

MOUNAFASSA

La lettre d'Information du Conseil de la Concurrence

N° 10 Mars 2011

- ▶ EDITORIAL : Mr Abdelali BENAMOUR
Président du Conseil de la Concurrence 2

- ▶ Le contrôle des opérations de concentration : escale sur
la notion de concentration
Sanaê El HAJOUI 2

- ▶ Quand est-ce qu'un accord de distribution exclusive peut être
perçu comme abus de position dominante
Rachid BENABDELLAH 3

- ▶ Bilan d'activités du Conseil de la Concurrence
M.SBAI IDRISSE 4

EDITORIAL

Perspectives pour le Conseil de la Concurrence en 2011

Difficile objectivement de bien cerner les perspectives pour notre Conseil en 2011. En fait, autant nous pouvons décliner tout ce qui relève de notre propre initiative, autant il est difficile de se prononcer sur les résultats, particulièrement parce que notre institution n'est pas encore autonome.

Globalement, quel est notre objectif pour 2011 ? Il s'agit, au-delà de remplir nos fonctions avec le maximum de diligence, d'arriver à faire du Conseil une institution indépendante, décisionnelle et bénéficiant des pouvoirs d'auto-saisine et d'enquête en matière de régulation de la Concurrence afin de pouvoir contribuer, à travers la lutte contre toutes les formes de rentes, au bien être du consommateur et à l'efficience, donc la compétitivité du tissu économique national.

Pour atteindre ce résultat, notre stratégie repose sur trois choix fondamentaux : renforcer nos capacités institutionnelles internes de façon à faire preuve de nos compétences en la matière ; répandre la culture concurrentielle de façon à nous faire comprendre et à assurer le soutien de l'opinion publique, particulièrement des leaders d'opinion, du monde économique, de la magistrature, de la société civile et des médias ; sensibiliser le gouvernement et agir auprès de la tutelle en proposant le contenu de la réforme de la loi 06-99, réforme qui nous mettrait au diapason de ce qui prévaut en la matière sur le plan international, surtout qu'on est membre de l'OMC, qu'on a signé le statut avancé avec l'Union Européenne et plusieurs accords de libre échange avec beaucoup d'autres pays.

Evidemment, on peut d'ores et déjà dire que nous agissons et militerons de toutes nos forces pour atteindre nos objectifs, mais le résultat ne dépend pas uniquement de nous. C'est le gouvernement qui est responsable de la présentation du texte au Conseil, puis au conseil des ministres et enfin au parlement.

En conclusion, nous pouvons donc dire que le Maroc dispose maintenant d'un véritable Conseil de la Concurrence ; qu'on continuera à renforcer son action ; mais nous sommes conscients que la loi 06-99 ne lui laisse que peu de latitude d'action. C'est pour cela que nous disons que pour renforcer ses réformes économiques, notre pays a besoin d'introduire un certain nombre d'amendements à la loi 06-99.

Abdelali BENAMOUR
Président du Conseil de la Concurrence

Le contrôle des opérations de concentration : escale sur la notion de concentration

Pour que tout projet de concentration entre dans le champ d'application de la loi n° 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence, il doit répondre à la notion de concentration.¹

L'article 11 de la loi 06-99 dispose : « *La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs entreprises une influence déterminante* ».

Il y a concentration lorsqu'une opération permet soit un transfert de propriété ou de jouissance, qualifié par un critère de moyen soit l'acquisition d'une influence déterminante qualifiée par un critère de résultat.

La présence de la conjonction de coordination « ou » entre les deux alinéas de l'article 11 précité impose le caractère alternatif du critère de moyen et de résultat.

1-Transfert de propriété ou de jouissance: critère de moyen

Le transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise est généralement interprété comme couvrant toutes les opérations que l'on qualifie de concentrations comme d'une part « *les absorptions, les fusions, les apports partiels d'actifs, les prises de participation, les créations de filiales* » et d'autre part « *les actes qui assurent la dépendance ou la domination d'une société ou d'un groupe de sociétés par une autre société ou un autre groupe de sociétés* ».²

Ce critère distingue la nature du transfert effectué de son objet. Si le transfert de propriété peut être interprété comme tout acte juridique de disposition du propriétaire qui affecte de façon perpétuelle les droits qui en font l'objet, le transfert de jouissance correspond à la constitution ou au transfert d'un droit.

