de la profession de laboratoire de BTP exige deux conditions fondamentales :

- Une équipe d'encadrement (ingénieurs et cadres) composée de ressources humaines compétentes et expérimentées à même de faire les analyses et interprétations nécessaires ;
- Les équipements et moyens matériels nécessaires à la réalisation des essais et études, en signalant au passage que l'achat des équipements peut être financé directement par le capital ou par le recours à l'emprunt (crédit-bail par exemple)

2-1-4- En comparaison avec le système de qualification et de classification des entreprises de bâtiment et des travaux publics, qui a inspiré à travers ses critères et ses principes, le système de classification des laboratoires de bâtiment et des travaux publics, ce dernier s'apparente comme étant beaucoup plus restrictif à la concurrence que le premier système et ce à deux niveaux :

- Primo : contrairement au système de classification des entreprises de bâtiment et des travaux publics dans lequel les deux critères du chiffre d'affaire et du capital sont appliqués à titre alternatif, l'article premier du projet d'arrêté objet de la demande d'avis exige l'application de ces deux critères cumulativement pour pouvoir accéder à une classe donnée.

- Secundo, Les montants requis pour accéder à la catégorie supérieure dans le système de classification des entreprises de bâtiment et des travaux publics sont équivalents à ceux demandés pour accéder à la catégorie maximale dans le système de classification des laboratoires de bâtiment et des travaux publics, à savoir 50 Millions de DHS, alors que la nature et l'ampleur des travaux de ces deux types d'entreprises ne sont pas analogues.

Il est à noter que selon les éléments du dossier, le montant des marchés des activités de laboratoires se situe généralement **entre 1,5% et 2% du montant du marché des travaux.** Ce qui implique la prise en

compte de cet écart considérable entre les deux types de marchés au niveau de la détermination des montants du chiffre d'affaires et du capital exigé, d'autant plus que ce ratio (2%) a été considéré par le projet d'arrêté au niveau de la détermination des montants annuels des marchés pour lequel les laboratoires peuvent être admis à soumissionner.

2-2- Les observations soulevées par le « montant maximum annuel des marchés »

Comme il a été déjà indiqué plus haut, la classification d'un laboratoire dans une catégorie donnée selon les critères énoncés dans l'article 1 du projet d'arrêté, implique des conséquences liées aux montants des marchés pour lesquels il peut être admis à soumissionner, de sorte que ledit laboratoire ne peut prétendre aux marchés dont le montant dépasse le montant maximum annuel qui est fixé dans la catégorie à laquelle il appartient.

D'après la note analytique préparée par le Ministère de l'Equipement et des Transports et dont copie a été transmise au Conseil, les montants des marchés à l'intérieur de chaque catégorie a été calculé à partir de l'hypothèse selon laquelle les travaux de laboratoires ne représentent que 2 % de la valeur globale des marchés de travaux dans le domaine du BTP.

Selon les déclarations des représentants du Ministère de l'Equipement et des Transports, l'objectif derrière cette mesure était de veiller à ce qu'il y ait une proportionnalité entre l'ampleur des marchés et les moyens matériels dont dispose les laboratoires, et ce dans le dessein d'éviter toute inexécution ou retard d'exécution dues à l'incapacité du laboratoire à suivre la cadence des travaux.

Le Conseil estime que cette conditionnalité soulève, du point du vue concurrentiel, les observations suivantes :

2-2-1- Comme il a été mentionné ci dessus [3], la rédaction actuelle de l'article 2 ainsi que du tableau N°3 reste ambigüe en ce qui concerne « la concurrence inter-classes ». Il s'agit de savoir si la concurrence va se limiter entre les laboratoires classés dans la même catégorie, ou est ce que les laboratoires classés dans les classes supérieures vont pouvoir concurrencer les laboratoires classés à des niveaux inférieurs. Cette question doit être précisée et clarifiée vu son impact sur la structure concurrentielle du marché. Deux interprétations sont plausibles :

a- La première interprétation : Les laboratoires ne peuvent soumissionner que dans les marchés dont le montant annuel correspond à l'intervalle prévu pour la catégorie à l'intérieur de laquelle ils sont classés. Ce qui corrobore cette interprétation, c'est que le projet d'arrêté a fixé pour chaque catégorie un plafond maximal et une limite minimum du montant des marchés ; ce qui signifie, à priori, que les laboratoires classés dans une catégorie donnée ne peuvent soumissionner dans les marchés dont le montant est inférieur au montant minimal et ceux dont le montant annuel dépasse le plafond autorisé.

A partir de cette interprétation, la concurrence dans les marchés liés aux travaux de laboratoire restera restreinte aux laboratoires qui sont classés dans cette catégorie de sorte que les laboratoires classés dans une catégorie supérieure ou inférieure ne peuvent les concurrencer.

b-La deuxième interprétation : Les laboratoires appartenant à une catégorie particulière peuvent soumissionner dans les marchés dont le montant est inférieur ou égal au plafond fixé, ce qui donne aux laboratoires classés dans des catégories supérieures la possibilité de concurrencer les autres laboratoires dans les classes inférieures, d'où une structure pyramidale du marché conformément au modèle suivant :

3 Voir la page 20

Le mouvement de la concurrence horizontale au sein de la classe

La concurrence interclasses

Cette interprétation, si elle est retenue (ce qui est fort probable suivant les déclarations des professionnels du secteur ainsi que du Ministère de tutelle), va permettre aux laboratoires appartenant à une catégorie donnée de concurrencer les laboratoires classés dans une catégorie inférieure, ce qui va forcément entrainer une concentration de la concurrence dans les catégories inférieures en raison de l'effet de la concurrence potentielle émanent des laboratoires classés dans les catégories supérieures. En contrepartie, l'intensité de la concurrence diminue vers les classes supérieurs, sachant que les montants des marchés attribués au niveau de ces classes sont plus importants.

Par ailleurs, cette situation comporte le risque de voir émerger des **pratiques abusives consistant en l'exploitation par un laboratoire d'une position dominante et/ou de monopole dont il disposait dans le cadre d'une catégorie donnée, pour appliquer des prix prédateurs ou abusivement bas dans le dessin d'éliminer les laboratoires concurrents et ce par le biais des subvention croisée [4].**

Par conséquent, le Conseil estime que le projet d'arrêté en question n'est pas clair quant à l'aspect de la concurrence interclasse. Il importe, dés lors, que le projet d'arrêté se positionne par rapport à cette question vu son impact sur l'état de la concurrence dans les marchés publics.

2-2-2- Le critère du montant maximum annuel du marché est étroitement lié aux autres critères précédemment mentionnés et peut être considéré comme le moteur de tout le système de classification. En effet, c'est à partir du nombre et des montants des marchés conclus par le laboratoire que ce dernier va pouvoir augmenter son capital ainsi que le chiffre d'affaires qu'il réalise, ce qui va le pousser, en principe, à investir davantage dans les ressources humaines et matériels, qui vont à leur tour lui faciliter l'accès à la catégorie supérieure.

4 Décision de la Commission Européenne n° 2001/354/CE promulguée le 20 mars 2001, qui a déterminé les éléments constitutifs de la subvention croisée : « « Du point de vue économique, les "subventions croisées" supposent, d'une part, que les produits d'un service donné ne permettent pas de couvrir les coûts incrémentaux propres à ce service et, d'autre part, qu'il existe un service ou tout un domaine d'activité de l'entreprise dont les produits dépassent les "coûts de fourniture isolée". L'excédent de couverture des "coûts de fourniture isolée" indique la source des subventions croisées et le déficit de couverture des coûts incrémentaux la destination.».

En conséquence, si les montants des marchés retenus sont négligeables et ne permettent pas aux laboratoires appartenant à une catégorie donnée de réaliser un chiffre d'affaire qui va lui donner la possibilité d'améliorer son classement, cela ne peut que restreindre la concurrence et les potentialités concurrentielles des laboratoires qui vont être prisonnier de la classe à laquelle ils appartiennent. Cette situation peut produire deux effet potentiels, d'une part, renforcer les laboratoires classés dans les catégories supérieures qui, en sus des montants importants des marchés prévus pour leur classes, peuvent concurrencer les laboratoires appartenant aux classes inférieures, et d'autre part, maintenir les petits laboratoires à leur niveau vu les montants limités des marchés prévus pour leur classe.

3- Les effets potentiels de l'application des critères de classification tels que prévus dans le projet d'arrêté sur la structure concurrentielle du marché.

A ce niveau, il a été procédé à une simulation des critères de classification prévus par le projet d'arrêté pour en tirer les conclusions liées à leur effets potentiels sur la structure concurrentielle du marché des laboratoires de BTP.

Il convient de noter au préalable, qu'en l'absence des données portant sur tous les laboratoires de BTP qui opèrent sur le marché, on se contentera des données disponibles concernant les plus importants laboratoires du marché (environ 9 laboratoires).

Rappelons que les critères de classification requis pour accéder à une catégorie donnée **sont adoptés de manière cumulative, de sorte que si l'un des critères fait défaut, un laboratoire ne peut être qualifié pour accéder à la catégorie concernée.**

3-1- Classification des laboratoires selon le critère du Capital

D'après les éléments du dossier, la classification probable des laboratoires de bâtiment et des travaux publics selon le critère du capital se présente comme suit :

Titre: La classification probable des laboratoires de bâtiment et des travaux publics selon le critère du capital(2009)

	LPEE	LABO TEST	L3E	L A B O SOL	TRECQ	LABO ROUTE	S2G	LITEP	LGC	LABAM
Capital social (millions de Dh)	124	11	5.3	Personne physique	2.0	2.0	1.2	0.4	0.1	0.1
Classement prévisionnel	5	5	5	-	4	4	3	2	2	2

Source: Données fournies au Conseil par le Ministère de l'équipement et des transports

Le tableau nous indique que parmi les 10 laboratoires examinés :
- Trois laboratoires peuvent être classés dans la cinquième catégorie : LPEE, LABOTEST, L3E,
- Deux laboratoires peuvent être classés dans la quatrième catégorie : LABOROUTE, TRECQ,
- Un seul laboratoire « S2G » peut être classé dans la troisième catégorie.
- Les trois laboratoires restants (LITEP, LABAM, LGC) seront classés dans la deuxième catégorie.

3-2 La classification des laboratoires selon le chiffre d'affaire annuel réalisé

D'après les données fournies au Conseil[108] par le Ministère de tutelle, la classification probable des laboratoires de bâtiment et des travaux publics selon le critère du chiffre d'affaire se présente comme suit

Titre : La classification probable des laboratoires de bâtiment et des travaux publics selon le critère du chiffre d'affaire(année 2009)

	LPEE	LABO TEST	L3E	LABO SOL	TRECQ	LABO ROUTE	S2G	LITEP	LGC	LABAM
Chiffre d'affaire (millions de DH)	515.2	40	29.3	7.1	7	10	non disponible	non disponible	non disponible	non disponible
Classement prévisionnel	5	4	4	3	3	3	-	-	-	-

Source: Les données fournies au Conseil par le ministère d'équipement et des transports

Partant de ces données et conformément aux montants proposés par le projet d'arrêté objet de la demande d'avis :

Seul le laboratoire LPEE peut accéder à la cinquième catégorie.

Deux laboratoires LABOTEST et L3E peuvent accéder à la quatrième catégorie. Le laboratoire NBR peut également y accéder sachant qu'il réalise une grande partie de son chiffre d'affaire dans le cadre des marchés privés.

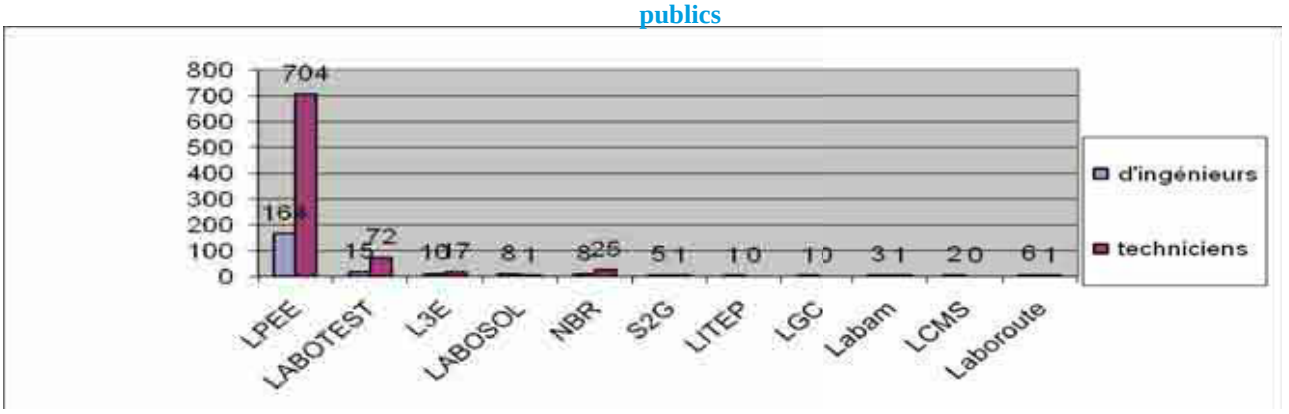
Trois laboratoires au minimum peuvent accéder à la troisième catégorie (LABOSOL, TRECQ, LABOROUTE).

3-3 La classification selon le critère de la note d'encadrement :

En l'absence de statistiques détaillées sur la répartition des ressources humaines des laboratoires selon la grille adoptée dans le tableau n° 2 (nombre d'ingénieurs, nombre de techniciens, nombre de salariés ayant une Licence en Sciences…), on va se contenter de la plus importante composante de la note d'encadrement, à savoir le nombre minimum d'ingénieurs dont dispose chaque laboratoire avec comme source les données fournies par l'Association Professionnelle des Laboratoires de Bâtiment et des Travaux Publics. Ci-après les résultats :

108 Il est à noter que les données fournies au Conseil par le ministère de tutelle ne font pas référence au chiffre d'affaire réalisé par les laboratoires (S2G, LITEP, LGC, LABAM, LCMS), ils ne seront donc pas classé dans cet exercice en fonction de ce critère sachant que ces laboratoires peuvent être éventuellement classés entre la 1ère et 3ème catégorie.

Le nombre d'ingénieurs et de techniciens publics



Source: L'association professionnelle des laboratoires de bâtiment et des travaux publics.

Ces données montrent que :

- Seuls LPEE et LABOTEST peuvent accéder à la cinquième catégorie vu le nombre actuel des ingénieurs dont ils disposent,
- Trois laboratoires peuvent accéder à la quatrième catégorie (L3E, LABOSOL, NBR)
- Trois laboratoires peuvent accéder à la troisième catégorie (S2G, LABOROUTE, LABAME)
- Le laboratoire LCMS peut accéder à la deuxième catégorie,
- Deux laboratoires LITEP et LGC peuvent accéder à la première catégorie.

3-4- Classification globale attendue et ses effets sur la concurrence

Compte tenu de ce qui précède et en regroupant les données relatives à chaque laboratoire en fonction des critères et montants de classification adoptés dans le projet d'arrêté objet de la demande d'Avis, les laboratoires seront classés comme suit :

La classification attendue des laboratoires de bâtiment et des travaux publics d'après les critères indiqués dans le projet d'arrêté.

les laboratoires/ catégories	le capital					le chiffre d'affaire					Le nombre d'ingénieurs					classification probable	les observations
	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5		
LPEE					X					X					X	Classe n°5	
LABOTEST					X				X						X	Classe n°4	-Il satisfait aux conditions de la catégorie n°5 sauf pour le critère du chiffre d'affaire. -Proche de la réalisation du chiffre d'affaire de la catégorie cinq.
L3E					X				X					X		Classe n°4	-Loin d'atteindre le chiffre d'affaire requis pour la catégorie cinq
NBR				X					X					X		Classe n°4	
LABOSOLE	-	-	-	-	-			X						X		Classe n°3 avec réserves	-Il ne satisfait pas au critère du capital car il est une entreprise individuelle -S'il régularise sa situation il peut accéder à la catégorie trois
LABOROUTE				X				X						X		Classe n°3	
S2G			X			-	-	-	-	-			X			Classe n°3 avec réserves	Absence de données sur le chiffre d'affaire réalisé
LITEP		X				-	-	-	-	-						Classe n°2 avec réserves	Absence de données sur le chiffre d'affaire réalisé
LGC		X				-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	Classe n°2 avec réserves	Absence de données sur le chiffre d'affaire réalisé ainsi que le nombre d'ingénieurs
Labam		X				-	-	-	-	-			X			Classe n°2 avec réserves	Absence de données sur le chiffre d'affaire réalisé
LCMS	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		X				Classe n°2 avec réserves	Absence de données sur le chiffre d'affaire réalisé

Source : le Conseil de la Concurrence sur la base des données fournies par le MET

A partir de ce qui précède, le Conseil considère que l'application du système de classification conformément aux montants adoptés par le projet d'arrêté objet de l'étude [5], est susceptible de générer les effets suivants :

A- Créer un monopole de fait au profit du LPEE qui, au regard du montant du chiffre d'affaire retenu par le projet d'arrêté, est le seul laboratoire pouvant être classé dans la classe N°5 (classe supérieure). De cette situation de monopole découle deux effets substantiels :

a- concernant le montant annuel des marchés : Le LPEE va bénéficier, à titre exclusif,

5 Comme susmentionné, le laboratoire LABOTEST ne réalise pas le seuil du chiffre d'affaire demandé dans la catégorie cinq (50 Millions DHS) bien qu'il dispose des autres critères lui permettant d'être classé dans cette catégorie (le capital et nombre des ingénieurs).

des marchés dont le montant dépasse un million deux cents milles dirhams, ce qui lui confère un avantage concurrentiel par rapport aux autres laboratoires.

N'étant soumis à aucune concurrence dans la classe n°5, cette situation peut entrainer l'application de prix monopolistiques élevés dans les marchés dont le montant dépasse 1Million deux cents mille DHS. Parallèlement, **le LPEE pourrait exploiter sa position monopolistique dans la classe 5 pour concurrencer les autres laboratoires classés dans les catégories inférieures. Il pourrait via le mécanisme des subventions croisées appliquer des prix bas dans ces marchés ce qui risque de porter atteinte à la concurrence** [6].

b- Limiter le choix de l'acheteur public, étant donné que ce dernier serait obligé de contracter avec LPEE pour les marchés dont le montant dépasse un million deux cent milles dirhams. Etant en position de monopole, ce dernier serait amené à appliquer des prix élevés comparativement aux prix issus d'une concurrence effective. Cette situation risque de porter atteinte au principe de l'efficience économique prévu dans le préambule de la loi n°06-99.

De plus, la situation de monopole que le projet d'arrêté objet de la consultation est susceptible de consacrer juridiquement au niveau de la catégorie numéro cinq, contredira **le principe de l'obligation du recours à la concurrence dans les procédures des marchés publics,** considéré comme l'un des principes fondateurs du décret N° 2.06.388 fixant les règles de passation des marchés publics, sachant que ce dernier constitue l'un des références juridiques sur la base desquels s'est basé décret N°2.01.437 instituant le système de qualification et de classification dans ses visas. En outre, cette situation est contraire aux principes de l'efficacité des dépenses publiques et de la bonne utilisation des deniers publics tels qu'ils sont énoncés dans l'article premier du décret N° 206.388 susvisé.

B- Créer un oligopole au niveau des classes 4 et 5. Cette situation est de nature à faciliter la collusion tacite ou explicite entre les laboratoires appartenant à chacune de ces deux classes. Du fait de la classification, les laboratoires connaîtront d'emblée le nombre et l'identité des laboratoires concurrents, ce qui peut inciter à la coopération anticoncurrentielle et à l'échange d'informations, notamment sur les offres financières.

Aussi, cette structure de marché inciterait à une stagnation des prix sur le marché puisque les laboratoires auront beaucoup intérêt à développer des ententes tacites ou explicite (échange d'informations, alterner les marché, offres de complaisance…), qu'à baisser leurs prix, par crainte de provoquer leurs concurrents et déclencher une guerre des prix inutiles.

3-5 La classification des laboratoires sur la base du montant maximum annuel des marchés :

Comme il a été précédemment souligné, le critère du montant maximum annuel des marchés est considéré comme l'axe autour duquel gravite tout le système de classification. En effet, les critères de classification visent essentiellement à ce que les laboratoires ne participent qu'aux marchés dont les montants correspondent aux moyens de production dont ils disposent et ce pour s'assurer que le laboratoire a la capacité pour l'exécution des travaux réalisés.

Afin d'étudier l'impact potentiel résultant de l'application des montants maximums annuels des

6 Voir la page 21

marchés prévus par le projet d'arrêté sur la structure actuelle du marché, il a été procédé à une transposition de ces montants au niveau des marchés attribués aux laboratoires les plus importants du marché durant les années 2007, 2008 et 2009. Les marchés concernés par l'étude sont les marchés conclus avec le Ministère de l'Equipement et des Transports, la Société Nationale des Autoroutes du Maroc et l'Office National de l'Eau Potable, étant donné que ces organismes sont considérés comme les plus importants consommateurs des travaux de laboratoires de BTP.

-Concernant les marchés conclus par le Ministère de l'Equipement et des Transports entre 2007 et 2009

Titre : Répartition du nombre des marchés conclus par le Ministère de l'Equipement et des Transports selon les montants adoptés dans le projet d'arrêté

	LABOTEST	L3E	LABOSOL	TRECQ	LABOROUTE	S2G	LITEP	LGC
CLASSE 5 – SUP à 1200 KDHS	2	0	0	0	0	0	0	0
CLASSE 4 – 1200 à 700 KDHS	8	0	0	1	0	0	0	0
CLASSE 3 – 350 à 700 KDHS	30	11	2	2	0	0	0	0
CLASSE 2– 350 à 100 KDHS	144	18	24	6	6	4	0	0
CLASSE 1– INF à 100 KDHS	66	48	26	10	30	13	0	0

Source : Le Ministère de l'équipement et des transports

D'après les éléments du dossier et à l'exception de deux marchés conclus avec le laboratoire LABOTEST d'un montant qui dépasse un Million deux cents mille DHS fixée dans la catégorie cinq, la majorité des montants des marchés conclus par le Ministère de l'Equipement et des Transports correspond aux catégories entre 4 et 1, avec une prépondérance des marchés classés dans la première et la deuxième catégorie qui représentent 88% des montants annuels des marchés conclus par ce Ministère. Ce qui correspond à ce qui a été affirmé dans la note explicative fournie au Conseil par le Ministère de Tutelle.

Toutefois, ces données ne reflètent pas la répartition réelle des nombres de montants conclus par l'Etat et ce pour deux raisons :

- En premier lieu, les statistiques fournies au Conseil par le Ministère de tutelle n'incluent pas les données relatives au nombre et volume des marchés conclus avec le LPEE, tout en sachant que ce dernier est considéré comme le principal fournisseur des prestations de laboratoire de BTP pour le Ministère [7].

- En deuxième lieu, on ne peut pas généraliser cette conclusion liée aux montants des marchés de laboratoires à tous les marchés conclus par les différents départements ministériels. En effet, la nature et l'ampleur des chantiers réalisés par certains Ministères font que leurs montants dépassent ceux prévus par la classe n°5. Ce constat a été confirmé par le représentant du Ministère de l'Agriculture dans le procès verbal de la réunion tenue par la commission nationale de qualification et de classification le 22 juin 2007 au siège du

7 Voir le graphique de la page 10

Ministère de l'Equipement et de Transport. Ledit PV mentionne que :

« Pour élargir la concurrence, il a proposé de revoir les seuils des montants maxima annuels des marchés comme indiqués ci-dessous, étant donné que le montant de la plupart des marchés de contrôle de laboratoire lancés par ce département (agriculture) se situe entre 1 et 1.5 MDH/an »

Pour donner une image plus claire sur cette répartition, l'étude portera sur les marchés conclus par la Société Nationale des Autoroutes du Maroc (SNADM) et l'Office National de l'Eau Potable.

-Concernant les marchés conclus par la Société Nationale des Autoroutes du Maroc (SNADM) entre 2007 et 2009 :

Titre : Répartition du nombre des marchés conclus par la Société Nationale des Autoroutes du Maroc en fonction des montants adoptés dans le projet d'arrêté

	LPEE	Labotest	L A B O SOL	TRECQ	LABOROUTE	S2G	LITEP	LGC	L3E
CLASSE 5 – SUP à 1200 KDHS	25	0	0	0	0	0	0	0	0
CLASSE 4 – 1200 à 700 KDHS	6	0	0	0	0	0	0	0	0
CLASSE 3 – 350 à 700 KDHS	5	1	0	0	0	0	0	0	0
CLASSE 2– 350 à 100 KDHS	9	0	0	0	0	0	0	0	0
CLASSE 1– INF à 100 KDHS	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Source : Le Conseil de la concurrence sur la base des données fournies par la (SNADM)

A partir de ces données, on relève ce qui suit :

-1- Les marchés conclus par la SNADM dépassent dans la plupart des cas le plafond d'un Million deux cents mille DHS indiqué dans la catégorie numéro cinq. Mieux encore les montants de 8 marchés sur 25 conclus avec le LPEE dépasse le seuil d'un Million deux cents mille DHS et varient entre 15 et 33 millions Dhs. Ce qui traduit l'importance et le poids économique des marchés des prestations de laboratoires conclus par cette Société.

-2-Tous les marchés conclus par la SNADM entre 2007 et 2009 relatifs aux travaux de laboratoires ont été remportés par le LPEE, à l'exception d'un seul marché gagné par le laboratoire LABOTEST dont la valeur ne dépasse pas 644.300 Dhs.

-3- Le chiffre d'affaire qu'a réalisé le LPEE avec la SNAM entre 2007 et 2009 représente environ 16% du chiffre d'affaire global réalisé par le laboratoire, ce qui demeure un pourcentage assez important.

Il convient de noter à cet égard que le LPEE ainsi que la SNAM sont liés par des participations

croisées. La deuxième possède 25% du capital du LPEE alors que ce dernier dispose d'une participation de 0.006% dans le capital de la SNAM avec une valeur d'acquisition de 5.500.000 Dhs.

-Concernant les marchés conclus par l'Office National de l'Eau Potable entre 2007 et 2009.

Titre : Répartition du nombre de marchés conclus par l'ONEP selon les montants adoptés par le projet d'arrêté

	LPEE	Labotest	L A B O SOL	L3E	LABOROUTE	S2G	LITEP	LGC	TRECQ
CLASSE 5 – SUP à 1200 KDHS	4	1	2	0	1	0	0	0	0
CLASSE 4 – 1200 à 700 KDHS	0	1	0	0	1	0	0	0	0
CLASSE 3 – 350 à 700 KDHS	0	0	4	0	3	0	0	0	0
CLASSE 2– 350 à 100 KDHS	6	0	2	4	1	0	0	0	0
CLASSE 1– INF à 100 KDHS	4	0	1	5	1	0	0	0	0

Source : Le Conseil sur la base des données par l'ONEP

A partir de ces données, on peut présenter les observations suivantes :

-1- Les marchés dont le montant dépasse un Million deux cents mille DHS correspondant à la catégorie cinq, représente une proportion importante (17%) du total des marchés conclus ; il a été également relevé que 62% des marchés conclus par l'ONEP , s'inscrivent dans les catégories deux et trois.

-2-On constate l'existence d'une concurrence au niveau des marchés dont la valeur dépasse un Million deux cents mille DHS correspondant à la catégorie numéro cinq, vu que certains laboratoires concurrents de LPEE avaient déjà remporté des marchés dont la valeur dépasse le montant mentionné en haut, et ce malgré le fait qu'ils seront classés dans les catégories quatre et trois selon la classification issue de l'application du projet d'arrêté. Trois exemples peuvent être cités :

-La société LABOSOLE (catégorie trois) a déjà remporté un marché d'une valeur de 1.944.936 DHS.
-La société LABOROUTE (catégorie trois) a déjà remporté un marché d'une valeur de 1.712.040 DHS.
- La société LABOTEST (catégorie quatre) a déjà remporté un marché d'une valeur de 4.302.516 DHS

Ainsi, l'application des montants de marchés proposés dans le cadre du projet d'arrêté objet de la demande d'avis, va priver ces laboratoires d'accéder à ces marchés dans la mesure où ils seront classés dans des catégories inférieures, alors qu'ils ont déjà été adjudicataires des marchés dont le montant dépasse celui prévu dans la catégorie n°5

V- LES CONCLUSIONS :

Sur la base de ce qui précède, le Conseil considère que :

1- L'application du système de classification conformément aux montants adoptés par le projet d'arrêté objet de l'étude, est susceptible de générer les effets suivants :

1-1 Créer un monopole de fait au profit du LPEE qui, au regard du montant du chiffre d'affaire retenu par le projet d'arrêté, est le seul laboratoire pouvant être classé dans la classe N°5 (classe supérieure). De cette

situation de monopole découle deux effets substantiels :

1-2 • Concernant le montant annuel des marchés : Le LPEE va bénéficier, à titre exclusif, des marchés dont le montant dépasse un million deux cents milles dirhams, ce qui lui confère un avantage concurrentiel par rapport aux autres laboratoires.

1-3 N'étant soumis à aucune concurrence dans la classe n°5, cette situation peut entrainer l'application de prix monopolistiques élevés dans les marchés dont le montant dépasse un million deux cents mille DHS. Parallèlement, le LPEE pourrait exploiter sa position monopolistique dans la classe 5 pour concurrencer les autres laboratoires classés dans les catégories inférieures. Il pourrait via le mécanisme des subventions croisées appliquer des prix bas dans ces marchés, ce qui risque de porter atteinte à la concurrence.

1-4 • Limiter le choix de l'acheteur public, étant donné que ce dernier serait obligé de contracter avec LPEE pour les marchés dont le montant dépasse un million deux cent milles dirhams. Etant en position de monopole, ce dernier serait amené à appliquer des prix élevés comparativement aux prix issus d'une concurrence effective. Cette situation risque de porter atteinte au principe de l'efficience économique prévu dans le préambule de la loi n°06-99.

1-5 Créer un oligopole au niveau des classes 4 et 5. Cette situation est de nature à faciliter la collusion tacite ou explicite entre les laboratoires appartenant à chacune de ces deux classes. Du fait de la classification, les laboratoires connaîtront d'emblée le nombre et l'identité des laboratoires concurrents, ce qui peut inciter à la coopération anticoncurrentielle et à l'échange d'informations, notamment sur les offres financières.

2- L'application des montants annuels des marchés prévus pour la classe N°5 (marchés supérieurs à un million deux cent milles DH) est de nature à évincer de la compétition dans ces marchés certains laboratoires qui, malgré le fait qu'ils ne pourront pas être répertoriés dans la classe n°5 eu égard au montant du chiffre d'affaire requis, ont déjà réalisé des marchés dont le montant dépasse le seuil ci haut cité. Cette situation constitue un retour sur les acquis concurrentiels déjà réalisés par ces laboratoires et une restriction limitant leur compétitivité. Cette situation va aussi entrainer la suppression de la concurrence dans ces marchés et la transformation de la structure du marché en une structure monopolistique.

3- Le système de classification engendre une concentration de la concurrence au niveau des classes inférieures qui, en addition de la concurrence entre les laboratoires classés au même niveau, subissent une concurrence potentielle émanant des laboratoires classés au niveau supérieur. Par ailleurs, l'intensité de la concurrence s'amenuise au niveau des classes supérieures pour s'effacer au niveau de la classe n°5, alors que les montants des marchés prévus pour ces classes sont plus importants.

4- Le véritable rempart contre l'inexécution ou la mauvaise exécution des travaux de laboratoires selon la qualité et dans les délais spécifiés, réside moins dans l'exigence d'un capital ou d'un chiffre d'affaire donné, que dans l'indication précise dans le règlement de consultation des moyens humains et matériels que le laboratoire adjudicataire doit mettre à la disposition du chantier objet du marché, tout en renforçant le contrôle et les sanctions en cas du non respect des dispositions du cahiers de charge (résiliation du contrat, astreintes…).

Par ailleurs, le Conseil considère que, de par leur nature, les activités de laboratoires sont sensiblement liées à la sécurité et à la santé des utilisateurs, ce qui peut justifier des conditions préalables d'exercice de la profession liés à la nécessité pour les laboratoires de disposer des moyens humains qualifiés et du matériel

nécessaire à l'accomplissement de leur mission. Toutefois, le Conseil estime qu'hormis la note d'encadrement requise comme critère de classification par le projet d'arrêté, certains critères de classification, notamment le chiffre d'affaire, sont disproportionnés avec les objectifs de qualité recherchés vu leur impact négatif direct sur la concurrence.

Pour toutes ces raisons, le Conseil considère que le projet d'arrêté dans sa mouture actuelle est de nature à restreindre la concurrence dans les marchés publics portant sur les activités de laboratoires, et de ce fait il contredit les principes énoncés par la loi n°06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

VI- LES RECOMMANDATIONS

En sus des propositions « de forme » recommandées par le Conseil dans un souci de précision et de clarté de certaines dispositions du projet d'arrêté, le Conseil recommande, au niveau du fond, de revoir les montants retenus par le projet d'arrêté, notamment par rapport au chiffre d'affaire. Il a également proposé de réduire le nombre de classes et veiller à ce qu'il y ait un nombre suffisant de laboratoires par classe de façon à assurer une concurrence effective au niveau de chaque classe.

Cet avis a été émis par le Conseil de la Concurrence le 24 décembre 2010 sous la présidence de M. Abdelali BENAMOUR, et en présence des membres du Conseil : Bensalem BELKOURATI, Mohamed Rachid BAINA, Mohamed TAAMOUTI, Rachid MRABET, Mohamed EL MERNISSI, Abderrazak EL AMRANI.

Au nom du Conseil
Le Président
Abdelali BENAMOUR

Avis du Conseil de la Concurrence n° 19/11 rendu le 22 décembre 2011 relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de l'insuline

Le Conseil de la Concurrence considère que:

Suite à la lettre du Président de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca, enregistrée sous le numéro 22/S/10 en date du 19 Octobre 2010, par laquelle il a saisi le Conseil de la Concurrence sur des pratiques mises en œuvre par le laboratoire danois NOVO NORDISK contre la Société de Thérapeutique Marocaine (SOTHEMA),

- En application du Dahir n°1-00-225 du 5 juin 2000 portant promulgation de la loi n°06-99 sur liberté des prix et de la concurrence. (BO du 6 juillet 2000),

- Du Décret n° 2-00- 854 du 22 joumada II 1422 (17 septembre 2001) pris pour l'application de la loi n° 06-99 précitée. (BO du 4 octobre 2001) ,

- De l'arrêter n° 3.28.09 du 25 rabii I 1430 (23 mars 2009) portant nomination de Rapporteurs auprès du Conseil de la Concurrence ;

- Du règlement intérieur du Conseil de la Concurrence ;

- Et après l'audition du Rapporteur et l'examen de son rapport, qu'il a établi à ce sujet ainsi que le débat qui a porté sur le dossier en question durant les sessions du Conseil tenues les 30 juin, 10 novembre et 22 décembre 2011,

- Et attendu que les membres du Conseil ont considéré que le dossier était complet, ont délibéré le jour même de la session du 22 décembre 2011,

Et après la délibération, le Conseil de la Concurrence a rendu l'avis suivant :

Introduction :

Par lettre n°CB/181/2010 du 18 Octobre 2010 enregistrée au Conseil de la Concurrence le 19 Octobre 2010 sous numéro 22/S/10, le président de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca (ci-après CCISC) a saisi le Conseil de la Concurrence de pratiques mises en œuvre par le laboratoire danois NOVO NORDISK contre la Société de Thérapeutique Marocaine (SOTHEMA).

Il ressort des éléments de la lettre précitée que la société SOTHEMA reproche à NOVO NORDISK, d'une part, l'exploitation abusive de sa position dominante en pratiquant des prix qu'elle qualifie de « prédateurs », et d'autre part la pratique du dumping, à l'occasion de l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP du 14 Mai 2010, lancé par le Ministère de la Santé

pour l'acquisition de 2,5 millions de flacons de l'insuline.

Le produit concerné par la présente affaire est l'insuline, médicament dont le principe actif est l'insuline humaine produite par la technique dite de l'ADN recombinant.

Après la présentation du cadre général de la saisine (chapitre premier), et une analyse juridique de la demande présentée par la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca (chapitre deux), l'avis s'attachera à exposer respectivement : l'analyse du marché pertinent de l'insuline (chapitre trois), les positions réciproques des acteurs du marché (chapitre quatre), l'analyse concurrentielle de la saisine (chapitre cinq), l'engagement de la procédure contentieuse contre les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN(chapitre six) avant de conclure et formuler des recommandations.

Chapitre premier : Cadre général de la saisine

Pour bien délimiter le cadre général de la saisine, il convient de présenter la demande de la CCIS de Casablanca ainsi que le produit et les parties concernées par la saisine.

I - Présentation générale de la saisine

Le Président de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca a saisi le Conseil de la Concurrence, par lettre, de pratiques qu'il a considéré comme anticoncurrentielles mises en œuvre par le laboratoire danois NOVO NORDISK à l'encontre de la Société de Thérapeutique Marocaine (SOTHEMA), lors de l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP du 14 Mai 2010 lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de 2,5 millions de flacons de l'insuline.

Dans sa saisine, la partie demanderesse a précisé que le laboratoire NOVO NORDISK « a abusé de sa position dominante en pratiquant un prix « prédateur »[1] à l'occasion de cet appel d'offres et ce, par la proposition, par le biais de son distributeur unique LAPROPHAN, d'un prix de 19,18 DH le flacon d'insuline ».

De même, elle a souligné dans sa demande que ledit laboratoire aurait pratiqué à l'encontre de la SOTHEMA du dumping, en précisant que « l'écart entre le prix public et le prix privé de la même marque d'insuline commercialisée par LAPROPHAN est énorme»[2].

II - Le produit concerné par la saisine

Le produit concerné par la présente affaire est le médicament de l'insuline.

Selon l'article premier de la loi n°17-04 portant code du médicament et de la pharmacie, le médicament est : « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions organiques ».

1 Il est important de préciser que la loi 06-99 traite dans son article 7 de la pratique du prix abusivement bas et le prix prédateur et l'un des exemples de cette pratique, comme les remises et les rabais lorsqu'elles constituent des pratiques anticoncurrentielles.

2 Acte de saisine de la CCIS de Casablanca.

L'insuline est fabriquée par le pancréas et déversée dans le sang. Elle agit en quelques secondes et sa production, que l'on appelle sécrétion, varie à tous les instants en fonction des besoins du corps. Lorsque sa sécrétion est insuffisante, il y a apparition du diabète[3].

L'insuline est systématiquement prescrite aux personnes atteintes d'un diabète insulino-dépendant (diabétique de type 1) et, à de nombreux diabétiques de type 2.

Les différents types d'insuline se présentent soit sous forme de flacon à utiliser avec une seringue, soit en cartouches pour stylos réutilisables et stylos jetables pré remplis.

Ils se distinguent par leur rapidité de passage dans la circulation sanguine ainsi que de leur durée d'action.

A ce sujet, il y a lieu de différencier trois sortes d'insuline:

- L'insuline rapide ou ordinaire : elle ne commence à passer dans le sang qu'après 30 minutes et son action se prolonge entre 6 à 8 heures environ ;

- L'insuline lente NPH : elle agit de façon importante 6 heures environ après son injection ; ensuite son action décroît progressivement entre la 6éme et la 12ème heure ;

- L'insuline mixte : est le mélange de l'insuline lente et l'insuline rapide. Elle agit de façon beaucoup plus constante dans les 12 heures qui suivent son injection, et son action décroît progressivement entre la 12ème et la 24ème heure.

Leur utilisation, qui doit être appropriée à chaque patient, dépend de leur délai d'action.

Quant au processus de fabrication, les insulines sont produites à partir de la matière première appelée « Cristaux d'insuline » dans des blocs stériles. Trois étapes composent le processus[4] :

1- préparation de la fabrication en zone non stérile ;
2 - mélange et stérilisation en zone stérile ;
3 - remplissage, conditionnement et contrôle du produit fini en zone non stériles.

Chez les diabétiques insulino-dépendant, l'apport d'insuline est indispensable à la vie des malades et il n'y a pas d'autre médicament substituant.

Jusqu'à présent, la forme injectable de l'insuline est la seule voie possible.

3 Selon les statistiques de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) :
- Plus de 220 millions de personnes sont diabétiques dans le monde.
- Selon les estimations, le diabète a tué 1,1 million de personnes en 2005.
- Près de 80% des décès par diabète se produisent dans des pays à revenu faible ou intermédiaire.
- Près de la moitié des décès par diabète se produit chez des gens âgés de moins de 70 ans; 55% d'entre eux sont des femmes.
- Selon les projections de l'OMS, le nombre de décès par diabète va doubler entre 2005 et 2030.

4 Voir schéma en annexe 2.

Historiquement, le Maroc est passé de l'insuline 40unités/ml d'origine animale à l'insuline 40unités/ml d'origine humaine. Ce passage a été appliqué depuis le 1er Janvier 2003 au niveau des centres et dispensaires relevant du Ministère de la Santé, et à la fin de 2002 au niveau du privé.

A l'instar des mesures prises par la plupart des pays dans le monde, et dans un contexte d'harmonisation internationale, le Ministère de la Santé a retiré du marché, depuis le 1er Juin 2004, l'insuline concentrée à 40 Unités Internationales par millilitre (UI/ml) pour la remplacer par l'insuline concentrée à 100 Unités Internationales par millilitre (UI/ml).

L'insuline achetée par le Ministère de la Santé par le biais des appels d'offres est le flacon de 10 ml avec 100 UI/ml. Elle est distribuée gratuitement aux consommateurs à travers les formations sanitaires du Ministère et les associations de diabétiques.

Les appels d'offres lancés par le Ministère de la Santé peuvent concerner les trois lots d'insuline (lente, rapide et mixte) comme ils peuvent prévoir uniquement un ou deux lots.

De même, les sociétés disposant des AMM d'insuline peuvent soumissionner pour les trois lots, comme elles peuvent choisir les lots auxquels elles souhaitent soumissionner.

III - Parties concernées par la saisine

A-Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca (CCISC)

La Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca fut la première chambre créée au Maroc, le 29 Juin 1913, par décision du Résident Général. C'est un établissement public régi par le Dahir portant loi n° 1.77.42 du 28 janvier 1977 formant statut des chambres de commerce, d'industrie et de services tel qu'il a été modifié jusqu'en Avril 1997.

La CCISC est administrée par une Assemblée Générale et un Bureau. Elle est composée de trois collèges: le Commerce, l'Industrie et les Services.

Sur le plan administratif, la CCISC est organisée en quatre départements : département formation, appui et accompagnement des entreprises, département information et communication, département de l'animation et département des relations internationales.

Les missions de la CCISC définies dans le chapitre quatre de la loi n°1.77.42, s'articulent autour des axes suivants :

- Mission représentative : elle siège à la chambre des conseillers, au conseil de la région, aux conseils des assemblées préfectorales et provinciales et représente les intérêts de ses ressortissants auprès du pouvoir public (Commission locale de taxation, Commission nationale de recours fiscal, Service d'enregistrement, Conseils d'administration de l'OFPPT, de la CNSS, de l'ODEP, de l'ISCAE etc....) ;

• Mission consultative : par la présentation des avis, des études que le gouvernement peut lui demander et en offrant de l'information, du conseil et de l'assistance aux ressortissants ;

• Mission administrative et de prestation de services : puisqu'elle est appelée à offrir des services à ses ressortissants et à gérer des établissements d'intérêt public (école de commerce, délivrance des certificats d'origine, des attestations d'activité, des cartes d'adhérents, centre de gestion de comptabilité agrée, centre d'arbitrage et de médiation…).

B - Société de Thérapeutique Marocaine (SOTHEMA) :

Fondée en 1976, la SOTHEMA est un laboratoire pharmaceutique, spécialisé dans la fabrication et la commercialisation de médicaments. Selon l'article 3 de ses statuts, la société a pour objet tant au Maroc qu'à l'étranger :

• La représentation, l'achat et la vente de tous les produits pharmaceutiques, chimiques, hygiéniques, biologiques, vétérinaires, d'herboristerie, de droguerie, de parfumerie et en général de tous produits qui en sont dérivés ;

• La préparation, la fabrication, la transformation, le conditionnement, le façonnage, la distribution, l'importation, et l'exportation de tous les produits ci-dessus mentionnés, des produits médicaux, paramédicaux, de tout appareil médical, paramédical et de tout matériel chirurgical.

Avec un portefeuille de plus de 240 médicaments fabriqués et importés, SOTHEMA se présente comme un laboratoire pluridisciplinaire, intervenant dans tous les domaines thérapeutiques et produisant toutes les formes galéniques. La société SOTHEMA a été cotée en bourse à partir de 2005 en cédant 15% de son capital.

En 2010, SOTHEMA a réalisé un chiffre d'affaires global de 821 millions de dirhams (MDH) contre 732,8 MDH en 2009, soit une progression de 12% environ.

Son résultat d'exploitation a progressé en passant de 94,2 MDH en 2009 à 123,8 MDH en 2010. Le résultat net est de 72,1 MDH en 2010[5].

SOTHEMA occupe la 6ème place dans le classement de la profession avec une part du marché de 7%[6].

La société SOTHEMA est un producteur de l'insuline au Maroc. Elle a construit sa première usine à Bouskoura avec l'assistance technique du laboratoire américain Eli Lilly. Cette unité de production a démarré ses activités en 1981 avec la fabrication de produits injectables sous licence du laboratoire américain.

5 Source : communiqué de la Bourse se Casablanca.
6 Source : Rapport annuel d'activité de la SOTHEMA au titre de l'exercice 2009.

En 1982, après avoir obtenu son autorisation de mise sur le marché de l'insuline (AMM)[7], SOTHEMA se lance dans la fabrication de l'insuline « IMULINE » sous licence de son commettant[8] le laboratoire américain ELI LLILY qui lui fournit les cristaux d'insuline.

Depuis 2006, la SOTHEMA a remplacé son fournisseur américain de matière première par le laboratoire ….., qui pratique des prix moins chers que ceux d'ELI LLILY, et a commencé la production de son insuline générique « INSULET ».

SOTHEMA fabriquait l'insuline grâce à deux blocs stériles situés dans sa première unité industrielle appelée « usine principale ». Ces deux blocs stériles fabriquaient également d'autres produits.

En 2009, à la suite d'un contrat d'investissement signé avec le gouvernement, SOTHEMA a ouvert sa cinquième usine appelée « Unité des Blocs Stériles ». Le but de l'investissement est d'augmenter la capacité de production de l'insuline. Le coût total de l'investissement est de 270 MDH.

Pour la commercialisation de ses produits, la société SOTHEMA s'appuie sur sa direction des ventes afin de définir les conditions de la vente des produits hospitaliers. Les prix des produits vendus au Ministère de la Santé sont fixés par le Président en collaboration avec le Directeur Général Adjoint et le responsable des marchés, en tenant compte, notamment, des quantités demandées par ledit Ministère.

Les ventes de l'insuline de la société SOTHEMA durant ces dernières années se présentent comme suit :

7 Le code du médicament et de la pharmacie exige pour tout médicament importé ou fabriqué localement de disposer d'une AMM pour être commercialisé au niveau du marché national. L'AMM est renouvelée au bout de 5 ans par une demande de la société adressée au Ministère de la Santé.

8 Le commettant est le laboratoire qui commet à un autre laboratoire le soin de ses intérêts notamment la commercialisation de ses produits.

Année	Marché public de l'insuline			Marché privé de l'insuline
	Ministère de la Santé	Commune	Autres 9	
2001	-	-	-	-
2002	-	-	-	-
2003	-	-	-	-
2004	-	-	-	-
2005	-	-	-	-
2006	-	-	-	-
2007	-	-	-	-
2008	-	-	-	-
2009	-	-	-	-
2010	-	-	-	-
Avril 2011[10]	-			

Source : Ministère de la Santé et la SOTHEMA

Avant 2006, la SOTHEMA soumissionne dans les appels d'offre du Ministère de la Santé par la marque d'insuline d'Eli Lilly « IMULINE », qu'elle a remplacée par sa propre marque « INSULET : rapide, lente NPH et mixte ».

C- NOVO NORDISK:

NOVO NORDISK est un laboratoire Danois, créé en 1923 ; il dispose du portefeuille de produits destinés au traitement du diabète le plus étendu de toute l'industrie pharmaceutique. Il commercialise un ensemble de produits destinés au traitement de cette maladie chronique.

NOVO NORDISK qui existe dans 157 pays est le résultat de la fusion, en 1989, de deux sociétés danoises Novo Industri A/S et Nordisk gentofte A/S.

Aujourd'hui, le diabète reste l'objectif principal du champ d'intervention de NOVO NORDISK. Il représente 73% de son chiffre d'affaires en 2009. Ladite société est le leader du marché mondial de l'insuline avec 51%[11].

Au Maroc, NOVO NORDISK est représentée par NOVO NORDISK PHARMA S.A.S, une société anonyme simplifiée au capital social de 300 000 DH. Elle a pour mission essentielle la prospection commerciale, le développement d'une clientèle pour ses produits pharmaceutiques ainsi que leur marketing et leur promotion.

La société NOVO NORDISK PHARMA S.A.S ne peut pas approvisionner directement le marché national de l'insuline (public et privé), vu que l'article 19 du code du médicament et de la pharmacie exige que seuls les établissements pharmaceutiques industriels peuvent

9 Autres concernent les CHU, l'hôpital militaire, l'administration de la défense nationale, le Ministère de l'Intérieur et les polycliniques.

10 Les données de fin avril 2011, concernent l'appel d'offre n°01/2011 /DA/CS/PRG du 21/04/2011 réalisé par le Ministère de la Santé après la saisine de la CCIS de Casablanca en Octobre 2010.

11 Rapport annuel des activités de NOVO NORDISK au titre de l'exercice 2009. Source : www.novonordisk.com.

importer et commercialiser les médicaments au niveau du marché national et soumissionner dans les marchés publics d'achat des produits pharmaceutiques.

Selon le 2ème alinéa de l'article 74 du code du médicament et de la pharmacie : « L'établissement pharmaceutique industriel est tout établissement disposant d'un site de fabrication et effectuant les opérations de fabrication, d'importation, d'exportation et de vente en gros des médicaments et, le cas échéant, la distribution en gros ».

Pour ce faire, NOVO NORDISK a conclu, depuis 1972, un accord de partenariat avec l'établissement pharmaceutique LAPROPHAN par lequel il lui accorde exclusivement l'importation et l'approvisionnement du marché public et privé marocain de l'insuline en produits de NOVO NORDISK.

Ledit contrat de partenariat, intitulé « Contrat de Distribution », a été renouvelé en Avril 2001. Il stipule dans son article 2 que :« ……»[12].

Sur le marché privé de l'insuline au Maroc, NOVO NORDISK dispose à travers le laboratoire LAPROPHAN d'une part de marché estimée à près de 70%.

Concernant les appels d'offres du Ministère de la Santé relatifs à l'acquisition de l'insuline, ……

D - LAPROPHAN:

La société LAPROPHAN, qui soumissionne dans les appels d'offres publics pour l'achat de l'insuline, est une société marocaine créée en 1949. En 2009, son chiffre d'affaire atteint près de 1 milliard de dirhams et l'effectif de son personnel avoisinait les 800 personnes.

Selon ses statuts, l'activité de LAPROPHAN consiste à fabriquer, importer et exporter des médicaments. Une quantité importante de ses médicaments est fabriquée sous licence.

LAPROPHAN connait une croissance annuelle du chiffre d'affaires de l'ordre …..[13]. Elle a enregistré 4 brevets d'inventions dans plusieurs pays. Le nombre de spécialités fabriquées par LAPROPHAN s'élève à :

- plus de 70 médicaments propres à la gamme LAPROPHAN ;
- 26 médicaments sous licences de grands laboratoires internationaux : Novo Nordisk, Novartis (ex Sandoz), BMS et sa filiale UPSA, Merck Lipha, BAXTER, VIATRIS, SANOFI-AVENTIS…

Le tableau suivant nous fournit les statistiques de vente de l'insuline de la société LAPROPHAN durant ces dernières années :

12 Source : extrait du contrat de partenariat entre NOVO NORDISK et LAPROPHAN.
A noter que le rapporteur a demandé aux sociétés NOVO NORDIK et LAPROPHAN de lui fournir le contrat de partenariat en entier, mais en vain. La société NOVO NORDIK a refusé de fournir au rapporteur ledit contrat malgré les différents rappels, alors que la société LAPROPHAN n'a communiqué qu'un extrait dudit contrat (soit 5 pages des 27 pages du contrat) et ce, à défaut d'un courrier officiel de NOVO NORDISK.

13 Source LAPROPHAN.

Année	Marché public de l'insuline			Marché privé de l'insuline
	Ministère de la Santé	Commune	Autres 9	
2001	0			-
2002	0			-
2003	0			-
2004	-			-
2005	-			-
2006	-			-
2007	-	-		-
2008	-			-
2009	-			-
2010	-			-
Avril 2011	0			

Source : M.S et LAPROPHAN.

