

L'accord pro-concurrentiel

The pro-competitive agreement

HALMAOUI Loubna

Doctorante Chercheure

Centre interdisciplinaire de recherche en performance et compétitivité
Laboratoire de Recherche en performance juridique, politique et institutionnelle
FSJES- Souissi-Université Mohammed V
Rabat, Maroc
loubna.halmaoui93@gmail.com

BOUSSAOUF Maissae

Enseignante Chercheure

Centre interdisciplinaire de recherche en performance et compétitivité
Laboratoire de Recherche en performance juridique, politique et institutionnelle
FSJES- Souissi-Université Mohammed V
Rabat, Maroc
m.bousaouf@um5s.net.ma

Date de soumission : 25/04/2022

Date d'acceptation : 08/07/2022

Pour citer cet article :

HALMAOUI L. & BOUSSAOUF M. (2022) «L'accord pro-concurrentiel», Revue Internationale des Sciences de Gestion «Volume 5 : Numéro 3» pp : 26 - 51

Résumé :

L'accord pro concurrentiel vise à apprécier les règles de la concurrence tout en sauvegardant ses autres objectifs de nature différente y compris l'amélioration du progrès économique, le bien être du consommateur, l'écoulement et l'acheminement des produits et services au consommateur final, le maintien de l'équilibre dans la relation professionnelle ainsi que l'amélioration de la production.

D'après la législation de la concurrence que ce soit au niveau européen ou marocain, un accord pro concurrentiel, conforme à la concurrence, est un accord soit justifié par la loi et les réglementations concernées, soit remplissant les conditions relatives aux progrès économiques et techniques. Un accord emportant des restrictions à la concurrence peut devenir bénéfique aux opérateurs et au marché après rectification, des facteurs et mesures de correction s'impliquent pour qu'il soit conforme aux règles de la concurrence.

Cet article vise l'observation des différents cas de figure d'un accord pro concurrentiel et les différentes situations où les ententes peuvent être techniquement considérées comme pro concurrentielles au regard du droit de la concurrence, à travers les différents aspects de justification ainsi que de rectification desdites ententes.

Mots clés : Accord ; pro concurrentiel ; progrès économique ; exemption ; conformité.

Abstract :

The pro-competitive agreement is meant to appreciate the rules of competition while maintaining its other objectives of a different nature including the promotion of economic progress, consumer well-being, the supply of goods and services to the consumer and the improvement of production and by maintaining also the balance in the professional relationship.

According to competition law, especially in Europe and in Morocco, a pro-competitive agreement, in order to be faithful to competition, it must be justified by the competition law, by satisfying the conditions of economic and technical progress, or it can be rectified and at this point, other rectification elements are involved in order to make it compliant and in conformity with the competition rules.

This article clarifies the different aspects of justification as well as rectification of a pro-competitive agreement.

Key words : Pro competitive agreement ; economic progress ; exemption Scheme ; corrective measures ; compliance.

Introduction :

La notion d'accord se dégage de l'accumulation supplétive des expressions « actions concertées », « conventions », « ententes », « coalitions expresses ou tacites ». Désireux de coller aux formules usitées dans la pratique entre les professionnels, le législateur s'efforce de viser les plus fréquentes pour signifier que l'appellation donnée dans un cas concret importe peu (Ripert & Roblot, 1996). Il n'exige aucune réunion cumulative et simultanée des situations énumérées. Il suffit qu'un concours de volonté des parties en cause s'en dégage. Littéralement et contrairement à l'impression commune, l'accord peut avoir lieu entre deux entreprises comme il peut engager des entreprises plus nombreuses. Il ne doit pas nécessairement lier tous les professionnels d'un secteur. La taille des entreprises concernées importe également peu (Machichi, 2004).

Pour qu'il y ait accord entre entreprises, « il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée ». L'expression d'une volonté commune suffit donc. Les volontés des parties à l'accord sont concordantes et la forme d'expression de ce concours est indifférente. L'accord traduit « une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci ». L'accord peut être seulement tacite.

L'accord peut donc se prolonger dans une pratique concertée, une coordination de fait. Certes, il n'est donc pas nécessairement un contrat, même s'il peut prendre cette forme. Il est neutre, il peut être bilatéral ou multilatéral, écrit ou verbal, exprès ou tacite. Sa qualification juridique est indifférente. L'accord peut également prendre l'apparence d'une décision unilatérale. Cette question se pose en présence d'un accord vertical, mais également lorsqu'une décision émane d'une association d'entreprises, accord de coopération horizontale (Frison-Roche, 2006).

Les juristes ont toujours distingué nettement les accords horizontaux, passés entre concurrents situés au même stade de la chaîne de production ou de distribution, et les accords verticaux, conclus entre des entreprises qui ne sont pas situées au même niveau de la chaîne, dont les accords entre fournisseurs et distributeurs constituent l'exemple type. Les accords horizontaux portent les germes d'une entente illicite dans la mesure où ils risquent, du seul fait de leur conclusion, de restreindre la concurrence dès lors qu'ils portent sur des données concurrentielles, telles que les prix ou les quantités. Les accords verticaux ont au contraire toujours fait l'objet d'une certaine indulgence de la part des autorités de contrôle dans la mesure où, à la différence des accords horizontaux, ils n'entraînent pas d'atteinte à la concurrence entre

les parties à l'accord, mais seulement, éventuellement, entre l'une d'elles et les tiers. La concurrence est supprimée si les paramètres essentiels importants dans un marché donné sont réduits à néant ou si un paramètre important est totalement supprimé et que les paramètres résiduels sont insuffisants pour permettre le maintien d'une concurrence efficace. L'examen doit tenir compte des conditions actuelles de la concurrence mais aussi des développements attendus de l'accord. La suppression de la concurrence résulte le plus souvent d'accords horizontaux, soit d'accords entre entreprises opérant sur le même échelon du marché. Ce sont des accords qui présentent le plus de risques pour la concurrence (Vogel & Vogel, 2020). L'accord peut supprimer la concurrence comme il peut être de nature restrictive. Cela dit, un accord qui restreint la concurrence de manière notable, sans être justifié ou compensé par son efficacité économique est également anticoncurrentiel.

Un accord est considéré comme entraînant une « restriction à la concurrence », lorsqu'il a pour objet ou pour effet de limiter la liberté des entreprises dans le jeu de l'offre et de la demande en affectant le prix, la quantité, la qualité, l'innovation, l'approvisionnement, le choix des cocontractants ou encore les canaux d'écoulement. En outre, il ne suffit pas que l'accord restreigne la concurrence entre les parties (concurrence « interne »), mais il faut aussi qu'il affecte la concurrence sur le marché (concurrence « externe ») en produisant des effets négatifs sur les paramètres concurrentiels. L'intensité de la restriction dépendra des circonstances, essentiellement du paramètre affecté, de la puissance des entreprises parties à l'accord et de la position des concurrents des parties. (Venturi & Vonlathen, 2005).

