

Université Mohammed V Rabat

Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

Agdal

THÈSE DE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ

SOUS LE THEME :

La lutte contre les ententes anticoncurrentielles

Présentée par Halima BENSOUDA

Sous la direction du Professeur Farid EL BACHA

Membres du Jury

Président :

Suffragants :

2015

Abréviations :

ANRT : Agence Nationale de Réglementations des Télécommunications

ANP : Agence Nationale des Ports

BAM : Bank Al –Maghrib

BOCCRF : Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation, de la Répression des Fraudes

CDVM : Le Conseil Déontologique des Valeurs Mobilières

CIMAT : Ciments de l’Atlas

HACA : Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle

IAM : Ittisalat almaghrib

IHH : Indice de Herfindahl-Hirschman

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Économiques

OFT : Office of National Trade

PNB: Produit Net Bancaire

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
TITRE 1- LES LIMITES DU DISPOSITIF NORMATIF ET INSTITUTIONNEL DANS LA LUTTE CONTRE LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES	15
Partie 1 - La réforme, ses avancées et ses limites	16
CHAPITRE 1- LA REFORME ET SES AVANCEES MAJEURES	16
Section 1- Dans la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence	16
Section 2- Dans la loi 20-13 relative au Conseil de la concurrence	21
CHAPITRE 2- LES LIMITES NORMATIVES DE LA REFORME	29
Section 1- Des dispositions susceptibles d'entraver la mise en œuvre d'une réforme efficace	29
Section 2- La limite de l'étendue des prérogatives du Conseil de la concurrence dans les secteurs réglementés	33
Partie 2- Les limites structurelles et procédurales	40
CHAPITRE 1- DES SECTEURS ESSENTIELLEMENT OLIGOPOLISTIQUES FAVORISANT LES ENTENTES	41
Section 1- Les marchés d'oligopoles favorisent de fait les ententes	41
Section 2- La dominance des oligopoles sur le marché marocain	46
CHAPITRE 2- LES DIFFICULTES DE PREUVE	53
Section 1- La difficulté d'établir des preuves matérielles	53
Section 2- La preuve dans les marchés oligopolistiques	59
TITRE 2- POUR UN RENFORCEMENT DU DISPOSITIF JURIDIQUE DANS LA LUTTE CONTRE LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES	62
PARTIE 1 : LES MOYENS CLASSIQUES PRECONISES DANS LA LUTTE CONTRE LES ENTENTES	64
CHAPITRE 1- LA SANCTION PECUNIAIRE	65
Section 1- Le recours aux sanctions en tant qu'outil répressif et curatif	66
Section 2 – Le recours aux sanctions : moyen de dissuasion et de prévention	76
CHAPITRE 2 : MESURES COMPLEMENTAIRES AUX SANCTIONS PECUNIAIRES	80
Section 1- Les mesures conservatoires	80
Section 2- L'injonction	90

PARTIE 2 : MESURES INCITATIVES PRECONISEES DANS LA LUTTE CONTRE LES ENTENTES	96
CHAPITRE 1- LES PROCEDURES NEGOCIEES	97
Section 1- Les engagements	98
Section 2- La non-contestation des griefs	108
Section 3- La promotion de la clémence	111
CHAPITRE 2- LES PROGRAMMES DE PREVENTION DANS LA LUTTE CONTRE LES ENTENTES	
ANTICONCURRENTIELS	122
Section 1- L'Advocacy	122
Section 2- Proposition d'instauration d'un programme de conformité	127
 CONCLUSION	 129
 BIBLIOGRAPHIE	 144

INTRODUCTION

« Imaginez un marché en plein air dans un pays en développement — un endroit achalandé, animé, vivant. Des clients circulent d'un vendeur à l'autre, vérifiant la qualité des produits, marchandant, cherchant à en avoir pour leur argent. Les vendeurs vantent les vertus de leurs produits, offrant des aubaines dans le but d'attirer davantage de clients. C'est un système séculaire fondé sur la libre concurrence; les vendeurs qui offrent le meilleur rapport qualité-prix font les meilleures affaires, et les clients en profitent.

Maintenant imaginez un marché où tous les vendeurs de poulets vendent leurs animaux le même prix, un prix qui semble toujours un peu plus élevé que celui de la semaine précédente, tout comme le prix du sucre qui vient encore de monter ! Pour empirer les choses, la banque impose une commission toujours plus élevée pour libérer l'argent que des membres de votre famille vous font parvenir grâce à leur emploi à l'étranger. Il y a aussi le trajet d'autobus pour retourner au village. Il y avait auparavant plusieurs sociétés d'autobus. Maintenant il n'y en a qu'une, et le tarif a doublé. Mais que peut faire le consommateur s'il n'y a pas de concurrence ? »¹

Les marchés concurrentiels sont des marchés auxquels participent beaucoup d'entreprises. Ces dernières ne peuvent pas aisément augmenter les prix au-dessus de ceux du marché. En effet, cette liberté de commercer dont le corollaire est la liberté de concurrence, est favorable aux consommateurs

¹ S. Joekes et P.Evans, La Concurrence et le développement, la puissance des marchés concurrentiels, collection un focus, CRDI, Centre de recherches pour le développement international, Ottawa, Canada, 2008.

puisqu'elle conduit aux prix le plus bas avec des ressources utilisées de manière efficiente. En se concurrençant, les entreprises se trouvent stimulées et dynamisées. Les entreprises sont, de fait, forcées d'innover, et le bien-être des consommateurs s'en trouve maximisé. Ainsi, en plus d'avoir le choix des produits, les consommateurs ont droit à des articles de qualité, aux prix les plus avantageux.

Conscient de ces avantages, le Maroc a fait le choix sociétal d'une économie de marché : la liberté du commerce est un principe constitutionnel énoncé par l'article 15 de la constitution de 1996 et confirmé par l'article 35 de la constitution de 2011, qui garantit le droit de propriété et la liberté d'entreprendre². En outre, la loi 06-99 du 5 juin 2000 relative à la liberté des prix et de la concurrence a rendu caduque la loi de 1971 (008-71) sur le contrôle des prix et les conditions de vente des produits et marchandises³. La liberté des prix et de la concurrence met fin à la réglementation des prix ; l'encadrement administratif devient l'exception et la liberté des prix et de la concurrence, la règle générale. Depuis juin 2014, un autre pas en avant a été réalisé avec la réforme de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence⁴. En outre, le Maroc est allé encore plus loin en érigeant le régulateur concurrentiel en une institution constitutionnelle énonçant que :

² Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution, Bulletin officiel du Royaume du Maroc, n° 5964 bis, 30 juillet 2011.

³ Dahir n°1-00-225 du 05-juin 2000 portant promulgation de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, publié au journal officiel n° 4938 du 27/09/2001.

⁴ La loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence a été abrogée et remplacée par la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence et la loi n° 20-13 relative au Conseil de la concurrence, voir *infra* n°6 et s.

« Le Conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante chargée, dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole. »⁵

Dans le but d'harmoniser ses lois avec les principes juridiques fondamentaux, le Maroc est en train de mettre en place la réforme qui renforcera son régime de protection de concurrence avec l'adoption de la loi n°20-13 relative au Conseil de la concurrence⁶ et la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁷. Mais l'enjeu réel d'une politique de la concurrence est la réforme des pratiques économiques. Il s'agit de changer ou du moins de remettre en question l'ordre établi en particulier dans les pays en développement qui ont tendance à avoir des économies concentrées, c'est-à-dire prises en main par un nombre restreints d'acteurs très importants, ayant des fois mêmes des liens étroits avec le milieu politique.

L'objectif n'est pas d'atteindre un niveau de concurrence maximal, celle-ci n'étant pas une fin en soi. Il s'agit plutôt d'une régulation concurrentielle

⁵ Article 166 de la Constitution marocaine. Voir *supra* n°2.

⁶ 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, publié dans le Bulletin Officiel n° 6280 du 7 août 2014.

⁷ 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, publié dans le Bulletin Officiel n° 6280 du 7 août 2014.

faisant que le libre marché fixe des « prix efficaces », efficaces signifiant que ces prix assurent l'allocation des facteurs de production de telle sorte que la consommation qu'elle permet donne aux consommateurs la satisfaction maximum possible. La raison de maintenir un haut degré de concurrence sur les marchés afin de ne pas fausser l'établissement concurrentiel des prix réside dans le fait que des prix faussés deviendraient « inefficaces » au sens qu'ils ne mèneraient plus au maximum de satisfaction du consommateur.

L'objet du droit de la concurrence est justement de faciliter l'établissement d'une régulation concurrentielle de l'économie parce que cette régulation augmente les chances que s'établissent, sur le marché, des prix efficaces, résultats du libre jeu de l'offre et de la demande. Ce droit comporte de ce fait deux interdictions qui écartent les prix de leur « bon niveau » : celle de s'entendre pour restreindre la concurrence et celle d'abuser d'une position dominante.

Ces interdictions ont une même justification économique : les entreprises ne doivent pas profiter de leur liberté pour acquérir un pouvoir de marché artificiel, car cela aboutit à la création de rentes à l'abri desquelles elles cessent d'inventer, de produire et, finalement, de créer de la valeur au profit de tous. En outre, la liberté donnée aux entreprises n'est légitime aux yeux du plus grand nombre - les consommateurs citoyens-, que s'ils y trouvent leur compte, c'est-à-dire s'ils tirent avantage de la compétition qu'elle entraîne, grâce aux efforts déployés par les entreprises pour leur offrir des produits et des services de meilleure qualité au meilleur prix.

C'est aux Etats-Unis où dès le XIXe siècle, les premiers débats s'engagent sur le rôle de la régulation concurrentielle. A cette époque, les différentes

industries manufacturières détenant une part importante du potentiel productif américain (de l'ordre de 65% du PNB) mettent en place de formes de cartel ou ententes pour éviter les conséquences de toute confrontation sur le marché et le spectre des guerres de prix. Le chemin de fer, le charbon, le sel, la sidérurgie, les cordages, le tabac, le raffinage du sucre sont tous des exemples d'industries ayant été régulées par des ententes. Celles-ci avaient pour but de fixer les prix de vente et ou de répartir les marchés, soit par des quotas de vente, soit par région.

Tel que l'on fait remarqué Heilbroner et Singer : « Le processus de croissance économique, bien que se développant essentiellement dans le cadre des entreprises, a progressivement requis l'intervention du gouvernement - en partie pour empêcher le mécanisme de marché de se nuire à lui-même, en partie pour répondre aux exigences d'une grande partie de la société de ne pas laisser fonctionner un tel mécanisme de manière aveugle »⁸. C'est ainsi que le *Sherman Act*⁹ donnant un statut de loi fédérale à l'antitrust, a été voté par le Congrès américain de manière quasi unanime le 2 juillet 1890. Ci-dessous est présenté un extrait de la version initiale des deux premiers articles (des amendements sont intervenus ultérieurement en 1937, 1955, 1982) :

« Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autre ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec les pays étrangers sont déclarés illégaux » (article 1)

⁸ D. Encaoua et R. Guesneri, Politiques de la concurrence, Rapport, La Documentation française. Paris, 2006.

⁹ Sherman Act de 1890 sur les cartels a été complété par le Clayton Act en 1914.

« Toute personne qui monopolise, tente de monopoliser ou participe à une association ou à une entente avec une ou plusieurs personnes, en vue de monopoliser une partie des échanges ou du commerce entre les différents Etats de l'Union, ou avec les pays étrangers, est considéré comme coupable d'un délit » (article 2)

Ce sont donc des règles de prohibition *per se* qu'énonce ce texte de loi. Il exprime une volonté politique de remettre en question l'emprise des trusts ou ententes comme instruments de régulation économique, rappelant que les mécanismes de marché doivent rester libres des entraves que les acteurs cherchent naturellement à établir pour asseoir leur pouvoir.

La politique de la concurrence s'est ainsi concrétisée autour d'instruments forgés puis développés aux Etats Unis avant d'être adoptés par l'Europe et par une majorité d'autres pays, s'organisant autour de textes visant à protéger la concurrence et de procédures administratives et juridiques pour les mettre en œuvre. Ces lois et règlements qui régissent le marché sont conçus pour garantir une certaine forme d'équité sur les marchés. En effet, le droit et la politique de la concurrence s'intéressent avant tout aux comportements de domination des marchés des entreprises – notamment par le biais d'ententes sur les prix ou sur la répartition des marchés- aux abus des grandes entreprises en position de force, et au contrôle des fusions. L'objectif principal est de promouvoir la concurrence en tant que contribution à la création des marchés sensibles aux besoins des consommateurs, à une répartition efficace des ressources dans l'économie et à une production efficiente assortie d'incitations à l'innovation.

Dans un système économique, tel que le nôtre, fondé sur la liberté du commerce et de l'industrie, le Conseil de la concurrence, chargé d'appliquer le droit de la concurrence doit veiller à instaurer une discipline de concurrence crédible pour les entreprises. Les marchés ne peuvent concourir à l'efficacité économique que si des règles de droit garantissent aux opérateurs la libre concurrence, en l'occurrence, la liberté de fixer leur prix et le libre accès au marché, et partant la prohibition des ententes sur les marchés, pratiques sur lesquelles cette thèse va se concentrer. Le choix s'est imposé en raison de leurs nocivités tant à travers l'ampleur des préjudices que ces pratiques causent, et les surcoûts importants qu'elles semblent infliger aux économies, que par la difficulté de les démanteler. Les ententes correspondent à une concertation entre plusieurs acteurs économiques qui se mettent d'accord pour agir ensemble afin d'ajuster leurs comportements, tandis que la loi exige de concevoir sa stratégie commerciale de manière indépendante. De telles ententes sont donc sanctionnées lorsqu'elles empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence sur un marché. Il s'agit par exemple de barrières à l'entrée des concurrents sur un marché, d'échanges d'informations sur les prix ou encore de répartitions de marché.

La libre concurrence est en ce sens, une forme de « démocratie économique » ou d'équité sur les marchés qui fait obstacle à la fixation des prix (ceux-ci se fixant par la loi de l'offre et de la demande), au trucage des soumissions et à d'autres formes d'inefficience. La concurrence est essentielle au bien-être des sociétés en général et d'autant plus aux sociétés pauvres en ressources. Sans elle, en effet, les rares actifs dont chacun devrait pouvoir bénéficier sont détournés vers des groupes prédateurs tels les monopoles ou les cartels.

Au XIX^{ème} siècle par exemple, l'Allemagne a fait le choix de la validité des cartels sur le fondement du principe de la liberté contractuelle au nom des crises économiques à surmonter. La cartellisation qui s'en est suivie a fragilisé le pays et a, contrairement à escompter, aggravé sa difficulté à surmonter la crise des années 20. Elle a entraîné le pays sous la coupe de puissants cartels, en l'occurrence celui de l'acier et celui de la chimie. Ils ont capté un bien être général et ont « saisi » la démocratie en opérant des collusions avec le parti nazi ; ce contexte économique et politique lourd, a démontré la nocivité des ententes secrètes sur les prix et les partages de clientèles. Celles-ci sont incompatibles avec la nature même de l'économie de marché. « Le secret établit la tricherie dans une intention maligne »¹⁰.

Aujourd'hui, une majorité de pays à travers le monde impose des lois obligeant les entreprises à pratiquer une concurrence équitable en faveur de la justice économique. Mais dans quelles mesures y arrive-t-elle sachant que les pratiques anticoncurrentielles portant atteinte aux marchés, et plus spécifiquement les ententes, demeurent nombreuses dans le monde ? Quels sont en fait les préjudices causés par les ententes qui justifieraient les actions répressives exercées par les régulateurs de la concurrence?

Et concernant le Maroc, dans quelle mesure la réforme satisfait-elle aux exigences constitutionnelles du pays¹¹ ? Le Maroc dispose -t-il d'un encadrement juridique et de mesures nécessaires et appropriées pour lutter

¹⁰ Voir *Supra* n°8, p 36-42. Voir aussi : Centre de recherche sur l'Union Européenne, La PAC en mouvement, Evolution et perspectives de la politique agricole commune, Colloque, l'Harmattan, 2010, p. 60.

¹¹ Nous faisons référence à l'article 35 de la Constitution à savoir la liberté d'entreprendre et la libre concurrence, à l'article 36 relativement aux « [...] pratiques contraires aux principes de la concurrence libre et loyale dans les relations économiques » ainsi qu'à l'article 166.

contre les ententes ? Rappelons que l'efficacité de la sanction va se mesurer à l'aune de son pouvoir à exercer sur des prix, faussés par l'entente, une force de rappel les rapprochant de leur niveau optimal.

L'objectif de cette thèse est d'analyser l'évolution récente du cadre normatif du droit de la concurrence, dans le nouveau contexte constitutionnel, afin de proposer des solutions concrètes de son opérationnalisation, spécifiquement s'agissant de la lutte contre les ententes, « le Mal suprême de l'antitrust »¹², et notamment en le mettant en cohérence avec les réalités nationales, et les meilleures pratiques en vigueur à l'international.

Pour cela, il convient, dans une première partie, d'examiner le dispositif normatif et institutionnel, évaluant, dans un premier temps la réforme dans ses avancées majeures et dans ses limites. Puis dans un deuxième temps, nous procéderons à l'examen des limites factuelles à un marché transparent, équitable en matière de relations économiques. Nous analyserons comment les oligopoles sensées être le fruit d'une course à l'efficacité économique se retrouvent finalement à bloquer l'innovation et la production de biens et de services de meilleure qualité au meilleur prix, et au bénéfice des consommateurs.

Puis dans la seconde partie, nous démontrerons la nécessité d'accompagner les outils juridiques introduits par la réforme, d'une mise en œuvre efficace et de procédures efficientes. Notamment, nous explorerons d'autres moyens incitatifs conférés au Conseil de la concurrence, au-delà des outils classiques préconisés, dans la lutte contre les ententes. À travers cette analyse, nous émettrons des recommandations

¹² Décision Verizon/Trinko, cité par l'OCDE, 2005.

susceptibles de renforcer
la lutte contre les pratiques
anticoncurrentielles.

Titre 1- les limites du dispositif normatif et institutionnel dans la lutte contre les ententes anticoncurrentielles

Dans le cadre de la nouvelle constitution de juillet 2011¹³, le gouvernement a proposé, en janvier 2013, deux projets de lois: celui de la liberté des prix et de la concurrence (loi n° 104.12)¹⁴, et celui du Conseil de la concurrence (loi n° 20.13)¹⁵. Cette réforme, qui abroge la loi 06-99¹⁶, a pour objectif de définir l'ensemble des conditions à mettre en œuvre pour que dans un environnement de liberté, le Conseil de la concurrence puisse jouer effectivement son rôle de régulateur de la concurrence. Ainsi, cette réforme implique un changement radical dans la structure institutionnelle du Conseil de la concurrence. Aussi, les premiers aspects de cette transformation furent amplement décrits dans les textes constitutionnels, qui non seulement, consacrent la libre concurrence comme principe constitutionnel, mais encore, instaure un Conseil de la concurrence comme organe régulateur (Article 35), ayant pour mission la protection, l'encadrement, et le contrôle de la libre concurrence sur les marchés (Article 166).

Ce premier titre a pour objectif premier de passer en revue la réforme de la loi sur la concurrence, analysant le progrès considérable qu'elle apporte en théorie tout en gardant un œil critique sur ses lacunes et les obstacles à son opérationnalisation. Le deuxième objectif de ce titre sera d'apprécier et de

¹³ Constitution du 1^{er} juillet 2011, la sixième constitution marocaine, les précédentes datant de 1962, 1970, 1972, 1992 et 1996.

¹⁴ Voir *supra* n°7.

¹⁵ Voir *supra* n° 6.

¹⁶ Voir *supra* n° 3.

mesurer la difficulté de mettre en œuvre, dans la réalité économique marocaine, une concurrence saine aussi bien au niveau de la structure de nos marchés (structure oligopolistique), que dans la difficulté de prouver les ententes anticoncurrentielles.

Partie 1 - La réforme, ses avancées et ses limites

Cette première partie va analyser la réforme, introduite par la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence et la loi n° 20-13 relative au Conseil de la Concurrence, dans ce qu'elle apporte de nouveau (chapitre 1) et dans ses limites (chapitre 2).

Chapitre 1- La réforme et ses avancées majeures

Section 1- Dans la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence

Un marché de concurrence pure et parfaite est un marché caractérisé par l'atomicité des agents (c'est-à-dire la présence sur le marché d'un grand nombre d'acheteurs et de vendeurs qui empêchent toute coalition entre acteurs économiques), par l'homogénéité des produits proposés (les produits sont substituables), par la transparence de l'information (toutes les caractéristiques du marché sont connues des acteurs) ainsi que par la libre entrée et la libre sortie des agents économiques du marché, et la libre circulation des facteurs de production. Cette modélisation mathématique se révèle être assez

restrictive et constitue une simplification de la réalité¹⁷. La concurrence imparfaite désigne toutes les situations où les conditions de la concurrence parfaite ne sont pas respectées. C'est celle de tous les jours, celle où les agents peuvent développer des stratégies leur permettant de maximiser leurs gains. Laissée à elle-même, la concurrence risque d'encourager le développement de pratiques anticoncurrentielles privées. Il faut empêcher les entreprises d'édifier des barrières à l'entrée sur leurs marchés anciennement protégés (par exemple par des accords de fourniture ou de distribution exclusifs), en l'occurrence par la prohibition de prix prédateurs tel qu'édicte par l'article 8 de la loi 104-12¹⁸. Aussi la concurrence ne peut être maintenue sans des normes et des règles qui l'ordonnent et la rendent claire et loyale. Elle doit avoir pour seule fin la satisfaction des besoins du consommateur au meilleur prix dans des conditions où il puisse justement apprécier et comparer les biens et services offerts. Tel que l'a affirmé Montesquieu, déjà au XVIIIème siècle: « C'est la concurrence qui met un juste prix aux marchandises et qui établit les

¹⁷ Plusieurs écoles ont remis en cause la possibilité d'une concurrence pure et parfaite. L'école autrichienne, par exemple, rejette la concurrence pure et parfaite. En effet, pour elle, elle repose sur des hypothèses totalement irréalistes et ne permet pas de rendre compte du véritable cadre institutionnel du modèle (c'est-à-dire la forme d'organisation, les règles de ce modèle). Par ailleurs, la concurrence pure et parfaite suppose que les agents économiques soient totalement rationnels, les économistes raisonnent aujourd'hui plutôt dans le cadre dit «de la rationalité limitée». La concurrence pure et parfaite suppose également que l'information des agents soit elle-même parfaite. De nos jours de plus en plus d'économistes se penchent sur l'asymétrie d'information. Daniel Cohen a d'ailleurs écrit « dans l'esprit de beaucoup, la science économique se résume pour l'essentiel à ce modèle. Or, cela fait des années qu'il a été abandonné par les économistes dits, encore, néoclassiques. »(Les ressorts de la croissance, rencontre avec Daniel Cohen, le 15-06-2011).

¹⁸ L'article 8 de la loi 104-12 dispose que « sont prohibées les 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 à terme d'un marché, ou d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou l'un de ses produits.

vrais rapports entre elles ». Ce sont donc des règles de prohibition per se, assorties de sanctions, qu'énonce le texte de loi relatif à la concurrence. Les accords entre entreprises - quelle que soit leur forme juridique - sont notamment interdits lorsqu'ils ont pour effet ou pour objet de fixer les prix du marché, de se répartir géographiquement les marchés ou de définir les quantités produites. Ainsi le droit de la concurrence interdit la domination d'un secteur par une seule ou une poignée de firmes, lorsque cette domination est obtenue au moyen de comportements jugés déloyaux et conduit à des restrictions à l'échange jugées déraisonnables¹⁹.

Le droit de la concurrence ne vise pas à imposer un niveau de rivalité spécifique ou un contrôle des prix. L'objectif n'est pas un niveau de concurrence maximal. Il s'agit de veiller à ce que le processus de concurrence ne soit pas entravé par les agents économiques en mesure de le faire. Aussi, la défense du processus de concurrence ne doit pas être confondue avec la défense des concurrents. La plainte d'un concurrent objectivement lésé par le comportement d'une entreprise ne rend pas ce comportement délictueux. Supprimer les incitations à fournir le niveau d'effort approprié pour être meilleur que ses concurrents et espérer dominer son marché entraverait le processus même qu'il s'agit de protéger et de promouvoir. Pour autant, il ne faut pas permettre aux firmes dominantes ou bien établies sur le marché d'abuser de leur pouvoir afin d'exclure ou d'empêcher l'entrée de nouveaux concurrents éventuellement plus efficaces. La ligne de démarcation entre une concurrence normale et une concurrence abusive est ainsi tenue et le droit de la concurrence cherche à concilier des libertés fondamentales dans la conduite

¹⁹ Voir article 6-8 de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *supra* n°7.

des affaires et des règles pour que la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres. Le droit de la concurrence rappelle que les mécanismes de marché doivent rester libres des entraves que les acteurs cherchent naturellement à établir pour asseoir leur pouvoir. Ainsi, la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence prohibe les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, faire obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse (par exemple, à travers une entente entre des entreprises sur les prix de vente, les marges...) , limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique, ou encore répartir les marchés, les sources d'approvisionnement ou les marchés publics. Sont donc prohibées toutes actions qui, par leur objet ou par leur éventuel effet, pourraient empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché²⁰.

Corrélativement au changement structurel d'attribution du pouvoir décisionnel au Conseil de la concurrence, le législateur a considérablement élargi la panoplie de possibilités d'intervention de ce dernier pour corriger les atteintes aux marchés. Aussi, la loi instaure de nouveaux leviers dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles. Le législateur donne la possibilité au nouveau Conseil de la concurrence de prévenir les pratiques prohibées futures, d'éventuels participants à des ententes, à travers des montants d'amendes dissuasives. En augmentant les montants d'amendes, il a accru par là-même

²⁰ Voir l'article 6 de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *supra* n° 7.

les effets dissuasifs des sanctions contre les ententes: le montant des sanctions passe de 5% à 10% du chiffre d'affaire des entreprises impliquées. Le législateur a également introduit des solutions de type négociées : la correction des atteintes à la concurrence peuvent se faire en négociant avec les auteurs de ces actes, de façon volontariste, des solutions satisfaisantes pour l'avenir, répondant aux préoccupations de concurrence. Il s'agit notamment des procédures négociées telles que les engagements en matière de concurrence, le programme de clémence, la non contestation des griefs (détaillés dans le titre suivant). Désormais, le nouveau Conseil de la concurrence, doté du pouvoir décisionnel, décidera de l'instrument qui, selon lui, serait le plus efficace et le plus approprié à une situation donnée mettant en cause la concurrence.

