

L'instrumentalisation du marché pertinent en droit marocain de la concentration

The instrumentalisation of the relevant market in Moroccan merger law

Mme Maissae Bousaouf

Professeur Habilité

Centre Interdisciplinaire de Recherche en Performance et Compétitivité

Laboratoire de Recherche en Performance Juridique, Politique et Institutionnel (LRPJPI)

La Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Rabat-Souissi

Université Mohammed V Rabat – Maroc

m.bousaouf@um5s.net.ma

Date de soumission : 11/02/2021

Date d'acceptation : 09/04/2021

Pour citer cet article :

Bousaouf M. (2021), «L'instrumentalisation du marché pertinent en droit marocain de la concentration », Revue Internationale des Sciences de Gestion « Volume 4 : Numéro 2 » pp : 566- 587.

Résumé

La notion de marché pertinent est une notion cadre en droit de la concentration, elle permet de déterminer les entreprises qui sont en concurrence, de qualifier une concentration et de mesurer ses effets. Sa délimitation est une opération délicate mais incontournable pour l'analyse de la validité de la concentration au regard des règles de concurrence, elle se fait pourtant dans la pratique de l'autorité nationale de la concurrence par des moyens non encore bien définis qui ne permettent pas de dégager une méthodologie proprement marocaine de la détermination du marché pertinent dans le contrôle des concentrations. Ce déficit doctrinal national peut s'expliquer par « le jeune âge » de l'autorité nationale de la concurrence, par la rareté des cas de concentrations ayant fait l'objet d'un examen approfondi et dont l'analyse pourra guider au développement par l'autorité d'une méthode de détermination du marché pertinent. Selon le rapport d'activité du Conseil de la concurrence de 2019, parmi les cinquante-trois concentrations économiques notifiées, une seule a passé à la phase II dite d'examen approfondi. L'objectif donc de cet article est de chercher à découvrir les traits caractéristiques de la méthode de délimitation du marché pertinent dans le contrôle des concentrations à travers les enseignements du droit comparé et les différents avis et décisions rendus par le Conseil marocain de la concurrence depuis 2010.

Mots clés : marché pertinent ; concentration ; concurrence ; substituabilité ; conseil de la concurrence.

Abstract

The concept of relevant market is a framework concept in merger law, which makes it possible to determine which undertakings are in competition, to qualify a concentration and to measure its effects. Its delimitation is a delicate but unavoidable operation for the analysis of the validity of the concentration in the light of the competition rules, However, it is done in practice by the national competition authority by means which have not yet been well defined and which do not allow a Moroccan methodology to be drawn from the determination of the relevant market in merger control. This national doctrinal deficit can be explained by the “young age” of the national competition authority, by the scarcity of cases of concentrations which have been thoroughly examined and whose analysis may guide the development by the authority of a method for determining the relevant market. According to the 2019 Competition Council Activity Report, of the 53 notified economic mergers, only one went through Phase II of the so-called comprehensive review. The objective of this article is therefore to seek to discover the characteristic features of the method of delimitation of the relevant market in merger control through the teachings of comparative law and the various opinions and decisions issued by the Moroccan Council of competition since 2010.

Keywords: relevant market ; merger ; competition ; substitutability ; competition council.

Introduction

Le marché pertinent est une notion propre au droit de la concurrence. On l'appelle également « marché de référence », « marché en cause » ou « relevant market » en anglais, sa délimitation est " un préalable nécessaire à toute analyse concurrentielle" (J-B.Blaise,L.Idot, 1995). Elle permet de déterminer les entreprises qui sont en concurrence, de qualifier une pratique d'anticoncurrentielle ou de pro concurrentielle, de reconnaître une concentration économique et de mesurer ses effets sur le bon fonctionnement du marché. Du point de vue de la théorie économique, la définition du marché a toujours occupé une place de choix, pourtant il n'existe pas une seule définition de la notion de marché communément admise mais plusieurs. Selon A.Smith, le marché, lieu géographique des échanges, devient également un *champ de force défini par la concurrence*. « C'est sous la condition que celle-ci puisse s'exercer librement que le marché permet aux échangistes de connaître les prix naturels et que la concurrence leur impose d'y conformer leurs transaction » (A.Smith (1776), Traduction française 1991). Chez Marx et ses adeptes, (Boyer 1986) le marché est appréhendé à partir du mode de production capitaliste. Le marché est également considéré comme une forme d'organisation des échanges. "Selon Hayek, tout marché est une forme d'organisation des relations entre les agents économiques, dont une des caractéristiques essentielles est que les transactions s'y font sur la base des prix" (A.Diemer, 2006)

En doctrine juridique, le marché avait été défini par Ripert comme "le domaine abstrait, qui peut être régional, national ou mondial, de négociations de certains biens déterminés. On y fait un rassemblement idéal de ceux qui cherchent à acquérir et de ceux qui cherchent à écouler les biens en question" (G.Ripert,1959). En droit de la concurrence, celle qui a eu le privilège de définir la notion de marché, c'est d'abord la jurisprudence. C'est pour cette raison qu'on la qualifie de notion jurisprudentielle. C'est les autorités de la concurrence qui en ont tracé les traits caractéristiques, en se fondant sur la recherche de la substituabilité.

Ainsi, le Conseil de la concurrence français (depuis 2008, est dénommé autorité de la concurrence ADLC) et la Cour d'Appel de Paris font référence à la définition suivante du marché : Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme" le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service considéré . En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde

comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.". (Rapport du Conseil de la concurrence français 2001).

Une définition similaire est également retenue par la Commission européenne dans sa communication relative à la définition du marché en cause (Communication de la Commission JOCE n°C372. 1997). Selon cette communication : "Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auxquels ils sont destinés...".