Selon l'approche concurrentielle, le recours aux accords verticaux ou encore aux ententes horizontales peut avoir des effets anticoncurrentiels comme précisé ci-dessus, mais également peut contribuer au progrès économique qui consiste notamment dans la possibilité de lancer de nouveaux produits et de diminuer le coût, dans l'amélioration de la productivité et des gains d'efficacité, dans l'amélioration de la qualité et des services, dans l'augmentation de la compétitivité internationale, dans la protection de l'environnement et le maintien d'emploi. C'est pour cette raison d'ailleurs que les autorités et les législations de la concurrence ont adopté des normes que les producteurs et les fournisseurs doivent respecter pour ne pas porter atteinte à la concurrence. Ces dispositions peuvent en pratique être des barèmes, des listes de clauses à éviter dans les contrats ou les conventions, qualifiées de clauses noires parce qu'elles restreignent la concurrence, des seuils déterminant la part de l'entreprise au sein du marché, que celles-ci ne doivent pas dépasser ou qu'elles doivent respecter.

Ces actions réglementaires sont ainsi justifiées par la poursuite de plusieurs objectifs, garantir l'efficacité économique et préserver un certain équilibre dans les relations professionnelles. Mais surtout, lutter contre tout accord de nature néfaste portant atteinte à la concurrence et permettre en définitive à tout professionnel de pouvoir obtenir un accord pro concurrentiel, le cas échéant, le rendre conforme aux principes de la concurrence. Sauf que l'entreprise ou le professionnel a besoin d'être guidé pour conclure un accord pro concurrentiel. Comment donc atteindre cet accord ou rendre techniquement une entente pro concurrentielle ?

Pour répondre à cette question, ce travail tentera dans un premier temps de dresser les différentes conditions dans lesquelles on peut obtenir un accord pro concurrentiel en le justifiant par des considérations textuelles (**Accord justifié**). Dans un second temps, il établira les différents outils et moyens pour améliorer l'accord et le rendre favorable et conforme à la concurrence (**Accord rectifié**).

1-L'accord justifié :

Les accords anticoncurrentiels peuvent échapper à l'interdiction s'il est démontré qu'ils présentent davantage d'effets positifs que négatifs. En général, les accords sont justifiés si les entreprises (producteurs et/ou fournisseurs) prouvent que la pratique « anticoncurrentielle » assure le développement du progrès économique, ou encore si les entreprises concernées par ces accords ne dépassent pas un seuil de sensibilité prévu par la loi désignée sous l'appellation « accords d'importance mineure ».

1-1-La contribution au progrès économique :

Selon la pratique décisionnelle des autorités européennes de la concurrence, la contribution au progrès économique peut consister notamment dans la possibilité de lancer de nouveaux produits ; la diminution des coûts ; l'amélioration de la productivité et des gains d'efficacité ; l'amélioration de la qualité et des services ; l'augmentation de la compétitivité internationale ; la protection de l'environnement et le maintien de l'emploi (El Hajoui, 2016).

Ces différentes compensations économiques des effets de l'accord par le biais du critère de progrès économique peuvent être relevées au niveau du régime des ententes d'une part et au niveau du contrôle des concentrations d'autre part.

1-1-1-Au niveau du régime des ententes

L'examen des législations comparées montre que l'interdiction des ententes n'est jamais absolue. Elle doit être tempérée par des exceptions. C'est le cas aux Etats-Unis où la section 1

du *Sherman Act* a dû être assouplie par la jurisprudence fédérale qui a admis une règle de raison. C'est également le cas de la loi allemande sur les restrictions de concurrence, dont le principe d'interdiction est corrigé par de nombreuses exceptions. La raison de la justification de certaines ententes repose sur l'idée que la concurrence, même si elle sert le progrès économique, n'est pas une fin en soi. Il est parfois nécessaire d'accepter des restrictions au jeu de la concurrence pour sauvegarder d'autres valeurs. D'abord la loi doit pouvoir intervenir pour sauvegarder des objectifs non économiques, d'une valeur jugée supérieure à la performance économique, comme par exemple la solidarité sociale. Ensuite, il peut arriver que les ententes aient des effets économiques positifs, justifiant une limitation de la concurrence (Blaise, 2007).

Les conditions de justification sont de deux sortes. La première est conséquente de l'application d'un texte, la seconde se réfère à la notion de progrès économique. Elles sont expressément prévues en droit national, au même titre que le droit français. Le code de commerce français (article L.420-4) tout comme l'article 9 de la loi n° 104-12 admettent deux causes de justification qui sont traditionnelles : la justification par la loi et la justification par le progrès économique.

La justification par la loi est conçue en termes stricts. Elle ne peut résulter que d'une loi ou d'un texte d'application lui-même prévu par la loi. Il n'y a rien d'étonnant à cela, c'est la règle qui gouverne les limitations qui peuvent être apportées à la liberté d'entreprendre, dont la liberté de concurrence est une conséquence.

La justification par le progrès économique est par contre conçue en termes très larges. En se référant à l'article 101, paragraphe 3, TFUE. Pour bénéficier de l'exemption, il faut que les auteurs des pratiques prohibées justifient qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création et le maintien d'emplois, et qu'elles servent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ni imposer des restrictions non indispensables (Vogel L, 2015).

Le Droit marocain retient également l'exemption sur la base de la contribution de l'entente aux progrès économiques. Ainsi, selon l'article 9 de la loi 104.12 quatre conditions doivent être réunies pour que joue l'exemption par le progrès économique. La première est l'assurance d'un progrès économique. Cette notion de progrès économique est une notion difficile à préciser dont l'évaluation ne peut résulter que d'un bilan économique des pratiques anticoncurrentielles relevées en mettant en comparaison leurs avantages et leurs inconvénients. Le progrès peut

consister, par exemple, dans les gains de productivité résultant de la réduction des coûts de stockage, de transport et de manutention de marchandises, dans le développement de l'innovation, dans l'amélioration de l'information et le service aux consommateurs, dans la rationalisation d'une profession...

Pour la deuxième condition, il faut qu'une partie équitable du profit résultant du progrès économique soit réservée aux utilisateurs. Ainsi le progrès ne doit pas uniquement profiter aux entreprises membres de l'entente, ni mêmes aux autres entreprises de la même branche. Le profit doit se répercuter en aval. Par exemple si le progrès économique se traduit par une hausse des prix, le bénéfice de l'article 9 al.2 ne peut être accordé. En revanche si le progrès économique se traduit par un meilleur accès des consommateurs à un produit ou à service, l'entente relevée ne tombe pas sous le coup de la prohibition.

Concernant la troisième condition, l'entente ne doit pas donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer totalement la concurrence. En effet si le progrès économique peut justifier une certaine restriction de la concurrence, il ne peut fonder l'élimination totale de celle-ci, une dose minimale de concurrence sur le marché doit être conservée.

La quatrième condition consiste dans le respect du principe de proportionnalité. La restriction de concurrence ne doit pas aller au-delà de ce que peut tolérer l'objectif de progrès économique. Aussi la dérogation de l'article 9 al.2 doit puiser sa justification dans le progrès économique qui est la conséquence directe et nécessaire de la restriction de la concurrence. Le progrès ne doit pas pouvoir être atteint par d'autres moyens.