En application de l'accord « Contrat de Distribution » conclu en 1972 avec son commettant NOVO NORDISK, la société LAPROPHAN était à 'origine de l'introduction et de la prise en charge des diabétiques au Maroc et ce, après avoir obtenu sa première AMM d'importation de l'insuline en 1972.

Selon les dispositions du « Contrat de Distribution », le laboratoire LAPROPHAN importe au Maroc et achète les produits de NOVO NORDISK pour son propre compte et «..... »[14].

Le contrat en question stipule cependant que LAPROPHAN.....

S'agissant des appels d'offres du Ministère de la Santé, la société LAPROPHAN est tenue d'informer, selon les termes du contrat, NOVO NORDISK de :« ... »[15].

Les responsables de LAPROPHAN et NOVO NORDISK ont souligné que les offres financières des appels d'offres de l'insuline sont fixées en commun accord.

Les marques commerciales des produits vendus au Ministère de la Santé par LAPROPHAN sont : Actrapid (insuline rapide), Insulatard (insuline lente) et Mixtard (insuline mixte).

Selon les dispositions du contrat de partenariat, LAPROPHAN dispose d'un délai ..... En plus, elle supporte .....

14 Article 2 (2.2/a) du « Contrat de Distribution ».

15 Article 14 (14.2) du « Contrat de Distribution ».

Au vu de ce qui précède, nous considérons que les laboratoires LAPROPHAN et NOVO NORDISK agissent en tant qu'une seule entité dans le cadre du marché hospitalier de l'insuline réalisé par le Ministère de la Santé, et par conséquent les deux sociétés sont concernées par les griefs soulevés par la SOTHEMA.

E - POLYMEDIC :

POLYMEDIC est un laboratoire pharmaceutique qui dispose d'une AMM de production locale de l'insuline et a participé à certains appels d'offres du Ministère de la Santé pour l'achat de l'insuline. Il nous a fourni lors de l'instruction de la saisine des informations concernant le marché hospitalier de l'insuline et c'est la raison pour laquelle il est cité dans la présente saisine.

POLYMEDIC est créé en 1964. Il est chargé, d'après ses statuts, de la préparation, la fabrication, le conditionnement, l'achat, la transformation, le dépôt, la représentation, la distribution, l'importation, l'exportation, la vente en gros de tous les produits pharmaceutiques.

Le laboratoire POLYMEDIC commercialise sa marque commerciale d'insuline BIOSULIN (rapide, mixte et lente).

Le chiffre d'affaires de la société POLYMEDIC a connu une hausse approximative de ……

La société POLYMEDIC a obtenu en 2005 son AMM pour la production locale de l'insuline. Cependant, les seules ventes de l'insuline réalisées par ladite société en 2006 sont issues des importations, suite à la dérogation qui lui a été accordée, dans ce sens, par le Ministère de la Santé pour la période de validation de son matériel de production par les services compétents du Ministère de la Santé.

Précisons que d'après ses responsables, la société POLYMEDIC n'a pas pu produire de l'insuline à cause de la baisse importante des prix enregistrée au niveau des appels d'offres publics.

Les prix pratiqués par la société POLYMEDIC dans les appels d'offres auxquels elle a soumissionné durant 2005 et 2006, ont varié entre 42,87 et 26,79 DH le flacon.

Les ventes de POLYMEDIC en insuline sont de l'ordre de .....

Chapitre deux : Analyse juridique de la demande

L'analyse juridique de la saisine de la CCIS de Casablanca comprend deux points : la recevabilité de la demande (I) et les actes d'instruction (II).

I- Recevabilité de la saisine :

A - Sur la forme :

Attendu que la détermination du cadre juridique de la saisine constitue un préalable indispensable avant tout examen du fond, puisqu'il définit les règles procédurales et substantielles qui vont lui être applicables.

L'article 15 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, stipule que le Conseil de la Concurrence peut être saisi par les commissions permanentes du Parlement, pour les propositions de lois relatives à la concurrence et par le Gouvernement, pour toute question concernant la concurrence.

Il peut être saisi également par les Conseils de Régions, les Communautés Urbaines, les Chambres de Commerce, d'Industrie et de Services, les Chambres d'Agriculture, les Chambres d'Artisanat, les Chambres de Pêches Maritimes, les Organisations Syndicales et Professionnelles ou les Associations de Consommateurs reconnues d'utilité publique, dans la limite des intérêts dont ils ont la charge et ce, sur toute question de principe concernant la concurrence.

Conformément aux dispositions de cet article, les Chambres de Commerce, d'Industrie et de Services sont habilitées à demander l'avis du conseil sur toute question de principe concernant la concurrence dans la limite des intérêts dont elles ont la charge.

Par ailleurs et vu que la CCISC a saisi le Conseil de la Concurrence sur des pratiques qu'elle qualifie d'anticoncurrentielles, l'analyse de ces pratiques exige l'engagement de la procédure contentieuse prévue à l'article 24 de la loi 06-99 susmentionnée.

Ledit article énonce que, le Premier Ministre et les organismes visés au 3ème paragraphe de l'article 15, ont le droit de saisir le Conseil de la Concurrence de faits qui leur paraissent susceptibles de constituer des infractions aux dispositions des articles 6 et 7 relatives aux pratiques anticoncurrentielles.

En application de cet article, la Chambre du Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca a la qualité pour saisir le Conseil de la Concurrence. Toutefois, elle ne peut exercer valablement ce droit que sous deux conditions :

- La première c'est qu'elle doit agir dans le cadre des intérêts dont elle a statutairement la charge ;
- La seconde, les faits invoqués par la partie saisissante ne doivent pas être prescrits à la date de sa saisine.

1 - Qualité d'agir :

En application des dispositions du Dahir portant loi n°1.77.42 du 28 janvier 1977 formant statut des CCIS qui a été amendé et complété par la loi n° 2-97 du 2 avril 1997, la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca a pour mission principale d'offrir à ses ressortissants des services à caractère économique, fiscal, social et administratif.

Elle est chargée également de défendre et de représenter les intérêts des commer-

çants, des industriels et de prestataires de services, auprès des différents organismes économique, social et administratif et ce, conformément à l'article 55 bis de la loi n°2-97 qui stipule que : *« les Chambres de Commerce, d'Industrie et de Services sont les représentants des secteurs du commerce, de l'industrie et des services auprès des pouvoirs publics nationaux, régionaux et locaux »* [16].

Il résulte du rôle et des missions de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca développées précédemment, qu'elle a la qualité et l'intérêt pour agir.

2 - Faits de la saisine :

Les faits invoqués par la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca concernent l'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP du 14 Mai 2010 lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de 2,5 millions de flacons d'insuline.

Ces faits ne sont pas prescrits vu qu'ils remontent au mois de Mai 2010. Ils répondent ainsi à la condition fixée par le deuxième alinéa de l'article 25 de la loi 06-99 qui stipule que, le Conseil de la Concurrence « ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq *(5) ans s'il n'a été fait au cours de cette période aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ».*

Sur la forme, la présente saisine est recevable.

B- Sur le fond :

Dans sa saisine, la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca précise que la société SOTHEMA estime que le laboratoire NOVO NORDISK aurait d'une part, exploité abusivement sa position dominante en pratiquant des prix qu'elle qualifie de « prédateurs » et d'autre part pratiqué du dumping.

L'exploitation abusive de la position dominante, est traitée par l'article 7 de la loi 06-99. C'est à la lumière des dispositions de cet article que sera analysée cette pratique dénoncée par la CCIS de Casablanca.

Concernant la pratique de dumping, il y a lieu de noter au préalable que, selon l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), il y a dumping lorsqu'un produit est introduit sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à sa valeur normale ; si le prix à l'exportation de ce produit, lorsqu'il est exporté d'un pays vers un autre, est inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour le produit similaire destiné à la consommation dans le pays exportateur[17] ;

Autrement dit, le dumping est une vente à perte, c'est-à-dire une pratique qui permet à « l'entreprise de vendre à des prix très faibles, ou encore lorsqu'une firme vendra à l'extérieur à des prix inférieurs à ses coûts de production pour acquérir un marché »[18]. La pratique du dumping est considérée ainsi comme pratique déloyale.

16 Voir les missions développées dans le point III du premier chapitre relatif au cadre général de la saisine.
17 L'accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'accord général sur les tarifs (article 2 : Détermination de l'existence d'un dumping) : Source site web de l'OMC.
Cette définition a été reprise dans le projet de loi n°15-09 sur les mesures de défense commerciale approuvé par la Chambre des Représentants dans la session d'Octobre 2010.
18 Lexique d'Economie. Dalloz, 10ème Edition. 2008. P276.

La définition du dumping se recoupe avec celle du prix prédateur qui est défini comme pratique qui consiste, pour une entreprise dominante, à vendre ses produits ou services en dessous de ses coûts de production, de transformation et de commercialisation, dans le but d'éliminer un marché, ou d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou l'un de ses produits.

Cependant, considérant que les accords de l'OMC autorisent les pouvoirs publics à recourir aux mesures antidumping, en tant qu'instrument de correction d'une pratique de concurrence déloyale, du fait que les mesures antidumping constituent un instrument assurant un commerce loyal et non une mesure de protection de la production nationale ;

Considérant que la société SOTHEMA a déjà saisi, pour cette question, le Ministère du Commerce Extérieur[19], en tant que structure habilitée par la loi n°13-89 relative au commerce extérieur, notamment son article 15, à examiner le volet dumping. Pour prendre des mesures antidumping, ce Département applique des procédures fixées par les accords de l'OMC à savoir : le dépôt d'une requête par le plaignant, l'ouverture d'une enquête, la notification aux parties intéressées, l'avis d'ouverture de l'enquête est rendu public, l'analyse des résultats de l'enquête et la prise de décision.

Partant de ce qui précède, l'examen du dumping invoqué par la partie saisissante ne sera pas traité par le présent rapport.

II- Actes d'instruction :

Dans le cadre de l'instruction du dossier, plusieurs réunions ont été tenues avec les parties prenantes de la saisine, ainsi qu'avec les autres intervenants qui opèrent au niveau du marché de l'insuline en particulier et du médicament en général. Ces réunions se présentent comme suit :

19 Lettres adressées par la société SOTHEMA au Ministère du Commerce Extérieur les 14 juillet 2010 et 6 septembre.

Organismes	Personnes rencontrées	Date de réunion
Parties prenantes		
société de Thérpeutique Marocaine (SOTHEMA).	-	24 Novembre 2010
	-	16 Décembre 2010
		7 Janvier 2011
société LAPROPHAN	-	14 Décembre 2010
	-	9 Février 2011
NOVO NORDISK PHARMA S.A.S.au Maroc.	-	24 Décembre 2010
	-	
Autres intervenants		
Société POLYMEDIC	-	23 Décembre 2010
	-	
Ministère de la Santé	-	20 Décembre 2010
	-	14 Janvier 2011
	-	21 Avril 2011
	-	23 Mai 2011
	-	30 Mai 2011
Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca	-	25 Mai 2011

Casablanca	-	
Caisse Nationale des Organismes de Prévoyance Sociale (CNOPS).	-	25 Mai 2011
l'Agence Nationale de l'Assurance Maladie (ANAM)	-	26 Mai 2011
Trésorier Général du Royaume	-	26 Mai 2011

Chapitre trois : Analyse du marché :

L'analyse du marché sera scindée en deux axes : le premier sera consacré au cadre légal qui réglemente le secteur du médicament, et le deuxième abordera l'étude économique du marché, par la délimitation du marché pertinent et la présentation de l'offre et de la demande au niveau de ce marché.

I - Cadre légal du marché :

Le marché de l'insuline, en tant que médicament, est fortement encadré par l'Etat à travers un dispositif juridique et normatif qui réglemente respectivement la production du médicament, son importation, sa commercialisation et sa prescription.

A- Lois et règlements encadrant le marché :

L'arsenal juridique est constitué essentiellement de :

- La loi n°17-04 du 22 novembre 2006 portant code du médicament et de la pharmacie ;

Cette loi énonce des dispositions concernant la mise sur le marché des médicaments, leur fabrication, leur importation, leur exportation, leur vente, leur distribution, leur dispensation et leur publicité. Elle prévoit également des dispositions relatives aux mesures d'enregistrement des produits pharmaceutiques non médicamenteux et la responsabilité de leur fabricant.

Le code stipule des règles se rapportant à l'exercice de la pharmacie au sein des officines, des cliniques disposant de stocks de médicaments, des établissements pharmaceutiques industriels et des établissements pharmaceutiques grossistes répartiteurs.

- La loi n°06.99 du 5 juin 2000 sur la liberté des prix et de la concurrence et ses textes

d'application ;

- Le décret n°2-07-1064 du 9 juillet 2008 relatif à l'exercice de la pharmacie, à la création et à l'ouverture des officines et des établissements pharmaceutiques ;

- le décret n°2-76-266 du 25 mai 1977 relatif à l'agrément à l'autorisation de débit des spécialités pharmaceutiques et à la publicité des médicaments spécialisés à l'officine et des spécialités pharmaceutiques ;

- Le décret n°2-00-411 du 22 juin 2000 portant institution d'un visa sanitaire pour l'importation des spécialités pharmaceutiques et des matières premières actives destinées exclusivement à un usage pharmaceutique ;

- L'arrêté du ministre de la santé publique n°2365-93 du 1er décembre 1993 fixant le mode de calcul des prix des spécialités pharmaceutiques d'origine étrangère admises à l'importation et destinées à l'usage de la médecine humaine et vétérinaire et déterminant le mode de déclaration de prix ainsi que le stock de sécurité devant être constitué par les importateurs ;

- L'arrêté du ministre de la santé publique n°465-69 du 18 septembre 1969 fixant, en vue de leur homologation, le mode de calcul des prix des spécialités pharmaceutiques fabriquées et conditionnées au Maroc et destinées à l'usage de la médecine humaine ou vétérinaire et déterminant le stock de sécurité devant être constitué par les fabricants ;

- L'arrêté du ministre de la santé publique n°107-69 du 18 septembre 1969 fixant, en vue de leur homologation le mode de calcul des prix des spécialités pharmaceutiques d'origine étrangère admises à l'importation et destinées à l'usage de la médecine humaine ou vétérinaire et déterminant le mode de déclaration des prix ainsi que le stock de sécurité devant être constitué par les importateurs.

En application de ce dispositif juridique, l'insuline en tant que médicament est soumise à plusieurs règles à savoir :

1- Conditions de fabrication, d'importation et de commercialisation des médicaments :

En application des dispositions du code du médicament et de la pharmacie, aucune spécialité pharmaceutique ne peut être fabriquée, conditionnée, importée, distribuée en gros ou au détail, à titre gratuit ou onéreux, dans le Royaume du Maroc, même sous forme d'échantillon, si elle n'a été préalablement agréée (y compris sa publicité), par le Ministère de la Santé.

L'agrément est donné, soit sous la forme d'une autorisation:

- de mise sur le marché (AMM) dont le numéro doit être porté sur le conditionnement de tout médicament destiné à être commercialisé ;

- spécifique dans le cas d'échantillons.

Par ailleurs, la fabrication, l'importation, l'exportation et la vente en gros des médicaments, ne peuvent être effectuées que par les établissements pharmaceutiques industriels.

L'AMM permet de garantir la qualité, la sécurité et la traçabilité du médicament.

La demande d'une AMM suit un processus prédéfini qui doit répondre à des exigences administrative, réglementaire et technique. Ainsi, l'AMM ne peut être délivrée que si le médicament satisfait au préalable à une expérimentation appropriée visant à :

- mettre en évidence l'efficacité du médicament ;
- garantir son innocuité dans des conditions normales d'emploi ;
- démontrer son intérêt thérapeutique ;
- établir la bioéquivalence lorsqu'il s'agit d'un médicament générique.

Le fabricant ou l'importateur doit justifier qu'il a déjà procédé à l'analyse qualitative et quantitative du médicament ; et qu'il dispose effectivement d'une méthode de fabrication et de procédés de contrôle de nature à garantir la qualité du produit au stade de la fabrication industrielle.

Il doit également prendre en considération les évolutions techniques et thérapeutiques, les exigences réglementaires nationales et internationales ainsi que les recommandations internationales (OMS... etc.).

La procédure et les modalités d'octroi d'une AMM sont fixées par les circulaires n°48 DMP/00 du 10 décembre 1998 et n°49 DMP/00 du 16 juillet 2003 du Ministère de la Santé.

Pour l'importation des médicaments, le code du médicament et de la pharmacie exige l'obtention d'un visa sanitaire délivré par l'administration.

Le Ministère de la Santé peut subordonner l'octroi de l'AMM du médicament importé à la visite du site de fabrication par des inspecteurs de la pharmacie.

De même, ce Département conditionne la délivrance de l'AMM d'importation du médicament aux établissements pharmaceutiques, soit par l'inexistence de production locale et/ou les produits nécessitant une technologie sophistiquée et trop coûteuse.

Selon les responsables du Ministère de la Santé, ce système a été instauré uniquement par une instruction du Secrétaire Général, prise depuis plusieurs années, en vue de développer la production locale.

Les demandes de dérogations d'importation des médicaments ne peuvent être acceptées, selon les responsables du Ministère de la Santé, que dans le cas ou l'établissement pharmaceutique connaît des problèmes de fabrication. Cette dérogation est accordée pour une durée maximum de 6 mois permettant ainsi à l'établissement de régulariser sa situation.

2 - Prix du médicament :

Le prix du médicament est fixé en vertu de l'article 17 du code du médicament et de la pharmacie, qui stipule que le prix public de vente des médicaments fabriqués localement ou importés continue à être réglementé par l'Administration.

En application de cette disposition, le médicament figure dans la liste des produits dont les prix sont fixés jusqu'en 2014. Cette liste est prévue par la loi 06-99 tel qu'elle a été modifiée et complétée en 2010 relative à la liberté des prix et de la concurrence et ses textes d'application, notamment l'arrêté n°2043-10 du 13 juillet 2010 pris après avis du Conseil de la Concurrence n°10/10 du 12 juillet 2010.

La fixation des prix des médicaments suit une procédure prédéfinie par l'arrête du Ministère de la Santé N° 465-68 du 18 septembre 1969 pour les médicaments fabriqués localement et l'arrêté du Ministère de la Santé N° 465-69 du 18 septembre 1969 modifié pour les médicaments importés.

Les marges de distribution qui sont appliquées aux médicaments importés et ceux fabriqués localement, s'élèvent à :

- 30% sur les PPM pour les officines ;
- 10% sur les prix pharmaciens pour les grossistes.

Pour l'introduction du médicament dans le marché, la réglementation exige l'homologation de son prix, en tenant compte des impôts et taxes. C'est la Direction du Médicament et de la Pharmacie au Ministère de la Santé qui homologue le prix public Maroc (PPM). Celui-ci doit être mentionné sur le conditionnement.

A ce sujet, une commission consultative a été mise en place au sein de la Direction du Médicament et de la Pharmacie par décision de Madame la Ministre de la Santé. La présidence de cette commission est assurée par le Directeur du Médicament et de la Pharmacie.

Cette commission est chargée de :

- Etude pour la fixation des prix des médicaments nouveaux après l'obtention de l'autorisation de l'AMM ;

- Etude des demandes de révision de prix, soit pour certains produits ou gammes de produits ;

- Donner un avis sur lequel le Ministre de la Santé se base pour l'octroi d'un Prix Public Maroc (PPM) ou d'une révision de ce prix.

Par ailleurs, ce dispositif de fixation des prix, est en cours de révision pour mettre en place une nouvelle modalité de fixation des prix des médicaments qui tient compte de plusieurs éléments en relation avec la spécificité du médicament.

Dans le même sens, le décret n° 2-10-412 du 30 septembre 2010, pris sur la base de la

loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence et ses textes d'application, a délégué à Madame la Ministre de la Santé le pouvoir de fixer le prix des médicaments. Un nouvel arrêté est en cours d'élaboration selon les responsables de ce Département.

B- Analyse du cadre légal du marché :

Il est important de noter que l'environnement législatif et règlementaire, dans lequel évoluent les entreprises, a une influence déterminante sur leur compétitivité et sur la concurrence au niveau du marché.

Pour le marché du médicament, d'une manière générale et de l'insuline en particulier, l'analyse du cadre légal et réglementaire révèle l'observation suivante :

- Conditionner l'importation du médicament par le Ministère de la Santé, soit par la non disponibilité d'une production locale, soit par le fait que les produits concernés ne représentent que de faibles quantités consommées ou nécessitant une technologie sophistiquée et trop coûteuse, se fait, selon les déclarations des responsables du Ministère de la Santé, en dehors d'un cadre légal déterminé.

Dans ce sens, il y a lieu de préciser que la loi n°13-89 du 9 novembre 1992, relative au commerce extérieur, instaure le principe de la libéralisation des importations et des exportations sous des conditions stipulées par ladite loi.

En effet, elle stipule au niveau de son article premier que « les importations et les exportations de biens et services sont libres sous réserve des limites prévues par la présente loi et par toute autre législation en vigueur lorsqu'il s'agit de sauvegarder la moralité, la sécurité et l'ordre publics, la santé des personnes ou de protéger la faune et la flore, le patrimoine historique, archéologique et artistique national ou de préserver la position financière extérieure du pays.

A cette fin, un contrôle de qualité sur la base de normes préétablies peut être exercé et, à titre exceptionnel, des mesures de restrictions quantitatives à l'importation comme à l'exportation des marchandises peuvent être mises en œuvre ».

De ce fait, le Conseil estime que cette mesure prise par le Ministère de la santé constitue une barrière d'accès au marché de l'insuline et un frein à la concurrence loyale et transparente entre les opérateurs.

Actuellement le marché de l'insuline connait uniquement l'intervention de deux établissements pharmaceutiques, à savoir LAPROPHAN et SOTHEMA.

II- Analyse économique du marché :

A- Délimitation du marché pertinent :

Vu que le droit de la concurrence définit le marché comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique ;

Attendu que le marché pertinent comprend tous les produits et services considérés comme substituables du point de vue de la demande (nature, prix, usage..) et du point de vue de l'offre (possibilité d'accès au marché en cas de hausse de produits ou de services déterminés) dans une zone géographique concernée;

Considérant que le marché pertinent permet de délimiter le marché géographique et le marché du produit ; de mesurer le degré de la concurrence dans un marché donné et de déterminer le pouvoir du marché dont bénéficie une entreprise ou un groupe d'entreprises ;

Considérant que les possibilités de substitution entre les médicaments, selon les autorités de la concurrence, sont limitées par leurs indications et contre-indications thérapeutiques respectives (qui dépendent elles-mêmes des propriétés pharmacologiques des produits), par l'avis des médecins prescripteurs, et par d'éventuels écarts de prix.

Le Conseil propose de suivre la même procédure pour définir le marché pertinent.

A ce sujet, il y a lieu de souligner que l'insuline achetée par le Ministère de la Santé par appel d'offres est l'insuline en flacon de 10 ml avec 100 UI/ml.

Pour ce qui est des possibilités de substitution de l'insuline, il est à noter que l'unique médicament pour les malades atteints de diabète pour rester en vie est l'insuline.

De même, l'insuline achetée par le Ministère de la Santé est distribuée gratuitement aux consommateurs par le biais des formations sanitaires du Ministère et des associations de diabétiques, alors que son prix de vente dans les officines varie entre 85DH et près de 762 DH.

Ceci, rend l'insuline distribuée gratuitement par le Ministère de la Santé non substituable vu ses prix de vente en pharmacie.

Considérant que la doctrine et la jurisprudence en matière de concurrence sont unanimes à considérer que l'appel d'offres en matière de marchés publics représente en soi un marché où le cahier de charges constitue la demande, et les soumissions constituent l'offre, quelle que soit l'activité professionnelle des soumissionnaires[20] ;

Considérant que l'achat d'insuline achetée par le Ministère de la Santé se fait par appel d'offre et ce, en application des dispositions du décret n°2-06-388 du 5 février 2007 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle ;

20 Arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 14 janvier 2003 qui stipule : «... que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres, constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître d'ouvrage et de l'offre faite par les candidats qui répondent à l'appel » , Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes n°2 du 27 février 2003.
Dans le même sens et dans une décision récente de l'Autorité de la Concurrence française, n°08-D-05 du 27 mars 2008, il a été décidé que : « de manière générale, la jurisprudence considère qu'un appel d'offres pour la fourniture d'un bien ou d'un service constitue un marché pertinent au sens du droit de la concurrence : le demandeur est l'organisateur de l'appel d'offres et les offreurs en compétition sur ce marché sont les opérateurs susceptibles d'y répondre ».

Considérant que le décret précité exige que les marchés publics obéissent aux principes de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité du traitement des concurrents, de la transparence dans les choix du maître d'ouvrage, et doivent également obéir aux règles de la bonne gouvernance, de l'équité et de la garantie des droits des concurrents ainsi que la mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;

Considérant que les conditions de l'acquisition de l'insuline par le Ministère de la Santé sont fixées par le dossier d'appel d'offre qui comprend le cahier des prescriptions spéciales et le règlement de consultation ;

Considérant que les pratiques relevées par la société SOTHEMA, concernent l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP lancé en Mai 2010 par le Ministère de la Santé pour l'achat groupé de médicaments et de produits pharmaceutiques non médicamenteux, dont l'insuline[21] ;

Considérant que l'insuline achetée par le Ministère de la Santé et distribuée gratuitement aux consommateurs, concerne l'insuline en flacon de 10 ml avec 100 UI/ml comme indiquée dans le dossier d'appel d'offre :

Numéro du lot	Dénomination Commune Internationale
2011	Insuline humaine à action intermédiaire mixte 70 :30
2012	Insuline humaine à action intermédiaire simple
2013	Insuline humaine à action rapide

Source: Dossier d'appel d'offre ouvert sur offre de prix n°6/2010/DA/CS/PP.

L'analyse du dossier dudit appel d'offres, fait apparaître que le marché pertinent dans la présente affaire est le marché hospitalier de l'insuline approvisionné dans le cadre des appels d'offres réalisés par le Ministère de la Santé.

Par ailleurs, l'étude de ce marché inclut tous les appels d'offres relatifs à l'insuline fournie par le Ministère de la Santé depuis l'année 2001 jusqu'à avril 2011 et ce pour les raisons suivantes :

- L'évaluation de la position dominante exige l'analyse de l'évolution des parts de marché de chaque société dans le marché pertinent ;

- La pratique du prix prédateur ne peut être prouvée, que si on étudie le comportement de la société incriminée pendant une période déterminée en vue d'évaluer son intention d'éviction de son concurrent, tout en respectant les règles de prescription prévues par la loi 06-99 tel qu'elle a été modifiée et complétée en 2010.

21 L'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP lancé en Mai 2010 par le Ministère de la Santé concerne l'achat groupé de 624 médicaments et de 215 produits pharmaceutiques non médicamenteux.

B- La demande:

La demande dans le marché pertinent, est une commande publique constituée des marchés passés par le Ministère de la Santé dont l'objet est l'achat de l'insuline.

Le circuit d'approvisionnement du marché public en insuline diffère de celui du marché privé.

A ce sujet, le Ministère de la Santé s'approvisionne directement auprès de l'établissement pharmaceutique (importateur ou fabricant local) qui lui fournit l'insuline. Il ne paye que le prix fixé dans l'appel d'offres.

De même, l'établissement pharmaceutique n'intègre dans son prix de soumission que le coût de revient du produit et sa marge bénéficiaire.

Pour le marché privé, le circuit est défini dans le cadre légal qui exige que l'importateur ou le fabricant local de l'insuline approvisionne le grossiste, qui lui-même distribue le produit aux pharmaciens en vue de le vendre aux consommateurs.

Le prix de vente de l'insuline au consommateur comprend, en plus du coût de revient du produit, les frais de marketing et les marges du grossiste et de l'officine.

L'insuline achetée par le Ministère de la Santé :

Il y a lieu de préciser au préalable, que l'enquête nationale réalisée par le Département de la Santé en 2000 sur la prévalence des facteurs de risque des maladies cardiovasculaires, a montré que la prévalence[22] du diabète chez les personnes âgées de 20 ans et plus est de 6,6%, soit environ 1 235 000 diabétiques.

Dans le cadre de sa politique de prévention et de prise en charge des maladies chroniques, le Ministère de la Santé a inscrit, comme priorité la prise en charge des diabétiques, à travers les différents plans nationaux de prévention et de contrôle du diabète[23].

Actuellement, les services du Ministère de la Santé prennent en charge 326 000 diabétiques, dont 183 516 insulinodépendants bénéficiant gratuitement de l'insuline achetée par ce Département (données du premier semestre 2009).

Les besoins d'un insulinodépendant en insuline sont de 18 flacons par année, soit un nombre de flacons nécessaires par année de : 3.303.288 flacons.

Les quantités d'insuline achetées par ce Département durant cette période et l'enveloppe budgétaire allouée sont indiquées au tableau suivant :

22 Nombre de cas de maladies ou de personnes malades ou de tout autre événement tel qu'un accident, existant ou survenant dans une population déterminée, sans distinction entre les cas nouveaux et les cas anciens.

23 Le dernier est le plan national stratégique de la prévention et de contrôle du diabète 2010/2015- Ministère de la Santé /année 2010).

Année	Quantités en flacons d'insuline	Montant global du budget de l'insuline en DH
2001	1 275 100	13 612 512
2002	1 875 200	73 132 800
2003	949 355	46 281 922
2004	1 070 695	54 589 002
2005	1 245 000	57 650 300
2006	2 262 400	66 163 015
2007	4 187 150	88 111 482
2008	1 357 250	32 438 275
2009	350 000	9 000 000
2010	3 233 000	67 453 000
A avril 2011	1 600 000	29 488 000

Source : Ministère de la santé (M.S).

Le budget réservé à l'achat de l'insuline, a connu des fluctuations dues, d'une part à la réduction du prix unitaire d'achat de l'insuline (de 59DH en 2003, 36 DH en 2006 à 18,43DH en 2011), et d'autre part à l'augmentation du nombre de patients diabétiques pris en charge.

A partir de 2008, le Ministère de la Santé a procédé au réajustement de ses stocks d'insuline, après avoir acheté près de 4 millions de flacons d'insuline en 2007. De même, il a décidé de ne garder que près de 10% des besoins en tant que stock de sécurité.

En 2010, le budget alloué pour l'achat des insulines est près de 67 MDH. Ce montant connaitra une augmentation durant l'année 2011 suite au programme d'achat du Ministère de la Santé qui compte acquérir 3.303.288 flacons.

Le mode d'acquisition de l'insuline, se fait exclusivement par des appels d'offres ouverts aux laboratoires pharmaceutiques, conformément aux dispositions de l'article 17 du décret n°2-06-388 du 5 février 2007 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat (à l'exception des achats réalisés par marchés négociés en 2001, 2002 et 2004, après consultation des deux sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN).

Les appels d'offres d'insuline se présentent comme suit :

Année	Nombre d'Appels d'offres	Nombre de lots lancés
2001	2	4
2002	1	3
2003	2	5
2004	4	8
2005	2	5
2006	5	9
2007	2	6
2008	1	3
2009	1	3
2010	2	6
A fin avril 2011	1	3
TOTAL	23	55

Source : M.S.

Le tableau fait ressortir le nombre d'appels d'offres, et le nombre de lots correspondant, lancés par le Ministère de la Santé entre l'année 2001 et à fin avril 2011.

Dans les achats du Ministère de la Santé, l'insuline mixte représente 70% et les insulines lente et rapide représentent respectivement 20 et 10%. La ventilation des achats du Ministère de la Santé par type d'insuline est présentée en annexe n°3.

Concernant les prix, il s'agit de marché à prix unitaire et à prix ferme. Aussi, l'offre la plus avantageuse retenue dans tous les achats de l'insuline est la moins-disante.

C- L'offre :

Le marché hospitalier de l'insuline connaît la participation aux appels d'offres de trois soumissionnaires à savoir : SOTHEMA, LAPROPHAN et POLYMEDIC.

Les appels d'offres lancés par le Ministère de la Santé entre l'année 2001 et 2004, ont connu la participation de deux sociétés uniquement : SOTHEMA qui disposait d'une AMM pour la fabrication locale de l'insuline et LAPROPHAN qui a une AMM pour l'importation de l'insuline du laboratoire NOVO NORDISK.

Durant cette période, le Ministère de la Santé a réalisé 9 appels d'offres : 5 ont été remportés uniquement par la société SOTHEMA et 4 appels d'offres ont été départagés entre ces deux sociétés, à raison de 18 lots pour SOTHEMA et 2 lots pour LAPROPHAN/NOVO NORDISK.

Au titre des années 2005 et 2006, la société POLYMEDIC a participé aux appels d'offres du Ministère après avoir obtenu son AMM pour la fabrication locale de l'insuline.

Au courant de ces deux exercices budgétaires, le Ministère de la Santé a lancé 7 appels d'offres pour l'achat de 14 lots d'insuline. Ces lots ont été attribués comme suit :

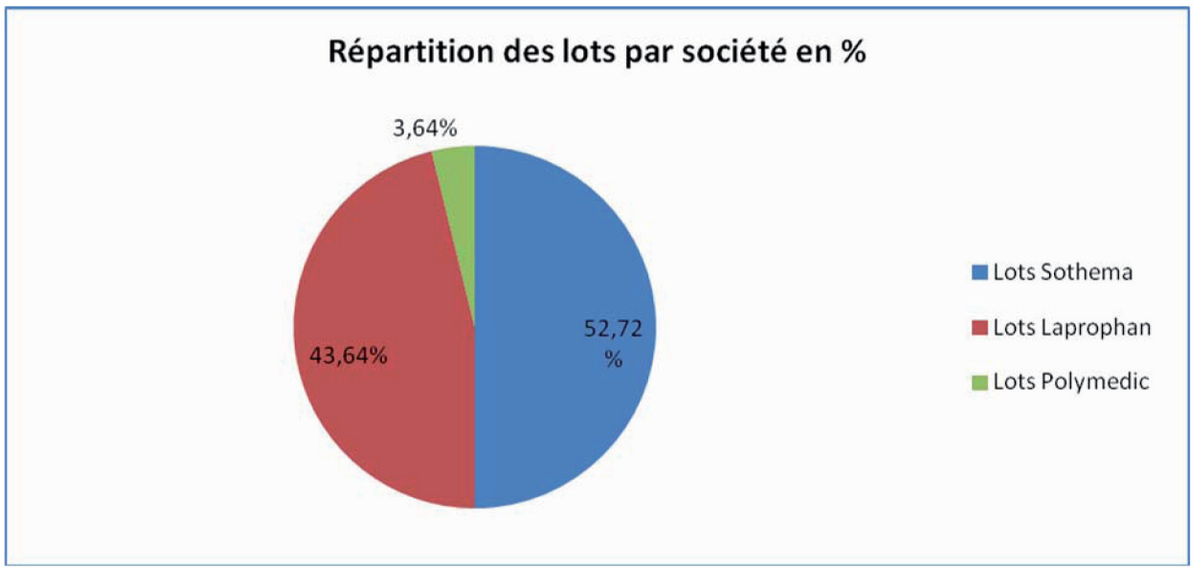
- 10 lots pour LAPROPHAN/NOVO NORDISK ;
- 2 lots pour SOTHEMA ;
- 2 lots pour POLYMEDIC.

Depuis 2007, POLYMEDIC a arrêté de soumissionner dans les appels d'offres publics du Ministère de la Santé pour l'achat de l'insuline et ce, jusqu'au dernier appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP du 14 Mai 2010 (objet de la présente saisine). A l'occasion de cet appel d'offre, POLYMEDIC a soumissionné en déposant ses dossiers technique et administratif, mais sans présenter d'offre financière vu qu'elle n'a pu avoir la dérogation d'importation de l'insuline demandée.

Ainsi, l'évolution des appels d'offres lancés par le Ministère de la Santé pour l'achat de l'insuline depuis l'année 2001 jusqu'à fin avril 2011, et l'attribution de ses marchés par société se présentent comme suit :

Année	Nombre d'Appels d'offres	Nombre de lots lancés	Nombre de lots lancés Sothema	Lots remportés par Laprophan/ Novo Nordisk	Lots remportés par Polymedic
2001	2	4	4	0	0
2002	1	3	3	0	0
2003	2	5	5	0	0
2004	4	8	6	2	0
2005	2	5	2	3	0
2006	5	9	0	7	2
2007	2	6	3	3	0
2008	1	3	0	3	0
2009	1	3	1	2	0
2010	2	6	2	4	
A fin avril 2011	1	3	3	0	
TOTAL	23	55	29	24	2
Répartition des lots en %		100%	52,72%	43,64%	3,64%

Source : M.S.



Source : M.S.

Les données fournies par le Ministère de la Santé et confirmées par les dites sociétés, relatives aux appels d'offres publics de l'insuline, montrent que ce Département a réalisé 23 appels d'offres pour 55 lots d'insuline. Les résultats de ces appels d'offres font ressortir que les sociétés soumissionnaires SOTHEMA, LAPROPHAN et POLYMEDIC ont remporté respectivement : 52,72% (soit 29 lots), 43,64% (soit 24 lots) et 3,64% (soit 2 lots)

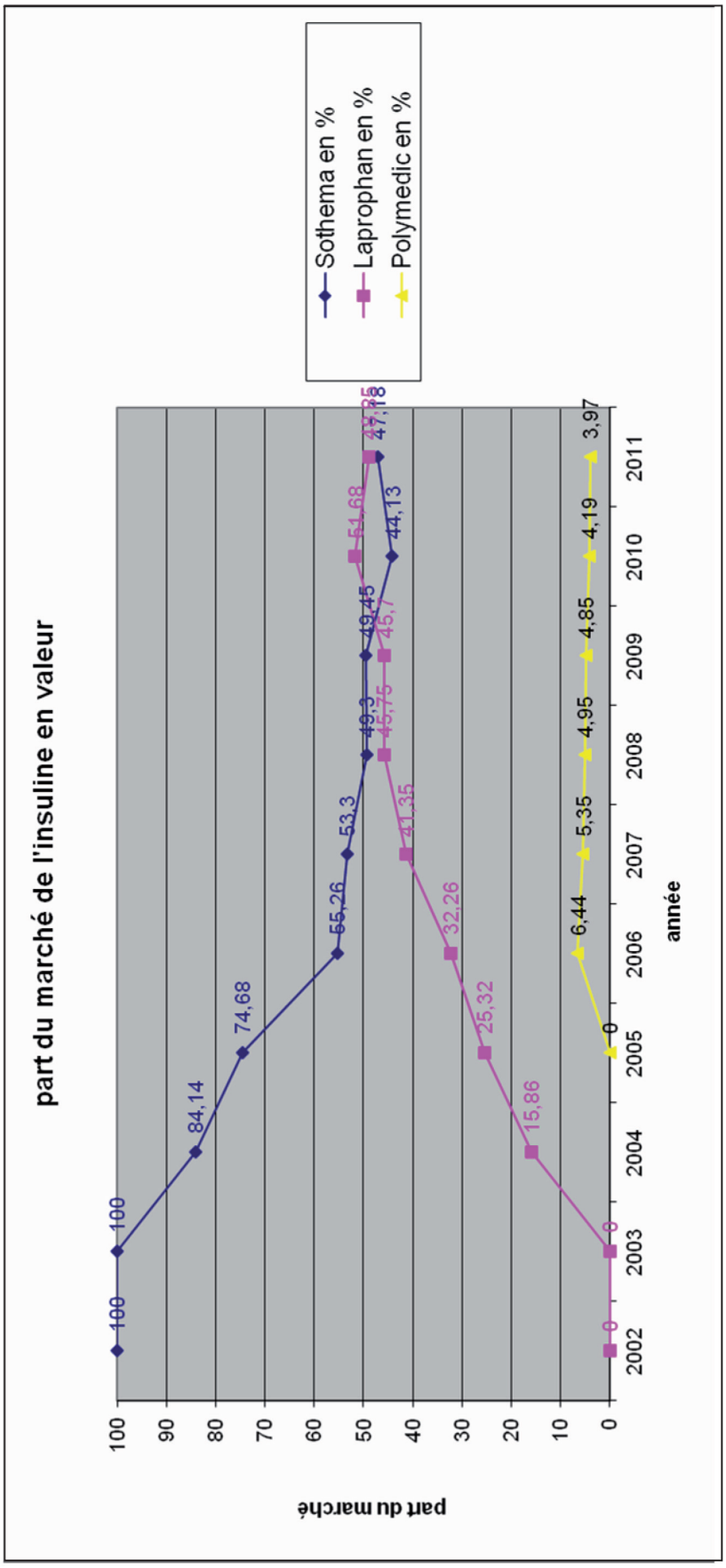
En valeur et enquantité, la part de marché pertinent de l'insuline de chaque société se présente comme suit :

Part de marché en valeur de chaque société

Année	Nombre d'Appels d'offres	Montant Sothema (en DH)	Sothema (en DH)	Montant Laprophan(en DH)	Laprophan en %	Montant Polymedic(en DH)	Polymedic en %	Total général
2001	2	13 612 512,00		0,00				
2002	1	73 132 800,00		0,00				
			100%	0,00	0%			86 745 312
2003	2	46 281 922,50						
			100%	0,00	0%			133 027 234
2004	4	24 836 752,50		29 752 250,00				
			84.14%		15.86%			187 616 237
2005	2	25 293 300,00		32 357 000,00		0		
			74.68%		25.32%			245 266 537
2006	5	0,00		44 805 015,00		21 358 000		
			55.26%		32.26%		6.44%	331 429 552
2007	2	29 804 842,00		58 306 640,00		0		
			53.30%		41.35%		5.35%	399 541 034
2008	1	0,00		32 438 275,00		0		
			49.30%		45.75%		4.95%	431 979 309
2009	1	5 100 000,00		3900 000,00		0		
			49.30%		45.70%		4.85%	440 979 309
2010	2	6 515 100,00		61453 000,00		0		
			44.13%		51.68%		4.19%	508 947 409
2010	1	29 488 000		0		0		
TOTAL		254 065 229,00	47.18%	32 438 275,00	48.85%	21 358 000,00	3.95%	538 435 409

Source : nos calculs d'après les données recueilles.

Part de marché en valeur de chaque société



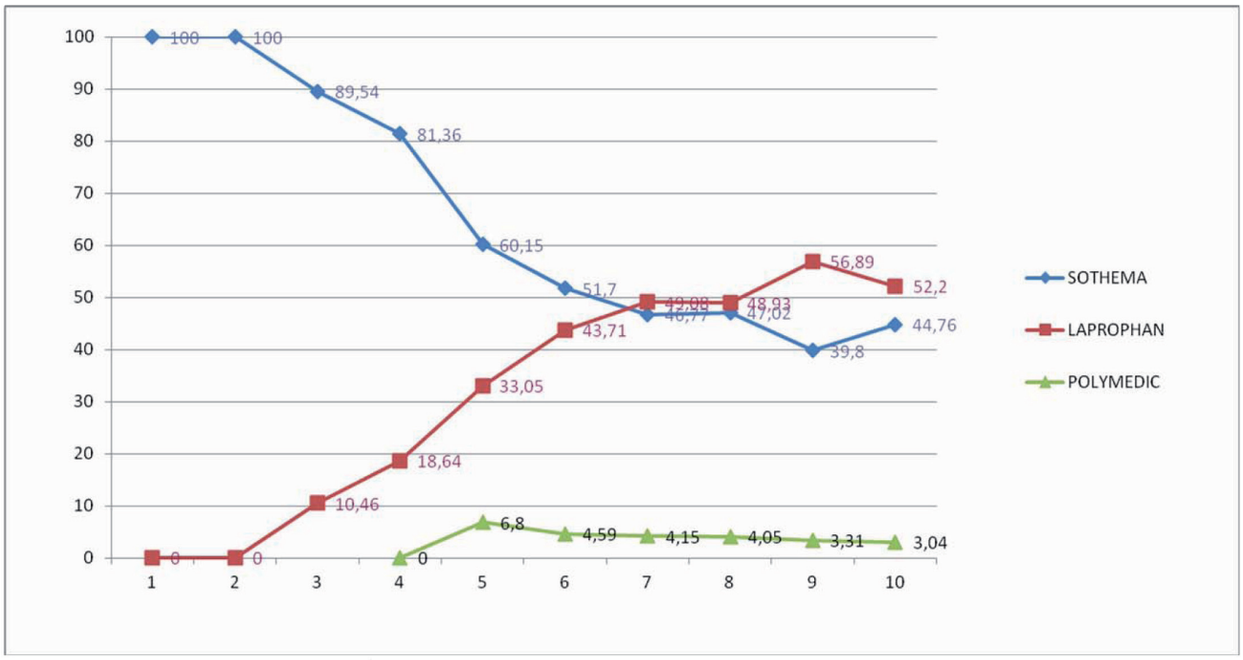
Source : nos calculs d'après les données recueilles.

Parts de marché en quantité de chaque société (flacon)

Année	Quantités	Part de SOTHEMA en QTs		Part de LAPROPHAN en QTs		Part de POLYMEDIC en QTs	
		En flacon	En %	En flacon	En %	En flacon	En %
2001	1 275 100	1 275 100					
2002	1 875 200	1 875 200					
TOTQL	3 150 300	3 150 300	100%	0	0%	-	-
2003	949 355	949 355					
TOTQL	4 099 655	4 099 655	100%	0	0%	-	-
2004	1 070 695	529 745		540 950			
TOTQL	5 170 350	4 629 400	89.54%	540 950	10.46%	-	-
2005	1 245 000	590 000		655 000			
TOTQL	6 415 350	5 219 400	81.36%	1 195 950	18.64%	0	0%
2006	2 262 400	0		1 672 400		590 000	
TOTQL	8 677 750	5 219 400	60.15%	2 868 350	33.05%	590 000	6.80%
2007	4 187 150	1 431 950		2 755 200		0	
TOTQL	12 864 900	6 651 350	51.70%	5 623 550	43.71%	590 000	4.59%
2008	1 357 250	0		1 357 250		0	
TOTQL	14 222 150	6 651 350	46.77%	6 980 800	49.08%	590 000	4.15%
2009	350 000	200 000		150 000		0	
TOTQL	14 572 150	6 851 350	47.02%	7 130 800	48.93%	590 000	4.05%
2010	3 233 000	235 000		2 998 000		0	
TOTQL	17 805 150	7 086 350	39.80%	10 128 800	56.89%	590 000	3.31%
2011	1 600 000	1 600 050		0		0	
TOTAL GENERAL	19 405 150	8 686 300	44.76%	10 128 800	44.76%	590 000	3.04%

Source : nos calculs d'après les données recueilles.

Parts de marché en quantité de chaque société (flacon d'insuline)



Source : nos calculs d'après les données recueillies.

Les données précédentes font ressortir que les parts de marchés des sociétés en valeur ont connu une évolution durant les 10 dernières années, passant d'une dominance de la société SOTHEMA jusqu'à fin 2004, à une répartition du marché à fin avril 2011 entre les sociétés : 48,85% pour LAPROPHAN, 47,18% pour SOTHEMA et 3,97% pour POLYMEDIC.

En quantité, le marché hospitalier de l'insuline a connu la même évolution avec des parts de marché à fin avril 2011 de 52,20% pour LAPROPHAN, 44,76% pour SOTHEMA et 3,04% pour POLYMEDIC.

Partant de ce qui précède, le Conseil considère que le marché hospitalier de l'insuline est un marché duopolistique, où LAPROPHAN/NOVO NORDISK et SOTHEMA se partagent le marché. La société POLYMEDIC détient une faible part de marché acquise lors de l'unique appel d'offres qu'elle a remporté en 2006.

Chapitre quatre : Positions réciproques des acteurs du marché

Le chapitre quatre traitera des positions des demandeurs (I), des défendeurs (II) ainsi que celles des autres intervenants au niveau du marché pertinent (III).

I- Position des demandeurs : CCIS de Casablanca et SOTHEMA :

Dans sa lettre adressée au Conseil de la Concurrence, le Président de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca a souligné que la société SOTHEMA reproche à NOVO NORDISK, d'une part, sa position dominante en pratiquant des prix qu'elle qualifie de « prédateur » et d'autre part, de pratiquer du dumping, à l'occasion de l'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de 2,5 millions de flacons de l'insuline.

Suite à son audition, la SOTHEMA a avancé que le laboratoire NOVO NORDISK a abusé de sa position dominante en pratiquant un prix prédateur de 19,18 DH le flacon d'insuline, par le bais de son distributeur unique LAPROPHAN.

Ce prix, selon SOTHEMA, est conforme à la politique de NOVO NORDISK qui consiste à proposer des prix préférentiels pour les pays en voie de développement. Il est en baisse d'environ de moins de 32% par rapport à sa dernière soumission en 2009 (28DH/flacon).

La SOTHEMA estime que: « cette baisse abusive des prix de l'insuline s'inscrit dans le cadre de la stratégie de NOVO NORDIK qui a déclaré que dans 32 pays en développement, les prix de l'insuline correspondent à seulement 20% de ceux pratiqués en Europe. Cette réduction est compensée par les prix élevés pratiqués par NOVO NORDISK dans plusieurs pays européens et au Danemark ».

La société SOTHEMA a affirmé que « suite à une enquête menée par ses services, et en guise de comparaison, NOVO NORDISK a perdu en 2008 contre le laboratoire Eli Lilly dans le cadre d'un appel d'offres de 54 millions de dollars US lancé par le Brésil pour l'achat de l'insuline. Le prix de soumission de NOVO NORDISK a été de plus de 5 dollars US le flacon (37 dirhams), soit le double du prix de soumission au Maroc ».

Malgré l'importance de ce gros marché, NOVO NORDISK n'a pas osé brader les prix devant Eli Lilly.

De plus, NOVO NORDISK, selon SOTHEMA, « possède la plus grande usine de fabrication de l'insuline en Amérique ayant mobilisé un investissement de 250 millions de dollars US. Comment n'a-t-il pas pu remporter l'appel d'offre au Brésil même s'il a la possibilité de réaliser d'importantes économies d'échelles grâce à son insuline brésilienne ?. Alors qu'au Maroc, NOVO NORDISK a pu soumissionner à 19,18dhs le flacon, un prix auquel il faut soustraire les charges du transport, la marge de LAPROPHAN ainsi que toutes les autres charges de stockage et de dédouanement ».

Elle a avancé que NOVO NORDISK a été poursuivie en 2010 par la cour suprême du Brésil pour pratique du prix prédateur et ce, suite à une enquête conduite par le service brésilien de défense commerciale sur la base de soupçons de pratiques de dumping sur

l'insuline. Cette décision a été annulée par le tribunal fédéral pour vice de forme.

Dans le même ordre d'idée, la SOTHEMA précise « qu'au début des années 2000, l'agence danoise AMGROS (chargée des achats des médicaments pour le secteur public) et l'université de médecine de Copenhague, ont réussi à imposer à NOVO NORDISK d'importantes baisses de prix de médicament destiné au Danemark. Elles contestaient les prix anormalement élevés au Danemark comparés à ceux pratiqués dans les pays en développement. Selon l'agence AMGROS et l'université de médecine de Copenhague, les écarts sont parfois de 60% »[24]

S'agissant de la politique poursuivie par NOVO NORDISK en matière de prix, SOTHEMA prétend qu'elle a réalisé une analyse comparative des prix pratiqués par ce laboratoire dans les appels d'offres publics de l'insuline au Danemark et a constaté qu'ils sont largement supérieurs à ceux pratiqués au Maroc. Ceci, démontre, selon SOTHEMA, l'intention de NOVO NORDISK de l'exclure du marché pertinent de l'insuline.

Pour ce qui est des prix pratiqués par la SOTHEMA, ses responsables ont souligné l'effort fourni par la société depuis l'année 2006 pour baisser ses offres financières. Cette baisse vient après le changement de son fournisseur Eli Lilly (……) par le laboratoire ……

A ce sujet, SOTHEMA achetait au début sa matière première (……)

Le prix de revient de l'insuline de SOTHEMA varie, selon ses responsables, entre (……)

Ce prix doit être complété par les frais généraux qui sont de ……

Les représentants de la société ont précisé qu'ils font appel à leur fournisseur de matière première, …… pour lui demander des efforts en termes de prix et de conditions et ce, en fonction des quantités demandées.

Le dernier appel d'offre n°01/2011 /DA/CS/PRG réalisé par le Ministère de la Santé en avril 2011 pour l'achat de 1,6 millions de flacons d'insuline, après l'appel d'offre n°6 objet de la présente saisine, a été remporté par la société SOTHEMA avec un prix de 18,43dhs/flacon.

Pour la société SOTHEMA, le prix présenté dans cet appel d'offre s'explique par le fait que son fournisseur de matières premières: « ……

De même, la SOTHEMA a noté qu'elle a……

Le prix d'achat accordé par le fournisseur

II- Position des défendeurs :

24 PV d'audition.

Lors de la réunion tenue le 24 Décembre 2010, le Directeur Général de NOVO NORDISK PHARMA S.A.S. au Maroc, a précisé qu'en application de l'accord de partenariat conclu avec LAPROPHAN, la société participe aux appels d'offres lancés par le Ministère de la Santé pour l'achat de flacons d'insuline.