Le législateur complète les réformes menées relatives aux saisines et à l'autosaisine, en introduisant le pouvoir d'enquête. Consacré dans la majorité des législations relatives à la concurrence à travers le monde, le pouvoir d'enquête concrétise la capacité de surveillance des marchés, il permet aux Conseils de la concurrence d'entamer de leur propre initiative l'examen de cas de pratiques anticoncurrentielles par le biais de demandes d'information, et d'inspections. La loi O6-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence ne prévoyait pas de pouvoir d'enquête pour le Conseil chargé de la protection de la concurrence. C'était à l'administration de décider de procéder ou non à toutes enquêtes que le Président du Conseil de la concurrence jugeait utiles²¹. C'est ainsi que l'administration n'a pas donné suite à la demande d'enquête dans le secteur du beurre, par exemple. La nouvelle loi 20-13 dote le Conseil

²¹ Article 29, Titre V « Du Conseil de la Concurrence », chapitre II « De la composition du Conseil de la concurrence », loi n° 06-99. Voir *supra* n°3.

de cette prérogative en disposant que les services d’instruction et d’enquête « procèdent aux enquêtes et investigations nécessaires à l’application des dispositions de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence concernant les pratiques anticoncurrentielles [...] »²². Aussi, le décret pris pour l’application de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence, précise que « le président du Conseil de la concurrence peut demander à l’autorité gouvernementale chargée de la concurrence de procéder à toute enquête qu’il juge utile »²³. Ce pouvoir d’enquête représente une indépendance fonctionnelle du Conseil de la concurrence, laquelle est essentielle dans la mesure où il permet au Conseil, de mettre en œuvre sa décision de « vérifier » la concurrentiabilité d’un secteur donné sans devoir attendre l’aval d’une quelconque administration.

Section 2- Dans la loi 20-13 relative au Conseil de la concurrence

Le passage d’un Conseil consultatif de la concurrence à un Conseil doté du pouvoir décisionnel, en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, représente certainement un aspect fondamental de la réforme. Les lois et les règlements qui régissent le marché sont conçus pour garantir une certaine forme d’équité sur les marchés. Rappelons que les lois modernes sur la concurrence ont vu le jour initialement en réponse à l’abus

²² Article 16 de la loi 20-13, voir *supra* n°6.

²³ Article 16, Décret n° 2-14-652 du 8 safar 1436 (1^{er} 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, 4-12-2014. Voir aussi article 28 de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *supra* n°7.

des entreprises²⁴. A ce propos, le discours prononcé par Sa majesté Le Roi Mohammed VI à l'occasion de la fête du trône, le 30 juillet 2011, rappelle le rôle des instances économiques qui « sont chargées de garantir la liberté d'entreprendre et les conditions d'une concurrence loyale, ainsi que la mobilisation des dispositifs de moralisation de la vie publique et des moyens de lutte contre le monopole, les privilèges indus, l'économie de rente, la gabegie et la corruption... ». Le renforcement du cadre législatif en matière de concurrence s'est imposé de fait avec l'objectif d'assurer un passage à une véritable économie de marché, suffisamment sûre d'elle-même pour confier l'application du droit de la concurrence à une autorité indépendante dotée d'un pouvoir de décision, chargée de l'ensemble de la régulation économique concurrentielle de droit commun. En effet, jusqu'à l'abrogation de la loi 06-99 en juin 2014, le Maroc était doté d'une organisation bicéphale pour traiter les problèmes de concurrence comme les collusions illicites. D'un côté, le Conseil de la concurrence concourait à sa mission de défendre l'ordre public économique, dans sa dimension concurrentielle, à travers des attributions consultatives (avis, conseils ou recommandations)²⁵. De l'autre, le premier ministre détenait le pouvoir décisionnaire en matière de concurrence. Il était de fait l'Autorité de la concurrence. De plus, le décret du 15 novembre 2007 confiait au ministre délégué chargé des Affaires économiques et générales les attributions réservées au Conseil de la concurrence. Cette décision du Premier ministre est, comme l'explique le professeur El Bacha « un empiètement

²⁴ Aux Etats-Unis, dès le XIXe siècle, de premiers débats s'engagent sur le rôle de la régulation concurrentielle. Les premières lois anti-trust sont votées (Sherman Act en 1890 sur les cartels, complété par le Clayton Act en 1914).

²⁵ Titre V article 14, Dahir n° 1-00-225 du 2 rabii I 1421(5 juin 2000) portant promulgation de la loi n° 06-99, publié dans le Bulletin officiel n° 4810 du 6 juillet 2000.

manifeste sur le domaine et la compétence législatifs »²⁶, avant d'ajouter : « Il n'y a pas pire pour une démocratie que la confusion des rôles et des pouvoirs »²⁷. Sur recommandation du Conseil, la dite autorité (en l'occurrence, le chef du gouvernement) retenait le pouvoir discrétionnaire d'ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé, ou imposer des conditions particulières²⁸, et les avis du Conseil de la concurrence devaient être immédiatement transmis par le président dudit Conseil au Premier ministre. La mission consultative du Conseil de la concurrence était, bien entendu, essentielle dans la mesure où elle permettait d'orienter les prises de décisions aussi bien gouvernementales que législatives. Cependant une telle structure bicéphale restait amplement insuffisante, s'agissant de l'importance de la mission de régulation concurrentielle : une recommandation ne peut elle pas rester lettre morte ? La réforme a corrigé cette situation en prescrivant un organe unique de régulation, aux pouvoirs élargis dans le domaine du contrôle sur les ententes et les fusions, l'ancien paradigme, bipolaire, d'un ministère des affaires économiques et générales et d'un Conseil de la concurrence, ayant montré ses limites : aucun suivi gouvernemental n'a été opéré suite aux différentes recommandations du Conseil depuis sa réactivation en 2008 jusqu'en juin 2014. De plus, des attributions simplement consultatives placent le Maroc en décalage avec d'autres nations, d'un point de vue législatif et réglementaire. Ainsi, la loi n° 20-13 relative au Conseil de la concurrence a opéré un

²⁶ EL BACHA F, "Le Conseil de la concurrence enterré", L'Economiste, Edition N° 2783 du 23-05-2008.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Article 36, Titre V « Du Conseil de la concurrence », loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, voir *supra* n°3.

changement radical dans la structure institutionnelle du Conseil de la concurrence, en conférant à ce dernier le pouvoir décisionnel. Cette nouvelle loi a ainsi énoncée dans son article 2 que « Le Conseil a un pouvoir décisionnel en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ».

La réforme introduit également une avancée remarquable, en dotant l'institution du pouvoir d'auto-saisine. Tout Conseil de la concurrence a la mission de contribuer à la régulation de la gouvernance économique. La responsabilité d'une autorité est non seulement de faire respecter les règles du jeu de la concurrence, mais aussi de prendre une part active dans la surveillance des marchés afin de préserver ou de rétablir leur bon fonctionnement concurrentiel. Tel que l'énonce la loi n°20-13 dans son article premier : « « le conseil » [...], est une institution indépendante chargée, dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques ». Jusqu'à l'abrogation de la loi 06-99, le Conseil devait obligatoirement être saisi par une entité habilitée par la loi²⁹ et ne pouvait intervenir directement, de sa propre initiative, sur les marchés. Or, cette intervention d'office sur les marchés qu'est l'auto-saisine, contribue à outiller le Conseil de la concurrence dans sa démarche d'assurer la transparence et l'équité dans les relations

²⁹ L'article 15 de la loi 06-99 (voir *supra* n°3) cite les entités habilitées à saisir le Conseil, il s'agit : des commissions permanentes du Parlement, pour les propositions de lois relatives à la concurrence ; du gouvernement, pour toute question concernant la concurrence ; dans la limite des intérêts dont ils ont la charge, des conseils de régions, des communautés urbaines, des chambres de commerce, d'industrie et de services, des chambres d'agriculture, des chambres d'artisanat, des chambres de pêches maritimes, des organisations syndicales et professionnelles ou les associations de consommateurs reconnues d'utilité publique, sur toute question de principe concernant la concurrence ; des juridictions compétentes sur les pratiques anticoncurrentielles.

économiques. Le législateur élargit la compétence du Conseil de la concurrence, l'autorisant à intervenir de sa propre initiative sur les marchés afin de s'assurer de leur concurrentiabilité, au bénéfice du consommateur. Cette compétence a été incluse dans la nouvelle loi comme suit : « le Conseil peut, sur proposition de son rapporteur général, se saisir d'office de toutes les pratiques susceptibles d'affecter le libre jeu de la concurrence »³⁰. Il n'est assurément pas efficace d'attendre qu'un consommateur (utilisateur final ou intermédiaire de biens ou de services) décide de déposer une plainte, pour que le Conseil puisse exercer son rôle et protéger le marché des atteintes au libre jeu de la concurrence. Ceci est d'autant plus vrai dans notre société où, très souvent, le consommateur connaît peu ses droits ou n'a pas les moyens de s'en prévaloir. Ainsi, en fonction des priorités, l'autorité a le devoir désormais, d'aller au devant des affaires, dans le but de préserver ou de rétablir la concurrence dans les secteurs où elle est faussée de fait, impactant négativement le bien être des consommateurs. Le Conseil, tel que l'a précisé la loi, peut également prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence, ou encore, recommander à l'administration de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés³¹. Il oriente, également, par ses avis et le jeu de l'advocacy, les comportements en présentant les bénéfices de la concurrence et les bonnes attitudes à adopter. Cette faculté de s'autosaisir de cas de pratiques potentiellement anticoncurrentielles ou de donner son avis lorsqu'il le juge pertinent dote le nouveau Conseil de la concurrence des attributions

³⁰ Voir *supra* 6, article 4.

³¹ *Idem*.

légales nécessaires lui permettant de jouer pleinement son rôle d'arbitre de la concurrence. Elle lui permet en outre, d'exercer de bout en bout, la mission de contrôle des marchés : du déclenchement de l'enquête à la mise en forme intellectuelle du cas.

Conjointement au pouvoir d'autosaisine, la réforme introduit une autre avancée majeure, celle de l'élargissement aux entreprises du droit de la saisir directement. Consubstantielle à l'économie de marché, la concurrence s'impose comme contrepoids nécessaire : sans règles du jeu entre les mains d'un arbitre capable d'en stopper les dérives ou les abus, comment les entreprises ou les citoyens pourraient ils accorder leur confiance à l'économie dont ils sont les acteurs? D'où l'existence incontournable des autorités de la concurrence. La responsabilité confiée à l'institution de concurrence consiste à faire fonctionner la concurrence sur les marchés, laquelle a pour finalité première d'organiser la libre concurrence qui représente le meilleur processus de régulation de l'économie de marché car elle garantit la liberté des prix et leur formation par le libre jeu de la concurrence, la liberté d'accès de tous les opérateurs à toutes les activités, et la protection des intérêts économiques des consommateurs, protégeant ainsi les faibles contre les entreprises qui auraient un pouvoir de marché trop fort. Cependant, la loi 06-99, non seulement, énumérait, de façon limitative, les entités habilitées à saisir le Conseil de la concurrence, mais elle n'y incluait pas les opérateurs économiques, qui sont les acteurs majeurs de l'économie. Les entreprises devaient obligatoirement passer par leur fédération professionnelle pour saisir le Conseil. Au moins deux questionnements s'imposent à ce propos : qu'en est-il des entreprises qui n'adhèrent à aucune fédération ? La fédération professionnelle peut inclure

aussi bien l'entreprise saisissante que l'entreprise incriminée de pratiques anticoncurrentielles, engendrant ainsi des situations de conflit d'intérêt. La nouvelle loi n° 20-13³² élargit la sphère des entités habilitées à saisir le Conseil, en étendant aux entreprises, la possibilité de saisir le Conseil pour toutes les pratiques anticoncurrentielles³³, indiquant clairement « le conseil peut être saisi, pour toutes les pratiques anticoncurrentielles, par les entreprises ».

Un autre point essentiel de la réforme réside en l'indépendance des membres du Conseil de la concurrence. La pratique universelle veut que les décisions du Conseil de la concurrence soient le fruit d'une délibération collégiale, fondée sur le débat contradictoire et sur le seul mérite des arguments juridiques ou économiques. A l'écart de toute pression et lobbies, l'institution, à travers sa compétence générale, bénéficie de la sorte, de la distance requise vis-à-vis de tous les secteurs de l'économie ainsi que de l'administration. Les statuts de l'institution doivent donc favoriser l'indépendance des membres du Conseil. Tandis que conformément à la loi 06-99, aujourd'hui abrogée, six des membres du conseil étaient des représentants de l'administration³⁴, formant une simple instance de délibération qui doit prononcer des avis quand elle est saisie par la vraie autorité administrative en la matière : le Premier ministre. Dans la nouvelle loi, le législateur a reconnu une indépendance fonctionnelle et structurelle du Conseil de la concurrence, par rapport aux influences politiques. En effet, le Conseil comprend deux membres magistrats, quatre

³² Voir *supra* n°6.

³³ Voir *supra* n°6, article 3.

³⁴ Article 18, Titre V « Du Conseil de la Concurrence », chapitre II « De la composition du Conseil de la concurrence » de la loi n° 06-99, voir *supra* n°3

membres choisis en raison de leur compétence en matière économique ou de concurrence, deux membres choisis en raison de leur compétence en matière juridique, trois membres issus des secteurs de production, de distribution ou de services et un membre choisi en raison de sa compétence en matière de protection du consommateur. Hormis le président nommé par dahir, les membres du Conseil sont nommés par décret, sur proposition du Conseil supérieur du pouvoir judiciaire (en ce qui concerne les deux membres magistrats), ou de l'autorité gouvernementale compétente (en ce qui concerne les autres membres), et ce pour une durée de cinq ans renouvelable une seule fois. Ceci implique qu'ils ne sont pas révocables, sauf dans des cas strictement définis par la loi³⁵. De plus, tout membre du Conseil doit informer le président des intérêts qu'il détient et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. Aucun membre ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt³⁶.

Avec l'adoption de la réforme, dont nous avons présenté les axes principaux, le Maroc aura enfin une autorité unique, indépendante, chargée de veiller au respect de la concurrence. La nouvelle institution sera dotée de prérogatives bien plus étendues que celle de son prédécesseur, le Conseil de la concurrence. Aura-t-elle juridiquement toute la latitude nécessaire pour jouer pleinement son rôle de régulateur ?

³⁵ Voir *supra* n°6, article 12.

³⁶ Voir *supra* n°6, article 11.

Chapitre 2- Les limites normatives de la reforme

La réforme relative à la concurrence, adoptée par le parlement en juillet 2014, représente certainement un progrès remarquable par rapport à la situation précédente. Néanmoins, une lecture approfondie des deux textes de loi³⁷ fait apparaître plusieurs lacunes susceptibles de limiter les avantages de cette réforme.

Section 1- Des dispositions susceptibles d'entraver la mise en œuvre d'une réforme efficace

Etant chargée du contrôle des pratiques commerciales déloyales selon la Constitution, le Conseil de la concurrence pourrait se retrouver noyés dans des affaires n'impactant que peu le marché. La Constitution marocaine, en érigeant le Conseil de la concurrence en une autorité indépendante, lui a confié non seulement le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, mais également celui des pratiques commerciales déloyales. L'article 166 de la constitution le charge, « dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques commerciales

³⁷ Il s'agit de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, voir *supra* 7, et de la loi n° 20-13 relative au Conseil de la concurrence, voir *supra* n°6.

déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole »³⁸. Cet article, en mentionnant « les pratiques commerciales déloyales », confie au Conseil une responsabilité plus grande que celle du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Les pratiques commerciales déloyales englobent, théoriquement, non seulement ces dernières mais aussi, de manière plus générale, toute pratique commerciale contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qui altère ou est de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur. Cet article recèle, de ce fait, une prérogative très large pour le conseil dont les limites pourraient être difficile à établir: le Conseil de la concurrence peut-il désormais être responsable de toute pratique mettant en oeuvre de fausses informations et altérant le jugement et la liberté de choix du consommateur vis-à-vis d'un produit, et ce, bien entendu, au-delà de sa prérogative première, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles? Signalons que parallèlement aux pratiques anticoncurrentielles dont les sanctions sont prévues par la loi relative à la concurrence, d'autres pratiques commerciales sont légiférées par les textes marocains, en l'occurrence dans la loi 31-08, laquelle présente un cadre complémentaire du système juridique en matière de protection du consommateur, renforçant ses droits fondamentaux, notamment le droit à l'information et le droit à la protection de ses droits économiques. Dans cette loi, il s'agit d'assurer la qualité que les consommateurs sont en droit d'attendre d'un produit ou d'un service (règles d'étiquetage, de composition et de dénomination des marchandises, contrôle des falsifications et tromperies), de rechercher et de constater les infractions et manquements aux règles de

³⁸ Article 166 de la Constitution du Maroc du 1^{er} juillet 2011, voir *supra* n°2.

protection des consommateurs (publicités mensongères, abus de faiblesse...) et de vérifier la bonne application des règles de publicité des prix. Le manquement à ces obligations, prévues par la loi édictant des mesures de protection du consommateur, conduit son auteur à des actions pénales prononcées par la juridiction compétente. La confusion se situe bel et bien au niveau de la limite de la compétence du Conseil et ses attributions par rapport à la voie judiciaire: pourrait-il répondre à toutes les saisines lui étant adressées, relatives à la protection du consommateur ? Ne se retrouverait-il pas noyé dans des affaires ayant peu d'impact sur le marché dans sa globalité ? Afin de faire la distinction entre ses compétences et celles de la justice, devrait-il se prévaloir uniquement des affaires ayant une incidence macro-économique, avec un impact substantiel sur le marché pertinent, et une atteinte à l'intérêt général de la concurrence ?

Un autre élément dans la réforme du Conseil de la concurrence était attendu et aurait été un atout dans la pratique quotidienne de la régulation concurrentielle. Il s'agit du pouvoir discrétionnaire de priorité des dossiers. Il est essentiel dans la mesure où il permet à l'autorité de la concurrence de jouer pleinement son rôle de régulateur concurrentiel indépendant en lui octroyant la capacité de traiter en premier lieu les cas correspondant à ses priorités. Or le législateur a introduit la règle "de minimis" dans la nouvelle loi, exonérant les ententes de faible importance qui ne restreignent manifestement pas la concurrence, permettant ainsi de ne pas encombrer l'Autorité avec des affaires à faible impact, mais aucun article ne prévoit cette prérogative au Conseil de la concurrence, dont le but est de permettre à l'autorité de prioriser les affaires

où le manque de concurrence fait particulièrement craindre pour le bien - être des consommateurs. Ce point pourrait impacter négativement la pratique du Conseil, en se voyant noyé dans le traitement de dossiers n'impactant que peu le consommateur.

Parmi les différents points, certes positifs, que la réforme a apportés à la mise en œuvre d'une concurrence saine au Maroc, figure l'indépendance des membres du Conseil de la concurrence, lesquels sont nommés *intuitue personae*. Il convient tout de même de nuancer cette évolution majeure, qui est la représentation du gouvernement auprès du Conseil, par un commissaire du gouvernement. La question de la légitimité de cette disposition se pose à deux niveaux. D'abord, sa présence aux séances est susceptible de compromettre l'indépendance du Conseil. En effet c'est à travers lui que le Conseil prend connaissance de la position du Gouvernement et cette position peut influencer grandement sur les décisions du Conseil. Aussi, bien qu'il assiste à titre consultatif tel que précisé par loi³⁹, ses interventions pourraient, en filigrane, dicter la ligne de conduite à suivre par le Conseil. Ensuite, la réforme⁴⁰ précise explicitement, dans son article 9, les cas où les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles ne s'appliquent pas. Il s'agit en l'occurrence des pratiques qui peuvent être justifiées par leur contribution au progrès économique et/ou technique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, ou encore par l'amélioration de la gestion des petites et moyennes entreprises, ou encore la commercialisation par les agriculteurs de leurs

³⁹ Voir *supra* n°6.

⁴⁰ Voir *supra* n°7.

produits⁴¹. Le Conseil est donc responsable d'établir un bilan économique complémentaire à son bilan concurrentiel, dans lequel figureront forcément des éléments émanant de l'entité gouvernementale compétente. D'où la question de la valeur ajoutée de la présence d'un commissaire de gouvernement dans les séances du Conseil de la concurrence.

Section 2- La limite de l'étendue des prérogatives du Conseil de la concurrence dans les secteurs réglementés

Les dispositions de la réforme, relatives aux rapports entre le Conseil de la concurrence et les instances de régulation sectorielle, pourraient diminuer l'efficacité de la régulation concurrentielle sur le marché marocain. En effet, la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence ne transpose pas le caractère global et illimité (sans exception sectorielle) de la juridiction du Conseil de la concurrence, tel que consacré par la Constitution. L'article 109 de cette loi soulignant que les textes institutifs des instances de régulation sectorielle règlent les rapports entre ces dernières et le Conseil de la concurrence, est, dans ce sens, sans doute inconstitutionnel. Cette disposition restreint de toute évidence l'étendue intersectorielle de l'action du Conseil de la concurrence prévue par l'article 166 de la Constitution, et par transitivité, l'efficacité de la régulation de la concurrence au Maroc. Et partant, cet article exclut, ou pourrait exclure, non seulement du champ d'action du Conseil certains secteurs des plus stratégiques en termes de plus-value économique, mais encore, des secteurs des plus sensibles aux yeux du consommateur tels

⁴¹ Voir *supra* n°7, article 9.

que les télécommunications, l'audiovisuel, les assurances, les banques et les secteurs financiers et portuaires, tous soumis à une réglementation spécifique. S'agissant du secteur des télécommunications, par exemple, l'Agence nationale de réglementation des télécommunications est, conformément à la loi n°29-06 modifiant et complétant la loi n° 24-96 relative à la poste et aux télécommunications du 17 avril 2000, chargée de veiller au respect de la concurrence loyale dans le secteur des télécommunications, et tranche les litiges y afférents, notamment ceux relatifs au respect de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence. Ainsi, cette loi soustrait, explicitement, au Conseil de la concurrence, la compétence en matière concurrentielle dans le secteur, l'octroyant exclusivement à l'instance de régulation sectorielle. Selon cette loi, l'ANRT a seulement l'obligation d'informer le Conseil de la Concurrence de ses décisions prises. Cet article, en confiant la régulation concurrentielle d'un secteur à son propre régulateur, est en complète contradiction avec l'article 166 de la Constitution, ainsi qu'il est contraire aux pratiques internationales en la matière. Théoriquement, la réglementation spécifique de ces secteurs est sensée être complémentaire, et non pas substituable, avec la réglementation sur la concurrence. Un autre exemple, celui de l'ANP, montre aussi les limites de la réforme relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ainsi, dans la loi 15-02 relative aux ports et portant création de l'Agence nationale des ports et de la société d'exploitation des ports, l'Agence a pour mission «de veiller au respect du libre jeu de la concurrence dans l'exploitation des activités portuaires»⁴². Cet alinéa dans

⁴² Article 33, loi 15-02 relative aux ports et portant création de l'Agence nationale des ports et de la société d'exploitation des ports promulguée par le Dahir n° 1-05-146 du 20 chaoual 1426 (23Novembre 2005), B.O. n° 5378 du 15 décembre 2005.

l'article 33 de la loi, bien qu'il n'exclut pas le Conseil de la concurrence de sa prérogative de régulateur concurrentiel du marché, prête à confusion en habilitant l'ANP à contrôler la concurrence dans le secteur. Cet article donne possibilité à interprétation : s'agit il d'une compétence en amont de l'ANP ? Et par conséquent le Conseil de la concurrence serait compétent ex post ? La confusion demeure. Le texte institutif de la HACA⁴³ renforce quelque peu, quant à lui, la position du Conseil de la concurrence, prévoyant une forme de coopération avec ce dernier, en indiquant que le conseil supérieur de la communication audiovisuelle « est habilité à saisir les autorités compétentes pour connaître des pratiques contraires à la loi sur la liberté des prix et la concurrence. Ces mêmes autorités peuvent le saisir pour recueillir son avis »⁴⁴. En renvoyant au Conseil de la concurrence pour attribution, le législateur prévoit certes, une passerelle de coopération, mais sans une obligation pour l'instance sectorielle de saisir l'autorité compétente, en l'occurrence, le Conseil de la concurrence, en matière concurrentielle. Aussi, le flou subsiste-t-il dans les rapports voulus par le législateur entre ces deux instances et les textes prêtent à confusion. De son côté, le texte institutif de l'Autorité marocaine du marché des capitaux soit la loi n°43-12 relative à l'Autorité marocaine du marché des capitaux⁴⁵, est silencieux quant au contrôle de la

⁴³ Dahir n° 1-02-212 du 22 joumada II 1423 (31 août 2002) portant création de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle modifié par le Dahir n° 1-03-302 du 16 ramadan 1424 (11 novembre 2003) et par le Dahir n° 1-07-189 du 19 kaâda 1428 (30 novembre 2007) et par le Dahir n° 1-08-73 du 20 chaoual 1429 (20 octobre 2008).

⁴⁴ Voir *supra* 43, article 4.

⁴⁵ Dahir n°1-13-21 du 1er joumada I 1434 (13 mars 2013) portant promulgation de la loi n°43-12 relative à l'Autorité marocaine du marché des capitaux, Bulletin Officiel n°6144 du 18-04-2013.

concurrence dans le secteur, il n'en fait en effet aucune référence. De la même manière, la loi bancaire actuellement en vigueur, est muette sur le sujet⁴⁶. Ainsi, dans tous les secteurs dotés d'une instance de régulation, la législation ne spécifie pas clairement les compétences des instances de régulation, et sème le doute quant aux attributions du Conseil de la concurrence à l'égard de ces secteurs.

