

Le domaine du contrôle des concentrations économiques en droit de la concurrence

(The field of merger control in competition law)

El Mostafa AMMAS

*Département de Droit, Université Hassan II, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales
Ain-Sebaâ, Casablanca, Maroc*

Abstract: Over the last few decades, competition law has evolved in parallel with the development of the global economy, in favor of a distinction between anti-competitive practices, which are prohibited, and economic concentration operations, which are subject to a control mechanism. Initially established by American lawmakers, this logic soon permeated subsequent competition legislation in the United States, Europe and Morocco. Competition law is designed to prevent and punish a wide range of practices that are not related to competition on the merits. While the law punishes practices that restrict competition, such as illicit cartels and abuse of dominance, this is not the case for corporate mergers, which are subject only to controls designed to ensure that such operations do not lead to the establishment of de facto monopolies. It is with this in mind that the Moroccan legislator has not failed to regulate the issue of economic mergers, thus transposing the broad outlines of comparative legislation in this field.

Keywords: Competition Law, Economic Concentrations, Competition Council, International Competition, Regulatory Convergence, Comparative Law, International Economic Law, Efficiency, Regulation, Independence.

Résumé : Les dernières décennies ont témoigné d'une évolution du droit de la concurrence parallèlement au développement de l'économie mondiale en faveur de la distinction des pratiques anticoncurrentielles frappées d'interdiction, et les opérations de concentration économique soumise à un dispositif de contrôle. Initialement établie par le législateur Américain, cette logique ne tarda pas à imprégner les législations postérieures en matière de concurrence que ce soit aux Etats-Unis, en Europe, ou encore au Maroc. Le droit de la concurrence s'attache à prévenir et à réprimer les multiples pratiques ne relevant pas d'une compétition par les mérites. Si la législation sanctionne les pratiques restrictives de concurrence, comme les ententes illicites ou les abus de domination, tel n'est pas le cas des opérations de concentration d'entreprises qui sont seulement soumises à un contrôle destiné à s'assurer que de telles opérations n'aboutissent à l'institution de monopoles de fait c'est dans cette optique que le législateur Marocain ne manque pas de réglementer la question de concentrations économique transposant ainsi les grandes lignes des législations comparées en la matière.

Mots-clés: Droit de la concurrence, Concentrations économiques, Conseil de la concurrence, Concurrence Internationale, Convergence Réglementaire, Droit Comparé, Droit Economique International, Efficacité, Régulation, Indépendance.

1. Introduction

L'économie mondiale est depuis un certain temps caractérisée par une concurrence de plus en plus rude et de plus en plus diversifiée entre les différents acteurs présents sur les marchés. Il est, tout à fait normal et évident, qu'une entreprise cherche à fidéliser sa clientèle déjà acquise et à acquérir une nouvelle clientèle voir celle de ses concurrents. Or pour réaliser ces objectifs, toutes les pratiques ne sont pas autorisées car, en effet, l'intérêt général de la concurrence et la liberté de la concurrence sont des lignes rouges à ne pas dépasser et à des principes à ne pas transgresser. C'est dans ce cadre que Les différents



législateurs ont alors agit par des textes législatifs afin d'assurer cette liberté de concurrence en interdisant un certain nombre de pratiques et opérations anticoncurrentielles ayant un impact négatif sur les différents marchés. L'une des plus fréquentes est celle des concentrations économiques. Droit économique par excellence, le droit de la concurrence est l'une des disciplines juridiques. Les plus concernés par le phénomène de plus en plus recrudescence de l'internationalisation du droit¹. Les accords bilatéraux et multilatéraux accompagnant le développement d'une économie mondiale, touchent inévitablement les conditions d'exercice de la concurrence et font de l'uniformisation des règles de la concurrence au niveau mondial, un objectif de premier jour au sein des organisations internationales². Ces dernières, sont les opérations juridiques de rapprochement entre entreprises, ou toutes les liaisons juridiques, qui peuvent avoir un effet restrictif de la concurrence. Elles peuvent être horizontales, verticales ou conglomerates, les concentrations économiques doivent obéir à une procédure de contrôle à priori par l'autorité de la concurrence afin d'être validé au regard des règles de concurrence par l'obtention d'une autorisation administrative simple ou conditionnée.