Le Conseil national de la concurrence a eu recours à la notion de marché pertinent pour la première fois en 2009 dans l'exercice de sa mission consultative, concernant les manuels scolaires (Avis n°5/09 2009). Il a précisé dans cet avis que « le marché pertinent comprend tous les produits et services considérés comme substituables du point de vue de la demande (nature, prix, usage..) et du point de vue de l'offre (possibilité d'accès au marché en cas de hausse des prix des produits ou services concernés) dans une zone géographique déterminée ; et que la délimitation du marché pertinent permet de circonscrire le périmètre géographique ainsi que le marché du produit au sein duquel la concurrence est exercée, et de le distinguer par rapport aux autres marchés similaires. Elle permet également de mesurer le degré de « concurrentiabilité » d'un marché donné et de déterminer le pouvoir de marché dont pourrait bénéficier une entreprise ou un groupe d'entreprises » (rapport du conseil de la concurrence 2009). Le marché concerné dans cette affaire est celui des appels d'offre relatifs aux livres scolaires homologués organisés par le département de tutelle depuis 2002 jusqu'à 2009. Le Conseil a tenu à préciser dans son avis que cette délimitation du marché est confortée par la jurisprudence constante des autorités de concurrence comparées qui considèrent qu'un appel d'offre constitue un marché à part, dans lequel le cahier de charge incarne la demande et les offres des participants l'offre, et ce quel que soit l'activité professionnelle de ces derniers.

Depuis 2009, date d'activation du conseil national de la concurrence, la pratique de cette instance portant sur le contrôle des opérations de concentration a pu dégager une méthodologie embryonnaire d'analyse du marché pertinent. Exercice couronné en 2014 par une consécration timide dans le décret d'application de la loi 104.12 d'une définition du marché pertinent. Une définition inspirée du droit et de la pratique européenne de la concurrence démontrant le lien fondamental entre la notion de concentration et la notion de

marché en droit de la concurrence. La définition même de la concentration économique est basée sur la notion de marché, la mise en œuvre du régime de contrôle des concentrations est fondée sur cette même notion. La notion de marché joue donc un rôle capital en matière de concentration. La raison est simple c'est parce que c'est sur ce marché que pourront être mesurés les risques que fait éventuellement peser l'opération contrôlée sur le jeu de la concurrence. Les concentrations en droit marocain ne sont soumises à un contrôle que si "le marché national" ou une "partie substantielle de celui-ci " risque d'être affecté par une telle opération.

Vu l'importance de l'étude du marché pour l'appréciation de la concentration en droit de la concurrence, il est donc utile de démontrer comment concrètement est instrumentalisé le marché pertinent en droit national et comparé de la concurrence ? la réponse à la question exige la détermination des fonctionnalités du marché pertinent en droit de la concurrence et la découverte de la méthodologie de sa délimitation. En effet, le marché pertinent a une fonction bien déterminée en droit de la concurrence, il constitue le cadre d'application de ce droit et une mesure incontournable de la concentration économique (1). Sa délimitation obéit une appréciation économique de l'offre et de la demande sur le plan matériel et spatial (2).

1. la fonctionnalité du marché pertinent en droit de la concentration :

La préservation du marché pertinent dicte la prise des textes par le pouvoir législatif et réglementaire en matière de concurrence, elle constitue même le critère d'application de ces textes. Le marché pertinent est donc le cadre d'action du droit de la concurrence, il est également une mesure de la concentration.

1.1. cadre de l'action concurrentielle :

Pour le droit de la concurrence, le marché et la concurrence sont deux notions intimement liées : "l'appréciation d'une atteinte à la concurrence se réalise sur un marché déterminé dit marché pertinent" (E.Claudé.1994). Le marché est un domaine d'appréciation du caractère licite ou on de la pratique ou de la concentration. Il est également l'unité de mesure de pouvoir de domination d'une entreprise. Le marché est donc un instrument important d'analyse en droit de concurrence, "il a la particularité de s'adapter aux fins poursuivies. Il n'est pas une référence stable qui s'imposerait aux autorités de la concurrence. Celles-ci en tracent les contours selon différents critères."(idem).

Le marché pertinent est donc un outil précieux en droit de la concurrence, sa délimitation constitue la première étape délicate mais souvent incontournable de l'analyse de la légalité des comportements stratégiques des entreprises au regard du droit de la concurrence. En effet, pour apprécier le caractère contrôlable ou l'effet probable d'une opération de concentration, il faut délimiter le marché en cause. La nécessité de cette délimitation est incontestable en matière de contrôle des concentrations, elle en est de même en matière d'abus de position dominante. Dans sa décision contre IAM, l'ANRT avait fondé sa décision sur le déterminant au préalable du marché pertinent, il ressort de celle-ci qu' « afin d'examiner le bien-fondé des pratiques dénoncées par WANA reposant sur l'existence de comportements susceptibles de caractériser un abus de position dominante, il convient de déterminer si IAM détient une position dominante sur le marché concerné, ou le cas échéant sur des marchés connexes. Pour ce faire, il est nécessaire de définir au préalable le marché pertinent dont le fonctionnement a été ou risque d'être affecté par les comportements en cause. La définition du marché suppose que soient identifiés les produits ou services qui y sont inclus, ainsi que sa dimension géographique..... Sur la base des éléments fournis dans le cadre de l'instruction, le Comité de Gestion considère que les pratiques en cause concernent le marché de gros de l'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle et de la sous- boucle locales au niveau national. La délimitation géographique de ce marché concerne l'ensemble du territoire national et n'a pas été contestée par les parties. » (Décision ANRT/CG/n°01/2020 du 17 janvier 2020).