NOVO NORDISK fixe les offres financières en coordonnant avant chaque appel d'offres avec LAPROPHAN.

Les prix proposés par NOVO NORDISK PHARMA S.A.S. MAROC et LAPROPHAN sont arrêtés en fonction des quantités demandées, conformément aux orientations fixées par NOVO NORDISK.

Pour le Directeur Général, le prix de 19,18 DH/flacon proposé lors de l'offre n°6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé, garantit largement la marge bénéficiaire de NOVO NORDISK ainsi que celle de la société LAPROPHAN qui varie entre 15 et 20% de l'offre financière.

De même, il a noté que la société SOTHEMA a déjà gagné l'A.O n°05/2008/DA/INV par une offre financière de 19,78 DH/flacon et ce, pour des quantités moins importantes que celles demandées par l'AO n°6/2010/DA/CS/PP objet de la saisine.

La société a précisé également que les prix de l'insuline ont connu une baisse continue au niveau du marché mondial (Exemple, en Afrique du Sud le prix de l'insuline a baissé de 12 à 3 dollars/flacon et la région d'Aquitaine en France a acheté par A.O des flacons d'insuline à 0,9 euro/unité).

De même, le Directeur Général de NOVO NORDISK PHARMA S.A.S. au Maroc a souligné que NOVO NORDISK et SOTHEMA soumissionnent dans des appels d'offres lancés par le Gouvernement du Yémen pour l'achat de l'insuline.

A ce sujet et dans un A.O réalisé en 2010 pour l'achat de 350.000 flacons d'insuline, les laboratoires SOTHEMA et NOVO NORDISK ont soumissionné respectivement par des prix de 2,78 dollars (22.60dhs) et de 2,74 dollars/flacon (22,30dhs)[25].

En 2010, NOVO NORDISK a remporté un appel d'offres lancé par le gouvernement brésilien pour l'achat d'une quantité de 15.5 millions de flacons avec un prix de 1,7 dollars US (soit près de 14DH).

Ces données, selon NOVO NORDISK, démontrent que les prix proposés par LAPROPHAN/ NOVO NORDISK pour les appels d'offres de l'insuline suivent cette tendance mondiale.

B- LAPROPHAN :

Le Secrétaire Général de la société LAPROPHAN, a souligné que son commettant NOVO NORDISK, à l'instar de sa politique au niveau international, pratique des prix préfé

25 Le dollar à cette période était aux environs de 8.14 dirhams.

rentiels dans les appels d'offres, qui varient suivant l'importance des quantités de l'appel d'offres.

Actuellement, le tarif appliqué pour l'ensemble des pays émergents, dans le cadre de l'initiative LEAD (leadership for education and acces to diabetes care), est de l'ordre de 2 dollars pour des quantités similaires à celles achetées par l'Etat Marocain[26].

Il a précisé également que le prix d'achat de l'insuline de NOVO NORDISK par LAPROPHAN a baissé durant ces dernières années. Lors du dernier appel d'offres, objet de la saisine, le prix d'achat de l'insuline était ……[27]. Ce prix d'achat est majoré d'une marge de l'importateur qui est de près de 20% et des frais de magasinage et de transport et ce, pour arriver à un prix de soumission de 19,18 DH/flacon.

En conséquence, LAPROPHAN note que les prix proposés dans les appels d'offres du Ministère de la santé étaient parfaitement conformes tant à l'historique, qu'à la réalité du marché ou aux prix similaires pratiqués à travers le monde par son commettant NOVO NORDISK

III- Position des autres intervenants :

A- POLYMEDIC :

Le président de la société POLYMEDIC a déclaré que le marché hospitalier de l'insuline a été caractérisé entre 2002 et 2004, par l'intervention de SOTHEMA en tant que seul fournisseur de l'insuline 40UI/ML……

A partir de juin 2004, date d'entrée en vigueur de la décision de commercialiser uniquement l'insuline 100 UI/ml, « ……
…….».

En 2006, POLYMEDIC a soumissionné à l'appel d'offres du Ministère de la Santé n°01/2006/DA/CH SEGMA pour l'acquisition de 590.000 flacons et l'a remporté à un prix

de 36,20DH/flacon. Ceci a permis, selon POLYMEDIC,……..

Cette participation de POLYMEDIC a fait économiser à l'Etat un montant qui varie entre 6 à 7 millions de DH.

Selon le Président de POLYMEDIC, les deux sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN, suite a cet appel d'offre, ont exploité leur position dans le marché et « ..... »

Cette politique baissière des prix a été appliquée par les deux concurrents jusqu'à la sortie de POLYMEDIC du marché de l'insuline en 2007, enregistrant ainsi des prix de :

26 A noter que l'initiative LEAD de Novo Nordisk qui a débuté en 2001, était destinée aux 49 pays les moins avancés (PMA) suivant les critères des nations unies. Le principe de cette initiative était de vendre l'insuline, dans les PMA, à un coût qui ne devait pas excéder 20% du prix moyen de vente dans les pays industrialisés (Amérique du nord, Europe et Japon). Le Maroc ne fait pas partie de ces 49 pays.

27 Source : factures douane fournies par LAPROPHAN.

- 20.40 DH/flacon pour les trois types d'insuline par LAPROPHAN/NOVO NORDISK ;
- 19.78 DH/flacon pour l'insuline rapide et lente et 21.48 DH/flacon pour l'insuline mixte par SOTHEMA.

Selon son Président, POLYMEDIC a subi à cause de l'arrêt de sa production une perte qui est estimée à 4,5 millions de DH.

D'autre part, le Président de POLYMEDIC a précisé que .....

Cette conduite résulte de l'incapacité de SOTHEMA de produire les quantités importantes de l'insuline mixte dans les délais demandés par le Ministère de la Santé (l'insuline mixte représente 70% de la demande du Ministère et nécessite au moins 3 jours pour la fabriquer : période de cristallisation, fabrication, analyse et remplissage.).

Concernant l'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP, objet de la présente saisine, le Président de POLYMEDIC a déclaré que pour soumissionner à cet appel d'offres, il a saisi le Ministère de la Santé en février 2010 pour lui accorder une dérogation pour le changement du statut de l'AMM de l'insuline mixte en vue de l'importer.

Il a déposé ses dossiers technique et administratif pour l'appel d'offre en attendant l'accord du Ministère de la Santé.

De même, il a avancé qu'il a tenu une réunion avec les responsables du Ministère de la Santé pour les sensibiliser sur ....., et l'intérêt de lui accorder la dérogation pour les concurrencer et faire baisser les prix d'acquisition de l'insuline.

La demande de dérogation, ...
Informé du dépôt de la demande..... .....

Pour POLYMEDIC, les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN, après avoir cru qu'il va soumissionner à l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP, ont proposé des baisses consistantes par rapport au dernier appel d'offre n° 3/2010/DA/CS/PRG (SOTHEMA de 27,80 à 22,48 DH et-LAPROPHAN de 28 au 19,18 DH).

En guise de conclusion, POLYMEDIC recommande, pour garantir l'accessibilité des diabétiques aux médicaments, d'accorder des AMM d'importation aux opérateurs pharmaceutiques pour approvisionner le marché. Ceci aura un impact positif sur les prix de vente, que se soit au niveau du marché public ou privé qui connaît la pratique des prix exorbitants (SOTHEMA vend son insuline à 85 DH et LAPROPHAN à 196 DH).

B- Ministère de la Santé :

Pour l'achat de l'insuline destinée aux hôpitaux, le Ministère de la Santé procède par appel d'offres public.

Avant 2009, le Ministère de la Santé achetait les médicaments par plusieurs structures à savoir :

- la Division de l'Approvisionnement (structure attachée au Secrétaire Général dudit Ministère) pour les produits pharmaceutiques de fonctionnement ;

- la Direction de la Population pour les produits destinés aux programmes de planification familiale, santé scolaire et vaccins ;

- la Direction de l'Epidémiologie et de Lutte Contre les Maladies pour des produits destinés aux programmes de lutte contre les maladies transmissibles et non transmissibles ainsi que les produits d'hygiène du Milieu.

A compter de 2009 et conformément au plan d'action 2008–2012 de ce Département, les achats des produits pharmaceutiques se font de manière centralisée par la Division de l'Approvisionnement.

Selon les responsables du Ministère de la Santé, ce nouveau système d'acquisition (regroupement des achats, économie d'échelle, révision et réduction des prix d'achat), a fait économiser au Ministère en 2010 un montant de près de 330 MDH.

Le mode d'acquisition de l'insuline, se fait exclusivement par des appels d'offres ouverts aux laboratoires pharmaceutiques nationaux. Les dossiers d'appels d'offres (CPS et Règlement de la Consultation) sont préparés par les services de la Division de l'Approvisionnement et sont visés par la Trésorerie Ministérielle rattachée au Ministère de la Santé avant le lancement de chaque appel d'offres.

Concernant le déroulement des appels d'offres et conformément à l'article 34 du décret des marchés publics, une commission d'appel d'offres ouvert a été mise en place au sein du Ministère de la Santé dont les membres sont désignés par une décision ministérielle. En plus de son président, la commission comprend les membres de droit (Ministère de la Santé), auxquels s'adjoint obligatoirement un représentant de la Trésorerie Générale du Royaume.

La sous commission technique, qui est composée de pharmaciens inspecteurs assermentés et préparateurs en pharmacie, vérifient la concordance des CPS avec les désignations, le dosage, le conditionnement et la validité des autorisations de mise sur le marché des médicaments concernés par l'appel d'offres.

La Division de l'Approvisionnement procède au regroupement des achats des produits pharmaceutiques par le biais d'appels d'offres allotis (Diminution du nombre d'appels d'offres) et ce, en application des recommandations de l'Inspection Générale des Finances.

Pour l'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP, le Ministère de la Santé a précisé que les laboratoires SOTHEMA, LAPROPHAN et POLYMEDIC ont déposé leurs dossiers administratif et technique. Cependant, POLYMEDIC n'a pas présenté d'offres financières pour les lots d'insulines.

La Division d'Approvisionnement a souligné que le laboratoire POLYMEDIC a remporté un seul appel d'offres pour l'achat de l'insuline en 2006 où il a proposé un prix de

36,20DH/flacon.

De même, la responsable de la Division d'Approvisionnement a noté que suite à cet appel d'offres, POLYMEDIC a été évincé du marché de l'insuline par les deux concurrents qui ont continué à faire baisser les prix dans les appels d'offres lancés par le Ministère de la Santé en proposant des offres de prix très proches.

Elle a précisé également, que son Département a constaté que les prix de soumission de SOTHEMA et LAPROPHAN ont augmenté après la sortie de POLYMEDIC du marché de l'insuline.

Ces prix, selon la responsable, restent conformes aux dispositions légales concernant les marchés publics, notamment celles relatives aux offres anormalement basses ou excessives par rapport aux estimations financières présentées par le Ministère de la Santé.

Chapitre cinq : Analyse concurrentielle du marché :

L'analyse concurrentielle du marché pertinent de l'insuline s'articule autour de deux points, le premier sera consacré, outre à la notion de position dominante individuelle à l'appréciation de la position de LAPROPHAN/NOVORDISK.

Le deuxième point compte présenter les facteurs révélant la position dominante collective de LAPROPHAN et SOTHEMA et les forts indices d'exploitation abusive de cette position par ces sociétés.

I- Par rapport à l'abus de position dominante individuelle de LAPROPHAN/NOVO NORDISK par la pratique du prix prédateur :

Pour analyser la pratique du prix prédateur, les autorités de la concurrence ont développé une méthodologie d'approche qui a été approuvée par la jurisprudence et la doctrine de concurrence au niveau international.

Cette procédure, qui sera suivie dans l'étude de notre cas, se décompose en trois étapes à savoir :

- Délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opèrent ;

- Déterminer la position que l'entreprise ou le groupe d'entreprises occupent sur ce marché ;

- Dans le cas où la position dominante est caractérisée, d'examiner la pratique de « prix prédateur » en vue de déterminer si elle présente un caractère abusif et anti-concurrentiel.

Ainsi, ne peut être examinée la pratique prétendument abusive mise en œuvre par une entreprise, dès lors qu'il est constaté que celle-ci n'est pas en position dominante sur un marché.

Concernant le marché pertinent de notre saisine, développé dans le point (I) du

chapitre trois, il s'agit du marché hospitalier de l'insuline approvisionné dans le cadre des appels d'offres réalisés par le Ministère de la Santé.

A- Appréciation de la position dominante individuelle de LAPROPHAN/ NOVO NORDISK sur le marché pertinent :

1 – Concernant la notion de position dominante :

Avant de passer à l'analyse des faits concernant le cas d'espèce, il y a lieu de mentionner d'emblée la notion de position dominante ainsi que sa caractérisation par la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence.

Au terme de l'article 7 de la loi 06-99 : « 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.

L'abus peut notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Il peut consister également à imposer directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale.

L'abus peut consister aussi en offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer un marché, ou d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou l'un de ses produits ».

A l'instar de plusieurs textes de concurrence au niveau international, la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence n'a pas défini explicitement la position dominante. Néanmoins, le seul indicateur donné par ladite loi au sujet de l'appréciation de la position dominante, est prévu dans le titre IV relatif aux opérations de concentration économique qui prévoit dans son article 10, le seuil de 40% de part du marché pour la notification du projet de concentration.

Le législateur soumet à l'accord préalable du Premier Ministre tout projet de concentration qui dépasse les 40%, en considérant que le dépassement de ce seuil pourrait porter atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante.

Dans le même sens, la jurisprudence et la doctrine au niveau international ont défini la position dominante comme : « la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte

du comportement et de la réaction de ses concurrents»[28].

L'élément important de cette définition est le critère de l'autonomie de comportement de l'entreprise au niveau du marché pertinent, indépendamment de celui de ses concurrents et, in fine, des consommateurs.

Le principe de l'autonomie, confirmé par la Cour de Cassation en France[29], a pour objectif d'évaluer le pouvoir de marché d'une entreprise, c'est-à-dire sa capacité à augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel, et donc de se comporter de manière indépendante.

2- Position de LAPROPHAN/NOVONORDISK sur le marché pertinent :

En vue d'apprécier la position dominante des sociétés LAPROPHAN/NOVO NORDISK, il y a lieu d'analyser la part du marché détenue ensemble, en tant qu'un seul soumissionnaire, dans le marché pertinent.

a- Critères de calcul des parts de marché :

Le calcul des parts de marché a pour objectif de déterminer les rapports de force sur un marché pertinent donné. La doctrine et les autorités de la concurrence considèrent que le chiffre d'affaires constitue le critère de référence pour ledit calcul. Toutefois, d'autres éléments peuvent également être utiles pour apprécier le pouvoir de marché, tel que l'indique la communication de la Commission Européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence[30].

Celle-ci souligne que : «si les ventes sont généralement la référence pour calculer des parts de marché, il y a néanmoins d'autres références, selon les produits ou l'industrie spécifiques en question, qui peuvent offrir l'information utile, telles que, notamment, la capacité, le nombre d'opérateurs dans l'offre des marchés, les unités de flottes dans le cas de l'aérospatial ou des réserves tenues dans le cas des secteurs tels que l'exploitation minière.

Par expérience, on sait que les ventes en volume et en valeur sont une information utile. En présence de produits différenciés, on considère souvent que les ventes en valeur et la part de marché correspondante, donnent une meilleure idée de la position et de la puissance relatives de chaque fournisseur».

Dans notre cas, la période appréhendée couvre les appels d'offre lancés par le Ministère de la Santé depuis l'année 2001. Pendant cette période, il y a lieu d'examiner

28 Définition soulignée dans deux arrêtés de référence de la Cour de Justice de l'Union Européenne : l'arrêt United Brands (14 février 1978) et l'arrêt Hoffman-la-Roche (13février 1979). De même, les autorités de la concurrence, notamment française et tunisienne ont adopté cette définition.

29 Arrêt de la Cour de Cassation en date du 30 mai 2000 relatif au pourvoi formé par la société Canal Plus contre l'arrêt rendu le 15 juin 1999 par la Cour d'Appel de Paris relatif au recours formé par la S.A Canal Plus et la SNC Télévision par satellite (TPS) contre la décision n°98-D-70 du Conseil de la concurrence en date du 24 novembre 1998 : « …. que la position dominante est caractérisée par le fait pour une entreprise de pouvoir faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et de pouvoir adopter un comportement indépendant vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients … ; ».

30 Journal Officiel de la Communauté Européenne (JOCE) : n° C372 du 9 décembre 1997.

l'évolution de la part de marché détenue par LAPROPHAN/NOVO NORDISK en quantité et en valeur sur l'ensemble du marché pertinent.

b- Part de LAPROPHAN/NOVO NORDISK dans le marché hospitalier de l'insuline :

L'examen du marché hospitalier de l'insuline, développé dans le point II du chapitre trois relatif à l'analyse économique du marché, a montré que c'est un marché duopolistique, où LAPROPHAN/NOVO NORDISK détiennent 48,85% des parts du marché en valeur et la SOTHEMA dispose de 47,18% des parts de marché.

La société POLYMEDIC détient 3,97% des parts de marché issues de l'unique appel d'offres qu'elle a remporté en 2006.

En quantité, les parts de marché sont de 52,20% pour LAPROPHAN/NOVO NORDISK, 44,76% pour SOTHEMA et 3,04% pour POLYMEDIC.

Au vu de ce qui précède, nous considérons que les deux soumissionnaires LAPROPHAN/NOVO NORDISK et SOTHEMA sont en position dominante au niveau du marché pertinent.

Partant de ce constat, la question se pose de savoir si NOVO NORDISK/ LAPROPHAN ont abusé de leur position dominante par la pratique du prix prédateur, comme le réclame la société SOTHEMA?

B- Par rapport à la pratique du prix prédateur :

Le prix prédateur est défini comme « un prix qui a pour objet ou effet d'évincer un opérateur sur le marché et non simplement d'éliminer un produit ou une catégorie de produits »[31].

Autrement dit, la prédation consiste pour une entreprise en position dominante à mettre en œuvre une politique de prix bas, potentiellement génératrice de pertes, ne poursuivant d'autre finalité que celle d'éliminer les concurrents pour pouvoir ensuite tirer profit de la réduction de la concurrence qui en résulte.

Il n'est cependant pas interdit à un opérateur, même dominant, de procéder à un ajustement des prix en baissant ses prix pour maintenir sa position sur le marché.

Concernant la procédure d'appréciation du prix prédateur, les autorités de la concurrence et la doctrine l'ont déterminé, depuis les arrêts de référence AKZO (3 juillet 1991)[32] et Tetra Pak (14 novembre 1996)[33], à l'aune de critères de prix fondés sur les coûts encourus par l'entreprise dominante et sur la stratégie de celle-ci d'éliminer la concurrence.

31 Décision du Conseil de la Concurrence français, n°97-A-18.

32 CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes.

33 CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-333/94, Tetra Pak International contre Commission des Communautés européennes.

Concernant les coûts de NOVO NORDISK :

Le Directeur Général de NOVO NORDISK PHARMA S.A.S.au Maroc, a informé le Conseil qu'il ne dispose pas d'éléments nécessaires pour déterminer le coût de revient moyen d'un flacon d'insuline fabriqué par NOVO NORDISK, qui diffère, selon lui, d'un lot à un autre.

Cependant, il a avancé que le prix de soumission dans l'appel d'offres objet de la saisine (19,18 DH/flacon) garantit largement la marge bénéficiaire de NOVO NORDISK ainsi que celle de la société LAPROPHAN qui varie entre 15 et 20% de l'offre financière.

Aussi, il a noté que la société SOTHEMA a déjà gagné l'A.O n°05/2008/DA/INV réalisé par le Ministère de la Santé en 2007 par une offre financière de 19,78 DH/flacon et ce pour des quantités moins importantes que l'AO n°6/2010/DA/CS/PP.

De sa part, le Secrétaire Général de LAPROPHAN a précisé que le prix d'achat de l'insuline de NOVO NORDISK par LAPROPHAN a baissé durant ces dernières années. Lors du dernier appel d'offres, objet de la saisine, le prix d'achat de l'insuline était ……[34]. Ce prix d'achat est majoré d'une marge de l'importateur qui est de près de 20% et des frais de magasinage et de transport et ce, pour arriver à un prix de soumission de 19,18 DH/flacon.

Au vu de ce qui précède, le Conseil n'a pas pu obtenir des données sur le coût de fabrication de l'insuline par NOVO NORDISK. Les seules informations fournies concernent les prix d'achat par LAPROPHAN et les déclarations des responsables des deux sociétés sur les baisses des prix de l'insuline au niveau international.

De même, NOVO NORDISK et LAPROPHAN confirment que le prix de soumission de 19,18 DH/flacon garantit leurs marges bénéficiaires.

Concernant la volonté d'éviction de la SOTHEMA du marché :

La jurisprudence et la doctrine de concurrence au niveau international ont confirmé que l'entreprise en position dominante doit fixer ses prix sans tenir compte des autres concurrents à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme. Cette politique de prédation aura pour but d'évincer un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché, afin de remonter ultérieurement ses prix pour récupérer ses pertes.

Pour notre cas, les prix de soumission de LAPROPHAN/NOVO NORDISK lors des appels d'offres, montrent que ces sociétés n'ont pas pu adopter un comportement individuel et autonome sans tenir compte des conduites de leur concurrent, en l'occurrence SOTHEMA, et leurs prix étaient toujours proches.

34 Source : factures douane fournies par LAPROPHAN.

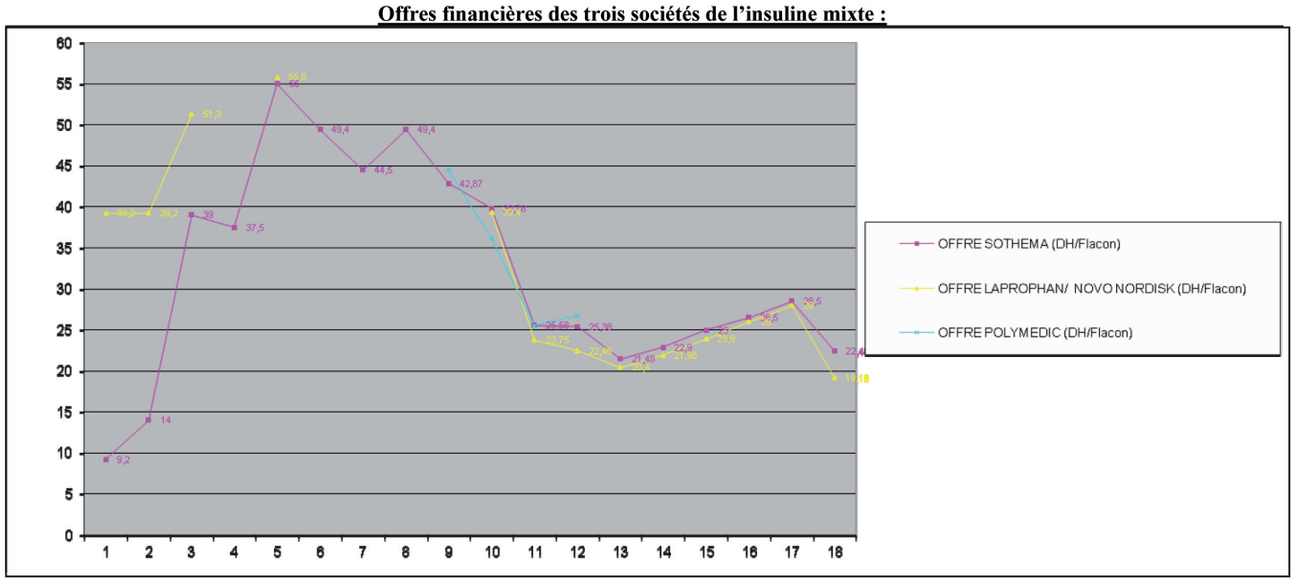
Cette politique d'alignement est explicitement exposée dans les tableaux et les graphes suivants, relatifs aux offres financières des sociétés pour les trois types d'insuline :

Offres financières des trois sociétés et prix d'achat de l'insuline mixte :

N° Marché	APPEL D'OFFRES INSULINE MIXTE	OFFRE SOTHEMA (DH/Flacon)	OFFRE LAPROPHAN/ NOVO NORDISK (DH/Flacon)	OFFRE POLYMEDIC (DH/Flacon)	PRIX D'ACHAT (DH/Flacon)
1	1/2001/DA/CH SEGMA SOTHEMA	9.20	39.20		9,20
2	MARCHE CADRE NEGOCIE N° 99/2001	14,0	39.20		14,0
3	MARCHE NEGOCIE 110/2002 SOTHEMA	39.00	51.30		39.00
4	17/2003/DA/CH SEGMA SOTHEMA	37.50			37.50
5	05/2004/DA/INV LAPROPHAN	55.00	55.80		55.00
6	21/2004/DA/INV	49.40			44.70
7	MARCHE NEGOCIE 137/2004 SOTHEMA	44.50			44.50
8	01/2005/DA/CH SEGMA LAPROPHAN	49.40			49.40
9	05/2006/DA/INV	42.87		44.48	42.87
9	01/2006/DA/CH SEGMA	39.78	39.40	36.20	36.20
10	16/2006/DA/CH SEGMA	25.58	23.75	25.49	23.75
11	20/2007/DA/INV LAPROPHAN	25.38	22.46	26.79	22.46
12	AO 05/2008/DA/INV LAPROPHAN	21.48	20.40		20.40
13	AO 15/2008/DA/INV LAPROPHAN	22.90	21.95		21.95
14	A/O 11/2008/DA/CH SEGMA LAPROPHAN	25.00	23.90		23.90
15	A/O N° 11/2009/DA/CS/PP LAPROPHAN	26.50	26.00		26.00
16	A/O N° 3/2010/DA/CS/PRG LAPROPHAN	28.50	28.00		28.00
17	AO N° 6/2010/DA/CS/PP LAPRO-PHAN	22.48	19.18		19.18
18	A/O N° 01/2011 /DA/CS/PRG SOTHEMA	18.43	19.18		18.43

Source : M.S.

Offres financières des trois sociétés de l'insuline mixte :

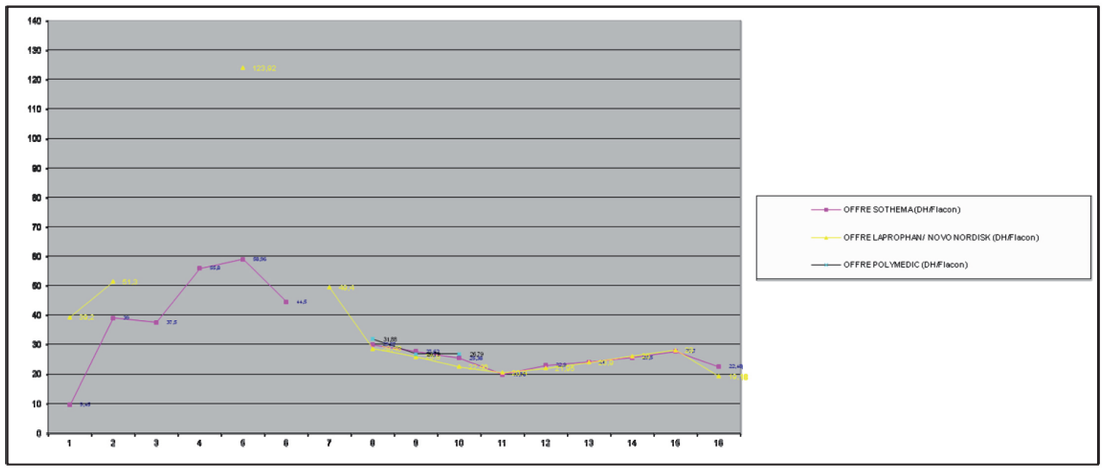


Offres financières des trois sociétés et prix d'achat de l'insuline simple :

N° Marché	APPEL D'OFFRES INSULINE SIMPLE	OFFRE SOTHEMA (DH/Flacon)	OFFRE LAPROPHAN/ NOVO NORDISK (DH/Flacon)	OFFRE POLYMEDIC (DH/Flacon)	PRIX D'ACHAT (DH/Flacon)
1	1/2001/DA/CH SEGMA SOTHEMA	9.45	39.20		9,45
2	MARCHE CADRE NEGOCIE N° 110/2002	39.00	51.30		39.00
3	17/2003/DA/CH SEGMA SOTHEMA	37.50			37.50
4	05/2004/DA/INV SOTHEMA	55.80			55.80
5	08/2004/DA/CH SEGMA SOTHEMA	58.96	123.92		58.96
6	MARCHE NEGOCIE 137/2004 SOTHEMA	44.50			44.50
7	01/2005/DA/CH SEGMA LAPROPHAN		4940		49.40
8	05/2007/DA/INV LAPROPHAN	29.97	28.48	31.88	28.48
9	AO 15/2007/DA/INV LAPROPHAN	27.62	25.80	26.79	25.80
9	AO 20/2007/DA/INV LAPROPHAN	25.38	22.46	26.79	22.46
10	AO 05/2008/DA/INV SOTHEMA	19.78	20.40		19.78
11	AO 15/2008/DA/INV LAPROPHAN	22.90	21.95		21.95
12	A/O 11/2008/DA/CH SEGMA LAPROPHAN	24.00	23.90		23.90
13	A/O N° 11/2009/DA/CS/PP SOTHEMA	25.50	26.00		25.50
14	A/O N° 3/2010/DA/CS/PRG SOTHEMA	27.70	28.00		27.70
15	AO N° 6/2010/DA/CS/PP LAPROPHAN	22.48	19.18		19.18
16	A/O N° 01/2011 /DA/CS/PRG SOTHEMA	18.43	19.18		18.43

Source : M.S.

Offres financières des trois sociétés de l'insuline simple

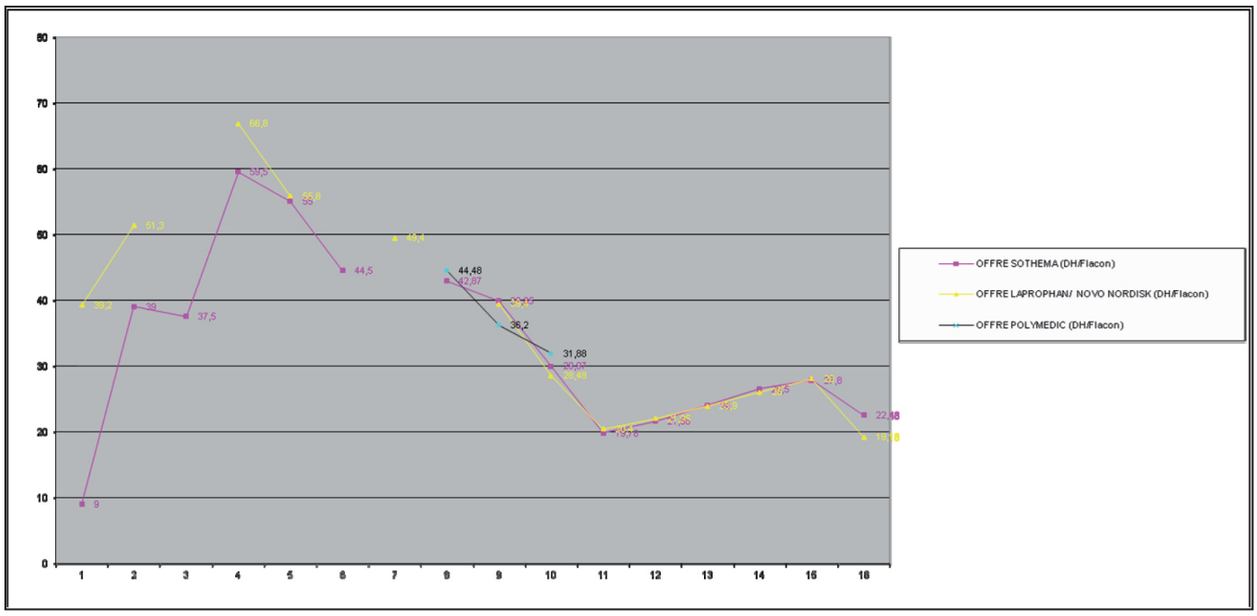


Offres financières des trois sociétés et prix d'achat de l'insuline rapide

N° Marché	APPEL D'OFFRES RAPIDE	OFFRE SOTHEMA (DH/Flacon)	OFFRE LAPROPHAN/ NOVO NORDISK (DH/Flacon)	OFFRE POLYMEDIC (DH/Flacon)	PRIX D'ACHAT (DH/Flacon)
1	1/2001/DA/CH SEGMA SOTHEMA	9.00	39.20		9,00
2	MARCHE NEGOCIE 110/2002 SOTHEMA	39.00	51.30		39.00
3	17/2003/DA/CH SEGMA SOTHEMA	37.50			37.50
4	MARCHE NEGOCIE	59.50	66.80		59.50
5	05/2004/DA/INV LAPROPHAN	55.00	55.80		55.00
6	MARCHE NEGOCIE 137/2004 SOTHEMA	44.50			44.50
7	01/2005/DA/CH SEGMA LAPROPHAN		49.40		49.40
8	05/2006/DA/INV SOTHEMA	42.87		44.48	42.87
9	01/2006/DA/CH SEGMA POLYMEDIC	39.85	39.40	36.20	36.20
9	05/2007/DA/INV LAPROPHAN	29.97	28.48	31.88	28.48
10	AO 05/2008/DA/INV SOTHEMA	19.78	20.40		19.78
11	AO 15/2008/DA/INV LAPROPHAN	21.56	21.95		21.56
12	A/O 11/2008/DA/CH SEGMA LAPROPHAN	24.00	23.90		23.90
13	A/O N° 11/2009/DA/CS/PP SOTHEMA	26.50	26.00		26.00
14	A/O N° 3/2010/DA/CS/PRG SOTHEMA	27.80	28.00		27.80
15	AO N° 6/2010/DA/CS/PP LAPROPHAN	22.48	19.18		19.18
16	A/O N° 01/2011 /DA/CS/PRG SOTHEMA	18.43	19.18		18.43

Source : M.S.

Offres financières des trois sociétés de l'insuline rapide



Aussi, les offres financières présentées par la SOTHEMA soulèvent les observations suivantes :

- La société SOTHEMA a pu suivre la tendance baissière ou haussière des prix de soumission sans être écarté du marché hospitalier de l'insuline.

- La SOTHEMA a déjà remporté l'A.O n°05/2008/DA/INV réalisé en 2007 avec un prix de 19,78 DH/flacon et ce pour des quantités moins importantes (2 millions de flacons) que l'A.O n°6/2010, objet de la saisine.

Pour les responsables de la SOTHEMA, la société « a été contrainte de baisser considérablement les prix de soumission pour préserver la fabrication locale de l'insuline quand elle a appris que le laboratoire POLYMEDIC a l'intention d'importer l'insuline en produits finis à des prix défiant toute concurrence. SOTHEMA agit par principe de n'autoriser aucune autre importation de produits finis.

Pour rendre la baisse de sa soumission possible, SOTHEMA fait appel à son fournisseur de matières premières pour lui demander des efforts en termes de prix et de conditions. Elle peut également profiter d'un cours favorable du dollar ou d'un stock antérieur de cristaux suffisant, constitué à des tarifs convenables ».

De même, il est important d'émettre les remarques suivantes :

- Les prix de la matière première achetée par la SOTHEMA a baissé de moins de 43% depuis 2006 jusqu'à 2010, alors que ses offres financières ont enregistré des hausses depuis 2008 jusqu'à l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP, objet de la présente saisine, de :

- +8.02dhs pour l'insuline rapide, soit + 40,45% (27,80 dhs/flacon);
- + 7.02dhs pour l'insuline mixte, soit + 32,68% (28,50 dhs/flacon);
- + 7.92dhs pour l'insuline lente, soit + 40,04% (27,70 dhs/flacon).

• Au niveau international, les sociétés SOTHEMA et NOVO NORDISK ont soumissionné dans les appels d'offres d'achat d'insuline lancés par le Gouvernement du Yémen.

Lors d'un A.O réalisé en 2010 pour l'achat de 350.000 flacons d'insuline et remporté par NOVO NORDISK, les laboratoires SOTHEMA et NOVO NORDISK ont présenté respectivement des prix de 2,78 dollars (22.60dhs) et de 2,74 dollars/flacon (22,30dhs)[35]. Alors que pour l'A.O lancé par le Ministère de la Santé marocain en 2010 (A.O n°3/2010/DA/CS/PRG) pour une quantité de 683.000 flacons, les deux sociétés ont présenté les prix suivants :

• NOVO NORDISK par le biais du laboratoire LAPROPHAN : 28dhs /flacon ;
• SOTHEMA :
- 27,80dhs /flacon pour l'insuline rapide.
- 28,50dhs /flacon pour l'insuline mixte.
- 27,70dhs /flacon pour l'insuline simple.

Ceci montre que la société SOTHEMA pour des quantités moins que celles demandées par le Ministère de la Santé, a soumissionné par un prix inférieur de -5,40dhs/flacon (soit–19%), auquel il faut ajouter les frais du fret.

Pour NOVO NORDISK, les prix de l'insuline ont connu une baisse continue dans les appels d'offre publics au niveau du marché mondial, et la société a remporté en 2010 un appel d'offre lancé par le gouvernement brésilien pour l'achat d'une quantité de 15.5 million de flacons avec un prix de 1,7 dollars US (soit près de 14DH).

Au vu de ce qui précède, le Conseil de la Concurrence considère que le comportement de LAPROPHAN/NOVO NORDISK dans le marché, à travers leurs prix de soumission dans les appels d'offres du Ministère de la Santé, ne vise pas l'élimination de la SOTHEMA du marché hospitalier de l'insuline. Il s'inscrit surtout dans le cadre de la baisse des prix de l'insuline enregistré aux niveaux national et international.

De même, la SOTHEMA a pu suivre cette fluctuation et a remporté des lots d'insuline avec des prix concurrentiels.

Attendu, en premier lieu, le manque de données fournies par NOVO NORDISK concernant le coût de flacon d'insuline ;

Considérant, en deuxième lieu, le prix d'achat de LAPROPHAN de l'insuline de NOVO NORDISK de 15,80 DH/flacon ;

35 Le dollar à cette période était aux environs de 8.14 dirhams.

Considérant, en troisième lieu, que la pratique de prix prédateur ne peut être établie, que si elle a pour objet ou effet d'évincer du marché l'entreprise qui prétend en être victime ; que, dans le cas d'espèce, l'existence d'une volonté d'éviction de la part de NOVO NORDISK/LAPROPHAN n'ayant pas été établie ;

Partant de ce qui précède et en application des dispositions de l'article 27 de la loi 06-99, le Conseil décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure d'examen du grief formulé par la société SOTHEMA.

Par ailleurs et lors de son analyse du marché pertinent, le Conseil de la Concurrence a constaté la position dominante collective de SOTHEMA et LAPROPHAN et a relevé un faisceau d'indices qui révèlent que lesdites sociétés auraient exploitées abusivement leur position dominante.

II- L'analyse révèle de forts indices d'exploitation abusive par SOTHEMA et LAPROPHAN de leur position dominante collective :

Au début il est important de souligner que la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence, prévoit qu'une domination peut être détenue par une entreprise (individuelle) ou un groupe d'entreprise (collective).

A ce sujet, selon les différents critères reconnus par la jurisprudence et la doctrine en matière de concurrence[36], l'existence d'une position dominante collective n'est conçue que dans deux cas à savoir :

1- soit qu'il faut établir que les entreprises en position dominante ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs.

L'existence de liens structurels entre des entreprises d'une part, tels que des liens en capital ou encore des accords formalisés entre elles, et l'adoption d'une ligne commune d'action sur le marché d'autre part, suffisent à démontrer l'existence d'une position de dominance collective[37].

2- en l'absence de tels liens, la seule structure du marché peut permettre de mettre en évidence une position dominante collective, si les critères cumulatifs dégagés par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes dans son arrêt Airtours sont réunis, à savoir :

- la structure oligopolistique du marché ;
- la transparence du marché concerné ;

36 Notamment l'arrêt de référence AIRTOURS du 6 juin 2002 (affaire T-342/99).

37 CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge ; TPI, 7 octobre 1999, Irish Sugar ; Cour de cassation, 5 mars 1996, Total Réunion Comores ; cour d'appel de Paris, 30 octobre 2001, OMVESA ; Cour d'appel de Paris, 4 juin 2002, CFDT Radio Télé...

• la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune ;
• et enfin la non contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle.

Dans notre cas, l'analyse du marché hospitalier de l'insuline a montré que c'est un marché duopolistique partagé entre LAPROPHAN (48,85%) et SOTHEMA (47,18%), avec une faible part de POLYMEDIC (3,97%).

De même, le Président de la société POLYMEDIC a déclaré que SOTHEMA et LAPROPHAN ont exploité leur position dominante sur le marché pertinent, par des pratiques préjudiciables à la concurrence transparente en vue de l'évincer du marché de l'insuline.

Partant de ce qui précède, le Conseil a décidé, dans le cadre de sa mission de défense de l'ordre public économique d'examiner l'exploitation par SOTHEMA et LAPROPHAN de leur position dominante collective sur le marché hospitalier de l'insuline.

A- Les facteurs révélant une position dominante collective :

En vue d'évaluer la position dominante collective des sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN au niveau du marché hospitalier de l'insuline, il y a lieu de s'assurer de la réunion des conditions précitées.

a- Sur la structure oligopolistique du marché hospitalier de l'insuline :

L'analyse des données relatives aux parts de marché montre que le marché pertinent de l'insuline est un marché duopolistique, constitué de SOTHEMA et LAPROPHAN qui couvrent près de 96% du marché.

L'application de l'Indice de Herfindahl-Hirschmann[38] au marché pertinent de l'insuline montre que :

Les laboratoires LAPROPAHN et SOTHEMA détiennent respectivement 48% et 47% des parts de marché soit: 472 + 482 = 4513 points.

La somme des points cumulés par les deux premiers opérateurs montre que le marché public de l'insuline est très concentré ; et le risque de l'existence de pratiques qui affectent la concurrence au niveau du marché est possible.

Par ailleurs, sur les 23 appels d'offres lancés par le Ministère de la Santé, le laboratoire POLYMEDIC n'a soumissionné que dans 6 appels d'offres soit 27%, et que sur les 55 lots, ledit laboratoire n'a remporté que 2 lots en 2006 soit 3,8%.

38 Le principe de l'indice de Herfindahl-Hirschmann, (IHH) : Faire la somme des parts de chacun des opérateurs sur le marché considéré, élevée au carré est un indice mesurant la concentration du marché.
Il est établi en additionnant le carré des parts de marché (généralement multipliées par 100) de toutes les entreprises du secteur considéré. Plus l'IHH d'un secteur est fort, plus la production est concentrée.
L'IHH est utilisé en droit de la concurrence par les autorités de concurrence à deux titres : en valeur absolue et en variation. On distingue habituellement trois zones :

• IHH inférieur à 1000 points: secteur peu concentré, présentant peu de risques de problèmes ;
• IHH compris entre 1000 et 2000 points : marché pouvant présenter des risques en présence de certains facteurs ;
• IHH supérieur à 2000 points problèmes sérieux compte tenu de la concentration du marché.

De même, les deux premières sociétés qui soumissionnent dans les appels d'offres, SOTHEMA et LAPROPHAN, ont remporté respectivement ensemble 96,03% du montant du marché hospitalier de l'insuline et 96,96% des quantités dudit marché.

En outre, nous constatons que le marché de l'insuline est à caractère fermé et ce, en raison de fortes barrières à l'entrée, dues essentiellement à l'obligation d'obtenir une

AMM ainsi qu'aux autres conditions liées aux spécificités du secteur pharmaceutique (interdiction d'importation en cas d'existence de production locale, stock, bonnes pratiques de fabrication, marketing...).

b - Sur la transparence du marché concerné :

Les laboratoires qui soumissionnement dans les appels d'offres d'insuline ont une parfaite connaissance des opérateurs qui exercent au niveau de ce marché et ce, par l'obligation de disposer d'une AMM exigée par le code du médicament et de la pharmacie.

De même, chaque membre du duopole dominant connait le comportement de l'autre opérateur au niveau du marché pertinent, notamment en matière des prix pratiqués dans les appels d'offres précédents. Ceci leur permet de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne de conduite.

Les offres financières de ces sociétés montrent explicitement qu'elles ont adopté un même comportement (tendance baissière ou haussière des prix proposés). Cela confirme que la transparence du marché pertinent, permet à chaque société membre du duopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de l'autre société.

Cette condition de transparence du marché a été retenue tant par la Commission et les juridictions communautaires. C'est ce qui est affirmé dans l'affaire IMPALA (TPICE, 13 juill. 2006, aff. T-464/04, Impala c/Commission), en ces termes : « Ainsi, en particulier, un alignement étroit des prix sur une longue durée, surtout s'ils sont d'un niveau supra-concurrentiel, joint à d'autres facteurs typiques d'une position dominante collective, pourraient, en l'absence d'autre explication raisonnable, suffire à démontrer l'existence d'une position dominante collective »[39].

c - Sur la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune :

Considérant que la jurisprudence en matière de concurrence, notamment l'arrêt de référence « Airtours », énonce que : « pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à

39 Revue Lamy de la Concurrence. Octobre/Décembre. N° 13, 2007. P164.

dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative»[40].

Considérant qu'après l'introduction de la société POLYMEDIC dans le marché hospitalier de l'insuline, elle a remporté son unique appel d'offre n°1/2006/DA/CH SEGMA avec un prix de 36.20 DH/ flacon, soit une baisse par rapport aux offres financières de LAPROPHAN et de SOTHEMA de moins de 8,12% et de près de moins de 9,15%.

De même, l'offre financière de POLYMEDIC est la première présentée en dessous de 40DH/flacon et ce, en comparaison avec les autres prix proposés par les sociétés concurrentes depuis 2001.

Suite à cette action fortement concurrentielle visant à accroitre sa part de marché, une réaction des soumissionnaires LAPROPHAN et SOTHEMA qui ont répliqué rapidement depuis l'appel d'offres suivant réalisé en 2006 (n°05/2007/DA/INV), à travers une ligne de conduite agressive en matière des prix.

Les deux soumissionnaires ont ainsi baissé leurs offres financières de 39,40 à 28,48 DH/ flacon pour LAPROPHAN et de 39,85 à 29,97 DH/flacon pour SOTHEMA.

Cette politique baissière a été poursuivie jusqu'à la sortie de POLYMEDIC du marché pertinent en 2007, enregistrant ainsi des prix de :

- 20,40 DH/flacon pour LAPROPHAN (tout type d'insuline confondue) ;
- 19,78 DH/flacon pour l'insuline rapide et lente et 21,48 DH/flacon pour l'insuline mixte pour SOTHEMA.

Suite à la décision de POLYMEDIC de soumissionner à l'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP, objet de la présente saisine, les deux sociétés qui monopolisent le marché hospitalier de l'insuline ont baissé leurs offres financières. Cette baisse était de -8.82 DH (soit -31,5%) pour LAPROPHAN par rapport à son offre financière précédente et pour la société SOTHEMA elle était respectivement de -5.32 DH pour l'insuline rapide (soit -19,13%), -6.02 DH pour la mixte (soit -21,12%) et -5.22 DH pour l'insuline lente (soit -18,84%).

Cette baisse vient après une période d'augmentation des prix pratiquée par les deux soumissionnaires et qui a coïncidé avec la non participation de POLYMEDIC aux appels d'offres lancés par le Ministère de la Santé.

Pour les responsables de SOTHEMA : « la société a été contrainte de baisser considérablement les prix de soumission pour préserver la fabrication locale de l'insuline quand elle a appris que le laboratoire POLYMEDIC a l'intention d'importer l'insuline en produits finis à des prix défiant toute concurrence. SOTHEMA agit par principe de n'autoriser aucune autre importation de produits finis. Pour rendre la baisse de sa soumission possible, SOTHEMA fait

40 Paragraphe 62 de l'arrêt Airtours.

appel à son fournisseur de matière première pour lui demander des efforts en termes de prix et de conditions ».

Pour le Président du POLYMEDIC, la baisse importante de prix des deux sociétés concurrente a pour objectif, d'évincer sa société du marché public de l'insuline.

d - Sur la non contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle :

Compte tenu des barrières existantes à l'entrée sur ce marché, ayant trait d'une part, aux difficultés légales et administratives liées à l'importation de l'insuline, et d'autre part, au refus d'accorder une dérogation d'importation de l'insuline à POLYMEDIC vu que le Maroc dispose déjà de fabrication locale, aucune entreprise n'est en mesure de venir contrebalancer la puissance des sociétés soumissionnaires : SOTHEMA et LAPROPHAN.

Il résulte de ce qui précède, que les sociétés LAPROPHAN et SOTHEMA, détiennent une position dominante collective sur le marché hospitalier de l'insuline.

B - Les forts indices révélant l'exploitation abusive de la position dominante collective par la SOTHEMA et LAPROPHAN.

L'analyse de cette situation a fait ressortir l'existence de forts indices quant à l'exploitation abusive par les deux sociétés de leur position dominante. Ceci se manifeste à travers :

a- Stratégie d'éviction de la société POLYMEDIC du marché pertinent :

Avant le passage du Maroc à l'insuline humaine 100 UI/ML, les appels d'offres du Ministère de la Santé concernant l'insuline 40 UI/ML ont été remportés par la société SOTHEMA, grâce aux offres financières qu'elle a présentées et qui étaient largement inférieures à celles présentées par LAPROPHAN.

Cependant, à partir de l'année 2004, la société LAPROPHAN a commencé à proposer des prix plus concurrentiels par rapport à leur unique concurrent SOTHEMA.

Pendant cette période et avant l'arrivé de POLYMEDIC sur le marché public de l'insuline en 2005, les deux soumissionnaires SOTHEMA et LAPROPHAN détenaient respectivement 84.14% et de 15.86% de part de marché.

En 2006 et pour la première fois, une offre financière a été présentée en dessous de 40 DH/flacon par la société POLYMEDIC, qui a remporté son unique appel d'offre n°01/2006/DA/CH SEGMA (590.000 flacons). Cette opération d'après le Président de ladite société : « ……Cette participation de POLYMEDIC a fait économiser à l'Etat un montant qui varie entre 6 à 7 millions de DH »[41].

Après cet appel d'offre, le Conseil a constaté que les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN ont adopté une politique de baisse continue de leurs prix de soumission et ce, comme suit :

41 Source : PV d'audition de la société POLYMEDIC.

Offres financières des sociétés et les quantités demandées

ANNEE	APPEL D'OFFRES	LAPROPHAN	SOTHEMA	POLYMEDIC	Quantité de l'A.O
2005	05/2006/DA/INV ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	écart adm	42.87	44.48	590 000
	05/2006/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	écart adm	42.87	44.48	
2006	05/2006/DA/INV ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	39.40	39.85	36.20	590 000
	01/2006/DA/CH SEGMA ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	39.40	39.78	36.20	
2006	05/2007/DA/INV ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	28.48	29.97	31.88	962 500
	05/2007/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	28.48	29.97	31.88	
	05/2007/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/	28.48	29.97	31.88	
2006	AO 15/2007/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	25.80	27.62	26.79	372 900
2006	AO 16/2006/DA/CH SEGMA ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	23.75	25.58	25.49	157 500
2006	AO 20/2007/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70 : 30	22.46	25.38	26.79	179 500
	AO 20/2007/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	22.46	25.38	26.79	
2007	AO 05/2008/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE RAPIDE 100 UI/ ML	20.40	19.78	Ps	2 000 000
	AO 05/2008/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70 : 30	20.40	21.48	Ps	
	AO 05/2008/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	20.40	19.78	Ps	

Source : M.S.
PS : Pas de Soumission.

Les offres financières présentées par les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN aux appels d'offre auxquels la société POLYMEDIC a soumissionné, sont indiquées au tableau suivant en valeur et en pourcentage:

ANNEE	APPEL D'OFFRES	LAPROPHAN	SOTHEMA	Quantité de l'A.O
2005	01/2006/DA/CH SEGMA ACTION RAPIDE 100 UI/ M	39.40	39.85	590 000
		39.40	39.78	
2006	05/2007/DA/INV ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	-10.92DH	-9.88DH	962 500
		-27%	-24.83%	
2006	15/2007/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	-2.68DH	-2.35DH	372 900
		-9.41%	-7.84%	
2006	16/2006/DA/CH SEGMA ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70 : 30	-4.73DH	-4.39DH	157 500
		-18.73%	-15.89%	
2006	01/2006/DA/CH SEGMA ACTION RAPIDE 100 UI/ M	-1.29%	-0.789%	179 500
		-5.43%	-0.20%	
2006	20/2007/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	20.40	19.78	2 000 000
		20.40	21.48	
	AO 05/2008/DA/INV ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	20.40	19.78	

L'analyse des données montre le rapprochement des niveaux des réductions prises par les deux sociétés. Pour le Président de la société POLYMEDIC, cette ligne de conduite commune montre que : « ……»

Le Conseil a constaté également que la baisse des prix, adoptée par les deux sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN contre leur troisième concurrent, a concerné uniquement les appels d'offres auxquels la société POLYMEDIC a participé et a été appliquée pendant plusieurs appels d'offres (5 Appels d'Offres).