En outre, l'article 109 de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence pose un autre problème encore plus global. En stipulant que les rapports entre les instances de régulation sectorielle et le Conseil de la concurrence sont régis par les textes institutifs des dites instances, la loi ouvre une brèche, offrant la possibilité d'exclure à tout moment le conseil de la concurrence en tant qu'institution compétente en matière concurrentielle, aussi bien dans les secteurs dotés actuellement d'une instance de régulation que pour d'autres instances futures de régulation sectorielle. Or, s'agissant des secteurs requérant une infrastructure essentielle (télécommunications, audiovisuel par exemple) ou une technicité particulière (les secteurs financiers et portuaires), il est généralement admis, comme le souligne d'ailleurs la Constitution, que la compétence concurrentielle revient au Conseil de la concurrence, avec l'obligation de consulter les organes de régulation sectoriels, en vue d'une coopération technique dans les dossiers entrant dans

⁴⁶ Notons tout de même que le projet de la loi bancaire prévoit des mécanismes de concertations pour une compétence parallèle entre le Conseil de la concurrence et Bank Al-Maghrib. Ainsi lorsque le Conseil de la concurrence est saisi, en application des dispositions de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence, ou sur des litiges concernant directement ou indirectement, un établissement de crédit ou un organisme assimilé, elles doivent recueillir au préalable l'avis de Bank Al-Maghrib. A l'inverse, lorsque Bank Al-Maghrib, à l'occasion de l'examen d'une demande d'agrément ou d'une demande de fusion-absorption entre deux ou plusieurs établissements de crédit, estime que l'opération envisagée est susceptible de constituer une violation des dispositions de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence, elle requiert au préalable l'avis du Conseil de la concurrence.

leur champ de compétence. Aussi, généralement, le rôle des autorités de régulation sectorielle est *a priori* : leur vocation consiste davantage à assurer l'organisation du marché, intervenant en amont pour sa construction. Par la suite elles se concentrent sur des missions telles que la gestion des questions d'intérêt général qui ne peuvent être livrées au seul marché. L'autorité de la concurrence, quant à elle, contrôle les comportements des opérateurs et intervient de ce fait ex post. Elle a une vocation permanente et générale appliquant les mêmes règles à tous les secteurs. Cette allocation des compétences, amont pour le régulateur sectoriel et aval pour le Conseil de la concurrence, n'est pas stipulée dans nos textes.

Par ailleurs, la réforme relative à la liberté des prix et de la concurrence relègue son application effective à une date future indéterminée. L'article 111 de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence diffère et subordonne, en effet, la mise en œuvre par le Conseil des règles de concurrence, à la publication des textes réglementaires spécifiques, indiquant que la loi sur la liberté des prix et de la concurrence ne prend effet qu'à partir de l'entrée en vigueur des textes réglementaires nécessaires à sa pleine application. Cet article est contestable à deux niveaux. D'une part, il est sans doute inconstitutionnel. Comme souligné plus haut, l'article 166 consacre le caractère universel et transversal de la juridiction du Conseil de la concurrence. La subordination de l'action du Conseil à la publication de textes sectoriels tel que le dispose son article 109, retire de facto à celui-ci un droit et une obligation constitutionnels. D'autre part, selon l'article 111 de la loi n°104-12, cette dernière ne prendra effet qu'à la date d'entrée en vigueur de tous les textes réglementaires nécessaires à sa pleine application. Or tel que vu

plus haut, plusieurs textes institutifs des instances de régulation sectorielle ne spécifient pas, à ce jour, leurs rapports avec le Conseil de la concurrence (CDVM, Bank Al-Maghrib). Et, suspendre l'application de l'ensemble de la loi, y compris les clauses de régulation de la concurrence, revient à geler, pour une durée indéterminée, l'action du Conseil de la concurrence, telle qu'elle a été définie par la Constitution.

Ainsi, en dépit des progrès importants portés par la réforme, les lacunes exposées ci-dessus, à savoir, la restriction du champs d'action du Conseil dans les secteurs réglementés d'une part, et la suspension de la loi n°104.12 dans l'attente de l'entrée en vigueur des textes réglementaires pour sa pleine application d'autre part, mettent à risque l'ensemble de celle-ci, au point de la vider de toute substance.

Les lois 20-13 et 104-12, tout en introduisant des avancées majeures quant au champ d'action du Conseil de la concurrence, et aux moyens mis à sa disposition, comportent cependant des dispositions susceptibles d'entraver la mise en œuvre d'une réforme efficace: ambiguïté de prérogatives face aux pratiques commerciales déloyales, absence de pouvoir discrétionnaire de priorisation des affaires, indépendance du commissaire du gouvernement, ainsi qu'un rôle ambigu, voire même limité, dans les secteurs économiques spécifiquement réglementés.

Parallèlement, d'autres limites existent, de nature structurelle, restreignant de fait la faculté du Conseil de la concurrence à lutter contre une pratique concurrentielle particulièrement préjudiciable, à savoir celle des ententes

anticoncurrentielles. En effet, nous analysons dans la partie suivante, dans quelle mesure la structure distinctive du tissu économique marocain (marchés oligopolistiques) favorise les ententes d'une part, et la complexité de la lutte contre ces pratiques d'autre part, eu égard à la difficulté d'établissement de la preuve de ces dernières.

Partie 2- Les limites structurelles et procédurales

Plus que jamais et plus particulièrement lors de la dernière décennie, le Maroc aspire à mieux se positionner en tant que pays émergent au sein d'un monde aux mutations infinies. Il a manifestement progressé dans cette voie, au moins de par sa conscience des impératifs d'ancrage à la globalisation des économies, donc des défis de la mondialisation, et de ses répercussions sur les plans stratégiques, politique et organisationnel. Le Maroc demeure fidèle aux principes et fondements de l'économie de marché, ce qu'il a toujours mis en évidence, tout en veillant à la nécessité de la réguler et de la moraliser. La Constitution marocaine consacre l'Etat de droit dans le domaine économique et prévoit, à cet effet, une série de droits⁴⁷ en faveur d'une concurrence libre et loyale dans les relations économiques. Cette dernière, principe général du droit, constitue une application particulière d'un autre grand principe, celui de la liberté du commerce et de l'industrie, tant il est vrai que la concurrence n'est concevable que si les agents économiques peuvent développer librement leurs activités. Or, les ententes empêchent certaines entreprises d'intervenir sur le marché dans des conditions optimales dont les consommateurs pourraient légitimement bénéficier, et d'autres d'accéder tout simplement au marché. En outre, certaines structures de marché peuvent même favoriser la

⁴⁷ Voir le discours de Sa Majesté le Roi Mohammed VI prononcé lors de la fête du trône, le 30 juillet 2011 : « La même exigence s'impose en ce qui concerne le nouveau pacte économique qui implique le devoir d'être attentif à l'appareil de production, et de stimuler l'esprit d'initiative et la libre entreprise, en s'attachant notamment à encourager les PME. Cette démarche est en accord avec la nouvelle Constitution qui consacre l'Etat de droit dans le domaine des affaires, prévoit une série de droits et institue un certain nombre d'instances économiques. »

mise en œuvre d'ententes. Qu'en est-il du Maroc ? Et quelle difficulté y a-t-il à démanteler ces dernières ?

Dans cette partie, nous exposerons tout d'abord le lien de causalité entre marchés oligopolistiques et ententes anticoncurrentielles de manière générale, et nous mettrons en évidence le caractère fortement oligopolistique du marché marocain (chapitre 1). Cette partie présente, dans un deuxième temps, les difficultés quant au décèlement de la preuve des ententes, exacerbées dans les secteurs oligopolistiques (Chapitre 2).

Chapitre 1- Des secteurs essentiellement oligopolistiques favorisant les ententes

Ce chapitre analyse, dans un premier temps, comment les marchés oligopolistiques favorisent la mise en œuvre d'ententes, et sont structurellement plus porteurs d'incitations à la collusion. Dans un deuxième temps une analyse d'une série d'exemples sur des secteurs stratégiques est dressée, laquelle démontrera la dominance de marchés oligopolistiques.

Section 1- Les marchés d'oligopoles favorisent de fait les ententes

La collusion est plus facile à réaliser et à soutenir lorsque les entreprises sont dans un marché oligopolistique. Celles-ci étant peu nombreuses, il s'avère forcément plus simple de s'accorder sur un minimum de règles favorisant le point d'équilibre de prix et autres facteurs constituant l'entente, et sur les modalités de sanctions si l'une des entreprises venait à dévier de cet équilibre.

Un nombre trop élevé d'entreprises, peut non seulement perturber la phase d'accord, mais peut aussi générer de fortes incitations à dévier lors de la phase d'exécution de l'entente. En effet, la surveillance des comportements rivaux et la détection d'éventuelles baisses secrètes de prix sont plus difficiles. De surcroît, plus les entreprises sont différentes et plus les conflits d'intérêt se multiplient. De même, l'éloignement géographique des entreprises ou les différences de personnalités et de culture de leurs dirigeants sont un obstacle à une entente. La complexité technique des biens rend également l'accord plus difficile car ce dernier devra porter sur de multiples aspects (le prix, la qualité, le service, ...). Enfin, les efforts et le temps de communication augmentent plus que proportionnellement avec le nombre de firmes. Ainsi, plus le nombre d'entreprises est important, plus la faculté de s'entendre s'amointrit. Inversement, moins il y a d'entreprises qui opèrent sur le marché et plus l'entente est facilitée. Plusieurs affaires au niveau international illustrent ce phénomène d'ententes formelles entre entreprises. En 2002, par exemple, l'Autorité israélienne a mené une enquête dans le secteur du carrelage, laquelle a révélé que tous les principaux fabricants de carrelage en Israël avaient participé à une entente depuis 14 ans, et que cette entente avait réparti les marchés, établi des quotas et fixé les prix. Les entreprises ont même embauché un conseiller économique dont la tâche est de faire respecter l'entente : il consignait toutes les opérations de l'entente, veillait à ce que les participants ne « trichent » pas en violant les clauses de l'entente, sanctionnait les entreprises « tricheuses » et allait jusqu'à mandater des détectives privés pour vérifier que les fabricants ne dépassaient pas les quotas de vente. Il servait également d'arbitre dans les différends entre les entreprises de carrelage

qui signalaient des manquements à l'entente. Dans le domaine des marchés publics, l'autorité portugaise de la concurrence, en l'occurrence, a ouvert une enquête sur une entente des fabricants de bandelettes réactives de surveillance de la glycémie, suite à une plainte déposée par un hôpital de Coimbra, qui avait lancé un appel d'offres pour ces dispositifs. Cinq sociétés ont soumis des offres, mais la direction de l'hôpital n'a pas attribué le marché, lorsqu'il a été constaté que les cinq soumissionnaires avaient fait des offres proposant le même prix (20 euros), qui représentait une hausse considérable par rapport au coût du même produit l'année précédente (entre 11.37 et 14.96 euros). Après investigation, l'autorité de la concurrence a pu établir que l'uniformité des prix ne pouvait s'expliquer autrement que par l'existence d'une entente illicite entre les oligopoleurs. L'autorité a infligé une amende d'environ 660 000 euros à chaque société inculpée (Abbot Laboratórios, Bayer Diagnosticos Europe, Johnson & Johnson, Menarini Diagnosticos et Roche Farmacêutica Quimica), pour un montant total de 3.2 millions d'euros.

La structure oligopolistique des marchés est d'autant plus favorable aux ententes que dans ces marchés concentrés, les oligopoleurs parviennent à coordonner leurs décisions en matière de prix, sans toutefois conclure un accord explicite. Les marchés oligopolistiques favorisent les ententes dans la mesure où les incitations des oligopoleurs à initier des stratégies de concurrence sont limitées. La structure de marchés oligopolistiques peut sembler être le résultat d'un développement économique heureux. Pour les opérateurs d'une part, il est le fruit d'une course à l'efficacité économique qui se traduit par de substantiels rendements d'échelle et autres gains d'efficience. Pour les pouvoirs publics d'autre part, le développement de ce genre

d'entreprises de grande dimension génère d'importants effets de « bien-être », qui profitent à l'ensemble de la communauté (emplois, investissements, innovations, recettes fiscales, etc)⁴⁸. Cependant, en marge de ces avantages provenant de structures oligopolistiques, la science économique a identifié un risque de « défaillance de marché »⁴⁹ propre au fonctionnement des oligopoles⁵⁰. Chaque oligopoleur sait que s'il initie une baisse de prix, il attirera vers lui l'ensemble des clients de ses concurrents : les consommateurs, faisant face à un nombre limité d'opérateurs, peuvent donc facilement identifier les offres les plus attractives sur le marché. Mais il sait aussi que s'il agit ainsi, ses concurrents « répliqueront » immédiatement en alignant leurs prix à la baisse. Or, le propre même de l'oligopole est que ces décisions successives ne profitent à aucune entreprise concurrente : elles entraînent une baisse générale des prix et des revenus, sans qu'en définitive aucun opérateur ne voit sa part de marché s'élever. Les incitations des oligopoleurs à initier des stratégies de concurrence deviennent du coup limitées, car, en effet, toute baisse de prix par un des acteurs n'entraîne que temporairement une augmentation de sa part de marché, qui régressera immédiatement, dès lors que les quelques autres concurrents auront aligné leur prix. Ainsi, ces décisions successives ne profitent à aucun opérateur, et sont dépourvues d'intérêt pour les oligopoleurs. Individuellement, chaque opérateur-oligopoleur comprend qu'une stratégie de concurrence est dépourvue d'intérêt. Ce « parallélisme conscient de comportement » est le résultat de la structure

⁴⁸ Voir par exemple C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du Marché*, PUF Droit, 2002, p. 193.

⁴⁹ Voir E.H CHAMBERLIN, *The theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1933, p. 48.

⁵⁰ PETIT N., *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Bruylant Bruxelles, 2007

concentrée du marché. Chacun s'abstient de toute agression commerciale envers ses concurrents. Les prix sur le marché approchent le niveau de prix du monopole, comme par l'effet d'un accord de cartel, mais sous une forme purement tacite. L'interdépendance oligopolistique crée par conséquent, un phénomène de stabilité et de rigidité des prix sur le marché.

Ce phénomène est bien illustré dans l'étude relative à la concurrentiabilité du secteur des télécommunications, commanditée par le Conseil de la concurrence et publiée en 2011. Selon cette étude, les opérateurs établissent leurs prix par rapport, d'une part, au positionnement de leurs produits sur le marché (qualité, complexité...), et d'autre part, en anticipant les prix proposés par les opérateurs concurrents. Aussi, si le deuxième opérateur élevait son prix, l'opérateur historique ne l'aurait pas suivi, par contre s'il avait baissé son prix, l'opérateur historique aurait pu riposter de façon agressive. Redoutant cela, et sans avantage de réduction des coûts de production, la politique de prix de Méditel, le deuxième opérateur, s'est révélée peu agressive, ne s'éloignant guère de la politique des prix de référence pratiqués par IAM, l'opérateur historique.

Il n'est alors pas étonnant de constater qu'en 2008, les pays les plus chers dans le monde arabe en termes de valeur du sous-panier téléphonie mobile sont le Liban et le Maroc⁵¹. En comparaison avec plusieurs autres marchés dans plusieurs autres pays, le marché marocain de la téléphonie mobile est significativement au dessus de la moyenne en termes de prix à la consommation.

⁵¹ Voir le rapport de l'Union Internationale des Télécommunications pour l'année 2008.

Section 2- La dominance des oligopoles sur le marché marocain

Le Conseil de la concurrence s'est attelé depuis sa réactivation en 2008 à mener une pédagogie de la concurrence (advocacy) à travers les différentes études de concurrentiabilité qu'il a conduites. Limité à de simples compétences consultatives, son objectif à travers les études menées, est de déceler les différents éléments empêchant une concurrence libre et loyale dans les secteurs choisis, tout en sensibilisant les opérateurs, les consommateurs et l'administration, pour plus de transparence économique. Or, il a été noté que la majorité des secteurs, du moins les plus importants comme nous allons le voir dans cette section, présentent une structure oligopolistique. Notons par ailleurs que le Conseil de la concurrence, étant au moment de ces études, dépourvu aussi bien du pouvoir décisionnel que du pouvoir d'enquête, s'est trouvé limité dans son action, qui se cantonna à des études, certes révélatrices, mais sans substance de preuve, et sans caractère juridique.

S'agissant de l'étude relative au secteur des télécommunications, outre les points présentés précédemment, l'étude relève que chaque opérateur essaie de se positionner de manière à ne pas être plus cher, ni moins cher, que le concurrent, et de vendre autant que le permet sa capacité. Compte tenu de son positionnement historique⁵², IAM bénéficie d'un coût de production moins élevé que celui des autres opérateurs. Celui-ci a alors utilisé cette compétitivité-coût pour réaliser une grande rentabilité et non pas pour devancer la concurrence par les prix. Ce comportement facilité dans les

⁵² Voir l'étude sur la téléphonie mobile commanditée par le Conseil de la concurrence du Maroc. Rapport annuel 2011.

secteurs oligopolistiques ne favorise pas le libre jeu de la concurrence ayant pour conséquence la baisse des prix, et l'accélération l'innovation, en faveur des consommateurs.

Outre cette étude relative à la concurrentiabilité dans le secteur des télécommunications, une autre étude relative au secteur du ciment, commanditée par le Conseil de la concurrence, révèle une importante concentration dudit secteur, qui impacte sa concurrentiabilité à plusieurs niveaux. L'étude fait état d'indicateurs effectivement étonnants. D'abord, les prix pratiqués semblent anormalement homogènes, aussi la répartition géographique des producteurs est étonnamment équilibrée au point qu'on ne trouve pas de zone géographique où coexistent deux producteurs différents. Ensuite les marges dégagées sont très importantes au regard des autres secteurs industriels. La production est, de son côté, parfaitement alignée sur la demande et son évolution ne permet pas une pression baissière des prix. En outre, depuis plus de cinquante ans, seuls quatre producteurs⁵³ satisfont aux besoins du marché marocain, dominant de fait le marché. Ce n'est qu'en 2011 qu'un nouvel opérateur, CIMAT en l'occurrence, a pénétré le marché. Pourtant il s'agit d'un secteur dont la consommation a augmenté de près de 100% en dix ans, s'établissant à plus de 15MT en 2009 contre 7,5 MT en 2000⁵⁴.

⁵³ Il s'agit des quatre opérateurs suivants : Lafarge Ciment, de Ciments du Maroc (CIMAR), de Holcim Maroc et de Asment Temara.

⁵⁴ Etude réalisée par le Conseil de la concurrence du Maroc. Voir le rapport annuel de 2011 du Conseil de la concurrence.

L'étude, menée par le Conseil de la concurrence en 2011, a montré que le secteur pharmaceutique marocain est également relativement concentré et présente certains indices de non concurrentiabilité au niveau des génériques et des pathologies lourdes. Ce marché a la configuration d'un oligopole ouvert, comme le montrent les indices de concentration. Il s'agit d'un secteur composé d'un noyau qui comprend un nombre réduit d'opérateurs qui dominant fortement le marché et qui coexiste avec une périphérie comportant un nombre important d'opérateurs ne disposant que d'un faible poids sur ce même marché.

Dans la sphère des industriels du secteur pharmaceutique, trois opérateurs sortent du lot et constituent les leaders du marché pharmaceutique Marocain privé (hors secteur hospitalier). Pour l'année 2009, on retrouve au premier rang, SANOFI-AVENTIS avec 10,52% des parts du marché en termes de valeurs, talonné par MAPHAR avec 9,30% et au 3ème rang vient LAPROPHAN (8,63%).

L'analyse de la concentration dans le secteur de l'industrie pharmaceutique, au moyen des ratios de concentration Critiques, (avec $i = 4, 8$ et 20) et la courbe de Lorentz, ont montré que sur les 40 opérateurs du secteur pharmaceutique industriel, les 4 premiers détiennent 44 % des parts de marché, les 8 premiers 64 % et les 20 premiers, 95%.

Ce marché est concentré et cette concentration est assez variable d'une classe thérapeutique à une autre. Il apparaît, selon l'étude du Conseil, que la libre concurrence a joué dans la majorité des segments thérapeutiques du marché du fait de l'introduction de nombreux génériques. Ceci s'est traduit par des offres

en médicaments à des prix de plus en plus bas. Cependant, les segments des médicaments contre les pathologies lourdes et onéreuses (cancers, hépatite etc.) mais aussi celui des antidiabétiques (essentiellement l'insuline), continuent de présenter de sérieux problèmes de concurrentiabilité. Les médicaments coûteux contre les pathologies lourdes représentent un véritable problème de santé publique au Maroc. Les niveaux des prix de ces médicaments et les coûts des cures représentent un obstacle à l'accès pour les patients et une véritable mise en danger des équilibres financiers des assurances maladie.

Les situations de monopole et de position dominante sont nombreuses pour ces médicaments. Les pathologies lourdes, qui représentent un véritable défi à la médecine, font constamment appels aux médicaments les plus innovants. En effet, le cycle de vie de ces produits est raccourci. Bien que l'ensemble de ces éléments ne pourrait expliquer à lui seul, les niveaux des prix très élevés des médicaments des pathologies lourdes, les investigations menées par le Conseil de la concurrence lors de cette étude laissent supposer qu'il y aurait des ententes sur les prix des médicaments dans le secteur.

Ces ententes ne sont possibles que dans les segments de marchés tenus par un nombre restreint d'opérateurs et où les enjeux financiers sont très importants, notamment du fait des prix élevés. Dans ce cadre, les cas des médicaments coûteux contre les pathologies lourdes, où dominent les situations de monopole, pourraient être le théâtre de ces pratiques. Le partage de marché entre deux opérateurs agissant sur les mêmes segments reste possible selon l'étude menée par le Conseil. Chacun des deux opérateurs s'engage à ne

soumissionner que sur l'une des spécialités, par exemple, laissant à l'autre opérateur l'autre spécialité.

L'essentiel de ces pratiques vise à entraver l'entrée et le développement des médicaments génériques, et ce notamment sur certains segments de marché où existent d'importants enjeux économiques et financiers.

La concurrentiabilité au niveau des médicaments onéreux contre les pathologies lourdes (cancers, hépatite, Sida etc.) est restée très faible en raison de nombreuses situations de monopole ou de position dominante. Ces segments de marché sont dominés par des princeps, en majorité, encore protégés par des brevets. Les rares génériques qui sont introduits dans ces segments, arrivent très difficilement à percer en raison de violentes pratiques anticoncurrentielles de la part des détenteurs de princeps, qui visent à maintenir leur situation de monopole et de position dominante.

Dans le secteur bancaire, lui aussi, oligopolistique, bien que d'éventuelles ententes anticoncurrentielles n'aient pas été relevées, l'étude menée par le Conseil de la concurrence relative à ce secteur, indique que la concentration du secteur bancaire marocain apparaît également plus élevée que celle constatée dans d'autres pays, en particulier européens.

De nombreux indices permettent de mesurer la concentration⁵⁵ d'un secteur donné. Cette étude du secteur bancaire, menée par le Conseil de la concurrence, a privilégié deux outils : les parts de marché des n premiers opérateurs (à partir de l'analyse du PNB), et l'Indice d'Herfindahl Hirschmann

⁵⁵ Il s'agit de la mesure dans la quelle un petit nombre d'entreprises représentent une grande partie de la production.

(IHH), un indicateur de pouvoir de marché ou de la concurrence s'exerçant entre les entreprises. Le premier mesure le poids économique des « n » opérateurs leaders du marché, tandis que le second prend en compte la répartition de tous les opérateurs. L'IHH est égal à la somme des carrés des parts de marché des « n » opérateurs du secteur, il tend vers 1 dans un marché à tendance monopolistique et tend vers 0 dans un marché à tendance concurrentielle (un marché atomisé en l'occurrence). Plus l'IHH d'un marché est élevé, plus la production est concentrée entre un petit nombre d'entreprises, revêtant ainsi des risques de situations d'oligopoles. Dans cette étude, l'IHH met en évidence un marché moyennement concentré avec un indice inférieur à 0,25 mais supérieur à 0,15. Cependant il est essentiel de noter que la compétition est présente entre les banques non leaders.

En outre, l'analyse des parts de marché sur la base du PNB⁵⁶ a montré une concentration de près de 50% des parts de marché de ce secteur entre les mains de deux banques leaders. En effet, Attijariwafa bank et la Banque Populaire détiennent à elles seules respectivement 25% et 24,2% de part de marché⁵⁷ et leur influence s'étend à la quasi-totalité du pays. Elles sont suivies par la BMCE et par la Société Générale, totalisant à quatre 70% du PNB sectoriel.

La coordination de prix peut ainsi être le résultat d'une réelle entente passée secrètement entre les oligopoleurs tel que vu plus haut, facilitée précisément

⁵⁶ Il est à noter que les deux indices de mesure de la concurrentialité du secteur ont été calculés, par le bureau Mazars, sur la base du PNB, du total bilan, des crédits octroyés ou des dépôts collectés.

⁵⁷ Bien que ces chiffres correspondent à l'année 2011, il a été observé que le secteur bancaire présente une relative stabilité dans les parts de marché de chaque acteur depuis 2005 et jusque 2011.

par la structure oligopolistique du marché. Nonobstant le fait que les études pré-citées ne peuvent démontrer clairement l'existence d'ententes, elles révèlent des indices d'ententes, connues aussi sous la terminologie de « collusion tacite », eu égard à la structure concentrée du marché. Il n'en demeure pas moins que la question de la qualification de cette collusion reste posée. Aussi de par ce caractère secret ou de par la structure même de l'oligopole, la preuve s'avère difficile à établir.

Chapitre 2- Les difficultés de preuve

Nous exposerons dans ce chapitre le caractère complexe d'établissement de la preuve dans le cas des ententes (section 1), preuve particulièrement difficile à matérialiser dans le cas spécifique des marchés oligopolistiques (section 2), de part la nature économique de ces derniers.

Section 1- La difficulté d'établir des preuves matérielles

La maxime latine « ce qui n'est pas prouvé n'est pas » illustre bien l'importance de la preuve: le droit existe indépendamment de la preuve mais ne vit pleinement que grâce à elle. En droit de la concurrence comme en droit pénal, la charge de la preuve obéit étroitement à l'adage selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur. La preuve des pratiques anticoncurrentielles incombe naturellement à l'autorité de la concurrence. La présomption d'innocence et le doute qui profitent au mis en cause imposent de rapporter la preuve de la culpabilité. Or les ententes étant manifestement illégales, elles sont généralement tenues secrètes et font rarement l'objet d'accords écrits entre leurs participants. La preuve d'ententes anticoncurrentielles est de ce fait difficile à établir. Les ententes anticoncurrentielles étant secrètes, la question de la preuve de leur existence, de leur durée et de leur portée est d'ailleurs souvent déterminante. La durée de certaines collusions telle que l'entente israélienne dans le carrelage (14 ans) illustre bien la difficulté de les détecter.

