



Université Mohammed V de Rabat



FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES
ECONOMIQUES ET SOCIALES - AGDAL

RENCONTRE SCIENTIFIQUE

ACTES DE CONFERENCE

DROIT DE LA CONCURRENCE : BILAN ET PERSPECTIVES D'EVOLUTION

Sous la direction de Halima BENSOUDA,
Professeure à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques
et Sociales - Agdal - Rabat

Edition 2022

Avec le concours de la Faculté des Sciences
Juridiques, Economiques et Sociales Agdal-Rabat

RENCONTRE SCIENTIFIQUE

ACTES DE CONFERENCE

DROIT DE LA CONCURRENCE : BILAN
ET PERSPECTIVES D'EVOLUTION

Sous la direction de Halima BENSOUDA,
Professeure à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et
Sociales - Agdal - Rabat

Edition 2022

*Avec le concours de la Faculté des Sciences Juridiques,
Economiques et Sociales Agdal-Rabat*

SOMMAIRE

Fiche de Présentation..... 3

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE:

Farid El Bacha,..... 7

Fali ALLAL,..... 9

Latifa El Mahdati, 12

Halima Bensouda, 15

**Note introductive : Droit de la concurrence : Bilan et perspectives
d'évolution 23**

Amin Hajji

PANEL 1: DROIT DE LA CONCURRENCE ET ENVIRONNEMENT ECONOMIQUE

Concurrence dans le secteur bancaire 37

M. Nabi Badr

**La concurrence à l'épreuve de l'exorbitance du droit des
entreprises en difficulté 47**

Selma El Hassani Sbai

De quelques spécificités du droit allemand de la concurrence 68

Laurence Nicolas-Vullierme

**Droit de la concurrence : approche comparative allemande en droit
des énergies 79**

M. EL BACHA RABII

Panel 2: DROIT DE LA CONCURRENCE : PERSPECTIVES D'EVOLUTION

Droit de la concurrence, perspectives d'évolution: Vers une prévisibilité et une sécurité juridique accrues, nécessaires à la promotion de la concurrence libre et loyale 93

Maitre Corinne Khayat

De la « compliance » en entreprise pour une meilleure intégration du droit de la concurrence 106

Nadia Benzakour

Le sort des concentrations économiques et leur futur ressort ... 121

Me Moulay El Amine EL HAMMOUMI IDRISI

Fiche de Présentation

La concurrence est le principe de base du libre marché. Elle est une forme de « démocratie économique » ou d'équité dont le but ultime est le bien-être de la société. Notre loi suprême énonce d'ailleurs que l'Etat garantit la liberté d'entreprendre et son corollaire la libre concurrence. Cependant livré à lui-même, le mécanisme de marché peut nuire aux acteurs économiques y compris le consommateur.

Le droit de la concurrence vient établir les règles nécessaires pour garantir le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

La Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales – Rabat Agdal organise une conférence pour dresser le bilan, après 20 ans, de la mise en œuvre de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence (Dahir n° 1-00-225 du 5 juin 2000), et dégager des perspectives d'évolution.

Les deux dernières décennies furent marquées par des modifications majeures. En prohibant les pratiques anticoncurrentielles, à savoir les ententes, les abus de domination et les offres de prix de vente abusivement bas, et en établissant un contrôle à priori des concentrations, la loi-06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence met fin à la

réglementation des prix comme principe général, et institue un nouveau régime de la régulation des activités économiques.

En 2011, Le Conseil de la concurrence fut érigé en institution constitutionnelle. Celle-ci a pour rôle d'assurer, dans le cadre d'une organisation libre et loyale, 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 (article 166 de la Constitution). Les nominations des présidents du régulateur de la concurrence ont raffermi la politique économique gouvernementale liée à la concurrence.

Depuis juin 2014, un autre pas en avant est réalisé avec la réforme de la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence. Désormais deux lois renforcent le régime de protection de la concurrence au bénéfice du consommateur : la loi n°20-13 relative au Conseil de la concurrence et la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence.

Le bilan permettra d'analyser l'adéquation des réformes adoptées relatives au droit de la concurrence, au contexte économique, juridique, institutionnel et social.

Cette journée de conférence est aussi l'occasion d'ouvrir le débat sur les perspectives d'évolution en ce qui concerne le droit de la concurrence et les enjeux économiques, technologiques, politiques, juridiques, institutionnels et procéduraux.

Allocutions d'Ouverture

Farid El Bacha,

Doyen de la FSJES Agdal-Rabat

Chers collègues,

Je tiens à féliciter notre département de droit privé pour cette initiative agissante qui intéresse un segment stratégique de notre système juridique : le droit de la concurrence.

Une économie de marché n'est pas une économie sans droit. La régulation s'impose dans l'intérêt de l'économie et des consommateurs. La création du conseil de la concurrence et sa constitutionnalisation en 2011 ainsi que les normes juridiques le régissant et celles régissant la liberté des prix et la concurrence constituent les maillons essentiels de ce dispositif de régulation.

L'action du conseil de la concurrence depuis sa création et ce dans les différentes attributions qui sont les siennes méritent aujourd'hui un débat et une réflexion collectives, multidisciplinaires pour dégager la juste mesure de sa contribution à la régulation du marché.

Les travaux de la commission permanente du conseil, de son rapport annuel, de ses avis, de ses études, de ses enquêtes et de ses décisions constituent une source riche d'enseignements pour

nos chercheurs. Leur présence parmi nous aujourd'hui, au côté de leurs professeurs, témoignent de l'intérêt qu'il porte à cette institution et à sa production.

Notre Faculté est ouverte à établir et consolider ses relations de travail et de coopération avec le conseil de la concurrence afin de contribuer à la création de savoir pour un droit concurrentiel, capable d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques.

Merci pour votre attention.

Fali ALLAL,

*Chef de département de droit privé,
FSJES Agdal-Rabat*

Cher Doyen, notre grand professeur M. Farid El Bacha

Chers collègues

Chère professeure Mme. Halima Bensouda

Honorable assistance

La concurrence, principe fondamental de l'économie et du marché. Sa garantie est une nécessité cruciale pour la bonne démarche des échanges commerciaux et économiques. Mais il ne faut pas seulement avoir ou établir une concurrence entre les différents concurrents dans les différents secteurs, la concurrence doit être loyale et équitable pour ne pas nuire aux intérêts des consommateurs, des petits producteurs des biens et des services et aux intérêts de l'Etat.

Pour donc garantir l'équilibre entre les différentes parties concernées, les différentes législations ont instauré un arsenal juridique organisant la concurrence et les prix. Au Maroc, une loi n 06.99 relative à la liberté des prix et de la concurrence a été promulguée par le Dahir du 5 juin 2000, mais elle est restée loin

des attentes et n'était plus adaptée aux réalités économiques, sociales nationales et internationales puis qu'elle ne confère au Conseil de la concurrence qu'un statut d'organe consultatif.

Vue donc l'inefficacité et l'inadaptabilité de cette loi, le législateur marocain a réformé le droit de la concurrence en adoptant en 2014 deux lois essentielles : La loi 104.12 relative à la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir 1.14.116 du 30 juin 2014, et la loi 20.03 relative au Conseil de la concurrence promulguée par le Dahir 1.14.117 de la même date.

La nouvelle réglementation a renforcé les prérogatives du Conseil de la concurrence qui est devenu un organe décisionnel, elle a aussi institué des innovations en matière de pratiques anticoncurrentielles, et a instauré des nouveaux seuils en matière de concentrations économiques.

Après plus de 20 ans de l'adoption de la loi 06.99 et plus de 6 ans de l'adoption des lois 104.12 et 20.03, le temps est adéquat pour se demander sur le bilan actuel de la concurrence au Maroc, et sur l'impact des dernières réformes sur l'environnement économique, juridique et social.

Pour répondre à ces différentes questions et problématiques, notre faculté des sciences juridiques, économiques et sociales Agdal, notre département de droit privé et notre laboratoire de droit privé organisent une journée de réflexion sur le bilan et les perspectives du droit de la concurrence au Maroc. Et qui sera répartie en deux panels : le premier panel sera « Analyse

rétrospective : droit de la concurrence et environnement économique », et le second panel sera « Droit de la concurrence: perspectives, d'évolution ».

Je souhaite plein succès aux travaux de cette journée et je réitère mes remerciements et mes gratitudes aux différents participants, et à ma chère amie et collègue Madame Bensouda.

Merci

Latifa El Mahdati,

*Directrice du laboratoire de Droit Privé,
FSJES Agdal-Rabat*

C'est toujours un plaisir de participer à des rencontres scientifiques permettant le partage des connaissances et la réflexion sur des thèmes de disciplines variées.

C'est aussi l'occasion de faire profiter nos doctorant-e-s et nos étudiant-e-s de telles activités. Toute ma gratitude pour Mr le Doyen d'être toujours à l'origine de ces initiatives qui œuvrent pour l'ouverture de notre établissement sur son environnement et permettent le croisement des savoirs et des expériences entre les enseignants et les professionnels de différents pays.

Merci vivement à toutes et à tous les collègues et les intervenant-e-s qui ont bien voulu participer à cette rencontre pour enrichir et développer la recherche scientifique.

Merci chère collègue Pr. Halima Bensouda pour l'initiative de l'organisation de cette activité. Merci de nous donner l'opportunité de nous réunir autour d'un thème d'une importance fondamentale et d'une actualité permanente. Il s'agit du droit de

la concurrence, oui la concurrence que j'ose qualifier de terrain pluridisciplinaire mais vraiment tumultueux.

Ce même sujet a été proposé dans la réunion des quatre laboratoires au sein du Centre d'Études Stratégiques comme thème pour les transversales envisagées par ce centre.

Au fait le droit de la concurrence marocaine a été réformé en 2014 à travers deux nouvelles lois : 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 promulguée par le Dahir numéro 1-14-116 et le Dahir 1-14-117 du 30 juin 2014. Ainsi l'univers de la concurrence va connaître une avancée remarquable qui vise à instaurer un écosystème juste et loyal, articulant entre la protection du consommateur et la compétitivité de l'entreprise. La loi 104-12 apporte plus de transparence dans les opérations économiques susceptibles d'engendrer la dérégulation des marchés.

Quant à la loi 20-13 relative à l'institution du C.C. est venue renforcer les attributions de ce conseil. Ainsi l'article 2 al. 1 stipule que « le conseil a un pouvoir décisionnel en matière de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des opérations de concentrations économiques telles que définies dans la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence ».

Après une période de mutisme du C.C. que certains qualifient de coma, les deux lois précitées ont élargies les attributions de cette institution qui se bornaient aux avis et recommandation sous l'égide la loi 06-99.

Nous savons toutes et tous que les moyens et les outils dont disposait le C.C. sous l'ère de la loi 06-99 n'étaient pas de la même importance que ceux dont il dispose actuellement :

Pouvoir d'auto-saisine.

Pouvoir de décision.

Possibilité de prendre des mesures conservatrices.

Saisine du procureur du Roi).

Ceci lui confère une place de choix parmi d'autres institutions constitutionnelles du Royaume.

Aujourd'hui, les citoyens attendent des membres du C.C. d'honorer leurs engagements en mettant en œuvre le dispositif régulateur mis en place en 2014 afin de relever le défi du nouveau modèle de développement.

Nul doute que les interventions qui vont suivre seront porteuses et enrichissantes.

Halima Bensouda,

Professeure, FSJES Agdal-Rabat

M. Le Doyen

M. Le chef de département, Mme la directrice du laboratoire,
chers professeurs,

Chers intervenants,

Chers étudiants,

Honorable assistance

Avant tout, je tiens à remercier grandement le Doyen de la faculté, Pr Farid El Bacha qui ne cesse d'encourager les initiatives intellectuelles, et qui, continuellement apporte son soutien et ses précieux conseils. Tous nos remerciements.

Les remerciements vont également à tous les intervenants, praticiens et universitaires, qui ont bien voulu participer à cette rencontre scientifique pour apporter leurs points de vue et leurs éclairages sur la question du droit de la concurrence au Maroc.

Je vais présenter à grands traits et en quelques minutes l'historique du droit de la concurrence au Maroc.

La première question qui se pose est la suivante : pourquoi s'encombrer d'un droit de la concurrence, de règles de concurrence lorsqu'on fait des affaires dans une économie de marché ouverte et compétitive ? La réponse est que cette économie de marché se transforme en une économie de rente lorsque les concurrents ne se battent plus à armes égales et que le consommateur acteur du marché devient une victime pénalisée du marché.

Le droit de la concurrence a justement été mis en œuvre ultimement pour le bien être du consommateur. Certains pays, comme le Royaume Uni, la Pologne, l'Australie ou encore l'Afrique du Sud, englobent dans une seule institution la protection des droits du consommateur et la régulation de la concurrence. Dans notre pays, cela n'est pas le cas mais cela fait maintenant plus de deux décennies qu'un droit de la concurrence est entré en vigueur avec comme but ultime le bien être du consommateur. Quand a-t-il été créé et comment a-t-il évolué ?

C'est le 5 juin 2000 que la loi 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence a été promulguée¹. Dès son préambule, elle annonce qu'elle définit les règles de protection de la concurrence afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs². Elle met ainsi en avant, clairement et

¹ Dahir n° 1-00-225 du 2 rabii I 1421 promulgue la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence. (B.O du 6 juillet 2000)

² Le préambule de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence énonce que « [l]a présente loi a pour objet de définir les dispositions régissant la liberté des prix et d'organiser la libre concurrence. Elle définit les règles de protection de la concurrence afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des

directement, le consommateur et son bien-être, précédant de fait la loi 31-08 qui, elle, édicte des mesures de protection du consommateur, et qui n'a été promulguée qu'en 2011³.

Cette loi 06-99 relative la liberté des prix et de la concurrence a été en soi, véritablement révolutionnaire à son époque puisqu'elle a mis fin, officiellement, à la réglementation des prix⁴. Cette loi vient annoncer sans détour, dans son article 2, que les prix des biens, des produits et des services sont, désormais, déterminés par le jeu de la libre concurrence⁵. Les prix répondront donc à la loi de l'offre et de la demande qui devient la règle. L'exception est prévue à l'article 3 qui précise que les prix peuvent être fixés par l'administration après consultation du Conseil de la concurrence, dans les secteurs ou les zones géographiques où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de monopole de droit ou de fait, soit de

consommateurs. Elle vise également à assurer la transparence et la loyauté dans les relations commerciales.

³ Dahir n° 1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011) promulgue la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

⁴ Voir notamment : la loi n° 008-71 du 21 chaabane 1391 (12 octobre 1971) sur la réglementation et le contrôle des prix et les conditions de détention et de vente des produits et marchandises ; le dahir n° 1-57-342 du 27 rebia II 1377 (21 novembre 1957) sur la réglementation et le contrôle des prix

⁵ Le processus de libéralisation et d'ouverture a été entamé dès les années 1970, voir notamment à ce propos la législation de 1973 dite de « marocanisation » de l'exercice de certaines activités économiques qui a consacré la liberté entrepreneuriale au profit des nationaux et la loi de 1989 sur la privatisation du secteur public au profit du secteur privé. Voir aussi A. BENAMOUR, *Contribution de la politique et du droit de la concurrence à la promotion du développement économique*, CNUCED, 8-12 novembre 2010, p. 1-10.

difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires.

Cette loi a également prévu une période transitoire de 5 ans pour le maintien de la réglementation des prix pour les produits et services dont la liste et dont le prix ont été fixés en application de la loi 008-71⁶. Cela présageait la déréglementation des prix à l'échéance des 5 ans.

Cependant, pendant près de 8 ans la mise en œuvre de cette loi a été difficile en raison d'une inadéquation des moyens par rapport à ses missions (la formation des cadres, le fonctionnement du Conseil de la concurrence⁷, etc.)

Une avancée concrète du droit de la concurrence se produira avec la réactivation du Conseil de la concurrence suite au discours royal du 20 août 2008.

⁶ L'article 83 de la loi 06-99 précise en effet que « []es dispositions de l'article 2 de la présente loi ne s'appliquent pas aux produits et services dont la liste et dont le prix ont été fixés en application de la loi No 008-71 sur la réglementation et le contrôle des prix et les conditions de détention et de vente des produits et marchandises. La réglementation des prix de ces produits et services peut être maintenue pour une période transitoire de 5 ans courant à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Demeurent à titre transitoire en vigueur les arrêtés fixant, en application de la loi No 008-71 précitée, les prix des produits et des services visés au premier alinéa ci-dessus jusqu'à leur abrogation conformément à la réglementation en vigueur. Les conditions de fixation des prix desdits produits et services sont fixées conformément à la réglementation en vigueur ».

⁷ Voir: S. EL HAJOU, *le nouveau droit de la concurrence au Maroc*, REMALD, 2016 p. 36-37

Il est vrai que le Conseil de la concurrence n'avait à ce moment-là qu'une mission consultative pour la mise en œuvre du droit de la concurrence, mais elle n'est certes pas à négliger.

Outre les nombreuses activités de sensibilisation à la culture de la concurrence auprès des avocats d'affaire, des juges, des opérateurs économiques, des institutions, de formations, et l'advocay (c'est-à-dire la pédagogie de la concurrence) menées entre 2008 et 2014 par le Conseil de la concurrence, plusieurs études ont été réalisées soulevant des préoccupations de concurrence. En outre, ces études montrent une structure oligopolistique de nombreux marchés, et qui dit oligopolistique, dit marché favorable aux pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de dominance) et besoin accru de surveillance du régulateur.

Des études et des avis peuvent être cités à titre d'exemples, ils concernent des secteurs aussi sensibles que la téléphonie mobile⁸, le ciment⁹, les huiles de table¹⁰, le lait¹¹, le crédit à la

⁸ Etude sur la concurrentiabilité dans le secteur de la téléphonie mobile, Conseil de la concurrence, Rapport Annuel 2011

⁹ Etude sur la concurrentiabilité dans le secteur du ciment, Conseil de la concurrence, Rapport Annuel 2012

¹⁰ Etude sur la concurrentiabilité dans le secteur des huiles de table, Conseil de la concurrence, Rapport Annuel 2012

¹¹ Avis relatif à la concurrence dans le secteur du lait, Conseil de la concurrence, Rapport Annuel 2013.

consommation¹², l'industrie pharmaceutique¹³, l'acquisition de l'insuline¹⁴, les marchés publics¹⁵.

A travers ces études et ces avis, le régulateur a joué son rôle de plaidoyer informant sur l'état concurrentiel des marchés, ne disposant ni du pouvoir décisionnel, ni d'auto-saisine, ni du pouvoir d'enquête. En effet, pendant toute cette période, la régulation de la concurrence était soumise à une structure bicéphale. D'un côté le premier ministre détenait le pouvoir décisionnel et de l'autre le Conseil de la concurrence avait un pouvoir purement consultatif. Les dossiers soulevant des préoccupations de concurrence étaient transmis au premier ministre (ou l'Autorité déléguée par lui à cet effet : le ministre délégué chargé des Affaires Générales et de la Gouvernance)

Le droit de la concurrence fait un bond en avant en 2011 lorsque la nouvelle Constitution élève la notion de libre concurrence en une valeur constitutionnelle¹⁶, l'incluant formellement parmi les principes et les normes de gouvernance. L'article 35 de la

¹² Etude de concurrentiabilité sur les crédits à la consommation, Conseil de la concurrence, Rapport Annuel 2011.

¹³ Etude de concurrentiabilité dans le secteur de l'industrie pharmaceutique, Conseil de la concurrence, Rapport Annuel 2011.

¹⁴ Avis relatif au recours concernant l'acquisition de l'insuline, Conseil de la concurrence, Rapport Annuel 2011.

¹⁵ Etude sur la concurrentiabilité dans le secteur des marchés publics, Conseil de la concurrence, Rapport Annuel 2012.

¹⁶ L'article 35 de la Constitution de juillet 2011 précise que : « L'Etat garantit la liberté d'entreprendre et la libre concurrence ».

Constitution énonce ainsi que : « L'Etat garantit la liberté d'entreprendre et la libre concurrence ».

Dans le même esprit, le Conseil de la concurrence a été érigé en une institution constitutionnelle. L'article 166 de la constitution énonce que :

« Le Conseil de la concurrence est une autorité 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 économiques et de monopole ».