"S'agissant des ententes anticoncurrentielles, la nécessité de la délimitation du marché pertinent n'est pas toujours incontestée" (M.Pasturel. 2001). S'il existe un courant doctrinal favorable à une délimitation systématique du marché en cause en matière de concentrations et d'abus de domination, on peut observer un mouvement inverse, lorsqu'il est question d'ententes anticoncurrentielles. Certains estiment que "Dans certaines hypothèses la délimitation du marché de référence apparaît comme un frein à la mise en œuvre de la règle de concurrence. Effectuer les études économiques nécessaires pour définir le marché de référence peut être long et coûteux, de sorte que l'on peut être tenté de s'en passer quand l'atteinte portée à la concurrence paraît pouvoir être constatée sans procéder à une délimitation du marché. Ce serait l'application du principe d'économie de moyens. Et il y a plus : l'accélération de la mise en œuvre de la règle qui résulterait de ce raccourci contribuerait au meilleur fonctionnement du marché. Car plus l'atteinte à la concurrence est

évidente, plus il est nécessaire de la faire cesser rapidement, ce que permettrait précisément l'usage du raccourci. En somme, on mettrait au premier plan, l'efficacité de la règle de droit, l'efficacité du droit de la concurrence pour se référer au vocabulaire économique, en observant que parfois l'analyse économique peut permettre de qualifier la pratique sans passer par la délimitation du marché".(idem)

Dans son rapport pour 1987, le Conseil de la concurrence français a estimé (p. XX) que : « cette analyse du marché peut enfin, dans certaines circonstances, constituer un préalable nécessaire à l'étude de certaines ententes... ». C'est dire que la délimitation du marché n'apparaît pas nécessaire au Conseil dans toutes les hypothèses.

En effet, la doctrine et la pratique des autorités françaises de la concurrence ont établi que la définition du marché n'est pertinente en matière d'entente que dans les cas où il faut se demander si l'entente par son effet est susceptible de porter atteinte sensiblement à la concurrence et, par ricochet, diffuse un certain pouvoir de marché. Ainsi, la question se résume à la circonstance de savoir si l'entente produit un effet sensible sur la concurrence. C'est pourquoi dans les cas où la preuve démontre que l'entente porte atteinte à la concurrence de par son objet anticoncurrentiel, la définition du marché devient alors superflue. Il n'est alors pas nécessaire de définir le marché pertinent dans les cas où l'entente a un objet anticoncurrentiel. En effet, si le cadre d'analyse du juge est déjà auto-construit par le caractère restrictif patent d'une clause, point n'est besoin de définir le marché pertinent. De ce fait, il n'est pas nécessaire de définir le marché pertinent en cas d'entente emportant une restriction caractérisée de la concurrence. Il s'agit essentiellement des ententes -cartel- de fixation de prix et de partage de marché. Ce sont les ententes interdites per se dont la nocivité sur la concurrence est patente et dont l'interdiction n'exige pas en conséquence une quelconque circonscription de la puissance de marché. (Karounga Diawara, 2008).

La Commission européenne est allée dans ce sens, elle a énoncé depuis 1990 dans l'affaire du verre plat que : « Les preuves écrites des ententes ayant existé entre les trois producteurs étaient tellement claires et explicites qu'elles rendaient tout à fait superflu n'importe quel type d'enquête sur la structure du marché ». Pourtant la licence que s'était ainsi octroyée la Commission a été condamnée par le TPICE dans un attendu de principe très net : « Le tribunal considère [...] que la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel ».

La situation est paradoxale : la délimitation d'un marché de référence, condition d'appréciation de l'entrave à la concurrence, est tantôt jugée garante d'une libre concurrence, tantôt responsable d'une inefficience des règles de concurrence.

En droit de la concentration, la question ne se pose pas, la délimitation du marché sur lequel se réalise l'entrave à la concurrence revêt une importance fondamentale. Le marché est une mesure incontournable de la concentration.

1.2. Une mesure de la concentration :

En matière de concentration, le marché est une donnée économique dont l'utilité d'analyse est incontournable. La loi 104-12 fonde la légalité de contrôle des opérations de concentration économique sur le dépassement d'un seuil formulé en CA ou en part de marché fixé à 40%. Ainsi la part de marché est une mesure essentielle de la concentration. La plupart des autorités de la concurrence y ont recours pour déterminer le degré de concentration dans une industrie donnée. De même que l'analyse concurrentielle et économique de la concentration se fasse à l'intérieur d'un « marché national de biens, produits ou services de même nature ou substituables, ou sur une partie substantielle de celui-ci », Article 12 de la loi 104-12. L'article 1 de la même loi rappelle que « la présente loi s'applique : 1. à toutes les personnes physiques ou morales qu'elles aient ou non leur siège ou des établissements au Maroc, dès lors que leurs opérations ou comportements ont pour objet ou peuvent avoir un effet sur la concurrence sur le marché marocain ou une partie substantielle de celui-ci ;... ».

Dans son rapport de 2019 sur les opérations de concentrations économiques, on peut relever que le Conseil de la concurrence dans ses décisions d'autorisation utilise indifféremment le vocable marché de référence, marché en cause, marché marocain pour désigner le marché pertinent. Pour la plupart de ses décisions on retrouve un référentiel à la détermination du marché pertinent ou concerné pour des opérations autorisées en phase I. Le Conseil marque le respect du recours à la norme procédurale que le passage par l'identification et la délimitation du marché pertinent une étape nécessaire même pour des concentrations qui n'ont pas un impact sur le jeu de la concurrence.

Cependant le recours à l'identification du marché pertinent n'est pas systématique, dans certaines décisions d'autorisation, on peut remarquer l'absence de la désignation du marché concerné. Chose qui peut s'expliquer par la nature et l'importance de la concentration.

Dans sa décision autorisant la concentration BASF S.E/ Solvay S.A (Décision n° 92/D/19 du 15 rabii I 1441 (12 décembre 2019)), le Conseil de la concurrence précise que « dans le cadre de l'analyse concurrentielle, il a été procédé dans une première étape à la définition des marchés de référence, conformément aux dispositions du troisième paragraphe de l'annexe figurant au décret n° 2.14.652 susvisé. Sur cette base, le marché des produits concernés par cette opération est le marché du plastique et du nylon (PA.6) et (PA6.6), Vu que même si l'opération de concentration n'aura pas lieu sur le territoire national marocain, mais les deux parties à la concentration à savoir « BASF S.E » et « Solvay S.A » réalisent un chiffre d'affaires sur le territoire marocain en commercialisant les produits concernés par l'opération. Aussi et conformément aux dispositions de l'alinéa 1er de la loi n° 104.12 susmentionné « la loi 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 », le marché géographique concerné par l'opération est le territoire national où l'offre et la demande de ces produits se rencontrent, Vu qu'après examen de la structure du marché concerné et les positions concurrentielles des intervenants, le Conseil constate que l'acquéreur « BASF S.E » sera, après l'opération, à l'avant- garde des entreprises exportant le produit concerné au marché marocain. Toutefois, l'opération n'entraînera aucun chevauchement transversal ou horizontal au niveau des activités des parties concernées, qui ne sont pas actives sur le territoire marocain, Vu en outre, que ladite opération n'entraînera que des effets limités sur le marché marocain, étant donné que le chiffre d'affaires réalisé par les deux sociétés reste très faible. »