En outre, la similitude de comportements entre deux entreprises constatée par le régulateur, bien que suspecte, peut néanmoins résulter du jeu naturel du marché. Le parallélisme des prix pouvant être soit le résultat du libre jeu du marché ou le fait que les entreprises les moins puissantes s'alignent sur les plus puissantes. Une telle attitude peut, par conséquent, résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte de marché. Aussi, pour détecter les ententes, la preuve, dans la pratique internationale, est rapportée sur la base d'un « faisceau d'indices » tendant à montrer l'existence de la collusion entre les membres du cartel. En effet, l'usage de preuves par présomption est le plus souvent mis en œuvre, sachant que « les pratiques d'entente, le plus souvent occultes, sont rarement établies par des preuves directes... »⁵⁸. Aussi, la preuve résulte de la concordance de ces indices, appréciés dans leur ensemble, indépendamment de la valeur de chacun d'entre eux pris individuellement. Notons que la preuve d'une entente anticoncurrentielle peut être administrée au moyen de différents documents établissant la mise en œuvre de pratiques prohibées. La loi 104-12, à l'instar de la loi 06-99 qui l'a précédée, ne pose pas l'exigence d'une preuve matérielle pour établir les ententes. En l'absence d'un régime juridique spécifique en matière de preuve, il faut recourir au droit commun de preuve contenu dans le code de procédure pénale qui affirme le principe de la « liberté de la preuve ». Les dispositions de l'article 286 du code de procédure pénale marocain relatives aux modalités de preuve en matière pénale consacrent, en effet, le principe de la liberté de la preuve de manière claire, ouvrant de la sorte, le champ à tout type de preuves. Aussi, et afin de faciliter

⁵⁸ Rapport annuel de l'Autorité française de la concurrence, 2006.

le démantèlement des ententes, les éléments matériels retenus dans le cadre du faisceau d'indices peuvent être de toute nature : tableaux de prix, notes manuscrites, agendas, billets de transport, etc. L'analyse est, de la sorte, factuelle et est effectuée au cas par cas. Ainsi, le principe général, souvent énoncé, est le suivant : « si la constatation d'un parallélisme de comportements ne suffit pas, à elle seule, à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, une telle attitude pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché, l'existence d'une telle entente peut être établie dès lors que des éléments autres que la constatation du seul parallélisme du comportement s'ajoutent à celui-ci pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants »⁵⁹. Ainsi, la simple convergence des intérêts particuliers de deux entreprises, qui étaient dans des situations différentes, n'est pas un élément de preuve suffisant d'une pratique concertée. Pour l'affaire *Pâtes de bois*⁶⁰ dans laquelle la commission européenne mettant en cause des comportements parallèles (annonce trimestrielle de prix entre fabricants sans preuves de contacts directs entre entreprises) avait, par exemple, considéré qu'il y avait eu une pratique concertée, la Cour de justice a condamné l'analyse. Même si la simultanéité des annonces et la similitude des prix peuvent traduire une concertation illicite, la Commission doit rapporter la preuve que cette similitude ne s'explique pas par les seules caractéristiques du marché⁶¹.

⁵⁹ Voir notamment : décision n°00-D-39 du 24 janvier 2001, BOCCRF n°10 du 24 juillet 2001

⁶⁰ Comm. CE 24 juill. 1972, *Matières colorantes (ICI)*, JOCE n° L.195, 7 août 1969.

⁶¹ CJCE 31 mars 1993, aff. C-89/85, *Pâte de bois*, Rec. 1445.

Dans la décision du Conseil de la concurrence français relative au secteur du béton prêt à l'emploi, le parallélisme de comportement s'accompagnait de plusieurs indices, mais une explication cohérente de l'ensemble des indices pouvait être envisagée. La décision rendue en 2001 relative à la répartition de marché et aux ententes de prix des produits en béton préfabriqués⁶², a relevé la concomitance des annonces de prix par les fabricants et négociants et la mise en œuvre de prix très similaires alors que les conditions tarifaires étaient relativement hétérogènes auparavant. Cependant, pour certaines des entreprises, il n'était pas démontré que les réunions auxquelles elles avaient participé avaient eu un objet anticoncurrentiel et les hausses de prix qu'elles avaient pratiquées pouvaient s'expliquer par le fait que ces entreprises avaient aligné leurs prix sur ceux de leurs concurrents a posteriori. De même, en ce qui concerne certaines entreprises auxquelles des griefs avaient été notifiés, il n'existait pas de preuves suffisantes de l'existence d'une concertation. Les dires de témoins qui n'identifiaient pas précisément les participants à une réunion n'ont pas été considérés comme probants. Le Conseil a considéré que la contestation séparée de la valeur de chaque indice ne peut suffire à réfuter la preuve qui résulte de leur pluralité.

Dans la décision de l'Autorité française relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tubes en polychlorure de vinyle⁶³, les sociétés Alphacan, Wavin, Téri, Sotra industries et Seperef ont procédé à six hausses de tarifs sur la période de septembre 1990 à janvier 1993, présentant une

⁶² Décision n°00-D-39 du 24 janvier 2001, BOCCRF n°10 du 24 juillet 2001 ; confirmé au fond par la Cour d'appel de Paris, arrêt du 13 décembre 2001, BOCCRF N°2 du 31 janvier 2002.

⁶³ Décision n°99-D-10 du 2 février 1999 sur la situation de la concurrence dans le secteur des tubes en polychlorure de vinyle.

identité de taux, une proximité des dates d'annonce et de mise en vigueur et une similitude des modalités d'application. Toutefois, l'existence d'une entente tacite ou d'un échange d'informations anticoncurrentiels ne peut pour autant être démontrée par ce seul élément, bien qu'il ait été constaté que lorsque le prix de la résine a baissé au cours du premier semestre 1991, aucune de ces entreprises n'a répercuté cette baisse dans ses tarifs. Compte tenu que l'évolution parallèle des tarifs de ces sociétés peut s'expliquer par le mécanisme de hausse des tarifs par les fabricants⁶⁴, il ne peut être démontré que les six hausses de prix auxquelles ont procédé les sociétés sur la dite période ne résultent pas d'un simple parallélisme de comportements, insuffisant à établir l'existence d'une entente anticoncurrentielle, fût-elle tacite, prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Ainsi, dans de nombreuses affaires, le parallélisme de comportement observé ne s'accompagne d'aucun autre indice ou d'indices dont la cohérence ou le nombre est suffisant pour incriminer les entreprises visées. Ce parallélisme pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché, il est nécessaire, pour établir l'existence d'une entente, que des éléments autres que la constatation du seul parallélisme de comportements se joignent à ce dernier pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants. De toute évidence, les entreprises plaideront toujours leur innocence en invoquant leur adaptation, et en dénonçant l'absence de preuves tangibles et irréfutables.

⁶⁴ Dans l'étude réalisée par l'Autorité de la concurrence de France, il est expliqué que les fabricants attribuent ces hausses, d'une part, à la variation du prix de la résine et, d'autre part, à la reconstitution de leurs marges.

La difficulté de la preuve relativement aux ententes anticoncurrentielles se situe, en outre, dans la nécessité de garantir la sécurité des entreprises. Le défi juridique réside, de ce fait, dans l'équilibre précaire entre la condamnation des entreprises auteures d'ententes, en l'absence de preuves matérielles irréfutables, et la sécurité juridique des entreprises. L'établissement de la preuve devient de fait complexe, bien que le code pénal prévoie la liberté de la preuve. L'un des principes particulièrement importants en la matière, appliqué en France, est celui selon lequel « un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé et à celles qui y sont mentionnées, et peut être utilisé comme preuve, ou pour le rapprochement avec d'autres indices graves, précis et concordants, comme éléments de preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre concurrents »⁶⁵. En principe, il suffirait donc que l'une des entreprises concernées conserve des documents probants sur l'existence et le fonctionnement du cartel pour que tous les participants du cartel qui y sont identifiés soient en risque de condamnation. Cependant dans une décision très récente relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar en France dans le département des Pyrénées-Orientales par exemple, il a pu être considéré qu'en dépit du fait que certaines entreprises étaient mentionnées dans des documents saisis, leur participation à l'entente n'était pas suffisamment démontrée⁶⁶.

⁶⁵ Décision n°03-D-12 du 3 mars 2003, BOCCRF N°7 du 16 juin 2003, confirmé pour l'essentiel par la Cour d'appel de Paris, arrêt du 25 novembre 2003, BOCCRF n°2 du 12 mars 2004 ; pourvoi rejeté par la Cour de cassation, arrêt de 22 février 2005, BOCCRF n°6 du 23 juin 2005.

⁶⁶ Décision n°09 - 58 --D-03 du 21 janvier 2009, BOCCRF N°2 du 18 février 2009

Section 2- La preuve dans les marchés oligopolistiques

La difficulté de prouver une entente et de la démanteler s'accroît dans les secteurs oligopolistiques, lesquels favorisent le parallélisme des prix. La collusion, cette « entente secrète » que nouent les entreprises au préjudice de leurs clients, pourrait être tacite, c'est-à-dire non formellement exprimée ou tout simplement « sous entendue ». Rappelons, à cet effet, que les oligopoleurs peuvent parvenir à coordonner leurs décisions en matière de prix, sans toutefois conclure un accord explicite. Sans nul doute, une entreprise ne baissera pas ses prix dans un contexte de faible concurrence, où le nombre limité d'acteurs peut s'entendre pour pratiquer des prix élevés. Un marché oligopolistique peut justifier que les entreprises adoptent un comportement identique. Certains ont même évoqué l'expression « d'immunité oligopolistique ». Les entreprises peuvent s'adapter au comportement des autres opérateurs, dès lors qu'elles n'ont aucun contact ayant pour objet ou effet d'influencer leur décision, sachant qu'il n'y a condamnation que s'il y a eu effectivement concertation. Ainsi, dans certains marchés concentrés, les oligopoleurs parviennent à coordonner leurs décisions en matière de prix (ou de production/quantité) par de simples adaptations rationnelles de leurs politiques commerciales, et à engranger des profits supraconcurrentiels sans pour autant conclure un accord explicite. Les firmes comprennent l'inutilité de s'engager dans un tourbillon concurrentiel ruineux. Chacun s'abstient de toute agression commerciale envers ses concurrents. Le niveau des prix sur le marché approche ceux d'un monopole, comme par l'effet d'un accord de cartel, mais sous une forme purement tacite.

La difficulté réside alors, dans la question de la concentration et de la transparence du marché : est-ce que le secteur oligopolistique visé est naturellement transparent ? La jurisprudence européenne relève le fait que le parallélisme de comportements puisse ne pas être le résultat d'une concertation, celle-ci pouvant ne pas être la seule explication plausible. Aussi, le parallélisme des prix et leur évolution, trouve une explication suffisante dans les tendances oligopolistiques du marché. Pour le juge communautaire, en cas d'oligopoles, la concertation n'est établie que lorsqu'il n'existe « aucune explication économique valable » ou encore, uniquement si « la concertation est la seule explication plausible ». Si les entreprises apportent la preuve d'une explication plausible qui justifie le parallélisme, la concertation n'est pas caractérisée, or les entreprises trouveront toujours des justifications pour convaincre d'un comportement autonome et non concerté, ou du moins semer suffisamment de doute pour éviter la sanction. Ainsi n'est pas condamné un comportement parallèle qui peut être expliqué par un « leadership » en prix et non par une concertation.

La preuve d'ententes anticoncurrentielles, de manière générale, est difficile à établir, dans l'équilibre de justice pour le consommateur et pour l'acteur économique. Cette preuve est d'autant plus complexe à établir, dans un contexte sectoriel marocain fortement oligopolistique, car de par la nature des marchés oligopolistiques, le caractère tacite, et donc immatériel, des ententes est d'autant plus exacerbé.

De quels outils est donc pourvu le Maroc pour déceler et lutter contre les ententes anticoncurrentielles?

Titre 2- Pour un renforcement du dispositif juridique dans la lutte contre les ententes anticoncurrentielles.

Le rôle d'un Conseil de la concurrence est de rétablir l'optimum concurrentiel chaque fois qu'il est rompu. Pour cela, l'Autorité de la concurrence intervient, de sa propre initiative ou à la demande de plaignants autorisés par la loi, dès que la concurrence est faussée dans un marché ; elle exerce une action répressive à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles.

Jusqu'à l'adoption de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, le Conseil était dépourvu des moyens juridiques nécessaires à la répression des ententes. La réforme lui octroie plusieurs outils pour le démantèlement des ententes, facteurs importants de renchérissement artificiel des prix.

La lutte contre les ententes se trouvent au cœur de son activité, et les sanctions qu'il peut prononcer contre les entreprises tricheuses, celles qui s'entendent secrètement avec leurs concurrents pour fixer artificiellement des prix élevés, exclure de nouveaux entrants sur le marché, brider l'innovation au détriment des concurrents et des consommateurs, peuvent prendre différentes formes. Aussi, en titre 1, nous exposerons les moyens classiques préconisés dans la lutte contre les ententes : quels sont-ils et comment les mettre en œuvre efficacement au Maroc.

Cependant, les moyens mis au service de la dissimulation sont aujourd'hui si sophistiqués qu'il devient très difficile de découvrir et de réunir les preuves d'une entente. C'est pourquoi la plupart des autorités de concurrence ont mis en place des procédures alternatives et complémentaires. Le Maroc a intégré ces procédures dans sa réforme, nous étudierons leurs caractéristiques et la faisabilité de leur application en titre 2.

Notons que la nouvelle législation marocaine est essentiellement inspirée par la loi française. Ainsi, par souci de cohérence, nous ferons référence à l'exemple français de manière plus marquée, par rapport aux autres législations internationales.

Partie 1 : Les moyens classiques préconisés dans la lutte contre les ententes

Le pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires aux auteurs d'infractions aux règles de concurrence contribue à l'accomplissement effectif de cette mission de régulation concurrentielle préconisé par le législateur (chapitre 1).

Le Conseil peut prononcer d'autres décisions répressives pour protéger et améliorer la régulation économique concurrentielle, en l'occurrence les mesures conservatoires et les injonctions (chapitre 2). Cependant leur point d'équilibre entre force contraignante et force persuasive diffère. Il n'en demeure pas moins que la sanction pécuniaire joue un rôle central dans le champ de l'ensemble des configurations des actions possibles du Conseil puisque c'est sur elle que repose l'efficacité de ces actions lorsque la persuasion a échoué.

Chapitre 1- La sanction pécuniaire

Le rôle spécifique des sanctions pécuniaires est de punir les auteurs des pratiques anticoncurrentielles et de dissuader l'ensemble des acteurs économiques de se livrer à de telles pratiques. Il s'agit d'inciter les entreprises à être plus efficaces et à innover (entrée de nouveaux acteurs sur le marché, conclusion d'accords de coopération ou de concentrations générant des gains d'efficacité sous la forme d'innovation ou de meilleurs produits et services).

Les sanctions pécuniaires sont donc encourues par ces entreprises et ces organismes qui mettent en œuvre des ententes anticoncurrentielles, l'objectif étant de prévenir et, à défaut, sanctionner les comportements qui se traduisent par des prix élevés, un choix plus réduit et une qualité moindre pour les consommateurs.

Une politique de sanction a, pour ainsi dire, deux finalités principales qui se complètent et qui ont un caractère plutôt circulaire⁶⁷, à tel point que vouloir les distinguer peut paraître artificiel⁶⁸ : répressive et curative d'un côté et préventive et dissuasive de l'autre.

⁶⁷ P. NASSE, « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », dans *La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, p. 341-361, LGDJ 2006 : « Soigner complète réprimer et réprimer contribue à prévenir, de sorte que l'aspect répressif de la sanction [...] contribue à l'efficacité des autres. Le risque même d'être réprimé contribue à prévenir ».

⁶⁸ E. DAVID, « La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes : régime commun ou régime particulier », RTDeur, 36, n°3, Juill-sept 2000, p. 511.

Section 1- Le recours aux sanctions en tant qu'outil répressif et curatif

a- La sanction : outil répressif

Indispensables au respect des décisions condamnant les comportements anticoncurrentiels, les sanctions pécuniaires visent primordialement à réprimer les entreprises et les organismes qui mettent en œuvre des ententes anticoncurrentielles interdites par la loi, et ce afin de restaurer le jeu concurrentiel. L'aspect répressif de la sanction « concurrentielle » vise à exercer une force de rappel sur des prix s'étant écartés de leur valeur optimale. Au Maroc, la loi 06-99, encore en vigueur, punit d'emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 10 000 à 500 000 dirhams toute personne physique qui, frauduleusement ou en connaissance de cause, aura pris une part personnelle dans la conception, l'organisation, la mise en œuvre ou le contrôle de pratiques visées à l'article 6, en l'occurrence les ententes anticoncurrentielles⁶⁹.

La réforme relative à la liberté des prix et de la concurrence instaure un dispositif législatif renforcé pour sanctionner plus sévèrement les ententes anticoncurrentielles.

Aussi, lorsque cet aspect répressif de la sanction doit prévaloir, la détermination de la sanction efficace conduit à fixer un niveau de sanction pécuniaire ajusté selon trois considérations : réprimer d'abord la gravité *per se* de la pratique, mais sanctionner aussi à proportion des dommages que les

⁶⁹ Voir *supra* n°3, loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, chapitre II, Des sanctions pénales, art 67.

écarts de prix artificiellement créés occasionnent au marché, et enfin confisquer le profit illégalement acquis.

L'estimation de la sanction au regard de la gravité de la pratique peut se baser sur une échelle de peine réfléchie au préalable, mais le calcul des dommages causés et l'estimation des sur profits dépendent des circonstances de l'espèce, et présentent toujours des difficultés pratiques rarement complètement résolues.

C'est pour cette raison que pour une majorité de juridictions, la sanction exprimée en pourcentage du chiffre d'affaires apparaît comme un *proxy* raisonnable, dommage causé et sur profit étant liés à la taille de l'entreprise.

En France, l'Autorité de la concurrence a le pouvoir, tel que le dispose l'article L. 464-2 du code de commerce, d'infliger une sanction pécuniaire, qui peut aller jusqu'à 10 % hors taxe, du chiffre d'affaires mondial du groupe auquel appartient l'entreprise sanctionnée. La même sanction est prévue par la réforme relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc, dans son article 39.

Ces deux articles⁷⁰ notent également que les sanctions doivent être proportionnées à chaque espèce, en fonction de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie, de la situation individuelle de

⁷⁰ L'article L.464-2 du code de commerce dispose : « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné, et de façon motivée pour chaque sanction ». Proportionnalité et individualisation sont donc requises. L'article 39 de la loi n° 104-12 relatif à la liberté des prix et de la concurrence dispose que : « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient ».

l'entreprise ayant commis l'infraction ou du groupe auquel elle appartient, ainsi que de la réitération.

Ainsi, dans sa décision de 2011 relative au Cartel des lessives⁷¹, l'Autorité de la concurrence française, a fait application des critères légaux : gravité des faits, importance du dommage causé à l'économie, situation individuelle de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient. En l'espèce, elle a pris en compte la particulière gravité des pratiques ainsi que les différents aspects du dommage qu'elles ont causé à l'économie. Notons que la collusion généralisée sur les lessives a permis aux fabricants de restreindre la concurrence pendant près de six ans dans ce secteur en France, en maintenant les prix payés par les consommateurs à des niveaux plus élevés que ceux qui auraient résulté d'une compétition non faussée.

Les sanctions ont pris également en considération la dimension mondiale des entreprises ou groupes concernés, qui exercent des activités diversifiées et disposent de ressources très importantes. Elle a ainsi prononcé un montant total d'amendes de 367,9 millions d'euros, lequel s'est réparti de la manière

⁷¹ Cette décision concerne une entente entre les 4 fabricants de lessives actifs en France (Unilever, Procter & Gamble, Henkel et Colgate Palmolive). Les entreprises ont coordonné leurs stratégies commerciales en décidant en commun les prix de vente et les promotions qu'elles entendaient pratiquer auprès de la grande distribution en France. Le cartel, qui a duré de 1997 à 2004 - avec une interruption de quelques mois entre octobre 1998 et novembre 1999 - a concerné toutes les gammes des grandes marques de lessive commercialisées en France telles que Ariel, Skip, Le Chat, Dash, Omo, Super Croix, Gama, Persil, et X Tra. Toutes les formes de lessive étaient incluses dans l'entente : poudre, liquide ou tablettes.

suivante⁷² : Henkel : 92,3 millions d'euros ; Procter & Gamble : 240,24 millions d'euros ; Colgate Palmolive : 35,4 millions d'euros.

La situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient, devient donc un des critères déterminant pour le calcul de la sanction. Ce sont les raisons pour lesquelles les pratiques anticoncurrentielles peuvent être sanctionnées de montants très élevés, lorsqu'elles sont le fait de grandes entreprises, comme c'est le cas dans l'avis présenté ci-dessus.

Afin d'assurer le caractère répressif de la sanction pécuniaire, cette thèse suggère que la nouvelle autorité marocaine puisse adapter à la hausse ou à la baisse le montant de base⁷³ de la sanction pécuniaire, suivant l'existence de circonstances atténuantes ou aggravantes, en se fondant sur une appréciation qui tient compte de l'ensemble des éléments pertinents du cas en question.

Les circonstances atténuantes en considération desquelles les Autorités peuvent réduire le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que:

- l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé, en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause;

⁷² Unilever qui a dénoncé l'existence du cartel à l'Autorité de la concurrence a bénéficié du programme de clémence.

⁷³ Le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise en cause est déterminé en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui concernent tous deux l'infraction ou les infractions en cause. La référence prise généralement par les autorités pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie est la valeur de l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec l'infraction (ou infractions), vendues par l'entreprise ou l'organisme concerné durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle(s)-ci.

- l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a été contraint à participer à l'infraction ;
- l'infraction a été autorisée ou encouragée par les autorités publiques.

Les circonstances aggravantes en considération desquelles les Autorités peuvent augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que:

- l'entreprise ou l'organisme a joué un rôle de meneur ou d'incitateur, ou a joué un rôle particulier dans la conception ou dans la mise en œuvre de l'infraction;
- l'entreprise ou l'organisme a pris des mesures en vue d'en contraindre d'autres à participer à l'infraction ou a pris des mesures de rétorsion à leur encontre en vue de faire respecter celle-ci;
- l'entreprise ou l'organisme jouit d'une capacité d'influence ou d'une autorité morale particulières, notamment parce qu'il est chargé d'une mission de service public.

En 2001, la commission européenne a infligé une amende totale de 855,22 millions d'euros à huit entreprises ayant participé à huit ententes occultes distinctes dont l'objet était le partage des marchés et la fixation des prix dans le secteur des produits vitaminiques. La société suisse Hoffman- La Roche, principal producteur mondial de vitamines, laquelle a joué un rôle d'instigateur et participé à toutes les ententes, s'est vue infliger l'amende la plus élevée, d'un montant de 462 millions d'euros.

Monsieur Mario Monti, à ce moment commissaire chargé de la concurrence, a déclaré qu'il s'agissait de « la série d'ententes la plus préjudiciable sur laquelle la Commission ait jamais enquêté : elle couvre en effet toute une gamme de vitamines que l'on retrouve dans une multitude de produits, allant des céréales, biscuits, boissons et autres produits alimentaires aux produits pharmaceutiques et cosmétiques, en passant par les aliments pour animaux », rajoutant que « du fait de leur comportement collusoire, les sociétés en question ont pu appliquer des prix supérieurs à ce qu'ils auraient été si le jeu de la concurrence avait été respecté, ce qui a porté préjudice aux consommateurs, et permis aux sociétés d'empocher des bénéfices illicites. Il est particulièrement inacceptable que ce comportement illégal ait concerné des substances qui sont vitales pour la nutrition et essentielles pour assurer une croissance normale et le maintien en vie ». Cependant, sur l'ensemble des sociétés européennes et non européennes ayant participé à ces ententes visant à éliminer la concurrence sur les marchés des vitamines, ce sont les sociétés Hoffmann- La Roche et BASF qui ont joué un rôle central dans la commission de ces infractions, d'où l'importante différence d'amendes prononcées par la commission. Ainsi, si Hoffmann- La Roche s'est vue infliger l'amende la plus importante, BASF a encouru de la seconde amende la plus élevée: 296.16 millions d'euros. Les amendes pécuniaires prononcées à l'encontre des autres sociétés sont quant à elles beaucoup moins élevées avec 37,07 millions d'euros pour la société japonaise Takeda Chemical Industries Ltd et respectivement 23,4 millions d'euros et 13,23 millions d'euros pour Daiichi Pharmaceutical Co Ltd et Eisai Co Ltd, toutes deux de nationalité japonaise également. Les autres sociétés parties à l'entente ont eu des sanctions

inférieures à 10 millions d'euros avec 5,04 millions d'euros, l'amende la moins élevée, prononcée à l'encontre d'Aventis SA.

La réitération est une circonstance aggravante et compte tenu de son importance particulière, plusieurs législations, y compris la nôtre (tel que prévu dans la réforme), prévoient qu'elle doit faire l'objet d'une prise en compte autonome, de manière à permettre à l'Autorité d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence. L'existence même d'une situation de réitération démontre en effet que le précédent constat d'infraction et la sanction pécuniaire dont il a pu être assorti n'ont pas suffi à conduire l'entité en question à respecter les règles de concurrence.

Pour apprécier l'existence d'une réitération, nous recommandons que le nouveau Conseil marocain tienne compte de quatre éléments cumulatifs :

- Tout d'abord, une précédente infraction au droit de la concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la nouvelle pratique; ce précédent constat d'infraction ne doit pas nécessairement avoir été assorti d'une sanction pécuniaire.
- Ensuite, la nouvelle pratique doit être identique ou similaire, par son objet ou ses effets, à celle ayant donné lieu au précédent constat d'infraction.
- Aussi, ce dernier doit avoir acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur la nouvelle pratique.
- Et enfin, le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est pris en compte pour apporter une réponse

proportionnée à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence.

Ainsi, en cas de récidive, le montant intermédiaire de la sanction pécuniaire, tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base peut être porté au double⁷⁴ (en France, l'augmentation est comprise entre 5 et 50%). Aussi, le nouveau Conseil de la concurrence devra préciser le choix du pourcentage applicable, nous suggérons qu'il soit fonction notamment du délai séparant le début de la nouvelle pratique du précédent constat d'infraction et de la nature des différentes infractions en cause.

b- La sanction : outil curatif

Si la sanction met normalement fin aux pratiques et donc aux dommages causés à l'économie, au marché, au secteur ou au consommateur, elle n'agit que pour l'avenir. Les sanctions ne peuvent réparer ces dommages pour le passé. Lorsque des prix inefficaces s'établissent, les dommages causés se répandent dans toute l'économie. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'une pratique anticoncurrentielle reconnue conduise sa victime à réclamer des dommages et intérêts au coupable. Cela relève alors de la justice judiciaire, hors champs d'action de l'Autorité de la concurrence. A l'inverse, les dommages causés à l'économie ne sont pas, à proprement parler, réparables. Il n'en reste pas moins que pour maintenir la vertu curative de la sanction, malgré l'impossibilité de revenir en arrière pour réparer les dommages économiques, il est nécessaire que la sanction mette une fin rapide aux pratiques illicites

⁷⁴ Voir *supra* n°7, article 39.

pour avoir quelques chances de corriger rapidement les prix déviants. L'efficacité curative des sanctions dépend de cette rapidité, et sans doute aussi son efficacité préventive.