Suite à cela, un revirement législatif complet s'opère avec l'abrogation de la loi 06-99 et l'adoption de deux lois, loi 20-13 relative à la liberté des prix et de la concurrence et 104-12 relative au Conseil de la concurrence.

Il apporte de nombreux apports : notre législation devient complètement en phase avec les normes européennes.

Parmi les principaux apports de la réforme :

- l'unification du contrôle des opérations de concentrations,
- l'élargissement de la liste des entités habilitées à saisir le conseil en y incluant notamment les entreprises,
- la mise en place de sanctions pécuniaires,

- la consécration de nombreuses solutions alternatives ou accessoires à la sanction pécuniaire, tel que les engagements, la non-contestation des griefs ou encore la clémence.

Et le régulateur de la concurrence a désormais un pouvoir décisionnaire (notamment dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des opérations de concentration), un pouvoir d'auto-saisine, et un pouvoir d'enquête.

Note introductive

Droit de la concurrence :

Bilan et perspectives d'évolution

Amin Hajji

Professeur à la FSJES de Casablanca – Ain Chok

L'objet d'une note introductive est en quelque sorte de « planter le décor » et peut être de rapidement « donner le ton » par quelques réflexions sur les divers et riches sujets qui seront abordés au cours de cette journée d'étude qui revient en somme à discuter de l'état des lieux du droit de la concurrence au Maroc et de ses perspectives d'avenir.

Il s'agirait donc développer dans cette présentation quelques idées avec des illustrations liées à l'évolution et à la pratique du droit de la concurrence au Maroc d'une manière chronologique et marquer ainsi les différentes étapes de mutation de ce droit depuis son démarrage par la loi 06-99 du 5 juin 2000 à l'étape d'aujourd'hui avec la mise en œuvre loi 104-12 et 20-13 du 30 juin 2014 et de leurs textes d'application et pour finir sur les perspectives d'avenir de développement de ce droit éminemment stratégique pour le bon fonctionnement de l'économie marocaine.

Pour ce qui concerne la phase première liée à la mise en œuvre de la loi de la concurrence du 5 juin 2000, il semble utile d'essayer de retrouver ce qui était discuté à cette époque aux niveaux académique et doctrinal mais aussi en ceux de la pratique du droit à la lumière du contexte économique national et international dans lequel évoluaient les entreprises à cette époque. Par une coïncidence heureuse, j'ai pu retrouver les actes d'un colloque qui s'était tenu il y a vingt années pratiquement jour pour jour à la faculté de droit de Casablanca Ain Chok. Le sujet de cette grande messe annuelle de droit portait sur la question du « Prix et concurrence entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur ». Le thème était attrayant du fait de la nouveauté de la loi sur la liberté des prix et de de la concurrence qui vivait son baptême du feu à l'épreuve des faits alors que le droit des affaires au Maroc connaissait de véritables bouleversements entamés au début des années quatre-vingt-dix toujours suivis de très riches débats liés à la mise en œuvre des nouveaux textes et de leur application au niveau des tribunaux. Il n'en demeurait pas moins que le défaut d'une loi sur la protection du consommateur marquait un vide préjudiciable à cet environnement juridique en effervescence et il n'a pu être comblé qu'en l'année 2011.

A titre d'exemple et pour illustrer quelque peu l'aspect transversal de ce droit de la concurrence qui est aux confluent du droit privé et du droit public –international –et qui rejoindrait l'intervention de ce jour sur le thème de « L'enseignement du droit allemand de la concurrence », j'avais présenté lors du

colloque et en ma qualité d'enseignant au sein de cette institution universitaire un exposé sur « L'application des règles de la concurrence sur les concentrations économiques internationales ». L'un des points principaux qui avait été abordé visait la question de la portée extraterritoriale de la loi 06-99 qui était induite par le contenu de l'article 1 de la loi 06-99 qui disposait que « La présente loi s'applique à toutes les personnes physiques et morales, qu'elles aient ou non leur siège ou des établissements au Maroc... ». Il est à noter que le texte de l'article premier de la loi 104-12 est curieusement resté équivalent à son précédent. Il s'agissait bien d'une disposition qui affirmait et qui prétendait toujours l'application extraterritoriale d'une norme avec naturellement l'application des sanctions éventuelles telles que prévues par les textes donnant de tels pouvoirs à l'autorité de la concurrence qui était l'administration étatique lors de la phase de mise en œuvre de la loi 06-99 puis le conseil de la concurrence lors de l'application de la loi 104-12. Cette sanction s'articulait autour d'un ratio entre deux et cinq pour cent du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au Maroc et qui atteint aujourd'hui le seuil unique de 5% applicable aux entreprises ayant pris part à des opérations de concentration économique non autorisées. L'exposé qui sera dispensé sur ces opérations de concentrations économiques internationales avec une vue sur leur appréciation future par l'instance de régulation concernée est à rapprocher de la qualité de travail d'investigation et d'analyse des rapporteurs du conseil de la concurrence chargés d'examiner les conditions requises pour le traitement des opérations de concentrations économiques

internationales complexes, ce qui augure d'une évolution très favorable de l'application de cette matière de droit délicate et hautement stratégique.

Le propos de l'exposé du colloque de 2002 était donc d'examiner si l'exécution d'une telle sanction de nature extraterritoriale était possible au regard des certains principes antinomiques bien connus de droit international public que sont l'égalité souveraine et la non-ingérence. Au niveau de la pratique du droit et malgré les milliers d'opérations de restructurations d'entreprises au niveau mondial réalisées depuis les années quatre-vingt-dix dont certaines avaient des répercussions indéniables envers l'économie marocaine, les respectives autorités marocaines de la concurrence ont joué leur rôle autant que cela leur fut possible et cependant, aucune sanction ne fut prononcée pour défaut de notification d'une opération de concentration ou pour refus de se conformer à des injonctions des autorités à la suite de l'examen des demandes d'autorisation. Ce sujet soulève naturellement la question de l'effectivité du droit de la concurrence privé de son pouvoir d'application de la sanction au niveau international et qu'il fallait opposer à la position farouche des Etats Unis d'Amérique qui appliquent depuis longtemps hors de leurs frontières des sanctions aux entreprises non américaines qui auraient selon leur appréciation violé notamment la loi Helms Burton d'Amato de 1996 portant embargo à l'encontre de certains pays, le Foreign Corrupt Practices Act de 1977 sur la lutte contre la corruption, la loi Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act et le Bank

Secrecy Act de 1970 sur la Lutte contre blanchiment des capitaux, tout en notant que les lois américaines sur la concurrence et en particulier les premières notamment le Sherman Act de 1890 qui a marqué la naissance du droit de la concurrence moderne surtout le Clayton act de 1914 sur les concentration économiques étaient marquées par la portée extraterritoriale du droit américain et incidemment de la puissance hégémonique de l'Amérique. Il n'en demeure pas moins qu'à l'équivalent de leurs homologues américains, les autorités européennes de la concurrence comme celles qui veillent par exemple à l'application du Règlement Général sur la Protection des Données de 2018 n'hésitent pas à sanctionner hors du territoire des 27 pays de l'Union Européenne toutes défaillances des entreprises au respect des règles communautaires.

Il faudrait déduire de ce qui précède que l'enseignement de cette matière du droit de la concurrence au sein de nos facultés concerne toutes les branches du droit y compris les formations en gestion des entreprises et il est heureux d'apprendre qu'un master en droit de la concurrence est organisé au sein de la faculté dans laquelle se tient cette journée d'étude. Dans le même ordre d'idées, il est à noter que la doctrine et la jurisprudence en droit marocain de la concurrence sont très parcimonieuse sauf quelques ouvrages sur le sujet notamment de « La concurrence : Droits et obligations des entreprises au Maroc » du Professeur Mohamed Drissi Alami Machichi publié en 2004 et « Le nouveau droit de la concurrence au Maroc » de

Madame Sanae ElHajoui publié en 2016 avec le dernier et pratiquement unique mais très utile rapport d'activités accompagné du rapport des avis et décisions du conseil de la concurrence de l'exercice 2019. Pour ce qui concerne les jugements et arrêts des tribunaux marocains sur des questions directement liées au contentieux du droit de la concurrence émanent du droit de cette spécialité ou du droit commun en particulier l'article 84 du Dahir formant code des obligations et contrats de 1913, ceux-ci restent très éparses, difficilement accessible et parfois inconstants selon les tribunaux et les époques.

Il est aussi à noter que la loi 06-99 du 6 juillet 2000 avec son décret d'application du 4 octobre 2001 n'avait accordé au conseil de la concurrence qu'un simple rôle consultatif et que la véritable autorité relevait de l'administration sous la supervision du premier ministre. De ce fait, il semblait bien que cette autorité administrative de la concurrence ne pût, faute de moyens, que renvoyer les affaires courantes en particulier pour ce qui concerne les concentrations économiques internationales. Il n'était pas étonnant que parmi les questions préalables posées par les juristes des sociétés étrangères impliquées dans des opérations de restructurations à l'étranger ayant des effets sur des activités d'entreprises marocaines et ayant par ailleurs théoriquement atteint le seuil de légal de 40% du marché qui devait déclencher une notification auprès du régulateur, se trouvait celle relative aux précédents de possibles sanctions appliquées par ce dernier. La réponse était constamment

négative et certainement plusieurs opérations internationales éligibles au contrôle légal ont dû échapper à celui-ci faute de moyens ou de volonté politique. L'exposé sur le sujet du « Droit allemand de la concurrence » devrait permettre de relever le niveau d'efficience des autorités de concurrence concernées tant au niveau européen qu'allemand en considération de la place de l'économie allemande dans le monde actuel.

Il est entendu que la loi 104-12 et celle spécifique au conseil de la concurrence sous la loi 20-13 du 30 juin 2014 ont permis de donner à celui-ci des prérogatives suffisantes pour lui permettre d'assurer une autonomie dans son fonctionnement et dans la prise de décisions pour faire appliquer la loi de la concurrence. La question qui se pose est que la véritable mise en action de cette nouvelle autorité n'a pu avoir lieu qu'après la désignation officielle de son président qui n'a eu lieu qu'en mars 2018. Il est peut-être trop tôt pour de tirer des conclusions ou des appréciations qualitatives sur le travail effectué à ce jour. Toutefois, des acquis premiers et des progrès importants ont été entrepris tels qu'indiqués dans le rapport d'activité du conseil de la concurrence de 2019, mais il resterait à les consolider à la faveur de la prochaine réforme du droit de la concurrence envisagée prochainement. Cette évolution de l'application du droit de la concurrence avec la prévisibilité nécessaire pour les personnes concernées directement par les réorientations législative et institutionnelle devrait justement conduire les premières concernées que sont les entreprises marocaines à entreprendre un autocontrôle de leurs activités dans les marchés

national et international et adopter ainsi une démarche responsable pour se conformer aux règles des marchés. C'est précisément le sujet qui sera présenté sur « La compliance au sein de l'entreprise pour une intégration du droit de la concurrence ».

A côté de ce régulateur national de la concurrence se trouvent d'autres instances nationales de régulation sectorielles qui jouent un rôle essentiel dans des domaines d'activités économiques et financiers de première importance comme celles qui concernent les banques, les assurances, le marché boursier, les télécommunications et l'audiovisuel en particulier. Plus précisément, la banque centrale marocaine - Bank al Maghrib - qui est une institution permanente de l'Etat avec pour rôle principal de contrôler la politique monétaire et d'assurer la stabilité du système bancaire, a constamment veillé à superviser toutes les opérations ayant tendance à induire un changement de contrôle de l'actionnariat des établissements financiers et nécessairement, toute modification d'actionnariat qui peut conduire à une concentration économique telle que définie dans la loi sur la concurrence est inévitablement soumise à l'agrément de la banque centrale qui, en application de l'article 50 de la loi bancaire telle que modifiée du 24 décembre 2014, requiert l'avis préalable du conseil de la concurrence. L'activité bancaire est certes de nature monopolistique mais la concurrence dans ce secteur est nécessaire pour éviter les pratiques anticoncurrentielles. L'intervention prévue sur ce sujet devrait nous éclairer sur les procédés de mise en œuvre de cette

politique de libre concurrence sous l'autorité de Bank al Maghrib avec certainement un regard attentif sur l'implication du conseil de la concurrence.

Cependant, il reste curieux que pour ce qui concerne le secteur voisin qui est celui des assurances que l'autorité en charge du contrôle des entreprises d'assurance justement dénommée Autorité de Contrôles des entreprises d'Assurance et des organismes de Prévoyance Sociale - ACAPS - ne dispose pas des mêmes prérogatives que celle de Bank al Maghrib en matière de concentrations économiques. Ceci révèle une certaine incohérence dans l'organisation juridique des pouvoirs de ces instances de régulation en charge de secteurs stratégiques et hautement monopolistique comme celui du monde financier.

Sur la question de l'application du droit de la concurrence, il est à noter toutefois une récente mais impressionnante décision de sanction d'un opérateur historique de télécommunication par l'Agence Nationale de Réglementation des Télécommunications- ANRT - à hauteur de dix pour cent du chiffre d'affaires annuel hors taxe de cette entreprise pour pratiques anticoncurrentielles relevant d'un abus de position dominante. Cette autorité qui a été créée en 1998 bien avant le conseil de la concurrence a motivé sa décision sur la base des dispositions de la loi sur la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'article 7 en l'occurrence, et elle avait au préalable requis l'avis du conseil de la concurrence avant de rendre sa décision. Il s'agit certainement d'une pratique saine et efficace du droit de la concurrence dans son élément essentiel

qui est la liberté de la concurrence dont tout manquement est effectivement sanctionné par l'autorité institutionnelle compétente ou judiciaire s'il y a lieu. Il est toutefois à noter qu'une telle décision aussi symbolique que forte prise par une autorité autre que celle qui a la charge légale d'appliquer la loi sur la concurrence pose aussi la question de la cohésion des textes applicables à certains secteurs économiques stratégiques avec ceux de la concurrence. L'analyse des pratiques anticoncurrentielles serait expliquée cette journée sous l'angle de vue de l'organisation patronale marocaine et il y a sans doute de nombreux secteurs économiques marocains de droit privé ou de droit public qui ne répondent pas encore aux critères de bonne pratique concurrentielle, sans oublier le secteur informel de biens et de services qui impacte sans doute les règles de la concurrence entre les entreprises agissant en conformité ou en défaut de ces mêmes normes.

Sur ces brèves considérations précédentes et sachant que chaque sujet qui sera traité au cours de cette manifestation est très vaste, il est naturellement important de discuter des perspectives d'évolution du droit de la concurrence au Maroc et des défis auxquels il fait face. D'une manière générale et sur le plan du droit applicable dans tous les domaines d'activité des entreprises, la nécessaire réforme périodique des règles de droit spécifiques comme celle concernant la concurrence ou les difficultés des entreprises dont le thème sera aussi discuté en cette journée est constamment le résultat d'une confrontation entre celles-ci et la réalité économique, ce qui soulève la majeure

question de l'efficience du droit et de son corollaire des marchés. Par ailleurs, la globalisation des marchés et des économies devrait conduire à une plus grande coopération internationale entre tous les pays qui favorisent l'économie libérale avec le respect de règles justes et équitables de la concurrence tenant compte des exigences de développement de nombreux pays en émergence. Il s'agit d'un défi d'une autre dimension qui mérite sans doute des discussions futures au sein d'instances scientifiques comme celle qui nous réunit aujourd'hui.

PANEL I
DROIT DE LA CONCURRENCE ET
ENVIRONNEMENT ECONOMIQUE

Concurrence dans le secteur bancaire

M. Nabi Badr

Directeur Adjoint de la Supervision Bancaire, Bank Al-Maghrib

Le sujet de la concurrence revêt un intérêt particulier, pour la Banque Centrale compte tenu de ses interactions avec ses missions de supervision bancaire, de maintien de la stabilité bancaire, de protection du consommateur des services bancaires et d'inclusion financière.

La concurrence bancaire est également un enjeu pour la Banque Centrale en ce qui concerne la conduite de la politique monétaire étant donné qu'elle favorise une meilleure transmission du taux directeur au taux d'intérêt appliqué par les banques.

Le secteur bancaire est un secteur capital et spécifique, au vu de:

- son rôle moteur dans le financement de l'économie ;
- son caractère régulé, en conformité avec les normes internationales, devant permettre la résilience et la préservation de l'économie des effets de toute défaillance ou crise bancaire.

Dans ce sens, la concentration ou le nombre de banques dans le secteur ne constituent pas en soi des indices nécessairement pertinents et suffisants pour évaluer le degré de la concurrence.

Bien que le niveau de concentration soit relativement élevé, force est de constater qu'il ne s'est pas traduit par une altération de la concurrence qui a plutôt gagné en intensité au fil du temps, comme le démontrent le renforcement de la capacité de l'offre bancaire et la tendance baissière du coût du crédit au cours des deux dernières décennies, qui a profité aux différents segments de clientèle aussi bien la Grande entreprise, la PME que les ménages.

Ci-après, certains éléments saillants en relation avec la concurrence dans le secteur bancaire marocain :

- Le nombre d'établissements de crédit est passé de 83 en 2010 à 91 en 2020.
- Ces établissements exercent des activités diversifiées (crédit conventionnel, crédit consommation, leasing, affacturage, micro crédit, services de paiement, financement participatif...).
- La structure des établissements de crédit a connu des changements notamment au cours de la période 2015-2020 par la création de l'activité de finance participative avec l'octroi d'agrément à 5 banques et 3 fenêtres participatives et par la création du statut d'établissement

de paiement dont le nombre a atteint 20 à fin décembre 2020.

- L'activité bancaire s'est largement développée pour représenter près de 140% du PIB.
- Le nombre d'agences s'est multiplié par 3 au cours des 15 dernières années.
- Le nombre d'agences pour 10.000 habitants ressort en 2020 à près de 2 guichets contre moins d'un guichet en 2005.
- Le marché bancaire s'est inscrit dans une tendance baissière des taux d'intérêts. Le taux de rendement moyen des crédits, a baissé de près de 400 points de base entre 2000 et 2019 à 4,63% avec, comme conséquence, un tassement de la marge d'intermédiation des opérations avec la clientèle qui s'est contractée de plus de 200 points de base durant la même période, pour s'établir à 3,73%.
- Face à un marché domestique fortement concurrentiel, Trois banques marocaines se sont déployées en Afrique à travers 48 filiales participant au développement de l'activité financière et économique de 27 pays africains, essentiellement en Afrique de l'Ouest et Centrale. Elles sont également implantées dans le Maghreb Arabe ainsi que dans quelques pays anglophones. Ce déploiement vise à assurer des relais de croissance externe, une plus

grande proximité avec les marocains résidant à l'étranger et un accompagnement efficient des opérateurs économiques.

Le sujet de la concurrence dans le secteur bancaire a fait l'objet d'une panoplie d'études menées par des économistes éminents et des institutions internationales dans le but d'appréhender l'impact de la concurrence bancaire sur la stabilité financière, ou la croissance économique.

Dans ce contexte, certaines études menées par l'OCDE ont conclu ce qui suit :

1/ La réduction des obstacles réglementaires qui restreignent la concurrence dans le secteur bancaire a un effet bénéfique sur le développement et l'efficience du secteur bancaire et sur la croissance économique, le développement du secteur bancaire étant lui-même étroitement lié à la croissance du PIB.

2/ L'objectif de stabilité financière et l'objectif de concurrence dans le secteur financier ne sont pas contradictoires. L'étude a mis en évidence que la réglementation prudentielle n'induit pas d'effets négatifs sur l'intensité de la concurrence dans le secteur bancaire.

Aussi, certains volets du contrôle bancaire sembleraient même aller de pair avec une concurrence plus intense dans le secteur bancaire, qui s'expliquerait par le fait que la rigueur des

contrôles contribuerait à instaurer des règles équitables pour tous les concurrents.