Cette baisse a été de 19 DH/flacon (soit -48,22%) pour les trois types d'insuline pour LAPROPHAN et de 21,39 DH/le flacon (soit -49,89%) pour l'insuline mixte et de 23,09DH/ flacon pour les insulines lente et rapide (soit -53,86%) pour SOTHEMA. Ceci montre leur intention d'évincer leur unique concurrent POLYMEDIC.

Cette éviction du marché, a fait subir à la société POLYMEDIC, selon son Président, une perte estimée à 4,5 millions de DH.

Juste après la sortie de POLYMEDIC du marché pertinent, les deux autres concurrents ont commencé à augmenter leurs prix de soumission et ce, jusqu'au dernier appel d'offres n°6 /2010/DA/CS/PP, objet de la présente saisine, auquel la société POLYMEDIC comptait soumissionner.

Pour les sociétés LAPROPHAN et SOTHEMA, les prix pratiqués dans les appels d'offres du Ministère de la Santé, varient en fonction de l'importance des quantités de ces marchés.

Néanmoins, le Conseil a constaté que malgré la baisse des quantités demandées par le Ministère de la Santé lors des appels d'offres n°15/2007/DA/INV, n°16/2006/DA/CH SEGMA et n°20/2007/DA/INV, LAPROPHAN et SOTHEMA ont continué à baisser leurs offres financières ; ce qui est en contradiction avec les propos qu'elles avancent.

En effet, lors du dernier appel d'offres de l'année 2007 (n°05/2008/DA/INV), la société LAPROPHAN a proposé une baisse de 2,06 DH (soit -9,17%) pour les trois types d'insulines, alors que le laboratoire SOTHEMA a baissé ses prix respectivement de 5,60 DH (soit -22%) pour les insulines rapide et lente et de 3,9 DH (soit -15,36%) pour l'insuline mixte et ce, par la proposition d'un prix de 19,78 dh/flacon pour les insulines rapide et lente.

Au vu de ce qui précède, le Conseil a considéré que les sociétés LAPROPHAN et SOTHEMA auraient adopté une ligne de conduite commune en matière de baisse des prix en vue d'évincer la société POLYMEDIC du marché hospitalier de l'insuline.

b- Adoption conjointe de la hausse des offres financières :

Après le retrait de POLYMEDIC du marché pertinent, LAPROPHAN et SOTHEMA, ont augmenté leurs prix de soumission.

Le tableau ci-après, illustre l'augmentation des offres financières des deux sociétés :

Hausses des offres financières de LAPROPHAN et SOTHEMA en valeur (DH) et en %

APPEL D'OFFRES	APPEL D'OFFRES	LAPROPHAN		SOTHEMA		Quantité de l'A.O
AO 15/2008/ DA/INV (2007)	INSULINE RAPIDE 100 UI/ ML	1,55 DH	7,60 %	1,78 DH	8,99 %	2 187 150
	INSULINE MIXTE 100 UI/ ML			1,42DH	6,61 %	
	INSULINE LENTE 100 UI/ ML			3,12DH	15,77 %	
A/O 11/2008/ DA/CH SEGMA (2008)	INSULINE RAPIDE 100 UI/ ML	1,95 DH	8,88%	2,44DH	11,31 %	1 357 250
	INSULINEMIXTE 100 UI/ ML			2,10DH	9,17 %	
	INSULINE LENTE 100 UI/ ML			1,10 DH	4,80 %	
A/O N° 11/2009/ DA/CS/PP (2009)	INSULINE RAPIDE 100 UI/ ML	2,10 DH	8,78 %	2,50 DH	10,41 %	350 000
	INSULINE MIXTE 100 UI/ ML			1,50 DH	6%	
	INSULINE LENTE 100 UI/ ML			1,50 DH	6,25 %	
A/O N° 3/2010/ DA/CS/ PRG (2010)	INSULINE RAPIDE 100 UI/ ML	2 DH	7,69 %	1,30 DH	4,90%	683 000
	INSULINE MIXTE 100 UI/ ML			2DH	7,54 %	
	INSULINE LENTE 100 UI/ ML			2,20 DH	8,62 %	

L'analyse des augmentations des offres financières reflète le rapprochement des niveaux des hausses des prix des deux sociétés.

Cette période a été marquée également par le changement de la part de la société SOTHEMA de sa politique de soumission dans les appels d'offres. Elle a commencé à présenter, à partir de l'appel d'offres n°05/2008/DA/INV de l'année 2007, des offres financières différentes pour les trois types d'insulines (lente, rapide et mixte) et ce, jusqu'au dernier appel d'offres (n°6/2010/DA/CS/PP), objet de la présente saisine.

La hausse globale des offres financières des deux sociétés, durant la période où la société POLYMEDIC n'a pas soumissionné, était pour LAPROPHAN de 27,56 % (soit +6,05DH/flacon) pour les trois types d'insuline et pour la société SOTHEMA les augmentations sont de 28,94% pour l'insuline rapide (soit +6,24DH/flacon), 24,45% pour l'insuline mixte (soit +5,6 DH/flacon) et de 20,96% pour l'insuline lente (soit +4,8 DH/flacon).

Pour les responsables de SOTHEMA et de LAPROPAHN, cette politique de hausse des prix est liée aux petites quantités commandées par le Ministère de la Santé.

Cependant, l'étude révèle plusieurs aspects qui contredisent ces déclarations à savoir :

- Malgré les quantités importantes demandées en 2008 par le Ministère de la Santé lors des appels d'offre n°15/2008/DA/INV (2.187.150 flacons) et n°11/2008/DA/CH SEGMA (1.357.250 flacons), les deux sociétés ont poursuivi leur politique de hausse des prix proposés ;

- Le Directeur Général de NOVO NORDISK PHARMA S.A.S.au Maroc a précisé : « que les prix de l'insuline ont connu une baisse continue au niveau du marché mondial (Exemple en Afrique du Sud le prix de l'insuline a baissé de 12 à 3 dollars/flacon) », alors que LAPROPHAN et SOTHEMA ont augmenté leurs offres financières depuis 2007 jusqu'au début de l'année 2010 (A/O N° 3/2010/DA/CS/PRG).

- Pour la SOTHEMA, ses prix d'achat de la matière première ont baissé de 43% durant la période de 2006 à 2010, alors que ses offres financières pour les appels d'offres ont augmenté de +40,45% pour l'insuline rapide, de +32,68% pour l'insuline mixte et de +40,04% pour l'insuline lente, à partir de 2007 et jusqu'à l'appel d'offre N°3/2010/DA/CS/PRG.

Le Conseil estime que les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN, d'après les éléments précités, auraient exploité leur position dominante collective par l'adoption d'une même ligne de conduite en matière de hausse des prix de soumission après l'éviction de la société POLYMEDIC du marché.

Cette politique n'est dictée par aucun changement survenu dans le marché pertinent et reste une volonté commune de ces sociétés.

c- Partage des lots d'insuline entre les deux soumissionnaires:

Depuis l'appel d'offres n°1/2001/DA/CH/SEGMA de l'année 2001 lancé par le Ministère de la Santé et jusqu'à l'appel d'offre n°20/2007/DA/INV réalisé en 2006, la société SOTHEMA a proposé une seule offre financière pour les trois types d'insuline.

Cependant, à partir de l'appel d'offres n°05/2008/DA/INV de l'année 2007, ladite société a commencé à présenter des prix différents pour les trois types d'insuline et ce, jusqu'au dernier appel d'offre (n°6/2010/DA/CS/PP) objet de la présente saisine.

Ces offres sont caractérisées par des prix très élevés pour l'insuline mixte par rapport

aux autres types d'insuline, ce qui a permis à LAPROPHAN de remporter tous les lots de l'insuline mixte depuis 2007.

Pour le Président de la société POLYMEDIC, « le laboratoire SOTHEMA, est incapable de produire les quantités importantes de l'insuline mixte dans les délais demandés par le Ministère de la Santé (l'insuline mixte représente 70% de la demande du Ministère et nécessite au moins 3 jours pour la fabriquer : période de cristallisation, fabrication, analyse et remplissage) ».

Ce constat a été confirmé par Monsieur ....., Directeur Général Adjoint de la société SOTHEMA, qui a précisé : « qu'avant 2009, SOTHEMA avait des difficultés à répondre aux demandes du Ministère de la Santé concernant l'insuline mixte et ce, pour des raisons de quantités importantes demandées et du programme de livraison qu'il faut respecter ».

Les prix de soumission présentés par la société SOTHEMA, détaillé ci-après, montre les offres élevées de l'insuline mixte :

ANNEE	APPEL D'OFFRES	LAPROPHAN	SOTHEMA
2007	AO 05/2008/DA/INV ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	20,40	19,78
	AO 05/2008/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	20,40	21,48
	AO 05/2008/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	20,40	19,78
2007	AO 15/2008/DA/INV ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	21,95	21,56
	AO 15/2008/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	21,95	22,90
	AO 15/2008/DA/INV ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	21,95	22,90
2008	A/O 11/2008/DA/CH SEGMA ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	23,9	24,00
	A/O 11/2008/DA/CH SEGMA ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	23,9	25,00
	A/O 11/2008/DA/CH SEGMA ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	23,9	24,00
2009	A/O N° 11/2009/DA/CS/PP ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	26,00	26,50
	A/O N° 11/2009/DA/CS/PP ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	26,00	26,50
	A/O N° 11/2009/DA/CS/PP ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	26,00	25,50
2007	A/O N° 3/2010/DA/CS/PRG ACTION RAPIDE 100 UI/ ML	28,00	27,80
	A/O N° 3/2010/DA/CS/PRG ACTION INTERMEDIAIRE MIXTE 100 UI/ ML 70:30	28,00	28,50
	A/O N° 3/2010/DA/CS/PRG ACTION INTERMEDIAIRE SIMPLE 100 UI/ ML	28,00	27,70

Source : Ministère de la Santé.

Pour le Président de POLYMEDIC, « …….. ».

Partant de ce qui précède, et considérant que la société SOTHEMA lorsqu'elle soumissionne dans l'appel d'offres, sachant pertinemment qu'elle ne peut pas honorer ses engagements (livraison des quantités, respect de planning), elle s'expose à des sanctions prévues par le CPS qui sont de un pour mille (1/1000) par jour calendaire au montant initial du marché modifié ou complété par les avenants.

Considérant que la société a la possibilité de soumissionner uniquement pour les autres lots d'insulines lente et rapide sans présenter d'offres financières pour l'insuline mixte pour ne pas être sanctionnée.

Considérant que les prix proposés par la SOTHEMA pour l'insuline mixte (qui représente 70% de la quantité demandée) sont élevés par rapport aux autres lots d'insuline lente et rapide (qui représentent uniquement 20 et 10% des appels d'offres).

Attendu que les lots d'insuline mixte sont toujours remportés par la société LAPROPHAN.

Le Conseil considère que les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN auraient partagé les lots d'insuline durant les appels d'offres auxquels la société POLYMEDIC n'a pas soumissionné.

d- Limitation d'accès au marché hospitalier de l'insuline :

L'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP, objet de la présente saisine, a connu la reprise des baisses des prix proposés par les sociétés LAPROPHAN et SOTHEMA.

Selon ces sociétés, l'importance des quantités de l'insuline demandées par le Ministère de la Santé (2,5 millions de flacons) justifie cette baisse. Elle est de 8.82 DH pour LAPROPHAN par rapport à l'offre financière précédente (soit -31,5%) et pour la société SOTHEMA elle est de 5.32 DH pour l'insuline rapide (soit -19,13%), 6.02 DH pour la mixte (soit -21,12%) et de 5.22 DH pour l'insuline lente (soit -18,84%).

Cette baisse, selon le Président de POLYMEDIC, a été adoptée par les deux soumissionnaires en réaction à sa demande adressée « au Ministère de la Santé en février 2010 pour le changement du statut de l'AMM, en vue d'importer l'insuline mixte et soumissionner à l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP pour faire jouer la concurrence dans ce marché ».

A ce sujet, le Président de POLYMEDIC a avancé qu'il a tenu une réunion avec les responsables du Ministère de la Santé ……».

Selon le Président de la société POLYMEDIC, sa demande de dérogation a été refusée « ……».

Cette déclaration a été confirmée par Monsieur ……de la société

SOTHEMA, qui a précisé que : «la société SOTHEMA a été informé de la participation de la société POLYMEDIC à l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP ainsi que sa démarche entreprise auprès du Ministère de la Santé pour lui accorder une dérogation d'importation de l'insuline, vu qu'elle dispose uniquement d'une AMM pour la production locale.

La société SOTHEMA, ... a intervenu auprès..... du Ministère de la Santé pour marquer son refus vu que le Maroc dispose de production locale de l'insuline assurée par SOTHEMA, et qu'il n'y a pas lieu d'accorder une dérogation d'importation au laboratoire POLYMEDIC ».

Dans le même sens, la SOTHEMA, selon ses responsables : « agit par principe de n'autoriser aucune autre importation de produits finis. Pour rendre la baisse de sa soumission possible, SOTHEMA fait appel à son fournisseur de matière première pour lui demander des efforts en termes de prix et de conditions ».

Par ailleurs, le Président .....

Il a affirmé aux responsables des deux sociétés qu'il soumissionnera à l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP

Après avoir cru que POLYMEDIC va soumissionner à l'appel d'offre n°6, la SOTHEMA et LAPROPHAN ont proposé des baisses consistantes par rapport au dernier appel d'offre n°3/2010/DA/CS/PRG »[42].

Pour le Ministère de la Santé, la demande de la société POLYMEDIC n'a pas été acceptée vu que le Maroc dispose d'une production locale et l'AMM accordée à POLYMEDIC consiste à produire localement de l'insuline.

Attendu que le dépôt par la société POLYMEDIC de son dossier technique et administratif pour participer à l'appel d'offres n°6/2010/DA/CS/PP, a eu un effet positif sur la concurrence, par la baisse des offres financières présentées par les deux soumissionnaires. Cette baisse a été enregistrée après une période de hausse des prix de soumission, depuis l'année 2007 (4 appels d'offres).

Cette hausse a coïncidé avec la sortie de la société POLYMEDIC de ce marché.

Attendu que le fait de conditionner l'importation de l'insuline à l'inexistence de production locale n'est prévue dans aucun texte légal.

Le Conseil considère que l'intervention de SOTHEMA auprès du Ministère de la Santé pour empêcher POLYMEDIC de disposer de l'AMM d'importation et d'accéder au marché pertinent de l'insuline, tende à affecter le libre jeu de la concurrence et à limiter l'accès au marché uniquement au deux sociétés soumissionnaires : SOTHEMA et LAPROPHAN.

42 Source : PV d'audition.

Chapitre six : Engagement de la procédure contentieuse contre les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN:

Après examen par le Conseil de la Concurrence des indices relatifs à l'exploitation abusive des deux sociétés de leur position dominante, il a décidé de recourir à la procédure contentieuse contre les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN et ce, conformément aux dispositions de l'article 30 de la loi 06-99.

Cette procédure a été mise en œuvre et le rapport d'instruction a été transmis à SOTHEMA et à LAPROPHAN. Les deux sociétés ont formulé leurs remarques et observations dans les délais requis (les réponses intégrales des deux sociétés en annexe…), qui ont fait l'objet d'étude et d'analyse par le Conseil lors des sessions ordinaires tenues les 10 novembre et 22 décembre 2011.

I- Remarques et observations de SOTHEMA :

1- Dans sa réponse, la société SOTHEMA a remis en cause les conclusions du rapporteur quant à l'absence de pratique de prix prédateur de la part de NOVONORDISK, en arguant qu'il s'est basé uniquement sur les déclarations du Directeur Général de cette société sans aucune justification quant au coût de la matière première, au prix de revient ni à la marge bénéficiaire.

En réponse à cette remarque et comme cela a été démontré auparavant, la position dominante est évaluée par rapport aux autres concurrents au niveau du marché pertinent. Dans notre cas, l'analyse menée a fait ressortir que les deux soumissionnaires SOTHEMA et NOVO NORDISK/LAPROPHAN sont en position dominante au niveau du marché pertinent.

En outre, l'élément important de la position dominante est le critère de l'autonomie de comportement de l'entreprise au niveau du marché pertinent, indépendamment de celui de ses concurrents et, in fine, des consommateurs. A ce sujet, les prix de soumission de LAPROPHAN/NOVO NORDISK lors des appels d'offres, montrent que ces sociétés n'ont pas pu adopter un comportement individuel et autonome sans tenir compte des conduites de leur concurrent, en l'occurrence SOTHEMA, et leurs prix étaient toujours proches.

Partant de ce qui précède, le Conseil a considéré qu'il n'y a pas de position dominante individuelle de NOVO NORDISK au niveau du marché hospitalier de l'insuline.

Par ailleurs, un ensemble d'éléments qui concernent le prix de NOVO NORDISK/LAPROPHAN ont été analysés à savoir :

1- les factures d'achat présentées par LAPROPHAN qui montrent que les prix d'achat de l'insuline facturés par NOVO NORDISK ont baissé durant ces dernières années. Lors du dernier appel d'offres, objet de la saisine, le prix d'achat de l'insuline était ……. alors qu'il était de ……. Ce prix d'achat est majoré d'une marge de l'importateur qui est de près de 20% et des frais de magasinage et de transport et ce, pour arriver à un prix de soumission de 19,18 DH/flacon.

2 - Il n'y a eu pas de stratégie manifeste d'éviction de la SOTHEMA du marché public de l'insuline par NOVO NORDISK multinationale très puissante du secteur, dans la mesure où SOTHEMA opère sur le marché hospitalier de l'insuline depuis plusieurs années et n'a pas disparu du marché bien au contraire, elle s'est développée à l'international.

3 - Les prix de la matière première achetée par la SOTHEMA a baissé de 43% depuis 2006 jusqu'à 2010, alors que ses offres de prix ont enregistré des hausses depuis 2008 jusqu'à l'appel d'offre n°6/2010/DA/CS/PP, objet de la présente saisine, de :

- +8.02dhs pour l'insuline rapide, soit + 40,45% (27,80 dhs/flacon);
- + 7.02dhs pour l'insuline mixte, soit + 32,68% (28,50 dhs/flacon);
- + 7.92dhs pour l'insuline lente, soit + 40,04% (27,70 dhs/flacon).

4 - Au niveau international, les sociétés SOTHEMA et NOVO NORDISK ont soumissionné dans les appels d'offres d'achat d'insuline lancés par le Gouvernement du Yémen. Aussi, lors d'un A.O réalisé en 2010 pour l'achat de 350.000 flacons d'insuline et remporté par NOVO NORDISK, les laboratoires SOTHEMA et NOVO NORDISK ont présenté respectivement des prix de 2,78 dollars (22.60dhs) et de 2,74 dollars/flacon (22,30dhs)[43]. Alors que pour l'A.O lancé par le Ministère de la Santé marocain en 2010 (A.O n°3/2010/DA/CS/PRG) pour une quantité de 683.000 flacons, les deux sociétés ont présenté les prix suivants :

- NOVO NORDISK par le biais du laboratoire LAPROPHAN : 28dhs /flacon ;
- SOTHEMA :
  - 27,80dhs /flacon pour l'insuline rapide.
  - 28,50dhs /flacon pour l'insuline mixte.
  - 27,70dhs /flacon pour l'insuline simple.

Ceci montre bien que la société SOTHEMA et pour des quantités inférieures à celles demandées par le Ministère de la Santé du Maroc, a soumissionné à un prix inférieur de -5,40dhs/flacon (soit -19%), auquel il faut ajouter les frais du fret.

5- Les prix de l'insuline ont enregistré une baisse continue dans les appels d'offre publics au niveau du marché mondial, et NOVO NORDISK a remporté en 2010 un appel d'offre lancé par le gouvernement brésilien pour l'achat d'une quantité de 15.5 million de flacons avec un prix de 1,7 dollars US (soit près de 14DH).

Sur la base du fait qu'il n'y a pas de position dominante individuelle et tenant compte des éléments développés ci-dessus, il s'avère que le prix de soumission de LAPROPHAN/NOVO NORDISK n'est pas un prix prédateur.

2- SOTHEMA a également remis en cause le bien fondé des conclusions du rapporteur, en prétendant que ce dernier n'a pas pris en considération les effets de compensation dont bénéficierait NOVONORDISK entre le marché privé de l'insuline où un prix très élevé (196 DH/flacon) est pratiqué et le marché hospitalier de l'insuline.

43 Le dollar à cette période était aux environs de 8.14 dirhams.

En réponse à cette remarque, il est important de souligner que le marché pertinent dans la présente affaire a été limité au seul marché hospitalier de l'insuline approvisionné dans le cadre des appels d'offres réalisés par le Ministère de la Santé. De même, l'étude de ce marché a concerné tous les appels d'offres relatifs à l'insuline organisés par le Ministère de la Santé depuis l'année 2001 et jusqu'au mois d'avril 2011.

Ce faisant, le marché privé de l'insuline a été exclu puisqu'il est assujetti à des règles particulières définies par le cadre légal. Celui-ci exige que le médicament passe par le grossiste, l'officine avant d'être acheminé vers le consommateur, alors que dans les appels d'offres le médicament est vendu directement du producteur ou de l'importateur au Ministère de la Santé.

Ainsi dans le cas du marché privé, le prix de vente de l'insuline au consommateur comprend, en plus du coût de revient du produit, les marges du grossiste (10% sur les prix de vente des pharmaciens), de l'officine (30% sur les PPM) ainsi que les frais de marketing (promotion, prise en charge des frais des manifestations et des médecins qui sont les prescripteurs du médicament…). Ces frais représentent, selon SOTHEMA, près de 40% et sont calculés sur la base du prix grossiste (PGHT). Le PGHT représente 63% du PPM[44].

Cet état de fait, selon SOTHEMA et LAPROPHAN, impacte les prix de vente de l'insuline dans le marché privé, ce qui justifierait la grande différence entre le prix public et le prix privé.

D'ailleurs, le prix de vente de l'insuline par LAPROPHAN (196 DH/flacon) a été fixé, conformément à la réglementation en vigueur, en commun accord avec le Ministère de la Santé depuis avril 2004. Donc, ce prix ne date pas de l'appel d'offre en question, mais il remonte à 7 ans. Durant cette période, plusieurs appels d'offres ont été réalisés par le Ministère de la Santé et remportés soit par LAPROPHAN/NOVO NORDISK ou par SOTHEMA, sans que cette dernière n'aborde la question de compensation entre marché privé et marché public.

De même, on peut appliquer le même principe à SOTHEMA dont le PPM de son insuline aux consommateurs était de 134 DH/flacon avant de le faire baisser en 2010 à 85 DH/flacon.

Partant de ce qui précède et vu les prix pratiqués par les deux sociétés au niveau du marché privé, il y a lieu de constater des marges anormales réalisées par ces sociétés.

A ce sujet, si remarque il y a à faire concernant les prix de vente de l'insuline des sociétés LAPROPHAN et SOTHEMA au niveau du marché privé, cela signifie deux choses:

44 Les frais de marketing sont importants pour les laboratoires, vu qu'ils constituent un outil d'intéressement pour les médecins pour les inciter à prescrire le médicament promu, indépendamment de son prix. D'ailleurs au niveau international, les études ont révélé que les frais de marketing constituent deux fois le budget réservé à la « Recherche et développement".

Pour rompre la relation de connivence qui existe entre le laboratoire et le médecin, plusieurs pays (la France par exemple) ont pris des mesures consistant à interdire la prise en charge des médecins par les laboratoires tout en accordant au pharmacien le droit de substituer le médicament par un générique ou autre médicament dont le prix est inférieur.

• Anormalité par rapport à cette différence qui résulte des prescriptions du médicament par les médecins ;

• Anormalité entre les prix pratiqués au niveau des pharmaciens et ceux présentés lors des soumissions dans les appels d'offres du Ministère de la Santé. Cette différence qui varie près de 3 fois plus pour SOTHEMA et 5 fois plus pour LAPROPHAN est injustifiable.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la remise en cause des conclusions du rapporteur sur l'absence d'effet de compensation entre les deux marchés n'est pas fondée.

3- SOTHEMA a soutenu dans sa réponse l'idée que la baisse des prix auxquels elle a procédé résulterait uniquement de l'introduction de son produit générique « INSULET », dont le prix de revient est deux fois moins cher que celui de la molécule mère, et non d'une volonté d'évincer POLYMEDIC du marché de l'insuline.

En réponse, il y a lieu de rappeler qu'il a été déjà mentionné qu'à partir de 2006, la société SOTHEMA a commencé à soumissionner en introduisant sa propre insuline « INSULET » qui lui a permis de baisser ses prix.

Néanmoins, l'étude des appels d'offres d'insuline lancés par le Ministère de la Santé sur une période de dix ans a permis de constater que d'une part, les deux concurrents (SOTHEMA et LAPROPHAN) ont commencé à réduire leurs prix de soumission depuis 2006, et d'autre part, le rapprochement des niveaux des réductions prises par les deux sociétés.

Mais cette baisse des prix n'a concerné que les appels d'offres auxquels la société POLYMEDIC a participé (5 Appels d'Offres).

En effet, juste après la sortie de POLYMEDIC du marché (puisqu'elle a arrêté de soumissionner dans les A.O à partir de 2006), SOTHEMA et LAPROPHAN ont commencé à augmenter leurs prix de soumission et ce, jusqu'au dernier appel d'offre n°6 /2010/DA/CS/PP, objet de la saisine, auquel la société POLYMEDIC comptait soumissionner.

L'analyse des prix proposés a révélé également un rapprochement des niveaux des hausses des prix des deux sociétés pendant cette période.

Ainsi, les augmentations enregistrées contredisent la déclaration de la SOTHEMA, vu que malgré la baisse des prix d'achat de la matière première de 43% durant la période de 2006 à 2010 et malgré l'introduction de son générique, ses offres financières pour les appels d'offres publics ont augmenté de +40,45% pour l'insuline rapide, de +32,68% pour l'insuline mixte et de +40,04% pour l'insuline lente, à partir de 2007 et jusqu'à l'appel d'offre N°3/2010/DA/CS/PRG.

4- Dans son courrier, la société SOTHEMA a également relevé que les conclusions du rapporteur donnent l'impression que c'est POLYMEDIC qui est à l'origine de la saisine et non elle.

En réponse, il est important de préciser que la jurisprudence en matière de concurrence considère que les autorités de la concurrence dans leurs interventions en matière contentieuse, remplissent une mission générale ayant pour finalité la défense de l'ordre public économique au niveau du marché. Et par conséquent, elles ne sont pas liées par les demandes ou les qualifications de la partie saisissante.

Ce principe commun des autorités de la concurrence a été confirmé en France par la justice dans son arrêt de référence de la cour d'appel de Paris du 8 septembre 1998 (Coca- Cola Entreprise, Orangina France et Igloo Post Mix).

Partant de ce qui précède, le Conseil de la Concurrence quand il a examiné la question de l'exploitation par SOTHEMA et LAPROPHAN de leur position dominante collective, il n'a réalisé que sa mission principale qui est la défense de l'ordre public économique au niveau du marché.

Par ailleurs, l'analyse de la position dominante collective des deux sociétés s'est appuyée sur un ensemble d'éléments et sur les déclarations des différents acteurs du marché hospitalier de l'insuline, notamment le troisième opérateur POLYMEDIC.

5- Pour ce qui est de la question des AMM, SOTHEMA a soulevé également dans ses remarques le fait que POLYMEDIC a obtenu des AMM pour la fabrication locale. Néanmoins et en attendant de s'équiper, le Ministère de la santé lui a accordé une dérogation exceptionnelle d'importation.

Ensuite, POLYMEDIC a déposé une demande de changement de l'AMM de fabrication locale à l'importation, chose refusée par le Ministère de la Santé qui n'octroie pas d'AMM à l'importation quand un similaire est fabriqué localement.

En réponse à cette remarque, il y a lieu de rappeler que le Ministère de la Santé conditionne la délivrance de l'AMM d'importation du médicament aux établissements pharmaceutiques, soit par l'inexistence de production locale et/ou les produits nécessitant une technologie sophistiquée et trop coûteuse.

Selon les responsables du Ministère de la Santé, ce système a été instauré uniquement par une instruction du Secrétaire Général, prise depuis plusieurs années, en vue de développer la production locale.

Les demandes de dérogations d'importation des médicaments ne peuvent être acceptées, selon les responsables du Ministère de la Santé, que dans le cas ou l'établissement pharmaceutique connaît des problèmes de fabrication. Cette dérogation est accordée pour une durée maximum de 6 mois permettant ainsi à l'établissement de régulariser sa situation.

A ce sujet, le Conseil a analysé le système d'octroi des AMM et a considéré que le fait de conditionner l'importation du médicament par la non disponibilité d'une production locale se fait en dehors d'un cadre légal déterminé.

Partant de ce qui précède, le Conseil, de la Concurrence ne peut pas se référer à

des pratiques qui n'ont pas de base légale, et de ce fait, il est tout à fait normal que la société POLYMEDIC a droit d'obtenir l'AMM d'importation de l'insuline.

II- Remarques et observations de LAPROPHAN :

1- Pour sa part, LAPROPHAN a mis surtout l'accent sur les conclusions du rapporteur quant à l'existence de l'abus de position dominante collective sur le marché hospitalier de l'insuline entre elle et SOTHEMA en prétendant qu'il s'agit là d'un nouvel élément résultant d'une saisine d'office non prévue par la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

En réponse à cette affirmation, il y a lieu de préciser que le fait que le Conseil ait conclu à l'existence d'une position dominante collective ne peut être qualifié de saisine d'office pour les raisons suivantes :

Le Conseil de la Concurrence quant il a examiné cette question, il a agi conformément aux dispositions de la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence qui certes, ne lui accorde pas le pouvoir de se saisir d'office d'une affaire.

Cependant, le constat d'un abus de position dominante collective révélé par le Conseil, ne constitue en aucun cas une saisine d'office, dans la mesure où il concerne le même marché analysé dans le cadre de la demande d'avis de la SOTHEMA. Cette méthodologie d'approche a été adoptée par les différentes autorités étrangères chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

A ce sujet, le Conseil de la Concurrence français a fait de ce principe une jurisprudence constante dans ses décisions. Il a également précisé dans son rapport d'activités en 1997 que: « Le Conseil a rappelé qu'il était saisi « in rem «, sans être lié par les demandes de la partie saisissante et qu'il pouvait examiner, sans avoir à se saisir d'office, les pratiques anticoncurrentielles révélées au cours de l'instruction, dès lors que celles-ci concernaient les mêmes marchés ou des marchés connexes, étaient antérieures à l'acte de saisine, se rattachaient aux comportements économiques dénoncés et visaient le même objet ou pouvaient avoir le même effet».

D'ailleurs, cette position a été confirmée comme mentionné précédemment par la justice dans un arrêté du 3 février 1995, de la Cour d'Appel de Paris qui a affirmé que: « Considérant que le conseil (conseil de la concurrence) a été saisi le 30 novembre 1988 de pratiques susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché de l'automobile ; qu'il pouvait donc, sans avoir à se saisir d'office, examiner, au regard des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, toute pratique révélée par les investigations auxquelles il a été procédé à la suite de sa saisine… ».

S'agissant du cas qui nous concerne, c'est à travers l'analyse concurrentielle, notamment l'analyse du marché pertinent que le Conseil a pu relever un faisceau d'indices qui montrent qu'il y a un abus de position dominante collective.

En conséquence, le Conseil de la Concurrence peut prendre en considération ces indices dès lors qu'ils se rattachent au fonctionnement du marché concerné par l'affaire

dont il a été saisi.

Autrement dit, le Conseil de la Concurrence peut étudier l'ensemble des conditions de fonctionnement du marché hospitalier de l'insuline révélées par les investigations auxquelles il a été procédé, sans qu'il soit besoin que ces faits et qualifications aient été énoncés dans l'acte de saisine.

2 - La société LAPROPHAN a également soutenu l'idée que : « les éléments qui ont étayé votre conclusion, selon laquelle il existe une entente entre les laboratoires Laprophan et la société Sothema soit principalement les allégations non fondées et totalement inexactes de la société Polymedic compte tenu du fait qu'il n'a jamais existé une telle entente entre la société Sothema et les Laboratoires Laprophan. Le rapport ne contient aucun élément de preuve permettant d'aboutir à la conclusion de l'existence d'une quelconque entente entre la société Sothema et les Laboratoires Laprophan ».

Dans le rapport d'instruction, il n'a jamais été mentionné l'existence d'une quelconque entente entre LAPROPHAN et SOTHEMA, à l'exception d'une citation du président de POLYMEDIC qui n'engage que ce dernier.

En effet, le rapport d'instruction n'a à aucun moment fait référence à l'existence d'une entente entre les deux sociétés, malgré les indices relevés à cet effet, mais il a soulevé de fortes présomptions relatives à la pratique de l'exploitation abusive par SOTHEMA et LAPROPHAN de leur position dominante collective.

A ce sujet, il y a lieu de rappeler que la loi 06-99 distingue clairement entre l'entente et la position dominante.

Ainsi, selon les dispositions de l'article 6 de ladite loi, les ententes sont des actions concertées entre plusieurs entreprises. Ce type de convention est prohibé lorsqu'il a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Pour la position dominante, l'article 7 de la loi 06-99 n'interdit pas la position dominante, mais sanctionne l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de leur position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Concernant la définition de la position dominante, la jurisprudence et la doctrine au niveau international l'ont défini comme : « la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents»[45].

45 Définition soulignée dans deux arrêtés de référence de la Cour de Justice de l'Union Européenne : l'arrêt United Brands (14 février 1978) et l'arrêt Hoffman-la-Roche (13février 1979). De même, les autorités de la concurrence, notamment française et tunisienne ont adopté cette définition.

3- Sur la question des prix de soumission, LAPROPHAN a défendu l'idée que sa politique de prix dépend d'abord des quantités objet de l'appel d'offres et non d'autres considérations. Ainsi, cette société a précisé que : « l'évolution des prix de soumission des Laboratoires LAPROPHAN est en parfaite concordance avec les quantités offertes:

- Pour l'A.O. 5/2008, le prix a baissé de 22,46 à 20,40 dirhams car les quantités sont passées de 179.500 à 2.000.000 d'unités.
- Si les prix ont ensuite augmenté pour les A.O. 1/2008, 11/2009 et 3/2010, c'est parce que les quantités correspondantes ont respectivement baissé à 1,3- 0,35 et 0,68 millions d'unités.

Enfin, si les prix de soumission a de nouveau baissé à 19,18 pour le marché 6/2010, ce n'est pas parce que les Laboratoires Laprophan «a cru que la société Polymedic allait soumissionner», tel que cela est expressément indiqué dans le rapport, mais parce que la quantité pour cet A.O. est passée de 0,68 à 2,5 millions d'unités ».

En réponse et contrairement à ce que prétend la société LAPROPHAN, l'analyse des prix de soumission de LAPROPHAN à laquelle le Conseil a procédé montre que la hausse des prix appliquée par ladite société est indépendante des quantités demandées par le M.S.

En effet, la société LAPROPHAN a poursuivi sa politique de hausse des prix proposés en dépit de la hausse des quantités demandées, à savoir :

- Appels d'offre AO n°05/2008/DA/INV – quantité demandée : 2.000.000 flacons) – prix : 20,40/ flacon d'insuline ;
- Appels d'offre n°15/2008/DA/INV – quantité demandée : 2.187.150 flacons) – prix : 21,95/ flacon d'insuline.

Aussi, si pour LAPROPAHN, cette politique de hausse des prix est liée aux petites quantités commandées par le Ministère de la Santé, on constate que c'est le contraire qui a été pratiqué par LAPROPHAN dans les appels d'offre suivants :

- A.O n°11/2009/DA/CS/PP- quantité demandée : 350 000 flacons – prix : 26DH/flacon ;
- A.O n°3/2010/DA/CS/PRG - quantité demandée : 683 000 flacons - prix : 28DH/ flacon.

4- « Contrairement à ce qui est mentionné dans la page 69 du Rapport, les Laboratoires Laprophan n'ont jamais eu le moindre contact ni avec la société Polymedic ni avec la société Sothema ».

Le rapport d'instruction n'a fait que reprendre la déclaration faite par le Président de la société POLYMEDIC, qui a précisé qu'il a été contacté par les responsables de SOTHEMA et LAPROPHAN.

5 - « Les laboratoires Laprophan ne peuvent pas être considérés comme responsables de la politique protectrice menée depuis plusieurs années par le Ministère de la Santé marocain et consistant à refuser d'octroyer des AMM à l'importation pour les produits fabricables ou ayant un similaire à la fabrication ».

Il est à rappeler que le rapport d'instruction n'a nullement mis en cause la responsabilité de LAPROPHAN concernant le système d'octroi des AMM par ce Département.

Conclusions :

Suite à ce qui précède et après avoir entendu le rapporteur lors des sessions tenues les 30 juin, 10 novembre et 22 décembre 2011 et suite au débat qui s'en est suivi, le Conseil de la Concurrence a tiré les conclusions suivantes :

I- Sur la recevabilité de la saisine :

La présente saisine est recevable car elle répond à toutes les conditions exigées par les articles 15 §3 et 24 de la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence à savoir :

- Sur le plan forme, la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca, tenant compte de son rôle et de ses missions, a la qualité et l'intérêt pour agir ;

- Sur le fond, l'exploitation abusive de la position dominante est traitée par l'article 7 de la loi 06-99. C'est à la lumière des dispositions de cet article qu'a été analysée cette pratique dénoncée par la CCIS de Casablanca.

II- Sur le fond de la saisine :

1. Concernant le dumping :

Le Conseil considère que le Ministère du Commerce Extérieur est habilité par les dispositions de la loi n°13-89 relative au commerce extérieur, notamment son article 15, à examiner cette question et à prendre, le cas échéant, des mesures antidumping.

Ainsi, le dumping est du ressort prioritaire du Ministère du Commerce Extérieur qui a pour mission d'assurer le suivi des accords que le Maroc a signé avec l'OMC. Il doit alors étudier et suivre l'application des procédures fixées par l'OMC à travers le dépôt d'une requête, l'ouverture d'une enquête publique, la notification aux parties intéressées, l'analyse des résultats et la prise de décision.

2. Sur l'abus de position dominante individuelle de NOVO NORDISK/LAPROPHAN:

Le Conseil a conclu que les sociétés NOVO NORDISK/LAPROPHAN n'ont pas de position dominante exclusive et que le marché hospitalier de l'insuline est un marché duopolistique, où LAPROPHAN/NOVO NORDISK et SOTHEMA détiennent respectivement 48,85% et 47,18%

de parts de marché. La société POLYMEDIC possède 3,97% des parts de marché acquises lors de l'unique appel d'offres qu'elle a remporté en 2006.

Devant une telle situation, selon la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence, la seule possibilité d'abus c'est lorsqu'il y a position dominante exclusive, ce qui n'est pas le cas.

3. Sur la pratique du prix prédateur :

L'instruction n'a pas permis d'obtenir, de la part de NOVO NORDISK, les données suffisantes concernant le coût du flacon d'insuline ;

Cependant, considérant que les sociétés NOVO NORDISK/LAPROPHAN ne détiennent pas une position dominante exclusive ;

Et considérant le prix d'achat de l'insuline de NOVO NORDISK par la société LAPROPHAN qui est de 15,80 DH/flacon ;

Attendu que les sociétés LAPROPHAN/NOVO NORDISK n'ont pas pu adopter un comportement individuel et autonome au niveau du marché pertinent sans tenir compte des conduites de leur concurrent, en l'occurrence SOTHEMA.

Considérant également que la pratique de prix prédateur ne peut être établie, que si elle a pour objet ou effet d'évincer du marché l'entreprise qui prétend en être victime et que, dans le cas d'espèce, l'existence d'une volonté d'éviction de la part de NOVO NORDISK/LAPROPHAN n'ayant pas été établie ;

Il résulte de ce qui précède :

- **d'une part, il n'est pas établi que les prix pratiqués par NOVO NORDISK/LAPROPHAN revêtent le caractère de prix prédateurs au sens de l'article 7 de la loi 06-99 ;**

- **d'autre part, il n'est pas établi que les comportements de NOVO NORDISK/LAPROPHAN ont eu pour objet ou aient pu avoir pour effet d'évincer du marché hospitalier de l'insuline la société SOTHEMA.**

- **Ainsi, il n'est pas établi que NOVO NORDISK/LAPROPHAN ont enfreint les dispositions de l'article 7 de la loi 06-99.**

III- Vision élargie concernant la saisine : forts indices sur l'existence d'un abus de position dominante collective de SOTHEMA et LAPROPHAN

Conformément à l'esprit de la loi, le Conseil a décidé, sans saisine d'office, d'élargir le champ de la saisine en vue d'examiner l'éventuel abus de position dominante collective qui serait exercé par les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN.

C'est ainsi que l'analyse du marché hospitalier de l'insuline par le Conseil, a permis de dégager une position dominante collective des sociétés LAPROPHAN et SOTHEMA.

Cette position a été qualifiée ainsi du moment qu'elle réunit différents critères cumulatifs adoptés par la jurisprudence, à savoir :

- **la structure oligopolistique du marché hospitalier de l'insuline ;**
- **la transparence du marché concerné ;**
- **l'éviction progressive dans les faits de la société POLYMEDIC qui a eu historiquement à perturber la ligne d'action commune par la présentation d'un prix de soumission très bas ;**
- **l'absence de compétition forte après l'éviction de POLYMEDIC, sauf durant les deux dernières années où la saisine est arrivée au Conseil.**

Partant de ces considérations, l'étude des comportements de SOTHEMA et LAPROPHAN au niveau du marché pertinent a révélé de fortes présomptions quant à l'exploitation abusive de leur position dominante à travers ce qui suit :

a- L'examen des faits semblent corroborer l'existence de certains indices indiquant que les sociétés LAPROPHAN et SOTHEMA ont adopté une ligne de conduite commune de baisse des prix en vue d'évincer la société POLYMEDIC du marché hospitalier de l'insuline. Ces indices ont été constatés après l'introduction de POLYMEDIC dans le marché hospitalier de l'insuline et son gain d'un marché avec un prix de soumission beaucoup plus bas que ceux des deux concurrents.

b- SOTHEMA et LAPROPHAN ont pratiqué des hausses de prix de soumission après l'éviction de la société POLYMEDIC du marché.

c- On constate par ailleurs, l'existence d'indices réels de répartition des lots entre les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN durant les appels d'offres auxquels la société POLYMEDIC n'a pas soumissionné.

d- Enfin, les informations obtenues de POLYMEDIC et confirmées par SOTHEMA concernant l'intervention de SOTHEMA auprès du Ministère de la Santé pour empêcher POLYMEDIC de disposer de l'AMM d'importation, tendent à démontrer qu'il y a une limitation d'accès au marché hospitalier de l'insuline. Ceci est de nature à affecter le libre jeu de la concurrence et à limiter l'accès au marché pertinent.

Décisions et recommandations :

1- Suite à ses conclusions et attendu que le Ministère du Commerce Extérieur est habilité prioritairement, de par les dispositions de la loi n°13-89 relative au commerce extérieur, notamment son article 15, à examiner les mesures antidumping.

Le Conseil s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la question du dumping posée par la partie saisissante.

2- S'agissant de l'exploitation abusive par LAPROPHAN/NOVO NORDISK de leur position dominante par la pratique de prix prédateurs, le Conseil, compte tenu du fait que NOVO NORDISK/LAPROPHAN ne détiennent pas de position dominante exclusive sur le

marché hospitalier de l'insuline, et dans la mesure où les sociétés concurrentes se partagent le marché (LAPROPHAN/NOVO NORDISK a 48,85% de parts de marché et la société SOTHEMA détient 47,18%), et attendu que la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence n'attribue la possibilité d'abus que lorsqu'il y a position dominante exclusive.

Le Conseil considère qu'il n'y a pas de position dominante de NOVO NORDISK/LAPROPHAN au niveau du marché pertinent.

Au vu de ce qui précède, le Conseil recommande d'appliquer les dispositions de l'article 27 de la loi 06-99 et de ne pas poursuivre la procédure d'examen du grief formulé par la société SOTHEMA.

3 - s'agissant du droit du Conseil à élargir le champ d'application de la saisine à l'existence d'une position dominante collective des deux sociétés, le Conseil s'est déclaré compétent pour étendre son examen à cette question étant donné que son rôle, comme il a été reconnu par la jurisprudence internationale, ne doit pas se limiter aux seules plaintes des parties intéressées, mais doit les dépasser pour défendre l'ordre public économique.

Par conséquent, tous les faits relevés lors de l'examen du marché pertinent doivent être pris en considération.

Ainsi, et à l'exception des deux dernières années 2010 et 2011 où une concurrence forte a été enregistrée entre les deux sociétés concurrentes : SOTHEMA et LAPROPHAN, le Conseil a constaté de fortes présomptions révélant l'exploitation abusive par SOTHEMA et LAPROPHAN de leur position dominante collective, et ce à travers les indices suivants :

- Des indices pouvant montrer l'adoption d'une ligne de conduite commune de baisse de prix en vue d'évincer la société POLYMEDIC du marché hospitalier. Cette ligne de conduite a été constatée après que POLYMEDIC ait remporté son unique appel n°01/2006/DA/CH SEGMA avec un prix très bas par rapport aux offres des deux concurrents.

- Des indices allant dans le sens de l'adoption par SOTHEMA et LAPROPHAN d'une même ligne de conduite en matière de hausse des prix de soumission après l'éviction de la société POLYMEDIC du marché.

- Des indices pouvant montrer le partage des lots d'insuline entre les sociétés SOTHEMA et LAPROPHAN durant les appels d'offres auxquels la société POLYMEDIC n'a pas soumissionné.

- Des informations obtenues de POLYMEDIC et confirmées par SOTHEMA concernant l'intervention de SOTHEMA auprès du Ministère de la Santé pour empêcher POLYMEDIC de disposer de l'AMM d'importation, ce qui constitue une limitation d'accès au marché hospitalier de l'insuline. Ceci a affecté le libre jeu de la concurrence et a limité la concurrence uniquement entre les deux sociétés.

Partant de ces considérations, le Conseil de la Concurrence considère que les indices relevés constituent des présomptions quant à l'exploitation des deux sociétés de leurs

positions dominantes collectives.

Mais n'ayant pas encore, dans le cadre de la loi 06-99, le pouvoir d'enquête qui lui aurait permis d'aller plus loin dans son instruction, le Conseil se limite à jouer un rôle de plaidoyer auprès du Chef du Gouvernement en lui recommandant d'examiner ces fortes présomptions, notamment en menant éventuellement une enquête dans ce sens, sachant par ailleurs que le Conseil ne cherche qu'à promouvoir la concurrence dans un secteur sensible, un secteur où on a à encourager l'industrie nationale et à éviter les délocalisations, mais sans rentes anti-concurrentielles.

De même, le Conseil attire l'attention sur deux éléments importants :

- Par rapport au régime d'octroi des AMM : le Conseil a analysé le système d'octroi des AMM de l'insuline appliqué par le Ministère de la Santé et a considéré que le fait de conditionner l'importation du médicament par la non disponibilité d'une production locale se fait en dehors d'un cadre légal déterminé. Il recommande de revoir ce système qui doit être basé sur des conditions objectives et transparentes en vue de faire jouer la concurrence entre les différents opérateurs.

A ce sujet, le Conseil ne comprend pas comment le Ministère de la Santé accorde l'AMM pour l'importation de l'insuline à LAPROPHAN alors qu'il n'autorise pas l'autre société POLYMEDIC à le faire, en arguant que la première société existe avant que l'unique producteur (SOTHEMA) ne commence à fabriquer de l'insuline.

- Par rapport aux prix de l'insuline : **le Conseil recommande au Chef de Gouvernement d'accorder une attention particulière à une situation qui semble être anormale, dans la mesure où les prix de l'insuline chez les pharmaciens sont de 85 DH/flacon pour celle de SOTHEMA et de 196 DH/flacon pour l'insuline commercialisée par LAPROPHAN, alors que le prix d'achat du même produit par le Ministère de la Santé lors du dernier appel d'offres organisé en novembre 2011 était de 16,80 DH/flacon. Même en intégrant les marges du grossiste (10%) et de l'officine (30%) ainsi que les frais de marketing qui peuvent aller jusqu'à 40% du PGHT[20] , le prix en pharmacie représenterait 3 à 5 fois le prix offert au Ministère de la Santé, ce qui constitue une atteinte forte aux droits des consommateurs à travers un système non concurrentiel de prescription de certaines marques de médicaments par les médecins.**

Cet avis a été émis par le Conseil de la Concurrence réuni sous la présidence de Monsieur Abdelali BENAMOUR et en présence des membres du Conseil Messieurs : Abderrazak ELAMRANI, Mohamed Rachid BAINA, Bensalem BELKOURATI, Mohamed TAAMOUTI, Mohamed EL MERNISSI, Khalid EL YAACOUBI, Rachid M'RABET et Mohamed KADARI.

Au nom du Conseil

Le Président

20 Prix de gros hors taxe.

la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été en fait soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible; le jeu de la concurrence doit être considéré dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux.

9. La nullité de plein droit d'un accord au sens de l'article 85, paragraphe 2, du traité C.E.E. s'applique aux seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction, ou à l'accord dans son ensemble si ces éléments n'apparaissent pas séparables de l'accord lui-même. Toutes autres dispositions contractuelles non affectées par l'interdiction ne relèvent pas du droit communautaire.

10. Un contrat d'exclusivité peut tomber sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, en raison d'une situation de fait particulière ou de la rigueur de clauses protectrices de l'exclusivité.

Cf. sommaire nº 5, arrêt affaire 32-65.

Dans l'affaire 56-65

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, sur la base de l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne, par la cour d'appel (première chambre) de Paris et tendant à obtenir dans le litige pendant devant elle

entre

SOCIÉTÉ TECHNIQUE MINIÈRE (L.T.M.)

et

MASCHINENBAU ULM GMBH (M.B.U.)