Pour jouer un rôle curatif véritable, les sanctions doivent priver immédiatement les responsables de l'infraction du profit économique qu'ils en ont tiré. Faire assortir l'amende de l'astreinte⁷⁵ permet d'atteindre le degré de persuasion nécessaire pour que l'auteur d'un comportement infractionnel soit persuadé d'arrêter. Le but des astreintes étant que l'entreprise se conforme le plus rapidement possible à la décision du Conseil de la concurrence. Ainsi elle tend à mettre fin, dans les plus brefs délais, à un comportement infractionnel qui, en l'absence d'une telle mesure, aurait tendance à persister. L'article 40 de la réforme prévoit des astreintes dans la limite de 5% du chiffre d'affaire journalier moyen hors taxes par jour de retard.

Pour dire le moins, les gains d'efficacité potentiellement ouverts à l'action du Conseil sont, à cet égard immenses. Bien que la dimension répressive de la sanction subsiste, réguler l'économie par des sanctions curatives appliquées à

⁷⁵ L'astreinte est une somme d'argent dont l'entreprise sera débitrice, calculée sur la base du nombre de jours de retard par rapport au respect de la décision du Conseil. En France, le montant de l'astreinte s'élève au maximum à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard. Le but des astreintes étant que l'entreprise se conforme le plus rapidement possible à la décision du Conseil de la concurrence. Notons d'ailleurs que dans l'article 448 du code de procédure civile, le législateur marocain a déjà utilisé l'astreinte en tant qu'outil dissuasif, disposant que : « Lorsque le poursuivi se refuse à accomplir une obligation de faire ou contrevient à une obligation de ne pas faire, l'agent chargé de l'exécution le constate dans son procès-verbal et rend compte au président lequel prononce une astreinte si cela n'avait été fait. Le bénéficiaire de la décision peut, en outre, solliciter de la juridiction l'ayant prononcée, l'allocation de dommages-intérêts ».

Voir aussi, F. EL BACHA, l'astreinte en droit marocain, mémoire DES, Université Mohammed V Agdal, 1984.

des pratiques dont les faits remontent à plus de dix ans relèveraient de l'absurde. Un tel écart de temps vide de son efficacité l'aspect régulateur de la sanction, alors que, on l'a vu, c'est cette finalité régulatrice qui justifie l'existence spécifique du Conseil.

Agir promptement devrait être une caractéristique de l'action du Conseil. Le premier objectif d'efficacité à assigner aux sanctions devrait être la plus grande rapidité de la prise de décision qui les ordonne.

Le degré exigé dans la sûreté juridique de l'action du Conseil lui interdit d'agir trop vite. Le respect des règles prend du temps. Mais à trop tarder, c'est la finalité même de son action qui se perd.

Ceci plaide pour qu'une réflexion d'ensemble soit entreprise visant à déterminer où se trouve le meilleur point d'équilibre entre l'efficacité de l'action du Conseil, qui implique sûrement une grande diligence dans son action, et la sûreté juridique qui résulte des règles de procédure applicables à cette action, sachant que dans tous les cas, la justice contrôlera ce point d'équilibre.

Au demeurant, c'est au Conseil lui-même de s'assurer de son efficacité en procédant à des procédures accélérées.

En France par exemple et depuis 2006, et à règle procédurale constante, le stock des affaires en cours s'est réduit pour un rythme de saisine constant. Le délai moyen d'attente entre la saisine et le prononcé a été divisé par deux en six ans. Il faut aujourd'hui escompter 18 mois en moyenne pour qu'une affaire soit tranchée, contre 38 mois en 2000.

Section 2 – Le recours aux sanctions : moyen de dissuasion et de prévention

Il n'est pas aisé de distinguer les notions de dissuasion et de prévention. D'un point de vue conceptuel, un mécanisme préventif vise à influencer sur une pratique avant qu'une infraction ne soit commise, alors qu'un mécanisme dissuasif repose plutôt sur les sanctions imposées une fois l'infraction commise. La dissuasion peut donc être perçue comme l'une des formes possibles de prévention.

L'efficacité préventive des sanctions est essentielle : une bonne régulation agit sur l'avenir en modelant les comportements. L'efficacité préventive de la sanction va donc dépendre de sa capacité à modifier les comportements des sanctionnés. Il revient aux autorités en charge de réprimer ces pratiques, en fixant les sanctions à un niveau suffisant pour qu'elles confisquent les gains illicites. La sanction annule l'espoir de gain illicite, ce qui est une règle de bon sens.

En France, dès 1972, la Cour de justice avait relevé l'importance du « pouvoir de dissuasion des amendes ». Et l'arrêt *Musique Diffusion française (Pioneer)* du 7 juin 1983 a représenté un tournant décisif, en énonçant de nombreux principes qui ont été très souvent repris par la jurisprudence postérieure et qui restent pleinement valables à ce jour. La commission précisait dans ses écritures, qu'elle avait appliqué dans cette affaire un niveau d'amende considérablement plus élevé que par le passé et justifiait cette élévation notamment par la gravité des comportements en cause nonobstant la mise en

œuvre de la politique de la concurrence depuis vingt ans. Elle indiquait aussi que nombreuses entreprises maintenaient des comportements qu'elles savaient être contraires au droit communautaire, car le profit qu'elles en tiraient était supérieur aux montants des amendes infligées. Elle estimait que de telles attitudes ne pouvaient être découragées que par des amendes plus lourdes que par le passé. La Cour lui donna raison et jugea que « *le pouvoir d'infliger des amendes constitue un des moyens attribués à la Commission en vue de lui permettre d'accomplir la mission de surveillance que lui confère le droit communautaire* » et que par conséquent « *pour apprécier la gravité d'une infraction en vue de déterminer le montant de l'amende, la Commission doit [...] veiller au caractère dissuasif de son action* ». La Cour souligna donc avec force le caractère dissuasif de l'action de la Commission. Par cette jurisprudence, le lien entre être dissuasif et augmentation des amendes étaient désormais scellé.

On peut de ce fait dire qu'une sanction est dissuasive lorsqu'elle est d'un certain montant, au minimum non insignifiant, qu'elle tend à prévenir la répétition d'infractions analogues ou similaires au droit en vigueur car la réitération de pratiques illicites indique en toute logique, que leur répression n'est que faiblement dissuasive. En effet, les sanctions de comportements anticoncurrentiels doivent pouvoir être élevées voire très élevées car les gains que procurent ces comportements le sont aussi. Rappelons l'estimation américaine : les prix imposés par un cartel peuvent excéder d'un quart les prix concurrentiels et par conséquent, induire un énorme sur-profit.

C'est dans ce sens que l'application du nouveau texte de loi relatif à la liberté des prix et de la concurrence doit permettre d'assurer un effet dissuasif aux

amendes imposées aux entreprises en raison de la violation du libre jeu de la concurrence. S'agissant donc de cet effet dissuasif participant à l'effectivité des amendes, il incombera au Conseil d'assurer que les amendes qu'il impose soient dissuasives, d'où l'importance du pouvoir d'appréciation lui étant conféré par la loi, pour déterminer au cas par cas, en vertu de l'exigence légale d'individualisation et du principe de proportionnalité, les sanctions pécuniaires à prononcer en application des critères prévus.

Les entreprises, en décidant de s'entendre, anticipent théoriquement les gains que leur procurera la pratique illicite, il revient à l'autorité en charge de réprimer ces pratiques en fixant les sanctions à un niveau suffisant pour confisquer les gains illicites.

A condition que le niveau des sanctions soit suffisamment dissuasif, les entreprises en tiendront d'autant plus compte dans leur comportement qu'elles auront une meilleure compréhension de la méthodologie utilisée pour en déterminer le montant.

Toutefois, un certain degré d'incertitude sur le montant réel de la sanction résultant de l'application d'une méthode donnée peut accroître son effet dissuasif, dans la mesure où les contrevenants potentiels ne peuvent alors effectuer à l'avance un calcul exact du risque encouru. La nouvelle autorité de concurrence marocaine ne devrait pas s'engager sur une méthode de calcul permettant de fixer de façon arithmétique et automatique le montant de l'amende, mais devrait conserver une certaine marge de manœuvre, tel que préconisé par la majorité des autorités de par le monde.

Par ailleurs, l'objectif est de régler le comportement des entreprises pour guider les prix vers leur niveau efficace et non d'accabler, voir de ruiner les entreprises fautives. Aussi, la possibilité offerte par la loi de renvoyer devant la justice judiciaire les personnes physiques ayant conduit l'entreprise dans une voie illicite, peut être un moyen de résoudre, au moins en partie, les difficultés que recèle la mise en pratique: être mis personnellement en cause, voire être privé de liberté, présente sûrement un coût d'opportunité élevé pour tout chef d'entreprise, sans cependant nuire à l'entreprise elle-même.

Notons par ailleurs que limiter la régulation à autoriser ou interdire serait gravement erroné : réguler implique aussi la mise en œuvre de mesures incitatives au comportement recherché. Ainsi une particulière attention devra être portée au caractère incitatif de la sanction pécuniaire, incitation à ne pas récidiver pour celui qui la subit, et à ne pas l'imiter pour les autres, d'où l'importance de la publicité donnée aux sanctions.

L'efficacité de la sanction va se mesurer à l'aune de son pouvoir à exercer sur des prix faussés par l'entente, une force de rappel les rapprochant de leur niveau efficace. La sanction « concurrentielle » vise à exercer une force de rappel sur des prix s'étant écartés de leur valeur optimale. Cependant on ne peut séparer la caractéristique répressive, curative ou préventive d'une sanction en raison de ce caractère circulaire : soigner complète réprimer et réprimer contribue à prévenir, de sorte que l'aspect répressif de la sanction, sans présenter son intérêt immédiatement principal, contribue à l'efficacité des autres. Au demeurant, le risque d'être réprimé contribue sûrement à prévenir,

ce qui justifie de ne négliger en rien l'efficacité répressive des sanctions, moins pour solder le passé que pour améliorer les perspectives de la concurrence à venir.

Chapitre 2 : Mesures complémentaires aux sanctions pécuniaires

Section 1- Les mesures conservatoires

Face à une situation d'urgence nécessitant une intervention rapide, l'Autorité de la concurrence peut être amenée à prononcer des mesures conservatoires, en attendant de se prononcer sur le fond. L'intérêt de ce type de mesure se justifie en cas d'atteinte grave et immédiate à un secteur économique ou à une entreprise, en y remédiant immédiatement. Pouvant prendre la forme d'une injonction, les mesures conservatoires consistent à enjoindre aux entreprises de suspendre la pratique concernée, tel que la suppression de clauses anticoncurrentielles dans un contrat, la modification de dispositions statutaires ou encore la cessation du dénigrement des concurrents (etc.), ou permettent également de revenir à un état antérieur dépourvu d'atteinte à la concurrence. Compte tenu de sa portée dans la préservation de la concurrence et de l'intérêt du consommateur, le législateur marocain a intégré cette mesure dans la réforme et l'a ainsi prévu dans l'article 35 de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence, en édictant que « [l]e conseil de la concurrence peut [...] ordonner les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui

lui apparaissent nécessaires». Mais de quelle manière sera-t-il en mesure de le faire ?

Dans son activité, le Conseil de la concurrence, doté de cette nouvelle prérogative, ordonnera ces mesures, soit, suite à une demande qui lui est adressée, soit, de sa propre initiative parce qu'elles lui paraissent nécessaires⁷⁶. En tout état de cause, il devra, dans sa pratique, justifier le bien fondé de ses demandes de mise en œuvre de mesures conservatoires, et ce, conformément à l'article 35 de cette nouvelle loi relative à la liberté des prix et de la concurrence qui édicte que les mesures conservatoires interviennent « si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie du pays, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante ». Mais comment mesurer l'« atteinte grave et immédiate », soit le bien fondé d'ordonner ces mesures?

En France, le Conseil de la concurrence a, à de nombreuses reprises, rejeté des demandes de mesures conservatoires faute de gravité et d'atteinte immédiate. Dans ses décisions, en l'occurrence la décision⁷⁷ 10-D-09, l'Autorité a estimé que les éléments du dossier ne démontraient pas que les pratiques examinées seraient la cause directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante.

⁷⁶ Voir *supra* n°7, Chapitre II, des décisions et des voies de recours, section I, article 35.

⁷⁷ Le Conseil de la concurrence français a également rejeté les demandes de mesures conservatoires dans les décisions 10-D-07, 10-D-16, 10-D-25, 10-D-33 et 10-D 38 par exemple.

Dans cette même décision, l'Autorité de la concurrence a décidé que, quoiqu'elles revêtent un caractère grave, les pratiques dénoncées ne portant pas une atteinte suffisamment immédiate aux intérêts de la plaignante ou à l'économie du secteur pour justifier l'octroi de mesures conservatoires ni de poursuivre l'instruction du dossier au fond.

En revanche, le Conseil de la concurrence français a aussi, de nombreuses fois, prononcé des mesures conservatoires qui ont permis de stopper l'atteinte portée au secteur et à l'intérêt du consommateur. C'est ainsi que dans l'affaire concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché des tickets et forfaits d'accès aux remontées mécaniques de la station de PraLoup, la société agence Alp Azur se plaignait du fait que la société gestionnaire des remontées mécaniques de la station ne lui fasse pas de propositions commerciales qui lui permettent de vendre à des tours opérateurs des séjours tout compris, tandis que l'autre agence de la station en avait obtenu. Cette situation, dont l'instruction au fond permettra seule de dire si elle est anticoncurrentielle, ne mettait pas en danger la survie de la société saisissante. Cependant, dès lors que nul ne contestait :

A- le fait que, pour établir des propositions de séjour " tout compris ", chacune des deux agences de voyage installées sur la station devait avoir communication des conditions de vente consenties par la société de remontées mécaniques,

B- le fait que les tours opérateurs avaient intérêt à faire jouer la concurrence entre ces deux agences,

L'Autorité a considéré que la situation comportait un risque d'atteinte grave et immédiate au secteur et à l'intérêt des consommateurs⁷⁸ : si l'une des deux agences ne pouvait plus proposer de séjours " tout compris ", les demandeurs deviendraient dépendants d'un offreur unique.

C'est également le risque d'atteinte grave et immédiate au secteur qui a été pris en considération dans l'importante affaire relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Grolier Interactive Europe / Online Groupe qui a donné lieu à la décision n° 99MC06. En vue de préparer le lancement d'offres d'accès à Internet à haut débit recourant à la technologie ADSL, la société France Télécom avait procédé, à partir du 15 février 1998, à des expérimentations puis à des commercialisations expérimentales sur des zones limitées. Dans les deux cas, les expérimentations n'avaient associé qu'un seul fournisseur d'accès à Internet, la société France Télécom Interactive (Wanadoo), filiale de France Télécom. A la suite de ces expérimentations, France Télécom s'apprêtait à lancer en liaison avec sa filiale une offre d'accès à Internet par ADSL baptisée Netissimo. Cette offre devait être commercialisée en septembre 1999. Les autres fournisseurs d'accès à Internet allaient, certes, se voir proposer ultérieurement des offres de connexion ADSL susceptibles de leur permettre de commercialiser des services concurrents du Netissimo de France Télécom. Mais, après avoir considéré qu'il ne pouvait être exclu que la mise en œuvre anticipée de l'offre de France Télécom fût constitutive d'un abus de position dominante, le Conseil a constaté que les autres fournisseurs d'accès ne disposeraient des informations techniques relatives à l'offre d'interconnexion ADSL que le quinze juillet et que quinze

⁷⁸ Décision n° 99MC10, Conseil de la concurrence de France.

semaines leur seraient ensuite nécessaires pour procéder aux expérimentations techniques préalables à l'offre commerciale. Or l'apparition plus précoce de l'offre de France Télécom risquait d'attirer vers son fournisseur d'accès les très grands consommateurs et ceux qui exigent une excellente qualité de service tout en lui donnant le bénéfice d'un effet d'image. En octroyant à sa filiale un avantage lui permettant ainsi de prendre une avance décisive sur ses concurrents, les pratiques de France Télécom étaient ainsi susceptibles de porter une atteinte grave et immédiate au secteur intéressé.

La pratique décisionnelle du nouveau Conseil de la concurrence du Maroc lui permettra de choisir minutieusement, au cas par cas, la sanction appropriée à l'infraction commise, selon des critères objectifs, car ce sont ces critères qui bâtiront une jurisprudence solide. Les mesures conservatoires, correspondant à des sanctions en urgence, dans une procédure non négociée, sont fondamentales dans la préservation de la concurrence, la continuité de la régulation concurrentielle, et in fine la protection du consommateur.

Aussi nous recommandons, sur la base des expériences d'autres pays, et plus spécifiquement de la France, que le nouveau Conseil de la concurrence marocain s'assure de spécifier le bien fondé de sa décision de prononcer des mesures conservatoires sur la base d'effets sur la concurrence. En effet, ces derniers doivent prévaloir dans l'analyse effectuée par le nouveau Conseil de la concurrence pour évaluer les demandes de mesures conservatoires : ni la seule gravité des pratiques dénoncées, ni le manque à gagner qu'elles occasionnent pour certaines parties ne sont suffisants en tant que tels pour justifier l'octroi de telles mesures. Leur prononcé sera justifié et crédible, s'il répond à une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du

secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante conformément à la loi, et ce, préalablement à la décision au fond.

La recherche de l'existence d'une atteinte grave et immédiate à la concurrence permet de souligner que les mesures conservatoires doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. Elle est un moyen contre un usage abusif de la possibilité, pour le Conseil, d'ordonner des mesures conservatoires autres que celles demandées et permet aussi de justifier le rejet de demandes de mesures conservatoires disproportionnées formulées par les demandeurs.

Dans son chapitre consacré aux décisions et voies de recours dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, le législateur a d'emblée accordé au nouveau Conseil de la concurrence la faculté de prononcer la « solution constructive » adaptée au cas. Il a inséré dans l'article 35 que le Conseil de la concurrence peut « ordonner les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui apparaissent nécessaires ». Son action ayant pour but de préserver l'effet utile d'une décision à venir en prévenant une atteinte, il n'est pas lié par la demande des parties et doit choisir la meilleure solution pour faire face à l'urgence. C'est en effet ce qu'a fait le Conseil français dans sa décision du 18 février 2000⁷⁹ en prenant des mesures différentes de celles demandées. En effet, la société Neuf Télécom avait réclamé au Conseil, à titre conservatoire, d'interdire à France Télécom, d'étendre géographiquement une offre d'accès à Internet à haut débit selon la technique ADSL qui, à l'époque,

⁷⁹ Cons. Conc., déc. n° 00-MC-01 du 18 février 2000, B.O.C.C.R.F., 21 avril 2000.

faisait l'objet d'une expérimentation sur un territoire restreint. Le Conseil, après avoir constaté que le service en cause était porteur d'un progrès incontestable, a plutôt décidé d'enjoindre à France Télécom de proposer aux opérateurs tiers une offre technique et commerciale d'accès au circuit concerné.

La question qui se pose alors, concerne l'étendue de la liberté du Conseil de la concurrence dans le choix des mesures conservatoires. Dans un contexte où l'efficacité et la régulation sont au premier plan, ces dernières devraient dépendre de la nature des intérêts que celles-ci ont pour but de préserver.

Si les mesures conservatoires doivent préserver l'intérêt concurrentiel de la seule entreprise plaignante, le Conseil de la concurrence ne devrait pouvoir ordonner des mesures plus contraignantes que celles demandées. En revanche, si les mesures conservatoires protègent des intérêts d'un secteur de l'économie, de l'économie générale ou des consommateurs, le Conseil de la concurrence devrait pouvoir ordonner des mesures conservatoires plus contraignantes que celles qui lui sont demandées. Inversement, il se peut que la demande de mesures provisoires soit formulée par les demandeurs, dans leur seul intérêt et de manière abusive. Dans ce cas, et lorsqu'un intérêt concurrentiel est quand même en jeu, le Conseil de la concurrence peut ordonner des mesures conservatoires moins contraignantes que celles demandées, adaptées à l'exigence de protection du marché.

D'ailleurs, c'est bien ce qu'a fait le Conseil de la concurrence français dans sa décision n° 07-MC-01 du 21 décembre 2001, en déniant d'accorder les mesures conservatoires sollicitées par la société Kalibra XE et relatives aux

pratiques mises en œuvre par la société Electricité de France, et ce, vu qu'il n'a pas établi l'existence d'une atteinte grave aux intérêts de la saisissante, ni celle d'un lien de causalité avec les pratiques contractuelles dénoncées.

le Conseil de la concurrence a, en revanche, enjoint à Electricité de France (EDF) d'autres mesures limitées strictement à ce qui est nécessaire pour répondre à l'urgence⁸⁰.

En outre, il serait possible qu'une partie formule une demande de mesures conservatoires sans en préciser le contenu, dès lors qu'elle démontre une atteinte grave et immédiate à l'économie, au secteur intéressé ou à l'intérêt des consommateurs. Le Conseil choisirait, suite à sa propre analyse, la mesure conservatoire la plus adéquate. Enfin, lorsqu'il s'auto-saisit, le Conseil de la concurrence devrait pouvoir ordonner des mesures conservatoires chaque fois qu'il l'estime nécessaire pour la protection de la concurrence ou des consommateurs.

Dans un souci de renforcer l'efficacité de la procédure conservatoire, le nouveau conseil de la concurrence devra veiller à ce que d'une part, les mesures conservatoires prononcées restent strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence, en vertu de la loi, et que d'autre part, celles-ci interviennent dans des délais extrêmement brefs. En effet, la procédure conservatoire, compte tenu de son objectif de mettre fin à une situation anticoncurrentielle dans l'urgence, en attendant la décision au fond, n'a de sens que si elle intervient dans de brefs délais.

⁸⁰ Voir la décision : Cons. Conc., déc. n° 07-MC-07 du 21 décembre 2001.

En France, les délais de mise en état de la procédure conservatoire sont fixés discrétionnairement par le président du Conseil de la concurrence. En vertu de l'article 15 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, le président a la possibilité de « *fixer des délais pour la production des mémoires, pièces justificatives ou observations et pour leur consultation par les intéressés ou par le commissaire du Gouvernement* ». Dans la pratique : Les demandes de mesures conservatoires ont été tranchées en quatre mois en moyenne.

La jurisprudence française est même allée au-delà en octroyant au Président du Conseil la possibilité, s'il l'estimait nécessaire, de refuser de tenir compte de pièces produites après le délai et qui n'auraient pas été discutées, déniaient ainsi aux parties le droit se prévaloir de l'irrespect des délais de mise en état fixés par le président du Conseil.

Dans une affaire précédente, dans laquelle les défendeurs se plaignaient de ne pas avoir obtenu des délais suffisants pour la production des mémoires ou des observations que la demande de mesures conservatoires provoque, la Cour de cassation a indiqué que les parties ne pouvaient pas exiger du président qu'il fixe des délais selon leur bon vouloir : la fixation des délais relève de la compétence souveraine du Président du Conseil⁸¹.

⁸¹ La société France Télécom se plaignait du non-respect par les sociétés Cégetel et Télé 2 des délais de mise en état fixés par le Président du Conseil. Elle voulait ainsi obtenir l'annulation de la procédure conservatoire pour vice de procédure. Le Conseil de la concurrence interdit à France Télécom de se prévaloir du non-respect des délais. On en déduit que le président est le seul maître dans la direction de la mise en état de la procédure. En d'autres termes, lui seul peut apprécier le grief tiré du non-respect du délai de mise en état des mesures conservatoires au regard du principe du contradictoire. La solution est confortée par la circonstance suivante : les parties avaient eu le temps de discuter les pièces en cause et avaient approuvé oralement

Au Maroc, dans un souci d'une bonne administration de la procédure conservatoire, le nouveau Conseil de la concurrence, devra être attentif aux délais de celles-ci, l'objectif étant d'éviter les lenteurs des parties dans la transmission des pièces, et de préserver le jeu de la concurrence. Nous suggérons une moyenne de trois mois pour la mise en état des mesures conservatoires avec possibilité de diminuer le délai d'un mois selon l'affaire en question et la lenteur des autres administrations en cas de besoin de faire appel à elles. Ceci permettra de trancher les demandes de mesures conservatoires dans des délais moyens de quatre mois à l'instar des autres pays.

L'action rapide n'est pas impossible en effet, l'exemple des pays européens, du fonctionnement en urgence adopté pour traiter les saisines assorties de demandes d'octroi de mesures conservatoires est là pour le démontrer. Cependant dans ces cas d'urgence, les garanties procédurales sont moins rigoureuses. En outre, dans cette procédure d'urgence, le Conseil n'inflige pas de sanctions pécuniaires mais se limitent aux injonctions. En France l'augmentation du nombre des saisines comportant la demande d'octroi de mesures conservatoires montre, empiriquement, que les entreprises, du moins les plaignantes, accordent de l'intérêt à obtenir une décision rapide. Ceci plaide pour qu'une réflexion d'ensemble soit entreprise visant à éclairer où se trouve le meilleur point d'équilibre entre l'efficacité de l'action du Conseil qui implique sûrement une plus grande diligence dans son action et la sûreté

leur versement au dossier. L'oralité, en matière de procédure conservatoire, revêt, en raison de l'urgence attachée à la procédure, une place importante dans le respect du principe du contradictoire. Le caractère temporaire des mesures conservatoires justifie cette analyse.

juridique qui résulte des règles de procédure applicables à cette action, sachant que dans tous les cas, la justice contrôlera ce point d'équilibre.