A savoir que le Conseil de la concurrence pour l'année en question a autorisé sans aucune prise d'engagement 43 concentrations économiques en phase légère c'est à dire dans un délai ne dépassant pas 60 jours. Elles sont pour la plupart des opérations de prise de participations impliquant des entreprises étrangères. En effet, 83% des opérations notifiées prennent la forme de prises de participations au capital d'autres sociétés c'est le cas par exemple de l'opération relative à l'acquisition de l'ensemble des actions de la société «ARCHOS TECHNOLOGY SA » par la société « GFI Informatique Maroc SA » (Décision n° 25/D/19 du 25 rajab 1440 (1er avril 2019)). 13% des opérations de création d'entreprise commune, par exemple l'opération qui consiste à la création d'une entreprise commune entre la société « Veolia Water Technologie » et la société « Afric-Chimie & Consultants » (Décision n° 62/D/19 du 15 choul 1440 (19 juin 2019)).

Ainsi, quelle que soit la nature juridique de la concentration, fusion, prise de participation, entreprise commune, ou économique, horizontale, verticale ou conglomérale, le marché est un instrument important d'analyse. Quoique pour ces deux derniers types de concentration, la détermination de la part de marché et de la définition du marché pertinent pose de véritables problèmes. En effet, s'agissant des concentrations non horizontales, les marchés se situent souvent à des niveaux différents ou concernent des produits ou services différents et même non substituables, la détermination de la part des entreprises en perspective d'union dans le marché ou la délimitation du marché pertinent devient un exercice très délicat.

Si une concentration horizontale est une concentration des entreprises qui se situent sur le même niveau de production des services ou des biens, la concentration verticale, quant à elle se réalise entre des entreprises se situant à des niveaux différents de production ou de services. On parle d'une concentration verticale lorsque, par exemple, la société mère de production fusionne avec les sociétés de distributions. Une concentration verticale ne change pas directement la structure du marché, cependant elle peut affecter les possibilités d'approvisionnement des concurrents ou leurs possibilités de débouchés. Une concentration verticale est de nature à restreindre la concurrence lorsqu'elle crée des barrières d'entrée sur le marché.

Il en est de même de la concentration conglomérale qui se concrétise entre des entreprises qui ne sont ni sur le même marché ni au même niveau de production de services ou de biens. Donc, elle n'augmente pas les parts de marché des entreprises concentrées, elle est généralement neutre. Pourtant, une concentration conglomérale aura des effets nuisibles lorsqu'elle supprime une concurrence potentielle ou facilite l'achat et la vente réciproque de manière à restreindre sensiblement la concurrence.

Le Conseil de la concurrence dans sa version consultative avait déjà exprimé, dans son avis n° 9/10 concernant l'opération KRAFT FOODS INC/CADBURY, son alignement sur la méthode des effets dégagée par la pratique des autorités comparées de la concurrence pour l'évaluation des concentrations, malgré que le dispositif juridique à l'époque ne lui faciliter pas la tâche pour l'appréhension des concentrations verticales et conglomérales. Le Conseil de la concurrence en 2010 s'est basé sur les lignes directrices de l'autorité de la concurrence française pour conclure aux effets de cette concentration qualifiée de congloméral. Il ressort de cet avis que : « une concentration conglomérale peut produire des **effets non coordonnés**, lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération de restreindre ou d'empêcher l'accès à un ou plusieurs marchés . Dans le cas d'espèce, la concentration entre Kraft et Cadbury

pourrait avoir des effets d'atteinte à la concurrence si Kraft utilise le pouvoir de marché dont elle dispose notamment dans le secteur de la biscuiterie pour acquérir une position dominante sur un autre marché confiserie, café. Ces effets restrictifs de concurrence peuvent se produire généralement à travers l'avantage tiré de la concentration, celui de la diversité des activités de l'entreprise sur plusieurs marchés et par conséquent la création d'un effet de gamme ou d'un effet de portefeuille.» (Rapport du conseil marocain de la concurrence 2010.)

2. La délimitation du marché pertinent

Au regard des règles de concurrence, la délimitation du marché pertinent dans une opération de concentration est une tâche fondamentale. Elle est également une tâche complexe. La définition du marché pertinent ne relève pas du domaine de la science exacte, c'est une analyse minutieuse à forte coloration économique, dont il convient d'indiquer les éléments caractéristiques et les différentes étapes. Pourtant, la pratique et la doctrine administrative nationale n'ont pas encore dégagé des guides ou manuels indiquant des paramètres spécifiques pour délimiter le marché pertinent. Ce faisant, et afin de porter la lumière sur la méthode d'analyse du marché pertinent, l'approche se fera sur la base de la pratique de l'administration et de l'autorité de la concurrence française.

Le marché est bidimensionnel : il comprend d'une part les biens, produits et services pour lesquels les entreprises concernées se trouvent en concurrence avec d'autres entreprises (I), et d'autre part, l'espace géographique dans lequel se situe cette concurrence (II). Ces deux délimitations : marché de produits et marché géographique ne constituent pas deux étapes distinctes et qui se suivent, mais bien deux éléments souvent indissociables de la définition d'un marché. En droit français de la concurrence, il est souvent recommandé de réaliser les deux délimitations de manière concomitante afin de prendre pleinement en compte les spécificités locales de certains marchés de produits. (Lignes directrices françaises sur le contrôle des concentrations 2005).