Certes, le progrès économique doit être un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non seulement pour les entreprises intéressées. Il doit être la conséquence directe des pratiques en cause, ne doit pas pouvoir être obtenu par d'autres voies et doit être suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence. Ainsi, le progrès économique recherché doit être identifié de façon claire, objective et mesurable, de sorte qu'il soit possible de vérifier ex post que l'objectif annoncé a effectivement été atteint. En France, l'Autorité de la concurrence, comme les autorités européennes, adopte l'approche dite de l'échelle mobile pour évaluer le profit tiré par les utilisateurs du progrès économique allégué. Plus la restriction constatée est grande, plus les gains d'efficacité et leur répercussion sur les utilisateurs doivent être importants. Lorsque les effets restrictifs d'un accord sont relativement limités et les gains d'efficacité substantiels, une partie équitable des réductions des coûts sera assurément

répercutée sur les consommateurs. Enfin, l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité allégués (Vogel & Vogel, 2015).

La justification des accords a aussi une origine jurisprudentielle. Les autorités de la concurrence décident en effet que certaines restrictions de concurrence peuvent être nécessaires à la réalisation d'opérations jugées elles-mêmes légitimes. La justification admise par la jurisprudence est une méthode dite la « règle de raison » ou « Rule of reason » qui a été empruntée au droit antitrust américain. La section 1 du Sherman Act de 1890 pose une interdiction générale et absolue des ententes qui restreignent le commerce. Il est apparu rapidement qu'une règle aussi rigoureuse était en fait inapplicable. La cour suprême des Etats-Unis a admis très tôt que l'interdiction ne devait pas s'appliquer aux accords raisonnables, c'est-à-dire à ceux qui sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'une des parties. Une jurisprudence souple et complexe s'est développée qui conduit à distinguer les restrictions de concurrence interdites *per se* et celles qui ne le sont qu'au terme d'un examen de leur caractère raisonnable ou non (Vogel & Vogel, 2015).

En Droit français, européen et même marocain, il n'y a pas lieu normalement de recourir à une règle de raison puisque dans les trois systèmes, est déjà adoptée l'exception fondée sur le progrès économique, celle de l'exemption. La règle de raison revêt cependant une portée très différente de celle du droit américain, puisqu'elle n'est pas d'application générale mais se limite à certains cas particuliers. Toutefois, il faut toujours mettre l'accent sur la différence entre la règle de raison et l'exemption. Dans ce sens, ce qui caractérise la règle de raison ; c'est qu'elle fait intervenir la justification au moment de la qualification de la restriction de concurrence et non une fois cette qualification retenue comme dans le cas de l'exemption (El Hajoui 2016). La règle de raison permet donc d'accorder un traitement de faveur à certains comportements anticoncurrentiels, mais seulement dans la mesure où il apparaît très clairement que l'atteinte à la concurrence constatée est compensée par les effets bénéfiques déterminés par l'entente, et à la condition également que l'accord ne contienne pas de restrictions patentées, comme la fixation des prix, la répartition du marché, ou le contrôle des débouchés. Prenant les cas de la justification par la règle de raison dans le cadre des accords de distribution sélective. À ce titre, la commission européenne puis le Conseil de la concurrence français, (aujourd'hui désigné par Autorité de la concurrence) estiment que les systèmes de distribution sélective peuvent être conformes à la concurrence, lorsque la sélection des revendeurs se fait sur la base de critères objectifs, tenant à la qualification du revendeur et à la qualité de ses locaux. À première vue, la

sélection pourrait être jugée comme limitative de concurrence. Puisqu'elle limite le nombre des revendeurs (ce qui se traduit du reste par les prix plus élevés), mais si l'on va plus loin dans la réflexion, l'on constate que la sélection renforce la qualité du service, bénéficie au consommateur et renforce finalement la concurrence entre les fabricants (Blaise, 1983).

1-1-2-Au niveau du contrôle des concentrations

Selon la réglementation de la concurrence nationale, l'analyse à laquelle doit se livrer le conseil est basée sur deux critères économiques, le progrès économique et la compétitivité internationale. Cependant, c'est deux critères ne sont pas encore explicités par la pratique nationale de l'autorité de la concurrence, notamment le critère de progrès économique qui reste un concept très large. Qui plus est, il n'existe aucun document indicatif de nature administrative, jusqu'à présent sur la manière de faire par le conseil de la concurrence national pour l'analyse économique de la concentration notifiée.

S'agissant du critère de progrès économique, il y a lieu de souligner que c'est une notion consacrée par la loi marocaine aussi bien au niveau du système d'exemption des pratiques anticoncurrentielles qu'au niveau du contrôle des concentrations. Emprunté à l'origine du droit français de la concurrence, la notion de progrès économique a été présente bien avant dans le droit européen. Elle peut se traduire par l'amélioration de la productivité ; l'amélioration de la qualité et des services ; l'augmentation de la compétitivité internationale ; la protection de l'environnement et le maintien d'emploi (El Hajoui, 2016).

Le conseil marocain de la concurrence a retenu plusieurs de ces arguments à l'occasion des projets de concentration qui lui ont été soumis. On retient l'amélioration de la contribution à la compétitivité internationale des entreprises qui constitue une contribution au progrès économique et qui est susceptible de bénéficier au consommateur marocain. La notion de contribution à la compétitivité internationale d'une opération de concentration a été un critère très important permettant de compenser les atteintes à la concurrence qui résulteraient de la concentration. L'administration nationale de la concurrence a retenu ce critère entre 2005 et 2007 dans son analyse de plusieurs opérations de concentration (SNI/SBGI, FINAPACK/CMCP, COSUMAR/SUCRA/SUTA/SUNBEL/SUCRAFOR).

Bien que la loi sur la concurrence de 2001 n'y fasse référence que dans le cadre de l'analyse effectuée par le conseil de la concurrence, cette référence indicative et non limitative n'a pas empêché l'administration de la concurrence d'user du critère de la compétitivité internationale pour guider la décision du chef de gouvernement (Bousaouf, 2008). Par la suite le Conseil de

la concurrence n'a pas hésité à en faire également usage. Dans son avis de 2010 relatif à la concentration SNI- Kraft Foods Maroc, le conseil de la concurrence avait précisé que « le groupe Kraft compte également développer les capacités de production actuelles de Bimo afin de pouvoir renforcer les exportations vers les pays de l'Afrique et du Moyen-Orient ». (Rapport du Conseil de la concurrence 2010).

La pratique de l'autorité nationale de la concurrence a dégagé depuis l'entrée en vigueur effective de la réglementation de la concurrence de nouveaux arguments de justification des accords de nature concentrative. En effet, le conseil de la concurrence a pris en compte une nouvelle contribution telle que la sécurité alimentaire. Il ressort de l'avis rendu par l'autorité nationale sur la concentration Lesieur Cristal- Sofiprotéol que l'opération va entraîner « le renforcement de l'autonomie du Maroc en matière d'huiles de table en assurant une production significative des graines oléagineuses tout en réduisant le risque pour la sécurité alimentaire ; le développement de la filière agricole liée au secteur des huiles de table permettra également de développer la production des tourteaux, éléments essentiels pour le développement de la filière animale » (El Hajoui, 2016).