Section 2- L'injonction

Parmi les instruments de sanction pour améliorer la régulation économique concurrentielle figure aussi l'injonction. C'est un outil qui permet une action plus ciblée sur la correction du dysfonctionnement repéré par le Conseil. L'injonction est une sanction contraignante : son non-respect expose l'opérateur contrevenant à des sanctions supplémentaires. Pour les enquêtes qui ont conduit à établir de façon robuste les pratiques anticoncurrentielles, avec des éléments suffisants pour leur qualification juridique, et des éléments permettant d'évaluer un dommage important à l'économie, une saisine du Conseil de la concurrence paraît la suite la plus naturelle afin de pouvoir réprimer la pratique par une sanction pécuniaire proportionnée au dommage à l'économie, et de pouvoir assurer le retour au fonctionnement concurrentiel du marché à travers des injonctions adaptées. En effet, le conseil dispose du monopole d'imposition de sanctions pécuniaires mais également, de l'option de prononcer des injonctions de modification des comportements des opérateurs ; il est clair que les injonctions du Conseil s'imposent nécessairement aux opérateurs puisqu'elles sont revêtues de l'autorité de la décision, et peuvent donc faire l'objet ultérieurement d'une procédure en non respect d'injonction, conduisant à une sanction venant réprimer spécifiquement cette infraction. A cet effet, l'article 38 de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence dispose que si les injonctions

prévues par la loi ne sont pas respectées, le Conseil de la concurrence peut prononcer une sanction pécuniaire. L'efficacité de la sanction et de l'action corrective trouve sa contrepartie dans une instruction relativement lourde et c'est la raison pour laquelle la saisine du Conseil de la concurrence doit être envisagée seulement lorsqu' aucun moyen alternatif, en l'occurrence l'injonction, ne paraît à même de répondre avec efficacité à l'atteinte du marché.

De nombreuses enquêtes permettent de déceler des pratiques anticoncurrentielles sur des marchés de taille limitée avec un dommage à l'économie relativement restreint. Pour ces enquêtes, la question du rapport coût / avantage d'une instruction contentieuse doit être posée. Même s'il apparaît possible d'envisager une qualification juridique compte tenu de la caractérisation suffisante des pratiques en droit et en fait, il ne paraît pas raisonnable pour autant de procéder à une saisine du conseil de la concurrence, compte tenu du coût d'une instruction contentieuse. Dans la mesure où les entreprises visées paraissent susceptibles de mettre un terme à leurs pratiques sur injonction de l'administration, une suite administrative doit être réservée à ces affaires. Aussi, la réforme confère à l'autorité gouvernementale compétente des pouvoirs spécifiques concernant certaines pratiques, pour lesquelles le Conseil de la concurrence est toutefois également compétent. L'article 43 de la nouvelle loi relative à la liberté des prix et de la concurrence prévoit que l'autorité compétente peut enjoindre aux entreprises de mettre un terme à des pratiques visées aux articles 6, 7 et 8, lorsque ces pratiques affectent un marché de dimension locale, et sous réserve que le chiffre d'affaire que chacune d'entre elles a réalisé au Maroc, lors du dernier exercice

clos, ne dépasse pas dix millions de dirhams. L'autorité gouvernementale compétente peut également pour de telles pratiques, proposer aux personnes concernées de transiger. Le montant de la transaction ne peut alors excéder 500 000 dirhams ou 5% de leur dernier chiffre d'affaire connu au Maroc si cette valeur est plus faible⁸².

Une telle solution présente les avantages de la rapidité d'exécution, de la souplesse du contrôle et d'un coût limité pour l'administration. Toutefois l'efficacité administrative reste subordonnée à la possibilité d'une saisine contentieuse, qui doit continuer à pouvoir intervenir à tout moment en cas de constatation persistante d'une absence de cessation des pratiques en cause, tel que le prévoit d'ailleurs la loi 104-12 dans son article 43.

Cependant, nous recommandons que les ententes occultes lors de soumissions à des marchés publics (et pour des raisons évidentes de leur gravité), et les pratiques impliquant des entreprises récidivistes, ne soient pas susceptibles de faire l'objet d'un simple traitement administratif.

Par ailleurs Le Conseil de la concurrence, dans sa pratique décisionnelle, peut également enjoindre à l'auteur des pratiques anticoncurrentielles de cesser la pratique anticoncurrentielle incriminée ou, de façon positive, de modifier ses comportements afin de se conformer au droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence peut, en effet, prononcer des injonctions qui exigent l'abstention de certaines pratiques. En France, il a été enjoint de mettre fin à un accord de partage de marché entre deux distributeurs (00-D-08). Un autre exemple est celui, où il a été enjoint à une entreprise commune de

⁸² Voir *supra* n°7, article 43.

commercialisation de briques plâtrières et à ses adhérents de supprimer du statut et du règlement intérieur de cette entreprise, ainsi que des contrats d'exclusivité conclus entre ces sociétés, toutes clauses et dispositions contraires à l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et, en particulier, les clauses relatives aux quotas de production, et d'aménager les clauses de non concurrence de telle sorte qu'une entreprise, quittant l'entreprise commune, puisse continuer à développer son activité, dans le temps et dans l'espace, dans des conditions normales de concurrence (00-D-10) (voir aussi 00-D-68) ; il a également été enjoint à un franchiseur de mettre fin à la fixation concertée de tarifs uniformes au sein du réseau de franchise (00-D-10).

D'autres injonctions permettent de prendre des mesures telles que celle édictée à un fabricant de glaces, pour réduire à un an au plus la durée d'application de la clause de non-concurrence figurant dans les contrats de concession qu'il a conclus ou conclura avec ses distributeurs (00-D-82).

De même qu'il a été enjoint à un franchiseur de demander à tous les fournisseurs référencés par lui de faire figurer sur les factures qu'ils adressent aux franchisés, de manière claire, le montant des remises et ristournes inconditionnelles qui leur sont consenties et d'informer, de manière claire, les franchisés de la fraction des remises qui leur est, ou leur sera, rétrocédée (00-D-10).

Afin de donner une publicité suffisante à la décision, l'Autorité a la faculté d'en ordonner la publication par voie de presse. Généralement, c'est un extrait de la décision, expliquant la raison de la condamnation, qui est publié.

L'objectif est alors d'informer les entreprises du secteur et le grand public de la nocivité du comportement illicite. En France, un franchiseur, sanctionné par le Conseil pour les pratiques anticoncurrentielles intervenues au sein de son réseau, a été contraint par une injonction, de diffuser la décision du Conseil à tous ses franchisés (00-D-10).

Prises pour mettre fin à des actions contentieuses, les injonctions ne sont pas négociées avec les entreprises concernées. Et de ce fait, elles doivent viser seulement à mettre fin à la pratique illicite repérée, et non à élaborer une pratique vertueuse de substitution (autrement, ce sont les possibilités ouvertes par la procédure d'engagement, étudié plus bas, qui s'appliquent). En effet, cet outil qui permet une action régulatrice ciblée, corrigeant un dysfonctionnement avéré, a un usage limité aux pratiques de la cause reconnues illicites. Si le droit d'enjoindre reconnu au Conseil ne comporte pas cette limite, il pourrait dériver vers un Conseil qui se substitue au chef d'entreprise.

D'où le fait que le pouvoir d'injonction doit, à notre avis, se limiter généralement à des applications négatives : le Conseil enjoindrait de s'abstenir de faire, mais non de faire, ou de retirer une clause mais non d'en introduire une, ceci marquant bien que le Conseil n'est pas le juge des contrats et que c'est à ses dirigeants, et non pas au Conseil de diriger l'entreprise.

Aussi, ces injonctions doivent être rédigées de façon telle qu'elles s'imposent sans qu'aucune interprétation n'en soit possible.

Pour que le Conseil de la concurrence puisse jouer effectivement son rôle de régulateur, le législateur a donc renforcé ses prérogatives en amplifiant l'effet répressif et dissuasif des sanctions, complétant ces dernières par des mesures complémentaires voir contraignantes. Il reviendra au Conseil de tenir compte de l'ensemble des éléments pertinents pour apprécier chaque cas en question, pour une mise en œuvre efficace de son action. Or, la mission d'un Conseil de la concurrence se présente comme un triptyque : « prévenir, corriger, orienter » sachant que dès lors que la concurrence est faussée dans un marché, ce sont les consommateurs qui, in fine, en subissent les conséquences. Ainsi, conscient du préjudice des pratiques anticoncurrentielles sur un marché et de la mission globale de régulation de l'institution, le législateur a accompagné les mesures classiques de luttres contre les ententes d'autres moyens tendant à modifier les comportements des opérateurs. Ils feront l'objet d'analyse dans notre deuxième partie.

Partie 2 : Mesures incitatives préconisées dans la lutte contre les ententes

Les ententes prohibées gaspillent les ressources de l'ensemble des consommateurs, causent l'inefficience économique, et coûtent des milliards de dollars aux consommateurs du monde entier. Étant manifestement illégale, la conclusion d'une entente s'établit dans le plus grand secret. De fait, la plus grande difficulté dans la lutte contre les ententes est précisément de lever la chape de silence qui les recouvre. L'efficacité des autorités de la concurrence à détecter les cartels s'est trouvée renforcée par la mise en place de nombreux mécanismes.

Avec la réforme, le droit de la concurrence marocain présente un droit acceptant le compromis, le dialogue et la négociation, une autre manière d'appréhender le comportement des entreprises en infraction.

En marge des instruments de répression classiques, comme la sanction pécuniaire et l'injonction, la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles subit une profonde évolution. À l'instar du droit antitrust américain avec les « consent decrees », ou l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 le 1er mai 2004 en France, le droit négocié s'immisce également dans le droit marocain de la concurrence par la voie des procédures négociées. L'analyse de ces dernières fera l'objet du Chapitre1.

Parallèlement, la mise en œuvre de mécanismes de répression, de dissuasion et d'instruments alternatifs, est accompagnée d'éléments purement préventifs :

des instruments encourageant en amont les bons comportements, guidant les entreprises dans leur stratégie de conformité pour prévenir les atteintes à la concurrence ainsi que l'« advocacy » ou pédagogie, outil très puissant entre les mains de l'institution pour une sensibilisation générale et ciblée à la concurrence. Le chapitre 2 sera ainsi consacré aux programmes de prévention dans la lutte contre les ententes anticoncurrentielles.

Chapitre 1- Les procédures négociées

Les outils de négociation introduits dans la réforme regroupent essentiellement les procédures d'engagements, de non contestation des griefs et de clémence. Elles sont qualifiées de négociées par opposition aux procédures contentieuses, mais n'ont de sens que sur la base d'une possible sanction pécuniaire.

La procédure d'engagement est davantage utilisée dans des affaires de pratique unilatérale, en l'occurrence les ententes verticales. Elle intervient très en amont de la procédure devant l'autorité : l'entreprise propose des engagements après une évaluation préliminaire de l'autorité qui clôt l'affaire sans établissement de responsabilité.

La non contestation des griefs est utilisée dans tous les types de pratique anticoncurrentielle. Elle correspond à une simplification de la procédure contentieuse, mais aussi parfois à l'établissement d'un encadrement de l'entreprise: sur la base des éléments de preuve avancés, une firme ne conteste

pas sa responsabilité et, devant certaines autorités, a la possibilité de proposer des engagements pour l'avenir.

Enfin, la procédure de clémence est utilisée en matière d'entente entre plusieurs entreprises. Elle correspond à un outil de détection ou d'aide à l'enquête : une des entreprises du cartel se voit offrir une immunité d'amende si elle révèle sa participation à la pratique collusive. Il s'agit d'un outil de détection des ententes les plus nuisibles pour l'économie, et notamment celles portant sur les fixations de prix ou les répartitions des marchés ou des volumes entre concurrents. Ce programme comme nous le verrons en troisième point, permet aux entreprises ayant participé à une telle infraction d'obtenir une immunité ou une réduction d'amende en contrepartie de leur coopération avec l'Autorité de la concurrence.

Section 1- Les engagements

Les engagements ont pour objectif de mettre fin à des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées et non pas mettre fin à des pratiques anticoncurrentielles. Aussi, une décision d'acceptation d'engagements n'intervient pas pour satisfaire à la demande d'une partie et répondre à un intérêt d'ordre particulier mais pour préserver l'ordre public économique.

Afin de garantir le maintien de l'ordre public concurrentiel, la nouvelle autorité de la concurrence dispose grâce à la réforme et à l'instar de ses homologues européens :

- du pouvoir d'appréciation des engagements,
- du pouvoir de les rendre obligatoires,
- de suivre leur bonne exécution par différents moyens et
- de sanctionner leur non-exécution par une amende et des astreintes.

Dans les procédures négociées, le Conseil de la concurrence peut choisir de valider et d'accepter des engagements en matière de concurrence qui se présentent comme une alternative à la voie contentieuse. La procédure des engagements permet à l'entreprise dont la compatibilité d'une pratique avec le droit de la concurrence suscite des doutes, de présenter à l'Autorité des engagements de nature à mettre fin à ses préoccupations de respect du libre jeu de la concurrence, avant toute notification de griefs⁸³. En effet, la procédure d'engagements permet aux entreprises d'élaborer, de façon volontariste et négociée, des solutions répondant aux préoccupations de concurrence de l'Autorité. Si elles sont acceptées, ces propositions d'engagements établies en réaction à une évaluation préliminaire de l'Autorité, permettent de clore l'affaire avant tout constat d'infraction. Il s'agit ainsi d'un mécanisme mutuellement avantageux : gain de temps pour l'autorité, protection de la concurrence et du consommateur, évitement de la sanction et de publicité négative pour l'entreprise.

La procédure d'engagement n'implique pas la communication des griefs mais simplement une évaluation préliminaire communiquée par l'Autorité à

⁸³ Cette procédure de non contestation des griefs permet aux entreprises de renoncer volontairement à contester les griefs notifiés par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, en contrepartie d'une réduction de la sanction encourue si la mise en œuvre de cette procédure est jugée opportune par le rapporteur général de l'Autorité.

l'entreprise, l'invitant à soumettre des engagements. Dès lors, elle permet à l'entreprise en cause d'échapper, sans avoir à reconnaître sa culpabilité, à une sanction pécuniaire potentiellement lourde, ou au prononcé d'injonctions.

La procédure d'engagement permet d'intervenir en temps utile et plus particulièrement en amont, rétablissant l'ordre public concurrentiel avec le moins de contrainte possible (classement de l'affaire sous condition) et créer en même temps une culture de concurrence chez les opérateurs.

La réforme a conféré au Conseil de la concurrence marocain le pouvoir d'accepter des engagements pour mettre fin aux préoccupations de la concurrence :

« Le Conseil de la Concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles 6, 7 et 8 ci-dessus »⁸⁴

Cet article représente une grande avancée pour le droit de la concurrence, mais l'introduction de garanties procédurales formelles est nécessaire pour le succès de la procédure d'engagements, ces derniers devant être dans tous les cas de

⁸⁴ Voir *supra* n°7, article 36.

nature à répondre aux préoccupations de concurrence de l'autorité. Aussi, bien que l'engagement soit un procédé actif, impliquant une prise d'initiative de la part des parties, cette position active du souscripteur de l'engagement n'anéantit pas, pour autant, la position de force de l'autorité : la nouvelle autorité de la concurrence ne sera pas liée par la proposition d'engagements (elle n'en a jamais l'obligation, surtout si elle estime que ce n'est pas la meilleure solution), ni par le fait même d'avoir accepté de négocier, et conserve son pouvoir d'appréciation.

Suivant les pays, les engagements peuvent être proposés soit à tout moment, soit dans un délai limité, soit encore en respectant une forme administrative particulière.

En France par exemple, l'autorité de la concurrence n'accepte des engagements que très en amont de l'instruction, c'est-à-dire avant toute notification des griefs. C'est une spécificité française qui se distingue de la pratique de la Commission européenne, laquelle accepte des engagements à tout moment de la procédure (plusieurs affaires communautaires ont pu bénéficier de la procédure d'engagements, alors même que le dossier se situait déjà à un stade très avancé de l'instruction).

Pour L'OFT, en Grande Bretagne, les entreprises peuvent, à l'instar de la procédure d'engagements communautaire, intervenir à n'importe quel moment du déroulement de l'enquête, pour proposer des engagements, et ce jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise. Toutefois, l'OFT précise qu'elle n'est pas susceptible d'évaluer l'opportunité de tels engagements lorsque l'affaire se

situé déjà à un stade avancé et notamment après que l'autorité ait reçu les observations relatives à la communication des griefs.

Pour le Maroc, nous proposons l'acceptation des engagements à tout moment de la procédure et ce, pour une question de souplesse compte tenu de la jeunesse de l'institution, contribuant ainsi à répandre positivement la culture de la concurrence. Cependant, si c'est le Conseil qui initie une demande d'engagement à l'entreprise, celle-ci devra disposer d'un délai raisonnable pour présenter des engagements répondant à l'évaluation préliminaire.

Le droit de l'Union Européenne (article 33 § 2 du règlement) prévoit que le délai ne peut en tout état de cause être inférieur à un mois_sauf accord de l'entreprise concernée à compter de l'expression des préoccupations de concurrence.

Une autre question qui se pose, est relative à l'application de cet outil qu'est l'engagement : dans quel type d'affaires la procédure d'engagements peut être utilisée?

Aux Etats-Unis, les « consent decrees » correspondent à cette procédure et sont possibles pour tous les types d'infraction. En Europe, les autorités ont davantage visé les pratiques unilatérales telles que les abus de position dominante ou les ententes verticales, bien que les textes ne prévoient pas initialement une telle restriction. Devant l'Autorité française, la procédure d'engagements a par exemple été utilisée dans des affaires de refus d'intégration aux réseaux de distribution de marques. Dans les différentes

affaires, les engagements ont consisté en une mise en conformité de leurs règles d'accès.

L'OFT, en Grande Bretagne, a publié des lignes directrices afin d'établir les circonstances dans lesquelles elle entend accepter des engagements. Le premier point concerne la possibilité pour l'OFT d'accepter des engagements de manière très exceptionnelle en matière de cartels secrets, à la différence de la Commission.

Ainsi, « l'OFT n'accepte pas, sauf circonstances très exceptionnelles, des engagements lorsque des ententes secrètes sont constituées entre des concurrents et notamment lorsqu'il s'agit de : fixation des prix; procédures d'appel d'offres l'établissement de restrictions quantitatives ou de quotas; répartition du marché »⁸⁵.

Plusieurs types d'engagements ont été acceptés et ont permis de mettre fin à des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles. Notons les cas des engagements consistant à proposer de nouveaux contrats⁸⁶, à modifier les conditions d'accès à certains services⁸⁷, à modifier une politique tarifaire⁸⁸ ou à modifier un code de bonne conduite diffusé par une association professionnelle⁸⁹.

Toujours pour des raisons de souplesse et de volonté « d'assainir » l'économie marocaine, nous proposons que la procédure d'engagement puisse être

⁸⁵ *Enforcement Guidelines* (OFT407), paragraph 4.4. Il s'agit du document de la mise en application du droit de la concurrence en Grande Bretagne. Notons que l'OFT est devenu depuis le 1^{er} avril 2014 « Competition and Market Authority »

⁸⁶ Décision N°06-D-24 du 24 juillet 2006, BOCCRF n°1 du 26 janvier 2007.

⁸⁷ Décision N°06-D-40 du 20 décembre 2006, BOCCRF n°3 du 18 avril 2007.

⁸⁸ Décision N°05-D-29 du 16 juin 2005, BOCCRF n°4 du 14 mars 2006.

⁸⁹ Décision N°07-D-17 du 10 mai 2007, BOCCRF n°5 du 31 juillet 2007.

applicable à tout type de pratiques anticoncurrentielles et notamment les ententes, le but étant de répandre la culture de la concurrence et non de pénaliser les entreprises.

Une autre question s'impose relativement à la mise en œuvre de la procédure d'engagement au Maroc : Comment s'assurer de l'efficacité des engagements: caractère sérieux et suffisant pour répondre aux préoccupations de la concurrence?

L'OFT, par exemple n'accepte pas des engagements lorsque la conformité et l'efficacité des engagements ne sont pas certains et lorsqu'elle estime que décider de ne pas poursuivre son enquête et prendre une décision d'engagements aurait pour effet d'amoindrir l'effet dissuasif.

Nous pensons que la décision du Conseil marocain de poursuivre avec des engagements devrait s'aligner avec le principe édicté par l'OFT: n'accepter des engagements que si leur conformité et leur efficacité sont certaines quant à la préservation ou le rétablissement du respect des règles de concurrence dans le secteur en question. En outre, les engagements, ayant pour objectif de mettre fin à des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées et non pas de mettre fin à des pratiques anticoncurrentielles, ne seraient pas la réponse adéquate si la décision d'engagements aurait pour effet d'amoindrir l'effet dissuasif, l'enquête devrait dans ce cas être poursuivie pour une constatation effective d'infraction aux règles de concurrence.

En outre, que les engagements soient acceptés pour une durée déterminée ou non, il peut arriver dans certains cas, que la solution initialement adoptée ne soit plus satisfaisante. La révision peut alors apparaître indispensable.

A cet effet, L'article 9 §2 du règlement de l'Union Européenne 1/2003 prévoit d'ailleurs que la Commission peut ouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative:

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties. Cette même procédure peut être adaptée au Maroc.

Les modalités de suivi des engagements peut d'ailleurs s'établir à travers, la remise de rapports annuels sur l'application des engagements par l'entreprise concernée, la demande d'informations complémentaires sur la base du rapport transmis par l'entreprise ou encore la réalisation d'enquête⁹⁰.

En outre, en imposant ou en acceptant des engagements, l'autorité de la concurrence ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour rétablir l'ordre public concurrentiel. Le rétablissement de l'équilibre concurrentiel doit satisfaire aux exigences de proportionnalité, de crédibilité et de pertinence, et ne pas verser dans l'excès : l'entreprise, qui propose ou accepte des

⁹⁰ Ces modalités sont d'ailleurs préconisées par la Commission Européenne et les autorités de la concurrence européennes.

engagements, doit consentir à se conformer précisément à ce qui est nécessaire, de façon à préserver son équilibre économique, et ne pas être elle-même défavorisée dans l'équilibre concurrentiel.

Les régimes de la procédure d'engagements bien que variés, offrent tous, cependant, une immunité d'amende aux entreprises s'engageant à modifier une pratique potentiellement anticoncurrentielle et se caractérisent tous par une fin des poursuites relativement informelle, sans établissement de culpabilité.

A ce propos l'OFT a indiqué, notant clairement quelle « n'utilisera pas les offres d'engagements comme moyen de preuve dans toute décision au fond en rapport avec l'accord ou le comportement en cause »⁹¹.

L'application de ce point est fondamentale pour le Maroc, outre le fait d'éviter le constat formel de l'infraction lorsqu'elles acceptent les engagements, il permet aux entreprises de bénéficier de davantage de sécurité lorsqu'elles se dirigent vers la procédure d'engagements.

Par ailleurs, la nouvelle autorité ne doit pas se contenter de prononcer la décision d'engagements. Elle doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les entreprises ont une forte incitation à respecter les engagements rendus obligatoires, à défaut, elles s'exposeront à une sanction pécuniaire (amende et astreintes) prévue par la loi:

⁹¹ Voir *supra* n°85, paragraphe 4.20.

- « Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 pour 100 du montant du chiffre d'affaires mondial ou national, pour les entreprises n'ayant pas une activité à l'international, hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».
- Le Conseil de la Concurrence peut également infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen hors taxes, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe, pour les contraindre à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire⁹²

A ce sujet, le juge de l'Union Européenne a affirmé de la manière la plus nette que la décision finale d'acceptation des engagements « ne saurait être considérée comme étant une simple acceptation par la Commission d'une proposition librement formulée par un partenaire de négociations, mais constitue une mesure obligatoire mettant fin à une situation infractionnelle ou potentiellement infractionnelle » (Alrosa Company Ltd c/ Commission, aff. T-170/06, Rec. 2007, p.II-2601)

Ainsi, afin de garantir le maintien de l'ordre public concurrentiel, le nouveau Conseil doit vérifier, après clôture de la procédure, le respect des engagements souscrits.

Nous recommandons fortement que ce nouveau Conseil de la concurrence marocain, suite à l'appréciation et l'acceptation des engagements suive leur bonne exécution par la mise en place d'une équipe dédiée au suivi.

⁹² Voir *supra* n°7, article 40.

La mise en œuvre de la procédure d'engagements permet d'accélérer la résolution de certaines affaires, en privilégiant le rétablissement rapide et constructif de la concurrence, et libère donc davantage de ressources pour l'examen des infractions les plus graves, nécessitant une démonstration allant jusqu'à un constat d'infraction, contribuant ainsi à l'efficacité de la régulation de la concurrence, au bénéfice des entreprises et des consommateurs. Aussi, devant être aussi claires et détaillées que possible, ces décisions doivent être entourées de garanties procédurales, telle celles développées ci haut de nature à inciter les entreprises en cause à modifier leur comportement.

Section 2- La non-contestation des griefs

La non-contestation des griefs est un outil de plus que le législateur a mis à la disposition du nouveau Conseil de la concurrence du Maroc pour lutter efficacement contre les ententes. Ainsi, pour cette procédure qui n'intervient qu'une fois la phase du contradictoire ouverte par la notification des griefs⁹³, le législateur a précisé dans son article 37 de la loi n°104.12 :

« Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer au conseil de la concurrence, qui entend les parties et le

⁹³Un grief est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises et que la notification des griefs doit contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, fussent-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance des comportements qui leur sont reprochés.

commissaire du gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue à l'article 39 de la présente loi en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au conseil d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction»

L'article 37 de la loi 104-12 prévoit donc que les entreprises ou organismes mis en cause puissent choisir de ne pas contester la réalité des griefs qui leur sont notifiés, apportant volontairement leur concours au traitement de l'affaire. La procédure de non-contestation des griefs permet d'accélérer le traitement des dossiers d'ententes, dans l'intérêt mutuel des entreprises et de l'autorité. Pour cette dernière, elle lui permet de consacrer ses ressources à d'autres dossiers et de réduire l'ampleur des recours. Pour l'entreprise en cause, elle permet de réduire leur exposition (notamment financière) en cas d'infraction, bénéficiant d'une réduction substantielle de l'amende.

Cet outil présente des avantages certains lesquels n'aboutiront, néanmoins, à l'effet escompté, que si les modalités pratiques de sa mise en œuvre sont balisées. Cette thèse recommande les éléments suivants :

- La demande du bénéfice de ce mécanisme doit être effectuée par l'entreprise après qu'elle ait reçu la notification des griefs, dans un délai qui lui est imparti pour y répondre.

- La renonciation doit couvrir à la fois les faits constitutifs de ces pratiques, leur objet et leurs effets anticoncurrentiels, leur durée et les modalités de participation de l'intéressé aux pratiques.
- L'entreprise ne doit contester ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification juridique au regard de dispositions de la loi, ni le fait que la pratique dénoncée lui est imputable, le tout de manière claire, complète, dépourvue d'ambiguïté et inconditionnelle.