Une étude mandatée par le Conseil de la Concurrence en 2013 avec la contribution de Bank Al-Maghrib a permis de relever en particulier que :

- le secteur bancaire marocain est relativement concentré sur le plan structurel tout en étant ouvert sur l'actionnariat étranger et majoritairement détenu par du capital privé.
- Le secteur a connu un développement significatif, ses actifs atteignant une part autour de 120% du PIB du Maroc.
- les acteurs se livrent une forte concurrence sur les taux pratiqués sur les crédits qui ont connu une tendance baissière depuis plus d'une décennie.
- Le secteur connaît des mutations technologiques qui sont de nature à faciliter l'innovation ainsi que la bancarisation croissante de la population.

Sur le plan légal, le cadre a connu une évolution privilégiant l'échange et la coordination entre BAM et le Conseil de la concurrence. Aussi, la loi n° 103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés de 2014 a institué une passerelle de communication et de concertation entre les deux

institutions au sujet des questions portant sur le domaine de la concurrence dans le secteur bancaire.

Aussi, Bank Al-Maghrib peut saisir le Conseil de la Concurrence en cas d'examen d'une demande d'agrément ou d'une demande de fusion absorption dont les caractéristiques seraient susceptibles de constituer une violation aux dispositions relatives aux opérations de concentration économique telles que définies par la loi régissant la concurrence.

De son côté, le conseil de la concurrence requiert l'avis de Bank Al-Maghrib lorsqu'il procède de sa propre initiative, à des études afférentes aux établissements de crédit et organismes assimilés agréés, ou est saisi de litiges concernant ces établissements en lien avec les pratiques anticoncurrentielles et aux opérations de concentration économique.

Sur le plan conventionnel, la coopération a été matérialisée par la signature en date du 16 janvier 2020, d'une convention qui détermine les conditions et les modalités de collaboration entre les deux institutions visant :

- L'instauration d'une concertation permanente au sujet des problématiques liées à la concurrence dans le secteur bancaire ;
- Le partage régulier d'informations et d'expertise concernant les sujets d'intérêt commun entre BAM et le Conseil de la Concurrence ;

-
- L'initiation des actions de sensibilisation et d'accompagnement des opérateurs bancaires afin de favoriser le respect des meilleures normes et pratiques concurrentielles.

Par ailleurs, en vue de favoriser la concurrence dans le secteur bancaire la Banque Centrale a pris plusieurs mesures durant les deux dernières décennies :

- Sur le plan légal et réglementaire, le droit bancaire prévoit un certain nombre de dispositions qui favorisent l'équité entre les acteurs du secteur et la liberté de marché, à savoir :
 - L'application des mêmes règles à tous les acteurs, sans différenciation entre les statuts des actionnaires public ou privé, marocain ou étranger ;
 - Un contrôle en amont, lors de l'instruction des demandes d'agrément soit pour exercer l'activité bancaire, soit pour procéder à des opérations de fusions ou pour opérer des changements du contrôle ou de la nationalité des établissements de crédit ;
 - L'adossement du pricing des services bancaires à des critères objectifs fondés sur les coûts et les risques encourus en plus de la rémunération des fonds propres ;
 - Un cadre de régulation prudentiel convergeant avec les normes internationales sur le plan de

gouvernance, contrôle interne et de gestion des risques ainsi que des normes rigoureuses de supervision par une autorité de contrôle indépendante ;

- Une infrastructure d'information financière qui favorise la transparence du marché développée autour des crédit bureau et des centrales d'information gérées par la Banque Centrale.
- L'introduction des établissements de paiement et des banques participatives et prochainement le crowdfunding et les Institutions de micro finance, en tant que nouveaux acteurs du secteur financier, favorisant le développement de nouvelles offres alternatives plus accessibles pour les populations jusque-là exclues ou peu desservies et ainsi à stimuler la concurrence au niveau du secteur.
- Le cadre régissant la protection de la clientèle des établissements de crédit joue également un rôle cardinal dans la stimulation de la concurrence :
 - la libre fixation des tarifs bancaires qui s'accompagne par des exigences légales et réglementaires en matière de transparence et d'information de la clientèle.
 - la transparence dans les relations vis-à-vis de la clientèle (l'adoption de conventions types de comptes bancaires, l'affichage des conditions de

banques, la transmission de relevés spécifiques aux commissions bancaires) ;

- l'encadrement au plan réglementaire du dispositif de mobilité bancaire à observer par les banques à l'effet de faciliter le transfert, d'une banque à une autre, des comptes et des opérations y adossées pour les clients souhaitant changer de banque;
- le projet de mise en place d'un comparateur des tarifs bancaires et dates de valeurs. La Banque Centrale œuvre avec le Groupement Professionnel des Banques du Maroc à la mise en place de ce comparateur pour permettre à la clientèle de comparer l'offre bancaire répondant à leurs besoins.

La Banque Centrale continue à œuvrer, en coordination avec le Conseil de la Concurrence pour un environnement bancaire plus concurrentiel et à consolider les efforts pour stimuler au mieux cette concurrence dans le secteur au service du client.

S'agissant du levier digital, il constitue un facteur important de concurrence. En effet, la concurrence dans le secteur bancaire pourrait être stimulé davantage par l'émergence de nouveaux acteurs tels que les Fintechs qui devront renforcer l'innovation et encourager les banques à accélérer le processus de transformation numérique et à améliorer leurs offres digitales.

Cette contribution à l'intensification de la concurrence sur le marché bancaire se matérialise par l'offre de nouvelles

opportunités de diversification de la gamme des services au profit de la clientèle.

Dans ce cadre, la Banque Centrale met le digital au cœur de son plan stratégique à horizon 2023. Pour mieux appréhender puis accélérer l'usage des nouvelles technologies et accélérer l'inclusion financière, elle a mis en place une politique d'accompagnement de la digitalisation des services bancaires, s'est doté d'un guichet unique et d'un «Innovation Lab» ouverts à l'écosystème des Fin- Tech et qui auront pour mission de favoriser l'émergence d'idées innovantes porteuses de valeur ajoutée pour le secteur.

Enfin, la digitalisation qui constitue une priorité stratégique pour la Banque Centrale ainsi que pour l'ensemble du secteur bancaire permettra :

- L'accès à l'information au moindre coût pour le consommateur ;
- Renforcer la transparence sur le marché en termes d'offres, de conseil et de produits adaptés.

La concurrence à l'épreuve de l'exorbitance du droit des entreprises en difficulté

Selma El Hassani Sbai

Professeure universitaire, FSJES Agdal-Rabat, UMV de Rabat

Monsieur le Doyen,

Chers collègues,

Mesdames et Messieurs,

Permettez-moi, tout d'abord, de dire tout le plaisir qui est le mien aujourd'hui d'être parmi vous, pour partager nos réflexions sur un sujet d'intérêt majeur, qui se situe au cœur des préoccupations des législateurs contemporains.

Mon intervention portera sur une mise en perspective combinée du droit de la concurrence et du droit des entreprises en difficultés. Il s'agira plus particulièrement d'évaluer l'incidence d'un droit par nature exorbitant-le droit des entreprises en difficulté-, sur une discipline toute aussi marquée par le sceau de l'exorbitance, le droit de la concurrence.

Le sujet peut paraître technique, voire rebutant, mais croyez-moi, il est passionnant !

Il mérite surtout notre attention vigilante, dans la mesure où les interactions entre le droit des entreprises en difficultés et la concurrence impactent, de manière directe, l'attractivité de notre droit, la compétitivité de nos opérateurs économiques, et la confiance dans notre environnement des affaires.

Dans un objectif de clarté, je vous propose d'articuler mon intervention en deux temps. Dans un premier temps, je vais tenter de décrypter les principales distorsions portées par le droit des entreprises en difficulté à la concurrence (I). Dans un deuxième temps, je poserai une question délicate, celle de la légitimité et de l'utilité de ces distorsions (II).

I- Les principales distorsions portées par le droit des entreprises en difficulté à la concurrence :

Je commencerais par rappeler une opinion partagée par de nombreux auteurs, le droit des entreprises en difficulté est un droit éminemment anti- concurrentiel¹.

¹ La dimension anti concurrentielle a été observée depuis longtemps déjà par la doctrine. V. notamment D Fasquelle qui considère que « par essence, le droit des entreprises en difficultés produit des effets anticoncurrentiels. Son caractère collectif est, en effet, antinomique avec un comportement indépendant des acteurs sur les marchés de même que son caractère judiciaire puisque, placée “ sous la main de justice ”, l'entreprise continue d'agir dans un espace concurrentiel qu'elle peut perturber tout en étant protégée. », in « L'incidence des difficultés des entreprises sur l'application des règles de concurrence », Revue des droits de la concurrence N° 1-2005 – pp. 41-53., sur la même opinion V. notamment, les actes du colloque de Rennes des 7 et 8 octobre 1994 organisé par l'A.I.D.E. sur le thème “ Entreprises en difficulté et concurrence ”, publiés à la RID éco. de 1995, p. 167, F. Rizzo, Quelques observations à propos d'interférences entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives, Revue Dr. et patr. 1999, no 69, p. 63., “ Entreprises en difficulté et application du droit de la concurrence ”, Atelier de la concurrence du Ministère de

Pourquoi ?

C'est très simple, parce qu'il s'agit d'une discipline interventionniste par la nature même des objectifs dont elle poursuit la réalisation. En effet, recherchant la préservation de la continuité des entreprises en crise, le droit des entreprises en difficulté n'hésite pas à déployer ce que je qualifie « d'état d'urgence juridique »², c'est-à-dire toute une série de mécanismes exorbitants au droit commun, dont l'objectif est de protéger l'entreprise et de lui permettre de se remettre sur pieds. Dès l'ouverture d'une procédure collective, l'entreprise est placée dans une « véritable parenthèse d'exceptionnalité juridique », extrêmement protectrice, et c'est précisément cet effet protecteur qui est analysé par la doctrine comme une source potentielle de déloyauté et d'iniquité entre opérateurs économiques³.

l'économie et des finances, Paris, 23 juin 2004, S.Vermeille et A.Pietrancosta, « Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit, Perspectives d'avenir ? », RTDF, n°1, 2010.

² S.El Hassani Sbai, « Le droit des entreprises en difficultés : une thérapie juridique anti covid-19 ? », REMALD, série thèmes actuels, n°111, 2021.

³ Il est important d'observer que le droit des entreprises en difficultés joue en réalité un rôle paradoxal en matière concurrentielle. Il est à la fois anti et pro concurrentiel. En effet en facilitant la reprise d'entreprises en crise par des concurrents, il participe à une meilleure structuration du marché et à son assainissement. Cependant, la priorité donnée par les droits contemporains à la continuation de l'entreprise en crise fait reculer la fonction pro concurrentielle en faveur de la fonction anti concurrentielle du droit des entreprises en difficultés. Sur la fonction concurrentielle du droit des entreprises en difficultés voir notamment Y. Chaput « l'ordre concurrentiel et le désordre du droit des défaillances d'entreprises », dans L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Ed. Frison-Roche, 2003, p 269, C.Saint-Alary Houin, « la prise en compte de la concurrence par le droit des procédures

Il est important de noter que la nature anti concurrentielle du droit des entreprises en difficulté est historiquement récente. À l'origine, droit de la faillite et droit de la concurrence étaient en parfaite convergence économique et juridique. Ils partageaient un objectif commun : la régulation du marché par l'élimination juridique de l'entreprise défailante, qui n'arrive pas à payer ses dettes et à faire face, par ses propres moyens, à la concurrence. C'est ce que les chercheurs ont qualifié de « darwinisme économique », c'est-à-dire, que par le jeu économique de la concurrence et par le mécanisme juridique de la faillite, les entreprises vacillantes disparaissent pour laisser la place à des entreprises plus performantes et mieux structurées. Il en résultait ce que je qualifie de reflexe liquidatif « primaire », qui se conjugait à un réflexe punitif et sanctionnateur. Il est vrai que face à un commerçant failli, seuls deux objectifs importaient : le paiement des créanciers et la punition du commerçant coupable d'avoir trahi la confiance de ses pairs.

L'ancien Code de Commerce Marocain de 1913 s'inscrivait pleinement dans cette logique. Seules étaient règlementées la procédure de liquidation et la procédure de faillite. Toutes deux du reste, étaient organisées autour du même objectif : l'élimination juridique de l'entreprise et la vente des biens du commerçant. Elles ne différaient que quant au sort réservé à ce dernier, la liquidation étant appliquée aux entrepreneurs malheureux en affaires, victimes de leur maladresse ou de leur

collectives, DGCCRF, Atelier de la concurrence, 23 juin 2004, Rev.conc.concom., n°143, juil-sept.2005, RIDE, 1995-2, p 176 et s.

incompétence, la faillite, plus sévère, étant infligée aux entrepreneurs de mauvaise foi, qui cherchent à échapper à leurs créanciers.

À quel moment apparaîtront les divergences entre ces deux disciplines ?

Elles vont se manifester à l'occasion d'une évolution caractéristique du droit contemporain : le passage du droit de la faillite au droit des entreprises en difficultés⁴. Le changement n'est pas uniquement terminologique. **Il signale au contraire une mutation profonde dans les formes mêmes du droit. On passe d'un droit punitif et liquidatif, à un droit de soutien et d'accompagnement des entreprises confrontées à un processus de crise.** Dans une telle optique, le droit n'est plus uniquement un droit de procédures d'exécution et de paiement des créanciers. Il devient un droit de restructuration et de maintien de l'activité des entreprises, un droit interventionniste qui, contrairement au principe prôné par les libéraux du « laisser faire, laisser mourir », intervient vigoureusement pour empêcher le démantèlement des entreprises et leur déperdition.

Cette transformation profonde du droit de la défaillance est remarquablement illustrée par le Code de Commerce de 1996⁵,

⁴ C.Saint Alary Houin, « Droit des entreprises en difficultés », LGDJ, 10^{ème} Ed. 2016, p 20 et s.

⁵ Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1^{er} août 1996) portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce modifié par Loi n° 73-17 du 19 avril 2018 abrogeant et remplaçant le Titre V relatif aux difficultés des entreprises.

qui installe **un droit de nature économique, pensé autour de l'entreprise et de ses besoins. La hiérarchie des objectifs est complètement repensée : ce ne sont plus les créanciers qui passent en premier, mais bien l'entreprise, la préservation de son activité et des emplois qui y sont attachés⁶. C'est un changement de paradigmes qui amène le magistrat à changer de posture et de mode de réaction face à une entreprise en cessation de paiement.** Avant de penser à la liquidation, il doit d'abord et de manière systématique poser la question de la continuité de l'entreprise défaillante.

Est-ce que l'entreprise est viable ?

Est ce qu'elle a des chances sérieuses de poursuivre son activité ?

Dès que les réponses à ces questions sont affirmatives, le tribunal place l'entreprise dans une véritable bulle protectrice par rapport à ses partenaires, à ses créanciers et à ses concurrents, en la faisant bénéficier de toute une série de privilèges extrêmement protecteurs. Mais avant de préciser plus clairement le risque concurrentiel attaché au droit contemporain des entreprises en difficultés, il me semble important de donner quelques exemples des faveurs les plus importantes auxquelles accède l'entreprise en cessation de paiement et qui constituent

⁶ La loi 73-17 a réaffirmé ces choix idéologiques. Les modifications apportées ne bouleversent pas l'économie générale du Livre V. les entreprises restent priorisées bien que les créanciers soient davantage impliqués.

autant d'atteintes au principe d'égalité entre les opérateurs économiques.

Les altérations du droit des entreprises en difficultés commencent dès l'ouverture d'une procédure de redressement ou de sauvegarde. En effet, dès la période d'observation, l'entreprise est littéralement « libérée » de ses créanciers. On leur retire en effet, trois de leurs prérogatives juridiques les plus puissantes :

- **Le droit de poursuivre leur débiteur défaillant**, en l'occurrence l'entreprise en difficulté⁷
- **Le droit de comptabiliser les intérêts**, y compris les intérêts de retard et ce au moins pendant toute la durée de la période d'observation⁸
- **Le droit de faire jouer les suretés** dont ils disposent pour garantir le paiement de leurs créances⁹.

C'est une sorte de « trilogie terrifiante » pour les créanciers de l'entreprise en difficultés qui, par le simple fait de l'ouverture d'une procédure collective, voient leurs droits légitimes totalement paralysés¹⁰. Afin de bien prendre la mesure de

⁷ Art 686 code de commerce.

⁸ Art 692 et 693 idem. Les cautions du débiteur peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts (art 695).

⁹ Art 686 al.4

¹⁰ A ces contraintes exorbitantes au droit commun, il faut ajouter, l'interdiction des inscriptions (art 699), l'interdiction de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture (art 690) ainsi que le privilège de paiement à l'échéance pour les

l'exorbitance de cette situation, il faut bien rappeler que les procédures de redressement ou de sauvegarde sont ouvertes au profit d'entreprises qui sont en situation de cessation de paiement¹¹ ou proches de la cessation de paiement¹². Ça veut dire, que le créancier est confronté à un débiteur défaillant contractuellement, c'est à dire un débiteur qui n'a pas respecté son obligation de paiement à l'arrivée de l'échéance. Le débiteur est donc ici, à l'origine d'un trouble à l'ordre public économique et d'une atteinte à la sécurité des rapports contractuels. Mais comble d'exorbitance, c'est précisément sa carence, autrement dit sa faute, qui lui permet justement, d'accéder à ce package d'avantages que représente la période d'observation.

Le régime juridique préférentiel induit par l'ouverture d'une procédure de redressement ou de sauvegarde est d'autant plus avantageux, qu'il s'accompagne de l'application d'un régime exceptionnel, celui de la **continuité des contrats en cours d'exécution**¹³. Il s'ensuit qu'un fournisseur non payé pour des dettes antérieures échues peut-être contraint de continuer à

créanciers postérieurs (art 590) qui va venir diminuer les chances des créanciers antérieurs, mêmes disposant de suretés d'être payés.

¹¹ Sur la notion équivoque de la cessation de paiement, V.C.Lebel, « Être ou ne pas être en cessation des paiements », Gazette du Palais - 08/09/2005 - n° 251 - page 14.

¹² Le législateur réserve le redressement aux entreprises qui sont en situation de cessation de paiement (art 575) mais qui ne sont pas dans une situation irrémédiablement compromise (art 583). La sauvegarde est accessible aux entreprises qui ne sont pas encore en cessation de paiement mais qui souffrent de difficultés qu'elles ne peuvent surmonter seules et qui risquent de provoquer leur cessation de paiement dans le court terme (art 561 al.1).

¹³ Art 588 code de commerce.

effectuer ses livraisons au cours de la période d'observation, sans pour autant pouvoir conditionner la continuité du contrat au paiement de ses créances antérieures.

La neutralisation des créanciers et la continuité forcée des contrats ne sont pas les seuls troubles occasionnés par la période d'observation. L'un des objectifs assumés de cette période est d'arriver à « dégraisser » et alléger le passif qui pèse sur l'entreprise débitrice. Cette contraction de la dette est opérée directement par le procédé de **remise de dettes**. En effet, habituellement et dès sa prise de fonction, le syndic impose des remises de dettes qui peuvent être significatives aux créanciers¹⁴. Désireux de recouvrer ne serait-ce, qu'une partie de leurs créances dans des délais raisonnables, les créanciers acceptent généralement les remises proposées. A noter que ces remises et réduction des dettes sont accordées par tous les créanciers, y compris les créanciers publics, notamment l'administration fiscale, c'est dire l'avantage qu'elles procurent à l'entreprise en procédure collective.

Réduite directement, la dette de l'entreprise peut l'être indirectement, par le procédé des **déclarations des créances**. En effet, quelle que soit la nature et l'importance des dettes antérieures au jugement d'ouverture, celles-ci ne peuvent être intégrées au plan de paiement que si elles ont satisfait à

¹⁴B.Fassi Fihri, H.Ait Addi, Z.Laraqui, « Covid 19 et traitement des difficultés des entreprises, mise en place de mesures d'urgence », rapport, Bassamat et Laraqui, 18 mai 2018

l'obligation de déclaration dans les délais impartis par la loi¹⁵. Le défaut ou le retard dans la déclaration expose les créanciers au risque de forclusion de leurs dettes, c'est-à-dire, très concrètement, la perte de la capacité à se faire payer. À noter que cette sanction est très courante dans la pratique marocaine, d'autant que l'action en relevé de forclusion est appréciée restrictivement par les tribunaux marocains¹⁶. Il s'ensuit qu'un nombre non négligeable de créanciers, en particulier ceux qui ne sont pas accompagnés par cabinets de recouvrement ou des conseils avisés, tombent dans la forclusion. L'absence de numérisation du bulletin officiel explique le défaut de réactivité des créanciers dans les délais légaux impartis. Les modifications introduites par la loi 73-17¹⁷ en matière de déclarative va probablement apporter une meilleure sécurité juridique aux créanciers de l'entreprise en cessation de paiement¹⁸.