Concernant l'objet du transfert, l'article 11 de la loi 06-99 stipule : « *sur tout ou partie des biens, droits et obligation d'une entreprise...* ». Il s'agit donc des moyens structurels et des moyens non structurels permettant de conférer une influence déterminante.

Les moyens structurels consistent dans la détention de droits sur le capital³ ou d'actifs d'une entreprise . En revanche, les moyens non structurels ont pour effet de mettre une entreprise⁴ dans une situation de dépendance économique même en l'absence de lien capitalistique ou d'intégration d'activité (exemple des accords de distribution).

2- L'influence déterminante: critère de résultat

La notion d'influence déterminante est fondamentale en droit de la concurrence marocain qui définit alternativement la concentration par rapport au résultat auquel elle conduit: « *La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs entreprises une influence déterminante* ».

L'influence déterminante signifie le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise⁵. Ce critère permet d'appréhender donc les opérations qui attribuent à l'une des parties à l'opération examinée une influence déterminante qu'elle n'avait pas antérieurement à la concentration.

La loi 06-99 ne détermine pas le domaine dans lequel il doit y avoir une influence déterminante. En revanche, le droit communautaire prévoit que l'influence déterminante porte sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise⁶.

En conclusion, contrairement au droit marocain, la quasi-totalité des législations européennes de la concurrence a transposé la définition du droit communautaire⁷. La reprise de cette définition offre une sécurité juridique aux entreprises puisqu'elle permet de contrôler efficacement les opérations de concentration non seulement nationales mais aussi transfrontalières. Elle favorise ainsi les convergences d'interprétation entre les autorités de la concurrence.

¹ Jacques ZACHMANN note, dans son ouvrage le contrôle communautaire des concentrations que: « La notion de concentration sert de fondement à la construction binaire qui distingue en droit de la concurrence le contrôle des structures et le contrôle des comportements ».

² DRISSI ALAMI MACHICHI, Mohamed. Concurrence : droits et obligations des entreprises au Maroc. éd Eddif et L'économiste, 2004, p. 108.

MERNISSI, Mohamed, Domaine d'application du contrôle des concentrations et procédure applicable. Colloque sur le droit de la concurrence, 7 mai 2002, p. 22.

³ La détention du capital concerne l'acquisition par une entreprise de la majorité ou de la totalité du capital d'une autre entreprise. Toutefois, la détention de la minorité du capitale permet d'exercer un contrôle au sens droit de la concurrence dans certains cas notamment la possibilité de nommer certains responsables soit au sein des organes délibérant soit dans l'entreprise, le fait d'avoir avec l'entreprise des relations commerciales très privilégiées (par exemple des contrats de distribution) ou d'être le principal partenaire économique de l'entreprise....

⁴ Les actifs faisant l'objet de la concentration peuvent être corporels : il s'agit de l'acquisition d'unités de production ou de commercialisation. Ils peuvent être également incorporels : marque ou licence de marque, brevet, savoir-faire, clientèle.

⁵ Article 3 § 62 Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01).

⁶ Règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

⁷ Article 3 du Règlement (CE) no 139/2004. V. également la communication (2008/C 95/01).

S. EI HAJOU
Rapporteur

Agenda du mois de Mars

- Participation du Conseil au premier forum Africain de la Concurrence à NAIROBI
- Rencontre organisée avec les membres de la Chambre de Commerce de Marrakech

Quand est-ce qu'un accord de distribution exclusive peut être perçu comme abus de position dominante

L'accord de distribution exclusive est une convention par laquelle le fournisseur limite ses ventes à un seul acheteur dans un territoire déterminé. D'une part le fournisseur s'interdit de livrer d'autres distributeurs dans la zone d'exclusivité ; et d'autre part, le distributeur s'interdit de prospecter la clientèle hors du territoire qui lui a été concédé.

La question qui se pose est celle de savoir si les accords de distribution exclusive constituent en eux-même un abus de position dominante lorsque l'un des contractants détient une telle position.

Les accords d'exclusivité ont un caractère ambivalent. Ils peuvent, notamment, favoriser l'ouverture des marchés à de nouveaux opérateurs économiques ou permettre de sécuriser les investissements d'un opérateur souhaitant développer une nouvelle technologie ou une opération de marketing. Ils peuvent, dès lors, produire des effets proconcurrentiels. Toutefois, une entreprise dominante peut utiliser des clauses d'exclusivité pour distordre la structure du marché à son profit et aux dépens des consommateurs.