En outre, le législateur en couplant la procédure de non contestation des griefs avec la possibilité de l'engagement, a donné plus de force et de poids à la non contestation des griefs, dans la mesure où l'entreprise s'engagera de surcroît à intégrer les aspects concurrentiels dans ses prises de décisions. Aussi, l'organisme ou l'entreprise qui renonce à contester les griefs peut en parallèle s'engager à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut alors proposer au conseil d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction. En France, Si l'entreprise présente des engagements rendus obligatoires par le Conseil, elle bénéficie d'une réduction supplémentaire comprise entre 5 % et 15 %.

Nous proposons ce même pourcentage pour le Maroc qui semble être motivant pour les entreprises à l'émission ou l'acceptation d'engagements, un gage de correction efficace contre les dysfonctionnements concurrentiels constatés, sachant que différents pays européens appliquent une fourchette similaire à celle-ci. Les engagements auxquels l'entité souscrit, peuvent être de nature comportementale (modifications clauses contractuelles : exclusivité, de conditions générales de vente ou de grilles tarifaire..) ou structurelle

(séparation comptable, cession d'actifs...), bénéficiant ainsi à la promotion de la concurrence dans les marchés.

Le nouveau Conseil doit, à partir de là, veiller rigoureusement à ce que les engagements comportementaux ne se bornent pas à des engagements de ne pas ou de ne plus enfreindre les règles de concurrence : les engagements proposés doivent être substantiels, crédibles et vérifiables.

En revanche, la non contestation des griefs ne doit pas exclure que soient exercés, en application du principe du contradictoire, les droits afférents à la défense des entreprises en cause, concernant la détermination du montant des sanctions. Il semble qu'en pratique (dans les pays européens), les entreprises qui ne contestent pas les griefs focalisent leur argumentation en défense sur les éléments susceptibles d'atténuer les amendes. L'entreprise en cause peut présenter des observations sur les éléments relatifs à la détermination de la sanction pécuniaire : la gravité des faits, l'importance du dommage causé à l'économie, sa capacité contributive.

Section 3- La promotion de la clémence

Les moyens limités des autorités de concurrence en général, ne leur permettent pas de détecter tous les cartels : moyens d'enquête et les sources d'information classiques telles que la constatation d'anomalies sur le marché, de plaintes des consommateurs, de pistes fournies par des informateurs (par exemple des salariés mécontents) ou des retombées d'autres enquêtes, or de solides informations et des pièces à conviction fiables sont indispensables pour réussir à révéler une entente et engager des poursuites. C'est pourquoi l'efficacité des

autorités de la concurrence à détecter les cartels s'est trouvée renforcée par la mise en place de système de leur dénonciation par les entreprises qui y ont participé, en contrepartie de la réduction ou de l'élimination des amendes encourues par le biais du programme dit de «clémence». Concrètement, la politique de clémence consiste, pour le demandeur, à communiquer aux autorités de concurrence des informations pertinentes sur des comportements anticoncurrentiels auxquels il a pris part, en contrepartie d'une exonération totale ou partielle, des sanctions pécuniaires normalement encourues du fait de la participation à l'entente.

Ainsi, la clémence des autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence peut contribuer à lutter contre les violations les plus flagrantes de la législation en la matière : les programmes de clémence peuvent briser la loi du silence entre les membres d'un cartel.

Comment s'explique l'efficacité reconnue de ce programme dit de clémence ?

L'existence d'un cartel a souvent pour conséquence la « rigidification » des parts de marché. Or avec le temps, certains concurrents, souvent les plus efficaces, peuvent ne plus trouver leur intérêt dans cette rigidité, et peuvent au contraire vouloir accroître leur présence sur le marché. Les origines de cette perte d'intérêt vis-à-vis du cartel peuvent être multiples : développement ou acquisition d'une nouvelle technologie, accroissement des capacités de production, changement de stratégie à la suite d'une acquisition ou d'un rachat, etc. Dans toutes ces situations, les entreprises sont alors forcées soit de renégocier les parts de chacun dans le cartel, soit d'en sortir. Or, la sortie d'un cartel permet aux autorités de détecter ce dernier, et donc de sanctionner.

Les politiques de clémence visent à partir de là, à exploiter la principale faille des ententes, à savoir leur instabilité structurelle. Les entreprises sont en fait dans un dilemme de la concurrence ou dilemme du prisonnier : collectivement, elles ont intérêt à coopérer pour relâcher la concurrence, mais individuellement, chacune est tentée d'adopter un comportement opportuniste. Par exemple, une entreprise au sein d'un cartel peut être incitée à fixer son prix en dessous du prix collusif appliqué par les autres, de manière à récupérer l'essentiel des ventes. Seulement, les accords de collusion étant illégaux, les membres d'un cartel ne peuvent signer un contrat juridiquement exécutoire pour les protéger de tels comportements. Les accords de collusion doivent donc être auto-exécutoires, c'est-à-dire que les entreprises ne peuvent compter que sur elles-mêmes pour dissuader les déviations de l'accord.

L'instabilité d'un cartel peut aussi venir de l'extérieur du cartel. L'entrée de nouvelles firmes, attirées par les profits du cartel, peut déstabiliser ce cartel, surtout si ces nouvelles firmes restent en dehors de l'entente. En pratiquant des prix plus bas, elles risquent de prendre des parts de marché aux entreprises membres du cartel ; ce n'est alors qu'une question de temps avant qu'un ou plusieurs membres du cartel sorte de celui-ci. Aussi, le risque qu'un autre participant demande le bénéfice de la clémence conduit en outre à une « course » entre les participants. Dès lors qu'il apparaît que l'un des joueurs pourrait avoir intérêt à demander la clémence, tous les autres ont intérêt à faire de même en le prenant de vitesse, ce qui accroît encore l'instabilité.

L'enjeu de la mise en œuvre de la procédure de clémence ressort nettement de la décision concernant le cartel entre quatre fabricants de lessives rendue le 8 décembre 2011 par l'Autorité de la concurrence française. Elle est à ce jour, le

plus important dossier de clémence que l'Autorité de la concurrence française ait eu à connaître.

Dans cette décision, l'Autorité de la concurrence a sanctionné quatre fabricants de lessives à hauteur de 367,9 millions d'euros pour avoir mis en place et participé à un important cartel portant sur la mise en commun de leur politique tarifaire et promotionnelle auprès de la grande distribution en France. Les prix de chaque référence, marque et format de lessive ont été arrêtés à intervalles réguliers entre les quatre fabricants, l'objectif poursuivi par les participants étant de geler la concurrence et d'« assainir le marché » en évitant une « guerre des prix » sur le marché français.

Le cartel, qui a duré de 1997 à 2004 - avec une interruption de quelques mois entre octobre 1998 et novembre 1999 - a concerné toutes les gammes des grandes marques de lessive commercialisées en France telles que Ariel, Skip, Le Chat, Dash, Omo, Super Croix, Gama, Persil et X-Tra. Toutes les formes de lessive étaient incluses dans l'entente: poudre, liquide ou tablettes.

En l'espèce, la société Unilever a été la première entreprise à dénoncer l'existence du cartel à l'Autorité de la concurrence, en mars 2008. Elle a, à ce titre, bénéficié d'une exonération totale de sanction en rapport avec les pratiques constatées par l'Autorité, au titre du programme de clémence. Il est notable également que l'ensemble des parties à l'entente ait décidé de coopérer avec l'Autorité en application du programme de clémence. Ainsi, les trois autres entreprises ayant participé à l'entente ont sollicité successivement le bénéfice de la clémence : en avril 2008 pour Henkel, en septembre 2008 pour Procter & Gamble et février 2009 pour Colgate-Palmolive. Chacune

d'entre elles s'est vue accorder une exonération partielle de sanction, à hauteur de 25 % pour Henkel, 20 % pour Procter & Gamble et 15 % pour Colgate Palmolive.

Le législateur marocain, inspiré des législations étrangères a introduit le programme de clémence dans la réforme relative au droit de la concurrence⁹⁴. De la sorte, et sur la base des différentes expériences à travers le monde, il accomplit un double objectif : d'une part, le programme de clémence est un moyen d'accroître l'instabilité structurelle des cartels, et d'autre part, il favorise une issue aux entreprises, en permettant une sortie « sans frais » (ou du moins des frais substantiellement diminués), pour autant que le demandeur fournissent des informations visant le démantèlement de l'entente. Ainsi, l'article 41 de la loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence prévoit qu'« une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article 6 de la présente loi, s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'informations dont le Conseil de la concurrence ou l'administration ne disposait pas antérieurement ». L'article renvoie à l'article 6 qui traite des ententes au sens large. Le programme de «clémence» s'applique donc à tout type d'entente prohibée, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, tout en conservant une marge d'appréciation pour le Conseil de la concurrence dans le choix des cas.

⁹⁴ Voir *supra* n°7, article 41.

La France, dont l'Autorité de la concurrence est dotée d'un programme de clémence depuis 2001⁹⁵, prévoit aux termes de l'article L.464-2 du code de commerce que les parties à des accords anticoncurrentiels peuvent dénoncer ces accords - par l'apport d'éléments de preuve et l'identification des auteurs - et se voir exonérées, en contrepartie, de tout ou partie des sanctions pécuniaires encourues. Les infractions concernées sont, en principe, les ententes ou cartels entre entreprises consistant notamment à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés. Les éléments de preuve récoltés dans ce contexte peuvent ensuite être exploités dans le cadre de la procédure, et comme cela est précisé dans une décision de 2008, « sans qu'il soit besoin de rechercher la motivation de l'entreprise qui les apporte : il appartient seulement d'apprécier leur vraisemblance, en les confrontant aux autres pièces du dossier »⁹⁶.

Compte tenu de la nouveauté de ce programme, nous proposons quelques éléments quant à sa mise en œuvre dans le cadre marocain, prenant en considération l'expérience des autres juridictions l'ayant mis en application avec succès depuis plusieurs années. S'agissant de l'exonération totale de sanctions pécuniaires, elle ne saurait être accordée que si le Conseil de la concurrence ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée ou ne dispose pas d'informations suffisantes pour procéder à des mesures d'investigations. Il accorderait ainsi l'immunité à la première entreprise qui fournit des informations et des éléments de preuves de l'existence de cette entente, les autorités ne devant pas disposer d'éléments de preuve de nature à

⁹⁵ Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001

⁹⁶ Décision n°08-D-12 du 21 mai 2008, BOCCRF n°9 du 14 novembre 2008.

démontrer cette infraction. Aussi les éléments apportés par l'entreprise doivent contribuer à établir la réalité des pratiques dénoncées (description détaillée de l'entente, la durée et la nature de l'entente, identification des autres participants, les preuves étayant ces allégations..) pour une période non prescrite et à en identifier les auteurs.

De plus, elle doit apporter une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'instruction et fournir tout élément de preuve en sa possession, mettre fin à sa participation aux activités illégales et ne pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause.

Quant à l'exonération partielle, pour en bénéficier, l'entreprise doit fournir des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apporte une valeur ajoutée significative, c'est-à-dire s'ils renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de l'Autorité à établir l'infraction présumée, et ce par rapport aux éléments de preuve dont celle-ci dispose déjà. Là encore, l'entreprise doit apporter une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'instruction et fournir tout élément de preuve en sa possession, mettre fin à sa participation aux activités illégales et ne pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause.

Le niveau d'exonération des sanctions pécuniaires sera fonction de la mesure dans laquelle les éléments apportés ont une valeur ajoutée significative mais aussi du rang et de la date à laquelle la demande aura été présentée et de la valeur des éléments fournis, étant précisé que la réduction partielle d'amende ne pourra excéder 50% (à l'instar des pays européens) du montant qui aurait été imposé en l'absence de clémence.

Compte tenu du succès rencontré par le programme de clémence en France, au niveau de l'Union européenne, mais aussi dans le reste de l'Europe et aux Etats-Unis, et afin d'inciter à la dénonciation des ententes, différents systèmes de clémence ont été instaurés mais les caractéristiques qui fondent leur efficacité sont similaires, d'où la proposition de cette thèse d'en tenir compte pour le Maroc, suivant quatre facteurs essentiels que nous détaillons plus bas :

- La transparence,
- La garantie d'immunité,
- Le champ de l'immunité
- Le caractère sélectif de la procédure.

La transparence semble être une caractéristique fondamentale pour le succès d'un programme de clémence. Tel que l'a noté l'OCDE : « la certitude, la clarté et la priorité sont essentielles, les entreprises étant vraisemblablement plus incitées à se manifester si elles sont certaines des conditions appliquées et des avantages probables. Pour renforcer le plus possible l'incitation à communiquer des informations et favoriser le démantèlement plus rapide des ententes, il importe non seulement que la première entreprise qui avoue bénéficie du « meilleur traitement » mais aussi que les conditions de ce traitement soient aussi claires que possible dès le départ »⁹⁷.

En effet, l'entreprise pourrait être encouragée à se maintenir au sein du cartel lorsque les conditions du bénéfice de la clémence sont imprécises et

⁹⁷ OCDE, « Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables » septembre 2001, p.2 <http://www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/ae/1890464.pdf>

l'immunité de sanction non certaine. C'est ainsi que l'efficacité du programme communautaire de clémence, par exemple, a été renforcée par la mise en œuvre d'une immunité totale en contre partie de remise d'informations complètes sur des ententes non détectées, et par la fixation d'un barème pour les réductions d'amendes établi selon des critères bien définis. De même l'efficacité du programme américain de clémence par exemple, a été renforcée, dès 1993, en accordant l'amnistie totale et automatique à la première entreprise qui donne à l'autorité compétente des informations sur les rouages internes d'une entente. Aujourd'hui, pour un maximum d'efficacité, le programme de clémence s'étend même aux entreprises faisant déjà l'objet d'une investigation, à condition qu'elles soient en mesure d'apporter volontairement des éléments de preuves supplémentaires et nécessaires pour constater l'infraction.

Ainsi, il apparaît que la garantie de l'immunité ou le montant de la réduction de l'amende soit un élément déterminant pour la réussite d'un programme de clémence. Une faible réduction du montant de l'amende ne permet pas de déstabiliser efficacement les cartels. En effet, avec une « petite » amende, l'entreprise ne retire pas un avantage suffisant en comparaison au gain résultant du maintien de sa participation au sein du cartel. Notons que l'entreprise qui demande la clémence risque de subir des représailles de la part de ses concurrents. Il est donc essentiel qu'elle retire un bénéfice substantiel de sa décision de dénonciation. A ce titre, plus les sanctions encourues sont élevées et automatiques, plus l'entreprise trouve un intérêt à recourir à la clémence. De même plus les sanctions sont faibles et peu appliquées, moins l'entreprise estime qu'elle a un intérêt à solliciter la clémence. De ce point de

vue, l'augmentation du montant des amendes et le développement de la clémence sont complémentaires.

En outre, un programme de clémence doit être sélectif pour être efficace. En effet, il paraît logique d'accorder l'immunité ou la plus importante réduction du montant de l'amende à la première entreprise qui se dénonce. La prochaine entreprise qui vient solliciter la clémence perd alors le bénéfice de l'immunité totale, mais peut néanmoins être partiellement récompensée. Ainsi aux Etats-Unis par exemple, dans l'affaire des « *électrodes de graphite* », la première entreprise ayant sollicitée la clémence a bénéficié d'une immunité totale de sanction tandis que la deuxième s'est vu infligé une amende de 32,5 millions de dollars et les deux dernières ont été condamnées respectivement à 110 et 135 millions de dollars.

En proposant le programme de clémence, le Conseil obtient les informations manquantes qui permettent de condamner le cartel. Le bénéfice pour le consommateur est évident : la clémence met fin à la collusion plus vite et la perte sèche due au prix de cartel disparaît. Si la dénonciation advient avant le travail d'inspection de l'autorité de concurrence, un second bénéfice renforce le premier : une diminution des dépenses administratives dans la lutte contre les cartels.

La politique de clémence, au niveau européen, entrée en vigueur en février 2002, a permis en moins de 4 ans, de défaire 80 cartels; la Commission européenne a reçu 167 demandes et en 2006, avait d'ores et déjà accordé 51

réductions totales d'amende⁹⁸. Les bénéfices semblent indubitables. Un plus grand nombre de cartels a connu une vie raccourcie par la dénonciation par l'un de leurs membres. Les consommateurs voient donc baisser les prix plus tôt. De plus, grâce aux informations apportées spontanément par les fautifs, les coûts administratifs d'enquête et de poursuite sont réduits.

Un autre point fondamental dans les caractéristiques de réussite d'un programme de clémence réside dans le champ de l'immunité. Une entreprise est incitée à recourir à la clémence et donc à collaborer avec l'autorité compétente lorsque le programme vise une réduction globale des sanctions encourues, englobant aussi bien les sanctions pécuniaires, pénales que civiles. Le programme ne peut être que plus efficace s'il permet de mettre les dirigeants à l'abri des sanctions pénales.

Le consommateur tire profit du programme de «clémence» à travers la baisse des prix des produits et le renforcement de la concurrence dans les marchés concernés. Le programme incite les entreprises à entreprendre la démarche d'information de l'existence d'ententes illicites: la dénonciation plutôt que la condamnation.

⁹⁸ LEVEQUES F. « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », Droit & économie, Concurrences I° 4-2006, Institut de droit de la concurrence, p. 31-36

Chapitre 2- Les programmes de prévention dans la lutte contre les ententes anticoncurrentiels

L'action du Conseil de la concurrence tel qu'architecturé par la loi n°104-12, est spécialisé⁹⁹ en l'occurrence dans la détection et la répression des pratiques anticoncurrentielles. Cependant, sa mission de régulation concurrentielle ne se limite pas seulement à son rôle de « gendarme du droit de la concurrence »: elle revêt une importante dimension pédagogique (section 1) et de prévention (section 2).

Section 1- L'Advocacy

La pédagogie constitue à côté des sanctions et des instruments alternatifs, un outil très puissant entre les mains de l'institution de la concurrence. C'est une mission générale de conseil et d'expertise qui lui permet de se faire l'avocate de la concurrence (advocacy). Elle s'adresse à la fois au gouvernement et à toutes les entités, susceptibles de saisir le Conseil, aux entreprises, et enfin aux consommateurs, qu'il faut davantage encourager à jouer pleinement leur rôle d'acteurs centraux de la politique de la concurrence.

La réforme donne la possibilité au Conseil de la concurrence de s'autosaisir pour émettre des avis et des recommandations de sa propre initiative sur toute question de concurrence. Cette prérogative à forte valeur ajoutée, lui

⁹⁹ Rappelons qu'il est également spécialisé dans l'expertise du fonctionnement des marchés et le contrôle préalable des opérations de concentrations.

permettant désormais de choisir ses priorités, devrait être régulièrement utilisée par le nouveau Conseil au travers de la mise en œuvre de plusieurs enquêtes sectorielles importantes. C'est au Conseil de faire le bon choix : secteurs qui ont un poids économiques, influence des produits en cause sur le pouvoir d'achat des consommateurs, secteur émergent ou en évolution rapide, un moyen pour lui d'exercer une veille concurrentielle active et de détecter les dysfonctionnements potentiels d'un marché ou d'un secteur. Une fois les freins et les obstacles identifiés, le Conseil réfléchit aux meilleures solutions à mettre en œuvre et émet des recommandations. Celles-ci fournissent un cadre général aux acteurs économiques et leur donnent une visibilité précieuse.

Les avis et recommandations peuvent également alimenter la réflexion des pouvoirs publics, et notamment des parlementaires, afin de modifier par exemple certaines dispositions législatives. Certaines réglementations vont à l'encontre de la politique de concurrence, quand elles peuvent avoir pour effet d'encourager, voire de prescrire une conduite ou des conditions mais qui par ailleurs, serait en violation du droit de la concurrence. C'est le cas de la catégorie très large de réglementations qui restreignent la concurrence plus que nécessaire pour atteindre les objectifs réglementaires.

D'autres réglementations publiques constituent des barrières à l'entrée ayant été créées sans réelle nécessité. Elles revêtent de multiples formes et émanent de divers niveaux d'administration. Elles vont des monopoles légaux qui empêchent la concurrence dans des secteurs entiers, aux innombrables restrictions moins visibles touchant le lancement d'entreprise et leur fonctionnement, et concernant par exemple, les licences soumises à des quotas. Pour influencer sur la concurrence et le bien être du consommateur, les

barrières à l'entrée peuvent viser, en outre, à retarder ou limiter l'arrivée de nouvelles entreprises. Il est évident que le bien être du consommateur pâtira si la pratique de prix de monopole persiste indéfiniment à cause des barrières insurmontables à l'entrée. Par ailleurs, le bien être du consommateur se trouvera également amoindri par des barrières qui retardent l'entrée de nouveaux opérateurs sur un marché, car faute d'accroissement de la concurrence pendant une période donnée, la baisse des prix est elle aussi retardée.

Dans les secteurs réglementés, les procédures d'octroi de licence, les restrictions territoriales (comme dans le secteur du ciment auparavant, par exemple), les normes de sécurité et autres impératifs juridiques peuvent être dissuasifs ou retarder l'entrée de nouveaux opérateurs. Il semble que dans certains cas, cette réglementation soit le fruit des actions de lobbying menées par les entreprises en place pour protéger leur activité. Dans d'autres cas, ces dernières trouvent des moyens de tirer parti de la complexité des réglementations en vigueur pour contrecarrer l'entrée, en se servant des textes pour engager des procès contre les nouveaux entrants. Les autorités de la concurrence des Etats Unis, du Mexique et du Royaume Uni par exemple, ont publié des rapports mettant en évidence ce type de problèmes sur divers marchés dont celui de la banque, des lentilles de contact, des ventes aux enchères organisées par les autorités fédérales, et du vin.

Pourtant, les réglementations économiques se sont souvent révélées extrêmement coûteuses et inefficaces pour ce qui est de répondre aux intérêts du consommateur. En l'absence de données démontrant clairement la nécessité de réglementations de cette nature pour servir les intérêts du

consommateur, les gouvernements devraient s'attacher en priorité à déterminer et supprimer les réglementations économiques qui font obstacles à la concurrence. La modification ou la suppression de ces réglementations oblige les entreprises concernées à modifier leurs habitudes et leurs prévisions.

Dans ce sens, il faut recenser d'autres solutions possibles à caractère moins restrictif, et prôner les modifications appropriées. Les pouvoirs publics devraient fréquemment solliciter le Conseil pour analyser l'impact concurrentiel d'une réforme, d'un projet de loi ou d'un décret.

Tel que l'a exprimé, le professeur El Bacha, « l'institution d'un conseil de la concurrence par la loi 6/99 sur la liberté des prix et la concurrence traduit une évolution dans le mode de production du droit économique. Désormais, celui-ci implique les partenaires, souvent au côté de l'Etat, dans la confection d'avis et de recommandations destinés à aider à la prise de décision »¹⁰⁰.

Il peut également être mobilisé pour effectuer un diagnostic en situation particulière, comme ce fut le cas en 2013, en ce qui concerne la filière laitière (à la demande du gouvernement).

Dans un certain nombre de cas, ces enquêtes permettent également de détecter des pratiques anticoncurrentielles à l'encontre desquelles le Conseil peut décider de s'autosaisir au contentieux.

¹⁰⁰ EL BACHA F. "Le conseil de la concurrence n'existe que dans les textes", L'Economiste, Édition N° 2292 du 07/06/2006.

Dans notre pays où la culture de la concurrence est encore faible et fragile, des difficultés peuvent être rencontrées au niveau de l'application de la loi sur la concurrence dans des cas de forte concentration des marchés ou lorsque les relations entre les entreprises et le gouvernement sont très étroites, ou encore lorsque les acteurs publics et privés ignorent ou connaissent peu le droit de la concurrence. L'advocacy exige dans ces cas qu'on lui accorde encore plus d'attention. Ce qui explique l'importance que doit donner le Conseil aux communiqués de presse ou autres formes de rapports avec le grand public, avec la communauté économique, ou avec d'autres autorités publiques, et bien entendu à la motivation de ses décisions et avis.

Les études sectorielles qu'il devrait mener chaque année, ou encore les avis qu'il rend, sont l'occasion pour le Conseil de la concurrence d'envoyer des signaux forts que ce soit aux entreprises dont les comportements peuvent être à la source des blocages, ou encore à l'adresse des pouvoirs publics lorsque le cadre réglementaire ou législatif est en cause. Le Conseil doit participer dans les études d'impact servant à l'élaboration des réformes afin que tous les responsables publics en connaissent les conséquences sur la concurrence.

Aussi, par la pédagogie de la concurrence, l'institution peut éclairer les acteurs, conseiller le gouvernement et aider le parlement à évaluer le coût, les avantages et les inconvénients des réformes envisagées.

Section 2- Proposition d'instauration d'un programme de conformité

Nous recommandons l'instauration par le Conseil de la concurrence, de programmes de prévention auprès du secteur privé. Dans sa stratégie globale, le Conseil de la concurrence doit considérer la prévention comme un pilier de la régulation concurrentielle, et soutenir de ce fait les efforts déployés par les entreprises pour se doter de programmes de conformité.

Il est évident que la responsabilité de se conformer aux règles de concurrence incombe aux entreprises. Or il est peu évident pour un grand nombre de salariés que leur comportement économique sur un marché puisse être en conflit avec des règles (ignorées parfois), ou puisse avoir des répercussions importantes. Aussi est-il essentiel d'éduquer le secteur privé dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence. Les programmes de conformité peuvent aider les entreprises à mieux intégrer la culture et les règles de concurrence dans la conception de leur stratégie commerciale et dans la conduite quotidienne de leur activité. Ils visent à faire connaître le droit à l'intérieur de l'entreprise et à sensibiliser l'ensemble des collaborateurs à la nécessité de les respecter, de même qu'ils arment les entreprises face aux risques financiers, commerciaux et réputationnels en cas d'infraction, et ce grâce au recours des mécanismes d'audit, de contrôle et de responsabilisation individuelle. Bien qu'un programme de conformité soit conçu par et pour l'entreprise, étant un projet sur mesure adapté aux marchés, aux produits, à l'organisation, à la culture et aux circuits décisionnels de chaque entreprise, le Conseil de la concurrence peut soutenir ces dernières à mettre en place les piliers pour créer les bons réflexes dans l'entreprise. Nous avons identifié des

facteurs de succès communs à la plupart des programmes de conformité à travers le monde, à appliquer dans le secteur privé marocain :

- Tout d'abord, l'engagement public de l'entreprise à émettre une position claire, ferme et publique de respecter les règles de concurrence et de soutenir son programme de conformité, émanant de la direction.
- De même, l'information, la formation et la sensibilisation sont essentiels. Il s'agit de diffuser des documents expliquant la portée pratique des règles de concurrence auprès des dirigeants, cadres et autres salariés concernés de l'entreprise. De tels documents sensibilisent à l'importance de se conformer aux règles de concurrence individuellement et collectivement. Des actions de communication internes ainsi que des formations obligatoires aux règles de concurrence peuvent être menées au sein de l'entreprise.
- Enfin le succès du programme de conformité dépend de la capacité de l'entreprise d'assurer un suivi de sa mise en œuvre, d'où l'importance d'un dispositif de suivi et de contrôle à travers d'une part, la mise en place de procédures de traitement des demandes de conseils et des alertes et d'autre part, d'un mécanisme d'alerte permettant à la direction de l'entreprise d'être informée au plus vite des infractions avérées ou possibles. Des perspectives de sanctions doivent être prévues en cas de violation de la politique de l'entreprise en matière de conformité.