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation :

1º de l'article 85, paragraphe 1, du traité C.E.E. et des règlements pris pour son application,

2º de l'article 85, paragraphe 2, dudit traité,

LA COUR

composée de

M. Ch. L. Hammes, président,
M. L. Delvaux, président de chambre,
MM. A. M. Donner, A. Trabucchi, R. Lecourt (rapporteur), juges,
avocat général : M. K. Roemer,
greffier : M. A. Van Houtte,

rend le présent

ARRÊT

POINTS DE FAIT ET DE DROIT

I — Faits et procédure

Attendu que, par contrat du 7 avril 1961, la Technique Minière (L.T.M.), société française ayant pour objet la représentation et la vente de matériel de travaux publics, s'est engagée à se faire livrer par l'entreprise allemande Maschinenbau Ulm (M.B.U.) 37 niveleuses livrables au cours d'un délai de deux ans;

qu'aux termes du même contrat, M.B.U. a reconnu à L.T.M. « le droit exclusif de vente » de ces niveleuses « pour le territoire français »;

que les parties ont convenu que « la livraison de machines susceptibles de concurrencer le matériel faisant l'objet de la première clause (la clause d'exclusivité) ne pourrait s'effectuer qu'avec l'accord de M.B.U. », L.T.M. s'engageant « à veiller au bon fonctionnement d'un service de réparations et à constituer un bon assortiment de pièces de rechange »;

qu'il a été enfin stipulé que « sans autorisation écrite de M.B.U. », L.T.M. « ne pourra transmettre à un tiers les droits et devoirs du présent accord »;

qu'il est constant, selon la Cour de Paris, que L.T.M. est restée en droit de réexporter le matériel acquis de M.B.U. dans des zones autres que son territoire de responsabilité principale;

qu'en outre, tout acheteur français éventuel peut se fournir par importations parallèles dans d'autres pays du marché commun;

qu'après livraison par M.B.U. à L.T.M. de six niveleuses et l'acceptation d'effets de commerce correspondants à échéance du 12 juillet 1962, une ordonnance de référé du 24 juillet 1962, rendue à la requête de L.T.M., a nommé un séquestre desdits effets et désigné un expert pour examiner « si les machines étaient impropres à l'usage auquel elles étaient destinées et invendables à la clientèle française »;

que l'expert ayant constaté qu'elles étaient conformes « aux termes de la commande » et « parfaitement vendables sur le marché français », le tribunal de commerce de la Seine, sur assignation de M.B.U., a, par jugement du 8 janvier 1964, rejeté deux moyens d'irrecevabilité, dont l'un tiré du traité instituant la C.E.E., opposés par L.T.M., et déclaré résilié aux torts et griefs de cette dernière société, le contrat litigieux pour sa partie non exécutée;

que, sur appel interjeté par L.T.M., contre ce jugement, ladite société a demandé à la Cour de Paris de prononcer la « nullité

absolue » du contrat comme contraire à l'article 85, paragraphe 1, du traité C.E.E. et, subsidiairement de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes, saisie en vertu de l'article 177, se soit prononcée sur l'interprétation dudit article et des règlements pris pour son application;

que M.B.U. a alors fait plaider que la notification à la Commission de la C.E.E. n'était pas obligatoire pour les contrats qui ne sont pas frappés par l'article 85, paragraphe 1, et que seul un contrat de distribution exclusif, cloisonnant complètement le marché, pouvait tomber sous l'application de ce texte, alors qu'en l'espèce, la concurrence est susceptible de se manifester en France par le jeu d'importations parallèles et le droit de L.T.M. d'exporter les niveleuses dont s'agit;

que, par arrêt rendu le 7 juillet 1965, après conclusions de l'avocat général Toubas, la cour d'appel de Paris (première chambre) a observé en premier lieu que lui était posée la question de savoir si, au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité, du règlement du Conseil n° 17 et du règlement de la Commission de la C.E.E. n° 153, tout contrat d'exclusivité, soumis à la notification prescrite par ces règlements doit être considéré comme relevant ipso facto de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, tant qu'il n'a pas bénéficié de la « réhabilitation » prévue en application de l'article 85, paragraphe 3, par le règlement n° 17;

que la Cour de Paris a remarqué à cet égard, d'une part, que l'article 4 du règlement n° 17 empêche les contrats visés à l'article 85, paragraphe 1, de bénéficier d'une décision d'application de l'article 85, paragraphe 3, tant qu'ils n'ont pas été notifiés, et, d'autre part, que le règlement n° 153 prévoit une notification simplifiée pour les accords de concession exclusive liant seulement deux entreprises et dans lesquels l'une s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer certains produits qu'à celle-ci, en vue de la revente à l'intérieur d'une partie définie du territoire de la Communauté, ou encore à n'acheter certains produits qu'à son cocontractant en vue de la revente;

que la Cour de Paris a observé que les prescriptions desdits règlements n°s 17 et 153 « ne semblent pas pouvoir ajouter aux prohibitions édictées à l'article 85, paragraphe 1, du traité » et que l'article 1 du règlement n° 19 attribue à la Commission, sans préjudice de l'application du règlement n° 17, le pouvoir de déclarer par voie de règlement et conformément à l'article 85, paragraphe 3, du traité, que l'article 85, paragraphe 1, n'est pas applicable « à des catégories d'accords, tels que ceux visés au règlement n° 153 »;

qu'en présence de ces textes « dont la portée est discutée », la Cour de Paris, estimant que « la règle qui doit résulter de leur combinaison ne se dégage pas clairement », a posé à la Cour de justice la première question préjudicielle suivante :

« Quelle interprétation convient-il de donner à l'article 85, paragraphe 1, du traité de Rome, et aux règlements communautaires pris pour son application au regard de tout contrat qui, n'ayant fait l'objet d'aucune notification et concédant un « droit exclusif de vente »,

— n'interdit pas au concessionnaire de réexporter les marchandises qu'il a acquises du concédant sur tous autres marchés de la C.E.E.,

— ne comporte pas l'engagement du concédant d'interdire à ses concessionnaires des autres pays du Marché commun de vendre ses produits dans le territoire de responsabilité principale du concessionnaire partie au contrat,

— ne fait pas obstacle au droit des commerçants et utilisateurs du pays du concessionnaire de se fournir par importations parallèles près des concessionnaires ou fournisseurs des autres pays du Marché commun,

— soumet à autorisation préalable du concédant la livraison par le concessionnaire de machines susceptibles de concurrencer le matériel faisant l'objet de la concession? »;

qu'en second lieu, estimant que doit être interprétée et précisée l'étendue de la nullité de plein droit prévue par l'article 85, paragraphe 2, du traité, la Cour de Paris a posé à la Cour de justice la deuxième question préjudicielle suivante :

« La nullité de plein droit prévue à l'article 85, paragraphe 2, du traité de Rome frappe-t-elle l'ensemble du contrat comportant une clause interdite par le premier paragraphe du même article, ou peut-elle éventuellement être limitée à la seule clause prohibée? »;

que la grosse de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 7 juillet 1965, a été reçue par le président de la Cour de justice le 19 novembre 1965;

que, conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la C.E.E., les parties au litige originel et la Commission de la C.E.E. ont présenté des observations écrites;

que les débats oraux ont eu lieu à l'audience du 2 mars 1966;

que l'avocat général a présenté ses conclusions orales et motivées à l'audience du 32 mars 1966.

II — Schéma des observations présentées selon l'article 20 du statut

A — *Sur la compétence de la Cour de justice*

Attendu que, selon L.T.M., la compétence de la Cour de justice, lorsqu'elle est fondée sur l'article 177 C.E.E., se limiterait à la stricte interprétation du droit communautaire, et ne saurait s'étendre à son application;

qu'à considérer la forme sous laquelle la première des questions préjudicielles est posée par la cour d'appel de Paris, on ne pourrait s'empêcher de constater que, sous l'apparence d'un problème d'interprétation, se cache une véritable question d'application;

que l'interprétation de l'article 85 et des règlements pris pour son application au regard d'un certain type de contrat d'exclusivité et d'un cas susceptible d'être individualisé, aurait pour seul but d'appliquer lesdits textes à ce contrat particulier;

qu'au regard de la situation de fait et de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, et compte tenu de la jurisprudence de l'arrêt 13-61, la Cour de justice ne pourrait

> « justifier un arrêt constatant la simple possibilité d'application d'un texte que lorsque la cause ne lui permet pas d'asseoir une conviction absolue et qu'en rendant un tel arrêt, elle sort de son office de stricte interprétation »;

attendu que la *Commission* rappelle que la Cour, selon sa jurisprudence, ne peut appliquer le traité à une espèce déterminée.

B — *Sur la première question : Interprétation de l'article 85, paragraphe 1*·

Attendu que la *Commission*, désirant dégager la portée de l'article 85 du traité et du règlement nº 17 eu égard aux données fournies par la juridiction nationale, estime que selon ces données, le contrat litigieux est un contrat dit de concession exclusive conclu entre deux entreprises établies dans deux États membres différents;

que ce type de convention comprendrait l'obligation d'une entreprise de ne fournir certains produits qu'à un seul concessionnaire exerçant dans un autre État membre, compte tenu de ce que cette concession exclusive n'est pas absolue, des concessionnaires étrangers à cet État pouvant théoriquement introduire ces mêmes produits sur le territoire de cet État membre et le concessionnaire pouvant en outre réexporter les produits livrés par l'entreprise;

que ce type de convention, en outre, comprendrait l'obbligation d'achat exclusif du concessionnaire, sauf autorisation du concédant, et des stipulations complémentaires visant les stocks, les garanties, etc.;

qu'au regard de ce type de contrat, la Commission expose qu'en vertu de l'article 85 et du règlement nº 17, l'interdiction des ententes, qui répondent à certains critères, joue de plein droit (article 85, paragraphe 1) avec une possibilité de dérogation (article 85, paragraphe 3) et qu'en cas de violation de l'interdiction une nullité s'ensuit (article 85, paragraphe 2) avec possibilité d'amendes et d'astreintes (règlement nº 17, articles 15 et 16); la Commission ajoute que « si l'application de l'article 85, paragraphe 3, relève de la compétence exclusive de la Commission, en revanche le paragraphe 1 peut être appliqué tant par la Commission que par les autorités nationales aussi longtemps que la Commission n'a pas engagé de procédure (règlement nº 17, article 9) »;

que c'est dans ce cadre et compte tenu du type de contrat

en cause, que l'étude du texte de l'article 85, paragraphe 1, devrait être centrée sur trois points principaux : la notion d'accord entre entreprises, le problème de la concurrence et le problème du commerce entre États membres;

attendu que le type de contrat en cause constitue, aux dires de la Commission, un « accord entre entreprises »;

que l'article 85 ne distinguerait pas ententes verticales et horizontales, et pas davantage les restrictions à la concurrence entre les parties ou à l'égard de tiers;

attendu que la rédaction de l'article 85, paragraphe 1, prouverait d'une part qu'une restriction à la concurrence, au sens de ce texte, est inhérente tant à la limitation de la liberté d'action des cocontractants qu'à l'atteinte portée à la position de tiers sur le marché;

que, d'autre part, une telle restriction pourrait se manifester à l'un quelconque des stades du processus économique, y compris celui de l'un quelconque des échelons de la distribution, ce qui suppose que l'accord peut être horizontal ou vertical;

que la restriction à la concurrence ne serait cependant pas un concept purement théorique, la position des cocontractants ou des tiers sur le marché devant être modifiée de manière perceptible, sans pour autant que le critère soit quantitatif;

que l'existence de la restriction suffirait;

que, par le type de contrat en cause, la concurrence serait restreinte au stade de la distribution;

que tous les commerçants et utilisateurs ne pourraient, en effet, s'approvisionner que chez le concessionnaire seul à recevoir les marchandises directement du concédant;

que, par ailleurs, le concessionnaire ne pourrait acheter ou vendre des produits concurrents;

que la restriction à la concurrence serait particulièrement perceptible lorsque les produits en cause sont individualisés par leurs particularités;

qu'il appartiendrait normalement au juge national de statuer sur le caractère perceptible de la restriction à la concurrence;

attendu que, pour la Commission, la rédaction de l'article 85, paragraphe 1, ferait ressortir que des accords restrictifs de la concurrence, concernant seulement le commerce à l'intérieur d'un seul État ou n'affectant le commerce qu'entre un État membre et des États tiers, ne tomberaient pas sous le coup de l'interdiction;

que l'expression « susceptible d'affecter... » prouverait que l'altération du commerce doit être directement constatée dans les faits ou résulter de prévisions raisonnables et que l'influence sur le commerce doit revêtir quelque importance ;

que cela ne signifierait pas la nécessité d'admettre un critère

quantitatif, un pourcentage par exemple, ou la constatation d'une diminution des échanges entre États, les règles de concurrence du traité n'ayant pas pour seul but un accroissement de ces échanges et le traité, dans différentes positions, sacrifiant le volume des échanges à la sauvegarde de certaines règles;

que le système auquel s'intègre l'article 85, paragraphe 1, voudrait empêcher que la concurrence soit « faussée », ou, selon les conclusions de l'avocat général dans l'affaire 13-61, que la restriction de la concurrence fasse « dévier la circulation des marchandises de sa voie normale et naturelle »;

que la Commission en conclut que le type de contrat en cause détermine les conditions dans lesquelles les produits du concédant sont importés d'un État membre dans un autre;

que, par conséquent, le commerce entre États membres se développerait ainsi autrement qu'il ne le ferait sans ces restrictions à la concurrence;

qu'il resterait au juge national saisi d'un cas concret à déterminer si ces empêchements « revêtent quelque importance »;

que, lorsqu'il serait finalement établi que, par le type de contrat en cause, il existe une restriction perceptible de la concurrence dont l'influence sur le commerce entre États membres revêt quelque importance, l'interdiction prescrite par l'article 85, paragraphe 1, du traité s'appliquerait;

que, la question posée par la cour d'appel précisant qu'aucune notification à la Commission n'a eu lieu, le régime de faveur prévu par l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 17 ne concernerait pas le type de contrat dont il s'agit et, en conséquence, un tel type de contrat, en l'état actuel, demeurerait interdit;

attendu que M.B.U. expose que le contrat litigieux serait intervenu dans un secteur où la concurrence est particulièrement vive entre produits similaires;

qu'il n'y aurait donc qu'une influence très limitée sur le marché; que l'absence d'interdiction d'exportation et de réexportation permettrait en outre l'intervention de fournisseurs et d'importateurs parallèles;

qu'elle empêcherait donc le cloisonnement du marché commun et serait ainsi conforme à l'orientation adoptée par la Comission en matière d'attestations négatives;

qu'un tel contrat, n'étant pas susceptible d'affecter le commerce entre États membres ni de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence, ne serait donc pas incompatible avec le marché commun, c'est-à-dire avec une fusion réelle et complète des six marchés séparés;

qu'il n'y aurait donc pas pour les parties obligation de le notifier;

que, selon M.B.U., une décision d'inapplicabilité de l'article 85, paragraphe 1, sur le fondement de l'article 85, paragraphe 3,

ne pourrait être prise que pour autant qu'un contrat tomberait sous le coup dudit article 85, paragraphe 1;

que les parties à un contrat du type litigieux n'auraient aucune obligation de notification, mais simplement la faculté de solliciter de la Commission une attestation négative si elles voulaient échapper à une éventuelle nullité;

qu'aussi longtemps qu'une procédure n'aurait pas été engagée par la Commission, les juridictions nationales saisies demeureraient compétentes pour apprécier la validité d'un tel contrat;

attendu qu'un accord de représentation exclusive supposerait un engagement de vente et un engagement d'achat;

que l'engagement de vente serait l'engagement du concédant de ne livrer, sur le territoire faisant l'objet du contrat, qu'aux concessionnaires à titre exclusif, alors que l'engagement d'achat serait l'engagement du concessionnaire de ne pas livrer sans autorisation préalable du concédant des machines susceptibles de concurrencer le matériel faisant l'objet du contrat;

que ce système de représentation exclusive serait couramment employé dans le commerce international pour ouvrir de nouveaux marchés aux producteurs et pour permettre une organisation rationnelle des ventes;

que l'hypothèse selon laquelle un producteur pourrait restreindre ses activités à la seule production et attendre ensuite l'initiative de la demande serait totalement étrangère à toute expérience économique;

qu'en particulier, pour de petites et moyennes entreprises, ne disposant pas en règle générale des ressources financières suffisantes pour établir dans les pays situés en dehors de leur propre frontière une organisation de distribution qui leur soit propre, le système de représentation exclusive offrirait souvent la seule possibilité de participer aux échanges commerciaux au delà des frontières et de s'adapter de la sorte aux exigences d'un marché élargi;

qu'il serait ainsi de moins en moins contesté que des accords de représentation exclusive du type litigieux sont parfaitement compatibles avec l'objectif général du marché commun, de même qu'avec les fins particulières des règles de concurrence;

que la contestation porterait sur le point de savoir quel est le moyen nécessaire pour atteindre l'objectif recherché d'un commun accord;

que selon la Commission, les contrats de représentation exclusive du type litigieux seraient présumés illicites afin de pouvoir faire ensuite l'objet d'une exonération générale;

que, selon le gouvernement italien, il conviendrait de les écarter du domaine d'application de l'article 85, paragraphe 1;

que, selon le gouvernement fédéral allemand, l'interdiction de

l'article 85, paragraphe 1, ne serait applicable que dans certaines conditions étroitement limitatives;

qu'entre ces trois conceptions il faudrait faire un choix sur la base de l'étude des deux conditions de fond de l'article 85, paragraphe 1;

attendu que la première condition (restriction à la concurrence) devrait être examinée successivement sous l'aspect de l'engagement de vente et de l'engagement d'achat;

attendu qu'en ce qui concerne la concession de droits exclusifs de vente, elle représenterait déjà en principe, selon la position défendue jusqu'à présent par la Commission, une restriction de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, même si elle n'était pas liée à une garantie supplémentaire sous forme d'interdiction d'exportation;

que cette position serait en contradiction avec l'objectif de la représentation exclusive et, par conséquent, erronée dans sa conception économique initiale;

qu'en effet il serait indéniable que le but d'un système de représentation exclusive viserait à ouvrir au fabricant de nouveaux débouchés en dehors de ses frontières nationales, de la manière la plus efficace possible, malgré les efforts des concurrents déjà établis;

que l'objet recherché par la conclusion d'un accord de représentation exclusive ne serait, par conséquent, nullement une restriction de la concurrence, mais, au contraire, la recherche d'une concurrence supplémentaire en élargissant l'offre de marchandises sur le marché considéré;

que le système de représentation exclusive servirait donc à favoriser la concurrence et à en accroître l'intensité;

attendu que la concession du droit exclusif de vente ne pourrait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser la concurrence;

qu'en premier lieu l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, ne servirait pas à la protection de la liberté d'action individuelle des entrepreneurs, mais aurait pour but le maintien du jeu de la concurrence sur le plan international, dans l'intérêt d'un régime économique reposant sur la notion de marché;

qu'en effet, sans les accords de représentation exclusive, les produits d'un fabricant ne pourraient être achetés qu'à ce dernier;

que, dans ce cas, il n'existerait qu'un seul vendeur, le producteur lui-même;

qu'après de tels accords le producteur disparaîtrait en tant que vendeur et à sa place apparaîtrait le représentant exclusif, seul vendeur pour les produits sous contrat;

qu'une telle analyse prouverait qu'un contrat de représentation exclusive, s'il change la personne du vendeur, ne changerait

pas son rôle, et ne provoquerait pas une modification des conditions du marché par une réduction de l'offre;

qu'ainsi, l'article 85, paragraphe 1, ne serait pas applicable à la concession exclusive de vente;

qu'en second lieu, contrairement à l'affirmation de la Commission, selon laquelle la concurrence revêt une importance particulière à l'échelon commercial, le représentant exclusif ne serait pas sur le même échelon commercial que le grossiste ou le détaillant;

qu'il aurait en effet avec ceux-ci une relation de fournisseur, ayant pour tâche d'approvisionner les échelons commerciaux successifs, à l'instar du producteur lui-même;

qu'en troisième lieu, l'application de l'article 85, paragraphe 1, à des accords de représentation exclusive du type litigieux aboutirait à des résultats fâcheux du point de vue de la politique juridique et déterminerait un traitement différent des multiples formes du système de représentation exclusive, selon que ladite représentation serait assurée par un employé du producteur, un agent ou intermédiaire, un représentant exclusif, un commissionnaire, ou bien un négociant établi à son propre compte;

que la Commission, dans un avis du 24 décembre 1962, aurait admis l'inapplicabilité de l'article 85, paragraphe 1, aux contrats de représentation exclusive passés avec des représentants et des commissionnaires;

que les raisons invoquées à cette occasion pourraient s'appliquer également aux négociants établis à leur propre compte;

que les objectifs économiques et les effets sur le plan de la concurrence étant les mêmes, une application discriminatoire du droit en matière d'entente ne semblerait pas justifiée et entraînerait, sans aucun motif économique sérieux, une modification de contrats privés à la seule fin d'éviter les suites de l'interdiction;

que ceci favoriserait les entreprises importantes, capables d'intégrer leur système de vente;

qu'en quatrième lieu, si la Cour rejetait ces arguments, il conviendrait encore d'examiner subsidiairement dans quelles conditions l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, serait applicable à des accords de représentation exclusive;

que le marché à prendre alors en considération serait celui de tous les produits similaires;

que des accords semblables au contrat litigieux seraient exclus du domaine d'application de l'article 85, paragraphe 1, lorsqu'une concurrence effective se manifesterait sur le plan horizontal;

qu'ainsi, dans le domaine des appareils qui sont l'objet du contrat litigieux, la M.B.U. représenterait moins de 1 % du marché français et 3 à 4 % du marché allemand;

attendu qu'en ce qui concerne le second critère de la restriction de la concurrence, c'est-à-dire l'engagement d'achat du

représentant exclusif (point 1 d de la question), M.B.U. expose que cet engagement représenterait un équivalent indispensable, sur le plan économique, de la concession de droits de représentation exclusive;

que le producteur ne pourrait concéder le droit de vente exclusif que lorsqu'il serait garanti que le bénéficiaire prendrait effectivement ses intérêts à charge et remplacerait une organisation de vente, ce qui permettrait une souhaitable division du travail entre la production et la distribution;

qu'à ce sujet, la conception de la Commission, résultant de sa décision dans le cas de la « maison Jallatte », ne serait pas satisfaisante, car elle quitterait le terrain de la loi et négligerait le seul élément décisif qui est de savoir si la concurrence sur le marché, et non l'accès au marché, se trouve entravée, restreinte ou faussée;

que la Commission méconnaîtrait le fait que le représentant exclusif se trouve sur le même échelon du marché que les autres producteurs, en ce qui concerne la distribution des produits sous contrat et qu'il ne peut donc y avoir de restriction de la concurrence au niveau des fabricants;

qu'enfin, si pour interpréter l'article 85, paragraphe 1, il fallait se demander si un accord rend plus difficile l'accès du marché aux concurrents, il conviendrait d'admettre que tout contrat d'achat, quel qu'il soit, pourrait relever de l'interdiction, étant donné l'entrave qu'il apporte aux possibilités d'écoulement des concurrents, surtout lorsqu'il s'agit d'un contrat de livraison à long terme ou portant sur de grandes quantités de fournitures;

attendu qu'en ce qui concerne la seconde condition d'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 (entrave au commerce entre États membres), M.B.U. expose que, pas plus qu'ils n'apporteraient de restriction à la concurrence, les accords de représentation exclusive du type litigieux ne pourraient affecter le commerce entre les États membres;

qu'il suffirait de rappeler, à ce sujet, les objectifs intrinsèques du système, exposés à propos de la première condition d'interdiction;

que, sur le point de savoir s'il suffit à la Commission, pour appliquer l'article 85, paragraphe 1, qu'une entrave à la concurrence ait pour résultat de développer le commerce entre États membres dans des conditions différentes de celles qui existeraient en l'absence de cette entrave et d'exercer ainsi une influence de quelque importance sur les conditions du marché, il ne pourrait y avoir de doute, selon les versions allemande, néerlandaise et italienne du traité;

que l'interdiction serait dirigée, en effet, contre les seuls effets défavorables sur le commerce entre États membres;

que cette interprétation serait confirmée par le sens et l'objet

de l'ensemble du traité, et en particulier par l'article 2 de celui-ci;

que l'interprétation de la Commission aboutirait d'ailleurs pratiquement à l'identité des deux conditions de l'article 85, paragraphe 1, ce qui serait illogique;

que les accords de représentation exclusive du type litigieux visant, selon leur objet, à rendre possibles des échanges internationaux efficaces pour les produits en cause, et permettant au représentant exclusif de vendre lesdits produits en dehors du territoire défini au contrat, ne pourraient avoir pour conséquence que le commerce entre les États membres soit soumis à des conditions plus défavorables;

que, pour tous ces motifs, M.B.U. conclut que l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, n'est pas applicable à un contrat tel que le contrat litigieux;

attendu que *L.T.M.* rappelle tout d'abord la nature et le contenu d'un contrat d'exclusivité tel que le contrat litigieux;

que les accords de concession exclusive auraient pour but d'organiser à l'intérieur d'un marché commercial des réseaux de distribution destinés à assurer l'approvisionnement tout en éliminant la concurrence et en garantissant la sécurité des marges bénéficiaires;

que de tels accords constitueraient, aux différents stades de la distribution, des monopoles de vente au profit de leurs bénéficiaires dans les limites du territoire qui leur est concédé;

que l'existence de tels monopoles à caractère économique serait la raison d'être du contrat de concession exclusive et de la notion d'exclusivité elle-même;

que l'obligation de respecter ces monopoles, consacrée par les usages commerciaux, s'imposerait implicitement aux parties qui auraient l'obligation réciproque de les garantir en s'abstenant de rien faire qui puisse nuire à leur maintien;

qu'ainsi, lorsqu'un marché est géographiquement divisé en concessions territoriales, chaque concessionnaire serait tenu d'enfermer son activité dans les limites de sa concession afin de ne pas porter atteinte, par d'éventuelles exportations, aux droits exclusifs d'un concessionnaire voisin;

que par ailleurs le concédant commun du réseau aurait l'obligation d'assurer à chacun de ses concessionnaires la protection efficace de l'exclusivité accordée en refusant de vendre directement ou en empêchant les divers concessionnaires de vendre sur les territoires concédés aux autres;

que l'interdiction de réexporter et le refus des importations parallèles constitueraient donc les conditions mêmes de l'existence de la concession d'exclusivité et n'auraient pas besoin d'être exprimées pour s'imposer aux parties;

que telle serait la règle de tout accord d'exclusivité qui devrait produire des effets;

que les exceptions à cette règle devraient être clairement exprimées;

qu'il conviendrait de s'assurer qu'elles sont véritablement respectées et ne sont pas contredites en fait par des accords occultes;

qu'il importerait de contrôler également que les importations parallèles éventuelles aient une efficacité réelle sur la liberté du commerce et sur les prix malgré les doubles frais de transport et les doubles droits de douane;

qu'en définitive, ce ne serait pas l'interprétation juridique des clauses d'un contrat d'exclusivité ou du silence qu'il observe qui pourrait donner l'assurance que ce contrat, dans son exécution, n'affecte pas le commerce des États de la Communauté, ne restreint pas le libre jeu de la concurrence ou ne porte pas atteinte à l'unité économique du marché européen;

qu'il s'agirait là de pures questions de fait qui doivent faire l'objet d'un contrôle dans chaque cas particulier;

que c'est bien ainsi que l'aurait entendu la Commission dans les décisions rendues en application de l'article 85 et dans la rédaction du règlement n° 153;

que pour l'application de ce règlement, il ne suffirait pas que le contrat d'exclusivité ne contienne aucune interdiction expresse;

qu'il faudrait encore que les parties souscrivent une déclaration certifiant en particulier qu'il n'a pas été établi de concession exclusive réciproque de la distribution des produits concurrents fabriqués par la société concédante et par le concessionnaire;

que cette condition ne se trouverait même pas reproduite dans le contrat litigieux tel que décrit abstraitement par la Cour de Paris, de sorte que, même si ledit contrat répondait à cette description, il ne serait pas certain qu'il puisse bénéficier des dispositions du règlement n° 153;

que L.T.M. ajoute que la Cour de Paris aurait ramené le contrat litigieux à une sorte de contrat type à l'aide d'une interprétation subjective du silence des parties au contrat;

que cela serait prouvé par la forme purement négative sous laquelle les caractères du contrat type seraient décrits;

que cette description ne tiendrait aucun compte des obligations implicites consacrées par les usages commerciaux;

qu'en déduisant du contrat d'exclusivité des conséquences qu'il n'aurait pas nécessairement et qui seraient mêmes contraires à sa nature, la Cour de Paris en aurait « dénaturé le sens et la portée »;

attendu que, sur la base de ces prémisses, L.T.M. propose une réponse à la « véritable question » qui, à son avis, doit intéresser la Cour de Paris et est implicitement contenue dans la demande d'interprétation;

que cette question serait de savoir si une juridiction nationale, saisie en vertu de l'article 9 du règlement nº 17 pour statuer sur l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité, a compétence pour se prononcer sur la validité d'un accord d'exclusivité dont aucune clause ne comporte les interdictions énumérées dans la question préjudicielle, ou bien si la validité d'un tel accord ne peut être prononcée qu'en vertu de l'article 85, paragraphe 3, dont l'application appartient exclusivement à la Commission des Communautés;

que, dans cette seconde hypothèse, si l'accord envisagé n'a pas été soumis à la procédure de notification instituée par les règlements, la juridiction nationale se trouverait dans l'obligation d'appliquer les sanctions prévues par les textes;

que la Cour de Paris n'ayant élevé aucune contestation touchant la légalité des règlements d'application, il y aurait seulement lieu, selon L.T.M., d'interpréter l'article 9 du règlement nº 17;

qu'il en résulterait que les juridictions nationales auraient le pouvoir de rendre des décisions ayant valeur d'attestations négatives au sens de l'article 2 dudit règlement, mais devraient s'abstenir de toute décision ayant valeur de déclaration d'inapplicabilité au sens de l'article 5;

que le critère à appliquer pour déterminer les accords qui peuvent bénéficier d'une attestation négative ne pourrait être qu' « objectif et a priori » afin de permettre aux parties de fixer sans ambiguïté leur comportement;

que tout accord visé par l'article 85, paragraphe 1, devrait être présumé interdit jusqu'à la levée de l'interdiction après notification et déclaration d'inapplicabilité;

que seraient visés tous accords qui, à un degré quelconque, si faible soit-il, produisent l'un des effets que ce texte énumère;

que ne pourraient bénéficier d'une attestation négative que les accords qui ne produiraient à aucun degré l'un quelconque de ces effets;

que malgré l'inconvénient de la notification obligatoire d'accords susceptibles d'obtenir une attestation négative, cette interprétation serait la seule qui permît un critère objectif et un contrôle effectif;

qu'au sens de la jurisprudence de l'arrêt 13-61 il faudrait donc bien admettre qu'il suffit que les accords d'exclusivité soient susceptibles d'être interdits « in specie » par l'article 85, paragraphe 1, pour qu'ils ne puissent, « ut singuli », être dispensés de notification;

qu'il en irait ainsi même si un examen circonstancié permettait cette dispense, et, précisément, parce que cet examen indispensable suppose l'application de l'article 85, paragraphe 3;

que l'analyse des effets produits par les accords d'exclusivité

démontrerait que, dans la majorité des cas, ils tombent sous l'application de l'article 85, paragraphe 1;

que cela serait confirmé par la jurisprudence de la Cour en matière d'ententes et par le règlement nº 153, dont la validité n'est pas mise en cause;

que ce règlement instituerait une procédure de notification simplifiée à l'égard des accords d'exclusivité qui remplissent des conditions auxquelles la Cour de Paris fait précisément référence dans sa question;

que, parmi ces conditions, figurerait l'autorisation préalable du concédant pour la livraison par le concessionnaire de machines susceptibles de concurrencer le matériel concédé;

que cette autorisation restreindrait la liberté du commerce et de la concurrence et justifierait l'application de l'article 85, paragraphe 1;

que les autorités de la Communauté, par des règlements qui ont force exécutoire dans tous les États membres ayant décidé de soumettre à leur contrôle les accords d'exclusivité, il ne serait pas souhaitable que, par le biais de leur compétence au regard de l'application de l'article 85, paragraphe 1, les juridictions nationales aient le pouvoir, par leur décision, et en violation de ses règlements, de faire échec aux procédures qu'ils instituent et éluder les sanctions qu'ils édictent.

C — *Sur la seconde question : Interprétation de l'article 85, paragraphe 2*

Attendu que selon la *Commission*, la nullité de plein droit prévue par l'article 85, paragraphe 1, implique la seule nécessité de se référer au terme « accords »;

qu'invoquant la doctrine, elle expose que le terme « accord » n'engloberait pas seulement les clauses restrictives de la concurrence et affectant le commerce entre États membres, mais aussi « d'autres stipulations qui sont indifférentes au point de vue concurrence »;

que corroboreraient cette interprétation l'utilisation du mot « accord » dans le règlement nº 19-65 du Conseil, la terminologie employée par les parties, l'avocat général, la Cour de Paris, dans le cas d'espèce, la pratique des notifications, la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour (arrêt 66-63);

qu'il résulterait de cette interprétation qu'en principe ce seraient les contrats eux-mêmes qui seraient interdits « lorsqu'ils remplissent, soit dans leur ensemble, soit par certaines des dispositions qu'ils contiennent, les conditions mentionnées à l'article 85, paragraphe 1 »;

que l'article 85, paragraphe 2, du traité, en fixant les conséquences civiles à tirer des accords interdits, éviterait une diversité

de solutions en fonction des diverses conceptions d'une nullité « plus ou moins absolue » selon le droit national;

que « la nullité énoncée au paragraphe 2 de l'article 85 constitue une conception communautaire »;

que l'article 85, paragraphe 1, ne prescrivant pas que la nullité doive être gouvernée par les règles qui valent pour l'application de l'interdiction, il conviendrait cependant, pour déterminer la portée de la sanction civile édictée au paragraphe 2, de se référer aux objectifs des règles de concurrence en se basant sur une interprétation fondée sur la finalité du droit communautaire;

que, pour assurer cette finalité, et le respect des paragraphes 1 et 3 de l'article 85, il ne serait pas nécessaire que la sanction civile anéantisse les parties du contrat qui ne sont pas contraires à cet article;

qu'il appartiendrait au droit national applicable de déterminer ce qui peut subsister;

qu'il n'en résulterait aucune conséquence fâcheuse pour le droit communautaire, puisque « après que la nullité communautaire a frappé les engagements contraires au fonctionnement du marché commun, l'abandon aux droits nationaux du sort des surplus du contrat n'a rien d'anormal »;

que, d'autre part, les droits nationaux présenteraient une certaine ressemblance sur le sort de ce « surplus »;

qu'enfin, le régime de la nullité de la partie du contrat contraire aux règles communautaires serait communautaire, ce qui est essentiel;

qu'en résumé, la Commission propose que « dans un contrat comportant une clause contraire au paragraphe 1 de l'article 85 du traité C.E.E., la nullité de plein droit prévue au paragraphe 2 du même article atteigne nécessairement cette clause », mais que « la validité des autres dispositions du contrat soit déterminée selon les règles du droit national applicable en l'espèce »;

attendu que *M.B.U.* rappelle qu'elle a soutenu devant la Cour de Paris que le contrat litigieux échappe à l'application de l'article 85, paragraphes 1 et 2, et qu'au surplus si la Cour de Paris a demandé à la Cour de justice des Communautés de préciser la portée de l'article 85, paragraphe 2, elle n'a pu demander d'appliquer ce texte;

que, subsidiairement, M.B.U. expose que la nullité ne pourrait en tout état de cause frapper que la clause du contrat contenant convention d'exclusivité;

que la jurisprudence française, relative à l'article 1172 du code civil, déciderait que la nullité d'une clause d'un contrat n'entraîne la nullité de ce contrat que si cette clause a été déterminante du consentement des parties;

qu'il appartiendrait donc à la Cour de justice, non d'apprécier

si la clause litigieuse est secondaire ou essentielle, mais de dire si elle est ou non incompatible avec le marché commun;

que M.B.U. précise que la nullité éventuelle pourrait être gouvernée non seulement par l'ordre juridique national, mais, le cas échéant, par l'ordre juridique communautaire lui-même;

que, dans ce dernier cas, il faudrait recourir aux principes juridiques uniformes des États membres dont la loi et la jurisprudence admettent la possibilité de maintenir des contrats lorsque ce résultat est conforme à la volonté présumée des parties ou à la situation objective des intérêts en cause;

que la constatation de ces principes juridiques uniformes par la Cour lierait les tribunaux des États membres;

que dans le cas envisagé par la question préjudicielle, l'accord litigieux pourrait ainsi devenir un contrat de livraison non exclusif;

attendu que *L.T.M.* expose qu'en l'absence de toute notification, le contrat litigieux devrait être, au vu des articles 5 et 6 du règlement nº 17, considéré comme interdit par l'article 85, paragraphe 1, et atteint par la nullité édictée par l'article 85, paragraphe 2;

que la jurisprudence de l'arrêt 13-61 serait en ce sens;

que la nullité du contrat devrait donc être prononcée à compter du 13 mars 1962;

que pour L.T.M. le texte de l'article 85, paragraphe 2, serait clair et précis;

que l'accord serait frappé de nullité en son entier, cette nullité étant une sanction dont l'efficacité exigerait de n'être pas limitée dans ses effets;

qu'on pourrait d'ailleurs se demander ce qui demeurerait d'un accord d'exclusivité si les clauses consacrant son objet étaient privées d'effet;

que L.T.M. remarque enfin que, d'une manière générale, la question de savoir si une clause illicite entraîne ou non la nullité du contrat tout entier, suivant qu'elle est ou non sa condition substantielle et déterminante, dépendrait de l'intention des parties dont l'appréciation appartiendrait aux seuls juges de l'application.

MOTIFS

Attendu que, par arrêt du 7 juillet 1965, transmis à la Cour de justice des Communautés européennes le 19 novembre suivant, la cour d'appel de Paris (première chambre) a régulièrement saisi la juridiction communautaire, sur la base de l'article 177 du traité C.E.E., de questions préjudicielles tendant à l'interprétation de l'article 85 dudit traité;

que ces questions sont ainsi libellées :

« 1. Quelle interprétation convient-il de donner à l'article 85, paragraphe 1, du traité de Rome, et aux règlements communautaires pris pour son application au regard de tout contrat qui, n'ayant fait l'objet d'aucune notification et concédant un « droit exclusif de vente »,

— n'interdit pas au concessionnaire de réexporter les marchandises qu'il a acquises du concédant sur tous autres marchés de la C.E.E.,

— ne comporte pas l'engagement du concédant d'interdire à ses concessionnaires des autres pays du Marché commun de vendre ses produits dans le territoire de responsabilité principale du concessionnaire partie au contrat,

— ne fait pas obstacle au droit des commerçants et utilisateurs du pays du concessionnaire de se fournir par importations parallèles près des concessionnaires ou fournisseurs des autres pays du Marché commun,

— soumet à autorisation préalable du concédant la livraison par le concessionnaire de machines susceptibles de concurrencer le matériel faisant l'objet de la concession;

2. La nullité de plein droit prévue à l'article 85, paragraphe 2, du traité de Rome frappe-t-elle l'ensemble du contrat comportant une clause interdite par le paragraphe 1 du même article, ou peut-elle éventuellement être limitée à la seule clause prohibée? ».

Sur la compétence de la Cour de justice

Attendu que la Société Technique Minière, partie à l'instance devant la cour d'appel de Paris, fait grief à celle-ci de poser, sous l'apparence de demandes d'interprétation, de véritables questions d'application relevant de la seule compétence des juridictions nationales;

attendu qu'aux termes de l'article 177 du traité, la Cour de justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation et la validité des textes communautaires;

qu'aux termes du même article toute juridiction d'un État membre peut saisir la Cour « si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement »;

que la Cour ne saurait donc s'immiscer dans l'appréciation des motifs par lesquels la juridiction nationale a reconnu cette nécessité;

que, incompétente pour connaître de l'application du traité à une espèce déterminée, elle peut dégager des éléments de la cause les seules questions d'interprétation ou de validité relevant de ses attributions;

que d'ailleurs la nécessité de parvenir à une interprétation utile des textes litigieux justifie l'énoncé par la juridiction nationale du cadre juridique dans lequel doit se placer l'interprétation demandée;

que la Cour peut donc tirer des éléments de droit décrits par la cour d'appel de Paris les précisions nécessaires à la compréhension des questions posées et à l'élaboration d'une réponse adéquate.

Sur la première question relative à l'interprétation de l'article 85, paragraphe 1

Attendu qu'il est demandé à la Cour d'interpréter l'article 85, paragraphe 1, au regard de « tout contrat qui, n'ayant fait l'objet d'aucune notification », a, sous certaines modalités, concédé « un droit exclusif de vente ».

Quant à l'absence de notification

Attendu que, pour être interdit comme incompatible avec le marché commun en vertu de l'article 85, paragraphe 1, du traité, un accord entre entreprises doit remplir diverses conditions dépendant moins de sa nature juridique que de ses rapports d'une part avec le « commerce entre les États membres », d'autre part avec « le jeu de la concurrence »;

que ledit texte, reposant ainsi sur une appréciation des répercussions de l'accord sous deux aspects relevant d'une évaluation économique, ne saurait donc être interprété comme instituant quelque préjugé que ce soit à l'encontre d'une catégorie d'accords déterminée par sa nature juridique;

que le contrat par lequel un producteur confie à un distributeur unique la vente de ses produits dans une zone déterminée ne saurait donc tomber automatiquement sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1;

qu'en revanche, un tel contrat peut réunir les éléments prévus audit texte, en raison d'une situation de fait particulière ou de la rigueur de clauses protectrices de l'exclusivité;

que les règlements 17-62 et 153-62 n'ayant pu ajouter aux prohibitions édictées à l'article 85, paragraphe 1, l'absence de notification à la Commission, prévue à ces règlements, ne saurait entraîner l'interdiction de plein droit d'un accord, mais seulement porter éventuellement effet au regard de la dérogation de l'article 85, paragraphe 3, s'il devait être établi que cet accord est frappé par l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1;

que l'interdiction d'un tel accord dépend de la seule question de savoir si, compte tenu des circonstances de l'espèce, il réunit objectivement les éléments constitutifs de ladite interdiction tels qu'ils sont énoncés au paragraphe 1 de l'article 85.

Quant à la nécessité d'un accord « entre entreprises »

Attendu que, pour tomber sous cette interdiction, l'accord doit être intervenu entre des entreprises;

qu'il n'est fait, par ledit texte, aucune distinction selon que les parties se trouvent placées soit au même stade (accords dits « horizontaux »), soit à des stades différents (accords dits « verticaux ») du processus économique;

que, dès lors, un contrat assorti d'une clause « concédant un droit exclusif de vente » peut remplir cette condition.

Quant aux rapports avec le commerce entre États membres

Attendu que cet accord doit être, en outre « susceptible d'affecter le commerce entre États membres »;

que cette disposition, éclairée par la précision liminaire de l'article 85, visant les accords en tant qu'ils sont « incompatibles avec le marché commun », tend à fixer le champ d'application de l'interdiction par l'exigence d'une condition prévisionnelle reposant sur la possibilité d'une entrave à la réalisation d'un marché unique entre les États membres;

que c'est, en effet, dans la mesure où l'accord peut affecter le commerce entre États membres que l'altération de la concurrence provoquée par cet accord relève des prohibitions de droit communautaire de l'article 85, alors qu'au cas contraire elle y échappe;

que, pour remplir cette condition, l'accord dont s'agit doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres;

que, dès lors, pour rechercher si un contrat, assorti d'une clause « concédant un droit exclusif de vente », relève du champ d'application de l'article 85, il convient de savoir s'il est en mesure notamment de cloisonner le marché de certains produits entre États membres et de rendre ainsi plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité.

Quant aux rapports de l'accord avec la concurrence

Attendu enfin que, pour être frappé par l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, l'accord litigieux doit avoir « pour objet, ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »;

que le caractère non cumulatif, mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction « ou », conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué;

que les altérations du jeu de la concurrence, visées par l'article 85, paragraphe 1, doivent résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même;

qu'au cas cependant où l'analyse desdites clauses ne révèlerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant

que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible;

que le jeu de la concurrence dont s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux;

que notamment l'altération de la concurrence peut être mise en doute si ledit accord apparaît précisément nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas;

que, dès lors, pour apprécier si un contrat assorti d'une clause « concédant un droit exclusif de vente » doit être considéré comme interdit en raison de son objet ou de son effet, il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles.

Sur la deuxième question relative à l'interprétation de l'article 85, paragraphe 2

Attendu qu'aux termes de l'article 85, paragraphe 2, « les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit »;

que cette disposition, destinée à assurer le respect du traité, ne saurait être interprétée qu'en fonction de sa finalité communautaire et doit être limitée à ce cadre;

que la nullité de plein droit dont s'agit s'applique aux seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction, ou à l'accord dans son ensemble si ces éléments n'apparaissaient pas séparables de l'accord lui-même;

qu'en conséquence toutes autres dispositions contractuelles non affectées par l'interdiction, ne relevant pas de l'application du traité, échappent au droit communautaire.

Quant aux dépens

Attendu que les frais exposés par la Commission de la Communauté économique européenne qui a soumis ses observations à la Cour ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

que la procédure revêt, à l'égard des parties en cause devant la cour d'appel de Paris, le caractère d'un incident soulevé devant cette juridiction;

qu'il appartient à ladite Cour d'appel de statuer sur les dépens de la présente instance;

par ces motifs,

vu les actes de procédure;
le juge rapporteur entendu en son rapport;
les parties au litige originel et la Commission de la Communauté économique européenne entendues en leurs observations;
l'avocat général entendu en ses conclusions;
vu les articles 85 et 177 du traité instituant la Communauté économique européenne;
vu le protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne;
vu le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes,

LA COUR

statuant sur les questions à elle soumises, à titre préjudiciel, par la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 7 juillet 1965, dit pour droit :

En réponse à la première question

Les contrats assortis d'une clause « concédant un droit exclusif de vente » ne réunissent pas, par leur seule nature, les éléments constitutifs de l'incompatibilité avec le marché commun, prévus à l'article 85, paragraphe 1, du traité.

Un contrat de cette catégorie, individuellement considéré, peut cependant, en raison d'une situation de fait déterminée, ou de clauses particulières, réunir ces éléments, lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1° L'accord assorti d'une clause « concédant un droit exclusif de vente » doit être intervenu entre entreprises, quelle que soit leur position respective dans les divers stades du processus économique.

2° Il doit, pour relever du champ d'application de l'article 85, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, être de nature à fonder une prévision raisonnable permettant de faire craindre qu'il puisse exercer une influence éventuelle directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, susceptible d'entraver la réalisation d'un marché unique entre lesdits États.

A cet égard, il y a lieu notamment d'examiner si l'accord est susceptible de cloisonner le marché de certains produits entre les États membres.

3° Il doit avoir, soit pour objet, soit pour effet, d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence.

Si l'accord de concession exclusive est considéré dans son

objet, cette constatation doit résulter de tout ou partie de ses clauses considérées en elles-mêmes.

Faute de remplir ces conditions, l'accord doit être alors considéré dans ses effets et permettre de constater soit qu'il empêche, soit qu'il restreint ou fausse de façon sensible le jeu de la concurrence.

A cet égard, il y a lieu d'examiner, notamment, la rigueur des clauses constitutives de l'exclusivité, la nature et la quantité des produits faisant l'objet de l'accord, la position du concédant et celle du concessionnaire sur le marché des produits concernés et le nombre de participants à l'accord ou, le cas échéant, à d'autres accords faisant partie d'un même réseau.

En réponse à la deuxième question

La nullité de plein droit prévue à l'article 85, paragraphe 2, vise toutes les dispositions contractuelles incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1.

Les conséquences de cette nullité pour tous autres éléments de l'accord ne relèvent pas du droit communautaire;

et décide :

Il appartient à la cour d'appel de Paris de statuer sur les dépens de la présente instance.

Ainsi jugé à Luxembourg le 30 juin 1966.

Hammes Delvaux Donner

Trabucchi Lecourt

Lu en séance publique à Luxembourg le 30 juin 1966.

Le greffier — A. Van Houtte

Le président — Ch. L. Hammes

Conclusions de l'avocat général M. Karl Roemer, présentées le 23 mars 1966 [1]

Sommaire

Introduction (les faits; les questions d'interprétation) 363

Réponse à donner aux questions 365

1 — Traduit de l'allemand.