¹⁵ Art 719 et s.

¹⁶ K.Balboul et Y.Lahjouji, « Réflexions sur les droits des créanciers à la lumière de la loi 73-17 sur les entreprises en difficulté », RERJ n°3, 2019.

¹⁷ Loi n° 73-17 du 19 avril 2018 abrogeant et remplaçant le Titre V de la loi n° 15-95 formant Code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise.

¹⁸ Parmi les apports de la Loi n° 73-17, une petite modification qui n'a pas été suffisamment commentée par la doctrine mais qui est en mesure d'améliorer la sécurité des créanciers antérieurs. Il s'agit du nouvel art 719 du code de commerce, (qui remplace l'ancien art 686), qui élargit considérablement les cas où le syndic avise directement les créanciers de l'ouverture de la procédure. L'art 719 intègre désormais « les créanciers connus du syndic ainsi que ceux inscrits sur la liste fournie par le débiteur » dans la catégorie des créanciers devant être « avertis » par le syndic de l'ouverture de la procédure. Auparavant seuls les créanciers disposant de suretés publiées étaient avisés personnellement par le syndic. Cette modification est importante dans la mesure où les délais de 2 mois pour la déclaration des créanciers ne commencera à courir qu'à partir du moment où les créanciers seront avertis par le syndic. Cet article pose cependant de nombreuses difficultés d'interprétations : que

Autre manifestation de l'exceptionnalité du régime juridique bénéficiant à l'entreprise en difficultés, **le rééchelonnement des dettes** à l'issue de la période d'observation. En effet, après avoir été réduites, les dettes de l'entreprise en difficultés vont faire l'objet d'un rééchelonnement qui peut aller jusqu'à 5 ans pour la sauvegarde¹⁹, et jusqu'à 10 ans pour le redressement²⁰. Voici donc des dettes échues, exigibles et exigées, mais qui par la simple « magie » d'un plan de redressement ou d'un plan de sauvegarde, vont être soumises à un nouvel échéancier, beaucoup plus confortable pour l'entreprise débitrice.

On peut estimer qu'il s'agit là essentiellement, d'atteintes aux droits des créanciers, rendues nécessaires par l'objectif de maintien de l'entreprise en crise. On peut en effet, raisonnablement penser que « l'espoir de guérison du malade justifie les effets lourds du protocole thérapeutique défini par le tribunal »²¹. Certains diront que, comme tout traitement thérapeutique lourd, l'ouverture d'une procédure collective génère des effets secondaires inévitables. Nous observerons cependant, que ces effets ne sont pas supportés par le malade lui-même- l'entreprise en difficultés- mais par son entourage- ses créanciers, ses fournisseurs et ses partenaires.

veut dire le législateur par l'expression « sont avertis » ?(art 719 al.2) Quid de la notion de « créanciers connus par le syndic » ?(art 719 al. 2) Qu'en est-il de la responsabilité du débiteur qui ne déclare pas toutes ses créances ?...

¹⁹ Art 571, code de commerce.

²⁰ Art 628 idem.

²¹ S.El Hassani Sbai, op.cit.

On prolongera notre observation en posant une question cruciale, qui sans remettre en cause le principe de l'exorbitance du droit des entreprises en difficultés, invite à davantage de vigilance et de rigueur dans sa mise en œuvre, celle du lien entre les sacrifices imposés aux créanciers et les distorsions à la concurrence. A cet égard, il est essentiel de comprendre dans un premier temps, en quoi les sacrifices imposés aux créanciers, affectent la concurrence.

En réalité, l'atteinte est manifeste, profonde et multifactorielle, en ce qu'elle bouleverse les règles de fonctionnement du marché.

Mais au fond, qu'est-ce qu'une économie de marché ?

Pour le dire vite, c'est une économie fondée sur un marché libre, ouvert et transparent où c'est la propension de chaque opérateur économique et sa capacité à faire face à la concurrence qui conditionne sa viabilité et sa continuité sur le marché. Conformément à cette logique, les entreprises qui n'ont pas suffisamment de force d'innovation, de talent managérial et de capacités productives doivent disparaître, le plus vite possible, afin de ne pas entraver le fonctionnement normal du marché. L'élimination juridique de l'entreprise correspond dans cette optique, à une sanction naturelle de la faiblesse concurrentielle d'une entité économique²².

²² S.Vermeille, A.Bézert, L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives, Recueil Dalloz 2014 p.289

Dans un tel cadre, l'objectif ultime du droit de la concurrence est d'assurer la mise en place d'un terrain de jeu concurrentiel équitable, où les opérateurs économiques sont soumis à des règles juridiques identiques, leur permettant de jouer « à armes égales »²³.

Or, que fait précisément le droit des entreprises en difficultés ?

Il trouble la dialectique concurrentielle en permettant à l'entreprise défaillante, du fait même de sa défaillance, d'accéder à des privilèges exorbitants au droit commun, pour une durée qui peut être très longue, au moment où ses concurrents restent eux, soumis à toute la rigueur du marché et à l'intégralité de leurs obligations légales et contractuelles.

II- La légitimité des atteintes en questions :

A l'évidence, les atteintes portées par le droit des entreprises en difficultés au droit de la concurrence ne sont pas vaines. Elles correspondent à une logique solide : si elles ont été organisées par le Livre V, c'est pour éviter le démantèlement et la déperdition des entreprises en difficultés. Il est vrai que l'importance économique et sociale des entreprises est telle que le législateur ne peut rester insensible face aux difficultés qui les affectent. Il doit intervenir, y compris par le déploiement d'un

²³ D.Fasquelle, « L'incidence des difficultés des entreprises sur l'application des règles de concurrence », Concurrences N° 1-2005 – pp. 41-53

bouclier juridique protecteur et privilégié, dans l'objectif d'aider l'entreprise fragilisée par un processus de défaillance.

L'objectif de ma démonstration n'est donc pas de mettre en cause la légitimité du droit des entreprises en difficultés. Son utilité est incontestable, sa légitimité manifeste. Mon intention est plus nuancée. Elle consiste à montrer les limites et l'équilibre fragile de cette légitimité.

Quelques explications s'imposent à nouveau. **Il est absolument crucial de comprendre que la légitimité du bouclier juridique ainsi déployé par le droit des entreprises en difficultés n'est pas absolue. Elle est au contraire conditionnée par au moins deux impératifs fondamentaux :**

- **Un impératif de rationalité économique :** ne doivent bénéficier des procédures de redressement et de sauvegarde que les entreprises qui peuvent objectivement se réorganiser. Ce sont des entreprises qui, en dépit de leurs difficultés, conservent une place sur le marché, des équipes engagées, des investisseurs capables de les accompagner ainsi qu'un chef d'entreprise ou un candidat repreneur impliqué suffisamment compétent pour réussir le pilotage de l'entreprise au cours de son processus de restructuration. Il s'agit donc d'un public restreint, la majeure partie des entreprises qui arrivent à la cessation de paiement étant trop fragilisées pour arriver réellement à se redresser.

- **Un impératif d'orthodoxie juridique :** la décision d'ouvrir une procédure de redressement ou de sauvegarde doit respecter rigoureusement les critères légaux relatifs à la cessation de

paient ainsi qu’au paiement des créanciers. Il s’ensuit que ne doivent être ouvertes que les procédures qui permettent une couverture optimale des créanciers de l’entreprise en difficultés. L’art 616 du code de commerce ne dit rien d’autre lorsqu’il exige que ne soient ouvertes que les procédures de redressement qui permettent d’atteindre un niveau de remboursement des créanciers meilleurs que si l’entreprise avait été liquidée²⁴.

Qu’en est-il dans la pratique ?

L’ouverture et le déploiement des procédures de redressement et de sauvegarde respectent-ils ces préalables de légitimité ?

En tant que chercheuse intéressée par le droit des entreprises en difficultés et ayant eu la possibilité d’accéder à un nombre non négligeable, de décisions judiciaires en la matière²⁵, je n’hésite pas à dire que la réponse à cette question est clairement négative.

²⁴ « Le tribunal approuve le plan de continuation lorsqu’il lui apparaît que les sommes qui seront obtenues par les créanciers dans le cadre du plan de redressement dépassent celles qui auraient été obtenues si la liquidation judiciaire a été décidée, à l’exception des créanciers ayant acceptées des sommes inférieures. », art 616, code de commerce.

²⁵ L’accès à la jurisprudence est un problème dont souffrent tous les chercheurs en droit. On peut parler d’une véritable résistance face au besoin d’accès aux décisions de justice. C’est un obstacle réel qui nuit à la qualité de la recherche juridique et empêche les chercheurs de procéder à une évaluation qualitative du travail judiciaire, notamment en matière commerciale. Le Rapport sur le Nouveau Modèle de Développement, estime à cet égard qu’il est nécessaire « de digitaliser les procédures, publier les jugements et arrêts dans un délai raisonnable, transmettre les notifications et convocations et des jugements dans le cadre d’une adresse électronique sécurisée pour les citoyens. Par ailleurs, un accès plus facile, à travers un portail unique, aux lois, jugements et arrêts, doit être encouragé ». « Le nouveau modèle de développement, Rapport général », avril 2021.

En effet, lors de mes recherches, j'ai pu constater que bon nombre de décisions d'ouverture de procédure de redressement sont clairement dysfonctionnelle, en ce sens que **le tribunal n'évalue pas factuellement la capacité de l'entreprise à se remettre sur pied**²⁶. L'évaluation se fait de manière formelle, en se référant à des critères peu significatifs, voire parfois, à de simples déclarations d'intention du chef d'entreprise²⁷.

Pour s'en convaincre et sans aller jusqu'à vous demander d'éplucher la jurisprudence en la matière, rappelons uniquement deux constats qui en eux-mêmes, soulignent l'irrationalité économique et juridique des pratiques judiciaires.

- Les plans de redressement et de sauvegarde se résument à de simples plans de rééchelonnement des dettes. Les mesures de réorganisation de l'entreprise sont le plus souvent absentes²⁸.

²⁶V. Notamment, TC Casablanca, 01/10/2018, Aff. N° 2018/8315/113, non publié, CA Marrakech, 15/5/2019, n° 62/8315/2019, non publié. CA Marrakech, 02/08/2018, 92/8315/2018, non publié, CA Casablanca, chambre du conseil, 23/05/2011, 205/21/2010, non publié.

²⁷« Une analyse pondérée de la jurisprudence, en matière de procédure collective, montre qu'il y a une grande variabilité dans la pratique judiciaire en la matière, ce qui rend difficile, sinon impossible, la caractérisation de critères jurisprudentiels constants en la matière. À cette anomalie vient s'ajouter un défaut encore plus préoccupant, l'imprécision et l'incohérence qui caractérise la détermination de la cessation de paiement par les tribunaux. À l'orthodoxie juridique qui devrait prévaloir, est préférée une méthode aléatoire, fondée sur des considérations conjoncturelles et sur l'utilisation de critères extra juridiques et extra financiers. L'inconstance des interprétations jurisprudentielles en la matière, accroît l'incertitude attachée au critère de la cessation de paiement et exacerbe son élasticité. En temps de crise », S. El Hassani Sbai, « le droit des d'entreprises en difficultés : une thérapie juridique anti covid-19 ? », op.cit.

²⁸ B.Fassi Fihri, H.Ait Addi, Z.Laraqui, op.cit.

Cette configuration déformée des plans de redressement montre qu'en réalité, ce qui compte, ce n'est pas tant le remodelage et la remise sur pied de l'entreprise, que l'accès aux avantages exorbitants du plan en matière de réduction et de rééchelonnement des dettes. Le plan de redressement est essentiellement envisagé comme un mécanisme commode pour se mettre à l'abri de ses créanciers. Cependant, en se focalisant uniquement, voire exclusivement, sur le volet financier, le plan de redressement ou de sauvegarde tombe dans un travers qui neutralise sa portée curative. Les juges semblent en effet oublier que les difficultés financières de l'entreprise ne sont que le symptôme de problèmes plus structurels : manque d'efficacité organisationnelle, faiblesse des capitaux propres, perte de performance concurrentielle ... Or, si on veut remettre sur pieds l'entreprise, c'est au niveau de sa structure et de son organisation qu'il faut agir, y compris par la cession d'une partie de son actif afin de financer son plan de continuation. Tous les spécialistes savent qu'un plan principalement financé par les sacrifices imposés aux créanciers est un plan voué à l'échec.

- En corrélation avec l'observation précédente, nous constatons que **les plans de redressement aboutissent très peu à la restructuration de l'entreprise défaillante**²⁹. Une majeure partie des procédures de redressement ouvertes, finissent par être

²⁹ Rapport sur l'observation des normes et codes (ROSC) : insolvabilité et droits des créanciers : Maroc - Rapport sur l'observation des normes et codes (RONC) : insolvabilité et droits des créanciers, Publication de la Banque Mondiale, 2006, Evaluation de la législation commerciale du Royaume du Maroc, rapport USAID, 2004.

converties en liquidation, après 10 ans au cours desquelles le plus souvent l'actif de l'entreprise a été vidé et le passif gelé³⁰. Les créanciers, après avoir supportés une longue période d'attente, ont, in fine, très peu de chances d'être payés. Il s'ensuit qu'au final, les sacrifices infligés ont été vains, et plus grave encore, dépourvus de logique économique, puisqu'en bout de chaîne, l'entreprise est liquidée, sans que pour autant, que les créanciers soient payés. Rappelons ici un seul chiffre qui illustre ces pratiques : 28 %, c'est la proportion moyenne des créances d'une entreprise en difficulté qui arrivent à être payées. Ce taux très dégradé, place le Maroc parmi les pays où l'insolvabilité d'un partenaire commercial pose des risques très élevés pour ses créanciers³¹. Cette impéritie du système marocain de traitement de l'insolvabilité génère des effets économiques délétères, de nature systémique, dans la mesure où il induit la frilosité et la méfiance des investisseurs -nationaux et étrangers- qui hésitent, bien légitimement, à investir dans le cadre d'un système juridique qui ne les protège que très partiellement en cas d'insolvabilité de leurs débiteurs³².

³⁰ Élément aggravant de cet abus, nous remarquons que les plans de redressement et de sauvegarde adoptés par les tribunaux sont systématiquement alignés sur la durée légale maximale (10 ans pour le redressement, 5 ans pour la sauvegarde). Plus grave encore, Cette durée légale maximale est régulièrement dépassée par une pratique qui consiste à accorder un an de différé avant de débiter l'exécution du plan. « Cette préconisation est totalement illégale, mais pourtant adoptée par la quasi-totalité des tribunaux », B.Fassi Fihri, H Ait Addi et Z.Laraqui, op. cit.p.27.

³¹ Rapport ROSC et RONC op.cit.

³² S.El Hassani Sbai, « La réforme du droit des entreprises en difficulté : Un échec anticipé ? », L'Economiste, Ed. N° :5305 Le 02/07/2018.

Voici donc un régime extrêmement perturbateur pour la concurrence mais qui n'arrive même pas à respecter les objectifs pour lesquels il a été instauré : la restructuration des entreprises en difficultés et le paiement de leurs créanciers.

Rappelons simplement que cette l'application dysfonctionnelle du Livre V n'est pas uniquement une source de distorsions à la concurrence. Elle est à la source d'une toxicité systémique qui diffuse bien au-delà de l'entreprise et de ses partenaires et affecte tout l'écosystème économique³³. Elles érodent la compétitivité des entreprises et précarisent un élément crucial, celui de la confiance³⁴.

Que faire ? Quelles solutions face à un constat aussi accablant ?

Il n'est pas question de vous exposer tous les efforts qui doivent être consentis pour améliorer la prise en charge des situations de défaillances d'entreprises. Je plaide pour ma part, pour la mise en place d'un véritable « **écosystème préventif** » qui permettra une réaction anticipée et au moindre cout pour le marché. Je défends aussi l'option pour un traitement ciblé, professionnel et agile des difficultés des entreprises³⁵.

³³ Idem.

³⁴ S.EL Hassani Sbai, « Droit des entreprises en difficulté et Covid-19 : radioscopie d'un échec », Tribune libre, TELQUEL, 28 aout 2020

³⁵ S.EL Hassani Sbai, « Droit des entreprises en difficultés et crise sanitaire », in « Coronavirus : regards croisés », ouvrage collectif, Publication de Konrad-Adenauer-Stifung ,Sept 2020.

Mais au-delà du renouvellement total des conditions d'applications du droit des entreprises en difficulté³⁶, qui déborde largement l'objet de notre colloque, il est important que le conseil de la concurrence s'empare de cette problématique et qu'il intègre les distorsions concurrentielles dans son œuvre régulatrice. Je pense qu'un seuil pourrait être fixé comme critère d'intervention du conseil. Autrement dit, **lorsqu'une procédure collective porte sur une entreprise de taille significative, un avis du conseil de la concurrence devrait être sollicité avant l'adoption d'un plan de redressement ou de sauvegarde.** L'intervention du conseil de la concurrence aura un effet salvateur sur l'ensemble de la procédure. Elle poussera les tribunaux de commerce, d'une part, à intégrer les effets des procédures engagées sur la concurrence, et, d'autre part, à mieux ficeler les plans de continuité qu'ils adoptent ainsi qu'à réfléchir, de manière plus rigoureuse, aux critères d'ouverture des procédures envisagées.

Conclusion

Qu'on ne s'y trompe pas, mon intervention à ce colloque n'est pas une tribune contre l'immixtion du législateur dans le cycle de vie des entreprises et, encore moins, contre les principes du droit des entreprises en difficulté. Dans une économie

³⁶ Les déficiences les plus graves relatives au droit des entreprises en difficultés se situent à notre sens, au niveau de ses conditions pratiques d'application. Le livre V du code de commerce, sans être exemptes de lacunes et de maladresses, propose cependant un cadre plutôt ambitieux pour le traitement des difficultés des entreprises. C'est son implémentation pratique dysfonctionnelle qui neutralise sa portée réelle.

mondialisée, où les entreprises sont constamment exposées à des crises systémiques qui menacent leur viabilité et fragilisent leur équilibres, l'intervention ponctuelle et pondérée des législateurs, à travers le déploiement d'un bouclier juridique protecteur, est absolument indispensable.

Cependant, il est important de prendre conscience que cet interventionnisme législatif en faveur de l'entreprise n'est pas anodin. Il peut induire des conséquences économiques et juridiques perturbatrices sur le marché et constituer une source non négligeable de distorsions concurrentielles.

La mise en œuvre de ce droit doit par conséquent faire l'objet d'un pilotage pondéré, vigilant et expert, afin qu'un droit, par nature pro entreprise, ne devienne pas, par la pratique, un droit déformé, toxique, particulièrement adapté aux usages tacticiens et aux pratiques douteuses. L'effet d'aubaine n'est pas loin !

De quelques spécificités du droit allemand de la concurrence¹

Laurence Nicolas-Vullierme

Maître de conférences HDR à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Le droit allemand est issu d'une loi contre les restrictions de concurrence du 27 juillet 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ou *GWB*)². Si les Allemands désignent ces règles par le terme de *Kartellrecht*, c'est-à-dire littéralement le « droit des cartels », cette législation³ ne se borne

¹ L'objectif de cette communication est de livrer un aperçu de la législation allemande sur la concurrence peu connue au Maroc. Le style oral de la communication a été conservé. L'auteur tient à remercier le professeur Joachim Gruber et M. El Bacha du Centre de droit comparé franco-allemand.