Historiquement, Les Etats européens ont mis en œuvre bien plus tardivement qu'aux Etats-Unis un contrôle des concentrations pour limiter la croissance du pouvoir politico-économique des grandes entreprises. En effet, les Américains se sont rendus que le développement libéral, dont la concentration des entreprises est l'inévitable corollaire, nécessitait une régulation. Actuellement, les concentrations sont encadrées par deux textes fédéraux : le « Sherman Act » de 1890, instaurant une interdiction générale de créer un monopole ainsi que le « Clayton Act » de 1914, imposant notamment un véritable contrôle des concentrations. Et à partir de la fin de la deuxième Guerre Mondiale, l'instauration d'un système de contrôle des concentrations n'est plus demeuré une particularité américaine. Au Japon, la loi anti-monopole de 1947 prévoyait un tel contrôle, suivie par le « Monopolies and Mergers Act » de 1965 du Royaume-Uni. En Allemagne, la « Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) » (loi allemande contre les restrictions à la concurrence) de 1957 exigeait simplement une notification des concentrations. Le contrôle préventif a été mis en place en Allemagne par une modification en 1973. Le régime français, institué par le Code de Commerce en 1977 et perfectionné par l'ordonnance du 01.12.1986, ensuite modifié par la loi du 15.05.2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques. Ces modifications sont entrées en vigueur le 18 mai 2002. Depuis, un système de notification préalable obligatoire, et non plus facultatif, est prévu. A l'heure actuelle, tous les Etats-membres de l'Union Européenne, à l'exception du Luxembourg, connaissent un système national de contrôle des concentrations. De ce fait, la Communauté Européenne est dotée également d'un dispositif réglementaire relatif au contrôle des opérations de concentration économique. Celle avec le Règlement 4064/89 du 21.12.89, entré en vigueur en 1990.

Au Maroc, Le dispositif légal a bénéficié du statut avancé auprès de l'Union européenne et s'est engagé dans un processus de convergence réglementaire notamment en matière de droit de la concurrence après 36 versions de projets de loi sur la concurrence il a pu se doter d'une loi sur la concurrence au mois de juillet 2000, qui a connu en juin 2014 une véritable réforme donnant naissance à deux nouvelles lois portant la révision globale du droit de la concurrence marocaine. (La loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence et la loi n°20-13 relative au conseil de la concurrence). A ce propos, dans le cadre de l'exécution des hautes instructions royales, de la consécration de la bonne gouvernance visant la réforme et l'amélioration de l'ancienne loi n°104-12, notamment les dispositions relatives à la procédure suivie devant le conseil de la concurrence et après un chantier provoqué par le dossier des hydrocarbures, qui a révélé des lacunes de fonctionnement au sein du Conseil de la concurrence mais aussi, plus généralement, les insuffisances du cadre juridique actuel. Le cadre général de la concurrence n'offrait pas alors de conditions propices à un plus grand dynamisme. Le conseil ne bénéficiait pas de base de données suffisantes sur laquelle il peut s'appuyer ni la légitimité pour agir. A cela s'ajoute un manque relatif de ressources à besoin d'un texte de loi solide et d'une instance bien outillée permettant sa bonne application. Sur la base de celle-ci, il a été procédé en 2022 à la loi n°40-21 modifiant et complétant la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence et la loi n° 41-21 modifiant et complétant la loi n°20-13 relative au conseil de la concurrence actuellement en exercice.

¹ Chifae EL MOUDEN : « Le Contrôle des opérations de concentrations économiques : Préservation de la concurrence ou entrave à la compétitivité ? ». Revue études et recherche n° 4. Rabat. 2013. P.11.

² Frison-Roche, Marie-Anne et Payet, Marie-stéphane : Droit de la concurrence .Paris. Dalloz.2006. P.11 et S.