Dans l'affaire 23-67

introduite, sur la base de l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne, par le tribunal de commerce de Liège, dans le litige pendant devant lui

entre

S. A. BRASSERIE DE HAECHT

et

CONSORTS WILKIN-JANSSEN

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle tendant à faire statuer sur :

— l'interprétation de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne;

LA COUR

composée de

M. R. Lecourt (rapporteur) président,
MM. A. M. Donner et W. Strauß, présidents de chambre,
MM. A. Trabucchi, R. Monaco, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, juges,
avocat général : M. K. Roemer,
greffier : M. A. Van Houtte,

rend le présent

ARRÊT

POINTS DE FAIT ET DE DROIT

I — Faits et procédure

Attendu qu'en 1963 la Brasserie de Haecht, dont le siège social est à Boortmeerbeek en Belgique, et les consorts Wilkin-Janssen, débitants de boissons exploitant leur commerce à Esneux, ont conclu trois contrats de prêt, portant l'un sur du mobilier de café, un autre sur une somme de 6.710 francs, le troisième sur une somme de 40.000 francs;

que la valeur totale de l'ensemble de ces prêts s'est ainsi élevée à 52.000 francs;

qu'aux termes de ces contrats, établis sur formulaires, les débiteurs se sont engagés à se fournir exclusivement auprès de la Brasserie de Haecht en bière, boissons ou limonades, tant pour leurs besoins personnels que pour l'exploitation de leur commerce;

que la durée de l'exclusivité souscrite au profit du brasseur devait s'étendre au moins sur une période égale à la durée du remboursement du prêt, majorée d'une durée supplémentaire de deux années;

qu'un minimum de trois années d'exclusivité était prévu, quelle que soit la durée du remboursement;

qu'en 1966 la Brasserie de Haecht a fait constater que les consorts Wilkin-Janssen n'avaient pas respecté l'exclusivité d'achat contenue dans le « contrat de brasserie », constitué par les trois conventions sus-indiquées;

qu'elle a demandé au tribunal de commerce de Liège la résiliation des prêts, la restitution du mobilier et des dommages-intérêts;

que dans leur défense, les consorts Wilkin-Janssen n'ont pas contesté s'être fournis en boissons auprès d'autres entreprises;

qu'ils ont plaidé la nullité des conventions litigieuses sur la base de l'article 85 du traité C.E.E.;

que, par jugement du 8 mai 1967, le tribunal de commerce de Liège a estimé que la réglementation communautaire (règlement nº 67/67/CEE du 22 mars 1967, J. O. du 25 mars 1967, p. 849) concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords d'exclusivité n'était pas applicable au litige pendant devant lui;

que le tribunal de commerce a cependant constaté que l'exclusivité litigieuse résultait d'un accord entre entreprises et « que l'article 85 ne cite pas nommément l'ensemble de conventions de même type parmi les accords ou les pratiques interdits, mais que l'énonciation qu'il contient n'est pas limitative et qu'il est possible que l'interdiction de ceratins accords soit justifiée par l'existence simultanée d'accords identiques qui, considérés dans leur ensemble, affectent le commerce entre les États membres du marché commun »;

que le tribunal de commerce a donc estimé souhaitable qu'il soit procédé, dans le cadre de la procédure prévue par l'article 177 du traité, à l'interprétation dudit article 85 par la Cour de justice;

qu'en conséquence il a formulé la question préjudicielle ci-après :

« Y a-t-il lieu, pour apprécier si les contrats litigieux sont interdits parl' article 85, paragraphe 1, du traité de Rome, de tenir compte du contexte économique et de l'ensemble du marché, c'est-à-dire en l'espèce, de l'existence simultanée d'un grand nombre de contrats du même genre imposés par un nombre réduit de brasseries belges à une fraction très importante de débitants de boissons ou faut-il s'en tenir à l'examen des effets exercés sur le marché par lesdites conventions envisagées isolément? »;

que le jugement dont il s'agit a été frappé d'appel le 9 juin 1967 et le litige porté devant la cour d'appel de Liège;

que ledit jugement, transmis de greffe à greffe, a été inscrit au registre de la Cour de justice le 27 juin 1967;

qu'en vertu de l'article 20 du statut de la Cour, la S.A. Brasserie de Haecht, les consorts Wilkin-Janssen et la Commission ont présenté des observations;

que la S.A. Brasserie de Haecht a été représentée par Me Lucien Simon et par Me Félix Lainé, avocats à la cour d'appel de Bruxelles, qui ont joint à leurs observations une consultation du professeur Foriers de l'université de Bruxelles;

que la Brasserie de Haecht a, en outre, soumis à la Cour des observations complémentaires relatives à un point particulier de la récente jurisprudence de la Cour;

que les consorts Wilkin-Janssen ont été représentés par Me Jean Materne et Me Marcel Veroruysse de Liège, qui ont joint à leurs observations une consultation du professeur Walbroeck de l'université de Bruxelles;

que la Commission a été représentée par M. Beuve-Méry;

que les auteurs des mémoires déposés ont versé aux débats diverses pièces annexées à leurs observations, notamment le texte de la convention, signée le 29 décembre 1966 entre les brasseurs et les cafetiers-hôteliers-restaurateurs de Belgique et destinée à harmoniser les rapports entre les parties à ladite convention, ainsi que des documents parlementaires belges relatifs à certaines clauses des contrats dits « de brasserie » (session 1957-1958);

qu'à l'audience du 7 novembre 1967, les parties au litige principal et la Commission ont été entendues en leurs explications;

que l'avocat général a présenté, à l'audience du 21 novembre, ses conclusions orales et motivées;

II — Schéma des observations déposées en vertu de l'article 20 du statut

Attendu que la *S.A. Brasserie de Haecht* a exposé les circonstances qui, en Belgique, ont entraîné l'adoption de la convention collective du 28 novembre 1961, rendue obligatoire par arrêté royal du 28 novembre 1961, prorogée le 25 septembre 1964 (*Moniteur belge* du 21 octobre 1964, p. 11.127) et celle du 29 décembre 1966, qui doit être incessamment sanctionnée par un nouvel arrêté royal;

qu'elle a indiqué que cette sorte de contrat n'est pas restreinte au domaine de la brasserie;

que dans les secteurs des carburants et de l'industrie de la chaussure, notamment, il existerait des contrats comparables,

nés, à l'instar des contrats de brasserie, des nécessités économiques;

que ces pratiques seraient nées de la nécessité de faire crédit aux petits distributeurs et des exigences d'une distribution régulière;

que dans le commerce de brasserie, le procédé serait utilisé aussi bien en Belgique qu'en France, en Allemagne fédérale qu'aux Pays-Bas;

que loin d'éliminer la concurrence, cet élément traditionnel de la politique de vente des fabricants de bière constituerait une « arme de combat » entre brasseurs;

que les contrats ne seraient accompagnés d'aucun monopole territorial, les brasseries restant libres de livrer à quiconque et n'importe où;

qu'au surplus, les contrats de brasserie ne viseraient pas à limiter le nombre des points de vente mais, au contraire, à les accroître et constitueraient une poussière de conventions dont chacune n'aurait qu'une portée minime;

qu'ainsi en Belgique, de tels contrats seraient régulièrement conclus par les 282 brasseries belges;

qu'ils lieraient environ la moitié des débitants de boissons, dont le nombre était, au 31 décembre 1966, de 65 426;

que, de part et d'autre, ces contrats n'affecteraient qu'un nombre réduit de contractants;

qu'enfin, les livraisons aux cafetiers libres conserveraient une importance considérable;

attendu que, sur le plan du droit interne, les contrats de brasserie auraient été considérés comme ne comportant pas de restriction de la concurrence (jurisprudence française et belge);

que, sur le plan du droit communautaire, il conviendrait de savoir si un contrat de brasserie répond aux trois conditions prévues par l'article 8, paragraphe 1, du traité;

que, si la première de ces conditions (accord entre entreprises) paraîtrait remplie, les deux autres (restriction du commerce entre États membres et libre jeu de la concurrence) ne le seraient pas;

que l'article 85, paragraphe 1, exigerait en effet cloisonnement du marché, ainsi que la Cour l'aurait décidé dans ses arrêts du 30 juin 1966 (56-65 Maschinenbau) et du 13 juillet 1966 (56 à 59-64 Consten-Grundig);

que l'imperméabilité relative du marché ne devrait être appréciée qu'en tenant compte du seul accord litigieux à l'exception de tous autres (voir particulièrement arrêts 8 à 11-66 du 15 mars 1967, Cimenteries, Recueil, XIII, p. 117);

que les critères à prendre en considération devraient être qualitatifs, comme la nature du produit en cause, les méthodes de distribution et les qualifications techniques des distributeurs,

l'importance du marché, « vu sous l'angle de la consommation et la liberté plus ou moins grande des consommateurs »;

que le « nombre des accords » serait, ici encore, indifférent, dès lors qu'existerait la possibilité pour les entreprises d'autres États membres de pénétrer sur le marché considéré, de s'y installer, d'organiser des réseaux de distribution et d'offrir un véritable choix au consommateur dans des domaines où il n'y aurait ni trop grande spécificité du produit en cause, ni trop grande technicité dans sa distribution;

que des accords tels que les contrats de brasserie ne pourraient dès lors qu'exceptionnellement tomber sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, et seraient normalement exclus de son application comme le confirmerait le règlement 67-67;

que sur le marché de la bière, il n'y aurait en effet ni cloisonnement du marché, ni nombre limité de distributeurs, ni haute qualification technique des distributeurs;

qu'il y aurait, par contre, un grand nombre de cafetiers libres et un réseau de vente plus large que celui des seuls cafés;

qu'ainsi, les bières étrangères seraient régulièrement vendues en Belgique (6,24 % des ventes totales) et la progression des importations serait constante;

que le marché serait dès lors « un des plus perméables qui soient et un des plus fluctuants », la concurrence y étant « âpre » entre brasseurs belges et étrangers;

qu'en conséquence, une nouvelle interprétation de l'article 85, paragraphe 1, du traité à l'occasion du cas d'espèce apparaîtrait inutile;

attendu que, « pour autant que besoin » la S.A. Brasserie de Haecht présente quelques observations à propos de la troisième condition de l'article 85, paragraphe 1, à savoir l'altération de la concurrence;

que l'arrêt Maschinenbau aurait, ici aussi, tracé une méthode d'examen exhaustive;

que l'accord devant être considéré d'abord dans son objet et dans ses clauses elles-mêmes, l'analyse devrait se limiter au seul contenu de l'accord litigieux dans une première phase;

qu'ensuite, il y aurait lieu d'examiner la situation contractuelle dans laquelle il s'insère, c'est-à-dire, le cas échéant, le nombre de participants à l'accord ou à d'autres accords faisant partie du même réseau, mais pas les accords organisant des réseaux de distribution étrangers aux parties;

que l'arrêt Consten-Grundig mettrait ainsi l'accent sur le contexte économique et juridique en vue duquel les parties auraient conclu le contrat;

que dans ce contexte, il y aurait lieu d'examiner si l'atteinte à la concurrence serait sensible ou appréciable;

que la Brasserie de Haecht ne représentant que 4,6 % de

la production belge, et les ventes aux « débitants obligés » 30 % de sa vente totale, les contrats de brasserie à prendre éventuellement en considération représenteraient 1,5 % seulement de la production belge;

attendu que la S.A. Brasserie de Haecht, à l'audience, a insisté sur le fait que les obligations du contrat de brasserie sont bilatérales etque celles qu'assume le cafetier sont « plafonnées » par un arrêté royal et enfermées dans des limites très précises;

que ce contrat serait donc avant tout un élément permettant à la concurrence de s'exercer, chaque obligation étant la contrepartie d'un investissement nouveau;

attendu que les *consorts Wilkin-Janssen* font observer que, pour apprécier la validité des accords litigieux, il faudrait tenir compte de l'ensemble des accords similaires;

que cette solution serait plus conforme au libellé de l'article 85, à sa finalité, à la jurisprudence de la Cour et à la doctrine dominante;

attendu tout d'abord que le texte de l'article 85 n'exigerait nullement l'examen des accords de façon isolée afin d'apprécier s'ils tombent sous le coup de ses dispositions;

qu'en effet, cet article, dont le texte est désormais interprété dans l'arrêt Maschinenbau, viserait des accords qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence;

que cette condition ainsi clarifiée aurait un caractère alternatif et non cumulatif;

qu'ainsi, si l'analyse des clauses de l'accord ne permettait pas de révéler un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il serait possible que l'accord soit frappé en raison de ses seuls effets qui, voulus ou non par les parties, résulteraient en fait de la situation du marché dans laquelle l'accord s'inscrit;

qu'on ne pourrait donc renoncer à examiner l'existence et l'incidence d'accords similaires conclus par des entreprises tierces et se rapportant à des produits concurrents;

attendu, en second lieu, que la finalité de l'article 85 exigerait de considérer les accords compte tenu de leur contexte économique;

que l'existence de nombreux contrats d'exclusivité de fournitures entre cafetiers et brasseries belges constituerait une entrave importante à l'importation en Belgique de bières étrangères;

que le système des « contrats de brasserie » aurait été considéré par le législateur belge lui-même comme de nature à protéger les brasseurs belges contre une concurrence « trop forte » des bières allemandes et néerlandaises (cf. rapport fait par M. Rombaut au nom de la commission de la justice de la Chambre des représentants sur la proposition de loi relative à certaines clauses

des contrats dits « de brasserie », doc. parlementaires, Chambre session 1957-1958, nº 221-4, p. 4);

que cette politique protectionniste ne serait évidemment pas conforme aux objectifs du traité;

que seule une interprétation de l'article 85 qui tienne compte, pour apprécier la validité d'accords particuliers, de la situation d'ensemble du marché, permettrait la réalisation des objectifs du traité en mettant les entreprises des différents États membres en concurrence les unes avec les autres et en éliminant les obstacles qui s'opposent à l'interpénétration des marchés;

que, selon les consorts Wilkin-Janssen, la Brasserie de Haecht elle-même reconnaîtrait que, pour apprécier la licéité d'un accord au regard de l'article 85, il faut tenir compte de situations objectives de fait, en rapport avec la structure du marché et échappant partiellement à la volonté des parties;

attendu, en troisième lieu, que dans sa jurisprudence antérieure, la Cour aurait déjà indiqué qu'il convenait de tenir compte du contexte économique dans lequel l'accord doit être appliqué et de ne pas considérer cet accord uniquement en fonction de sa qualification juridique ou des clauses qu'il contient;

que, ce faisant, on ne devrait pas craindre, dans un cas tel que celui de l'espèce, que les parties, et surtout la Brasserie, n'aient pas de motif de se douter que leur comportement serait susceptible de tomber sous le coup du traité, étant donné la participation de chaque brasserie à la recherche d'un « résultat global »;

attendu, en quatrième lieu, que les auteurs (Bernini, Walbroek et Baardman) admettraient la nécessité de ne pas considérer les accords isolément mais de les replacer dans leur contexte afin de juger de leur compatibilité avec le traité;

que selon Baardman en particulier, l'influence défavorable sur le commerce, exercée par une situation d'ensemble, entacherait également les accords individuels qui en font partie;

attendu que le droit antitrust américain permettrait de tenir compte des agissements des concurrents et de l'adoption d'une politique de vente identique par l'ensemble d'une corporation (arrêt Standard Oil California);

que la doctrine allemande interpréterait de la même manière la loi allemande contre les restrictions de la concurrence (et, en partie, son paragraphe 18 tel que modifié le 15 septembre 1965);

attendu enfin que les contrats de brasserie pourraient constituer un des cas exceptionnels prévus dans le préambule du règlement 67-67;

qu'ils seraient susceptibles, bien que passés individuellement à l'intérieur d'un seul État, d'affecter le commerce interétatique;

qu'en effet, le facteur exceptionnel serait créé par la confi-

guration du marché de la bière et par le grand nombre de contrats identiques;

qu'en conclusion, les consorts Wilkin-Janssen estiment qu'une réponse affirmative doit résoudre la question posée;

attendu que la Commission de la C.E.E., après avoir décrit le marché litigieux et noté l'existence de marchés analogues dans divers États membres, se demande, de manière générale, si peut être pertinent, pour apprécier une exclusivité d'achat relative à la distribution nationale d'un produit au regard de l'article 85 du traité, le fait qu'existent d'autres accords similaires;

que la Commission fait remarquer dès l'abord qu' « il ne serait pas sans intérêt de remarquer que la coexistence de multiples exclusivités nationales d'achat relatives à la distribution d'un même produit est un fait qui pourrait apparaître dans le cadre d'une instruction ouverte sur la base de l'article 86 du traité comme cette disposition et l'article 85 ayant en commun un critère, celui de l'altération du commerce entre États membres, la réponse à la question posée serait susceptible d'intéresser par analogie l'interprétation de l'article 86 »;

que la Commission, se basant sur l'arrêt 56-65 Maschinenbau dont elle rappelle le dispositif et certains motifs, relève que « l'existence d'autres accords formant réseau avec l'accord incriminé peut être l'un des éléments de la situation qui fait que cet accord altère la concurrence et que le réseau constitue une relation suffisante pour apprécier un accord en considération d'autres »;

que la réponse à la question serait donc à rechercher dans une analyse des relations pouvant exister entre des exclusivités d'achat simultanément en vigueur;

que trois sortes de relations paraîtraient dès lors devoir être étudiées;

que la première serait impliquée par la coexistence même des exclusivités en cause, à savoir l'identité du produit et du marché national concernés;

que la deuxième apparaîtrait lorsque les fournisseurs seraient moins nombreux que les revendeurs;

que le système de distribution de chaque fournisseur serait alors un lien entre les exclusivités qui le constituent;

qu'enfin, la troisième relation qui pourrait s'ajouter aux deux précédentes, mais ne se déduirait pas nécessairement du jugement de renvoi, serait que les exclusivités d'achat coexistantes seraient les moyens d'exécution d'une entente entre les fournisseurs, ou entre ceux-ci et les revendeurs;

attendu que la première relation pourrait être trouvée dans « l'identité du marché national et du produit concernés »;

qu'il serait, sur cette base d'examen, juridiquement fondé d'apprécier les conséquences d'un accord sur le commerce entre

États membres et sur le jeu de la concurrence en fonction des conséquences d'autres accords similaires;

qu'en effet, en raison de leur nature, le premier accord et les autres auraient des effets cumulatifs sur ce commerce et sur ce jeu; que la jurisprudence de la Cour (56-65, Recueil, XII, p. 361-2), retenant les effets d'un accord considéré supposerait que c'est « l'application de toutes les exclusivités d'achat qui existent en même temps que l'exclusivité incriminée qui est un fait pertinent pour apprécier si cette dernière est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour effet d'altérer le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. »;

attendu que la seconde relation à prendre en considération serait le système de distribution;

qu'elle rendrait, elle aussi, pertinente la prise en considération de toutes les exclusivités d'achat formant un même système;

que les observations présentées à propos de la relation précédente donneraient la réponse;

que l'identité du fournisseur serait susceptible de créer entre des exclusivités d'achat une relation telle que l'on pourrait appliquer l'article 85, paragraphe 1, à l'ensemble considéré comme un seul et vaste accord;

qu'il ne serait pas utile, cependant, dans la présente affaire, de poursuivre dans cette voie qui n'a pas été envisagée par le juge de renvoi;

attendu qu'on pourrait objecter que ces deux premières relations entraîneraient des conséquences contraires à l'équité, aux règles reçues relatives à la responsabilité, à la faute et à la sécurité juridique des entreprises qui, ut singuli, ne seraient pas nécessairement responsables d'une situation d'ensemble;

que cette objection tomberait, en l'absence de référence, dans l'article 85, paragraphe 1, à toute notion de faute;

qu'elle ne vaudrait pas, en tout cas, pour le créancier d'une exclusivité d'achat, utilisant celle-ci dans la lutte contre ses concurrents;

qu'enfin, le souci de sauvegarder la sécurité juridique ne pourrait s'opposer à la volonté des auteurs du traité;

attendu que la troisième relation — invoquée par Wilkin-Janssen, qui prétendent que les brasseurs belges cloisonneraient de manière concertée le marché belge — ne serait pas retenue par le juge de renvoi;

qu'il serait cependant intéressant d'observer que dans le cas où des accords semblables et coexistants constitueraient l'exécution d'une entente relevant elle-même de l'article 85, la licéité d'un des accords s'apprécierait en tenant compte de l'existence simultanée des autres et de l'entente dont ils constitueraient tous une mesure d'application;

que dans ce cas, l'autorité compétente — qu'elle agisse en

vertu de l'article 85 ou du droit civil national en raison du caractère illicite de l'objet ou de la cause de l'accord — ne devrait pas s'en tenir à un examen isolé de l'accord litigieux;

qu'en réponse à la question préjudicielle posée par le tribunal de commerce de Liège, la Commission propose l'interprétation suivante :

« Les contrats assortis d'une clause d'exclusivité d'achat ne réunissent pas, par leur seule nature, les éléments constitutifs de l'incompatibilité avec le marché commun, prévus à l'article 85, paragraphe 1, du traité.
Un contrat de cette catégorie, individuellement considéré, peut cependant, en raison d'une situation de fait déterminée, réunir ces éléments.
En particulier, parmi les faits pertinents pour prouver que l'article 85, paragraphe 1, du traité interdit un accord assorti d'une clause d'exclusivité d'achat, par laquelle un revendeur qui commerce dans un État membre s'engage à acheter pendant une certaine période un produit chez un fournisseur déterminé et établi dans le même État membre, figure l'existence simultanée d'accords comportant des exclusivités d'achat similaires, c'est-à-dire qui sont conclues entre entreprises établies dans cet État pour la distribution de ce produit sur leur territoire national. »

MOTIFS

Attendu que, par jugement en date du 8 mai 1967, parvenu à la Cour le 27 juin, le tribunal de commerce de Liège a saisi celle-ci, en vertu de l'article 177 du traité instituant la C.E.E., d'une question préjudicielle tendant à l'interprétation de l'article 85, paragraphe 1, dudit traité ;

que la Cour est invitée à dire s'il y a lieu, « pour apprécier si les contrats litigieux sont interdits par l'article 85, paragraphe 1, du traité C.E.E., de tenir compte du contexte économique et de l'ensemble du marché, c'est-à-dire en l'espèce, de l'existence simultanée d'un grand nombre de contrats du même genre imposés par un nombre réduit de brasseries belges et à une fraction très importante de débitants de boissons », ou s'il faut « s'en tenir à l'examen des effets exercés sur le marché par lesdites conventions envisagées isolément »;

que l'objet de ladite question est, aux termes de ce jugement, constitué par des conventions en vertu desquelles un commerçant s'engage à ne s'approvisionner, pendant une certaine durée, qu'auprès d'un fournisseur déterminé, à l'exclusion de tous autres;

attendu que l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité repose sur trois éléments essentiels à la solution de la question posée;

attendu que, fixant tout d'abord le cadre dans lequel l'interdiction va s'appliquer, l'article 85, paragraphe 1, mentionne les accords, décisions et pratiques;

qu'en visant ainsi à la fois les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et aussi les pratiques concertées qui peuvent intéresser de nombreux participants, l'article 85, paragraphe 1, implique la possibilité de considérer l'ensemble des éléments constitutifs desdits accords, décisions et pratiques;

attendu, d'autre part, qu'en frappant les accords, décisions ou pratiques en raison, non seulement de leur objet, mais aussi de leurs effets au regard de la concurrence, l'article 85, paragraphe 1, implique la nécessité d'observer ces effets dans le cadre où ils se produisent, c'est-à-dire dans le contexte économique et juridique au sein duquel ces accords, décisions ou pratiques se situent et où ils peuvent concourir, avec d'autres, à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence;

qu'il serait vain, en effet, de viser un accord, une décision ou une pratique en raison de leurs effets, si ceux-ci devaient être séparés du marché où ils se manifestent et ne pouvaient être examinés que détachés du faisceau d'effets, convergents ou non, au milieu desquels ils se produisent;

que, pour apprécier si elle est frappée par l'article 85, paragraphe 1, une convention ne peut donc être isolée de ce contexte, c'est-à-dire des circonstances de fait ou de droit ayant pour conséquence qu'elle a pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence;

que, par rapport à cet objectif, l'existence de contrats similaires peut être prise en considération dans la mesure où l'ensemble des contrats de ce genre est de nature à restreindre la liberté du commerce;

attendu enfin que c'est seulement dans la mesure où les accords, décisions ou pratiques peuvent affecter le commerce entre États membres que l'altération du jeu de la concurrence relève des prohibitions communautaires;

que, pour remplir cette condition, l'accord, la décision ou la pratique doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager qu'il est en mesure d'exercer éventuellement une influence directe ou indirecte sur les courants d'échange entre États membres, de contribuer au cloisonnement du marché et de rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité;

que, pour l'appréciation de cet élément, l'accord, la décision ou la pratique ne peut donc pas non plus être séparé de tous autres au milieu desquels il est inséré;

attendu que l'existence de contrats similaires est une circonstance qui, avec d'autres, peut former un ensemble constitutif du contexte économique et juridique dans lequel le contrat doit être apprécié;

que si cette situation doit donc être prise en considération, elle ne saurait cependant être à elle seule considérée comme déterminante;

qu'il ne s'agit là, en effet, que d'un élément parmi d'autres pour savoir si, par le moyen d'une éventuelle altération du jeu de la concurrence, le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté;

Dépens

Attendu que les frais exposés par la Commission de la C.E.E., qui a soumis ses observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

que la procédure revêt, à l'égard des parties en cause, le caractère d'un incident soulevé au cours d'un litige pendant devant le tribunal de commerce de Liège, et que la décision sur les dépens appartient dès lors à cette juridiction;

par ces motifs,

vu les actes de procédure;

le juge rapporteur entendu en son rapport;

la Commission des Communautés et les parties au litige originel entendues en leurs observations;

l'avocat général entendu en ses conclusions;

vu le traité instituant la C.E.E. et notamment ses articles 85, 86, ainsi que son article 177;

vu le protocole sur le statut de la Cour de justice de la C.E.E. et notamment son article 20;

vu le règlement n° 67/67 de la C.E.E. du 22 mars 1967;

vu l'arrêt de la Cour 56-65 du 30 juin 1966;

vu le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes;

LA COUR

statuant sur la question à elle soumise à titre préjudiciel par le tribunal de commerce de Liège,

dit pour droit :

Les conventions par lesquelles une entreprise s'engage à ne se fournir que dans une entreprise à l'exclusion de toute autre ne réunissent pas, par leur seule nature, les éléments constitutifs de l'incompatibilité avec le marché commun, prévus à l'article 85, paragraphe 1, du traité. Elles peuvent cependant les réunir lorsque, soit isolément, soit simultanément avec d'autres, dans le contexte économique et juridique dans

lequel elles sont intervenues et sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, elles sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et ont, soit pour objet, soit pour effet, d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence;

et décide :

Il appartient au tribunal de commerce de Liège de statuer sur les dépens de la présente instance.

Ainsi jugé à Luxembourg le 12 décembre 1967.

Lecourt Donner Strauß
Trabucchi Monaco Mertens de Wilmars Pescatore

Lu en séance publique à Luxembourg le 12 décembre 1967.

Le greffier
A. Van Houtte

Le président
R. Lecourt

Conclusions de l'avocat général M. Karl Roemer, présentées le 21 novembre 1967 [1]

Monsieur le Président, Messieurs les Juges,

L'instance préjudicielle dans laquelle nous sommes appelé à présenter nos conclusions porte sur l'interprétation des dispositions du traité C.E.E. qui régissent les ententes. Voici de quoi il s'agit.

Au cours de l'année 1963, trois contrats ont été conclus entre les parties à l'instance au principal, la « Brasserie de Haecht », société anonyme de droit belge, ayant son siège à Boortmeerbeek, d'une part, et les exploitants d'un débit de boissons situé à Esneux (Belgique), d'autre part. Il y était convenu que la Brasserie prêtait, à usage, du matériel de café et avançait deux sommes d'argent; en contrepartie, les cafetiers s'engageaient à s'approvisionner en boissons chez elle seule, tant pour leurs besoins personnels qu'en vue du débit de leur établissement. Il était stipulé que les infractions à cette clause d'exclusivité pouvaient entraîner la résolution des contrats aux torts des emprunteurs ainsi que des dommages-intérêts conventionnels. Selon le tribunal

1 — Traduit de l'allemand.

ARRÊT DU TRIBUNAL (cinquième chambre)

26 octobre 2000 *

Dans l'affaire T-154/98,

Asia Motor France SA, établie à Chemille (France), en liquidation judiciaire, représentée par M^e^ A. F. Bach, mandataire liquidateur,

Jean-Michel Cesbron, exerçant sous l'enseigne JMC Automobiles, demeurant à Chemille, en liquidation judiciaire, représenté par M^e^ A. F. Bach, mandataire liquidateur,

Monin automobiles SA, établie à Bourg-de-Péage (France), en liquidation judiciaire, représentée par M^e^ N. Grandjean, mandataire liquidateur,

Europe auto service (EAS) SA, établie à Livange (Luxembourg), en liquidation judiciaire, représentée par M^e^ P. Schiltz, curateur,

représentés dans la présente procédure par M^e^ J.-C. Fourgoux, avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de M^e^ P. Schiltz, 4, rue Béatrix de Bourbon,

parties requérantes,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. G. Marenco, conseiller juridique principal, et L. Guérin, expert national détaché auprès de la

* Langue de procédure: le français.

Commission, puis par M. Marenco et M^me^ F. Siredey-Garnier, expert national mis à la disposition de la Commission, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. C. Gómez de la Cruz, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande d'annulation de la décision de la Commission du 15 juillet 1998, rejetant les plaintes introduites par les parties requérantes relatives à des pratiques d'ententes dénoncées comme contraires à l'article 85 du traité CE (devenu article 81 CE),

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (cinquième chambre),

composé de M. R. García-Valdecasas, président, M^me^ P. Lindh et M. J. D. Cooke, juges,

greffier: M^me^ B. Pastor, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de la procédure orale du 4 mai 2000,

rend le présent

Arrêt

Faits et antécédents du litige

1 Les parties requérantes se livraient à l'importation et au commerce en France de véhicules de marque japonaise qui avaient été admis en libre pratique dans d'autres États membres de la Communauté, tels que la Belgique et le Luxembourg. Elles sont actuellement en liquidation judiciaire.

2 S'estimant victime d'une entente illicite conclue entre cinq importateurs de voitures japonaises en France, à savoir Sidat Toyota France, Mazda France Motors, Honda France, Mitsubishi Sonauto et Richard Nissan SA, l'une des parties requérantes, en l'occurrence M. Cesbron, a déposé, le 18 novembre 1985, une plainte auprès de la Commission, pour violation des articles 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE) et 85 du traité CE (devenu article 81 CE).

3 Le 29 novembre 1988, les parties requérantes ont déposé une nouvelle plainte contre ces mêmes cinq importateurs, et ce sur le fondement de l'article 85 du traité.

4 Dans cette dernière plainte, les parties requérantes faisaient valoir, en substance, que les cinq importateurs précités de voitures de marque japonaise avaient souscrit, vis-à-vis de l'administration française, l'engagement de ne pas vendre,

sur le marché intérieur français, un nombre de voitures supérieur à 3 % du nombre des immatriculations de véhicules automobiles enregistrées sur l'ensemble du territoire français au cours de l'année civile antérieure. Ces mêmes importateurs se seraient entendus afin de se partager ce quota suivant des règles préétablies, excluant toute autre entreprise souhaitant distribuer en France des véhicules d'origine japonaise de marques autres que celles distribuées par les parties à l'entente alléguée.

5 Les parties requérantes faisaient encore valoir dans cette plainte que, en contrepartie de cette autolimitation, l'administration française avait multiplié les entraves à la libre circulation de véhicules d'origine japonaise, de marques autres que les cinq marques distribuées par les importateurs parties à l'entente alléguée.

6 Sur le fondement de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204), la Commission a, par lettre du 9 juin 1989, demandé des renseignements aux importateurs mis en cause. La direction générale de l'industrie et de l'aménagement du territoire français ayant, par lettre du 20 juillet 1989, donné instruction à ces importateurs de ne pas répondre à l'une des questions posées par la Commission, cette dernière, par lettre du 16 octobre 1989, a sollicité des renseignements de la part des autorités françaises. Le 28 novembre 1989, celles-ci ont répondu à cette demande de renseignements en faisant valoir, pour l'essentiel, que « les interrogations portant sur le comportement des entreprises citées dans le courrier de la Commission, dans la mesure où ce comportement [était] lié aux modalités de la régulation voulues par les pouvoirs publics, [étaient] dans ce contexte, dépourvues de pertinence: ces entreprises ne dispos[aient] en effet d'aucune autonomie dans la gestion de cette régulation ».

7 La Commission ayant gardé le silence à leur égard, les parties requérantes lui ont, le 24 novembre 1989, adressé une lettre sollicitant qu'elle prenne position sur les plaintes déposées. Devant le silence persistant de la Commission, les parties requérantes ont introduit, le 20 mars 1990, un recours en carence et en indemnité devant la Cour de justice. Par ordonnance du 23 mai 1990, Asia Motor France

e.a./Commission (C-72/90, Rec. p. I-2181), la Cour a déclaré irrecevable le recours en carence et en indemnité, en ce qu'il concernait l'abstention de la Commission au regard de la prétendue violation de l'article 30 du traité, et a renvoyé devant le Tribunal le recours, en ce qu'il concernait l'abstention de la Commission au regard de la prétendue violation de l'article 85 du traité et la responsabilité en découlant.

8 Entre-temps, par lettre du 8 mai 1990, le directeur général de la direction générale de la concurrence de la Commission a informé les parties requérantes, conformément à l'article 6 du règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2 du règlement n° 17 (JO 1963, 127, p. 2268), que celle-ci n'envisageait pas de donner suite à leurs plaintes et les a invitées à présenter leurs observations éventuelles à cet égard. Le 29 juin 1990, les parties requérantes ont fait parvenir à la Commission leurs observations, dans lesquelles elles ont réaffirmé le bien-fondé de leurs plaintes.

9 C'est dans ces conditions que, par arrêt du 18 septembre 1992, Asia Motor France e.a./Commission (T-28/90, Rec. p. II-2285, ci-après l'«arrêt Asia Motor France I»), le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête pour autant que celle-ci était fondée sur l'article 175 du traité CE (devenu article 232 CE). Pour le surplus, le Tribunal a rejeté comme irrecevables les conclusions en indemnisation des parties requérantes.

10 Le 5 juin 1990, la société Somaco a également déposé une plainte auprès de la Commission, dirigée contre les pratiques des sociétés CCIE, SIGAM, SAVA, SIDA et Auto GM, toutes établies au Lamentin (Martinique, France), respectivement concessionnaires des marques Toyota, Nissan, Mazda, Honda et Mitsubishi, et importateurs de ces marques dans cette île. Cette plainte, fondée sur les articles 30 et 85 du traité, mettait également en cause les pratiques de l'administration française, au motif que celles-ci avaient pour objectif d'empêcher les importations parallèles, par la plaignante, de véhicules de certaines marques japonaises ainsi que de véhicules de la marque coréenne Hyundai.

11 Par lettre du 9 août 1990, se référant à sa lettre du 8 mai 1990 adressée aux parties requérantes, la Commission a informé la société Somaco qu'elle n'envisageait pas de donner suite à sa plainte et l'a invitée, conformément aux dispositions de l'article 6 du règlement n° 99/63, à présenter ses observations. Par lettre du 28 septembre 1990, la société Somaco a réaffirmé le bien-fondé de sa plainte.

12 Par lettre du 5 décembre 1991, la Commission a communiqué aux parties requérantes et à la société Somaco une décision rejetant les plaintes déposées le 18 novembre 1985, le 29 novembre 1988 et le 5 juin 1990.

13 Ce rejet était fondé sur deux motifs. Selon le premier motif de rejet, le comportement des cinq importateurs mis en cause faisait partie intégrante de la politique des pouvoirs publics français en matière d'importations d'automobiles japonaises en France. Dans le cadre de cette politique, les pouvoirs publics non seulement fixaient les quantités totales de véhicules admises chaque année en France, mais également déterminaient les modalités de répartition de ces quantités. Selon le second motif de rejet, il n'y avait pas de lien entre l'intérêt des plaignants et l'infraction alléguée en raison du fait que l'éventuelle application de l'article 85 du traité ne serait pas susceptible d'apporter un remède à la situation dont ceux-ci s'estimaient victimes.

14 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 4 février 1992, les parties requérantes et la société Somaco ont formé un recours en annulation contre la décision, précitée, du 5 décembre 1991.

15 Par arrêt du 29 juin 1993, Asia Motor France e.a./Commission (T-7/92, Rec. p. II-669, ci-après l'«arrêt Asia Motor France II»), le Tribunal a annulé la décision du 5 décembre 1991, en tant qu'elle concernait l'article 85 du traité, compte tenu, d'une part, que le premier motif de rejet reposait sur une

appréciation inexacte en fait et en droit des éléments soumis à l'appréciation de la Commission et, d'autre part, que le second motif de rejet était entaché d'une erreur de droit.

16 À la suite de cet arrêt, la Commission a adressé, le 25 août 1993, aux autorités françaises et aux concessionnaires de la Martinique mis en cause dans la plainte de la société Somaco du 5 juin 1990, des demandes de renseignements au titre de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17.

17 Les concessionnaires de la Martinique et les autorités françaises ont répondu à la demande de renseignements de la Commission, respectivement, dans le courant du mois d'octobre 1993 et par une lettre du 11 novembre 1993.

18 Le 19 octobre 1993, les parties requérantes et la société Somaco ont adressé à la Commission une lettre de mise en demeure, conformément à l'article 175 du traité.

19 Le 10 janvier 1994, la Commission a adressé aux parties requérantes et à la société Somaco une communication au titre de l'article 6 du règlement n° 99/63. Elle leur a également fourni une copie des réponses aux demandes de renseignements et offert la possibilité d'examiner les preuves documentaires qui lui avaient été soumises. Par lettre du 9 mars 1994, les parties requérantes et la société Somaco ont présenté leurs observations.

20 Le 2 août 1994, les parties requérantes et la société Somaco ont adressé une nouvelle lettre de mise en demeure à la Commission.

21 Par lettre du 13 octobre 1994, la Commission a communiqué aux parties requérantes et à la société Somaco une nouvelle décision par laquelle elle rejetait leurs plaintes. Cette décision ne reprenait que le premier motif de rejet de la décision du 5 décembre 1991.

22 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 12 décembre 1994, les parties requérantes et la société Somaco ont introduit un recours en carence, en annulation et en indemnité. Ce recours était dirigé contre la Commission et visait sa décision du 13 octobre 1994.

23 Par arrêt du 18 septembre 1996, Asia Motor France e.a./Commission (T-387/94, Rec. p. II-961, ci-après l'«arrêt Asia Motor France III»), le Tribunal a rejeté comme irrecevables les conclusions en carence et en indemnité formulées par les parties requérantes et la société Somaco. Il a également rejeté comme non fondées les conclusions en annulation en ce qu'elles visaient la décision de rejet de la plainte de la société Somaco du 5 juin 1990. En revanche, le Tribunal a annulé la décision de la Commission du 13 octobre 1994, pour autant qu'elle rejetait les plaintes des 18 novembre 1985 et 29 novembre 1988.

24 À la suite de cet arrêt, la Commission a procédé à une instruction complémentaire des plaintes des parties requérantes en adressant, le 7 mai 1997, aux cinq importateurs de France métropolitaine mis en cause des demandes de renseignements au titre de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17, lesquelles étaient libellées de la façon suivante:

«1. Pour les années 1977 à 1988 incluses, veuillez me communiquer tout document en votre possession, émanant directement ou indirectement des autorités françaises, et concernant la répartition entre les cinq importateurs en France des marques Honda, Mazda, Toyota, Mitsubishi et Nissan d'un quota d'importation de voitures japonaises.

2. Pour les années 1977 à 1988 incluses, veuillez me communiquer tout document en votre possession, émanant de la Chambre syndicale des importateurs d'automobiles (CSIAM à l'époque avenue de Wagram, n° 33) et concernant la répartition visée sous n° 1.

3. Veuillez me fournir toutes explications susceptibles de démontrer que vous avez été l'objet, de la part de l'administration française, de 'pressions irrésistibles' au sens de l'arrêt du TPI du 18 septembre 1996 (n° 70 précité de l'arrêt [Asia Motor France III]).

4. Veuillez m'expliquer les raisons pour lesquelles il ne vous a pas été possible, dans le cas particulier de votre société, de résister à de telles pressions.

5. Veuillez m'indiquer à quelle date a pris fin, en ce qui vous concerne, le régime étatique d'importation mis en place par les autorités françaises en 1977 pour les véhicules automobiles de pays tiers, sur l'ensemble du territoire français, dans le cadre de la politique commerciale conduite à l'époque par la République française en matière d'automobiles.»

25 Les sociétés Toyota, Nissan, Mazda, Honda et Sonauto ont répondu à ces demandes de renseignements, respectivement, les 6 juin 1997, 9 juin 1997, 9 juin 1997, 24 juin 1997 et 11 septembre 1997.

26 Le 7 octobre 1997, la Commission a adressé aux parties requérantes une communication au titre de l'article 6 du règlement n° 99/63. Par lettre du 5 décembre 1997, les parties requérantes ont présenté leurs observations sur cette communication.

27 Par lettre du 16 juillet 1998, la Commission a communiqué aux parties requérantes une décision rejetant de nouveau leurs plaintes (ci-après la « décision litigieuse »). Elle y indiquait que les réponses qui lui étaient parvenues à la suite de ses demandes de renseignements du 7 mai 1997 « confirm[aient] que, pendant la période en cause, il n'y a[vait] pas eu d'entente ». La Commission ajoutait que, en tout état de cause, il n'y avait pas d'intérêt communautaire suffisant de nature à justifier une nouvelle intervention de sa part.

Procédure

28 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 23 septembre 1998, les parties requérantes ont introduit le présent recours.

29 Par acte séparé, la Commission a soulevé, le 29 octobre 1998, une exception d'irrecevabilité fondée sur les articles 19, premier alinéa, du statut CE de la Cour de justice et 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal.

30 Le 30 décembre 1998, les parties requérantes ont présenté leurs observations sur cette exception d'irrecevabilité.

31 Par ordonnance du 21 mai 1999, Asia Motor France e.a/Commission (T-154/98, Rec. p. II-1703), le Tribunal a déclaré le présent recours recevable, dans la mesure où il se base sur un moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation et sur un moyen tiré d'une violation de l'article 176 du traité CE (devenu article 233 CE). Le recours a été déclaré irrecevable pour le surplus et le Tribunal a réservé les dépens.

32 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (cinquième chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale et a, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure, invité la Commission à produire ses demandes de renseignements du 7 mai 1997 et la réponse des cinq importateurs visés par les plaintes, ainsi qu'à indiquer si les parties requérantes avaient pris connaissance de ces documents. Par lettre du 9 juillet 1999, la Commission a communiqué les documents et renseignements requis.

33 Le 23 mars 2000, le Tribunal a décidé de verser au dossier certaines pièces produites dans le cadre de l'affaire T-387/94:

— la lettre du ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Tourisme du 1er juillet 1987 (ci-après la «lettre du 1er juillet 1987»);

— la lettre du 19 août 1982 du secrétaire d'État auprès du ministère chargé des départements et territoires d'outre-mer adressée au président du groupement des importateurs de véhicules étrangers Antilles-Guyane;

— le jugement du tribunal de commerce de Paris du 16 mars 1990;

— la décision 94-D-05 du conseil de la concurrence du 18 janvier 1994.

34 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal à l'audience du 4 mai 2000.

Conclusions des parties

35 Dans leur requête, les parties requérantes concluent à ce qu'il plaise au Tribunal:

— annuler la décision litigieuse;

— leur donner acte de ce qu'elles se réservent le droit de demander réparation du préjudice subi;

— condamner la Commission aux dépens.

36 Dans leur réplique, elles concluent à ce «qu'il plaise au Tribunal de faire droit à leurs demandes, retenant, en tant que de besoin, la violation des droits fondamentaux telle qu'elle résulte du délai déraisonnable de la procédure comme moyen à relever d'office».

37 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours comme non fondé;

— condamner les parties requérantes aux dépens.

38 Dans sa duplique, elle conclut, en outre, à ce qu'il plaise au Tribunal:

— déclarer irrecevable la demande des parties requérantes visant à ce que le Tribunal leur donne acte qu'elles se réservent le droit de former un recours contre la Commission sur la base de l'article 215 du traité CE (devenu article 288 CE);

— déclarer irrecevable le moyen tiré d'une violation du principe du délai raisonnable.

Sur la recevabilité du moyen tiré d'une violation du principe du délai raisonnable

Arguments des parties

39 Dans leur réplique, les parties requérantes soutiennent que le délai dans lequel la Commission a statué sur leurs plaintes est excessif et que celle-ci a donc porté atteinte au principe général du droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable (arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Baustahlgewebe/Commission, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, et arrêt du Tribunal du 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission, T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739).

40 Elles considèrent que le moyen tiré d'une violation de ce principe doit être soulevé d'office par le Tribunal, dès lors qu'il s'agit d'un droit fondamental garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et devant être respecté par l'Union, en vertu de l'article F,

paragraphes 1 et 2, du traité sur l'Union européenne (devenu, après modification, article 6, paragraphes 1 et 2, UE).

41 La Commission fait valoir que ce moyen n'a été soulevé par les parties requérantes pour la première fois que dans leur réplique et qu'il ne se fonde sur aucun élément de droit ou de fait qui se serait révélé pendant la procédure. Partant, il devrait être rejeté comme irrecevable en application de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure qui interdit la production de moyens nouveaux en cours d'instance.

Appréciation du Tribunal

42 Il ressort des dispositions combinées des articles 44, paragraphe 1, sous c), et 48, paragraphe 2, du règlement de procédure que la requête introductive d'instance doit contenir, notamment, un exposé sommaire des moyens invoqués et que la production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite, à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure. Cependant, un moyen qui constitue l'ampliation d'un moyen énoncé antérieurement, directement ou implicitement, dans la requête introductive d'instance et qui présente un lien étroit avec celui-ci doit être déclaré recevable (arrêt du Tribunal du 17 juillet 1998, Thaï Bicycle/Conseil, T-118/96, Rec. p. II-2991, point 142).

43 En l'espèce, il y a lieu de rappeler que, dans son ordonnance Asia Motor France e.a/Commission, du 21 mai 1999, précitée, le Tribunal a expressément constaté que les moyens tirés d'une erreur manifeste d'appréciation et d'une violation de l'article 176 du traité sont les deux seuls moyens dont il a été valablement saisi. Il a, notamment, relevé qu'il ne ressortait pas de la requête que les parties requérantes avaient également invoqué un moyen tiré de la violation des droits de la défense.

44 Le moyen tiré de la violation du principe du délai raisonnable, qui ne se rattache à aucun des deux moyens énoncés dans la requête, doit donc être considéré comme ayant été soulevé pour la première fois au stade de la réplique.

45 Aucun élément nouveau ne s'est révélé pendant la procédure justifiant que les parties requérantes présentent tardivement ledit moyen. Ce moyen doit donc être déclaré irrecevable au titre des dispositions précitées du règlement de procédure.

46 Il est vrai que le Tribunal peut examiner d'office la violation des formes substantielles et, notamment, des garanties procédurales conférées par l'ordre juridique communautaire (arrêt de la Cour du 7 mai 1991, Interhotel/Commission, C-291/89, Rec. p. I-2257, point 14, et arrêt du Tribunal du 13 décembre 1999, Européenne automobile/Commission, T-9/96 et T-211/96, Rec. p II-3639, point 31). Toutefois, le Tribunal ayant déjà dû statuer pour déterminer les moyens régulièrement invoqués dans la requête (voir ordonnance Asia Motor France e.a./Commission, du 21 mai 1999, précitée), il n'y a pas lieu de procéder à un tel examen d'office en l'espèce.

Sur la recevabilité du chef de conclusions tendant à ce qu'il soit donné acte aux parties requérantes du fait qu'elles se réservent le droit de demander réparation du préjudice subi

47 Il y a lieu d'observer, d'abord, que les parties requérantes n'ont pas présenté d'observations sur l'irrecevabilité soulevée par la Commission.

48 Il convient, ensuite, de relever que, dans le cadre d'un recours formé en vertu de l'article 173 du traité CE (devenu, après modification, article 230 CE), il n'incombe pas au juge communautaire de donner acte à l'une des parties du fait qu'elle se réserve le droit d'introduire un recours en indemnité. Le chef de

conclusions des parties requérantes visant à ce que le Tribunal procède à une telle constatation doit donc être déclaré irrecevable.

Sur le fond

49 Au soutien de leur recours, les parties requérantes invoquent deux moyens tirés, premièrement, d'une erreur manifeste d'appréciation et, deuxièmement, d'une violation de l'article 176 du traité.

Observations liminaires

50 Il convient de rappeler que les plaintes déposées par les parties requérantes articulaient, en substance, deux griefs. Le premier dénonçait l'existence d'une entente entre les importateurs en France métropolitaine de voitures de cinq marques japonaises (Toyota, Honda, Mazda, Mitsubishi et Nissan) et l'administration française en vue de limiter leurs importations sur le marché français en contrepartie d'un engagement des autorités françaises, selon lequel le parc des voitures d'origine japonaise leur serait exclusivement réservé. Le second grief avait trait à l'existence d'une entente entre ces mêmes importateurs ayant pour objet la répartition du quota ainsi fixé.

51 Dans la décision litigieuse, la Commission a rejeté ces plaintes, d'une part, pour défaut d'entente au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité et, d'autre part, au motif qu'il n'y avait pas d'intérêt communautaire suffisant à poursuivre la procédure. Par leur recours, les parties requérantes mettent en cause la légalité du premier motif de rejet retenu par la Commission.

52 S'agissant de ce premier motif de rejet, la Commission expose dans la décision litigieuse:

«[...] pendant la période concernée, les pouvoirs publics français ont fixé au début de chaque année pour chacun des importateurs accrédités le nombre de véhicules autorisés à l'importation. La répartition du quota global de 3 % relevait donc de la responsabilité exclusive de l'administration française. Contrairement à ce que les plaignants ont fait valoir, les importateurs n'ont pas procédé à une répartition mais ont dû respecter les quotas de vente qui leur étaient imposés unilatéralement par l'administration. Ainsi, il se confirme qu'en ce qui concerne la répartition du quota global il n'y a pas eu de concours de volontés entre les cinq importateurs et par conséquent pas d'entente au sens de l'article 85, paragraphe 1.» (Point 6.)

«[...] la pression de l'administration française ne s'est pas exercée sur le groupe des importateurs pour qu'ils s'entendent entre eux afin d'assurer le respect du quota global de 3 %, mais [...] elle s'est exercée sur chaque importateur pour qu'il en respecte une partie déterminée par l'administration elle-même. Pour qu'elle atteigne son but, il n'était pas nécessaire que les importateurs entretiennent des contacts entre eux.» (Point 12.)

53 Il convient de rappeler que le contrôle juridictionnel des actes de la Commission impliquant des appréciations économiques complexes doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi qu'à celle de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir (arrêts de la Cour du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds/Commission, 142/84 et 156/84, Rec. p. 4487, point 62, et du 15 juin 1993, Matra/Commission, C-225/91, Rec. p. I-3203, points 23 et 25; arrêts Asia Motor France II, point 33, et Asia Motor France III, point 46).

54 Il y a lieu de souligner, par ailleurs, que, dans les cas où la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation, afin d'être en mesure de remplir ses fonctions, le

respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figure, notamment, l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce (arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I-5469, point 14, et arrêt Asia Motor France II, point 34).

55 C'est ainsi que, dans le cadre de l'instruction des demandes soumises à la Commission sur le fondement de l'article 3 du règlement n° 17, le Tribunal a jugé: «[S]i la Commission ne saurait être tenue de mener une instruction, les garanties procédurales prévues à l'article 3 du règlement n° 17 et à l'article 6 du règlement n° 99/63 l'obligent néanmoins à examiner attentivement les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par la partie plaignante, en vue d'apprécier si lesdits éléments font apparaître un comportement de nature à fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun et à affecter le commerce entre États membres» (arrêt du Tribunal du 18 septembre 1992, Automec/Commission, T-24/90, Rec. p. II-2223, point 79, et la jurisprudence mentionnée, et arrêt Asia Motor France II, point 35).

56 Enfin, si la Commission n'a pas l'obligation de procéder à l'instruction de chacune des plaintes dont elle est saisie, en revanche, dès lors qu'elle décide de mener une telle instruction, elle doit, sauf motivation dûment circonstanciée, le faire avec le soin, le sérieux et la diligence requis, aux fins d'être en mesure d'apprécier en pleine connaissance de cause les éléments de fait et de droit soumis à son appréciation par les plaignants (arrêt Asia Motor France II, point 36).

57 C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'examiner les deux moyens invoqués par les parties requérantes à l'appui de leur recours.

Sur le premier moyen, tiré d'une erreur manifeste d'appréciation

Arguments des parties

58 Selon les parties requérantes, il ne saurait être contesté qu'il existait une entente entre les cinq importateurs en cause, ayant pour objet d'exclure du marché français les entreprises souhaitant y distribuer des voitures japonaises de marques autres que celles distribuées par lesdits importateurs. Invitées par le Tribunal, lors de l'audience, à développer cette affirmation, les parties requérantes ont, tout d'abord, rappelé qu'il est constant qu'aucune disposition réglementaire n'avait imposé aux cinq importateurs en cause le comportement dénoncé dans les plaintes. Ensuite, elles ont invoqué la lettre du 1er juillet 1987, dans laquelle le ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Tourisme, se référant aux dangers représentés par les importations parallèles pour le système d'autolimitation des ventes de véhicules japonais, exposait que lesdites importations, venant en concurrence directe avec l'activité des cinq importateurs accrédités, risquaient de porter progressivement atteinte à l'exclusivité de fait qui leur avait été reconnue, en contrepartie de leurs engagements d'autolimitation. Elles ont également fait remarquer que, dans cette lettre, le ministère indiquait que «le développement de telles pratiques risqu[ait] de conduire rapidement à une remise en cause, par les importateurs accrédités, de l'ensemble du système d'autolimitation».

59 Par ailleurs, les parties requérantes relèvent que la Commission, elle-même, a précisé à l'audience dans l'affaire T-387/94 que la décision de l'administration française de ne pas accréditer d'autres marques de voitures japonaises que celles commercialisées par les cinq importateurs en cause faisait partie intégrante de l'arrangement mis en place et pouvait être considérée comme la «contrepartie» de l'acceptation par les importateurs de la politique voulue par l'administration. Elles considèrent que l'explication que la Commission donne de cette déclaration dans son mémoire en défense ne saurait être acceptée, dès lors que les pressions irrésistibles sont des actes unilatéraux, tandis que les relations bilatérales impliquent un consensus et ajoutent que les cinq importateurs tiraient des avantages évidents du système de limitation des importations.

60 Les parties requérantes font valoir, ensuite, que, comme dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts Asia Motor France II et Asia Motor France III, la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation des faits en estimant que le comportement dénoncé était à ce point dépourvu d'autonomie qu'il échappait, de ce fait, aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

61 Elles exposent, à cet égard, que, comme l'a relevé le Tribunal dans l'arrêt Asia Motor France III, la Commission ne pouvait rejeter les plaintes en raison du manque d'autonomie des importateurs susvisés que s'il apparaissait sur le fondement d'indices objectifs, pertinents et concordants que ledit comportement leur avait été unilatéralement imposé par les autorités nationales au moyen de pressions irrésistibles.

62 Or, les éléments rassemblés par la Commission dans le cadre de l'instruction complémentaire qu'elle a menée à la suite de l'arrêt Asia Motor France III ne sauraient constituer de tels indices. S'agissant, plus particulièrement, des déclarations faites par les cinq importateurs mis en cause dans leurs réponses aux demandes de renseignements du 7 mai 1997, selon lesquelles les autorités françaises assuraient le respect des quotas individuels en bloquant la délivrance de certificats d'homologation, les parties requérantes font observer que ni ces importateurs ni leurs concessionnaires n'ont intenté d'action en vue de mettre fin à une telle voie de fait.

63 Enfin, les parties requérantes font valoir que l'instruction complémentaire n'a pas été réalisée de manière minutieuse et impartiale et que les éléments recueillis n'ont pas fait l'objet d'une véritable analyse.

64 La Commission fait valoir que, tel qu'il est articulé par les parties requérantes, le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation procède d'une lecture incorrecte de la décision litigieuse.

65 Elle souligne qu'il ressort clairement de cette décision que les plaintes ont été rejetées pour défaut d'accord restrictif de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité et non au motif que les autorités françaises auraient exercé des pressions irrésistibles sur les cinq importateurs concernés afin qu'ils adoptent le comportement dénoncé dans ces plaintes. À l'audience, la Commission a toutefois admis que la constatation contenue dans ses deux précédentes décisions de rejet selon laquelle les importateurs mis en cause ne disposaient d'aucune «autonomie» ou «marge de manœuvre» était quelque peu ambiguë et pouvait laisser entendre qu'elle considérait que ceux-ci avaient adopté un comportement anticoncurrentiel, mais que ce dernier échappait à l'article 85, paragraphe 1, du traité dès lors qu'il avait été imposé par les autorités publiques.

66 La Commission expose que ni les plaintes ni l'instruction de celles-ci n'ont, en effet, fourni d'indices de l'existence d'un accord restrictif de concurrence entre les cinq importateurs concernés.

67 À cet égard, elle rappelle, en premier lieu, se référant au point 62 de l'arrêt Asia Motor France III, que les autorités françaises elles-mêmes ont admis qu'elles avaient décidé, en 1977, de prendre des mesures pour limiter la pénétration des véhicules japonais à 3 % du marché métropolitain.

68 En second lieu, la Commission relève que les autorités françaises ont également reconnu qu'elles avaient décidé de répartir le volume d'importations autorisées entre les cinq importateurs accrédités alors présents sur le marché, en considération des parts de marché que ceux-ci détenaient à ce moment-là, et de ne permettre aucune nouvelle accréditation d'importateurs de marques japonaises (arrêt Asia Motor France III, point 62). Le système de limitation des importations ainsi mis en place n'aurait donc pas nécessité une entente entre les importateurs concernés mais aurait seulement reposé sur des relations bilatérales entre chacun de ceux-ci et les autorités françaises. Elle explique, à ce propos, que la stabilisation des ventes au niveau souhaité par les autorités résultait d'indications qu'elles communiquaient directement et verbalement à chacun des importateurs, ainsi qu'il est indiqué dans les lettres du 6 juin 1997 de la société Toyota, du 9 juin 1997 de la société Nissan, du 9 juin 1997 de la société Mazda et du 24 juin 1997 de la société Honda, et qu'il appartenait à ces importateurs de respecter le

plafond que ces autorités leur fixaient individuellement. La Commission ajoute que, ainsi que les autorités françaises l'ont exposé dans leur réponse du 11 novembre 1993 à sa demande de renseignements, « le fait de limiter le taux de pénétration à un certain volume supposait nécessairement que soit également fixée la répartition de ce volume entre les différentes marques: à défaut, les autorités françaises n'auraient eu aucun moyen de contrôler et d'imposer le respect du volume global fixé ».

69 En troisième lieu, la Commission soutient que les autorités françaises assuraient le respect des quotas alloués aux cinq importateurs en bloquant la délivrance des certificats d'homologation pour les véhicules importés en-dehors de ces quotas. Le complément d'instruction qu'elle a effectué à la suite de l'arrêt Asia Motor France III aurait permis de recueillir des déclarations concordantes à ce sujet auprès des importateurs en cause ainsi qu'une lettre particulièrement éloquente, adressée par ces importateurs, le 27 février 1981, au directeur des industries métallurgiques, mécaniques et électroniques du ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Tourisme.

70 Selon la Commission, il est d'autant plus certain que ces importateurs n'avaient accepté le système de quotas que sous la pression des autorités françaises, que celui-ci était contraire à leurs intérêts puisqu'il limitait l'accroissement de leurs parts de marché en France alors même qu'entre 1970 et 1977 le taux de pénétration des marques japonaises y était passé de 0,17 à 2,51 %.