1-2-La particularité sectorielle et la faiblesse de la part de marché

Les accords peuvent être exemptés en droit de la concurrence si les entreprises sont dans la limite des seuils précisés par la législation de la concurrence. Certes avant de traiter le seuil de sensibilité prévu par la réglementation nationale de 2014, il convient d'abord d'examiner le régime d'exemption des accords selon la nature du marché ou du secteur.

1-2-1- La particularité sectorielle

Par principe, les accords sont contrôlés en raison de leur effet, avéré ou potentiel, sur un marché. La mesure de cette sensibilité est traduite par le pouvoir de marché des entreprises participant à l'entente. Lorsque les entreprises contrôlent des parts importantes du marché de référence, l'aptitude de l'entente à affecter ce marché sera établie. Les règlements d'exemption par catégorie ont systématisé cette approche laissant une place moindre à l'appréciation au cas par cas. Surtout, le jeu des différentes règles en cette matière a permis d'isoler une catégorie d'ententes qui est, en principe, soustraite à l'interdiction. (Frison-Roche, 2006).

Cette catégorie concerne les ententes présumées licites et celles généralement reconnues comme licites. Ces différents comportements concertés placés en dehors du domaine de

l'interdiction, faute d'un pouvoir de marché suffisant de leurs auteurs. Hors de ce champ défini, l'entente est susceptible d'être interdite et le contrôle de sa légitimité s'applique.

S'agissant des ententes présumées licites, à ce titre, certaines catégories d'accords ou de pratiques concertées peuvent être exemptées. Le droit européen estime que dès lors qu'un accord répond aux conditions posées par le règlement européen d'exemption ou au décret français d'exemption pour le cas du droit français, celui-ci est soustrait à l'interdiction, (articles L.420-1 du Code de commerce et 101 TFUE).

Concernant les ententes généralement considérées comme licites, il s'agit d'une appréciation au cas par cas de l'entente, c'est-à-dire, de vérifier si l'accord relève de l'article 101 TFUE ou de l'article L.420-1 du code de commerce. Ainsi, en se référant au Droit marocain qui prévoit des mesures similaires, l'accord doit être vérifié en se référant à la loi 104.12, notamment les articles 6, 7 et 8 qui précisent la nature et les effets de l'entente.

L'accord selon cette approche, échappe à la prohibition lorsqu'il n'affecte le marché que de manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause. Le droit marocain de la concurrence retient, en ce sens, cette exception liée à la position de l'entreprise sur le marché et sa faible taille et en conséquence son influence négligeable sur les conditions de concurrence c'est le cas notamment des PME. Le droit national met aussi à l'abri de l'interdiction les entreprises agricoles et consacre par ricochet l'exception sectorielle sans toutefois expliciter les modalités de son application. Contrairement au droit européen et français qui sont plutôt explicites et retiennent à côté de l'exception agricole d'autres dérogations touchant notamment le secteur automobile et la franchise.

En effet, en droit français, les exemptions sont prises par décret après avis conforme de l'autorité de la concurrence. À titre d'exemple, deux décrets ont été édictés le 7 juin 1996 dans le domaine agricole. Le premier décret est relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole ; le second est relatif aux mesures d'adaptation aux situations de crises, autrement dit hypothèse de surcapacité. (Frison-Roche, M-A, 2006).

À côté de l'application générale du régime d'exemption en droit européen, ce dernier s'applique également d'une façon spécifique ou sectorielle visant chaque secteur en soi. À cet égard, la commission européenne a lancé des lignes directrices portant sur la régulation concurrentielle dans le secteur agricole en 2020, en étudiant une « exception sectorielle », autrement dit, elle a intégré quelques dérogations même dans le secteur agricole. En ce sens, le Guide de la régulation concurrentielle du secteur agricole année 2020 a affirmé que le règlement n°

1308/2013 portant organisation commune des marchés agricoles prévoit un certain nombre de dérogations à la pleine applicabilité de l'article 101 du TFUE, afin de laisser des marges de manœuvre aux organisations de producteurs et aux associations d'organisations de producteurs. Le secteur automobile, qui comprend les voitures particulières et les véhicules utilitaires, est couvert également en Europe par des règlements d'exemption par catégorie spécifiques depuis 1985, le plus récent étant le règlement (UE) No 461/2010 de la commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile. Ce règlement a été lancé par la commission pour apprécier les ententes issues des accords de concession automobile pouvant améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution en facilitant une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent notamment diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs ventes et de leurs investissements.

Les accords de franchise sont également appréciés par la Commission européenne par le même règlement (UE) No 461/2010, du fait qu'ils améliorent la distribution des produits et/ou des prestations de services, et ils favorisent l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, particulièrement dans le cas de petites et moyennes entreprises, accroissant ainsi la concurrence entre marques.

1-2-2- La faiblesse de la part de marché

La détention d'une faible part de marché par les entreprises parties à l'accord est aussi un critère justifiant son admissibilité au regard des règles de la concurrence et mettant à l'abri les partenaires concertés de toute suspicion.

Pour établir l'existence d'une restriction de concurrence actuelle ou potentielle, il est souvent nécessaire de définir, au préalable, le marché de référence des produits afin de déterminer si les parties à un accord ou à une pratique sont en concurrence les unes avec les autres ou avec des tiers. La définition du marché de référence repose sur la question de l'interchangeabilité des produits concernés (Bellis, 2016).

En droit européen, ce processus complexe, qui consiste à délimiter correctement le marché de référence du produit, présente généralement plus d'importance dans le cadre de l'article 102 TFUE que dans celui de l'article 101 TFUE. Toutefois la définition du marché de référence

peut, dans certaines circonstances, également être une condition d'application de l'article 101, en particulier dans le cadre de la règle de minimis.

Dans la mesure où la restriction de concurrence doit être de nature à produire un effet sur le marché, les autorités européennes considèrent que seules les entraves suffisamment importantes ou "sensibles" intéressent le droit de la concurrence. S'inspirant de sa pratique décisionnelle, la Commission détermine, dans la Communication du 30 août 2014, dite "de minimis", un seuil de sensibilité (Vogel, 2022).

Aux termes de ce texte, les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 101 TFUE, paragraphe 1 :

a) - si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels sur l'un quelconque de ces marchés (accords entre concurrents), ou

b) - si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui ne sont pas des concurrents existants ou potentiels sur aucun de ces marchés (accords entre non-concurrents).

Le Droit marocain n'a pas dérogé à cette règle et a précisé à son tour dans l'arrêt n°3433.15 du 26 octobre 2015 relatif aux critères quantifiant les accords d'importance mineure, qu' « un accord est considéré d'importance mineure, lorsque la part de marché détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique ne dépasse pas soit :

a)- 10% sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes *qui sont des concurrents*, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;

b)- 15% sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes *qui ne sont pas concurrents*, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause.