² *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *BGBl.* 1957, I p. 1081. Depuis son adoption en 1957, la loi a été amendée dix fois. La dernière modification avait pour objectif premier de mettre en conformité le droit de la concurrence à l'ère du numérique et de transposer la directive européenne REC+ du 11 déc. 2018 : *GWB-Digitalisierungsgesetz*, *BGBl.* 2021, I, p. 2. Voir notre aperçu : Le rôle pionnier du droit allemand de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* mars 2021, Focus, p. 2. Le texte allemand est accessible sur le site du ministère de la justice : <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (consulté le 31 mai 2021). Pour les non germanophones, le même site propose une traduction anglaise de la loi. Cette dernière est au 31 mai 2021 à jour du 9^{ème} amendement adopté en 2018.

³ Nous ne mentionnons ici que les principales règles de fond de la loi. Cette législation comporte de nombreuses règles de procédure ainsi que des dispositions sur des centrales de transparence de marché qui sert à la surveillance ou au contrôle des marchés : *GWB*, §§47a et suiv. Sur ce dernier point, voir notre article : 3 Questions :

pas à interdire les seuls cartels⁴, mais elle vise aussi à contrôler les abus de puissance économique⁵, les concentrations⁶ et plus récemment encore les marchés publics⁷.

Le champ d'application de la loi est bien entendu trop large pour pouvoir aborder toutes ses spécificités en une dizaine de minutes. Je me bornerai de ce fait à la question suivante de manière à vous donner un premier aperçu de la richesse de la législation allemande : **Ya-t-il encore aujourd'hui une place pour des spécificités en droit allemand de la concurrence face au développement de la politique européenne de concurrence⁸** ? Plus précisément existe-t-il encore aujourd'hui des règles allemandes spécifiques en matière de pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations ou est-ce

Les centrales de transparence des marchés de l'énergie et du carburant : une voie allemande pour réguler les prix à la consommation ? », *JCP E* 2014, Echos de la pratique 183, p. 5. Pour une présentation d'ensemble en langue française, voir SOUTY (F.), *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1996 ; en langue allemande : EMMERICH/LANGE, *Kartellrecht*, Beck, 15. Aufl., 2021.

⁴ GWB, §§1 et suiv.

⁵ GWB, §§18 et suiv.

⁶ GWB, §§35 et suiv.

⁷ GWB, §§97 et suiv. Les règles résultent d'une loi du 26 août 1998 : *Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)*, *BGBl.* 1998, I, p. 2512. Les dispositions furent insérées dans la loi allemande contre les restrictions de concurrence. DREHER M., *Das GWB als Magna Charta des Wettbewerbsoderals Einfallstor politischer Interessen*, *WuW* 1997/12, p. 949, WUW0199084.

⁸ Aujourd'hui, le rapprochement des règles nationales avec celles de l'Union européenne ne vise plus seulement les règles de fond, mais aussi les règles processuelles.

que le principe de primauté et l'effet utile du droit européen n'ont pas eu raison de ces spécificités ?

Si l'examen de l'évolution du droit allemand et du droit européen de la concurrence de 1958 à aujourd'hui manifeste la force d'attraction du droit européen sur le droit national et ce faisant une suppression progressive des différences, l'influence se révèle réciproque. Parallèlement, il existe un réel espace qui permet au droit national de conserver sa spécificité.

I - Influences croisées des droits allemand et européen de la concurrence

L'Allemagne en tant qu'État membre fondateur de l'Europe a exercé une grande influence sur les règles européennes de concurrence⁹. L'influence de l'École de Fribourg avec l'ordolibéralisme¹⁰ est incontestée¹¹. De plus, le législateur

⁹ Il est souvent dit que les règles européennes de concurrence ont été influencées par les Allemands alors que dans le même temps les règles sur la politique agricole commune l'étaient par les Français. Voir par ex. BRAULT D., *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004, p. 3 ; SANDROCK O., *Overview of Antitrust Law and Policy, EEC Trade and Investment*, 1986, § 15. Si certains aspects de la législation européenne peuvent manifester, ces affirmations sont néanmoins à nuancer notamment en ce qui concerne la lutte contre les cartels. Voir notre thèse: *La notion de restriction de concurrence en droit des ententes – Approche comparative en droit allemand, droit français et droit européen*, Thèse Paris 2, 2000 et en particulier p. 15 et s.

¹⁰ Cette dénomination faisait référence à l'ordre économique et social que souhaitait créer les fondateurs de l'École. Leurs différents écrits ont été publiés dans un ouvrage appelé «Ordo». Franz Böhm, Wilhelm Röpkke et Walter Eucken font partie de cette École.

¹¹ BILGER Ph., *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, 1964 ; MARTY Fr., *Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché*, Laurence Solis-Potvin. Les valeurs communes dans l'Union

allemand a souhaité dès l'origine opérer un lien entre sa propre loi et les règles européennes. La loi allemande de 1957 est symboliquement entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1958 comme le Traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne. Pour le législateur allemand, il s'agit avec cette législation de marquer une rupture avec le droit antérieur qui légitimait les cartels et de doter l'Allemagne d'une loi fondamentale de l'économie comparable à la Loi Fondamentale dans le domaine politique¹².

Malgré ces liens étroits, il existait dès l'origine des différences notoires entre les deux législations. À titre d'exemple, l'interdiction des ententes en droit européen ne distingue pas selon le stade économique des membres de l'entente alors que le droit allemand soumettait en 1958 les seuls les cartels au

européenne, Bruylant, pp. 341-377, 2014, 9782802736059, halshs-01076354 ; MOUGOUACHON C., L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique, *Concurrences* N°4/2011, pp. 70-78.

Sur une analyse récente : MARTY Fr., Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la Wettbewerbsordnung ordolibérale à la more economic approach néolibérale ? Documents de travail GREDEG WP No. 2021-22, <https://ideas.repec.org/s/gre/wpaper.html>.

¹² Voir les fondements du projet de loi contre les restrictions de concurrence : *Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, BT-Dr. 1158, IV- Wettbewerbsordnung. « Je vous dépose ce projet, comptant que le Bundestag sera pleinement conscient de la portée de cette loi, qui est vraisemblablement, sur le plan interne, la plus importante des lois allemandes, et espérant qu'une solution efficace et heureuse sera trouvée pour notre peuple et notre économie » : traduction par TOMASI A., La nouvelle loi allemande sur les cartels, RTDcom. 1958, p. 36, note 7 de *Deutscher Bundestag - 2. Wahlperiode*, BT-Dr. 1158.

principe d'interdiction assortie d'exceptions et les autres ententes à un simple contrôle des abus¹³.

Avant même la modernisation du droit européen de la concurrence, liée à l'expérience acquise de mise en œuvre des règles européennes, le principe de primauté du droit européen sur le droit national va conduire le législateur allemand à rapprocher sa législation du texte européen. L'affaire dite des matières colorantes au début des années 70 en sera une éclatante illustration¹⁴.

En qui concerne le contrôle des concentrations, il sera introduit en droit allemand bien avant son introduction en droit européen : 1973 en droit allemand¹⁵ et 1989 en droit européen¹⁶.

¹³ Sur cette distinction, voir notre thèse, *op. cit.*, p. 46 et s.

¹⁴BGH 17 déc. 1970, *BGHSt* 24, 54. ; *WuW* 1971/3, n°108 et s. L'interdiction allemande n'était selon les termes de Wiethölter qu'un « tigre de papier » (*Papiertiger*) car les ententes secrètes, les plus nocives, ne pouvaient relever de l'interdiction des cartels car contrairement au texte européen il n'était nulle question de « pratiques concertées ». De plus, seuls les accords poursuivant un but commun pouvaient relever de l'interdiction de l'entente. Le législateur allemand a repris à l'origine les concepts utilisés lors de la période de légitimité des cartels. Le *Reichsgericht* avait au nom de l'autonomie de la volonté légitimé les cartels dans une décision du 4 février 1897. En 1970, la Cour fédérale de justice reprend le même raisonnement pour écarter l'interdiction des ententes à un cartel. Pour une critique de cette décision, voir W. Möschel, « 70 Jahre Deutsche Kartellpolitik – RGZ 38, 155 « Sächsisches Holzstoffkartell » und BGHZ 55, 104 – « Teerfarben » - epochale Fehlentscheidungen ? », in *Wirtschaftsrecht im Wandel*, 2011, pp. 153- 173. En 1973, le deuxième amendement de la loi allemande modifiera l'interdiction des cartels pour viser à côté des contrats conclu dans un but commun, les pratiques concertées. Voir notre thèse, p. 96 et s.

¹⁵Deuxième amendement de la loi allemande contre les restrictions de concurrence du 3 août 1973, *BGBl.* 1973, I, 917.

¹⁶Règl. n°4064/89 du 21 déc. 1989, *JOCE*n°L 395 du 30 déc. 1989, p. 1.

Là encore, le droit allemand a pu influencer sur l'élaboration du premier règlement européen sur les concentrations¹⁷.

B/ Avec la modernisation des règles européennes de concurrence¹⁸, une nouvelle phase du droit européen de la concurrence s'est ouverte et pourrait laisser à penser de prime abord qu'il n'y aurait plus de place à une quelconque spécificité nationale. Or il n'en est rien. Le droit européen a non seulement affirmé le principe de l'autonomie procédurale, qui permet aux États de garder un certain nombre de spécificités, mais encore le transfert de compétences ne conduit pas à ôter toute compétence des autorités allemandes dans le domaine de la concurrence sur leur territoire.

- 1) En matière de pratiques anticoncurrentielles, le droit de l'Union ne s'applique qu'en cas d'affectation sensible du commerce entre États membres. Et dans le cas où le droit de l'Union trouve à s'appliquer, les États membres ont encore une marge de manœuvre. Effectivement si le règlement n°1/2003 impose un principe de convergence en matière d'ententes, il autorise les États membres à mettre en œuvre « sur leur territoire des lois nationales

¹⁷ VOGEL L., *Droit de la concurrence et concentration économique*, Economica, 1988.

¹⁸Règl. (CE) N°1/2003, Du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE n°L 1 du 4 janv. 2003. Sur ce règlement : *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : Le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?* (sous la dir. de L. Idot et de C. Prieto), Bruylant, 2006.

plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise »¹⁹.

De fait, toutes les principales différences que pouvait compter le droit allemand en droit des ententes, et en particulier la distinction qu'il opérait entre les ententes horizontales et verticales, ont disparu du texte allemand. En revanche, l'article 2 du règlement 1/2003, appelée outre-Rhin la « clause allemande », autorise le maintien de règles spécifiques en droit allemand. À côté de l'interdiction des abus de position dominante, le droit allemand interdit les abus de dépendance économique²⁰ mais aussi tous les abus émanant d'entreprises qui sans détenir une position dominante détiennent un certain pouvoir de marché pouvant être à l'origine d'abus²¹ ou d'autres comportements abusifs tels que le boycott²².

- 2) En ce qui concerne le contrôle des concentrations, le principe dit du guichet unique conduit à une répartition des compétences entre autorités nationales et européennes. Sous réserve de renvois éventuels, en dessous des seuils européens fixés par le règlement n°139/2004, les concentrations d'entreprises sont examinées par l'autorité nationale si elles remplissent les

¹⁹Règl. N°1/2003, cons. 8 et Art. 3.2.

²⁰ GWB, §20. Cette disposition a été reprise en droit français dans l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 insérée aujourd'hui à l'article L 420-2 du Code de commerce.

²¹ GWB, §20.

²² GWB, §21.

seuils allemands. Cette répartition des compétences n'a pas empêché un rapprochement du critère allemand au critère européen introduit en 2004²³.

Il n'en demeure pas moins que certaines particularités du droit allemand subsistent ou sont introduites.

II – Préservation de certaines spécificités du droit allemand de la concurrence

Citons quelques-unes de ces spécificités.

Sur le fond d'abord :

En droit des pratiques anticoncurrentielles, pour lutter contre la puissance d'achat qui pourrait porter atteinte aux petites et moyennes entreprises, le droit allemand interdit non seulement les abus de position dominante, mais tout abus émanant d'entreprises qui, sans être en position dominante, ont un poids significatif. Par ailleurs, le droit allemand de la concurrence regorge de règles sectorielles²⁴ : certaines dispositions visent ainsi des secteurs aussi divers que la presse²⁵ ou les caisses d'assurance maladie²⁶.

²³ Pour rapprocher le droit allemand du droit européen, le critère de contrôle des concentrations fut modifié par le 8^{ème} amendement. Nouvelle modernisation des règles allemandes de concurrence : concurrence, régulation et effectivité », *Contrats, conc. consom.* 2014/3, chron. 4, p. 7.

²⁴ *GWB*, §§28 et s.

²⁵ *GWB*, §30.

²⁶ *GWB*, §73, §77, §99 et §186.

D'autres particularités du droit allemand sont liées à la tradition juridique allemande. Les dispositions sont souvent plus précises afin de mieux préserver la sécurité juridique des acteurs. Ainsi le droit allemand de la concurrence ne se borne pas à interdire les abus de position dominante comme le Traité européen, mais précise dans la lettre même de la loi les critères de détermination de la position dominante²⁷.

En matière de contrôle des concentrations, le champ du contrôle des concentrations a été élargi depuis le 9^{ème} amendement aux *killer acquisitions* : si en principe ce sont les chiffres d'affaires des entreprises concernées par l'opération de concentration qui détermine le contrôle, le législateur a ajouté un nouveau critère inspiré directement du cas du rachat de Whatsapp par Facebook²⁸. La prise en compte du montant de la cession de l'entreprise peut être une indication de sa valeur et donc d'un éventuel pouvoir de marché plus important.

²⁷ Les critères ont été complétés au fil du temps : lors du 9^{ème} amendement de 2017, la liste des critères a été complétée par une seconde plus adaptée aux marchés multi-faces et aux réseaux : voir notre article, Le 9^e amendement de la loi allemande contre les restrictions de concurrence : une réforme à imiter ?», *Contrats, conc. consom.* 2018, Étude 1, p. 6.

²⁸ Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. ÄndG), *BGBI.* 2017, I, 33, p. 1416.

§35(1a) GWB : la valeur de la contrepartie en vue de la concentration est supérieure à 400 millions d'euros. Initialement le projet prévoyait 350 millions d'euros : le montant a été relevé, mais est inférieur à celui de 500 que préconisait par la Commission monopole. Il s'agit de viser non seulement les entreprises du secteur du numérique, mais aussi celui du secteur pharmaceutique.

En matière de procédure, l'indépendance de l'autorité de la concurrence par rapport au pouvoir politique est un élément clé. Le choix du lieu de l'institution n'est pas anodin : à la suite de la réunification de l'Allemagne et du transfert du Parlement de Rome à Berlin, l'Office fédéral des cartels a quant à lui été transféré de Berlin à Bonn. Les Allemands n'ont pas non plus attendu la modernisation du droit européen de la concurrence, la *more economic approach*, pour développer leur service économique. Dès l'origine, économistes et juristes travaillent ensemble.

Autre originalité par rapport au contrôle européen, il existe à côté de l'Office fédéral des cartels compétent pour apprécier les concentrations une commission monopole (*Monopolkommission*) dont le rôle est d'établir tous les deux ans un rapport sur l'évolution des concentrations sur le territoire allemand²⁹. Cette commission peut prendre en particulier position sur toutes les questions d'actualité. Enfin, le ministre de l'Économie dispose d'un pouvoir d'évocation pour ce même contrôle : signe de l'importance stratégique des rapprochements d'entreprises³⁰.

En conclusion, l'européanisation des droits nationaux n'a pas conduit à supprimer les spécificités du droit allemand de la

²⁹ §§44 ff. GWB.

³⁰ §42 GWB. Si le pouvoir d'évocation est critiqué, la question s'est posée d'introduire une disposition analogue en droit européen : BIEN F., Vers une autorisation « ministérielle » dans la procédure européenne de contrôle des fusions ? Un point de vue allemand, *Concurrences* N°2-2019, p. 2.

concurrence. Il existe incontestablement un rôle moteur du droit allemand de la concurrence sur le droit européen. En décembre dernier, le législateur allemand a modifié pour la 10^{ème} fois de son histoire la loi contre les restrictions de concurrence et a exprimé explicitement sa volonté de jouer un rôle pionnier en droit de la concurrence³¹. Les défis européens sont souvent semblables ou proches des défis nationaux : tel est le cas de la mondialisation et du numérique.

Cet aperçu témoigne de l'actualité de l'idée défendue il y a bien longtemps par Montesquieu selon laquelle : les lois doivent tellement être propres au pays pour lequel il a été fait que c'est un grand hasard si celles d'un État peut convenir à un autre ! Il n'en demeure pas moins que le droit allemand de la concurrence peut être source d'inspiration pour toutes les législations sur la concurrence, y compris la législation marocaine.

³¹ Voir note 2.

Droit de la concurrence : approche comparative allemande en droit des énergies

M. EL BACHA RABII

*Président du CDMA- Centre de droit comparé maroco-allemand
Business Analyst chez NGAGE Consulting Group (Morocco)
Membre du Cercle des experts » (Economiste) avec Korte Law (Rabat)
Membre alumni du IPS – Program du Parlement Allemand*

1. Sur la question des études portant sur les fusions ou sur la situation de la concurrence:

L'originalité du droit allemand c'est d'abord une culture institutionnelle indépendante, il faudra garder en tête que la « Commission des monopoles » produit des rapports réguliers sur la situation de la concurrence, des rapports spéciaux sur des fusions particulières alors que, l'Office fédéral des cartels est l'organisme indépendant qui applique le droit. Le gouvernement, quant à lui, peut instruire pour des raisons autres que le droit concurrentiel. Enfin, l'agence fédérale des réseaux joue un rôle primordial, nous le verrons notamment par la transparence dans l'élaboration des normes spécifiquement dans le secteur de l'électricité et du gaz. Au Maroc, au sens des dispositions de l'**article 2 de la loi 104-12**, le conseil à un pouvoir décisionnel et doit en partie publier des études sur le

climat général de la concurrence, donner son avis sur les demandes de consultation etc. Au-delà de la difficulté pour le conseil de devoir répondre aux diverses attributions légales, il y a notre humble avis une difficulté de pouvoir identifier les jeux concurrentiels d'un marché pertinent. Car, les domaines d'applications sont centralisés géographiquement et juridiquement, au sein d'une seule et même structure de contrôle. À titre de rappel, la notion de marché se subdivise en deux approches: marché produit et marché géographique. De manière générale, l'interopérabilité ou « substituabilité » des produits est le critère central de la majeure concurrentielle: il doit être pris en compte dans les deux approches. En effet, souvent lorsque l'on parle du champ d'application de la concurrence c'est le champ d'application sectoriel or, le point de départ pour toute analyse de la concurrence est la définition du marché à prendre en compte, dit marché de « référence » ou marché « pertinent ».