71 Elle admet que ce système empêchait de facto de nouvelles entrées sur le marché et, partant, protégeait les cinq importateurs accrédités. Toutefois, cela serait le résultat non d'un accord entre lesdits importateurs, mais de la seule volonté des autorités françaises de limiter le nombre d'immatriculations de véhicules japonais. En tout état de cause, ces importateurs n'auraient pu que s'adresser aux autorités françaises s'ils avaient voulu empêcher de nouvelles accréditations et l'accord qui serait intervenu sur ce point entre ces autorités et chaque importateur ne constituerait pas un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité. De même, s'il est vrai que, dans le contexte d'une régulation des importations par les pouvoirs publics, chaque importateur, dès lors qu'il accepte de limiter ses ventes, a intérêt à ce que l'évolution des parts

de marché de ses concurrents immédiats soit également figée, il ne saurait en être déduit l'existence d'un accord entre entreprises.

72 S'agissant de la déclaration qu'elle a faite lors de l'audience dans l'affaire T-387/94 (voir ci-après point 76), la Commission fait remarquer qu'elle est «simplement descriptive d'un système de relations bilatérales». Elle aurait, de la sorte, voulu faire la distinction entre, d'une part, les relations entre les autorités françaises et chaque importateur — lesquelles ne sauraient être qualifiées d'«accord entre entreprises» au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité — et, d'autre part, d'éventuelles relations entre importateurs.

Appréciation du Tribunal

73 Il convient de rappeler, tout d'abord, que la Commission avait déjà rejeté les plaintes des parties requérantes et de la société Somaco dans sa décision du 5 décembre 1991 compte tenu, notamment, du manque d'autonomie des opérateurs économiques mis en cause dans celles-ci. Dans son arrêt Asia Motor France II, le Tribunal a constaté que cette décision, pour autant qu'elle repose sur ce motif de rejet, était «entachée d'une erreur manifeste d'appréciation des faits» ayant conduit la Commission «à commettre une erreur de droit quant à l'applicabilité de l'article 85 du traité aux comportements des opérateurs mis en cause» (point 55). Le Tribunal est parvenu à cette conclusion après avoir examiné, dans un premier temps, deux documents ayant trait aux importations en Martinique de voitures japonaises et qui avaient été déposés par les plaignants pendant la procédure administrative devant la Commission. Après avoir constaté que ces éléments du dossier «constitu[aient], à première vue, un indice sérieux de l'existence d'une réelle autonomie de comportement» des opérateurs économiques concernés (point 44), le Tribunal a examiné les motifs de la décision du 5 décembre 1991, pour autant que celle-ci rejetait non seulement la plainte de la société Somaco quant à l'existence d'une entente entre les concessionnaires martiniquais, mais également les plaintes des parties requérantes quant à l'existence d'une entente entre les importateurs en France métropolitaine. Après avoir analysé deux autres documents, à savoir la lettre du 1er juillet 1987 et le jugement du tribunal de commerce de Paris du 16 mars 1990, le Tribunal a estimé que les différentes pièces du dossier ne corroboraient pas la conclusion selon

laquelle les opérateurs économiques de la France métropolitaine et de la Martinique, mis en cause dans les différentes plaintes, ne disposaient d'aucune autonomie ou « marge de manœuvre » (point 55).

74 À la suite de l'annulation par le Tribunal, dans son arrêt Asia Motor France II, de la décision du 5 décembre 1991, la Commission a poursuivi l'examen des plaintes susvisées en adressant des demandes de renseignements aux autorités françaises et aux concessionnaires de la Martinique mis en cause dans la plainte de la société Somaco (voir points 16 à 17 ci-dessus). Dans sa décision subséquente du 13 octobre 1994, rejetant de nouveau ces plaintes, la Commission a considéré que l'examen des réponses aux demandes de renseignements « confirm[ait] que les autorités françaises avaient instauré dès 1977 un régime étatique d'importation pour les véhicules des pays tiers, et ce dans l'ensemble du territoire de la République française — bien que d'une façon spécifique dans le département de la Martinique — dans le cadre de la politique commerciale en matière d'automobiles qui était à l'époque conduite au niveau national » et elle a conclu: « Il est confirmé à suffisance que les importateurs mis en cause, et en particulier ceux de la Martinique, ne disposaient d'aucune marge de manœuvre dans la mise en œuvre du régime d'importation en question. »

75 Dans son arrêt Asia Motor France III, le Tribunal, pour contrôler la légalité de ce motif de rejet, a examiné séparément le comportement dénoncé dans les plaintes des parties requérantes, relatives aux importations en France métropolitaine et celui dénoncé dans la plainte de la société Somaco, relative aux importations en Martinique.

76 Ainsi, s'agissant des plaintes des parties requérantes, le Tribunal a constaté que « la Commission a[vait] commis une erreur manifeste d'appréciation des faits en estimant, au vu des éléments à sa disposition, que le comportement des importateurs accrédités en France métropolitaine était à ce point dépourvu d'autonomie qu'il échapp[ait], de ce fait, à l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité » et que « à défaut d'éléments démontrant l'existence de pressions irrésistibles [...] qui auraient forcé les importateurs à accepter une limitation de leurs importations, le comportement des importateurs qui se conforme aux souhaits de l'administration française, en tenant compte de

l'ensemble des risques et avantages pertinents, doit être considéré comme relevant de l'exercice d'un choix commercial» (point 71). Il est parvenu à cette conclusion après avoir notamment constaté, premièrement, que la Commission avait fondé sa décision sur les mêmes éléments que ceux retenus à l'appui du premier motif de rejet de sa décision du 5 décembre 1991. Il a ainsi relevé, d'une part, que les éléments qualifiés par la Commission de «nouveaux» dans son mémoire en défense et sa duplique ne concernaient que la situation à la Martinique et, d'autre part, que les réponses des autorités françaises à la demande de renseignements du 25 août 1993 n'ont fourni aucun élément de nature à étayer ou à expliciter l'affirmation selon laquelle il ne saurait être fait un quelconque reproche aux importateurs mis en cause qui se seraient contentés d'appliquer des mesures résultant des décisions des pouvoirs publics, sans disposer d'aucune marge de manœuvre (point 66). Dans ces circonstances, le Tribunal a constaté qu'aucun élément du dossier ne permettait de conclure que des pressions avaient, en fait, été exercées à l'égard des importateurs mis en cause et que cette question n'avait fait l'objet d'aucune vérification pendant la procédure administrative auprès des autorités françaises ou des importateurs en France métropolitaine (point 68). Deuxièmement, le Tribunal a relevé que «la Commission [avait] précisé à l'audience que la décision de l'administration de ne pas accréditer d'autres marques japonaises que celles des cinq importateurs en cause faisait partie intégrante de l'arrangement mis en place et [pouvait] être considérée comme la 'contrepartie' de l'acceptation par les importateurs de la politique voulue par l'administration, ce qui semble exclure, à première vue, l'existence de pressions irrésistibles exercées par les autorités françaises», et que ce point trouvait confirmation dans la lettre du 1er juillet 1987 (point 69).

77 En revanche, s'agissant de la plainte de la société Somaco, le Tribunal a considéré que le motif de rejet tiré de l'absence d'autonomie des concessionnaires de la Martinique dans la mise en œuvre du régime d'importation en question n'était pas basé sur une erreur manifeste d'appréciation des faits. Il a relevé que les éléments nouveaux recueillis pendant l'instruction qui avait été menée à la suite de l'arrêt Asia Motor France II autorisaient une nouvelle interprétation des documents auxquels, après une première analyse, il avait reconnu, dans cet arrêt, une forte valeur probante quant à l'existence vraisemblable d'un concours de volontés.

78 En l'espèce, il convient d'examiner si le motif tiré de l'absence d'une entente proscrite par l'article 85 du traité, retenu dans la décision litigieuse pour rejeter

les plaintes des parties requérantes, est suffisamment étayé par les éléments qui ont été recueillis par la Commission, dont ceux obtenus dans le cadre de l'instruction complémentaire menée à la suite de l'arrêt Asia Motor France III.

79 Il y a lieu de constater, premièrement, que plusieurs éléments nouveaux confirment l'affirmation des autorités françaises selon laquelle, en 1977, elles ont adopté une politique visant à limiter la pénétration des véhicules japonais sur le territoire de la France métropolitaine au niveau alors atteint, à savoir 3 % du nombre total de véhicules immatriculés sur ce territoire, et ce au moins jusqu'en 1993. Il convient de citer, à titre d'exemple, une «lettre ouverte à Monsieur le ministre de l'Industrie», rédigée en 1981 par les cinq importateurs en cause et jointe à la lettre du 6 juin 1997 de la société Toyota ainsi qu'à celle du 9 juin 1997 de la société Nissan, un article du journal *Le Monde* du 6 février 1981, également annexé à ces deux derniers courriers, une lettre commune du 27 février 1981 des cinq importateurs en cause au directeur de la direction «Industries métallurgiques, mécaniques et électroniques» du ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Tourisme, annexée à la lettre du 24 juin 1997 de la société Honda.

80 Deuxièmement, des éléments nouveaux confirment l'affirmation des autorités françaises selon laquelle elles avaient ensuite imposé ce quota global de 3 % aux importateurs en cause. Cette affirmation est, en effet, corroborée par la «lettre ouverte à Monsieur le ministre de l'Industrie», précitée, et l'article du journal *Le Monde* du 6 février 1981, précité, qui mentionne «la décision unilatérale du gouvernement français de limiter les immatriculations de voitures japonaises à 3 % du total annuel des immatriculations françaises» et indique que «les autorités françaises, après plusieurs mois de négociation, avaient notifié à l'ambassadeur du Japon en France, M. Kitahara, que les ventes de voitures nippones ne devraient pas désormais dépasser le niveau alors atteint (3 % du marché), sous peine de se voir imposer des 'obstacles non tarifaires' divers».

81 Troisièmement, des éléments nouveaux corroborent l'affirmation des autorités françaises selon laquelle la répartition du quota global entre ces importateurs n'était pas le fruit d'une concertation entre ceux-ci, le cas échéant, avec le soutien de ces autorités, mais leur a été imposée unilatéralement par celles-ci. Ainsi, dans

sa lettre du 6 juin 1997, la société Toyota explique: «[L]e ministère de l'Industrie convoquait les cinq importateurs japonais accrédités pour leur communiquer verbalement le quota qui leur avait été attribué pour l'année sur la base des immatriculations de l'année précédente et, en fonction de l'évolution du marché français, le ministère de l'Industrie ajustait, s'il y a lieu, le quota individuel attribué à chacune des marques suivant la même procédure verbale.» De même, dans sa lettre du 9 juin 1997, la société Nissan explique que «la répartition du quota de 3 % accordé aux voitures japonaises depuis 1977 était effectuée autoritairement et individuellement marque par marque, et toujours verbalement, par l'administration française entre les cinq importateurs accrédités à l'époque par le ministère de l'Industrie» et que «l'ensemble de ces importateurs, ayant leur siège en région parisienne, se trouvait donc à proximité du ministère de l'Industrie qui n'hésitait pas à les convoquer, au début de chaque année calendaire d'abord, pour leur indiquer les estimations de quota pour l'année, puis en différentes occasions pour leur signaler les modifications qui étaient apportées par le ministère au quota initialement prévu, et ce en fonction de l'évolution des immatriculations de véhicules sur le marché national». Dans sa lettre du même jour, la société Mazda indique que «le quota était fixé verbalement marque par marque». Enfin, dans sa lettre du 24 juin 1997, la société Honda précise: «Il est [...] de notoriété publique que le quota de 3 % était réparti individuellement et verbalement par le ministère de l'Industrie entre les cinq importateurs japonais accrédités en 1977 de façon extrêmement autoritaire.»

82 Il importe de relever que ces déclarations concordantes sont confirmées par les constatations opérées par le conseil de la concurrence dans sa décision 94-D-05, du 18 janvier 1994, «relative à des pratiques constatées sur le marché de l'automobile». Dans cette décision, le conseil de la concurrence a notamment exposé:

«[...] la limitation de la part des véhicules japonais à 3 % du marché métropolitain et à 15 % du marché martiniquais résulte de mesures de contingentement mises en œuvre par les pouvoirs publics; [...] dans le cadre de cette régulation, les pouvoirs publics ont également organisé les modalités de répartition entre les importateurs des quantités de véhicules admises en France et

arrêté cette répartition de façon à ce que le quota global puisse être étalé sur les ventes de l'année;»

et

«[...] si le jeu de la concurrence a été faussé dans la mesure où l'accès des véhicules japonais et coréens au marché français de l'automobile a été limité et où chaque année, la part de marché globale de ces derniers a été répartie sans concurrence entre les marques Toyota, Nissan, Mazda, Honda et Mitsubishi, l'initiative de ces pratiques revient à l'administration et non aux entreprises concernées; [...] l'enquête prescrite à la demande du président du Conseil de la concurrence n'a pas permis d'établir que le comportement des importateurs accrédités ou de leurs concessionnaires martiniquais pouvait être détaché des décisions de l'administration, ce qu'a d'ailleurs confirmé au Conseil le directeur des industries de base et des biens d'équipement du ministère de l'Industrie et du Commerce extérieur en déclarant que 'toute interrogation sur leur comportement doit tenir compte du fait que les modalités de gestion n'étaient pas du ressort de ces entreprises'.»

83 Il y a lieu d'observer, par ailleurs, que la cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre cette décision, a, dans un arrêt du 3 février 1995, confirmé le bien-fondé des déclarations susvisées du conseil de la concurrence.

84 Quatrièmement, plusieurs éléments nouveaux permettent d'affirmer que les autorités françaises assuraient le respect des quotas individuels et, par voie de conséquence, du quota global en retardant ou refusant la délivrance des certificats d'homologation, lesquels sont indispensables à la mise en circulation de véhicules sur le territoire français. Cela ressort explicitement de la «lettre ouverte à Monsieur le ministre de l'Industrie», précitée, dont le principal objet était précisément d'obtenir la délivrance des «certificats d'homologation en souffrance» et de la lettre du 27 février 1981, dans laquelle les cinq importateurs en cause exposaient que la délivrance des certificats d'homologation était condi-

tionnée par le respect du quota de 3 % et se plaignaient du fait que certains certificats étaient retenus par les autorités compétentes depuis le mois de septembre précédent. De même, dans l'article du journal *Le Monde* du 6 février 1981, précité, il était fait référence à des «tracasseries administratives pour retarder l'homologation des nouveaux modèles de voitures japonaises», à des plaintes introduites auprès du ministère des Affaires étrangères par des importateurs de voitures japonaises en France au motif que «leurs demandes d'homologation [avaient été] suspendues ou [étaient] rendues très difficiles» et au fait que le gouvernement japonais envisageait de saisir les instances compétentes du GATT de cette question. Cela résulte également d'un article de journal annexé à la lettre du 9 juin 1997 de la société Nissan, dans lequel il est exposé: «[S]elon l'agence d'informations 'Kyodo', le gouvernement japonais aurait adressé une protestation à la France pour les discriminations dont sont l'objet les voitures japonaises auxquelles est refusé le certificat d'homologation — donc la possibilité de les vendre.» Par ailleurs, la société Mazda a annexé à sa lettre du 9 juin 1997 copie d'une lettre du 19 février 1981 adressée par l'un de ses concessionnaires au ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Tourisme, dans laquelle ledit concessionnaire se plaignait d'attendre depuis plus de quatre mois des certificats d'homologation et soulignait les conséquences désastreuses de cette situation sur ses activités. Enfin, un extrait d'une revue de presse du 24 mars 1981, annexé à la lettre du 24 juin 1997 de la société Honda, indique:

«[D]ix-neuf modèles d'automobiles japonaises sont actuellement pratiquement interdits à la vente sur le marché français faute d'avoir obtenu du ministère de l'Industrie le 'procès-verbal' du service des Mines qui fait la preuve de leur conformité aux normes d'homologation françaises.»

85 Il résulte de ce qui précède que la conclusion de la Commission selon laquelle, en l'absence d'une entente au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, les plaintes des parties requérantes ne sont pas fondées repose sur des indices objectifs, pertinents et concordants.

86 Par ailleurs, il convient de constater qu'aucun des arguments invoqués par les parties requérantes n'est de nature à remettre en cause cette conclusion.

87 Les éléments nouveaux recueillis pendant l'instruction complémentaire menée à la suite de l'arrêt Asia Motor France III permettent, en effet, une analyse nouvelle des éléments auxquels le Tribunal avait reconnu, dans ses arrêts Asia Motor France II et Asia Motor France III, une forte valeur probante quant à l'existence vraisemblable d'un concours de volontés.

88 Ainsi, s'il est vrai que la lettre du 1er juillet 1987 se réfère à des « engagements d'autolimitation » de la part des cinq importateurs mis en cause, il est difficile, au vu du contexte décrit ci-dessus, de considérer que ceux-ci aient été volontaires. Les éléments du dossier démontrent, au contraire, que les importateurs en question n'avaient d'autre choix que de se conformer aux mesures prises par les autorités françaises. Pour ce même motif, l'affirmation contenue dans la lettre du 1er juillet 1987, selon laquelle les importateurs accrédités pourraient remettre en cause le régime d'importation de voitures japonaises en France métropolitaine, n'apparaît plus crédible.

89 S'agissant du fait que les cinq importateurs mis en cause auraient bénéficié d'une « contrepartie », constituée par la décision de l'administration française de ne pas accréditer d'autres marques de voitures japonaises que les leurs (voir la lettre du 1er juillet 1987 et la déclaration faite par la Commission à l'audience dans l'affaire T-387/94, mentionnée ci-dessus au point 76), l'explication apportée par la Commission à l'audience, selon laquelle l'administration française entendait de la sorte limiter le caractère désagréable de la politique mise en place, peut être raisonnablement acceptée.

90 Pour ce qui concerne les constatations opérées par le tribunal de commerce de Paris dans son jugement du 16 mars 1990 (voir points 52 et 53 de l'arrêt Asia Motor France II), il y a lieu de relever que celles-ci sont maintenant contredites par les nouveaux éléments recueillis par la Commission.

91 Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation des faits n'est pas fondé.

Sur le second moyen, tiré de la violation de l'article 176 du traité

Arguments des parties

92 Les parties requérantes soutiennent que la Commission n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt Asia Motor France III, et ce en violation de l'article 176 du traité.

93 Selon elles, la décision litigieuse comporte à nouveau les erreurs de fait et de droit identifiées par le Tribunal dans cet arrêt.

94 Premièrement, l'instruction complémentaire des plaintes par la Commission n'aurait pas été menée de façon sérieuse et diligente. Celle-ci se serait contentée d'adresser aux importateurs concernés une nouvelle demande de renseignements contenant des questions inappropriées, orientées et portant sur des faits remontant à une vingtaine d'années, et n'aurait pas sérieusement analysé les réponses à ces questions. De plus, aucune vérification supplémentaire n'aurait été effectuée auprès des autorités françaises.

95 Deuxièmement, la Commission n'aurait, de toute façon, recueilli aucun élément nouveau démontrant l'existence de pressions irrésistibles qui auraient été exercées par les autorités sur les cinq importateurs mis en cause afin qu'ils adoptent le comportement dénoncé dans les plaintes des parties requérantes.

96 La Commission rétorque qu'elle a tiré toutes les conséquences de l'arrêt Asia Motor France III en reprenant l'instruction des plaintes.

97 Elle expose que l'instruction opérée antérieurement auprès des autorités françaises avait déjà permis de rassembler des informations qui apparaissaient complètes et pertinentes sur le mécanisme de limitation d'importations de véhicules japonais que celles-ci avaient mis en œuvre. Elle relève, à cet égard, que ces autorités avaient indiqué à deux reprises, en réponse aux demandes de renseignements qui leur avaient été adressées, que les importateurs de voitures japonaises en France s'étaient bornés à se conformer aux décisions des pouvoirs publics prises dans le cadre des relations commerciales franco-japonaises et qu'elles étaient en mesure d'imposer des corrections en cas de dépassement des volumes de ventes autorisés. La Commission ajoute qu'il résultait également d'une lettre du 19 août 1982 du secrétaire d'État auprès du ministre chargé des départements et territoires d'outre-mer que la délivrance des certificats d'homologation était l'instrument utilisé pour sanctionner la régulation, sans qu'il eût été nécessaire d'adopter des dispositions formelles. La Commission explique que, dans ces circonstances, et au vu du fait que le mécanisme de limitation des importations avait fait l'objet d'une procédure purement orale, il ne lui était pas paru utile de rechercher auprès des autorités françaises de nouveaux éléments de fait ou de droit.

98 La Commission expose que, afin de se conformer aux indications contenues au point 68 de l'arrêt Asia Motor France III, elle a, toutefois, considéré qu'il était nécessaire d'obtenir des importateurs mis en cause la preuve d'éventuelles pressions exercées par les autorités françaises afin de faire respecter le mécanisme

de régulation des importations ainsi qu'une explication des raisons pour lesquelles ils n'avaient pu y résister. Elle précise que, à cette fin, elle leur a envoyé, le 7 mai 1997, de nouvelles demandes de renseignements au titre de l'article 11 du règlement n° 17.

99 La Commission fait remarquer que, dans leurs réponses, les importateurs ont décrit de manière concordante les modalités de la régulation mise en place par les autorités françaises, en confirmant en tous points les déclarations précédentes de ces dernières, et que cela lui a permis d'être pleinement confortée dans son opinion.

100 Enfin, elle estime qu'il ne saurait lui être reproché un manque de diligence ou de sérieux dans la façon dont les plaintes ont été instruites. Elle relève qu'elle a recueilli par deux fois des renseignements auprès des autorités françaises et que, aux termes de l'article 14 du règlement n° 17, elle ne peut procéder à des vérifications auprès d'un État membre, mais seulement auprès des entreprises et associations d'entreprises. Elle ajoute, à cet égard, qu'elle était libre de considérer qu'une vérification, au titre de cette disposition, auprès des importateurs était disproportionnée. Enfin, s'agissant de la formulation des questions figurant dans la demande de renseignements du 7 mai 1997, celle-ci aurait été dictée par le point 68 de l'arrêt Asia Motor France III.

Appréciation du Tribunal

101 Il y a lieu de relever, à titre liminaire, que, lorsque le Tribunal annule un acte d'une institution, l'article 176 du traité impose à celle-ci de prendre les mesures

que comporte l'exécution de l'arrêt. À cet égard, la Cour ainsi que le Tribunal ont jugé que, pour se conformer à l'arrêt et pour lui donner pleine exécution, l'institution est tenue de respecter non seulement le dispositif de l'arrêt, mais également les motifs qui ont amené à celui-ci et qui en constituent le soutien nécessaire, en ce sens qu'ils sont indispensables pour déterminer le sens exact de ce qui a été jugé dans le dispositif. Ce sont, en effet, ces motifs qui, d'une part, identifient la disposition exacte considérée comme illégale et, d'autre part, font apparaître les raisons exactes de l'illégalité constatée dans le dispositif et que l'institution concernée doit prendre en considération en remplaçant l'acte annulé (arrêts de la Cour du 26 avril 1988, Asteris e.a./Commission, 97/86, 99/86, 193/86 et 215/86, Rec. p. 2181, point 27, et du Tribunal du 27 novembre 1997, Tremblay e.a./Commission, T-224/95, Rec. p. II-2215, point 72).

102 En l'espèce, les parties requérantes, d'une part, critiquent la manière dont la Commission a procédé à l'instruction complémentaire de leurs plaintes et, d'autre part, contestent la pertinence des éléments recueillis dans le cadre de cette instruction ainsi que de l'analyse qu'en a faite la Commission.

103 S'agissant du premier grief, il convient de rappeler qu'il résulte des motifs de l'arrêt Asia Motor France III que le Tribunal a annulé la décision de la Commission du 13 octobre 1994, dans la mesure où elle rejette les plaintes des parties requérantes, après avoir constaté que celle-ci avait commis une erreur manifeste d'appréciation des faits en estimant, au vu des éléments à sa disposition, que le comportement des cinq importateurs mis en cause était à ce point dépourvu d'autonomie qu'il échappait, de ce fait, à l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité (point 71). Dans cet arrêt, le Tribunal a, plus particulièrement, reproché à la Commission de ne pas avoir vérifié «auprès des autorités françaises ou des importateurs en France métropolitaine» (point 68) si des pressions avaient été exercées à l'égard de ces derniers par l'administration afin qu'ils acceptent une limitation de leurs importations (points 68 et 71). Or, à la suite de cet arrêt, la Commission a précisément invité lesdits importateurs à lui démontrer, notamment, qu'ils avaient été l'objet de telles pressions et qu'ils n'avaient pu y résister (voir point 24 ci-dessus). L'affirmation selon laquelle les questions posées à cet effet par la Commission auraient été «inappropriées» et «orientées» doit être rejetée, ces questions ayant manifestement été formulées à la lumière des motifs de l'arrêt Asia Motor France III. Par ailleurs, il ne saurait être déduit des motifs de cet arrêt que la Commission aurait nécessairement dû, dans

le cadre de son instruction complémentaire, obtenir, en outre, des renseignements auprès des autorités françaises. Les critiques formulées par les parties requérantes à l'encontre de cette instruction complémentaire sont donc non fondées.

104 Quant à l'argument selon lequel les éléments recueillis lors de ladite instruction complémentaire seraient dépourvus de pertinence et n'auraient pas fait l'objet d'une analyse sérieuse de la part de la Commission, celui-ci est non fondé, le Tribunal ayant constaté, dans le cadre du présent recours (voir points 78 à 90 ci-dessus), que ces éléments, ajoutés à ceux dont cette dernière disposait déjà, justifient à suffisance de droit sa conclusion selon laquelle lesdites plaintes doivent être rejetées à défaut d'entente prohibée par l'article 85, paragraphe 1, du traité.

105 Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré d'une violation de l'article 176 du traité doit être rejeté comme non fondé.

106 Il s'ensuit que le recours doit être rejeté dans son ensemble.

Sur les dépens

107 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Les parties requérantes ayant succombé, il y a lieu de les condamner aux dépens, conformément aux conclusions de la Commission.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre)

déclare et arrête:

1) Les conclusions tendant à ce que le Tribunal donne acte aux parties requérantes du fait qu'elles se réservent le droit d'introduire un recours en indemnité contre la Commission sont rejetées comme irrecevables.

2) Pour le surplus, le recours est rejeté comme non fondé.

3) Les parties requérantes supporteront leurs propres dépens et, de façon solidaire, les dépens encourus par la Commission, y compris les dépens réservés dans l'ordonnance du 21 mai 1999.

García-Valdecasas Lindh Cooke

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 26 octobre 2000.

Le greffier

H. Jung

Le président

P. Lindh

ARRÊT DU TRIBUNAL (quatrième chambre)

26 janvier 2005 *

Dans l'affaire T-193/02,

Laurent Piau, demeurant à Nantes (France), représenté par M^e^ M. Fauconnet, avocat,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par M^me^ O. Beynet et M. A. Bouquet, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

soutenue par

Fédération internationale de football association (FIFA), établie à Zurich (Suisse), représentée par M^es^ F. Louis et A. Vallery, avocats,

partie intervenante,

* Langue de procédure: le français.

ayant pour objet l'annulation de la décision de la Commission du 15 avril 2002 rejetant la plainte déposée par le requérant concernant le règlement de la Fédération internationale de football association (FIFA) gouvernant l'activité des agents de joueurs,

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (quatrième chambre),

composé de M. H. Legal, président, M[me] V. Tiili et M. M. Vilaras, juges,
greffier: M. I. Natsinas, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 22 avril 2004,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

1 La Fédération internationale de football association (FIFA) est une association de droit suisse créée le 21 mai 1904. Selon ses statuts, tels qu'entrés en vigueur le 7 octobre 2001, elle a pour membres des associations nationales (article 1[er]), lesquelles regroupent des clubs de football qualifiés d'amateurs ou de professionnels,

ces derniers disposant d'associations spécifiques, dites «ligues professionnelles». Les associations nationales peuvent également se grouper en confédérations (article 9). Les joueurs des associations nationales affiliées à la FIFA sont amateurs ou non amateurs (article 61).

2 Toujours selon ses statuts, la FIFA a pour but la promotion du football, le développement de relations amicales entre les associations nationales, les confédérations, les clubs et les joueurs ainsi que l'établissement et le contrôle des règlements et des méthodes intéressant les lois du jeu et la pratique du football (article 2).

3 Les statuts, règlements et décisions de la FIFA sont obligatoires pour ses membres (article 4). La FIFA dispose d'organes qualifiés de législatif, d'exécutif et d'administratif, à savoir, respectivement, le congrès, le comité exécutif et le secrétariat général, ainsi que de commissions permanentes et ad hoc (article 10). La commission de discipline et la commission des recours (article 43) constituent les organes dits juridictionnels de la FIFA. Le Tribunal arbitral du football, initialement conçu comme instance unique obligatoire de règlement des litiges excédant un montant fixé par le congrès (article 63), n'a pas été mis en place. Aux termes d'un accord intervenu entre la FIFA et le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport, les compétences du Tribunal arbitral du football sont exercées par le Tribunal arbitral du sport, instance instituée par le Comité international olympique et siégeant à Lausanne (Suisse), qui statue sur la base de la réglementation de la FIFA, du code de l'arbitrage en matière de sport et, à titre supplétif, du droit suisse. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse.

4 Le règlement d'application des statuts prévoit que les agents de joueurs doivent être en possession d'une licence d'agent délivrée par la FIFA (article 16) et habilite le comité exécutif à édicter une réglementation contraignante de la profession (article 17).

5 La FIFA a adopté, le 20 mai 1994, un règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs, qui a été modifié le 11 décembre 1995 et est entré en vigueur le 1er janvier 1996 (ci-après le «règlement initial»).

6 Le règlement initial soumettait l'exercice de cette profession à la détention d'une licence délivrée par l'association nationale compétente et réservait l'activité en cause aux personnes physiques (articles 1er et 2). La procédure préalable à l'obtention de la licence prévoyait un entretien visant à vérifier les connaissances, en particulier juridiques et sportives, du candidat (articles 6, 7 et 8). Celui-ci était également soumis au respect de certaines incompatibilités et à des conditions de moralité, telle celle de ne pas avoir de casier judiciaire mentionnant une condamnation pour des infractions criminelles (articles 2, 3 et 4). Il devait en outre acquitter une caution bancaire de 200 000 francs suisses (CHF) (article 9). Les relations entre l'agent et le joueur devaient obligatoirement être régies par un contrat d'une durée maximale de deux ans, renouvelable (article 12).

7 Un dispositif de sanctions à l'égard des agents, des joueurs et des clubs était prévu en cas d'infraction au règlement. Les agents pouvaient faire l'objet d'une admonestation, d'un blâme ou d'un avertissement, d'une amende, d'un montant non spécifié, et du retrait de leur licence (article 14). Les joueurs et les clubs pouvaient se voir infliger des amendes allant, respectivement, jusqu'à 50 000 et à 100 000 CHF. Les joueurs pouvaient également faire l'objet de mesures de suspension disciplinaire (douze mois au maximum). Des mesures de suspension ou d'interdiction de procéder à des transferts pouvaient aussi être prises à l'encontre des clubs (articles 16 et 18). Une «commission du statut du joueur» était désignée comme organe de surveillance et de décision de la FIFA (article 20).

8 M. Piau a introduit, le 23 mars 1998, une plainte auprès de la Commission, dans laquelle il mettait en cause le règlement initial susmentionné. Il reprochait, en premier lieu, à ce règlement d'être contraire aux «articles [49] et suivants du traité [CE] concernant la libre concurrence des prestations de services» en raison,

d'une part, des restrictions posées à l'accès à la profession par des modalités d'examen opaques et par l'exigence d'une caution et, d'autre part, du contrôle et des sanctions prévus. Il estimait, en deuxième lieu, que le règlement était susceptible d'entraîner une discrimination entre les citoyens des États membres. En troisième lieu, il faisait grief au règlement de ne pas comporter de voies de recours ou d'appel à l'encontre des décisions et des sanctions applicables.

9 Auparavant, la Commission avait été saisie, le 20 février 1996, d'une plainte de Multiplayers International Denmark mettant en cause la compatibilité du même règlement avec les articles 81 CE et 82 CE. En outre, elle avait été avisée de pétitions introduites devant le Parlement européen par des ressortissants allemand et français, déclarées recevables par le Parlement européen respectivement le 29 octobre 1996 et le 9 mars 1998, concernant également cette réglementation.

10 La Commission a engagé une procédure dans le cadre du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204), et notifié à la FIFA une communication des griefs le 19 octobre 1999. La communication des griefs indiquait que le règlement [initial] constituait une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 81 CE et mettait en doute la compatibilité avec ses dispositions des restrictions contenues dans ledit règlement s'agissant du caractère obligatoire de la licence, de l'exclusion de son attribution à des personnes morales, de l'interdiction faite aux clubs et aux joueurs de recourir à des agents non licenciés, de l'exigence d'une caution bancaire et des sanctions.

11 Dans sa réponse à la communication des griefs, en date du 4 janvier 2000, la FIFA contestait que le règlement susmentionné puisse être qualifié de décision d'association d'entreprises. Elle justifiait les restrictions qu'il comportait par un souci de moralisation et de qualification de la profession et soutenait qu'il pouvait bénéficier d'une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE.

12 Une audition s'est tenue dans les locaux de la Commission, le 24 février 2000, à laquelle participaient les représentants de M. Piau et de la FIFA ainsi que ceux du syndicat international des joueurs professionnels, la FIFPro, lequel a exprimé l'intérêt des joueurs à la réglementation de l'activité des agents.

13 À la suite de la procédure administrative engagée par la Commission, la FIFA a adopté, le 10 décembre 2000, un nouveau règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs, qui est entré en vigueur le 1er mars 2001 et a de nouveau été amendé le 3 avril 2002.

14 Le nouveau règlement de la FIFA (ci-après le «règlement modifié») maintient l'obligation, pour exercer la profession d'agent de joueurs, laquelle est toujours réservée aux personnes physiques, de détenir une licence délivrée par l'association nationale compétente pour une durée indéterminée (articles 1er, 2 et 10). Le candidat, qui doit satisfaire à une exigence de «parfaite réputation» (article 2), est soumis à un examen écrit (articles 4 et 5). Celui-ci consiste en un questionnaire à choix multiple qui vise à vérifier les connaissances juridiques et sportives du candidat (annexe A). L'agent doit aussi souscrire une police d'assurance relative à sa responsabilité civile professionnelle ou, à défaut, déposer une garantie bancaire de 100 000 CHF (articles 6 et 7).

15 Les relations entre l'agent et le joueur doivent faire l'objet d'un contrat écrit d'une durée maximale de deux ans, renouvelable. Le contrat doit stipuler la rémunération de l'agent, laquelle est calculée en fonction du salaire de base brut du joueur et fixée, à défaut d'accord des parties, à 5 % dudit salaire. Une copie du contrat est adressée à l'association nationale, dont les registres des contrats sont mis à la disposition de la FIFA (article 12). Les agents de joueurs licenciés sont tenus, notamment, de respecter les statuts et règlements de la FIFA et de s'abstenir de débaucher un joueur sous contrat en cours avec un club (article 14).

16 Un régime de sanctions à l'égard des clubs, des joueurs et des agents est institué. Tous sont passibles, en cas de non-respect des règles précitées, d'une admonestation, d'un blâme ou d'un avertissement, ainsi que d'amendes (articles 15, 17 et 19). Les agents de joueurs peuvent se voir infliger une suspension ou un retrait de leur licence (article 15). Les joueurs peuvent être suspendus pour une durée maximale de douze mois (article 17). Les clubs sont également passibles de mesures de suspension et d'interdiction de procéder à des transferts, pour trois mois au minimum (article 19). Des amendes peuvent être infligées aux agents de joueurs, aux joueurs et aux clubs. En ce qui concerne les agents de joueurs, le montant de l'amende n'est pas précisé, pas plus qu'il ne l'était dans le règlement initial, tandis que, pour les joueurs et les clubs, des montants minimaux, respectivement de 10 000 CHF et de 20 000 CHF, sont désormais prévus (articles 15, 17 et 19). Toutes ces sanctions sont cumulables (articles 15, 17 et 19). Les litiges relèvent de l'association nationale compétente ou de la «commission du statut du joueur» (article 22). Des mesures transitoires permettent la validation des licences accordées sous l'empire de l'ancien dispositif (article 23). Un code de déontologie et un contrat type de médiation sont également joints au règlement modifié (respectivement, annexes B et C).

17 Les amendements apportés le 3 avril 2002 précisent que les ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (EEE) adressent leur demande de licence à l'association nationale de leur pays ou de leur domicile sans condition de durée de résidence et qu'ils peuvent souscrire la police d'assurance requise dans n'importe quel pays de l'Union européenne ou de l'EEE.

18 Les 9 et 10 juillet 2001, le Parlement européen a déclaré clos les dossiers ouverts à la suite des pétitions mentionnées au point 9 ci-dessus.

19 La Commission a adressé à M. Piau, le 3 août 2001, une lettre au titre de l'article 6 du règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission, du 22 décembre 1998, relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les dispositions des articles [81] et [82] du traité CE (JO L 354, p. 18). La Commission y indiquait que son intervention auprès de la FIFA avait abouti à l'élimination des principaux aspects restrictifs du règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs et qu'il n'existait plus d'intérêt communautaire à la poursuite de la procédure.

20 La Commission a adressé une lettre semblable à Multiplayers International Denmark, le 12 novembre 2001, à laquelle ce plaignant n'a pas répondu.

21 En réponse à la lettre du 3 août 2001 mentionnée au point 19 ci-dessus, M. Piau a indiqué à la Commission, le 28 septembre 2001, qu'il maintenait sa plainte. Il faisait valoir que les infractions à l'article 81, paragraphe 1, CE demeuraient dans le règlement modifié en ce qui concerne l'examen et l'assurance professionnelle et que de nouvelles restrictions avaient été introduites sous forme de règles déontologiques, de contrat type et concernant la détermination de la rémunération. Ces restrictions ne pouvaient, selon le plaignant, faire l'objet d'une exemption sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3, CE. En outre, M. Piau indiquait que la Commission n'avait pas examiné la réglementation en cause au regard des dispositions de l'article 82 CE.

22 Par décision du 15 avril 2002 (ci-après la «décision attaquée»), la Commission a rejeté la plainte de M. Piau. La Commission y indique qu'il n'existe pas d'intérêt communautaire suffisant à la poursuite de la procédure dans la mesure où les dispositions restrictives les plus importantes faisant l'objet de la plainte ont été abrogées — le caractère obligatoire de la licence pouvant quant à lui être justifié —, où les restrictions qui demeurent pourraient bénéficier d'une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE et où l'article 82 CE ne trouve pas application en l'espèce.

Procédure et conclusions des parties

23 Par requête déposée le 14 juin 2002, M. Piau a introduit le présent recours.

24 Le 5 novembre 2002, la FIFA a demandé à intervenir au soutien des conclusions de la Commission. Par ordonnance du président de la première chambre du Tribunal du 5 décembre 2002, cette intervention a été admise.

25 Par décision du Tribunal du 2 juillet 2003, le juge rapporteur a été affecté, à partir du 1er octobre 2003, à la quatrième chambre, à laquelle l'affaire a, par conséquent, été réattribuée.

26 Par mesure d'organisation de la procédure notifiée le 11 mars 2004, le Tribunal a interrogé la Commission et la FIFA au sujet de l'assurance civile professionnelle, de la rémunération des agents de joueurs et des voies de recours prévues par le règlement modifié, et M. Piau à propos de ses démarches en vue d'exercer l'activité d'agent de joueurs.

27 La FIFA, la Commission et M. Piau ont répondu aux questions du Tribunal par courriers reçus, respectivement, le 1er, le 2 et le 5 avril 2004.

28 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions du Tribunal lors de l'audience du 22 avril 2004.

29 Le requérant conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— annuler la décision attaquée;

— condamner la Commission aux dépens.

30 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours;

— condamner le requérant aux dépens.

31 La FIFA conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— déclarer le recours irrecevable et en tout état de cause non fondé;

— condamner le requérant aux dépens.

Sur la recevabilité

Arguments des parties

32 La FIFA met en doute la recevabilité du recours. Elle soutient que le requérant n'aurait pas d'intérêt à agir, dès lors que, d'une part, il n'aurait jamais fait de démarche officielle en vue d'exercer la profession d'agent de joueurs et, d'autre part, que la loi française, applicable à sa situation, serait plus sévère que la réglementation de la FIFA.

33 La Commission indique qu'elle n'a pas soulevé d'exception d'irrecevabilité à l'égard de la requête, car elle a estimé que M. Piau avait des liens avec le monde du football et qu'il avait souhaité exercer la profession d'agent de joueurs.

34 M. Piau soutient que son recours, dirigé contre la décision de la Commission rejetant sa plainte, est recevable. Il fait valoir qu'il a souhaité exercer la profession d'agent de joueurs dès 1997 et qu'il y a des contradictions entre la réglementation de la FIFA et la législation française.

Appréciation du Tribunal

35 La Commission n'a pas soulevé de fin de non-recevoir. Or, les conclusions d'une requête en intervention ne peuvent avoir d'autre objet que le soutien des conclusions de l'une des parties au litige (article 40, dernier alinéa, du statut de la Cour de justice, applicable au Tribunal en vertu de l'article 53 dudit statut).

36 La FIFA n'est dès lors pas recevable à soulever une exception d'irrecevabilité qui n'est pas invoquée par la partie au soutien des conclusions de laquelle elle a été admise à intervenir. Le Tribunal n'est donc pas tenu d'examiner les moyens invoqués à cet égard (arrêt de la Cour du 24 mars 1993, CIRFS e.a./Commission, C-313/90, Rec. p. I-1125, point 22).

37 Toutefois, en vertu de l'article 113 du règlement de procédure du Tribunal, ce dernier peut, à tout moment, examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public, y compris celles invoquées par les parties intervenantes (arrêt du Tribunal du 24 octobre 1997, EISA/Commission, T-239/94, Rec. p. II-1839, point 26).

38 Il est constant que M. Piau est destinataire d'une décision de la Commission qui clôt définitivement une procédure ouverte sur le fondement du règlement n° 17 et qu'il a régulièrement introduit un recours contre cette décision. Le refus de poursuivre une telle procédure et le rejet d'une plainte font grief à son auteur qui, selon une jurisprudence constante, doit disposer d'une voie de recours destinée à protéger ses intérêts légitimes (arrêts de la Cour du 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, point 13, et du Tribunal du 18 mai 1994, BEUC et NCC/Commission, T-37/92, Rec. p. II-285, point 36). La Cour a également jugé qu'une entreprise tierce à laquelle la Commission a reconnu un intérêt légitime à présenter des observations dans le cadre d'une procédure d'application du règlement n° 17 est recevable à former un recours (arrêt Metro/Commission, précité, points 6, 7 et 11 à 13).

Sur le fond

1. *En ce qui concerne le traitement de la plainte*

Arguments des parties

39 M. Piau soutient, en premier lieu, que la Commission a méconnu les obligations qui lui incombent dans le traitement d'une plainte déposée au titre de l'article 3 du règlement n° 17. En effet, alors que la FIFA ne lui avait pas notifié le règlement initial, la Commission se serait abstenue de prendre position sur l'infraction reprochée et aurait présumé la possible exemption dudit règlement. Son comportement serait contraire à la bonne foi qui doit régir les relations entre les citoyens et la Communauté ainsi qu'au principe de sécurité juridique.

40 En second lieu, le requérant fait valoir que la Commission n'a ni instruit ni motivé la décision attaquée au regard de l'article 82 CE, alors que sa plainte aurait également concerné cet article, ainsi qu'il ressortirait, notamment, des courriers des 31 janvier et 30 mars 2001 échangés entre le requérant et la Commission. Or, l'enquête n'aurait pas porté sur l'article 82 CE, qui n'était pas mentionné dans la communication des griefs. La Commission aurait ainsi abusé de la confiance légitime de M. Piau en n'examinant pas sa plainte à cet égard.

41 La Commission soutient, en premier lieu, que l'absence de notification ne signifie pas que la mesure non notifiée serait illégale au regard du droit communautaire.

42 En second lieu, la défenderesse fait valoir qu'elle n'était pas tenue d'instruire ni de motiver sa décision au regard de l'article 82 CE, non mentionné dans la plainte mais invoqué tardivement (le 28 septembre 2001) par le requérant, alors qu'aucun élément ne faisait apparaître d'infraction à cette disposition.

43 La FIFA soutient que la décision attaquée n'avait pas à être motivée au regard de l'article 82 CE, non visé par la plainte et tardivement invoqué par le requérant. En tout état de cause, la Commission, qui pouvait rejeter la plainte au seul motif d'un défaut d'intérêt communautaire, aurait suffisamment motivé la décision attaquée au regard de l'article 82 CE.

Appréciation du Tribunal

44 S'agissant, en premier lieu, du traitement de la plainte dans le cadre du règlement n° 17, il convient de rappeler que la Commission dispose en ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 4 mars 1999, Ufex e.a./Commission, C-119/97 P, Rec. p. I-1341, points 88 et 89).

45 En l'espèce, M. Piau a déposé, le 23 mars 1998, une plainte concernant le règlement de la FIFA relatif à l'activité d'agent de joueurs, rédigée de façon sommaire et qui visait les «articles [49] et suivants du traité [CE] concernant la libre concurrence des prestations de services» sans se référer, au demeurant, au règlement n° 17. La Commission, qui avait été saisie d'une autre plainte concernant le même règlement (voir point 9 ci-dessus), a estimé que les faits rapportés soulevaient certaines questions de droit de la concurrence et a considéré la plainte de M. Piau comme déposée au titre de l'article 3 du règlement n° 17.

46 La Commission a ensuite conduit la procédure administrative d'infraction prévue en matière de concurrence, effectuant une enquête, adressant, le 19 octobre 1999, une communication des griefs à la FIFA et procédant, le 24 février 2000, à l'audition des parties intéressées. Il est constant que cette procédure a, en définitive, amené la FIFA à adopter, le 10 décembre 2000, un règlement amendé concernant l'activité d'agent de joueurs. La Commission, satisfaite des modifications apportées par la FIFA à la réglementation en cause, a alors considéré qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure, ce qu'elle a indiqué à M. Piau en lui adressant, le 3 août 2001, une lettre au titre de l'article 6 du règlement n° 2842/98 puis en rejetant sa plainte le 15 avril 2002.

47 Il apparaît que la Commission a ainsi convenablement mis en œuvre, du point de vue procédural, les pouvoirs que lui conférait le règlement n° 17, alors applicable, pour instruire une plainte en matière de concurrence, eu égard à la marge d'appréciation dont elle dispose en ce domaine. La Commission n'a, par conséquent, pas méconnu ses obligations en la matière. La circonstance que le règlement initial n'avait pas été notifié à la Commission n'affecte pas la régularité de la procédure, l'absence de notification ayant seulement pour effet de priver la Commission de la possibilité de prendre une décision concernant, en particulier, une éventuelle exemption du règlement en application de l'article 81, paragraphe 3, CE, faute d'avoir été saisie par la FIFA d'une demande en ce sens. Enfin, le requérant n'a apporté aucun élément tendant à démontrer que la Commission, dans le traitement de sa plainte, n'aurait pas agi de bonne foi ou aurait méconnu le principe de sécurité juridique.

48 S'agissant, en second lieu, de l'instruction de la plainte et de la motivation de la décision attaquée au regard de l'article 82 CE, il ressort du dossier que la plainte déposée le 23 mars 1998 ne mentionnait pas l'article 82 CE. Cependant, M. Piau, dans sa lettre, en date du 28 septembre 2001, indiquant, en réponse à la communication de la Commission au titre de l'article 6 du règlement n° 2842/98, qu'il maintenait sa plainte (voir point 21 ci-dessus), invoquait cette disposition. Le plaignant y exposait que, selon lui, l'affaire n'avait pas été instruite au regard de l'article 82 CE alors que la FIFA était en situation d'abus de position dominante et que la Commission, dans une lettre du 30 mars 2001, avait indiqué que sa plainte portait principalement sur les articles 81 CE et 82 CE.

49 Le requérant ne saurait invoquer la protection de la confiance légitime à propos d'indications contenues dans les demandes d'information adressées par la Commission à la FIFA, le 11 novembre 1998 et le 19 juillet 1999, lesquelles envisagaient la possibilité d'infractions aux articles 81 CE et 82 CE. De telles indications ne peuvent être assimilées à des assurances précises ayant pu faire naître dans son chef des espérances fondées (voir, par exemple, arrêt du Tribunal du 8 novembre 2000, Dreyfus e.a./Commission, T-485/93, T-491/93, T-494/93 et T-61/98, Rec. p. II-3659, point 85). En outre, par la suite, la Commission, dans la communication des griefs du 19 octobre 1999, n'a pas identifié d'infractions au regard de l'article 82 CE, mais seulement au regard de l'article 81 CE.

50 La Commission ne saurait, pour sa part, faire valoir que la mention tardive par le requérant de l'article 82 CE au cours de la procédure administrative la dispensait d'instruire et de motiver la décision attaquée à cet égard. En effet, tant que la procédure administrative n'était pas close et qu'une décision n'avait pas été prise au sujet de la plainte de M. Piau, la Commission pouvait toujours effectuer de nouvelles investigations si de nouveaux griefs, dont il lui appartenait d'apprécier la pertinence, étaient soulevés.

51 En revanche, dans la mesure où, après avoir examiné les éléments de fait et de droit concernant l'application de l'article 82 CE, la Commission concluait au caractère

superflu ou injustifié d'une instruction à cet égard, elle n'était pas tenue de poursuivre l'instruction sur ce point (arrêt du Tribunal du 24 janvier 1995, Ladbroke/Commission, T-74/92, Rec. p. II-115, point 60).

52 Quant à sa motivation au regard de l'article 82 CE, la décision attaquée indique que les commentaires de M. Piau concernant cette disposition «sont flous quant au marché sur lequel la FIFA aurait une position dominante et à l'abus qui serait allégué». Elle expose que la FIFA n'est pas active sur le marché du conseil [aux joueurs], sur lequel opèrent les agents de joueurs, et conclut que «[l]'article 82 CE ne trouve pas application dans le cas d'espèce tel qu'explicité par le plaignant». De telles indications satisfont, dans les circonstances de l'espèce, à l'obligation de motivation à laquelle la Commission était tenue (arrêt Ladbroke/Commission, précité, point 60).

53 Il résulte de ce qui précède que M. Piau n'est pas fondé à soutenir que la Commission aurait méconnu les obligations qui s'imposaient à elle dans le traitement de la plainte dont il l'avait saisie. Les moyens du requérant s'y rapportant doivent en conséquence être rejetés.

2. *En ce qui concerne l'intérêt communautaire*

Arguments des parties

54 M. Piau fait valoir que sa plainte présentait un intérêt communautaire. En effet, le marché serait «de nature transfrontalière», les dispositions restrictives les plus importantes du règlement initial n'auraient pas été abrogées et le règlement modifié

ne pourrait faire l'objet d'une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Les effets anticoncurrentiels demeureraient, car les agents licenciés sous l'empire du règlement initial conserveraient les parts de marché qu'ils avaient acquises. En outre, l'article 82 CE serait applicable. Enfin, M. Piau ne pourrait obtenir une protection adéquate devant les juridictions nationales.

55 Le requérant soutient, en premier lieu, que la Commission a fait une appréciation erronée du règlement de la FIFA gouvernant l'activité des agents de joueurs. L'obligation, assortie de sanctions, de respecter les règlements de la FIFA constituerait une entrave à la «libre concurrence des prestations de services» et à la liberté d'établissement et priverait d'accès au marché tout agent de joueurs non licencié. La disposition du règlement modifié relative à la rémunération de l'agent de joueurs s'analyserait en une fixation de prix imposé qui restreindrait la concurrence. L'imposition d'un contrat type méconnaîtrait la liberté contractuelle, et l'obligation faite à l'association nationale d'en envoyer copie à la FIFA ne garantirait pas la protection des données personnelles. Le code de déontologie annexé audit règlement laisserait place à l'arbitraire. Le règlement modifié ne serait pas compatible avec la législation française concernant la profession; la fédération française de football aurait cependant fait prévaloir ce règlement et attribué des licences en méconnaissance de la législation nationale. Le règlement modifié interdirait également de recourir aux tribunaux de droit commun.

56 En deuxième lieu, M. Piau fait valoir que le règlement modifié ne pourrait bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3, CE, aucune des conditions visées par cette disposition n'étant satisfaite. Les restrictions ne seraient ni indispensables, ni adaptées, ni proportionnées. En revanche, ce règlement supprimerait toute concurrence, seule la FIFA étant habilitée à accorder une licence. Le requérant soutient que, derrière l'objectif affiché de protéger les joueurs et de moraliser la profession d'agent de joueurs, l'intention réelle de la FIFA serait de contrôler complètement la profession d'agent de joueurs en méconnaissance de la liberté d'entreprendre et du principe de non-discrimination. M. Piau fait également valoir que la «spécificité sportive», qui permettrait de déroger au droit communautaire de la concurrence, ne pourrait être invoquée en l'espèce, car l'activité en cause ne serait pas directement liée au sport.