Il y a lieu de souligner aussi que, Le processus de concurrence est fondamentalement instable car les entreprises cherchent à se protéger des concurrents et à dominer le marché. En conséquence, on assiste à une concentration des entreprises. Cependant par l'ouverture des frontières et la circulation internationale des capitaux et des marchandises ont radicalement influé sur la stratégie des entreprises, qui perçoivent le monde comme un seul et unique marché. Dans ce contexte, le nombre d'opérations de concentration ne cesse de grandir. L'importance du phénomène revêt donc, lorsqu'une opération de concentration entrave de manière significative le libre jeu de la concurrence. Ce bénéfice attendu pour les consommateurs n'est pas garanti C'est pourquoi, partant du principe que certaines opérations de croissance externe sont susceptibles de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché et donc d'affecter sensiblement le jeu des forces du marché, le droit de la concurrence de la plupart des pays industrialisés a progressivement intégré dans ses domaines d'intervention le contrôle des opérations de concentration, soit toutes les opérations ayant en commun d'affecter les structures de marché : il s'agit des fusions, acquisitions, transferts d'actifs, prises de contrôle et créations de filiales communes. Cependant ce contrôle n'a pas vocation à protéger les intérêts particuliers de concurrents mais de veiller à ce que la concurrence reste suffisante pour que le bien-être des consommateurs ne soit pas atteint. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie : les restrictions qu'il impose à cette liberté doivent rester limitées et proportionnées. Si la législation sanctionne les pratiques restrictives de concurrence, comme les ententes illicites, les abus de domination, les pratiques de prix abusivement bas ou encore les pratiques exclusives, tel n'est pas le cas des opérations de concentration d'entreprises qui sont seulement soumises à un contrôle destiné à s'assurer que de telles opérations n'aboutissent à l'institution de monopoles de fait. Dans ce contexte, la question globale qui se propose d'aborder est la suivante : **Dans quelle mesure le législateur Marocain a consacré la spécificité des concentrations économiques par rapport aux autres pratiques attentatoires à la concurrence à travers leur domaine d'application ?**

La spécificité ainsi recherchée des opérations de concentration économiques, est examinée à travers le contenu de ces opérations (I) et par l'entrave à la concurrence comme condition d'exercice du contrôle (II).

2. Le contenu des opérations de concentration économique.

Le système national de contrôle des concentrations, tel qu'il a été instauré, visant non pas l'interdiction des opérations de concentrations économiques mais le suivi de l'évolution des restructurations économiques et de l'intervention à titre préventif pour le maintien d'une concurrence effective³. Quoique figurant parmi les pratiques réglementées par le droit de la concurrence, les opérations de concentration économiques sont considérées comme une catégorie spécifique. La différenciation des concentrations des autres pratiques attentatoires à la concurrence nous ramène à mettre le point sur les conditions d'ordres juridiques des opérations de concentrations dans un premier temps sur les premiers types concernés. Puis ensuite sur les autres.

2.1. Les opérations soumises au contrôle.

La définition de ce qu'est une opération contrôlable au titre du contrôle des concentrations constitue une première étape fondamentale du contrôle, abordée aussi bien en droit Marocain ou en droit comparé. A la lumière de ces textes, on constate qu'une concentration peut prendre la forme d'une fusion, acquisition (1) ou la création d'une entreprise commune (2).

A. La figure de la fusion d'entreprises.

Au sens de la nouvelle loi 104-12 telle que modifiée et complétée par la loi 40-21 relative à la liberté des prix et de la concurrence, une opération de concentration économique n'est contrôlable que si deux conditions cumulatives sont remplies : sa forme juridique doit correspondre à la définition légale de l'article 11⁴ de la même loi et sa dimension économique doit franchir les seuils fixés par l'article 8 de

³ أبو بكر مهم، "استغلال الوضع المهيمن على ضوء قانون المنافسة"، منشور بالمجلة المغربية لقانون الاعمال والمقاولات، عدد 16 ماي 2009. محمد الزرقني، "قانون المنافسة" مجلة الندوة تصدر عن هيئة المحامين بطنجة العدد 16-2000.