S'il est difficile de déterminer s'il s'agit d'un accord entre concurrents ou accord entre non concurrents, c'est le seuil de 10% qui s'applique ». (Article 1). Ainsi lorsque la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif d'accords de vente de biens ou services contractés par

différents fournisseurs ou distributeurs, les seuils de 10 % et 15% sont abaissés à 5% pour les accords entre concurrents ou non concurrents. Toutefois, l'exemption ne peut plus jouer malgré que la faiblesse de la part de marché soit constatée, si l'accord contient des restrictions caractérisées. En ce sens, sont considérées comme des restrictions caractérisées, les clauses suivantes :-les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients -les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux. -les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. -les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce.

2- L'accord rectifié

Le participant à une entente anticoncurrentielle ou les parties à l'opération de concentration peuvent s'engager à modifier leur comportement en vue de rétablir la liberté de la concurrence afin d'obtenir l'aval de l'autorité de la concurrence. Aux termes de la procédure dite d'engagement, le conseil de la concurrence peut décider, en contrepartie d'engagements crédibles et vérifiables des entreprises, de clore la procédure sans statuer sur le caractère restrictif des pratiques et sans prononcer des sanctions pécuniaires. Dans ce cas de figure, l'acceptation des engagements par le conseil les rend obligatoires pour les entreprises concernées (Arhel, 2011). Les entreprises peuvent également procéder à la compliance pour rectifier leurs accords anticoncurrentiels. Cette nouvelle technique qui aide les entreprises à sécuriser leurs comportements par la mise en place d'un programme de conformité.

2-1-La prise d'engagement :

Lorsque l'opération de concentration ou l'accord présente des difficultés particulières, les autorités recherchent avec les entreprises les solutions les plus adaptées pour répondre aux problèmes de concurrence et permettre la réalisation de l'opération ou la validation de l'accord. L'engagement est l'une des mesures de concertation tant convoitée par les entreprises et les autorités de la concurrence. Il s'apparente à un contrat dont le contenu est proposé par les entreprises concernées et accepté par l'autorité après discussion et négociation. L'objectif

principal de cette mesure est de faire participer les opérateurs à la définition de la règle applicable au marché. Selon qu'il s'agit d'un accord anticoncurrentiel ou un accord de nature concentrative, l'engagement emportera un soulagement des préoccupations de la concurrence et pour l'autorité et pour les opérateurs.

Les engagements peuvent être de deux ordres, *structurels*, c'est-à-dire portant sur la structure du marché comme par exemple des cessions d'actifs (enseignes, marques, sociétés, usines) ; ou *comportementaux* : c'est-à-dire visant les agissements présentés qui ne répondraient pas aux préoccupations de concurrence, l'autorité peut imposer des remèdes en prononçant des injonctions.

2-1-1-Le champs d'application de la prise d'engagement :

Le recours à la prise d'engagement s'est répandu au niveau international, d'abord en matière de contrôle des concentrations économiques et puis en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. La Commission européenne est habilitée à prendre des décisions d'engagements en vertu de l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les pratiques anticoncurrentielles et de l'article 8 du règlement (CE) n° 139/2004 sur les concentrations. Les agences américaines disposent d'un pouvoir similaire depuis le Tunney Act de 1974. Initialement tournée vers les pratiques anticoncurrentielles, cette loi a permis au ministère de la Justice (DOJ) et à la Commission fédérale du commerce (FTC) d'adopter également des règlements amiables à partir d'engagements dans la mise en œuvre du contrôle de concentrations, sur le fondement de la section 7 du Clayton Act . (ADLC, 2019).

En droit national, la procédure d'engagement est née d'abord dans le régime de contrôle des concentrations économiques en 2001 (dans la loi 06.99) pour être intégrée également dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles suite à la réforme de 2014, par la loi 104.12. Depuis 2001, les entreprises parties à une concentration économique pouvaient assortir leur dossier de notification d'engagement alors que ce contrôle relevait à l'époque du Premier ministre avant son transfert au Conseil de la concurrence en 2014. Dans le régime actuel des concentrations, la proposition d'engagement peut être faite tout au long de la procédure, lors de la phase légère (article 15) et même en cas de passage à l'examen approfondi de la concentration (article 16 et 17). La pratique de l'autorité de la concurrence française a révélé que la quasi-totalité des engagements est déposée en phase 1 dont la plupart sont acceptés par l'Autorité. L'intérêt pour les entreprises est de rendre l'opération compatible avec le droit de la concurrence, sans que l'opération soit soumise à un examen de phase 2, beaucoup plus contraignant pour l'ensemble

des parties à la concentration. (ADLC, 2019). Il en est de même pour le Maroc, la quasi-totalité des concentrations sont autorisées sans engagement en phase 1. Les deux occasions, après la réforme de 2014, où le Conseil de la concurrence a été amené à l'examen d'une proposition d'engagement déposée par les parties, se fut en phase d'examen approfondi pour la concentration Careem/Uber. Cette opération de rapprochement a été toutefois abandonnée par les parties. A la procédure d'engagement aucune suite en conséquence n'a été donnée. (Communiqué Conseil de la concurrence 2020). La seconde affaire concerne également une opération de concentration économique passée en phase 2 (l'acquisition du contrôle exclusif de la société Sodexo Maroc S.A par la société Newrest Maroc Services S.A. 2022), les entreprises parties ont déposé auprès de l'autorité nationale des engagements curatifs, et ce fut la première fois que le Conseil se penche sur une série d'engagements structurels.

Le mécanisme de négociation d'engagement n'est devenu un instrument essentiel en droit marocain des pratiques anticoncurrentielles et par ricochet de l'acceptation des accords anticoncurrentiels par l'autorité de la concurrence qu'à partir de 2014. En vertu de l'article 36 de la loi 104.12, la proposition d'engagement lors du contrôle des accords anticoncurrentiels est destinée à réparer les dysfonctionnements de la concurrence sur le marché avant toute qualification répréhensible en favorisant une coopération entre le conseil de la concurrence et les entreprises parties à l'accord. Elle ne peut plus intervenir une fois les griefs sont notifiés. En effet, le décret d'application de la loi 104.12 définit la procédure à laquelle doit obéir l'engagement. L'acceptation d'engagements proposés par les entreprises nécessite une évaluation préliminaire des pratiques en cause faite par le rapporteur et communiquée par celui-ci aux entreprises concernées et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties. Le délai imparti aux entreprises pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire ne peut, sauf accord de celles-ci être inférieur à un mois. A l'issue de ce délai, les engagements sont communiqués par le rapporteur général à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du gouvernement. Un résumé de l'affaire et des engagements est publié sur le site internet du conseil de la concurrence et dans un journal d'annonces légales. Le mécanisme obéit à une procédure contradictoire. Les parties, le commissaire au gouvernement ainsi que les tiers sont appelés à produire leurs observations dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements. Ces observations sont versées au dossier. Le rapporteur général adresse aux parties et au commissaire du

gouvernement une lettre de convocation à la séance, assortie de la proposition d'engagements, trois semaines au moins avant le jour de la séance. Les parties et le commissaire du gouvernement peuvent présenter des observations orales lors de la séance. (Article 26 décret décret n° 2-14-652).