2.1. Le marché de produit : la substituabilité

La délimitation du marché pertinent est fondée sur la notion économique de substituabilité. Pour apprécier la substituabilité entre les produits ou les services, il faut se placer du point de vue de la demande et de l'offre .

La démarche importante dans la délimitation du marché pertinent est la vérification de l'existence d'offres substituables à celles des entreprises concernées par l'opération de concentration économique, (Il y a lieu de noter qu'avant de vérifier la substituabilité entre produits ou services, la délimitation du marché pertinent suppose au préalable l'identification des métiers des entreprises en cause, qui consiste à recenser les produits ou services directement concernés par la concentration, recenser les produits ou services concurrents, identifier les niveaux de marché à étudier tout en prenant compte des situations d'autoconsommation), c'est-à-dire la disponibilité de produits ou services constituant des moyens alternatifs pour satisfaire la même demande. Dans l'opération KRAFT FOODS INC/CADBURY, le conseil de la concurrence avait précisé que « l'examen d'une opération de concentration passe par la délimitation du ou des marchés concernés sur lesquels l'entreprise ou le groupe d'entreprise résultant de la concentration est actif ou peut avoir une influence avant de se pencher sur l'analyse concurrentielle et économique de l'opération. Le conseil a estimé que les entreprises concernées par la dite concentration au Maroc, sont : Kraft Foods Maroc, intervenant essentiellement dans la fabrication et la vente de café et l'importation de produits alimentaires, Cadbury Morocco, intervenant principalement dans la fabrication et la vente de confiserie, Bimo biscuits intervenant dans la fabrication et la vente de biscuits. De ce fait, l'opération de concentration envisagée au Maroc concerne des entreprises dont les produits ne sont pas substituables comme cela ressort du Rapport de synthèse relatif à l'étude d'analyse du potentiel de la filière Biscuiterie, Chocolaterie et Confiserie (BBC). » (Rapport du Conseil de la concurrence 2010).

Cependant, en pratique, la substituabilité du point de vue de la demande est très difficile à établir : rares sont les produits ou services qui sont, au sens strict, parfaitement substituables. Dans certains cas, deux produits ou deux services a priori différents, seront considérés comme appartenant au même marché parce qu'ils sont considérés par les utilisateurs comme suffisamment interchangeables. Dans d'autres cas, deux produits pourtant de même nature ne sont pas aptes à satisfaire le même besoin conduiront à isoler deux marchés distincts. (Rapport du conseil de la concurrence français de 1990).

La délimitation du marché pertinent suppose donc que l'on décide du "degré de substituabilité nécessaire -ou suffisant- à l'existence d'un marché spécifique"(M.C. Boutard-Labarde et G. Canivet). Une telle décision comporte une part de subjectivité et suscite souvent des contestations. En effet, ce sujet est souvent source de discussion entre l'entreprise et les autorités de contrôle des concentrations. Il est de l'intérêt de l'entreprise de déterminer le plus

largement possible l'étendue des produits faisant l'objet d'un même marché afin de diluer les parts de marché qui résulteront de l'opération de concentration et limiter pour autant les risques d'intervention publique.

L'autorité de la concurrence française procède par une analyse qualitative (le rapport du Conseil de la concurrence 2001 et les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations économiques 2005) pour mesurer la substituabilité en s'appuyant sur un ensemble de critères cumulatifs (Rapport d'activité du Conseil de la concurrence français 2004). "La grille d'analyse comprend trois principaux critères : le critère technique, le critère de la perception par l'utilisateur et le critère prix." (Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, études DGCCRF, juillet 1997.)

D'un point de vue purement technique, on vérifie si les deux produits sur la substituabilité desquels on s'interroge sont ou non similaires dans leurs caractéristiques techniques, intrinsèques ou fonctionnelles pour constituer un seul marché ou deux marchés distincts. La fonction organique de certains produits les rend non substituables.

Dans l'avis 01-A-03, relatif à l'acquisition de l'activité vitamines de la société Takeda par le groupe BASF, le Conseil de la concurrence français a considéré que "les différentes vitamines n'étaient pas substituables entre elles : chaque vitamine possède des caractéristiques et des propriétés nutritionnelles ou thérapeutiques spécifiques et la formule chimique, le rôle au sein des organismes vivants, les particularités physiques, physiologiques et métaboliques étant différentes pour chaque vitamine." (Rapport du Conseil de la concurrence français 2001.)

Les caractéristiques physiques, techniques ou fonctionnelles du produit ou du service, si elles peuvent contribuer à expliquer le comportement des demandeurs, ne permettent pas à elles seules d'évaluer le degré de substituabilité de ce produit ou de ce service avec d'autres.

Selon le critère « perception par l'utilisateur », il faut aussi se placer dans la perspective du demandeur pour la délimitation du marché. Pour les autorités françaises de la concurrence, la perception subjective qu'ont les consommateurs des différences entre produits est souvent mise en avant en ce qui concerne la consommation de produits alimentaires : le goût de cola des boissons (Décision 96-D-67 du 29 octobre 1996), la bière (Décision 96-D-63 du 29 octobre 1996), le cantal (Cour de cassation, 29 novembre 1994). L'attachement à certaines marques ou l'image de luxe véhiculée par le produit plaide également en faveur d'une différenciation du marché. (Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, études DGCCRF, juillet 1997.).

Ainsi donc, l'analyse du comportement de la demande est au centre de l'étude de la délimitation du marché pertinent. Mais c'est aussi la plus difficile. Il s'agit de rendre compte de manière objective d'un comportement marqué par la subjectivité. Pour cela, "les autorités de la concurrence ont recours en pratique à deux types de techniques alternatives ou complémentaires. Des techniques d'approche directe, fondées sur l'observation du comportement des demandeurs à travers soit des études de marché disponibles, soit en cas de leur absence, sur la base de raisonnement déductif en utilisant des données relatives au comportement des demandeurs. L'exemple de l'utilisation de données relatives au comportement des demandeurs est fourni par l'avis du Conseil de la concurrence relatif à une concentration dans le secteur du cinéma (avis n°93.A.12). Pour conclure à l'existence d'un marché distinct de l'exploitation des salles de cinéma. Le Conseil constate que « la différence entre l'indice de fréquentation de Paris (12,68) et celui de la banlieue (1,56), alors que l'indice national est de 2,07, est suffisamment importante pour démontrer que les habitants de la banlieue se rendent plus fréquemment dans les salles de Paris que les Parisiens dans les salles de banlieue ». il n'y a en effet aucune raison de penser que les habitants de Paris vont à ce point davantage au cinéma que ceux de la banlieue. On en conclut donc qu'aux yeux des habitants de la région parisienne, les salles de cinéma de banlieue sont peu substituables à celle de Paris.