Lorsqu'une obligation d'exclusivité restreint l'accès des concurrents à la demande ou aux facteurs de production, ou conduit à une augmentation de leurs coûts, elle constitue une barrière artificielle à l'entrée qui peut permettre à l'entreprise qui l'a instaurée de maintenir ou de renforcer son pouvoir de marché.

De même, les contrats d'exclusivité peuvent contenir certaines dispositions anticoncurrentielles qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Les cas de figure sont multiples. On peut citer à titre d'exemple le fait d'exiger l'exclusivité d'un distributeur alors qu'elle n'est pas exigée des autres. Une telle situation peut être qualifiée d'exploitation abusive d'une position dominante.

En pratique, les autorités de la concurrence, dans leurs analyses des accords d'exclusivité, apprécient les effets de ces accords au cas par cas en tenant compte des circonstances concrètes du marché.

Dans la décision 07-MC-01 du 25 avril 2007, l'autorité de la concurrence française a rappelé son approche générale de l'exclusivité : *«La conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même, un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante. Si, en effet, de telles clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l'effet – constaté ou potentiel – d'éviction qu'elles comportent un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce.»*

A travers sa décision n° 08-D-10 en date du 7 mai 2008, l'autorité précitée a relevé les principaux éléments à prendre en compte pour apprécier le caractère anticoncurrentiel des clauses d'exclusivité : *« il convient [...] de s'assurer que les clauses d'exclusivité n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.»*

De son côté, la cour d'appel de Paris a défini, dans un arrêt du 7 mai 2002, les critères d'appréciation de l'effet sur la concurrence de clauses d'exclusivité dans un contrat de distribution : *«L'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes.»*

A signaler enfin que si les accords de distribution exclusive examinés ont pour effet d'assurer un progrès économique ou qu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire; ils peuvent bénéficier des dispositions de l'article 8 de la loi 06.99 sur la liberté des prix et de la concurrence.

Il convient de préciser à cet égard que la charge de la preuve repose sur les entreprises mises en cause. Celles-ci doivent établir le lien causal entre les pratiques et les gains allégués, et démontrer que ceux-ci ne pouvaient pas être obtenus par une méthode moins nuisible pour la concurrence. Les gains possibles concernent notamment les incitations à l'investissement, en particulier la protection contre les risques d'opportunisme et de parasitisme, mais peuvent aussi avoir trait à un partage efficace du risque, à des économies de coût de transaction ou au maintien d'une image de marque. Les pratiques ne doivent pas éliminer toute concurrence et les gains doivent profiter, au moins en partie, aux consommateurs. Les effets restrictifs de concurrence seront mis en balance avec les bénéfices escomptés, afin de décider si la pratique en cause doit être ou non proscrite.

R. BENABDELLAH
Rapporteur

Etudes sectorielles

Durant le mois de février, la Direction des études a tenu plusieurs séances de travail avec les cabinets chargés de études sectorielles. Ces séances ont pour but le suivi de l'état d'avancement de l'étude, le recadrage en cas de nécessité et la mise au point quant à la restitution définitive de l'étude.

Ces séances se sont déroulées comme suit :

- 4 février : Crédit à la consommation
- 7 février : Marché de gros
- 23 février : Huiles de table
- 25 février : Marchés publics

Bilan des principales activités du Conseil - Février 2011 -

• 4 février 2011

Rencontre à la chambre du Commerce et d'Industrie et de Services de Casablanca. Cette rencontre s'inscrit dans le cadre de la politique de proximité préconisée par le Conseil depuis sa réactivation. En effet à l'instar des rencontres régionales réalisées lors des deux précédentes années, une série de rencontres est prévue pour l'année 2011 orientées cette fois-ci vers les chambres professionnelles

• 17&18 février 2011

Participation du Conseil au Forum annuel sur la concurrence organisé par l'OCDE à Paris. Monsieur le Président, accompagné par le Secrétaire Général et le Rapporteur général ont participé à cette rencontre. Les contributions écrites du conseil ont été retenues par le comité d'organisation et figure au niveau du portail de l'OCDE.

Cette année la rencontre s'est articulée autour des thèmes suivants :

- les concentrations transfrontalières
- les ententes en temps de crise

• 24 février 2011

Tenue de la 12ème session du Conseil (Session ordinaire).