Le conseil de la concurrence n'a pas encore utilisé de cette mesure en matière de pratique anticoncurrentielle, ni encore en matière de concentration économique. La pratique de l'autorité de la concurrence française a révélé par contre un recours régulier et croissant à cette mesure. Entre le 1^{er} janvier 2003 et le 31 décembre 2018, 116 décisions d'autorisation de concentrations ont été assorties d'engagements, dont 68 prises par l'Autorité, contre seulement trois décisions d'autorisation assorties d'injonctions ou de prescriptions. En droit des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité a également souvent été amenée à accepter des engagements. En effet, sur 42 décisions rendues entre 2009 et 2018 en application de la procédure de non-contestation des griefs, remplacée par la procédure de transaction en 2015, plus de 70 % étaient assorties d'engagements.(ADCL 2019).

2-1-2-Les types d'engagement :

La pratique des autorités de la concurrence distingue entre deux catégories d'engagements, les engagements structurels et les engagements comportementaux.

Les remèdes structurels ont vocation à apporter un changement, bien souvent drastique, à la structure de la société et a fortiori à la structure du marché sur lequel opère l'entreprise en question. Il ressort des recommandations de l'OCDE relatives au contrôle des fusions que les engagements à caractère structurel, tel l'engagement de vendre une activité, sont généralement préférables dans la mesure où ils empêchent durablement les problèmes de concurrence qui résulteraient de la concentration notifiée et, en outre, ne nécessitent pas de mesures de surveillance à moyen ou à long terme (OCDE, 2013). Mais, le succès d'une cession d'actifs structurelle dépend largement de l'existence de repreneurs appropriés intéressés par le rachat desdits actifs (Ojha, 2012). En ce sens, l'autorité européenne de la concurrence a insisté sur le fait que la cession d'actifs est la mesure corrective par excellence. Dans sa communication du 21 décembre 2000, la commission européenne a précisé que la cession d'actif est "le moyen le plus efficace de préserver une concurrence, en dehors de l'interdiction". Elle peut permettre l'émergence d'un nouvel opérateur économique, dès lors qu'elle porte sur une unité dont l'activité est viable et peut être conduite de manière autonome. Elle peut aussi renforcer la position des concurrents déjà en place et, partant, réduire le pouvoir de marché des parties

notifiantes. En revanche, certaines autorités de la concurrence estiment que les mesures correctives structurelles ne sont pas toujours plus efficaces et moins coûteuses que les mesures correctives comportementales.

En particulier, là où une cession d'actifs serait irréalisable ou disproportionnée par rapport aux effets négatifs d'une concentration, des mesures correctives comportementales peuvent parfois être préférables. C'est le cas en particulier des fusions qui présentent des aspects verticaux et des situations dans lesquelles les marchés connaissent un développement rapide, rendant les évolutions à venir difficilement prévisibles (El Hajoui, 2016).

Les mesures comportementales disposent de deux facettes dont la première comporte un devoir négatif visant à mettre un terme au comportement répréhensible par le biais d'une interdiction du comportement abusif et la seconde un devoir positif d'adopter un comportement spécifique consistant à rétablir le jeu de la concurrence (Ojha, 2012).

En droit des concentrations, l'engagement comportemental a pour objectif de préserver momentanément la structure concurrentielle des marchés dans lesquels une préoccupation de concurrence a été identifiée, le temps de permettre aux autres opérateurs de s'engager dans des stratégies pour concurrencer efficacement la nouvelle entité, voire de faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs. Ces stratégies peuvent prendre plusieurs formes : diversification des sources d'approvisionnement ou des ventes, désengagement progressif vis-à-vis de la nouvelle entité, construction ou développement de capacités de production ou d'une marque, entrée sur le marché... (ADCL 2019). Les lignes directrices françaises sur le contrôle des concentrations nous livrent une liste non exhaustive des mesures comportementales pouvant répondre aux préoccupations de concurrence : l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non discriminatoire et transparente, l'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies, la résiliation ou la modification de contrats d'exclusivité, l'aménagement des conditions de distribution, ou d'approvisionnement d'un produit, l'encadrement de comportements commerciaux, la divulgation d'informations sur une base non exclusive. (Les lignes directrices 2013).

À défaut d'une pratique nationale sur les procédures d'engagement, il est fort intéressant de partager l'expérience comparée concernant l'application de ce mécanisme de concertation en matière de pratiques anticoncurrentielles. En ce sens, l'autorité de la concurrence française, n'a jamais accepté que des mesures correctives de nature comportementale en droit des pratiques anticoncurrentielles. Néanmoins, certaines d'entre elles, dont la mise en œuvre procède d'une

opération unique et qui sont difficilement réversibles, peuvent être qualifiées de quasi structurelles. Ces engagements comportementaux peuvent être de natures très différentes. Des exemples d'engagements quasi structurels (accord de licence, (décision n° 05-D-25), séparation des activités en marché et hors marché d'un monopoleur (décision n° 12-D-04).

Certaines décisions de l'autorité française de la concurrence ont comporté des engagements mixtes c'est à dire de nature comportementale et structurelle. Le cas le plus fréquent est celui d'une opération de concentration susceptible de produire à la fois des effets horizontaux et des effets verticaux. En ce cas, l'entreprise est souvent amenée à prendre des engagements structurels pour remédier aux risques d'effets horizontaux et lorsque ces engagements sont insuffisants à réduire le pouvoir de marché de la nouvelle entité sur des marchés amont ou aval, à prendre par ailleurs des engagements comportementaux, destinés à remédier aux risques d'effets verticaux. En outre, d'autres décisions comportent les deux types d'engagements lorsque, sur plusieurs marchés affectés, les caractéristiques des produits ou des services concernés, le fonctionnement des marchés ainsi que les positions de l'entité issue de la concentration et de ses concurrents n'ont pas permis de proposer un remède global.(ADLC 2019).

Les engagements comportementaux ont souvent fait l'objet de critiques, principalement liées aux difficultés et aux coûts qu'exige le suivi de leur exécution. Raisons pour lesquelles certaines autorités de concurrence refusent généralement d'accepter des engagements de ce type, privilégiant les mesures structurelles ou le recours à une procédure de sanction. C'est notamment le cas de l'Allemagne qui, dans l'affaire Booking, n'a pas souhaité s'engager dans le cadre d'une procédure négociée, contrairement à la France, la Suède et l'Italie. (décision ADLC 2015) La Commission européenne avait également précisé dans sa communication sur les mesures correctives que « les engagements relatifs au comportement futur de l'entité issue de la concentration ne peuvent être recevables qu'exceptionnellement, dans des circonstances très spécifiques ». (Communication CC 2004).

2-2-Le recours au Compliance

La conformité ou la compliance est un processus des normes qui implique non seulement le régulateur mais également l'entreprise. Cette dernière doit adopter des normes, des barèmes, des règlements intérieurs qui délimitent les bornes d'implantation des enseignes, d'investissement, d'inauguration des magasins et des centres commerciaux...etc., et qui

encadrent les relations entre les fournisseurs et distributeurs ; elle doit également charger des professionnels qui veillent au respect du droit de la concurrence et du marché.