Ainsi que des techniques d'approche indirecte, fondées sur l'observation de certains comportements des offreurs, considérés comme le reflet rationnel du comportement de la demande. A défaut de pouvoir observer leur comportement, d'interroger directement les offreurs sur la manière dont ils perçoivent le marché. C'est ce qu'a fait le Ministère chargé de l'économie dans la concentration Ikea/Habitat en interrogeant l'ensemble des distributeurs de meubles pour conclure de leurs réponses qu'on ne pouvait pas identifier un marché spécifique du jeune habitat." (Le marché pertinent, annexe à la méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, études DGCCRF, 1995).

Le critère prix joue également un rôle essentiel dans la définition du marché pertinent. "Selon ce critère, pour établir la substituabilité, il faut que le niveau de prix des produits ou services soit comparable. A défaut leur substituabilité n'est pas forte et ils ne constituent pas le même marché. Ce niveau prix ne s'apprécie pas uniquement en soi mais également en intégrant les coûts d'adaptation éventuels liés au passage d'un produit à son substitut." idem

La délimitation du marché pertinent sur la base du critère prix rencontre cependant des limites. D'une part, les comparaisons de prix n'ont de sens que si la qualité et la durabilité des

produits sont équivalentes. D'autre part, les entreprises qui disposent d'information sur les "*prix de réserve*" des consommateurs peuvent pratiquer des prix différents selon les catégories de clients.

La Commission Européenne quant à elle apprécie le degré de substituabilité au regard non seulement des caractéristiques objectives des produits ou services, mais encore de la structure concurrentielle du marché (notamment tests d'élasticité, structure de l'offre et de la demande, barrières à l'entrée). La méthode préconisée par la Commission pour analyser la demande consiste à calculer l'élasticité croisée des prix de la demande. La méthode américaine du test SSNIP (Small but Significant Non transitory Increase in Price) est utilisée par la Commission Européenne.

La substituabilité s'apprécie en principe du point de vue de la demande, mais l'offre constitue également un critère important en droit européen. L'analyse de la substituabilité de l'offre est "la démarche qui consiste à démontrer qu'un produit B est un substitut du produit A du point de vue de l'offre, si en réponse à l'accroissement du prix de A, les producteurs du produits B sont incités à fabriquer et vendre également du produit A. Ce sont alors les concepts de l'élasticité de l'offre et de contestabilité de marché qui interviennent pour désigner la possibilité qu'ont les entreprises qui ne sont pas encore des concurrents, d'accéder au marché." (A.Winckler, F.Brunet, D. Encaoua, L. Cohen-Tanugi et M.Siragusa.).

Le droit américain prend en compte cette donnée dans la définition du marché, le droit européen considère la substituabilité de l'offre comme un facteur important de la délimitation du marché pertinent . Dans l'affaire Continental Can (CJCE, 21 février 1973, Continental Can), la CJCE a annulé la décision de la Commission pour ne pas avoir analysé cet aspect. Cette position a été confirmée dans un arrêt Michelin, dans lequel il est fait référence à l'élasticité de l'offre afin de distinguer deux marchés distincts. (Rapport du Conseil de la concurrence 2001).L'approche française ne prend en compte que très rarement une analyse du point de vue de l'offre pour la délimitation du marché pertinent, par contre elle s'y réfère dans le bilan concurrentiel en matière de concentration et notamment pour l'analyse de la contestabilité des marchés.

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de considérer que le critère de la substituabilité de la demande n'était pas opérant et a favorisé l'analyse de la substituabilité de l'offre (Dans l'avis 00-A-11 dans le secteur de la serrurerie du Conseil de la concurrence). Cependant, il a limité le recours à la substituabilité de l'offre à la seule détermination du pouvoir de marché. " La prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir un marché défini du point de

vue de la demande se justifie dans la mesure où c'est le pouvoir de marché d'une entreprise, qui aurait le monopole de la production ou de la distribution du (ou des) produit(s) concerné(s), que l'on cherche à apprécier. Si d'autres offreurs peuvent très rapidement et à peu de frais entrer sur le marché, alors le monopoleur ne pourra exercer son pouvoir de marché." (Rapport du conseil de la concurrence français 2001).

Du point de vue de la demande ou de l'offre, la substituabilité n'est effective que si les consommateurs ont la possibilité d'arbitrer réellement entre les produits. Il faut donc qu'ils leur soient directement accessibles. L'influence de l'aspect géographique est donc déterminante et doit être prise en compte.

2.2. Le marché géographique : l'homogénéité des conditions de concurrence

La détermination de l'étendue géographique d'un marché est une étape cruciale dans la délimitation du marché pertinent. Celle-ci est de grande importance, tant en ce qui concerne la contrôlabilité des opérations de concentration que de l'appréciation de leur effet sur la concurrence. "Elle permet d'identifier les barrières à l'entrée existant ou n'existant pas au sein d'un marché de produits dans une aire géographique donnée, à partir d'une étude de l'homogénéité des conditions de concurrence." (A.Winckler, F.Brunet, D. Encaoua, L. Cohen-Tanugi et M.Siragusa.)

La méthodologie utilisée par les autorités de la concurrence françaises pour la délimitation du marché géographique est presque la même que celle utilisée pour le marché du produit puisqu'il s'agit également de se prononcer sur la substituabilité des produits pour les demandeurs. Ainsi, cette méthodologie est fondée sur la même analyse à multicritère qui présente cependant certaine spécificité par rapport à l'analyse du marché du produit.