57 En troisième lieu, M. Piau soutient que la FIFA est en position dominante sur le «marché du football» et abuse de sa position dominante sur le marché connexe des services rendus par les agents de joueurs. La FIFA serait une association d'entreprises et le règlement modifié constituerait une décision d'association d'entreprises. Représentant les intérêts de tous les acheteurs, la FIFA agirait en tant que monopsone, acheteur unique imposant ses conditions aux offreurs. Les abus de position dominante résulteraient des dispositions obligatoires du règlement. Les agents de joueurs licenciés détiendraient également, conjointement, une position dominante collective dont ils abuseraient au moyen de la réglementation de la FIFA. Le marché des prestations de services des agents de joueurs serait réservé aux membres de l'association d'entreprises et les agents non licenciés s'en verraient interdire l'accès.

58 En quatrième lieu, M. Piau soutient que le règlement modifié, en subordonnant l'accès à la profession d'agent de joueurs à la possession d'une licence, entrave la libre prestation des services ainsi que la liberté d'entreprendre. Le requérant fait valoir que la FIFA n'aurait aucune légitimité pour réglementer une activité économique et que la Commission lui aurait ainsi implicitement délégué un pouvoir de réglementation d'une activité de prestation de services en méconnaissance des compétences dévolues aux États membres.

59 La Commission soutient, à titre principal, qu'il n'y avait pas d'intérêt communautaire justifiant la poursuite de la procédure, que la plainte a été rejetée à bon droit pour ce motif et que le recours de M. Piau n'est, de ce fait, pas fondé. La «nature transfrontalière» du marché n'emporterait pas nécessairement un intérêt communautaire. Les plus importantes restrictions auraient été supprimées dans le règlement modifié. Les éventuels effets persistants du règlement initial s'analyseraient comme des mesures transitoires garantissant les droits acquis des agents licenciés sous l'empire de l'ancien système. La circonstance qu'une plainte mette en cause de prétendus abus de position dominante ne permettrait pas à elle seule de conclure à l'existence d'un intérêt communautaire. Le requérant ne serait pas, contrairement à ce qu'il affirme, empêché de saisir les tribunaux de droit commun.

60 À titre subsidiaire, la Commission soutient, en premier lieu, que l'argumentation du requérant, fondée sur des dispositions étrangères au droit de la concurrence, serait irrecevable ou non fondée, dès lors qu'elle ne tient pas du règlement n° 17, non plus que d'un autre fondement juridique, le pouvoir d'agir à l'égard d'une association d'entreprises sur d'autres bases que le respect des règles communautaires de concurrence. La Commission fait, en outre, valoir que le droit communautaire admet la reconnaissance des droits acquis et que les craintes du requérant concernant la protection des données à caractère personnel ne sont pas fondées. Elle expose que, alors que l'organisation de la profession d'agent de joueurs n'a pas fait l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire, le règlement de la FIFA, qui en détermine les conditions d'accès de façon uniforme sur le plan mondial, ne serait pas susceptible de restreindre la libre circulation des agents de joueurs.

61 En deuxième lieu, la Commission soutient qu'elle n'a pas porté une appréciation erronée sur la réglementation en cause, laquelle viserait en effet à protéger les joueurs et à garantir la qualification des agents. Le système des licences imposerait, en l'absence d'organisation interne à la profession, des restrictions qualitatives justifiées, indispensables et proportionnées. En outre, les principales restrictions auraient été supprimées, concernant en particulier les conditions d'accès à la profession et les modalités d'examen. Le règlement modifié serait proportionné aux objectifs visés et prendrait en compte la spécificité du sport. La disposition relative à la rémunération de l'agent ne poserait qu'une règle subsidiaire laissant une grande marge de liberté aux parties. Le contrat type n'entraverait pas la liberté des parties et la limitation de sa durée à deux ans serait favorable à la concurrence. L'interdiction alléguée de recourir aux juridictions de droit commun ne serait pas avérée. Les règles déontologiques, qui pourraient être justifiées par l'intérêt général, seraient proportionnées et compatibles avec le droit communautaire de la concurrence. Enfin, le caractère obligatoire du règlement et les sanctions qu'il prévoit seraient inhérents à l'existence d'une réglementation.

62 En troisième lieu, la Commission soutient que le règlement modifié remplit les conditions posées par l'article 81, paragraphe 3, CE pour bénéficier d'une exemption. Les restrictions qu'il comporte, motivées par des préoccupations de moralisation et de professionnalisme, seraient proportionnées. La concurrence ne serait pas éliminée. L'existence même d'un règlement favoriserait un meilleur fonctionnement du marché et serait donc constitutive de progrès économique.

63 En quatrième lieu, la Commission soutient que l'article 82 CE, qui ne concerne que les activités économiques, ne trouve pas à s'appliquer dans la présente espèce qui porte sur une activité purement réglementaire. La FIFA ne pourrait être qualifiée ni de «puissance économique» ni de monopsone et aucun abus ne serait démontré sur un marché connexe au «marché du football». La FIFA ne représenterait pas les intérêts économiques des clubs et des joueurs. Les agents de joueurs licenciés constitueraient, quant à eux, une profession peu concentrée, sans liens structurels, et n'exerceraient donc pas d'abus de position dominante collective. En revanche, la Commission soutient que la FIFA est une association d'entreprises et que le règlement litigieux est une décision d'association d'entreprises.

64 La FIFA fait valoir, en premier lieu, que la Commission a, à bon droit, rejeté la plainte de M. Piau pour défaut d'intérêt communautaire. Les dispositions restrictives maintenues dans le règlement modifié auraient un objet qualitatif. Elles n'emporteraient pas de restrictions prohibées par l'article 81, paragraphe 1, CE et seraient justifiées au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Les effets anti-concurrentiels prétendument persistants ne seraient pas le résultat de la réglementation en cause mais de l'activité des agents. La «nature transfrontalière» du marché serait sans incidence sur l'intérêt communautaire qu'une affaire est susceptible de présenter.

65 En deuxième lieu, la FIFA soutient que le règlement modifié ne peut être qualifié de décision d'association d'entreprises dès lors que les clubs professionnels, qui peuvent être considérés comme des entreprises, ne constituent qu'une minorité des membres des associations nationales, lesquelles constituent les membres de l'organisation internationale. Les règlements adoptés par la FIFA ne seraient donc pas l'expression de la volonté des clubs professionnels. Le règlement modifié ne contiendrait pas de restrictions sensibles de la concurrence. Les modalités d'obtention de la licence seraient désormais satisfaisantes. L'assurance professionnelle, au montant déterminé objectivement, serait un mode approprié de règlement des litiges. Les dispositions relatives à la rémunération de l'agent ne seraient pas assimilables à un dispositif de fixation de prix. Le contrat type comporterait des stipulations classiques et ne porterait aucune atteinte à la protection de la vie privée. Les règles déontologiques, le dispositif de sanctions et le système de règlement des litiges ne seraient pas contraires à l'article 81 CE.

66 En troisième lieu, la FIFA fait valoir que le règlement modifié aurait pu faire l'objet d'une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Cette réglementation serait nécessaire en l'absence d'organisation de la profession et de législations nationales, et du fait de la dimension mondiale du football. Il favoriserait la professionnalisation et la moralisation de l'activité des agents de joueurs dont le nombre croissant démontrerait que la réglementation en cause est dépourvue de caractère restrictif.

67 En quatrième lieu, la FIFA soutient que l'article 82 CE ne trouve pas à s'appliquer et qu'elle n'a pas commis d'abus de position dominante. Elle rappelle qu'elle n'est pas une association d'entreprises et fait valoir que, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, ici en cause, elle n'exerce pas d'activités économiques. Elle expose que le requérant n'a jamais évoqué le «marché du football» au cours de la procédure administrative et que la circonstance qu'elle exerce un pouvoir réglementaire sur des acteurs économiques d'un marché considéré ne signifie pas qu'elle soit active sur ce marché, a fortiori qu'elle y détienne une position dominante. En outre, le marché du conseil visé en l'espèce ne serait connexe à aucun marché où la FIFA serait active. Sa situation ne pourrait davantage être qualifiée de monopsone, car la FIFA ne représenterait ni les clubs ni les joueurs dans leurs relations avec les agents. Les agents licenciés n'exerceraient pas non plus de position dominante collective dont ils abuseraient au moyen de la réglementation de la FIFA.

Appréciation du Tribunal

Sur la nature du règlement de la FIFA gouvernant l'activité des agents de joueurs

68 La Commission, sans qualifier au regard du droit communautaire ni la nature du règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs ni la FIFA en tant qu'auteur de ce règlement, a examiné, dans la décision attaquée, la plainte de M. Piau au regard des règles communautaires de concurrence, en particulier de l'article 81 CE. Or,

cette disposition et les pouvoirs conférés à la Commission pour en assurer le respect concernent des décisions, accords ou pratiques qui sont le fait d'entreprises ou d'associations d'entreprises, le droit communautaire ne trouvant à s'appliquer que pour autant que les actes ou comportements en cause et leurs auteurs entrent dans le champ de cette disposition. Dans le cadre de la présente instance, la Commission a indiqué que, selon elle, la FIFA constituait une association d'entreprises et le règlement litigieux une décision d'association d'entreprises, confirmant ainsi l'analyse qu'elle avait faite dans la communication des griefs, analyse partagée par M. Piau mais contestée par la FIFA.

69 S'agissant, en premier lieu, de la notion d'association d'entreprises, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de l'argumentation d'une intervenante allant à l'encontre de ce que soutient la partie en faveur de laquelle elle intervient, il est constant que la FIFA a pour membres des associations nationales qui regroupent des clubs pour lesquels la pratique du football constitue une activité économique. Ces clubs de football sont, par conséquent, des entreprises au sens de l'article 81 CE et les associations nationales qui les rassemblent des associations d'entreprises au sens de la même disposition.

70 La circonstance que les associations nationales regroupent des clubs dits amateurs à côté des clubs dits professionnels n'est pas susceptible de remettre en cause cette appréciation. À cet égard, il convient de relever que la qualification unilatérale, par une association ou une fédération sportive, de sportifs ou de clubs comme «amateurs» n'est pas par elle-même de nature à exclure que ceux-ci exercent des activités économiques au sens de l'article 2 CE (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 11 avril 2000, Deliège, C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, point 46).

71 En outre, les associations nationales, qui, selon les statuts de la FIFA, sont tenues de participer aux compétitions organisées par elle, doivent lui reverser un pourcentage de la recette brute de chaque match international et sont reconnues, par les mêmes

statuts, avec la FIFA, comme propriétaires des droits exclusifs de diffusion et de transmission des manifestations sportives concernées, exercent également à ce titre une activité économique (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 9 novembre 1994, Scottish Football/Commission, T-46/92, Rec. p. II-1039). Elles constituent par conséquent aussi des entreprises au sens de l'article 81 CE.

72 Dès lors que les associations nationales constituent des associations d'entreprises et également, à raison des activités économiques qu'elles exercent, des entreprises, la FIFA, association regroupant les associations nationales, constitue également une association d'entreprises au sens de l'article 81 CE. En effet, cette disposition s'applique aux associations dans la mesure où leur activité propre ou celle des entreprises qui y adhèrent tend à produire les effets qu'elle vise (arrêt de la Cour du 15 mai 1975, Frubo/Commission, 71/74, Rec. p. 563, point 30). Le cadre juridique dans lequel sont prises des décisions d'entreprises et la qualification juridique donnée à ce cadre par les différents ordres juridiques nationaux sont sans incidence sur l'applicabilité des règles communautaires de la concurrence (arrêt de la Cour du 30 janvier 1985, BNIC, 123/83, Rec. p. 391, point 17).

73 S'agissant, en second lieu, de la notion de décision d'association d'entreprises, il ressort du dossier que l'activité d'agent de joueurs a pour objet, selon les termes mêmes du règlement modifié, de «mettre en rapport régulièrement et contre rémunération un joueur et un club en vue de la conclusion d'un contrat de travail ou deux clubs en vue de la conclusion d'un contrat de transfert». Il s'agit par conséquent d'une activité économique de prestation de services qui ne relève pas de la spécificité sportive telle que définie par la jurisprudence (arrêts de la Cour du 14 juillet 1976, Donà, 13/76, Rec. p. 1333, points 14 et 15; du 15 décembre 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 127; Deliège, précité, points 64 et 69, et du 13 avril 2000, Lehtonen et Castors Braine, C-176/96, Rec. p. I-2681, points 53 à 60).

74 D'une part, le règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs a été adopté par la FIFA de sa propre autorité et non en vertu de pouvoirs normatifs qui lui auraient été délégués par des autorités publiques dans le cadre d'une mission reconnue

d'intérêt général visant l'activité sportive (voir, par analogie, arrêt de la Cour du 19 février 2002, Wouters e.a., C-309/99, Rec. p. I-1577, points 68 et 69). Ce règlement ne relève pas davantage de la liberté d'organisation interne des associations sportives (arrêts Bosman, précité, point 81, et Deliège, précité, point 47).

75 D'autre part, obligatoire pour les associations nationales membres de la FIFA, qui sont tenues d'établir une réglementation analogue ensuite approuvée par la FIFA, ainsi que pour les clubs, les joueurs et les agents de joueurs, ce règlement traduit l'expression de la volonté de la FIFA de coordonner le comportement de ses membres à l'égard de l'activité des agents de joueurs. Il constitue par conséquent une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE (arrêts de la Cour du 27 janvier 1987, Verband der Sachversicherer/Commission, 45/85, Rec. p. 405, points 29 à 32, et Wouters e.a., précité, point 71) qui est soumise au respect des règles communautaires de concurrence dès lors qu'une telle décision a des effets dans la Communauté.

76 En ce qui concerne la légitimité, contestée par le requérant, de la FIFA pour édicter une telle réglementation, qui n'a pas un objet sportif mais régit une activité économique périphérique à l'activité sportive en cause et touche à des libertés fondamentales, on peut effectivement s'interroger sur le pouvoir normatif que s'attribue une organisation privée comme la FIFA dont le but statutaire premier est la promotion du football (voir point 2 ci-dessus) au regard des principes communs aux États membres sur lesquels l'Union européenne est fondée.

77 En effet, le principe même de la réglementation d'une activité économique ne concernant ni la spécificité sportive ni la liberté d'organisation interne des associations sportives, par un organisme de droit privé dépourvu de toute délégation d'une autorité publique pour ce faire, tel que la FIFA, ne peut être tenu d'emblée pour compatible avec le droit communautaire, s'agissant en particulier du respect dû aux libertés civiles et économiques.

78 Une telle réglementation, qui relève de la police d'une activité économique et touche à des libertés fondamentales, ressortit en principe à la compétence des autorités publiques. Néanmoins, dans le cadre du présent litige, la compétence normative exercée, en l'absence quasi générale de réglementations nationales, par la FIFA ne saurait être examinée qu'en tant qu'elle affecte les règles de concurrence, au regard desquelles la légalité de la décision attaquée doit être appréciée, sans que les considérations relatives à la base juridique permettant à la FIFA d'exercer une activité réglementaire, pour importantes qu'elles soient, puissent ici faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

79 En effet, le présent recours porte sur la légalité d'une décision prise par la Commission à l'issue d'une procédure diligentée sur la base d'une plainte déposée au titre du règlement n° 17, pour le traitement de laquelle la Commission ne pouvait mettre en œuvre d'autres pouvoirs que ceux dont elle dispose dans ce cadre. Le contrôle juridictionnel est nécessairement circonscrit aux règles de concurrence et à l'appréciation effectuée par la Commission sur les atteintes que le règlement de la FIFA y aurait portées. Ce contrôle ne saurait par conséquent s'étendre au respect d'autres dispositions du traité que pour autant que leur méconnaissance éventuelle révélerait une violation concomitante des règles de concurrence. Il ne saurait non plus porter sur la méconnaissance éventuelle de principes fondamentaux que dans l'hypothèse où celle-ci se traduirait par une infraction aux règles de concurrence.

Sur l'appréciation de l'intérêt communautaire de la plainte

80 La décision attaquée rejette la plainte de M. Piau pour absence d'intérêt communautaire à poursuivre la procédure. Il convient de rappeler que, d'une part, l'évaluation de l'intérêt communautaire présenté par une plainte en matière de concurrence dépend des circonstances factuelles et juridiques de chaque espèce, qui peuvent différer considérablement d'une affaire à l'autre, et non de critères prédéterminés qui seraient d'application obligatoire (voir, en ce sens, arrêt Ufex e.a./Commission, précité, points 79 et 80). D'autre part, la Commission, investie par

l'article 85, paragraphe 1, CE de la mission de veiller à l'application des articles 81 CE et 82 CE, est appelée à définir et à mettre en œuvre la politique communautaire de la concurrence et dispose à cet effet d'un pouvoir discrétionnaire dans le traitement des plaintes. Ce pouvoir n'est cependant pas sans limites et la Commission doit apprécier dans chaque espèce la gravité et la durée des infractions à la concurrence et la persistance de leurs effets (voir, en ce sens, arrêt Ufex e.a./ Commission, précité, points 88, 89, 93 et 95).

81 En outre, le contrôle du juge communautaire sur l'exercice, par la Commission, du pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu en la matière ne doit pas le conduire à substituer son appréciation de l'intérêt communautaire à celle de la Commission, mais vise à vérifier que la décision litigieuse ne repose pas sur des faits matériellement inexacts et qu'elle n'est entachée d'aucune erreur de droit ni d'aucune erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir (arrêt du Tribunal du 14 février 2001, SEP/Commission, T-115/99, Rec. p. II-691, point 34).

82 En l'espèce, des considérations de trois ordres fondent l'appréciation de la Commission concernant le défaut d'intérêt communautaire, à savoir l'abrogation des dispositions les plus restrictives contenues dans le règlement initial, l'éligibilité à une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE des dispositions du règlement modifié et l'inapplicabilité de l'article 82 CE.

— S'agissant de l'abrogation des dispositions les plus restrictives contenues dans le règlement initial

83 La décision attaquée expose, tout d'abord, que les dispositions restrictives les plus importantes qui figuraient dans le règlement adopté le 20 mai 1994 ont été supprimées dans le règlement adopté le 20 décembre 2000. Elle examine les dispositions du règlement de la FIFA sous cinq rubriques, relatives à l'examen, à

l'assurance, au code de déontologie, à la fixation de la rémunération de l'agent de joueurs et au contrat type.

84 Premièrement, s'agissant de l'examen, la Commission constate dans la décision attaquée que les candidats sont désormais soumis à un examen écrit consistant en un questionnaire à choix multiple dont les modalités et les dates, précisées en annexe au règlement modifié, sont uniformes sur le plan mondial. Elle note qu'un système d'appel à deux niveaux est désormais prévu et que l'exigence de deux ans de résidence pour les ressortissants de l'Union européenne a été supprimée par un amendement audit règlement, en date du 3 avril 2002. La décision attaquée indique que l'exigence de «parfaite réputation» requise pour l'obtention de la licence, qui doit être interprétée conformément aux législations nationales, s'entendrait, en France, où réside M. Piau, de l'absence de condamnation pénale. Les griefs d'arbitraire formulés par le requérant n'ont, en définitive, pas parus fondés à la Commission.

85 Deuxièmement, la Commission relève dans la décision attaquée qu'une assurance civile professionnelle, exigée de tous et dont l'assiette se réfère au critère objectif du chiffre d'affaires de l'agent de joueurs, a remplacé l'exigence de dépôt d'une caution et qu'elle peut être souscrite dans tous les pays de l'Union auprès de différentes compagnies d'assurances. Sur ce point, la FIFA a produit, en réponse aux questions du Tribunal mentionnées au point 26 ci-dessus, des exemples de contrats d'assurance civile professionnelle proposés aux agents de joueurs par douze compagnies d'assurances au sein de l'Union européenne ou de l'EEE. La décision attaquée indique également que la garantie exigée, qui doit couvrir tous les risques susceptibles de résulter de l'activité de médiation, n'apparaît pas disproportionnée par rapport aux risques couverts, par exemple, par les assurances professionnelles des professions libérales.

86 Troisièmement, s'agissant du code de déontologie, la Commission estime dans la décision attaquée que les principes élémentaires de bonne conduite professionnelle

qui figurent dans ce code, annexé au règlement modifié, lesquels se réfèrent en particulier à des règles de conscience professionnelle, d'honnêteté, de loyauté, d'objectivité, de transparence, de sincérité, de justice et d'équité, n'imposent pas d'obligation disproportionnée aux agents de joueurs.

87 Quatrièmement, en ce qui concerne la fixation de la rémunération de l'agent de joueurs, la Commission, dans la décision attaquée, a procédé à l'examen de l'article 12 du règlement, qui prévoit que le salaire de l'agent est calculé par rapport au salaire de base brut du joueur et sera de 5 % dudit salaire à défaut d'accord des parties. Elle estime que cette disposition renvoie à un critère objectif et transparent (le salaire de base brut du joueur) et ne constitue qu'un mécanisme, subsidiaire, de règlement des différends.

88 Cinquièmement, la décision attaquée indique que le grief de M. Piau concernant l'atteinte qui serait portée à la vie privée du fait de l'envoi pour enregistrement d'une copie du contrat signé entre un joueur et un agent à l'association nationale concernée n'est pas un problème susceptible d'être appréhendé par les règles communautaires de concurrence.

89 La décision attaquée ne fait ainsi pas apparaître que les principes découlant de la jurisprudence rappelée aux points 80 et 81 ci-dessus quant à l'étendue de ses obligations aient été méconnus par la Commission qui a examiné attentivement les éléments avancés par le requérant.

90 La Commission n'a pas porté sur les dispositions du règlement modifié examinées aux points 84 à 88 ci-dessus une appréciation manifestement erronée en estimant que l'examen présentait des garanties d'objectivité et de transparence satisfaisantes, que l'obligation d'assurance professionnelle ne constituait pas une exigence

disproportionnée et, s'agissant des dispositions du règlement relatives à la rémunération de l'agent de joueurs, en écartant implicitement la qualification de fixation de prix imposés du point de vue du droit de la concurrence (arrêt du Tribunal du 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission, T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739, points 158, 159 et 161 à 164).

91 Les arguments développés par M. Piau dans le cadre de la présente instance, relatifs au contenu du règlement modifié, qui concernent l'obligation imposée par ledit règlement de respecter les règles édictées par la FIFA, le contenu du contrat type, le régime des sanctions et les voies de recours, ne remettent pas en cause cette appréciation.

92 En premier lieu, l'obligation faite aux agents de joueurs de respecter la réglementation de la FIFA concernant, notamment, les transferts de joueurs n'apparaît pas en elle-même contraire aux règles de concurrence, étant précisé que la réglementation de la FIFA concernant les transferts de joueurs, qui ne faisait pas l'objet de la plainte de M. Piau, ne saurait être examinée dans le cadre du présent litige auquel elle est étrangère. Interrogé sur ce point à l'audience, le requérant n'a, pas plus que dans ses écrits, précisé en quoi l'obligation de respecter la réglementation de la FIFA affecterait la concurrence.

93 En deuxième lieu, les dispositions relatives au contenu du contrat entre l'agent et le joueur selon lesquelles le contrat, écrit, doit préciser les critères et modalités de rémunération de l'agent et ne peut avoir une durée de plus de deux ans, tout en étant cependant renouvelable, ne révèlent pas d'atteintes à la concurrence. La limitation de la durée des contrats à deux ans, qui ne fait pas obstacle au renouvellement de l'engagement, paraît de nature à favoriser la fluidité du marché et partant la concurrence. Cet encadrement relativement limité des relations contractuelles semble au contraire de nature à contribuer à la sécurisation des relations financières et juridiques des parties sans menacer pour autant la concurrence.

94 En troisième lieu, le régime de sanctions, résumé au point 16 ci-dessus, pour autant qu'il puisse affecter les règles de concurrence, n'apparaît pas critiquable. Il ressort du règlement modifié que les sanctions applicables aux agents, aux joueurs et aux clubs sont l'admonestation, le blâme, l'avertissement, la suspension ou le retrait de la licence pour les agents, la suspension de douze mois au maximum pour les joueurs et la suspension ou l'interdiction de trois mois au minimum pour les clubs, ce qui ne peut être tenu pour manifestement excessif s'agissant d'un régime de sanctions professionnelles. De plus, les montants des amendes prévus pour les joueurs et les clubs ont été réduits par rapport à ceux figurant dans le règlement initial. M. Piau n'a en outre fourni aucun élément tendant à montrer que ce dispositif serait appliqué d'une manière arbitraire et discriminatoire, portant par là même atteinte à la concurrence.

95 En quatrième lieu, s'agissant des voies de recours auprès des tribunaux de droit commun, et à supposer que les dispositions du règlement modifié puissent avoir à cet égard une incidence sur les règles de concurrence, il ressort des réponses apportées par la FIFA et par la Commission aux questions susmentionnées du Tribunal (voir point 26 ci-dessus) que, indépendamment du système de recours contre les décisions des associations nationales ou de la commission du statut du joueur, compétente pour les agents de joueurs, auprès du Tribunal arbitral du sport, les intéressés peuvent toujours saisir les tribunaux de droit commun, en particulier pour faire valoir les droits qu'ils tirent du droit national ou du droit communautaire, les décisions du Tribunal arbitral du sport étant en outre susceptibles de recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse. Or, le requérant, qui a fait état à l'audience de difficultés et de lenteurs affectant les procédures juridictionnelles nationales, n'a cependant pas établi qu'il aurait été privé de toute voie de recours auprès des tribunaux de droit commun, ni a fortiori que le jeu de la concurrence en aurait été affecté.

96 Il résulte de l'examen qui précède que les moyens et arguments de M. Piau fondés sur le droit de la concurrence ne remettent pas en cause la conclusion selon laquelle la Commission a pu, à bon droit, considérer que les dispositions les plus restrictives de la réglementation en cause avaient été abrogées. L'argumentation du requérant à cet égard doit, par conséquent, être rejetée.

97 Il convient également de rejeter les moyens et arguments du requérant dépourvus de liens avec le droit de la concurrence dès lors qu'ils ne font pas apparaître de violations à cet égard. Or, M. Piau n'a pas démontré que ses moyens et arguments, tirés de la violation de la liberté contractuelle, de l'incompatibilité du règlement de la FIFA avec la législation française et de l'atteinte à la protection de données personnelles, révéleraient une violation des règles de concurrence. Ses moyens et arguments, qui ne sont au demeurant pas assortis d'éléments venant les corroborer, doivent par conséquent être rejetés comme inopérants dans un litige en matière de concurrence.

98 En outre, l'argument de M. Piau selon lequel les agents licenciés sous l'empire du règlement initial ayant conservé leur licence des effets anticoncurrentiels persisteraient ne peut être accueilli. D'une part, le requérant n'établit pas que cette circonstance emporterait en elle-même des effets anticoncurrentiels. D'autre part, le principe de sécurité juridique s'oppose à la remise en cause de situations juridiques dont il n'est pas démontré qu'elles auraient été irrégulièrement acquises (voir, par analogie, arrêt du Tribunal du 30 novembre 1994, Dornonville de la Cour/Commission, T-498/93, RecFP p. I-A-257 et II-813, points 46 à 49 et 58). De plus, ainsi que l'a jugé la Cour concernant les mesures transitoires en matière de reconnaissance des diplômes, cette jurisprudence étant transposable en l'espèce, il est admis de préserver en pareil cas les droits acquis (arrêts de la Cour du 9 août 1994, Dreessen, C-447/93, Rec. p. I-4087, point 10, et du 16 octobre 1997, Garofalo e.a., C-69/96 à C-79/96, Rec. p. I-5603, points 29 à 33).

99 Il résulte de tout ce qui précède que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation qu'elle a portée sur les dispositions de la réglementation en cause ni sur la persistance alléguée des effets anticoncurrentiels du règlement initial, à l'origine de la plainte de M. Piau. Le requérant n'est par conséquent pas fondé à soutenir que les dispositions les plus restrictives du règlement initial n'auraient pas été supprimées et que des effets anticoncurrentiels demeureraient du fait de leur maintien dans le règlement modifié.

— S'agissant de l'éligibilité à une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE des dispositions du règlement modifié

100 La Commission considère dans la décision attaquée que le caractère obligatoire de la licence pourrait être justifié et que le règlement modifié serait susceptible de bénéficier d'une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Elle expose que le système de la licence, qui impose des restrictions plus qualitatives que quantitatives, vise à protéger les joueurs et les clubs et prend en considération, en particulier, les risques encourus par les joueurs, dont les carrières sont courtes, en cas de transferts mal négociés. Elle estime que, en l'absence, actuellement, d'organisation de la profession d'agent de joueurs et de réglementations nationales généralisées, la restriction inhérente au système de la licence est proportionnée et indispensable.

101 Le principe même de la licence, qui est imposée par la FIFA et qui conditionne l'exercice de la profession d'agent de joueurs, constitue une barrière à l'accès à cette activité économique et affecte, dès lors, nécessairement le jeu de la concurrence. Elle ne peut par conséquent être admise que dans la mesure où les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, CE sont satisfaites, de sorte que le règlement modifié serait susceptible de bénéficier d'une exemption sur le fondement de cette disposition, étant établi qu'il contribue à la promotion du progrès économique, réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte, n'impose pas de restrictions non indispensables pour atteindre ces objectifs et n'élimine pas la concurrence.

102 Des circonstances de droit et de fait de plusieurs ordres ont été invoquées pour justifier l'adoption du règlement et le principe même de la licence obligatoire qui est au cœur du dispositif en question. Il semble tout d'abord que, au sein de la Communauté, seule la France ait adopté une réglementation de la profession d'agent sportif. Par ailleurs, il n'est pas contesté que, collectivement, les agents de joueurs ne constituent pas, à l'heure actuelle, une profession dotée d'une organisation interne. Il n'est pas non plus contesté que certaines pratiques d'agents de joueurs aient pu, par le passé, porter préjudice, d'un point de vue financier ou professionnel, aux

joueurs et aux clubs. La FIFA a expliqué que, en édictant la réglementation en cause, elle poursuivait un double objectif de professionnalisation et de moralisation de l'activité d'agent de joueurs afin de protéger ces derniers dont la carrière est brève.

103 Contrairement à ce que soutient le requérant, la concurrence n'est pas éliminée par le système de la licence. Celui-ci paraît davantage emporter une sélection qualitative, propre à satisfaire à l'objectif de professionnalisation de l'activité d'agent de joueurs, qu'une restriction quantitative à son accès. Au contraire, l'ouverture quantitative de cette profession est corroborée par les données chiffrées communiquées à l'audience par la FIFA. Celle-ci a ainsi indiqué, sans être contredite, que, tandis qu'elle recensait 214 agents de joueurs en 1996, au moment de l'entrée en vigueur du règlement initial, elle estimait leur nombre à 1 500 au début de l'année 2003 et que 300 candidats avaient réussi l'examen lors des sessions organisées en mars et en septembre de cette même année.

104 Compte tenu des circonstances rappelées aux points 102 et 103 ci-dessus et des conditions actuelles d'exercice de l'activité d'agent de joueurs, caractérisées par une absence quasi générale de réglementations nationales et par le défaut d'organisation collective des agents de joueurs, la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que les restrictions, qui découlent du caractère obligatoire de la licence, seraient susceptibles de bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3, CE, se réservant au demeurant, à juste titre, le droit de réexaminer la réglementation en cause. L'argumentation de M. Piau à cet égard doit par conséquent être rejetée.

105 De même, doit être rejeté comme inopérant l'argument du requérant selon lequel la «spécificité sportive» ne pourrait être invoquée pour justifier une dérogation aux règles de concurrence. La décision attaquée ne se fonde pas sur une telle exception et envisage l'exercice de l'activité d'agent de joueurs comme une activité économique sans prétendre l'admettre au bénéfice de la spécificité sportive dont, en effet, elle ne relève pas.

106 Il convient également de rejeter les arguments de M. Piau tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre et de la libre prestation des services dont le requérant n'a pas démontré qu'ils révéleraient une violation concomitante des règles de concurrence faisant obstacle à la possibilité d'accorder une exemption au règlement modifié sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3, CE.

— S'agissant de l'inapplicabilité de l'article 82 CE

107 La décision attaquée indique que l'article 82 CE ne trouve pas à s'appliquer dans le cas d'espèce, tel qu'explicité par le requérant, dès lors que la FIFA n'est pas active sur le marché du conseil aux joueurs.

108 L'article 82 CE interdit l'exploitation abusive d'une position dominante détenue sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci par une ou plusieurs entreprises.

109 Cette disposition vise le comportement d'un ou de plusieurs opérateurs économiques, exploitant de façon abusive une situation de puissance économique et faisant ainsi obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en donnant à cet opérateur la possibilité d'exercer, dans une mesure appréciable, des comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (arrêt de la Cour du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. p. I-1365, point 34).

110 L'expression «plusieurs entreprises» figurant à l'article 82 CE implique qu'une position dominante peut être détenue par deux ou plusieurs entités économiques, juridiquement indépendantes l'une de l'autre, à condition que, du point de vue économique, elles se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective (arrêt Compagnie maritime belge transports e.a./ Commission, précité, point 36).

111 La constatation de l'existence d'une position dominante collective dépend de la réunion de trois conditions cumulatives: premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action; deuxièmement, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché; troisièmement, la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune (arrêts du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 62, et du 8 juillet 2003, Verband der freien Rohrwerke e.a./Commission, T-374/00, Rec. p. II-2275, point 121).

112 En l'espèce, le marché concerné par la réglementation en cause est un marché de prestations de services où les acheteurs sont les joueurs et les clubs, et les vendeurs les agents. Or, sur ce marché, la FIFA peut être considérée comme agissant pour le compte des clubs de football, dont il a été constaté précédemment (voir points 69 à 72 ci-dessus) qu'elle en constitue une émanation en tant qu'association au second degré des entreprises que sont les clubs.

113 Une décision telle que le règlement de la FIFA gouvernant l'activité des agents de joueurs peut, lorsqu'elle est mise en œuvre, avoir pour conséquence que des entreprises opérant sur le marché concerné, à savoir les clubs, se sont liées quant à leur comportement sur un marché déterminé de manière qu'elles se présentent sur ce marché comme une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs (arrêt Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, précité, point 44).

114 Or, du fait du caractère obligatoire du règlement pour les associations nationales membres de la FIFA et les clubs qu'elles regroupent, ces instances apparaissent durablement liées quant à leurs comportements par des règles qu'elles acceptent et que les autres acteurs (joueurs et agents de joueurs) ne peuvent contrer à peine de sanctions pouvant conduire, pour les agents de joueurs en particulier, à les exclure du marché. Une telle situation caractérise ainsi, au sens de la jurisprudence citée aux points 110 et 111 ci-dessus, une position dominante collective des clubs sur le marché des prestations de services des agents de joueurs, puisque les clubs, par le biais de la réglementation à laquelle ils adhèrent, imposent les conditions dans lesquelles s'effectuent les prestations de services en cause.

115 Il paraît artificiel de soutenir que la FIFA, dont le pouvoir de direction sur l'activité sportive du football et les activités économiques qui y sont liées, telles que, en l'espèce, l'activité des agents de joueurs, est avéré, ne détient pas une position dominante collective sur le marché des prestations de services des agents de joueurs au motif qu'elle ne serait pas un acteur sur ledit marché.

116 En effet, la circonstance que la FIFA n'est pas, elle-même, un opérateur économique, acheteur des prestations de services des agents de joueurs sur le marché concerné et que son intervention procède d'une activité normative, qu'elle s'est reconnue le pouvoir d'exercer à l'égard de l'activité économique des agents de joueurs, est indifférente pour l'application de l'article 82 CE dès lors que la FIFA est l'émanation des associations nationales et des clubs, acheteurs effectifs des services des agents de joueurs, et qu'elle agit par conséquent sur ce marché par l'intermédiaire de ses membres.

117 S'agissant, en revanche, de l'abus de position dominante allégué, il résulte des analyses qui précèdent concernant le règlement modifié et l'exemption dont il pourrait faire l'objet au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE qu'un tel abus n'est pas établi. En effet, il a été constaté que ce règlement n'imposait pas de restrictions quantitatives à l'accès à l'activité d'agent de joueurs préjudiciables à la concurrence, mais des restrictions de nature qualitative qui peuvent, dans les circonstances

actuelles, être justifiées. Les abus de position dominante qui procéderaient, selon le requérant, des dispositions du règlement ne sont donc pas établis et son argumentation doit, sur ce point, être rejetée.

118 Enfin, l'argument de M. Piau selon lequel les agents de joueurs licenciés abuseraient de leur position dominante collective au sens de l'article 82 CE doit également être rejeté, à défaut de liens structurels entre ces agents, dont M. Piau n'établit pas la réalité. La détention de la même licence, l'utilisation du même modèle de contrat et la circonstance que la rémunération des agents est déterminée en fonction des mêmes critères ne prouvent pas l'existence d'une position dominante des agents de joueurs licenciés, et le requérant ne démontre pas que les intéressés adopteraient une démarche identique, non plus qu'ils se partageraient implicitement le marché.

119 Par conséquent, bien que la Commission ait considéré, à tort, que la FIFA n'était pas en situation de position dominante sur le marché des prestations de services des agents de joueurs, les autres conclusions contenues dans la décision attaquée, selon lesquelles les dispositions les plus restrictives de la réglementation en cause avaient été supprimées et le système de la licence pourrait bénéficier d'une décision d'exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE, conduisaient, par voie de conséquence, à conclure à l'absence d'infraction au titre de l'article 82 CE et à rejeter l'argumentation du requérant à cet égard. Dès lors, nonobstant l'erreur de droit commise par la Commission en estimant que l'article 82 CE n'était pas applicable, son application n'aurait pu, en tout état de cause, aboutir à la détermination d'un abus de position dominante du fait des autres conclusions qui avaient été, à bon droit, tirées de l'examen du règlement. Ainsi, la légalité du rejet de la plainte au motif d'un défaut d'intérêt communautaire à poursuivre la procédure n'en est de ce fait pas affectée.

120 Il résulte de tout ce qui précède que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en décidant de rejeter la plainte de M. Piau pour absence d'intérêt communautaire à poursuivre la procédure. La «nature transfrontalière» du marché, non contestée, est à cet égard inopérante, cette circonstance ne conférant pas pour autant à elle seule à une plainte un intérêt communautaire. En effet,

étant donné que l'évaluation de l'intérêt communautaire présenté par une plainte est fonction des circonstances de chaque espèce, il ne convient ni de limiter le nombre des critères d'appréciation auxquels la Commission peut se référer ni, à l'inverse, de lui imposer le recours exclusif à certains critères (arrêt Ufex e.a./Commision, précité, points 79 et 80).

121 Le recours de M. Piau doit par conséquent être rejeté.

Sur les dépens

122 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

123 Le requérant ayant succombé et la Commission ayant conclu en ce sens, il y a lieu de le condamner à supporter ses dépens ainsi que ceux de la Commission.

124 En vertu de l'article 87, paragraphe 4, troisième alinéa, du règlement de procédure, le Tribunal peut ordonner qu'une partie intervenante autre que les États membres et les institutions supportera ses propres dépens.

125 Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de décider que les dépens exposés par la FIFA aux fins de son intervention demeureront à sa charge.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre)

déclare et arrête:

1) **Le recours est rejeté.**

2) **Le requérant est condamné à supporter ses dépens ainsi que ceux de la Commission.**

3) **La Fédération internationale de football association supportera ses propres dépens.**

Legal Tiili Vilaras

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 26 janvier 2005.

Le greffier

H. Jung

Le président

H. Legal

TABLE DES MATIÈRES :

RÉSUMÉ :..... I

EXECUTIVE SUMMARY : III

REMERCIEMENT:..... V

DÉDICACE : VI

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS : VII

SOMMAIRE : IX

AVERTISSEMENT : X

INTRODUCTION GÉNÉRALE :..... 1

1. Propos liminaires : 1

2. Problématique : 9

3. Contexte et méthodologie d'appréhension : 9

4. Structure :..... 17

PREMIÈRE PARTIE- L'INFLUENCE DE LA RÉCEPTION DE LA DÉLIMITATION DU CONTEXTE CONCURRENTIELLE SUR LE RENFORCEMENT DE L'ÉGALITÉ ENTRE CONCURRENTS : LE RAPPORT DU MÉTHODIQUE CONCEPTUEL AU JURIDICO-NORMATIF :..... 19

CHAPITRE -1- LE DYNAMISME JURIDICO-ORGANISATIONNELLE À LA CONCEPTION ET LA MISE EN ŒUVRE D'UN MODÈLE RÉGULATEUR D'APPRÉHENSION DU MARCHÉ CONCERNÉ OU PERTINENT : 23

Section -1- Les enjeux concurrentiels du cadre juridico-normatif, un point d'ancrage du marché concerné ou pertinent : 25

§-1- Une omerta accablante à supplanter quant au marché concerné ou pertinent : .. 26

A- Une insinuation et sous-entendue de la part des législations sur la concurrence :.. 27

B- Une dynamique économique antagonique au référentiel marché concerné ou pertinent : 29

§-2- L'interprétation du marché concerné ou pertinent à l'aune du paradigmatique juridique et de la dimension normative : 33

A- Vers une liturgie de sanctification commune du marché pertinent : 33

1- Un repère connotatif modique au marché concerné ou pertinent :..... 35

2- Une inclinaison vers la consolidation du marché concerné ou pertinent :..... 42

3- Une reconnaissance affranchie du marché concerné ou pertinent par les textes réglementaires :..... 48

B- Vers la conciliation des conceptions juridiques épistémiques et finalistiques du marché concernée ou pertinent :..... 53

1- Le recours à la corrélation « marché concerné ou pertinent-comportement des concurrents »..... 55

a- L'acception de la corrélation« marché concerné ou pertinent-comportement des concurrents » :..... 55

b- La portée pratique de la corrélation« marché concerné ou pertinent- comportement des concurrents » :..... 60

2- La corrélation « marché concerné ou pertinent- effet restrictif à la concurrence » . 61

a- Le marché concerné ou pertinent à l'aune du « facteur temps » : 62

b- Le marché concerné ou pertinent au vu de la logique de « la finalité intrinsèque » :63

Section -2- Les enjeux du cadre d'analyse économique, un atout à la consécration des méthodes empiriques de mise en œuvre et d'évaluation du marché concerné ou pertinent : 67

§-1- Une standardisation leste des fondements épistémologiques du marché concerné ou pertinent : 68

A- L'indicateur de la « substituabilité du côté de l'offre », un altimètre à bride en vue de la délimitation du marché concerné ou pertinent :..... 69

B- Une convergence corroborée de la « dimension matérielle » et de la « dimension spatiale » du marché concerné ou pertinent : 75

§-2- Une mise en facteur commun des approches méthodologiques à la mise en relief du marché concerné ou pertinent :..... 79

A- Évaluation des impacts de la méthode d'approche « objective » : 80

1- L'opportunité du « monopoleur hypothétique » dans le processus d'appréhension et régulation du marché concerné ou pertinent : 81

a- Fondement conceptuel et cadre analytique du « monopoleur hypothétique » :..... 82

b- L'entendue pratique du « monopoleur hypothétique » : 84

b-1- Un impact insignifiant de l' « élasticité-prix croisée de la demande » aux fins de la mise en œuvre du « monopoleur hypothétique » : 85

b-2- L' « élasticité-prix de la demande », un coefficient générique mis au service du « monopoleur hypothétique » :..... 87

2- Les insuffisances impactant la mise en évidence du « monopoleur hypothétique » :90

a- La dimension hypothético-déductive, un inconvénient majeur du « monopoleur hypothétique » : 90

b- L'inconvénient de l'indisponibilité et de la fiabilité des données économiques : 92

B- L'apport de l'approche « subjective », entre complémentarité et dépendance :..... 93

1- L'indicateur « caractéristiques physiques et techniques », un baromètre de rigueur :..... 95

2- L'indicateur « prix et coûts de substitution », un vecteur à utilité constante : 97

3- L'indicateur « comportement des acteurs du marché », un hypsomètre des plus décisifs : 101

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE : 107

CHAPITRE -2- LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DU MODÈLE RÉGULATEUR D'APPRÉHENSION DU MARCHÉ CONCERNÉ OU PERTINENT : 109

Section -1- L'examen de l'identité juridique en vue de l'appréhension des traits fondamentaux du marché concerné ou pertinent : 111

§-1- Repère conceptuel des frontières partageant la « question de droit » par rapport à la « question de fait » : 111

§-2- L'attributif procédurier « question de droit » ou « question de fait » dans l'optique de la mise œuvre de la délimitation du marché concerné ou pertinent : 113

Section -2- Une ambivalence et bipolarité de la norme de contrôle judiciaire de la délimitation du marché concerné ou pertinent : 119

§-1- Le contrôle juridictionnel du respect des règles de procédure d'appréciation des faits économiques :..... 120

§-2- La prévalence d'un contrôle juridictionnel in extenso sur le fond de questions économiques ambivalentes :..... 121

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE : 129

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE :..... 131

DEUXIÈME PARTIE- LES IMPLICATIONS JURIDICO-CONCEPTUELLES DE L'APPRÉHENSION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES: UN FONDEMENT FLUCTUANT À LA CONSOLIDATION DE L'ÉGALITÉ DES OPÉRATEURS CONCURRENTS : 134

CHAPITRE -1- LA DÉLICATE CISELURE DES LIGNES DE DÉMARCATION DU CHAMP D'INTERVENTION DES ENTENTES ENTRE ENTREPRISES :..... 138

Section -1- La mise en question des parties prenantes à l'origine de la résurgence de l'entente :..... 141

§-1- La prise e considération de l'entreprise en tant que facteur d'impact inhérent à la genèse de l'acte réprouvée :..... 141

§-2- Le syndrome de la rigidité de la mise au point des critères de qualification de l'entreprise :..... 143

A- Le déploiement de l'analyse en termes de critère de l'exercice de l'activité économique :..... 143

B- L'application problématique du potentiel d'autonomie d'entreprendre en indice révélateur de la concurrentiabilité :..... 148

Section -2- La conception formaliste de l'entente, le début d'une preuve indistincte à la gêne portée à la concurrence : 156

§-1- L'épigramme générique d'un accord ou d'une convention expresse et tacite : .. 156

A- l'expression d'une coordination concertée entre entreprises sous quelque forme que ce soit :..... 157

B- L'expression manifeste d'un échange libre de consentements entre opérateurs concurrents : 167

C- L'expression d'une décision unilatérale en rapport avec le principe d'égalité de traitement : 171

1- Le cas récurrent de l'entente verticale entravant le libre accès au marché : 171

2- Les décisions des associations d'entreprises, le reflet d'une exclusion à toute concurrence :..... 179

§-2- Le diatribe d'une action concertée entre entreprises aux risques de la concurrence : 186

A- L'atteinte à la concurrence en termes de concours interférent directe ou indirecte des entreprises à la pratique concertée : 187

B- Le parallélisme de comportement des opérateurs concurrents du point de vue de l'impact sur l'atomicité du marché :..... 192

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE : 199

CHAPITRE -2- LA RÉTIVITÉ AFFECTANT LE CADRAGE DE LA PORTÉE D'INTERVENTION DE LA POSITION DOMINANTE :..... 201

Section -1- La pertinence de l'analyse d'incidence des opérateurs concurrents à la gésine de la position dominante : 204

§-1- L'analyse de l'atteinte à la concurrence centrée sur l'hypothèse de la position dominante individuelle : 204

§-2- L'appréciation de l'entrave à la concurrence sous l'hypothèse de la position dominante collective :..... 214

A- La position dominante collective occupée par un groupe d'entreprises : 214

B- La position dominante mise en évidence par le biais des ententes ou dans le cadre d'un marché oligopolistique : 225

1- La position dominante renforcée par le biais d'une entente ou d'une pratique concertée 226

2- La position dominante intervenant dans le cadre d'un marché oligopolistique 232

Section -2- La position dominante à l'aune du pouvoir d'influence des opérateurs sur le marché, une manifestation de mise à l'écart de l'efficacité d'accès au marché :..... 238

§-1- La détention de la part du marché, un critère décisif à l'appréciation de la position dominante : 238

§-2- La pertinence de la part du marché dans l'appréhension de la position de domination dans le cadre du marché monopolistique : 247

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE : 254

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE : 256

CONCLUSION GÉNÉRALE : 258

BIBLIOGRAPHIE : 263

1. Textes législatifs et règlementaires : 263

1.1. Royaume du Maroc : 263

1.2. Union Européenne :..... 263

2. Jurisprudence et ouvres des autorités de la Concurrence :..... 264

2.1. Royaume du Maroc : 264

2.1.1. Avis du Conseil de la Concurrence : 264

2.1.2. Décisions du Conseil de la Concurrence 266

2.2. Union Européenne :..... 266

2.2.1. Arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne : 266

2.2.2. Arrêts du Tribunal de l'Union Européenne :..... 269

2.2.3. Décision de la Commission Européenne : 271

3. Documents administratifs :..... 272

3.1. Royaume du Maroc : 272

Études sur la concurrentiabilité par le Conseil de la Concurrence :..... 272

3.2. Union Européenne :..... 272

Lignes directrices et communications de la Commission Européenne :..... 272

4. Doctrine :..... 273

4.1. Monographies :..... 273

4.2. Articles :..... 275

ANNEXES : 382

1. Avis du Conseil de la Concurrence du Maroc : 283

-*Avis du Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc n° 16/1*0, rendu le 24 décembre 2010 *concernant un projet d'arrêté relatif à la fixation du nombre de catégories des laboratoires de bâtiments et des travaux publics*, Rapport annuel 2010:..... 283

-*Avis du Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc n° 19/11*, rendu le 22 décembre 2011, *relatif à la saisine de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca au sujet de l'appel d'offres n° 6/2010/DA/CS/PP lancé par le Ministère de la Santé pour l'acquisition de l'insuline*, Rapport annuel 2011 : 308

2. Arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne : 381

- *Arrêt Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U)*, du 30 juin 1966, affaire 56-65, Recueil jurisprudentiel n°1966 00337 381

-*Arrêt SA Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen*, 12 décembre 1967, affaire n° C23-67, Recueil jurisprudentiel n°1967 00525 404

3. Arrêts du Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne : 417

-*Arrêt Asia Motor France SA, Jean-Michel Cesbron, Monin Automobiles SA et Europe auto service SA contre Commission*, rendu le 26 octobre 2000, affaire T-154/98, Recueil jurisprudentiel n°2000 II-03453 : 417

-*Arrêt Laurent Piau contre Commission*, du 26 janvier 2005, affaire n° T-193/02, Recueil jurisprudentiel n°2005 II 0020 :..... 453

TABLE DES MATIÈRES : 492

L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE ENTREPRISES EN DROIT MAROCAIN ET EUROPEEN DE LA CONCURRENCE

1. Résumé :

La liberté d'entreprendre n'interdit en aucun cas aux entreprises de se faire concurrence. Pourtant cette liberté impose à titre de revanche aux entreprises de respecter les règles régissant le libre jeu de la concurrence. Reposant sur ce postulat, l'action des autorités de la concurrence du Royaume du Maroc ainsi que de l'Union Européenne, met en œuvre la consécration de l'égalité entre entreprises dans la perspective de l'instauration d'une concurrence saine.

La mise en exergue d'égalité entre entreprises, sied à la mise en œuvre d'égalité dans les conditions d'accès au marché. Or, c'est la finalité pour laquelle les deux ordres juridiques marocain et européen s'accordent. Ceci s'affiche notamment, via le consensus sur l'appréhension des fondements de l'expression de l'atteinte portée à la concurrence. Aussi, en vue de mettre en exergue l'impératif du maintien et de rétablissement de l'égalité des conditions d'accès au marché, les enjeux sont-ils d'envergure. Il s'agira pour le droit des pratiques anticoncurrentielles des deux ordres juridiques de considérer et refléter l'ampleur de l'atteinte portée à la concurrence dans toutes ses manifestations.

2. Mots-clés :

Pratiques anticoncurrentielles – Droit marocain de la concurrence – Droit de la concurrence de l'Union européenne– Marché concerné ou pertinent–Egalité des conditions d'accès au marché- Ententes – Abus de position dominante– Etude de la réalité concurrentielle du marché.

EQUAL TREATMENT BETWEEN COMPANIES UNDER MOROCCAN AND EUROPEAN COMPETITION LAW

1. Summary :

The freedom to conduct business in no way precludes businesses from competing with each other. However, this freedom requires companies to respect the rules governing the free play of competition. Based on this perspective, the action of the competition authorities of the Kingdom of Morocco as well as of the European Union implements the consecration of equality between companies with a view to the establishment of healthy competition.

The implementation of equality between companies befits the establishment of equality in the conditions of access to the market. This is the purpose for which the two Moroccan and European legal orders agree. This is manifested, in particular, through the consensus on understanding the foundations of the expression of harm to competition. Therefore, in order to highlight the imperative of maintaining and restoring equal conditions of access to the market, the stakes are high. For the law of anticompetitive practices of the two aforementioned legal orders, it will be a question of considering and reflecting the extent of the harm to competition in all its manifestations.

2. Keywords :

Anti-competitive practices - Moroccan competition law - European Union competition law - Relevant market - Equal market access conditions - Agreements - Abuse of a dominant position - Study of the competitive reality of the market.