Ce processus de compliance peut être un moyen pour rectification d'un accord jugé anticoncurrentiel et contribuer en conséquence à sa régularité vis à vis des règles de la concurrence. Il ne peut toutefois réussir que par la mise en place d'un programme de conformité, en adoptant des outils de conformité efficaces.

2-2-1-Programme de conformité

Il s'agit d'un programme par lequel une entreprise marque son attachement aux règles de concurrence et prend une série d'initiatives concrètes pour s'assurer à ce qu'elles soient connues de ses salariés et permettre, le cas échéant, de détecter sans délai un tel manquement en vue d'y mettre fin. Un programme de conformité efficace présente pour l'entreprise concernée l'avantage de contrôler, gérer et limiter le risque attaché à un écart de comportement concurrentiel. Internalisé dans l'entreprise dès le stade de son élaboration et tout au long de sa mise en œuvre, il permet à l'entreprise de s'approprier les règles de concurrence et de devenir acteur de leur bonne application, dans un contexte où, est remise entre les mains des opérateurs économiques la responsabilité de leurs choix (Lasserre, 2017).

Les autorités de concurrence ont-elles aussi avantage à la mise en place et au succès de tels programmes de conformité qui assurent la diffusion des règles de concurrence au niveau microéconomique des opérateurs individuellement actifs sur le marché, les promeuvent auprès des salariés concrètement confrontés au risque d'écart à la norme, et ainsi font avancer de manière tangible la cause de la concurrence. C'est pourquoi un grand nombre d'autorités de concurrence dans le monde : la commission européenne et le Royaume-Uni en 2011, le Canada et le Japon en 2010, l'Australie dès 2005, ont cherché à développer des instruments définissant les conditions du succès d'un programme de conformité (Lasserre, 2017).

Le Conseil de la concurrence a rejoint récemment cette vague en diffusant un guide relatif à la mise en place de programmes de conformité au droit de la concurrence au sein des entreprises et des organisations professionnelles. Par ce guide, l'autorité nationale vise « à proposer aux entreprises et aux organisations professionnelles, un cadre référentiel générique de conformité aux règles du droit de la concurrence. Il met, à cet effet, à leur disposition une « boîte à outils » pratique à partir de laquelle elles peuvent confectionner et personnaliser leurs propres programmes de conformité. Cet outil propose ainsi aux entreprises et aux organisations professionnelles les bonnes pratiques organisationnelles et managériales à mettre en œuvre pour

la mise en place d'un tel programme, ainsi que les bons réflexes que l'entreprise doit développer pour être respectueuse des règles du droit de la concurrence, à travers une identification des risques avérés ou potentiels relatifs à son activité. ». (Guide du Conseil de la concurrence 2022) L'opération entreprise par le Conseil de la concurrence est prometteuse et dénote d'une volonté réelle de l'autorité de créer un cadre de coopération et de concertation avec les opérateurs pour asseoir les règles de la concurrence en favorisant la démarche pédagogique. Une véritable action plaidoyer et sensibilisation des entreprises nationales sur le droit et la politique de la concurrence.

Un programme de conformité à la disposition des entreprises est l'une des meilleures actions ciblées vers la mise en œuvre effective des règles de la concurrence. En effet, le programme de compliance peut prendre la forme d'une politique de conformité, d'un plan de conformité, d'une charte ou guide de bonnes pratiques, d'une formation ou d'un audit, ou encore il peut regrouper tous ces outils à la fois. Peu importe la forme requise, l'entreprise par cet effort devient un « *compliance officer* » qui veille à protéger ses intérêts, le marché et la concurrence et également à respecter les dispositions du droit de la concurrence tout en garantissant l'efficacité et le progrès économique.

Dans ce sillage, le nouveau document-cadre de 2021 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence de l'autorité de la concurrence française a insisté sur la moralisation de l'entreprise, en rappelant que la combinaison des deux fonctions de la compliance (conviction et instanciation) invite à appréhender l'efficacité non seulement sous l'angle de la pertinence des dispositifs mis en œuvre (politique de conformité, plan de conformité, charte/guide de bonnes pratiques, formation, audit) mais également de la culture de l'entreprise. (Augagneur, 2018). A titre d'exemple, un groupement de producteurs et de distributeurs de produits faisant l'objet d'une enquête de concurrence au titre de pratiques concertées sur les volumes et sur les prix. Les « préoccupations de concurrence » qui en sont le résultat conduisent non seulement à mettre en place un programme de conformité en se référant au document-cadre établi en la matière par l'Autorité de la concurrence, mais également à la structuration d'un réseau de distribution sélective. Au-delà du respect des conditions posées par le document-cadre, la recherche de l'efficacité maximale consiste à adapter le programme de conformité à l'organisation qui le porte et aux outils dont elle peut disposer.

2-2-2-Les outils de compliance

Les entreprises doivent être conscientes des risques d'infraction aux règles de concurrence et de la manière d'élaborer une stratégie de conformité qui répond le mieux à leurs besoins. Une stratégie de conformité efficace permet à une entreprise de minimiser les risques d'être impliquée dans des infractions en matière de droit de la concurrence et les coûts résultant d'un comportement anticoncurrentiel.

Le programme de compliance ou de conformité ne peut être réussi que par des outils bénéfiques adoptés par l'entreprise. Grâce à des mesures d'information, de sensibilisation et de formation des salariés. La diffusion de la culture de la conformité doit concerner tous les niveaux de l'entreprise, de la direction aux équipes commerciales de terrain, en passant par les cadres juridiques. Une prise de position claire, ferme et publique de l'entreprise en faveur du respect des règles de concurrence constitue une condition-clé de réussite d'un programme de conformité.

Ainsi, la technique de compliance s'articule autour des dispositifs de détection et de surveillance des risques. Il est vrai qu'un marché important s'est développé en la matière du côté des logiciels pour les activités financières mais on peut anticiper que des algorithmes avancés (souvent pompeusement décrits comme une intelligence artificielle) vont se généraliser pour mieux prédire les risques, les détecter et les piloter. Bâtir un programme de conformité efficace pourrait ainsi se fonder sur une approche algorithmique de l'économétrie. Par exemple, pour apprécier le caractère imposé des prix de revente, la pratique décisionnelle de l'Autorité examine le taux de dispersion des prix des distributeurs par rapport au prix conseillé.

À cet égard, les systèmes d'information permettent d'exercer une vigilance préventive contre un taux de suivi qui s'avérerait anormalement élevé et qui permettrait d'y remédier assez tôt pour éviter la survenance des risques. Et l'on imagine assez bien, avec l'inflation de la production de données, leur recoupement et les indications économétriques de la jurisprudence, la diversité des usages de pilotage du risque qui est envisageable. Mais ces données peuvent surtout être le support d'une preuve destinée à documenter la justification du caractère pro-concurrentiel de telle pratique admise par le programme de conformité. Il peut s'agir de l'absence de discrimination tarifaire par un opérateur dominant, des effets d'échanges d'informations, du taux de suivi des prix conseillés, etc. l'utilité de ces données permet à l'évidence d'optimiser les choix retenus dans un programme de compliance en assistant le risque appetite (Augagneur, 2018).