Si aux fins de la définition du marché du produit, ce n'est pas tant l'identité des vendeurs qui importe, mais les caractéristiques des produits et la capacité ou la volonté des acheteurs de se tourner vers un autre produit pour une part suffisante de leurs achats en conséquence de modifications des prix, il en est même pour la définition de l'étendue géographique du marché. Ainsi, "afin de définir l'étendue géographique du marché, ce n'est pas uniquement l'identité des vendeurs qui importe, mais la capacité ou la volonté des acheteurs de s'approvisionner dans un autre endroit pour une part suffisante de leurs achats, par suite d'une variation des prix relatifs."(Lignes directrices du Bureau canadien pour l'application de la loi sur la concurrence 2004).

La localisation géographique des acheteurs et des vendeurs est pertinente à la définition des limites d'un marché, "Elle peut coïncider avec le territoire national, soit être plus large, soit être plus restreinte." (Le marché pertinent, Annexe à la méthodologie d'analyse pour le contrôle des concentrations, étude de la DGCCRF,1995).

La délimitation d'un marché de produit s'entend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question.

La Commission européenne, dans sa communication du 9 décembre de 1997, a défini le marché géographique comme étant celui qui " comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce qu'en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable ." (Communication de la Commission JOCE 97/C372/03, 9décembre 1997.)

Ainsi, l'objectif poursuivi pour la délimitation du marché géographique est de déterminer le marché sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. (Le marché pertinent, DGCCRF,1995.) Pour cela les autorités de la concurrence françaises et européennes procèdent par une analyse multicritères. Certains critères sont proches des paramètres de délimitation du marché de produit, comme les caractéristiques du produit, notamment son caractère pondéreux, les écarts de prix, le rapport du coût du transport à sa valeur marchande, l'importance des services accessoires à la fourniture du produit. D'autres sont propres à cette délimitation : l'importance des importations, barrières à l'entrée, parts de marchés différentes... En substance, d'après le Conseil de la concurrence français l'appréciation du marché géographique est conduite sur la base de la constatation de ces critères qui reçoivent ensuite des éléments d'explication soit d'ordre objectif ou subjectif.

Comme explication objective pour la délimitation de la zone géographique, on peut retenir les contraintes physiques liées au coût du transport rapporté à la valeur des produits, comme c'est le cas des produits pondéreux. Ainsi, dans un arrêt du 29 juin 1993, la Cour de cassation confirme l'analyse du Conseil et de la cour d'appel en relevant "que les tuiles et briques fabriquées sur place dans la région alsacienne ne sont pas substituables aux autres du fait de

l'incidence contraignante du coût du transport sur des éléments de construction pondéreux et de faible valeur intrinsèques". Rapport du conseil français de la concurrence 2001.

Certains marchés sont par ailleurs géographiquement limités par des contraintes légales ou réglementaires. Le cas par exemple en ce qui concerne la distribution d'électricité par une collectivité locale, le Conseil de la concurrence français a considéré que, compte tenu du cadre juridique en vigueur, le marché à prendre en considération avait nécessairement une dimension locale. (Décision 99-D-59 du 12 octobre 1999 relative à une saisine de la Société Anonyme d'économie mixte locale Energies services Lannemezan).

La même approche est adoptée par le Conseil national de la concurrence, Dans sa décision n° 65/D/19 du 7 kaada 1440 (10 juillet 2019) relative à une opération de concentration économique entre Vivo Energy Maroc S.A et Sopétrole S.A, le conseil de la concurrence a estimé qu' « en ce qui concerne la définition du marché géographique concerné par cette opération, et compte tenu des spécificités et conditions de concurrence propres aux provinces du sud du Royaume (système d'exonération fiscale applicable aux provinces du sud) et aussi la structure de l'offre dans cette zone (approvisionnement par des acteurs locaux exclusivement), le Conseil considère que le marché géographique concerné par cette opération doit être limité aux provinces du sud du Royaume ». (rapport du Conseil de la concurrence sur les concentrations économiques 2019).

Les considérations subjectives, quant à elles, sont intimement liées au comportement de la demande, telles que "les préférences et les habitudes régionales ou nationales, l'attachement aux marques qui expliquent par ailleurs que certains produits d'origine géographique différente ne soient pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre deux produits peut de plus être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales." (Rapport du Conseil français de la concurrence 2001.) "Ainsi, du fait de l'utilisation privilégiée de la brique dans les constructions résidentielles en Alsace, ce matériau n'a pas été considéré par le Conseil de la concurrence comme substituable au parpaing de béton dans cette région, alors que c'est peut-être le cas dans d'autres régions de France." (Avis 99-A-09 du 1^{er} juin 1999 relatif à l'acquisition par les sociétés Koramic et Wienerberger des sociétés Migeon SA et Bisch SNC à la société Keramic Holding AG Lanfen.)

En définitive, "les marchés définis dans le cadre de la jurisprudence française sont parfois de dimension géographique très restreinte dans d'autre cas ils sont moins physiquement contraints, le Conseil de la concurrence constate les effets de l'harmonisation européenne, de

la concentration des entreprises et de la globalisation des échanges et il est même amené de plus en plus à définir des marchés européens voire mondiaux." Idem.

Conclusion

Cet article donne un aperçu général sur le rôle essentiel joué par le marché pertinent pour l'applicabilité du droit de la concentration, et ouvre la discussion sur la nécessité de l'adoption par le droit et la pratique nationale de la concurrence d'une méthodologie bien définie de la délimitation du marché pertinent. A l'instar du droit comparé, le droit marocain doit permettre aux entreprises de disposer des lignes directrices sur le contrôle des concentrations qui fixent les règles de définition du marché pertinent ou au moins d'une documentation référence sur la méthodologie de délimitation de ce marché.