⁴ L'article 11 de la loi 104-12 telle que modifiée et complétée par la loi 40-21 précise que : « Une opération de concentration est réalisée

1- lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

son décret d'application. Par la nouvelle rédaction de la définition légale des concentrations, conforme à la définition européenne⁵ et française⁶ de la concentration, le législateur semble vouloir corriger les termes fuyants de l'ancienne définition de la loi 06-99⁷ et mettre en place une définition plus pragmatique de la concentration. Une définition qui vise toutes les formes de croissance externe de l'entreprise pouvant se matérialiser par une modification de structure ou par une prise de contrôle. Ainsi, la définition permet d'appréhender, toutes les voies juridiques de rapprochements entre entreprises : fusion absorption, fusion scission, prise de participation, apport actifs et création d'entreprise commune, à condition que cette « joint-venture » exerce durablement les fonctions d'une entité économique autonome. C'est à dire, qu'elle doit opérer sur le marché indépendamment des sociétés mères comme une entreprise autonome avec une gestion propre, des ressources, un financement de nature lui permettre de fonctionner durablement⁸.

Les textes Marocains en la matière sont assez peu précis pour définir ce qu'est une fusion d'entreprises. Les lois de droit de sociétés ne proposent ainsi aucune définition, se contentant d'affirmer qu'une opération de concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent. Economiquement, la fusion se définit comme étant « l'opération économique ayant pour objet d'intégrer dans une seule et même entreprise l'ensemble des moyens de production dont dispose la ou les sociétés apporteurs ». Chaque entreprise étant dotée de ses facteurs personnels de production et de ses ressources financières, la fusion a pour objet de les réunir dans une seule et même entité. Juridiquement, la fusion est définie comme étant « un phénomène contractuel par lequel, à une pluralité de société, se substitue une seule, en deux variantes possibles par incorporation d'une nouvelle société dans laquelle confluent deux ou plusieurs sociétés préexistantes ».

Au cœur de l'entreprise qui fusionne figure, toujours une société, et donc un affectio societatis. Celui-ci mérite, en conséquence d'être protégé. Lors d'une opération de fusion, une communauté d'actionnaires ou d'associés rassemblés dans la sérénité du pacte social peut singulièrement être remise en question⁹. La composition du capital peut en effet être profondément modifiée du fait de l'opération : l'affectio societatis¹⁰ « âme de la société-sinon sa raison d'être », pourra ainsi considérablement être affecté par l'arrivée inopinée de nouveaux acteurs. Dans la mesure où ce sont les actionnaires qui ont décidé l'opération, on peut certes croire à un prolongement de l'affectio societatis, car celui-ci n'est nullement remis en cause par les décisions majoritaires du fait qu'elles sont majoritaires. La fusion proprement dite est un ensemble de procédures administratives, techniques et surtout juridiques, ainsi savoir les procédures nécessite une parfaite connaissance des règles juridiques définies par les différents codes, notamment, commercial, fiscal, social et comptable. A cet effet, seront développés ci-après, les rapprochements, le contrat de fusion et son approbation ainsi que la matérialisation comptable de la

2-lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une autre entreprise ou de l'ensemble ou de parties de plusieurs autres entreprises

3-lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une autre entreprise ou de l'ensemble ou de parties de plusieurs autres entreprises.

4-La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

Toutefois, si deux ou plusieurs opérations, visées au présent article, ont lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises entraînant un changement de contrôle, elles sont considérées comme une seule concentration réalisée à la date de la dernière opération. Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : - des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; - des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

Il faut préciser que la nouvelle loi n°40-21 vient d'apporter un autre critère qui n'est pas mentionné dans l'ancienne loi 104-12 celle de l'alinéa 5 de l'article 11 précité ci-haut.

⁵ V. L'article 3 du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁶ Cette définition était la retranscription exacte de la définition française telle qu'issue de l'article 38 de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

⁷ Dahir n° 1-00-225 du 2 rabii 1 1421 portant promulgation de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence (B.O du 6 juillet 2000) ; Ancienne loi Marocaine.

⁸ Ligne directives de l'autorité de la concurrence française relative au contrôle des concentrations 2013, consultable sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr (Consulté le 16/10/2021).