Conclusion :

Toutes les normes et les règles formant le droit de la concurrence sont mises en place pour protéger la libre concurrence et pour lutter contre tout agissement de nature néfaste portant atteinte à la concurrence. Certains de ces agissements proviennent des accords anticoncurrentiels, pouvant être de nature horizontale ou verticale et pouvant prendre diverses formes : un contrat, une pratique concertée, une entente même une opération de concentration. La pratique a dévoilé que ces accords qualifiés comme des comportements anticoncurrentiels produisent bien forcément des effets de nature restrictive mais peuvent parfois jouer un rôle favorable en faveur de l'économie en contribuant au progrès économique et au bien-être du consommateur.

Cette contradiction présente un grand dilemme pour les juristes et les économistes qui cherchent toujours à créer un certain équilibre au sein du marché, en garantissant à la fois l'efficacité économique et en protégeant la concurrence contre toutes les pratiques illégales et restrictives. La jurisprudence et la pratique des autorités administratives de la concurrence ont pu dégager plusieurs mesures pour atteindre cet équilibre. Par la justification des accords anticoncurrentiels via la règle de raison, par l'exemption et par également les programmes d'engagement. Le recours de plus en plus au processus de la conformité ou de conformité synonyme d'une implication volontaire de l'entreprise dans un système d'auto contrôle pour éviter la confrontation avec les autorités de la concurrence et échapper à la correction.

La justification des ententes anticoncurrentielles garantie par la loi par le biais de l'exemption ou par la règle de raison, ainsi que la rectification de ces accords par le biais de la prise d'engagement entre les autorités et les entreprises ou par l'intervention de l'entreprise par un programme de conformité, ont accordé aux accords anticoncurrentiels une autre qualification juridique qui peut être appropriée par ces procédures ou mesures, celle de l'accord pro concurrentiel. Toutefois, un accord ne devient pro concurrentiel que s'il emporte réellement des avantages économiques, la contribution au progrès économique doit être prouvée. La charge de la preuve peut être lourde du fait qu'elle incombe aux membres de l'entente et qu'elle consiste à administrer la démonstration que les avantages priment les inconvénients. Sans oublier que les dispositions qui appellent à sanctionner les accords qui sont de nature restrictive, sont une source d'insécurité puisqu'il est difficile de juger le caractère « notable » de la restriction et également difficile d'apprécier les conditions dans lesquelles les accords peuvent être « justifiés », malgré la liste des motifs justificatifs que la législation de la concurrence peut

préciser par ses articles. Il est certain que la transformation d'un accord anticoncurrentiel en un accord pro concurrentiel n'est pas une tâche facile aussi bien pour les partenaires économiques que pour l'autorité de la concurrence. Celle-ci est appelée à exercer sur des mesures clairement définies pour la justification, l'exemption et la modification des accords. La définition de la notion de progrès économique, de la notion d'engagement, des modalités d'élaboration, d'exécution et de suivi des engagements, les zones de coopération entre autorité et opérateurs économiques constituent de véritables champs d'étude et de recherche à prospecter.

BIBLIOGRAPHIE :

Aghion & Bolton, (1991), Contracts as a Barrier to Entry, 77 Am. Econ. Rev. 388, 1987; Rasmulsen, Naked Exclusion, 81 Am, Econ. Rev, p.1137.

Augagneur L-M. (2018), (dir), Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge, paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », p.138

Autorité française de la concurrence 2019, étude sur les engagements comportementaux, documentation française.https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020/01/eng_comportementaux_final_fr_0.pdf. p.15-32.

Autorité française de la concurrence 2013, les lignes directrices sur le contrôle des concentrations, p.166.

Bruno L. (2017), Concurrence et bien public à travers la compliance, (dir) « Régulation, Supervision, Compliance, Dalloz, p.35-46

Catherine P, (2002), l'effectivité des mesures correctives dans le contrôle des concentrations, chronique de droit de la concurrence n° 3, Droit 21, Chr., AJ 069

Communication de la Commission (1997), sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.

Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission.

Communiqué du Conseil de la concurrence (2020), relatif à l'opération de concentration économique portant sur l'acquisition par la société Uber Technologies, Inc de l'ensemble des actifs de la société Careem Inc. et des engagements proposés par cette société.

Communiqué du Conseil de la concurrence (2022), relatif à l'opération de concentration économique portant sur l'acquisition par la société Uber Technologies, Inc de l'ensemble des actifs de la société Careem Inc. et des engagements proposés par cette société.

Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

G. Favereel & T. Godefroy & P. Lascoumes, « le marché de la gestion des risques et de la conformité », Sciences po/CERI-CNRS, <http://www.ceri-sciences-po.org>.

Blaise J-B. (2007), Droit des Affaires « commerçants, concurrence, distribution », 4ème éd, L.G.D.J, pp.439-445

Blaise J-B, (1983), Ententes et concentrations économiques, éd Sirey, p.140

Jean-François Bellis, Droit européen de la concurrence, 2ème éd, Bruylant, 2016, p.107-108

Ojha L, (2012), les mesures correctives et sanctions de l'abus de position dominante : une perspective comparée, CEDIDAC, n°59, p.4

Vogel L. (2015), Droit de la concurrence, Lawlex/Bruylant, pp.1338-1339

Vogel L & Vogel J. (2015) Droit de la distribution « Droit européen et français », Lawlex/Bruylant, pp.29-30

Vogel L & Vogel J (2020), Les Fondamentaux du droit de la Distribution, Lawlex/Bruylant, pp.10-132

Augagneur L-M. (2018), l'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence, (dir) « Compliance : l'Entreprise, le Régulateur et le Juge », Dalloz, p.138

Machichi A. (2004), Concurrence « Droits et Obligations des Entreprises au Maroc », Eddif, p.92.

Frison-Roche M-A. (2006), Droit de la Concurrence, Dalloz, pp.148-151

Arhel P. (2011), Pratiques anticoncurrentielles (Injonctions et sanctions), Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial, n°12 à 14.

El Bazim R. (2019), Conseil de la concurrence « de la recherche de l'indépendance à la régulation du marché », l'Harmattan, p.367

Ripert & Roblot (1996), Traité de droit commercial, t. I, XVI^o, n°461s.

El Hajoui S. (2016), le nouveau droit de la concurrence au Maroc, REMALD/lexisnexis, pp.59-367

Venturi S & Vonlathen C. (2005), Accords de distribution et droit de la concurrence, in les accords de distribution, Philippe Gilliéron et Peter Ling, Lausanne.

Décret n°2.14.652 du 1er décembre 2014 portant application des dispositions de la loi n°104.12 sur la liberté des prix et de la concurrence.

Avis n° 20/11 du 22 décembre 2011 relatif à la concentration dans le secteur des huiles alimentaires entre Sofiprotéol et Lesieur Cristal.

Avis n°31/12 du 25 décembre 2012 relatif à la concentration dans le secteur du biscuit entre la SNI et Kraft Food Maroc.