2. Sur la question d'instruction gouvernementale pour des raisons autres que le droit de la concurrence:

Le Ministère de l'Économie et de l'énergie (BMW) en Allemagne peut autoriser exceptionnellement une entente illicite. C'est l'instrument de la politique de la concurrence pour les cas exceptionnels. L'office des cartels (BKartA) ou « conseil de la concurrence » peut voir son pouvoir remis en cause par des motifs d'« intérêts publics supérieurs » ou d'avantages macroéconomiques privilégiés. En pareille matière, une grande opération allemande de concentration qualifiée d'anticoncurrentielle dans les secteurs mêmes du gaz et de

l'électricité avait été approuvée. En l'espèce, l'amélioration de la sécurité nationale d'approvisionnement l'emportait sur le droit de la concurrence (2002). En Allemagne, la séparation des rôles institutionnels « *tend à affaiblir le lien entre le droit de la concurrence, tel qu'il est incarné par la BKartA, institution solide et respectée, et la politique de la concurrence telle qu'elle se reflète dans la réforme réglementaire.* »³². Concernant la procédure d'approbation ministérielle,³³ les entreprises sollicitent dans un premier temps l'agrément ministériel toutes les entreprises impliquées dans la fusion peuvent demander un permis ministériel. La demande doit être soumise par écrit au ministre fédéral de l'Économie dans un délai d'un mois à compter de la notification de l'arrêté d'interdiction du Bundeskartellamt. Deuxièmement, il y a lieu d'une déclaration de la Commission des monopoles et des plus hautes autorités de l'État. En l'espèce, la commission prend position et examine les motifs qui justifient une approbation ministérielle (avantages macroéconomiques ou les « intérieurs supérieurs » du grand public). Les États fédéraux concernés ont également la possibilité de faire des commentaires. Troisièmement, les tiers concertés peuvent être invités: outre les sociétés impliquées dans la fusion, des personnes ou association de personnes dont les

³² V. rapport « Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation, examen de l'OCDE dans la réforme de la réglementation (réforme de réglementation de l'Allemagne) », 2014, p.13 © OCDE

³³ V. par exemple Bekanntmachung der Leitlinien für das Verwaltungsverfahren zur Entscheidung über die Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Vom 27. Oktober 2017, I B 2 - 20302/014, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BWMi)

intérêts sont affectés par la décision peuvent être invités à la procédure (ex: concurrents, fournisseurs, association ou représentant des salariés). Quatrièmement, l'enquête du BMWi est ouverte. Au sein de cette procédure, le Ministère est autorité de cartel à l'image de l'office des cartels. La procédure est donc régie par le droit procédural de la *GWB - Loi contre les pratiques anticoncurrentielles allemandes*. En l'espèce, le BMWi mène ses propres enquêtes en respectant le principe du contradictoire (écrit, discussions et interrogatoires). Par la suite, une partie de la procédure consiste à organiser une audition publique avec les parties impliquées dans la procédure du BMWi. De cela découlera la décision d'approbation ministérielle; celle-ci doit être prise dans les huit mois suivant la réception de la demande. Le permis ministériel peut être combiné avec des conditions et obligations. Enfin, tout processus ou « recours juridique » peut être introduit. Plus précisément, tout intéressé impliqué dans la procédure peut déposer une plainte auprès de la cour d'appel d'Allemand contre l'ordre du ministre (Tribunal régional supérieur de Düsseldorf). Du côté Marocain, des critiques antérieures du gouvernement relatives à l'avis du conseil sur le « plafonnement des prix des hydrocarbures » aux transgressions de procédures et manque d'opacité évoquée dans les motifs de plaintes récentes: le Conseil de la concurrence traverse encore aujourd'hui des zones de turbulences. La confusion qui entoure le dossier des sociétés pétrolières et du groupement des pétroliers du Maroc a conduit à la constitution d'une commission ad hoc composé de membres nommés par Sa Majesté le Roi Mohammed VI, garant du bon fonctionnement

des institutions constitutionnelles, dans le but de diriger les investigations nécessaires. Il y a là, l'exemple d'une concordance entre le droit et la politique de la concurrence allemande, qui était et est encore source de droit pour le secteur des hydrocarbures au Maroc. Il faudra rappeler que le droit marocain donne néanmoins parfois la primauté des prix à l'administration. Celle-ci peut s'exercer par voie réglementaire sur des « secteurs ou zones géographiques » particulières (**art.3, Loi 104-12**).

3. Sur la question de l'Agence fédérale des réseaux (BNetzA)

L'agence fédérale des réseaux: une des priorités de cette agence est de promouvoir la transparence dans l'élaboration des normes et s'engage en faveur des normes ouvertes et encore une fois de l'interopérabilité. Si celle-ci ne publie aucune loi, elle est généralement autorisée par les législateurs nationaux ou européens à établir ce que l'on appelle des spécifications - *Festlegung*. Ces décisions permettent la mise en œuvre des lois. Elles sont rendues publiques au journal officiel lorsqu'elles sont approuvées par la Chambre des décisions- *Beschlusskammer*. Et cela, dans les secteurs suivants: le postal, les télécommunications, le ferroviaire, l'électricité et le gaz. Concernant le domaine électrique et gazier³⁴, l'objet est la structuration des conditions dans lesquelles les fournisseurs d'électricité et de gaz peuvent utiliser les réseaux pour s'approvisionner ou approvisionner leurs clients et la régulation

³⁴ Les principes vecteurs des deux domaines d'applications sont très similaires en droit des énergies.

des redevances qui peuvent être facturées à cet effet. En droit des énergies, cela est fondamental car c'est la régulation directe de ce que l'on définit comme le principe d'accès non discriminatoire des tiers. Ce principe constitue le rouage central du tout marché de l'énergie libéralisé. Car, si l'Etat a le monopole naturel dans l'activité de gestion de réseaux de transport et de distribution (respectivement l'ONEE ou la futur « STGN »), l'Etat doit garantir un accès égal aux utilisateurs. En effet, le secteur implique l'existence d'infrastructures lourdes et onéreuses que sont les réseaux de transport et de distribution. En droit de la concurrence, ils constituent des « infrastructures essentielles » et donc, des monopoles naturels. On parle ici des activités de gestion des réseaux de transport et des activités de gestion des réseaux de distribution. On se retrouve ce principe d'accès des tiers aussi en matière de stockage énergétique souterrain, notamment pour les cavités salines. Sur cette question-là, l'accès des tiers est un principe en droit des énergies qui trouve sa base majeure en droit de la concurrence allemande. C'est le « principe d'attribution » - *Grundsätze der Vergabe* au sens du § 97 Al.1 de la *loi contre les pratiques anticoncurrentielles (GWG)*³⁵. Au Maroc, au sens du **projet de loi 94-17** (2017) relatif au secteur gazier, la régulation de la concurrence entre les ouvrages gaziers du secteur doit être assurée par l'autorité créée par la **loi 48-15** (portant réglementation du secteur de l'électricité) et la régulation gazière est actuellement

³⁵ Naturellement, des dispositions spécifiques sont prévues par exemple par la loi sur le gaz naturel qui prévoit un accès justement négocié aux installations de stockage (à des conditions techniques et économiques raisonnables et non discriminatoires).

sous l'égide de l'ONHYM. L'impératif est grand car il y a urgence pour le Maroc d'avoir une institution spécialisée pour réguler les prix de redevances, la relation avec le gestionnaire du réseau transport et de distribution (GRT-GRD) ainsi que l'accès des tiers aux capacités de stockage. Ces propos sont appuyés par l'agence internationale de l'environnement: le Maroc doit « *conduire la mise en œuvre de la transition énergétique propre du pays et augmenter les investissements privés dans les énergies propres en achevant les réformes du marché de l'électricité et du gaz (1) et en rendant opérationnelle l'autorité de régulation prévue.(2)* »³⁶. Sur la question de la réglementation sectorielle gazière, le **projet de loi 94-17** relative au secteur aval du gaz est en première ligne et est un premier levier de développement des principes régissant l'organisation du secteur, notamment pour développer l'infrastructure, les équipements et réseaux de transport et de distribution marocaine. Sera féliciter l'introduction de principes cardinaux comme l'accès des tiers aux ouvrages gaziers et aux capacités de stockage tout autant que l'indépendance du GRT (STGN). En l'espèce, l'innovation juridique majeure de ce projet reste comme précitée la création de la « STGN » qui vient confirmer le principe d'indépendance du gestionnaire de réseau et évite ainsi d'éveiller un bouillon concurrentiel propice aux comportements abusifs³⁷. Néanmoins, il reste en attention

³⁶ Recommandations de l'agence internationale de l'environnement.

³⁷ On soulignera aussi que ce projet favorise au passage l'introduction de terminologie juridique nouvelle telle que le Power-to-X (développement de la filiale hydrogène) et promut la filiale biogaz (valorisation énergétique des déchets).

d'adoption. Conséquence directe, le Maroc n'est pas doté d'une instance de régulation (ex: prix de redevance, cahier des charges pour les interconnexions etc). Nous pourrions également critiquer l'absence de dispositions légales propres aux installations méthaniers dites « installations GNL » que cela soit pour le port méthanier Jorf Lasfar - en cours d'abandon au profit d'un *FSRU - Floating Storage Regasification Unit*³⁸ - ou pour les ports futurs (ex: exploitation d'installation, obligations de service public, l'accès des tiers à ces installations, refus et tarification). Du côté allemand, parmi les décisions de l'Agence fédérale allemande des réseaux (*Bundesnetzagentur*): la décision « BEATE 2.0 » est entrée récemment en vigueur et s'applique aux points d'interconnexion transfrontalières ou à toutes les autres redevances de capacité.³⁹ Un autre point qui mériterait notre attention en matière concurrentielle et qui fait l'objet de débats actuels est la thématique européenne du *EOG-gemeinsamen Erlösbergrenze* (plafond de recettes communes). Et cela, notamment dans l'approche énergétique intégrée futur déployé pour la filiale hydrogène. En effet, si la construction et l'exploitation des réseaux d'hydrogène seront probablement assurées en Europe par les gestionnaires de réseaux de transport

³⁸ Gaz naturel liquéfié : le Maroc veut déployer une unité flottante de stockage et de regazéification près de ses côtes, ADAMA SYLLA · 25 AVRIL 2021 (challenge.ma)

³⁹ Sur des questions de redevances, des multiplicateurs doivent être appliqués pour la conversion en capacités au cours de l'année (produits intrajournaliers 2,0 ; produits journaliers 1,4 ; produits mensuels 1,25 et produits trimestriels 1,1). En outre, des remises et des rabais sont accordés pour certaines capacités et certains projets allant de 50 à 75%.³⁹ V. par exemple en langue allemande *Einheitliches Entgelt für Gastransporte – des einen Freud, des anderen Leid*, 3. Mai 2019 (BBH-Gruppe)

de gaz, la question du mode de financement - conjoint ou séparé - devient particulièrement virulente. La question se pose de savoir s'il faut appliquer un plafond de recettes communes (EOG), qui s'applique uniformément aux clients du gaz et aux clients de l'hydrogène. Le plafond de recettes commun signifierait que les clients du réseau hydrogène ne devraient pas financer entièrement eux-mêmes la construction du réseau hydrogène, ce qui pourrait avoir un effet bénéfique sur la possibilité d'entrer sur le marché. Cependant en droit de la concurrence, de nombreux éléments laissent penser que le financement conjoint est contraire au droit de l'Union et entraînerait des subventions croisées dite « inadmissible » conformément à l'Art. 7 lit. c) du tarif du code de réseau - VO (EU) 2017/460213 - NC TAR. Même si l'interdiction des subventions croisées " inadmissibles " laisse à elle seule une marge d'interprétation.

4. Sur la question du centre de transparence du marché des hydrocarbures (Art.47ki-GwB)

La loi portant « Centre de transparence du marché des hydrocarbures » entrant en vigueur, il y a plus de 9 ans en Allemagne trouvant sa base légale, au sens de l'article 47k de la loi contre les pratiques anticoncurrentielles (GwB). Le centre est une commission permanente créée au sein même du conseil de la concurrence allemand dont le but est de « *surveiller le commerce des carburants afin de permettre aux autorités antitrust de détecter et de sanctionner plus facilement les violations* ». L'organisme travaille conjointement avec d'autres

institutions concernées par l'industrie énergétique que nous avons étudiée en début de présentation (**Art.47i**). Dès lors que des enfreintes légales sont constatés, le centre doit transmettre les informations afférentes à 4 agents (respectivement aux attributions précédemment analysées): le conseil (BKartA) pour ses procédures de contrôle, les autorités anti-trust pour les enquêtes sectorielles mais aussi au Ministère de l'économie à des fins de statistiques et à la commission des monopoles pour ses tâches en vertu de la loi. De la même manière, les exploitants de stations-service « publiques » qui proposent des carburants aux consommateurs finaux à des prix qu'ils ont eux-mêmes fixés doivent les transmettre au centre en « temps réel ». Les prix déclarés permettent de diffuser les données auprès des « fournisseurs d'informations pour le consommateur final » : une liste exhaustive des fournisseurs autorisés est directement accessible via le site du conseil. L'objectif est la consolidation de la concurrence entre acteurs du marché des hydrocarbures et surtout, d'identifier les stratégies de prix existants des fournisseurs. Le cadre réglementaire concurrentiel propre à ce marché catalyse la surveillance de marché et a fait ses preuves auprès des consommateurs finaux.

5. Sur la question de la protection du consommateur et des compétences d'attributions (droit comparé)

Au Maroc, la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur complète le dispositif juridique existant en pareille matière et met en place un cadre favorable pour la promotion du rôle des associations de protection du

consommateur. En vue de faire appliquer la loi et ses textes d'application, le Ministère dispose d'un corps d'enquêteurs qualifiés et assermentés à cet effet. Ces enquêteurs sont implantés dans les 29 délégations du Ministère. Ils sont chargés d'effectuer des contrôles pour rechercher et constater les infractions aux dispositions de la **loi n° 31-08** dans le domaine du commerce et de l'industrie notamment en matière de pratiques commerciales. Aussi, le Ministère dispose d'une cellule de contrôle des sites internet marchands qui est chargée de vérifier la conformité des annonces au regard des dispositions de la **loi n° 31-08**. En Allemagne, le 9^e amendement de la **GWB** (début juillet 2017) a donné à l'office des cartels le pouvoir de mener des enquêtes sectorielles dans les affaires de droit de la consommation et une fonction consultative dans les affaires civiles de cartel. Selon le nouvel **article 32e AI.5** de la **GWB**, l'office des cartels peut ouvrir une enquête sectorielle s'il y a des raisons de soupçonner des infractions substantielles, persistantes ou répétées aux dispositions du droit de la consommation qui, par leur nature ou leur ampleur, affectent les intérêts d'un grand nombre de consommateurs. Mais aussi, elle peut enquêter sur les faits, si nécessaire en utilisant des mesures coercitives de l'État, et publier les résultats. L'affectation de cette nouvelle tâche à l'office des cartels n'est pas aléatoire: elle est un soutien aux autres institutions compétentes dans le travail des études sectorielles propres à la consommation. Il faut souligner que le système de protection consumériste est déjà très solide en Allemagne. En soi, les centres de conseils aux consommateurs-*Die Verbraucherzentrales* sont légitimées et réputées en

Allemagne par la RDR⁴⁰ - *la loi sur les services juridiques extrajudiciaires*. En cela, ces centrales peuvent fournir des conseils juridiques et des services juridiques extrajudiciaires. C'est d'abord une aide à l'auto-assistance et n'intervient qu'ensuite de manière légale et poursuit une action en justice si l'individu ne peut pas s'affirmer seul. Au début, cependant, il y a toujours un examen des faits et de la situation juridique par le conseil juridique du centre de conseil aux consommateurs de la région concerné. Diverses possibilités d'actions sont également envisagées. En outre, le centre de conseil aux consommateurs est habilité à prendre des mesures contre la concurrence déloyale et les clauses et conditions illicites, dans la mesure où les consommateurs sont directement concernés.

Pour conclure, c'est au grand public que pensait Montesquieu lorsqu'il écrivait : *« les lois ne doivent point être subtiles : elles sont faites pour des gens de médiocre entendement : elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un bon père de famille »*. Le principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi a été promu comme objectif de valeur constitutionnelle. Mais cette clarté doit aussi l'être en droit de la politique, notamment en matière concurrentielle.

⁴⁰ Loi sur les services juridiques extrajudiciaires ou « Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen »

PANEL 2
DROIT DE LA CONCURRENCE :
PERSPECTIVES D'EVOLUTION

Droit de la concurrence, perspectives d'évolution: Vers une prévisibilité et une sécurité juridique accrues, nécessaires à la promotion de la concurrence libre et loyale

Maitre Corinne Khayat

Avocat au Barreau de Paris, UGCC Law firm

En droit de la concurrence, la prévisibilité et la sécurité juridique supposent une réglementation claire, précise et complète, appliquée par une autorité de concurrence autonome et dotée de pouvoirs de décision.

L'arsenal législatif adopté en 2014¹ encadre la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil ») en fixant ses attributions, sa composition, son organisation, ainsi que les dispositions applicables à la

¹ Loi n° 104-12 du 30 juin 2014 relative à la liberté des prix et de la concurrence et son décret d'application n° 2-14-652 du 1er décembre 2014, portant sur le contrôle des concentrations et la prohibition des pratiques anticoncurrentielles.

Loi n° 20-13 du 30 juin 2014 relative au Conseil de la concurrence et son décret d'application n° 2-15-109 du 4 juin 2015, portant sur les attributions du Conseil.

prohibition des ententes, des abus de position dominante, de dépendance économique et au contrôle des concentrations. Réactivé en décembre 2018 à l'occasion de la nomination de ses membres par décret, le Conseil est depuis opérationnel.².

L'article 111 de la loi n°104-12 dispose que la loi prendra effet à compter « de l'entrée en vigueur des textes règlementaires nécessaires à sa pleine application ». Or, il a fallu attendre le décret n° 2-18-963 du 12 décembre 2018, publié au Bulletin Officiel n° 6734 du 13 décembre 2018, pour que soient nommés les membres du Conseil. C'est donc à notre sens à compter de cette date que la loi 104-12 est entrée en vigueur. L'article 111 de la loi n°20-13 prévoit par ailleurs que le Conseil transmettra aux nouveaux membres les dossiers dont il a été saisi et sur lesquels il ne s'est pas encore prononcé, ainsi que les documents et archives dont il était dépositaire. Pour autant, cet article ne précise pas si le Conseil pourra, sur le fondement de son nouveau pouvoir décisionnel, rendre des décisions et sanctionner des entreprises dont les pratiques ne pouvaient faire l'objet que d'un avis sous l'ancien régime.

Le Conseil a malgré tout redoublé d'efforts en tant que jeune autorité pour communiquer autour de sa pratique décisionnelle. Cette volonté a nettement participé à l'objectif de sécurité juridique, qui ne peut se faire sans une communication expansive.

² Décret n° 2-18-963 du 12 décembre 2018 nommant les membres du Conseil de la concurrence.

Le Conseil a notamment publié son premier rapport annuel pour l'année 2019 au mois de juin 2020, accompagné d'une annexe répertoriant les décisions de concentrations économiques adoptées durant cette année. Pour assurer la transparence de sa pratique, le Conseil a publié un certain nombre de documents sur son site internet, tels que son règlement intérieur, une charte éthique, et communiqué un certain nombre d'informations sur les travaux de la Commission Permanente par l'intermédiaire de l'onglet « Activités Nationales ».

Il conviendra enfin de relever que le Conseil a entamé le lancement de plusieurs études sectorielles afin de consolider ses connaissances sur les principales problématiques et les éventuels dysfonctionnements de concurrence sur les marchés marocains (notamment dans les secteurs des médicaments, du commerce électronique, des cliniques privées et des marchés de gros).

Ce sont autant d'éléments qui permettront au Conseil de rendre le droit de la concurrence accessible et intelligible pour les entreprises qui sont tenues de le respecter.

Le Conseil pourra sans nul doute profiter de cette phase de création et d'expansion pour sensibiliser davantage les entreprises au droit de la concurrence et dès lors ancrer une pratique décisionnelle stable, tant en matière de contrôle des concentrations (I), qu'en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (II).

I. Contrôle des concentrations : une pratique décisionnelle en construction

La charge de travail du Conseil en matière de contrôle des concentrations a été importante dès sa réactivation. Ce début d'activité, pour le moins intense, a ainsi été l'occasion pour le Conseil de clarifier sa pratique décisionnelle sur des points précis (1). Il reste encore cependant des sujets qui seront probablement éclaircis dans un futur proche (2).

1. Vers le développement d'une pratique décisionnelle établie

Il conviendra de rappeler à titre liminaire que l'article 11 de la loi n°104-12 dispose qu'une opération est qualifiée de concentration lorsque deux ou plusieurs entreprises fusionnent, lorsqu'une entreprise acquiert le contrôle d'une autre, ou en cas de création d'une entreprise commune de plein exercice. La notion de contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise et demeure essentielle dans l'analyse d'une opération.

L'opération devra en outre être notifiée dès lors que le chiffre d'affaires total mondial ou réalisé au Maroc des parties atteint certains seuils alternatifs qui sont précisés par voie réglementaire. Un dernier seuil, également alternatif, en parts de ventes, achats ou transactions sur le marché marocain est également prévu.

Le Conseil a déjà pu clarifier ces notions du contrôle des concentrations à travers son premier rapport annuel, ainsi que dans ses décisions, permettant ainsi de les adapter à des problématiques concrètes.

Le Conseil a à cet égard adapté les critères de notifiabilité aux opérations de concentrations réalisées à l'étranger, dites foreign-to-foreign. Les seuils réglementaires ont eu pour conséquence d'appréhender des opérations qui ne soulèvent aucun problème de concurrence et qui n'ont de surcroît aucun impact sur le marché national marocain, en raison d'un faible volume de ventes ou de l'absence d'activité des filiales marocaines sur les marchés concernés par l'opération. Le Conseil a d'ailleurs déclaré 6 opérations non notifiables pour ce motif.