Ainsi, ces programmes cadres permettent à l'entreprise de se protéger juridiquement en minimisant considérablement le risque d'être attaquée par un

concurrent, ainsi que le risque de faire l'objet d'une enquête par le nouveau Conseil de la concurrence. De même, le capital d'image et de confiance de l'entreprise (la réputation vis-à-vis des clients, de leurs partenaires, de leurs collaborateurs et même des actionnaires) est ainsi mieux protégé. En outre, le programme de conformité permet d'insuffler une culture de la concurrence dans les différents marchés dans l'intérêt ultime du consommateur, avec des opérateurs, maîtres de leur destin concurrentiel, d'où l'intérêt que Le Conseil de la concurrence accompagne et soutienne les entreprises dans leurs efforts de prévention et d'organisation, les encourageant à s'engager dans une stratégie volontariste de prévention et de gestion de risques concurrentiels, à travers un programme de conformité. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence, pourrait tenir compte des programmes de conformité mis en place par les entreprises, dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs.

CONCLUSION

Dans une économie de marché, tel le cas du Maroc, la concurrence est le facteur stimulant qui conduit les entreprises à être plus performantes, à se différencier les unes des autres, à innover et à rapprocher les prix des coûts afin de garantir la compétitivité. Nécessaire, la concurrence doit être régulée pour éviter que ne s'impose la loi du plus fort. Le droit de la concurrence repose sur des règles qui protègent l'économie de marché, celle-ci devant fonctionner au bénéfice de toutes les entreprises et de tous les consommateurs, y compris les plus faibles et les plus vulnérables. La régulation concurrentielle

fait que le libre marché, fixe des « prix efficaces », assurant aux consommateurs la satisfaction maximale.

Ainsi, une « concurrence libre et non faussée », est une concurrence régulée, c'est-à-dire qui n'est pas entravée par les comportements des entreprises, qui donne à tous, les chances égales et profite bien à toutes les entreprises et à tous les consommateurs.

En termes pratiques, cette mission de régulation contribue à faire en sorte que la liberté dont disposent les acteurs économiques pour innover, produire et diffuser des biens et services de qualité au meilleur prix ne donne pas lieu à des pratiques telles que les ententes ou à des abus portant atteinte au fonctionnement concurrentiel de l'économie ainsi qu'à d'autres entreprises, aux consommateurs, et finalement, à la croissance et au bien être de la collectivité dans son ensemble.

Les ententes - accords passés entre concurrents en vue de fixer les prix, limiter la production, diviser (ou partager) des marchés, et truquer des offres (soumissions concertées) -, compte tenu du dommage qu'elles causent à la société, font l'objet d'une activité intense des autorités de la concurrence à travers le monde.

Aussi, l'économie de marché ne peut donner le meilleur d'elle-même que s'il existe un arbitre impartial capable de faire respecter les règles du jeu¹⁰¹. C'est

¹⁰¹ Le Président actuel du Conseil de la concurrence, Mr Abdelali Benamour, compare d'ailleurs souvent, dans ses discours, le rôle du Conseil à celui de l'arbitre d'un match de football. L'arbitre n'est certainement pas contre les joueurs, il applique les règles du jeu. De

ainsi que le législateur marocain a élargi substantiellement les prérogatives du Conseil de la concurrence en adoptant la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence et a mis à sa disposition différents outils de lutte contre les ententes

Cependant, le droit et la politique de la concurrence ne pourront atteindre leurs objectifs et produire les effets souhaités (notamment améliorer le bien être du consommateur, stimuler la compétitivité et contribuer au développement économique) que s'ils sont appliqués efficacement; il est dès lors capital de poser clairement les conditions dans lesquelles le Conseil applique ces règles. Dans ce contexte, cette thèse apporte une contribution pour la mise en œuvre effective d'un droit de la concurrence nouvellement introduit au Maroc¹⁰², en particulier des sanctions et mesures correctives appropriées des affaires de concurrence.

Tout d'abord, le législateur a clairement estimé que notre arsenal législatif n'était pas suffisamment dissuasif. Il a donc décidé, avec la loi 104-12, d'augmenter à 10% du chiffre d'affaires mondial du groupe auquel elles appartiennent, le plafond des amendes à infliger aux entreprises coupables de pratiques d'ententes. De la sorte, il établit formellement que les amendes sévères infligées aux entreprises qui se rendent coupables de participation à des ententes, demeurent une priorité pour notre institution de concurrence :

la même manière le Conseil de la concurrence n'est certainement pas contre les entreprises, il s'assure que les règles de la libre concurrence s'appliquent. Les cartons jaune et rouge correspondraient à la sensibilisation aux règles de concurrence.

¹⁰² En l'occurrence avec la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence et la loi 20-13 relative au Conseil de la concurrence. Voir *supra* n°6 et s. Voir aussi, le décret pris pour l'application de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, *supra* n°23.

une politique de sanction dissuasive est la pierre de touche d'une politique de concurrence efficace.

Cette thèse propose, pour une plus grande efficacité répressive, que la sanction pécuniaire, soit adaptée à la hausse ou à la baisse suivant l'existence de circonstances atténuantes (comportement concurrentiel par ailleurs, action sous la contrainte...) ou aggravantes (rôle spécifique dans l'entente, de meneur ou d'incitateur, capacité d'influence ou d'autorité morale particulières,), en se fondant sur une appréciation qui tient compte de l'ensemble des éléments pertinents du cas en question.

La réitération, circonstance particulièrement aggravante, ne devrait être prise en considération que si l'entente réitérée répond à des critères précis tels que la constatation de la précédente pratique avant la fin de la nouvelle pratique, l'exact répétition ou la similitude par son objet ou ses effets, de la nouvelle pratique par rapport à la précédente, le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique : plus les deux infractions sont rapprochées dans le temps et sont graves, et plus le pourcentage par lequel sera augmenté le montant de base de la sanction pécuniaire, sera important, allant jusqu'à 50%.

En outre, le montant définitif de la sanction pécuniaire doit non seulement respecter le maximum légal mais la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme en cause doit aussi, selon cette thèse, être prise en considération dans ce montant définitif.

Prenant en considération tous les éléments précédents proposés, cette thèse recommande en définitif que le niveau des sanctions soit suffisamment élevé

pour être dissuasif. De plus, un certain degré d'incertitude sur le montant réel de la sanction résultant de l'application d'une méthode donnée peut accroître son effet dissuasif, dans la mesure où les contrevenants potentiels ne peuvent alors effectuer à l'avance un calcul exact du risque encouru. Ainsi, le nouveau Conseil de la concurrence marocain ne devrait pas s'engager sur une méthode de calcul permettant de fixer de façon arithmétique et automatique le montant de l'amende, mais devrait conserver une certaine marge de manœuvre, tel que d'ailleurs, préconisé par la majorité des autorités de par le monde.

L'intervention d'un Conseil de la concurrence va au-delà du pouvoir de sanction pécuniaire, lequel intervient principalement pour dissuader, en vue d'éviter d'avoir à sanctionner de nouveau. La sanction pécuniaire est assurément sa forme d'expression la plus redoutable, il serait toutefois erroné de le réduire à cela. Son intervention prévient aussi les atteintes au libre jeu de la concurrence notamment à travers l'ordonnance de mesures conservatoires, parfaitement appropriée dans tous les cas où l'entreprise saisissante espère à juste titre, une solution rapide au problème de concurrence qu'elle rencontre, ou encore le prononcé d'injonctions formulé dans le cadre de dossiers contentieux.

Les mesures conservatoires, correspondant à des sanctions en urgence, dans une procédure non négociée, sont fondamentales dans la préservation de la concurrence, la continuité de la régulation concurrentielle, et in fine la protection du consommateur. Aussi nous recommandons que le nouveau Conseil de la concurrence marocain s'assure de spécifier le bien fondé de sa

décision de prononcer des mesures conservatoires sur la base d'effets sur la concurrence. Leur prononcé sera justifié et crédible, s'il répond à une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante conformément à la loi, et ce, préalablement à la décision au fond : ni la seule gravité des pratiques dénoncées, ni le manque à gagner qu'elles occasionnent pour certaines parties ne sont suffisants en tant que tels pour justifier l'octroi de telles mesures.

Les mesures conservatoires doivent rester, en outre, strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. Si les mesures conservatoires doivent préserver l'intérêt concurrentiel de la seule entreprise plaignante, le Conseil de la concurrence ne devrait pouvoir ordonner des mesures plus contraignantes que celles demandées. En revanche, si les mesures conservatoires protègent les intérêts d'un secteur de l'économie, de l'économie générale ou des consommateurs, le Conseil de la concurrence devrait pouvoir ordonner des mesures conservatoires plus contraignantes que celles qui lui sont demandées. Inversement, il se peut que la demande de mesures provisoires soit formulée par les demandeurs, dans leur seul intérêt et de manière abusive. Dans ce cas, et lorsqu'un intérêt concurrentiel est quand même en jeu, le Conseil de la concurrence peut ordonner des mesures conservatoires moins contraignantes que celles demandées, adaptées à l'exigence de protection du marché.

Dans un souci de renforcer l'efficacité de la procédure conservatoire, le nouveau conseil de la concurrence devra veiller à ce que les mesures conservatoires interviennent dans des délais extrêmement brefs. Le meilleur point d'équilibre entre l'efficacité de l'action du Conseil qui implique une plus

grande diligence dans son action et la sûreté juridique qui résulte des règles de procédure applicables à cette action, devra, selon cette thèse, être estimé au cas par cas par une commission incluant le président, sachant que dans tous les cas, la justice pourrait contrôler ce point d'équilibre.

Un autre outil, mis à la disposition du Conseil de la concurrence est l'injonction, une sanction possédant un effet régulateur plus ciblé que la sanction pécuniaire. Bien que très utile et présentant de nombreux avantages dans la régulation des marchés de taille limitée avec un dommage à l'économie relativement restreint, nous recommandons que les ententes occultes lors de soumissions à des marchés publics ainsi que les pratiques impliquant des entreprises récidivistes, ne soient pas susceptibles de faire l'objet d'un simple traitement administratif à travers l'injonction. . De plus, l'injonction doit viser seulement à mettre fin à la pratique illicite repérée, et non à élaborer une pratique vertueuse de substitution. D'où le fait que le pouvoir d'injonction doit, à notre avis, se limiter généralement à des applications négatives : le Conseil enjoindrait de s'abstenir de faire, mais non de faire, ou de retirer une clause mais non d'en introduire une, ceci marquant bien que le Conseil n'est pas le juge des contrats et que c'est à ses dirigeants, et non pas au Conseil de diriger l'entreprise. Aussi, ces injonctions doivent être rédigées de façon telle qu'elles s'imposent sans qu'aucune interprétation n'en soit possible.

En outre, l'effectivité de l'injonction est inséparable du caractère contraignant de la sanction pécuniaire car elle tire sa force de ce que son éventuel non respect devient passible de sanction.

Aujourd'hui, les ententes devenant de plus en plus sophistiquées, et la preuve de plus en plus difficile à établir (rappelons qu'il appartient à l'institution de concurrence de prouver l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, en réunissant un faisceau d'indices pertinents, cohérents et convaincant de l'existence d'une entente), et dans un contexte de marché en évolution rapide, de nouveaux outils ont été élaborés pour lutter contre les ententes et réguler efficacement les marchés. Ces outils qui se distinguent par leur nature à pouvoir être négociés, ont été introduits dans la réforme de juillet 2014 relative au droit de la concurrence. Cependant, étant importés, et ne résultant ainsi pas d'une évolution de la pratique de lutte contre les ententes anticoncurrentielles du Conseil de la concurrence marocain, nous proposons quelques éléments pour leur mise en œuvre efficace.

La procédure d'engagements qui permet aux entreprises de proposer elles-mêmes des solutions en amont de la procédure contentieuse est un exemple d'outil alternatif qui peut s'avérer particulièrement adapté pour garantir le fonctionnement concurrentiel des marchés, spécifiquement dans le cas d'entente verticale. Pour cette alternative de protection du marché contre les ententes, nous recommandons plusieurs éléments pour son application.

1- l'acceptation des engagements à tout moment de la procédure et ce, pour une question de souplesse compte tenu de la jeunesse de l'institution, contribuant ainsi à répandre positivement la culture de la concurrence. Cependant, si c'est le Conseil qui initie une demande d'engagement à l'entreprise, celle-ci devra disposer d'un délai raisonnable pour présenter des engagements répondant à l'évaluation préliminaire.

2- L'application de la procédure d'engagement à tout type de pratiques anticoncurrentielles et notamment les ententes, le but étant de répandre la culture de la concurrence et non de pénaliser les entreprises, et ce toujours pour des raisons de souplesse et de volonté « d'assainir » l'économie marocaine.

3- L'acceptation des engagements uniquement si leur conformité et leur efficacité sont certaines quant à la préservation ou le rétablissement du respect des règles de concurrence dans le secteur en question (aucun doute sur le caractère sérieux et suffisant pour répondre aux préoccupations de la concurrence)

4- La possibilité de révision des engagements acceptés soit sur la demande de l'entreprise, soit de sa propre initiative :

a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;

b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou

c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.

5- La nécessité de se conformer précisément à ce qui est nécessaire, de façon à préserver l'équilibre économique, et ne pas défavoriser l'entreprise même dans l'équilibre concurrentiel, le rétablissement de l'équilibre

concurrentiel devant satisfaire aux exigences de proportionnalité, de crédibilité et de pertinence, et ne pas verser dans l'excès.

6- Le bénéfice de l'immunité d'amende aux entreprises s'engageant à modifier une pratique potentiellement anticoncurrentielle et la fin des poursuites de manière relativement informelle, sans établissement de culpabilité aux entreprises (ceci permet de faire bénéficier de davantage de sécurité aux entreprises qui se dirigent vers la procédure d'engagements, incitant d'autres à faire de même).

7- les engagements proposés doivent être substantiels, crédibles et vérifiables.

8- La mise en place d'une équipe dédiée au suivi de leur bonne exécution.

9- La nouvelle autorité de la concurrence ne doit pas être liée par la proposition d'engagements (elle ne devra jamais en avoir l'obligation, surtout si elle estime que ce n'est pas la meilleure solution), ni par le fait même d'avoir accepté de négocier, et doit conserver son pouvoir d'appréciation.

La non contestation des griefs est un outil de plus que le législateur a mis à la disposition du nouveau Conseil de la concurrence du Maroc pour lutter efficacement contre les ententes. Cette thèse recommande des modalités pratiques pour sa mise en œuvre :

- La demande du bénéfice de ce mécanisme doit être effectuée par l'entreprise après qu'elle ait reçu la notification des griefs, dans un délai qui lui est imparti pour y répondre.
- La renonciation doit couvrir à la fois les faits constitutifs de ces pratiques, leur objet et leurs effets anticoncurrentiels, leur durée et les modalités de participation de l'intéressé aux pratiques.
- L'entreprise ne doit contester ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification juridique au regard de dispositions de la loi, ni le fait que la pratique dénoncée lui est imputable, le tout de manière claire, complète, dépourvue d'ambiguïté et inconditionnelle.

La clémence, nouvel outil, également introduit dans la réforme, permet au Conseil de la concurrence de détecter, de faire cesser et de réprimer plus efficacement les ententes (spécifiquement les ententes horizontales), en contrepartie d'un traitement favorable accordé dans certaines conditions, aux entreprises qui en dénoncent l'existence et qui coopèrent à la procédure engagée à leur sujet. Ce programme ne pourra toutefois devenir un succès à l'instar d'autres pays l'ayant expérimenté, que si certaines conditions sont respectées. Cette thèse propose les modalités essentielles pour son application effective :

- l'exonération totale de sanctions pécuniaires serait accordée à la première entreprise qui fournit des informations et des éléments de preuves de l'existence de cette entente (description détaillée de l'entente, la durée et la nature de l'entente, identification des autres participants, les preuves étayant ces allégations..), le Conseil de la concurrence ne disposant pas d'informations

sur l'entente présumée ou d'informations suffisantes pour procéder à des mesures d'investigations.

- l'exonération partielle bénéficierait à l'entreprise qui fournit des éléments de preuve de l'infraction présumée, apportant une valeur ajoutée significative, c'est-à-dire s'ils renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de l'Autorité à établir l'infraction présumée, et ce par rapport aux éléments de preuve dont celle-ci dispose déjà.
- Le niveau d'exonération des sanctions pécuniaires sera fonction de la mesure dans laquelle les éléments apportés ont une valeur ajoutée significative mais aussi du rang et de la date à laquelle la demande aura été présentée et de la valeur des éléments fournis, étant précisé que la réduction partielle d'amende ne pourra excéder 50% (à l'instar des pays européens) du montant qui aurait été imposé en l'absence de clémence.
- l'entreprise doit apporter une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'instruction et fournir tout élément de preuve en sa possession, mettre fin à sa participation aux activités illégales et ne pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause.
- La transparence de la procédure : la certitude, la clarté et la priorité concernant les amendes encourues doivent être sans équivoque pour l'entreprise
- La réduction globale des sanctions encourues, doit englober aussi bien les sanctions pécuniaires, pénales que civiles. Le programme ne peut être que plus efficace s'il permet de mettre les dirigeants à l'abri des sanctions pénales.

- La création de la fonction de conseiller en clémence au sein de l'institution de concurrence, non seulement facilitera l'usage de cet instrument mais consolidera également l'action de lutte contre les cartels.

Ce tour d'horizon des outils mis à la disposition du Conseil de la concurrence, et des procédures recommandées par cette thèse pour leur mise en application, montre que la matière est riche et complexe, et va encore évoluer. Cette panoplie d'outils est par ailleurs inspirée d'expériences étrangères, il faudrait de fait la faire adapter à la réalité marocaine avec une vision du marché non pas abstraite et purement juridique, mais plus économique, pragmatique et réaliste (par exemple le montant des sanctions, bien que devant être dissuasif, ne doit pas menacer la pérennité même de certaines entreprises, et donc l'emploi de leurs salariés). En outre, le Conseil devra à travers sa propre expérience, trouver l'équilibre entre la fermeté dans ses décisions, le prononcé de sanctions sévères, et l'emprunt de voies alternatives adaptées au cas par cas. Avec la propagation de la culture de la concurrence et la pratique décisionnelle du Conseil, le montant des sanctions devrait s'accroître progressivement chaque année.

A ce titre, la nouvelle institution devra jouer un rôle didactique et de popularisation. Cette action au long terme (advocacy) est nécessaire, car le premier moyen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, et en l'occurrence les ententes, doit être la diffusion d'une véritable culture de la concurrence. Le travail d'advocacy du Conseil vise à aider les pouvoirs publics à s'assurer du caractère pro concurrentiel de leurs réformes. Les avis,

les enquêtes sectorielles et la participation à l'élaboration des réformes sont l'occasion pour le Conseil de transmettre un message au gouvernement, au parlement et aux acteurs économiques.

Parallèlement à cela, le Conseil de la concurrence devra contribuer activement à la mise en conformité des entreprises qui souhaitent de façon volontaire rétablir l'équilibre concurrentiel. Ce rôle d'accompagnateur est un impératif logique dans la mise en œuvre de la réforme et qui vise aussi à donner à celle-ci le meilleur rendement.

Ainsi la loi donne au Conseil le droit d'user du glaive, mais dans notre pays où la concurrence est un concept récent, et où la culture de la concurrence est faible et fragile, l'institution devra trouver ce juste équilibre entre guider et punir. Encore jeune, il lui reste à gagner progressivement en notoriété pour que d'une part, les marocains aient davantage confiance en leur économie et sachent qu'il existe un arbitre impartial, prêt à sanctionner les pratiques illicites dommageables à l'économie, à la hauteur des dommages causées et d'autre part, pour orienter les pratiques et appliquer l'outil adéquat en mesure de garantir l'aspect éthique du marché à travers un régime concurrentiel contrôlé. Tout cela suppose la visibilité et la transparence de ses actions.

La loi ne constituera une réforme réussie qu'avec une réelle volonté politique de sa mise en œuvre effective. Il faudrait la pourvoir de moyens suffisants pour remplir ses missions et soutenir ses ambitions, en l'occurrence le suivi de ses décisions.

Evidemment, le citoyen marocain n'en verra les bénéfices que si la politique de concurrence est combinée à la politique de redistribution, de solidarité,

d'aménagement du territoire, d'innovation, de compétitivité permettant de stimuler la croissance, la création d'emplois et la production de richesse avant que celle-ci ne soient redistribuée.

Bibliographie

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et Ouvrages collectifs

Actes du Colloque International, organisé par l’Institut du Management et du Droit de l’Entreprise, Dix Années de Droit des entreprises au Maroc, Casablanca, Editions IMADE, les 20 et 21 avril 2007.

BENDRAOUI, A., La protection du consommateur au Maroc, REMALD, Rabat, 2002.

BIENAYME, A. (Dir.), Les Nouvelles Approches de la Concurrence, ECONOMIA, Paris, 2002.

CANIVET G. (Dir.), La modernisation du droit de la concurrence, LGDJ, édition par Carole Champalaune, Conseiller référendaire à la Cour de cassation, Paris, 2006.

CIBERT-GOTON V., ALBORTCHIRE A., Pratique du droit de la concurrence et de la consommation, Editions ESKA, Paris, 2007.

CHAGNY M., Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Prix Georges Ripert de la Chancellerie des Universités de Paris, Editions Dalloz, 2004.

COT, J., DE LA LAURENCIE, J., Le contrôle français des concentrations, Paris, L.G.D.J, 2003

Conseil d'Analyse économique, ENCAOUA D., GUESNERIE R. (Rapport), LORENZI J., MOUGEOT M. (Commentaires), BRUNET, F., CHONE P., FLOCHEL L., GRIFFITH R., PERROT A., SPECTOR D. (Compléments), Politiques de la concurrence, La Documentation française Paris, 2006.

Encaoua D., Guesneri R., Politiques de la concurrence, La Documentation française. Paris, 2006.

FERRIER D., FERRE D., Droit du Contrôle National des Concentrations, Paris, Dalloz, 2004.

KATZ D., Juge Administratif et Droit de la Concurrence, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – PUAM, 2004.

Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, Paris, 2006.

PAULIAT H. (textes réunis), Services publics, concurrence, régulation : le grand bouleversement en Europe ? Presses universitaires de Limoges, Pulim, 2008.

PETIT N., Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, LGDJ, Bruylant Bruxelles, 2007

ROMANO F., Mondialisation des Politiques de Concurrence, L'Harmattan, Paris, 2003.

Séminaire Euro - Méditerranéen, organisé par le Ministère délégué auprès du Premier Ministre chargé des Affaires Générales du Gouvernement en partenariat avec la CNUCED, DROIT ET POLITIQUES DE LA CONCURRENCE, Casablanca, les 18 et 19 juillet 2000.

SIBONY A, Le juge et le raisonnement économique en Droit de la Concurrence, Paris, Lextenso éditions, 2008

VOGEL L., Droit français de la concurrence, LawLex, Paris, 2006.

Documents Publics

Amicale des cadres de la D.G.C.C.R.F, Guide juridique et pratique du consommateur, Héricy, Editions du Puits Fleuri, 2005.

Autorité de la concurrence, France, 25 ans pour construire la concurrence, L'impact de 25 ans de concurrence, 2011

Autorité de la concurrence, Culture, Médias et Concurrence, La documentation française, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2011

Autorité de la concurrence, La concurrence au service des consommateurs et des entreprises, Rapport annuel 2011, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2012.

Autorité de la concurrence, Une économie régulée, un consommateur protégé, Rapport annuel 2011 –synthèse, Service communication, Paris, 2012.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Genève, 2001.

Conseil de la concurrence, Royaume du Maroc, Rapport annuel, 2010.

Conseil de la concurrence, Royaume du Maroc, Rapport annuel, 2011.

Conseil de la concurrence, Royaume du Maroc, Rapport annuel, 2012.

Conseil de la concurrence, Royaume du Maroc, Rapport annuel, 2013.

Enforcement Guidelines, Office of Federal Trade, Grande Bretagne.

F. EL BACHA, l'astreinte en droit marocain, mémoire DES, Université Mohammed V Agdal, 1984.

OCDE, Competition Assessment Toolkit, Principles, Version 2.0, 2011

OCDE, Guide pour le développement des politiques de consommation, 2010

OCDE, Manuel pour l'évaluation de la concurrence, version 2.0, 2011

OCDE, Concurrence et Réduction de la Pauvreté, Forum mondial sur la concurrence, 2013.

Revue des droits de la concurrence, Concurrences, N° 4, Institut de droit de la concurrence, 2009.

Articles scientifiques

EL BACHA F., « Le Conseil de la concurrence n'existe que dans les textes ? », L'Economiste, en ligne, Edition N°2292, 07-06-2006.

EL BACHA F., « Le Conseil de la concurrence enterré », L'Economiste, Edition N° 2783, 23-05-2008

EL BACHA F., « La protection des consommateurs contre les clauses abusives », L'Economiste, en ligne, Edition N°3533, 19-05-2011.

MC GIVERN V., MOSADEQ S., «La politique de la concurrence et la politique de la protection des consommateurs », Viewpoint, en ligne, CUTS (Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, India, nov 2008.

PRIETO C., « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de *Private enforcement*, Concurrences N°4, 2008

Articles de Presse

L'Economiste, « La situation exige l'adoption d'un code de la consommation », entretien avec EL BACHA F., en ligne, Edition N°4167, 09-12-2013.

Le Matin, « L'adoption du projet de loi sur le Conseil de la concurrence avance trop lentement selon Benamour », en ligne, 22- 10- 2013

Le Matin, « La nomination des membres du Conseil par le gouvernement compromettrait leur indépendance », Entretien avec BENAMOUR A., en ligne, 22-10-2013