L'élaboration des outils de détermination du marché pertinent est un chantier sur lequel le Conseil de la concurrence doit se pencher impérativement. En attendant l'adoption des lignes directrices nationales sur le contrôle des concentrations, une étude thématique dans le prochain rapport du Conseil de la concurrence portant sur le marché pertinent est fort indicative pour compléter le travail initié en 2019 par la publication d'un dossier reprenant l'ensemble des décisions de l'année portant sur les opérations de concentrations économiques avec une analyse et une évaluation synthétique de celles-ci. Cette étude peut être le premier pas vers le soulagement et l'apaisement d'un travail fort complexe auquel sont confrontés aussi bien par les entreprises parties à la concentration lors de la notification et les rapporteurs du Conseil de la concurrence lors de la détermination du ou des marchés concernés par l'opération.

Le travail « détermination de marché » est un véritable exercice scientifique, reposant sur des tests économiques (test du monopoleur hypothétique, test du marché pertinent en équilibre parfait, l'analyse de la demande...), pouvant connaître de véritables difficultés d'analyse liées aux spécificités des marchés, le cas des marchés groupés, des marchés dotés de produits différenciés, des marchés fonctionnant par appels d'offres, des marchés dotés d'effets de réseau et des marchés bifaces comme d'ailleurs l'atteste le comité de la concurrence de l'Organisation de Coopération et Développement Économique dans sa publication sur la définition du marché pertinent (OCDE 2012). Une réflexion doit donc être portée par les théoriciens et praticiens nationaux du droit de la concurrence sur ces difficultés particulières

et sur le développement de nouveaux outils complémentaires à même de favoriser une appréhension rapide et souple des opérations de concentration économique objet de contrôle.

BIBLIOGRAPHIE

- Blaise J.B & Idot L. (1995) « Concurrence » Revue Trimestrielle de Droit européen, Volume 31 : n 3, p.577-604.
- Claudel E. (1994) « Ententes Anticoncurrentielles et droit des contrats » Thèse pour le doctorat en Droit. Université De Paris X-Nanterre U.F.R. De Sciences Juridiques, Administratives Et Politiques.p.204.
- Diawara K. (2008) « le contrôle de la puissance de marché par les droits canadien et européen de la concurrence » thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval, Québec.p.58.
- Diemer. A (2006) « échange et marché : quelle représentation » Disponible sur :https://www.researchgate.net/publication/242244531_echange_et_marche_quelle_representation (consulté le 13 avril 2021).
- DGCCRF (1997) « Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations » études DGCCRF,p.21.
- Pasturel M. (2001) « délimitation du marché pertinent et l'entente in actes du colloque conquête de la clientèle et droit de la concurrence, actualité et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines ». La Gazette du Palais, n° 313, pp. 17-35.
- Ripert G. (1959) « les métamorphoses économiques et morales du droit privé d'aujourd'hui » Dalloz, p.110.
- Smith A. (1776) « Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations» printed Strahan & Cadell, Londres. Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations, traduction française (1991) Garnier-Flammarion.
- OCDE (2012) « la définition du marché pertinent » DAF/COMP(2012)13/REV1 10/Oct/2012. <http://www.oecd.org> > publicdisplaydocumentpdf (consulté le 13 avril 2021).

-Winckler A & Brunet F & Encaoua D & Cohen-Tanugi L & Siragusa M. (1998) « La pratique communautaire du contrôle des concentrations, analyses juridiques, économique et comparative, Europe, Etats-Unis, Japon ». 2ème édition, p.314.

Avis, décisions, communications, lignes, rapports :

-Autorité de la concurrence française. Lignes directrices françaises sur le contrôle des concentrations 2005. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr>

-Autorité de la concurrence française. Rapport du Conseil français de la concurrence 2001 et 2004. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr>

-Bureau Canadien de la concurrence. Lignes directrices du Bureau canadien pour l'application de la loi sur la concurrence (Loi portant réglementation générale du commerce en matière de complots, de pratiques commerciales et de fusionnements qui touchent à la concurrence) , septembre 2004 <http://www.competitionbureau.gc.ca>.

-Avis 99-A-09 du 1er juin 1999 du Conseil français de la concurrence relatif à l'acquisition par les sociétés Koramic et Wienerberger des sociétés Migeon SA et Bisch SNC à la société Ceramic Holding AG Lanfen.

- Avis n°5/09 rendu par le Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2009 sur le secteur du livre scolaire.

- Avis du Conseil de la Concurrence n° 9/10 relatif à la notification de la société « Kraft Foods Inc » d'un projet de concentration économique.

-Communication de la commission sur le marché concerné, JOCE C 372 du 09/12/97. <https://eur-lex.europa.eu>.

-Conseil de la concurrence marocain (2019)Rapport du Conseil de la concurrence sur les décisions relatives aux opérations de concentration. <https://conseil-concurrence.ma/cc/>

-Conseil de la concurrence marocain (2010) Rapport du conseil marocain de la concurrence. <https://conseil-concurrence.ma/cc/>

-Décision ANRT/CG/n°01/2020 du 17 janvier 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des télécommunications et plus spécifiquement dans la mise en œuvre des offres de dégroupage par Itissalat Al-Maghrib.

-Décision du Conseil de la Concurrence n° 92/D/19 du 15 rabii I 1441 (12 décembre 2019) relative à la prise du contrôle exclusif par la société « BASF S.E » d'une partie des activités et

des actifs concernant la fabrication des matériaux en plastique et en nylon de la société « Solvay S.A ».

-Décision du Conseil de la Concurrence n° 25/D/19 du 25 rajab 1440 (1er avril 2019) portant acquisition de l'ensemble des actions de la société « Archos Technology S.A » par la société « Gfi Informatique Maroc S.A ».

-Décision du Conseil de la Concurrence n° 62/D/19 du 15 choual 1440 (19 juin 2019) relative à une opération de concentration économique portant création d'une entreprise commune entre la société « Veolia Water Technologie » et la société « Afric-Chimie & Consultants ».

-Federal Trade Commission and United States Department of Justice Commentary on the Horizontal Merger Guidelines (Mars 2006).www.ftc.gov.