La loi n° 104-12 n'apportant pas de solution précise sur ce point, le Conseil est venu préciser que des opérations ne sont pas notifiables lorsque deux conditions étaient réunies : (1) l'opération se réalise dans un autre pays par des entreprises étrangères qui n'ont pas de présence physique au Maroc, ou dont les filiales ne sont pas actives sur le marché concerné par l'opération et (2) le marché géographique marocain n'est pas concerné par cette opération.

Le Conseil a également pu préciser les critères de la notion d'entreprise commune de plein exercice dans quelques une de ses décisions, permettant ainsi de savoir si leur création peut constituer une opération de concentration au sens de la loi n°

104-12. L'article 11 de la loi n° 104-12 définit l'entreprise commune comme « accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ».

Dans sa décision n° 77/D/19 du 12 septembre 2019, le Conseil a considéré que la création d'une entreprise commune entre l'Office National de l'Electricité et de l'Eau Potable (ONEE) et Nareva Enel Green Power Morocco n'était pas soumise à l'obligation de notification, dans la mesure où toutes les ventes de l'entreprise commune étaient exclusivement destinées à l'une des entreprises fondatrices.

De même, dans la décision n° 101/D/9 du 6 décembre 2019 relative à la création de deux entreprises communes, le Conseil a relevé que la première entreprise commune resterait pleinement liée à ses sociétés mères puisque ses ventes comporteraient exclusivement le chiffre d'affaires de l'électricité produite à l'une de ses mères, tandis que la deuxième entreprise commune exercerait une fonction auxiliaire pour les sociétés mères, sans exercer d'activité économique indépendante pour retenir que l'opération notifiée ne pouvait pas être considérée comme une opération de concentration.

Quant aux opérations de restructuration interne, le Conseil a précisé, dans le cadre de l'opération de fusion par absorption de la société Al Omrane Meknès par la société Al Omrane, que les parties, en tant que filiales du même groupe, ne jouissaient pas de l'autonomie nécessaire et a conclu que «

cette fusion [...]constitue une restructuration interne du Groupe Al Omrane, et ne peut être considérée comme une opération de concentration économique ».

Ces avancées sont appréciables puisqu'elles permettent, en amont, de préparer le plus efficacement et en toute sécurité le dossier de notification. Pour autant, les décisions demeurent encore très succinctes sur un certain nombre de concepts clés pour le contrôle des concentrations.

2. De futurs chantiers ?

Plusieurs notions doivent encore faire l'objet d'une interprétation par le Conseil.

Le Conseil ne s'est notamment pas encore prononcé, ni dans ses décisions, ni dans son rapport annuel, sur les modalités de calcul de seuils en chiffre d'affaires. Le résultat de ce calcul doit refléter la force économique réelle et actuelle des entreprises concernées par l'opération projetée. Des difficultés peuvent cependant intervenir lorsque l'opération prévoit l'acquisition du contrôle conjoint d'une entreprise déjà existante ou nouvellement créée. Doit-on prendre uniquement en compte le chiffre d'affaires des entreprises qui acquièrent le contrôle, ou également joindre celui de la cible déjà existante ?

La notion d'influence déterminante pourrait également être davantage approfondie dans le cadre des décisions à intervenir. L'article 11 dispose que « le contrôle découle des

droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise ». Si le Conseil a pu qualifier d'opération de concentration l'acquisition par le groupe Carlyle d'une participation de 35% des actions et des droits de vote contrôlant la société Compañía Española de Petróleos, il n'a toutefois pas précisé les modalités de détention de ce contrôle.

On relèvera enfin que le Conseil de la concurrence a prononcé l'ouverture de phases d'examen approfondies, dites phase II, pour certaines opérations, dont une en 2019 pour l'acquisition par la société Uber Technologies Inc de la totalité des actifs de la société Careem Inc. Il sera rappelé qu'une première phase d'examen d'une opération, dite phase I, dure 60 jours. Si des préoccupations de concurrence sérieuses subsistent au terme de ces 60 jours, le Conseil peut décider d'ouvrir une Phase II de 90 jours afin de déterminer si des doutes sérieux subsistent, notamment lorsque l'opération est susceptible de renforcer une éventuelle position dominante.

S'agissant de l'opération entre Uber Technologies et la société Careem Inc., le Conseil a d'ailleurs souligné que les marchés identifiés par les parties n'auraient pas donné une image fidèle de la concurrence, que l'opération pouvait aboutir à des prix excessifs, ou encore que les objectifs économiques de l'opération n'étaient pas clairement détaillés et expliqués.

Malgré cet effort de transparence et de communication, permettant de cibler les quelques circonstances susceptibles de justifier de l'ouverture d'une phase II, la pratique décisionnelle reste encore à développer sur ce point.

II. Pratiques anticoncurrentielles : un espace à sécuriser

Le Conseil n'a pas encore eu l'occasion de rendre de décisions au fond relatives aux pratiques anticoncurrentielles (1). On notera toutefois quelques avancées en matière procédurale (2).

1. Une pratique décisionnelle en suspens, une pédagogie nécessaire

Si la loi n° 104-12 fixe un cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, le Conseil n'a cependant pas encore eu l'occasion de rendre de décision de condamnation au fond. En revanche, le Conseil a rendu un nombre important de décisions motivées soit par l'irrecevabilité de la plainte, soit des non-lieux ou de désistements de la partie saisissante. La Commission permanente a continué en 2020 et 2021 de rejeter des saisines, considérant qu'elles ne relevaient pas de sa compétence, comme par exemple la saisine émanant de la Société Atelier Teuli concernant l'appel d'offres portant sur les travaux de signalisation horizontale et verticale dans la province d'Al Hoceima. La plainte à l'encontre des pétroliers aurait en outre pu faire l'objet de la première décision de fond en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Il faudra donc attendre que le Conseil développe sa pratique ou adapte des lignes directrices pour que les entreprises puissent connaître les pratiques prohibées ainsi que celles autorisées sous conditions, compte tenu de la complexité de certains accords de coopération entre concurrents (production, achat, R&D, commercialisation, normalisation), et des pratiques de groupements d'entreprises et d'associations professionnelles.

Il est en particulier essentiel que le Conseil développe sa pratique décisionnelle ou adopte des lignes directrices, notamment en matière d'échanges d'informations. Les entreprises doivent effectivement être informées du cadre dans lequel ces échanges peuvent constituer une pratique illicite ou illicite, dès lors qu'ils diminuent l'incertitude stratégique sur le marché de par le caractère stratégique des informations, notamment lorsqu'elles portent sur les prix.

Par ailleurs, si la loi n° 104-12 interdit la pratique d'abus de position dominante, elle ne détermine pas les critères permettant de considérer qu'une entreprise est ou non en position dominante sur un marché concerné. Si la part de marché de l'entreprise est une première indication utile, l'appréciation de la position dominante peut également tenir compte de l'existence de concurrents potentiels, de l'effet potentiel de l'expansion de ses concurrents, de l'ampleur de la puissance d'achat compensatrice. Or, les entreprises qui sont en situation de position dominante sont tenues d'une

responsabilité particulière de ne pas porter atteinte à une concurrence effective.

2. Une procédure à consolider

Le Conseil a fait savoir à plusieurs reprises qu'un projet de guide relatif aux procédures d'instruction devrait voir le jour. Ce guide serait ainsi destiné aux entreprises et parties concernées par la concurrence, et accompagné d'un guide simplifié destiné à un large public.

Si la loi n° 104-12 et le règlement intérieur du Conseil encadrent le déroulement de la procédure dans une moindre mesure, certains points doivent encore être approfondis. Il est notamment possible de penser au droit d'accès des parties mises en cause au dossier, permettant de garantir le contradictoire, qui démarre concrètement avec la notification des griefs par le Conseil.

La loi ne prévoit que sommairement les modalités d'accès au dossier et ne précise pas si les parties auront accès à la totalité des éléments à charge et à décharge.

Le Conseil n'a pas encore précisé s'il comptait évoquer dans ce guide les procédures alternatives, telles que la clémence ou la transaction. L'emploi du pluriel pourrait laisser penser que tel serait le cas. On rappellera que l'issue de ces procédures, prévues par la loi n° 104-12³, peut déboucher sur une réduction

³ Voir articles 41 et 43.

significative de l'amende. Elles devraient donc, elles aussi, être assorties de garanties afin d'être pleinement effectives.

Reste enfin la sanction pécuniaire et ses modalités de calcul, qui n'ont ni fait l'objet d'une communication, ni de précédents.

L'article 39 de la loi n° 104-12 prévoit à ce stade 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 sanctionné 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 ». Si la loi prévoit des critères de base, le Conseil devra à l'avenir les adapter à la situation de chaque entreprise dans chacune des affaires dont il aura la charge.

Or, en l'absence de pratiques décisionnelles, il apparaît difficile de déterminer les pratiques qui seraient considérées comme étant les plus graves. Il nous paraît important que le Conseil prononce dans ses premières décisions des condamnations symboliques, à l'instar des premières décisions anciennes de la Commission européenne⁴, afin de tenir compte du caractère inédit des pratiques sur le territoire marocain. L'ANRT a toutefois opté pour la position inverse

⁴ Décision de la Commission européenne n°87/1/CEE Fatty Acids du 2 décembre 1986.

en prononçant une sanction avoisinant le plafond légal dans une récente décision condamnant Maroc Telecom, ce qui apparaît pour le moins critiquable puisqu'il s'agit d'une première décision⁵.

En conclusion :

Le Conseil ne peut que se féliciter de ses premières années d'activités, qui traduisent une démarche proactive. Il doit cependant continuer sur cette trajectoire, en renforçant davantage la motivation de ses décisions. Dès lors, en consolidant sa pratique décisionnelle, le Conseil ne pourra que maintenir sa légitimité et ainsi participer à la promotion d'une concurrence libre et loyale sur les marchés marocains

⁵ Décision ANRT/CG/n°01/2020 du 17 janvier 2020.

De la « compliance » en entreprise pour une meilleure intégration du droit de la concurrence

Nadia Benzakour

*Conseil juridique, Fondatrice associée du cabinet de conseil juridique
GENERIS*

Le droit de la concurrence, n'est pas juste l'affaire de certains acteurs du marché concernés par des opérations de fusions ou d'acquisitions. Son champ d'application concerne l'ensemble du comportement économique des entreprises et *in fine*, les consommateurs.

La sanction des pratiques anticoncurrentielles est lourde. Elle peut atteindre jusqu'à 10% du chiffre d'affaires national ou même mondial pour les entreprises ayant une activité à l'international. Le Conseil de la concurrence n'a pas hésité en juillet 2020, à s'approcher du maximum de la sanction (8% du chiffre d'affaires national) lorsqu'il a fallu statuer sur l'entente anticoncurrentielle de certaines sociétés de distribution de carburant.

Les entreprises gagnent à adopter une ligne directrice concernant les échanges avec leurs partenaires professionnels, qu'il s'agisse de concurrents, de fournisseurs ou de distributeurs.

Définir une politique de conformité en entreprise ou dite de « compliance » (en anglais), n'a pas seulement pour intérêt de fixer une gestion interne de l'entreprise. Elle a surtout pour but d'identifier et d'éviter les risques inutiles et de définir des règles en interne pour *a minima* se conformer à ses obligations juridiques y compris, la conformité au droit de la concurrence.

Plusieurs procédés existent pour une meilleure conformité au droit de la concurrence :

- Identifier des situations à risque en entreprise par le biais de formation (A),
- Elaborer un guide de bonne conduite rendu obligatoire ou non (B),
- Intégrer un système d'une alerte professionnelle (C),
- Améliorer la compréhension du droit de la concurrence marocain avec le soutien du régulateur (D).

A. Identifier des situations à risque en entreprise par le biais de formation

Un comportement susceptible d'être qualifié d'entente anticoncurrentielle, d'abus de position dominante ou de prix abusivement bas s'analyse en principe *in concreto* - en

considération des données concernant les marchés pertinents sur lesquels interviennent l'entreprise.

Certains comportements sont de manière plus évidente pour les profanes, sanctionnés par le droit de la concurrence marocain, d'autres nécessitent davantage de connaissances ou d'analyse en considération de la présence de l'entreprise sur le marché pertinent.

Une formation en entreprise aurait l'avantage pour l'équipe dirigeante, d'identifier des risques considérés comme avérés, pour lesquels un « no-go » serait appliqué ; de saisir les zones grises nécessitant systématiquement que l'on se pose la question de la conformité au droit de la concurrence.

Par conséquent, une formation des équipes exposées au partage d'information et à la négociation de contrats serait fort utile, surtout lorsque l'on sait que les sanctions peuvent impacter le chiffre d'affaires national ou mondial de l'entreprise.

A.1 Les échanges d'information

Les entreprises sont à maintes occasions sollicitées pour échanger des informations. Il s'agit d'événements courants mais qui peuvent constituer des infractions d'ententes anticoncurrentielles si certaines précautions ne sont pas prises¹.

¹ Article 6 de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence : Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites, sous quelque forme et pour

Les échanges d'information interviennent naturellement dans le cadre de la prospection de l'acquisition d'une entreprise alors que celle-ci serait concurrente, ou encore dans l'étude d'un partenariat sur des marchés connexes.

Il en est de même lorsque des concurrents se réunissent pour consolider des informations sur le secteur d'activité dans le cadre d'une association professionnelle.

Dans ce contexte, l'échange d'information peut constituer une pratique concertée susceptible de limiter l'accès au marché, ou de faire obstacle à la formation des prix, de limiter les débouchés d'un marché, ou encore de répartir les marchés.

Une pratique décisionnelle européenne² foisonne en la matière et les lignes directrices de la Commission Européenne sont claires en ce sens³. Au Maroc, les échanges d'information sensibles sont également des pratiques pour lesquelles les

quelque cause que ce soit, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1 - limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2 - faire obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3 - limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4 - répartir les marchés, les sources d'approvisionnement ou les marchés publics.

² Affaire des tracteurs du Royaume-Uni (John Deere, 1998) ; Affaires des Palaces Parisiens (2006) ;

³ Lignes directrices de la Commission européenne sur les accords de coopération horizontale du 14 décembre 2010.

Les lignes directrices indiquent de façon claire et complète comment évaluer la compatibilité des échanges d'informations avec le droit de la concurrence de l'UE

sanctions sont encourues au titre d'ententes anticoncurrentielles. C'est le motif d'ailleurs évoqué dans la décision du conseil de la concurrence sanctionnant les leaders du marché de la distribution des carburants en juillet 2020.

Dans l'attente de lignes directrices plus claires sur le sujet et d'une pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence marocain davantage développée, nous pouvons nous référer aux critères unanimement dégagés dans des juridictions européennes et d'outre-Atlantique.

En résumé, certains critères sont à retenir pour guider les entreprises dans leurs démarches en matière d'échange d'informations.

Toute information non publique et susceptible d'affecter la concurrence est considérée comme sensible. Cela comprend toute information stratégique concernant les clients, les coûts de production, les ventes, les plans marketing, les investissements et la recherche et développement.

Certaines informations stratégiques peuvent toutefois être nécessaires dans le cadre du milieu associatif professionnel. Dans ce cas, il est important que les données échangées soient rendues anonymes, de telle manière à ne pas identifier le comportement d'une entreprise ou d'un ensemble d'entreprises, que ces données soient suffisamment anciennes de telle façon à ce qu'on ne puisse pas anticiper le comportement d'une entreprise/ensemble d'entreprises.

A.2 Les Pratiques contractuelles: contrats de distribution, politiques de prix, contrats de partenariat...

La revue d'un contrat par un conseil juridique spécialisé fait souvent défaut pour des contrats de distribution, de vente de produits ou de services, et de partenariat.

Les entreprises, ne perçoivent pas toujours les risques de leurs accords commerciaux et souvent, la nécessité d'aller vite dans la négociation contractuelle l'emporte sur la conscience du risque d'infraction.

Or une bonne information des entreprises sur le cadre autorisé des négociations, permettrait d'être plus pertinent pour les parties. De façon non limitative, certains points d'attention méritent d'être rappelés.

De façon indiscutable, les accords entre les concurrents sur les prix pratiqués ou les composantes du prix de vente, les conditions de ventes, les rabais, les augmentations des prix sont de nature à faire obstacle à la libre formation des prix et donc à la libre concurrence.

Plus couramment et la tentation peut paraître légitime entre un fournisseur et un distributeur, la fixation d'un prix de revente par le fournisseur est interdite, toujours au titre d'une entente anticoncurrentielle.

Il s'agit de la même infraction si le fournisseur fait pression sur ses distributeurs en les incitant fortement à appliquer les prix de

revente qu'il recommande. Cette pression peut s'exprimer par une surveillance accrue de ses distributeurs, sur la remontée des certaines informations et de politique incitative/ de sanction à l'égard des distributeurs qui ne suivraient pas la politique de prix recommandés.

La question également de la vente à perte est également souvent posée par les entreprises. Selon l'article 8 de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, l'interdiction de pratiquer des prix abusivement bas s'entend sur les prix de revente aux consommateurs. Toutefois, en considération de la position de l'entreprise, notamment une position dominante sur le marché, la question de la vente à perte des produits /services sur un marché intermédiaire de professionnels est légitime et se doit d'être appréciée avec plus de précision par un praticien du droit.

De même, on ne saurait faire peser la responsabilité de l'analyse des risques sur les entreprises et de nombreuses modalités commerciales sont des pratiques contractuelles courantes qui nécessitent d'être maniées avec attention. L'essentiel pour les dirigeants d'entreprise, est d'avoir conscience que la question mérite d'être étudiée.

En effet, les accords exclusifs d'approvisionnement ou de distribution peuvent être perçus sous certaines conditions comme une entrave à la libre concurrence. Idem avec les cas de rabais, remises autres avantages concurrentiels à des partenaires

commerciaux, ceux-ci doivent être justifiés par des contreparties réelles et sérieuses⁴ à définir.

A.3 Les moments cruciaux dans la vie d'une entreprise: acquisition d'une entreprise, fusions

Le dispositif du droit marocain préconise un contrôle des projets de concentration par le Conseil de la concurrence, lorsque les parties à la concentration, ensemble ou séparées dépassent certains seuils (40% des parts de marché ; les chiffres d'affaires réalisés au cours de l'année passée dépassent 250 millions de dirhams au Maroc⁵ ; 750 millions de dirhams⁶ à l'international).

4 Article 61 de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence :
Il est interdit à tout producteur, importateur, grossiste ou prestataire de services :
1 - de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;
2 - de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de biens ou de produits ou aux demandes de prestations de services, pour une activité professionnelle, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal et qu'elles sont faites de bonne foi ;
3 - de subordonner la vente d'un bien ou d'un produit ou la prestation d'un service pour une activité professionnelle, soit à l'achat concomitant d'autres biens ou produits, soit à l'achat d'une quantité imposée, soit à la prestation d'un autre service ;
(...).

⁵ Le chiffre d'affaires total, hors taxes, réalisé au Maroc par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 250.000.000 dirhams

⁶ Le chiffre d'affaires total mondial, hors taxes, de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 750.000.000 dirhams

Par conséquent, les décisionnaires d'une entreprise doivent vérifier de prime abord, si leur projet d'acquisition ou de fusion d'une entreprise est sujet à notification.

Ensuite, si la vérification s'avère positive, les initiateurs du projet de concentration doivent intégrer le délai de préparation et de réponse du Conseil de la concurrence, ceci afin de saisir les meilleures décisions stratégiques d'acquisition/fusion d'entreprises.

B. Créer un cadre normatif au sein de l'entreprise pour une concurrence saine à grande échelle

La rédaction de guides de conformité au droit de la concurrence a l'avantage de conférer un référentiel dans des situations courantes de la vie de l'entreprise.

Il s'agit d'un premier filtre pour éviter les risques d'infraction. Un guide de conformité élaboré constitue un ensemble de règles écrites par l'entreprise, destiné aux employés de l'entreprise.

On y décrit les informations sur les comportements à éviter, les situations considérées comme nécessitant une analyse juridique plus poussée. En complément de la formation des décideurs/commerciaux de l'entreprise, le référentiel écrit a toujours l'avantage pour le profane, de comprendre les bases du droit de la concurrence dans un langage décomplexé.

Par ailleurs, il s'agit d'un outil pratique qui prend en considération la politique de négociation commerciale de

l'entreprise. Chaque entreprise dispose d'une place déterminée sur un marché pertinent. L'analyse concurrentielle de ses agissements se mesure en considération de sa position sur un marché de produits/services.

Rédiger un guide pratique de conformité, est donc l'opportunité de situer l'entreprise sur un marché déterminé et de veiller à ce que certaines pratiques ne puissent être envisagées car considérées comme trop à risque. En effet, on recommandera à une entreprise en situation de position dominante de vérifier que le refus de vente, ou que la rupture des relations commerciales, ou le fait d'imposer des conditions commerciales ne seraient pas en réalité une pratique abusive pour imposer ses décisions sur un marché défini.

Ces guides de bonne conduite peuvent être incitatifs et utiles pour encourager les bons comportements à avoir. En pratique, les conséquences financières d'une infraction au droit de la concurrence sont telles que ces guides de conformité font partie intégrante des politiques internes obligatoires de l'entreprise. Ils sont rendus obligatoires dans le cadre d'un contrat de travail qui y ferait référence ou bien encore dans le cadre d'un règlement intérieur de l'entreprise.

C. Intégrer un système d'alerte professionnelle

Intégrer les comportements anticoncurrentiels dans le cadre d'un système d'alerte professionnelle est un signal fort de conformité au droit de la concurrence.

Rendu obligatoire dans certaines juridictions comme en France⁷ ou aux USA⁸ pour les sociétés côtées et leurs filiales dans le monde, les systèmes d'alerte professionnelle, en complément des voies hiérarchiques, permettent de signaler des comportements non éthiques et ce, de façon confidentielle.

Parmi ces comportements non éthiques, les manquements au droit de la concurrence doivent être signalés. L'intérêt de la procédure d'alerte professionnelle réside dans le fait qu'elle assure une certaine confidentialité concernant le manquement éthique et surtout sur l'identité du salarié déclencheur de l'alerte.

Au Maroc, les systèmes d'alerte professionnels n'ont pas été rendus obligatoires par la loi. Ils restent encore facultatifs. L'intérêt de l'intégrer fait sens. Il n'est jamais simple pour un salarié de dénoncer certains faits d'infraction, surtout lorsqu'ils peuvent mettre en cause sa hiérarchie directe.

A des fins de préservation du principe de la confidentialité des données, la Commission Nationale des Données Personnelles (la « CNDP ») a encadré l'utilisation du système d'alerte professionnelle dans la délibération n°351-2013 du 31 Mai 2013 relative aux conditions de mise en œuvre des dispositifs d'alerte professionnelle.

⁷ Loi Sapin II du 9 septembre 2016 ainsi que la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneurs d'ordre

⁸ La loi américaine Sarbanes-Oxley du 30 juillet 2002

La CNDP réserve l'utilisation de l'alerte professionnelle au champ d'application suivant :

- Atteintes aux règles de concurrence ;
- Conflits d'intérêts ;
- Délits d'initiés ;
- Falsification de documents, comptes ou rapports d'audit ;
- Vol, fraude ou détournement de fonds ;
- Corruption ;
- Discrimination ;
- Harcèlement sexuel.

Un service ou une entité spécifique doit se voir confier la réception et le traitement des signalements. Cette entité sera soumise au devoir de confidentialité et surtout avoir été formée pour traiter ces signalements aussi bien sur le fond que sur la forme. En d'autres termes, cette entité devra connaître a minima les grands principes du droit de la concurrence pour apprécier la poursuite de l'enquête confidentielle sur les faits d'infraction.

La procédure d'alerte professionnelle devra être clairement exposée pour qu'elle soit facilement appréhendée par celui qui désire déclencher l'alerte.

C'est un système qui vise également à protéger la personne mise en cause. Celle-ci dispose du droit à l'information, immédiat ou décalé selon les circonstances, sur les faits reprochés et sur l'entité responsable du mécanisme de dénonciation.

D. Le soutien des entreprises par les régulateurs de la concurrence

Le droit de la concurrence au Maroc est un droit récent. La forme la plus indépendante et autoritaire du Conseil de la concurrence, c'est-à-dire, habilitée à sanctionner et à sauto-saisir ; a été introduite par 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.

Il est à rappeler que jusqu'à la nomination des membres du Conseil de la concurrence (décembre 2018), l'entrée en vigueur de ces lois avait été longuement discutée.

Aux Etats-Unis, au sein de l'Union Européenne, de nombreuses décisions des autorités de la concurrence ont permis d'élaborer, de définir, et de développer certains principes introduits par les textes fondateurs du droit de la concurrence. Le Maroc connaîtra le même sort.

Toutefois, les publications du Conseil de la concurrence méritent d'être davantage développées. Les prises de position sont de nombreuses questions juridiques sont attendues. Ne serait-ce que sur les échanges d'information susceptibles de constituer des

ententes anticoncurrentielles, la notion de position dominante, les prix abusivement bas et d'autres éléments bien évidemment.

Au Maroc, à l'exception des avis du Conseil de la Concurrence rendus publics, et d'un rapport annuel d'activité bien succinct, le besoin d'éclairage doctrinal, et de diffusion publique sur le raisonnement des décisions du Conseil de la concurrence au Maroc se ressent.

Il serait opportun qu'un éclairage sur des questions juridiques sur lesquelles il a fallu trancher soit mis à la portée du grand public. Certes, la question de la confidentialité des parties mises en causes serait à préserver.

Aujourd'hui, force est de constater que les lignes directrices de la Commission Européenne et les rapports des autorités de la concurrence à l'étranger sont aujourd'hui des outils précieux, y compris au Maroc pour les professionnels du droit et les entreprises soucieuses de cette conformité au droit de la concurrence.

Conclusion

Le droit de la concurrence marocain est un droit récent et complexe qui touche avant tout le comportement des entreprises qui ont un impact sur le marché au Maroc. N'est-il pas plus simple de diffuser une information sur des principes de base qui peuvent être appréhendés par tout le monde.

La responsabilité de la conformité au droit de la concurrence repose sur les entreprises et celle du Conseil de la Concurrence *in fine*.

Des publications, des formations, des guides de conformité, sans bien sûr, oublier le recours aux professionnels du droit à des moments sensibles de la vie de l'entreprise, cela représente un parcours classique de celui qui ne souhaite pas ignorer la loi.

Le sort des concentrations économiques et leur futur ressort

Me Moulay El Amine EL HAMMOUMI IDRISSI

Avocat au Barreau de Casablanca – Collaborateur Sénior

Naciri & Associés Allen & Overy

Monsieur le Doyen,

Mesdames et Messieurs les Professeurs,

Mesdames, Messieurs,

Je suis honoré de clôturer cette conférence avant l'ouverture des débats et je vais donc essayer d'être le plus bref possible.

1. INTRODUCTION

Quand j'ai été contacté pour participer à cette conférence, j'ai bien entendu choisi le thème de mon intervention sans connaître mon ordre de passage. Après avoir reçu le programme et constaté que j'étais le dernier à passer, surtout après autant de spécialistes, j'ai décidé d'axer mon intervention sur les aspects pratiques du traitement des opérations de concentration économique au Maroc – principalement pour réussir à capter

vos échanges après un après-midi aussi intense en échanges fructueux.

Pourquoi les concentrations économiques ? parce qu'elles prennent aujourd'hui une place prépondérante dans le cadre de ma pratique d'avocat.

Depuis la réactivation du Conseil de la Concurrence (ci-après le **Conseil**) fin 2018, j'ai eu le privilège de participer à la notification d'un nombre important d'opérations et de travailler indirectement (principalement quand nous agissons en qualité de conseil du vendeur) sur un nombre tout aussi important d'opérations de concentrations économiques.

Pour vous donner une idée plus précise, le Conseil s'est prononcé comme suit sur les opérations de concentration économique depuis 2019 :

- En 2019, le Conseil :
 - a autorisé 53 opérations de concentration – dont 1 concentration a été autorisée de manière implicite, aucune décision n'ayant été communiquée aux parties dans les 60 jours;
 - a procédé à son premier examen approfondi (dans le dossier Uber/Careem) ; et
 - n'a donné, à ma connaissance, aucune dérogation en vertu des dispositions de l'article 14 de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la

concurrence(ci-après la **Loi n° 104-12**) permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision du Conseil.

- En 2020, le Conseil :
 - a autorisé 52 opérations de concentration ;
 - a procédé à 4 examens approfondis ;
 - n'a donné, à ma connaissance, qu'une seule dérogation en vertu des dispositions de l'article 14 de la Loi n° 104-12(dans le dossier Schlemmer, en relation avec l'acquisition d'entreprises en difficulté financière).
- Enfin, depuis le début de l'année 2021, le Conseil :
 - a déjà autorisé 23 opérations de concentration (jusqu'au 19 avril 2021) ;
 - a procédé à 2 examens approfondis ; et
 - n'a donné, à ma connaissance, aucune dérogation en vertu des dispositions de l'article 14 de la Loi n° 104-12.

Il a ainsi pu être constaté une évolution certaine dans le traitement des opérations de concentration (après plus de 127 décisions adoptées), surtout dans la qualité (et la taille) des décisions rendues.

Toujours dans cette approche pratique, je vous propose d'aborder le sort des opérations de concentration, en parlant d'une manière générale de leur traitement et d'une manière spécifique des entreprises communes de plein exercice avant d'aborder leur futur ressort et comment je préconise leur développement au Maroc, particulièrement en termes de délais, de seuils et d'opérations spécifiques.

2. SORT ACTUEL DES CONCENTRATIONS ECONOMIQUES

2.1 Traitement des dossiers

Avant de rédiger toute notification, nous sommes très souvent sollicités afin de nous prononcer sur le caractère « *notifiable* » d'une opération. Ainsi, nous procédons aux différents tests pour vérifier dans quelle mesure l'opération est effectivement soumise à notification en vertu du droit marocain et répond aux trois critères cumulatifs suivants.

- (a) Tout d'abord, le critère du « type » d'opérations. Une opération de concentration est réalisée, en vertu de l'article 11 de la Loi n° 104-12 :
- lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; ou
 - en cas de prise de contrôle donnant lieu à l'exercice d'une influence déterminante, par exemple en pratique en matière de droits de veto

portant sur le budget annuel, la nomination des employés-clés ou le business plan ; ou

- ou encore en cas de création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, appelée communément *full function joint venture*.

(b) Le deuxième critère est celui relatif aux seuils de notification, qui sont comme suit :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit être égal ou supérieur à 750 millions de dirhams ; ou
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé au Maroc par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés par la concentration doit être égal ou supérieur à 250 millions de dirhams ; ou
- les entreprises qui sont parties à l'acte, ou qui en sont l'objet, ou qui lui sont économiquement liées ont réalisé ensemble, durant l'année civile précédente, plus de 40% des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services de même nature ou

substituables, ou sur une partie substantielle de celui-ci.

- (c) Enfin, le troisième et dernier critère, et non des moindres, est celui de l'effet de l'opération sur la concurrence sur le marché marocain ou une partie substantielle de celui-ci.

Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 1er de la Loi n° 104-12, elle s'applique à toutes les personnes physiques ou morales qu'elles aient ou non leur siège ou des établissements au Maroc, dès lors que leurs opérations ou comportements ont pour objet ou peuvent avoir un effet sur la concurrence sur le marché marocain ou une partie substantielle de celui-ci.

La question principale que l'on se pose est de savoir si effectivement l'opération a un effet sur le marché marocain et la réponse est souvent difficile pour nous à trancher. Heureusement, le Conseil s'est prononcé à plusieurs reprises sur des opérations de concentration et a déclaré plusieurs opérations (12 à ce jour) comme étant non soumises à l'obligation de notification auprès du Conseil.

Jusqu'à présent, cette exception n'a été acceptée, en matière d'opérations impliquant une acquisition de contrôle, que dans les circonstances limitées suivantes¹ :

¹ Voir en ce sens, par exemple, les Décisions du Conseil (i) n° 91/3/19 du 25 novembre 2019 portant acquisition par la société « *la Caisse des dépôts et consignations* » de 76,23% des actions du capital de la société « *La Poste S.A.* » et la prise du contrôle

-
- l'opération se réalise dans un autre pays par des entreprises étrangères qui n'ont pas de présence physique au Maroc (*foreign to foreign mergers*) ;
 - la cible n'a réalisé aucun chiffre d'affaires, n'avait aucune présence au Maroc et n'avait aucun projet d'expansion au Maroc ; et
 - le ou les acquéreurs n'étaient pas actifs au Maroc (y compris via leurs filiales et leurs participations de contrôle) dans le même secteur que la cible et n'avaient pas de projets de développement sur ce marché au Maroc.

2.2 Full function JV

Le cas des entreprises communes de plein exercice (*full function JV*) est intéressant à aborder parce qu'il constitue en quelque sorte une exception. Par exemple, sur l'ensemble des opérations notifiées en 2019, le cas des *full function JV* représentait seulement 13% des opérations contre 83% pour les prises de participations au capital d'autres sociétés.

Le Conseil a confirmé dans quelques décisions que seules les entreprises de plein exercice, c'est-à-dire les entreprises communes opérant de manière autonome sur un marché,

exclusif indirect de la société «CNP Assurances S.A. » ou (ii) n° 102/ق/19 du 26 décembre 2019 portant création d'une entreprise commune entre la société « *SaudiAramco Development Company* » et la société « *Korea Shipbuilding & Offshore Engineerie Co., Ltd.* ».

constituent une concentration et déclenchent donc une obligation de notification.

La pratique décisionnelle du Conseil fournit ainsi des indications sur la manière dont le critère de « *pleine fonctionnalité* » est évalué :

- Dans sa décision n°77/ق/19 du 12 décembre 2019², le Conseil a conclu que l'entreprise commune n'était pas de plein exercice dès lors que ses ventes étaient exclusivement destinées à l'une de ses sociétés mères et qu'aucune notification préalable n'était ainsi requise ;
- Dans sa décision n° 101/ق/19 du 26 décembre 2019³, le Conseil a conclu que deux entreprises communes n'opéraient pas en tant qu'acteurs économiques indépendants du marché concerné dès lors que (i) les ventes de la première entreprise commune étaient exclusivement destinées à l'une de ses sociétés mères, et que (ii) la seconde entreprise commune ne fournissait pas ses services à des tiers et exerçait donc une fonction auxiliaire aux activités commerciales de ses sociétés mères.

² Accessible via le lien suivant : <https://conseil-concurrence.ma/cc/ar/wp-content/uploads/sites/2/2020/05/31.pdf>

³ Accessible via le lien suivant : <https://conseil-concurrence.ma/cc/ar/wp-content/uploads/sites/2/2020/05/50.pdf>

À ce jour, les critères qui permettent de qualifier une entreprise comme étant de plein exercice n'ont pas été expressément définis par le Conseil et c'est la raison pour laquelle l'on se réfère communément aux critères existants en Europe, d'une manière générale, et français, en particulier, qui sont des guides utiles pour le Conseil ainsi que pour nous praticiens du droit :

- l'entreprise doit être contrôlée conjointement par au moins deux entreprises indépendantes ;
- l'entreprise commune doit fonctionner de manière durable ;
- pour être qualifiée de plein exercice, l'entreprise commune doit opérer sur un marché, en y accomplissant toutes les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché :
 - bénéficie de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché et notamment de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale) ;
 - avoir une activité allant au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères, par exemple ce n'est pas une centrale d'achat ou une entreprise en charge seulement de la R&D ; et

- l'entreprise commune ne doit pas être totalement tributaire de ses sociétés mères, que ce soit pour ses ventes ou ses achats.

3. FUTUR RESSORT DES CONCENTRATIONS ECONOMIQUES

3.1 Délais de traitement

Entre le dépôt du dossier et l'obtention de l'accusé de réception (de complétude du dossier), le délai est un peu trop long et, par conséquent, les parties pensant que le délai de 60 jours de traitement démarre avec le dépôt de la notification au Conseil sont refroidies quand on leur apprend que le délai ne commence à courir qu'à la date de l'obtention de l'accusé de réception sans que le délai entre le dépôt du dossier et l'obtention de l'accusé de réception ne soit, en réalité, réglementé ou encadré.

Pour certains dossiers, il a fallu quasiment 2 mois pour obtenir l'accusé de réception, lesquels dossiers ne sont passés en commission qu'au bout de 2 mois, soit un total de 4 mois en tout. Dans des transactions de fusions-acquisitions, un délai de 4 mois est très long et peut mettre en péril parfois certaines opérations...

Il serait nécessaire soit de (i) réglementer/encadrer le délai entre le dépôt du dossier et l'obtention de l'accusé de réception sous la forme d'une pré-notification, ou (ii) réduire le délai (par exemple suivant le délai de 25 jours ouvrés maximum devant la Commission Européenne).

3.2 Seuils de notification

Les seuils actuels de notification en matière de chiffres d'affaires sont bas et devraient être revus à la hausse.

Pour le seuil de 250 millions, il faut clarifier s'il s'agit de 250 millions par entreprise (comme c'est le cas en France, par exemple, où le seuil est fixé à 50 millions d'euros) ou bien si c'est la somme des CA.

Conformément à la pratique décisionnelle, le Conseil considère que le seuil est atteint si au moins deux parties dépassent ensemble le seuil de 250 millions de dirhams ; par exemple, il peut être atteint dès lors qu'une partie réalise un chiffre d'affaires de 200 millions de dirhams et l'autre un chiffre d'affaires de 50 millions de dirhams.

Pour le seuil de 750 millions de dirhams, ce seuil est bas dans la mesure où il s'agit d'un CA mondial et non national. En comparaison, le seuil français est de 150 millions d'euros tandis que sont considérées comme européennes les concentrations d'entreprises dont le chiffre d'affaires mondial cumulé des entreprises concernées dépasse 5 milliards d'euros et que le chiffre d'affaires réalisé dans l'UE par au moins deux des entreprises concernées dépasse 250 millions d'euros. Ainsi, toute société multinationale atteint facilement le CA mondial d'environ 70 millions d'euros et, à cet effet, toutes les opérations se retrouvent soumises à l'obligation de notification au Conseil...

3.3 *Foreign-to-foreign transactions*

Les opérations réalisées dans un autre pays entre entreprises étrangères doivent être clairement exclues par la loi. En effet, 87% des opérations de concentration économique notifiées dépassent le seuil du chiffre d'affaires mondial prévu par la loi, contre seulement 13% qui n'ont pas franchi ce seuil. Cela confirme que la plupart de ces opérations concernent des mouvements de croissance de groupes de sociétés à l'international.

Le Conseil en a d'ailleurs pleinement conscience et le précise même dans son Rapport Annuel de 2019⁴, en indiquant que si l'on se tient exclusivement au chiffre d'affaires national, **plus de la moitié des opérations notifiées au Conseil en 2019 ne devrait pas être soumise à l'obligation de notification.**

Quand bien même ce type d'opérations ne pose pas généralement de problèmes de concurrence, il faut encore aujourd'hui notifier ce type d'opérations, surtout quand l'impact sur le marché national est dérisoire, ou bien face à de faibles volumes des ventes, ou encore lorsque les filiales locales des parties à la concentration ne sont pas actives sur les marchés concernés par l'opération ou n'interviennent pas sur des marchés voisins.

⁴ Disponible via le lien suivant : <https://conseil-concurrence.ma/cc/wp-content/uploads/2020/07/2-Rapport-Annuel-2019-Fr.pdf>

3.4 Mise en place de lignes directrices (manuel des procédures des instructions)

Afin de désengorger les services d’instruction du Conseil, il conviendrait d’adopter des lignes directrices (le fameux manuel des procédures des instructions qui est en cours d’élaboration) afin de permettre des notifications plus en adéquation avec les attentes exactes du Conseil.

Ce guide devrait être adopté rapidement et clairement expliciter dans quelles mesures plusieurs opérations ne doivent pas être notifiées pour nous permettre à nous, praticiens, d’éviter de notifier des opérations qui ne sont pas *in fine* soumises à l’obligation de notification.