⁹ Olivier MIER & Guillaume SCHIER : « Fusion-acquisition », 6ème éd. Dunod. 2019. P.339.

¹⁰ Lecuyer ARCELIN : « L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire », thèse de doctorat en droit privé, Université Montpellier 1, soutenue en 2001.P.230.

fusion. De toutes les définitions qui précèdent on retient principalement l'existence de deux formes de fusion : fusion par absorption ou bien la création d'une société nouvelle.

✓ Fusion absorption

Une ou plusieurs sociétés préexistantes disparaissent pour venir s'annexer à une autre société préexistante : il s'agit de la fusion absorption, appelée aussi « fusion par annexe ». C'est le cas où une société en absorbe d'autre tout en gardant son identité propre. Elle consiste dans l'apport par une ou plusieurs sociétés de l'intégralité de leurs actifs à une société existante qui les absorbe. Les sociétés apportées étant dissoutes¹¹. Les dirigeants sociaux doivent expliquer et justifier le projet de fusion de manière détaillée du point de vue juridique, économique, notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et les méthodes d'évaluation utilisées ainsi que les difficultés particulières qu'ils ont rencontrées. En pratique, ces informations sont généralement regroupées en un document unique établi par les dirigeants des sociétés participant à l'opération. Il découle des définitions précédentes les caractéristiques suivantes :

- ❖ La réunion dans un seul être morale de la totalité des biens actifs et passifs des sociétés fusionnantes.

- ❖ L'opération de fusion doit porter sur le patrimoine de la société absorbée ce qui entraîne systématiquement sa disparition.

- ❖ La société absorbée reçoit en contrepartie de ses apports des titres de la société absorbante. Ces titres seront répartis entre les associés ou actionnaires de la société absorbée, dont les parts ou actions seront annulés. De ces développements qui précèdent on déduit que l'apport se traduit par l'augmentation de capital de la société absorbante.

- ❖ Cette augmentation entraîne la création de nouveaux titres au profit de la société absorbée qui les échange contre ses propres titres détenus par ses propres associés.

Par la suite, la société absorbée détruit ses propres titres et disparaît à jamais. Les associés de la société absorbée retrouvent leur qualité d'actionnaires dans l'absorbante¹².

Il faut noter que la fusion absorption est la méthode la plus retenue et ceux pour des raisons fiscales concernant le droit d'enregistrement et juridiques relatives à la constitution des sociétés. Les effets de la fusion par absorption sont multiples et touchent pratiquement toutes les parties prenantes de l'entreprise¹³. Les actionnaires en modifiant la répartition du pouvoir de contrôle : lors d'une fusion, les actionnaires de la société cible deviennent des actionnaires souvent importants du d'intégrer dans le résultat fiscal du nouvel ensemble les reports de déficits de l'absorbée¹. Au-delà des questions comptables et fiscales, le choix du sens de la fusion doit prendre en considération des facteurs économiques cruciaux pour la rentabilité future du nouvel ensemble et en tenant compte en particulier de l'image et de la notoriété des noms des sociétés. Ce choix est en revanche sans conséquence sur la répartition du pouvoir au sein du nouvel ensemble. La répartition du pouvoir s'exprime au travers de la parité d'échange qui définit le rapport de valeur entre les actions de la société absorbée et les actions de la société absorbante. Nouvel ensemble, entraînant une modification de la répartition du pouvoir de contrôle.¹⁴

✓ Fusion par création d'une société nouvelle

Cette forme de fusion, complexe qu'elle est, entraîne des difficultés car deux ou plusieurs sociétés se réunissent afin de constituer une seule société qui les remplacera ; de ce fait, les sociétés fusionnantes

¹¹ Art L236.9 du code de commerce français qui prévoit que : « ... le projet de fusion est soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement statuant selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires, à moins que la société absorbante n'acquière ces titres sur simple demande de leur part, dans les conditions de publicité dont les modalités sont fixées par décret en conseil d'état, et que cette acquisition ait été acceptée par leur assemblée spéciale. Tout porteur de certificats d'investissement qui n'a pas cédé ses titres dans le délai fixé par décret en conseil d'état le demeure dans la société absorbante aux conditions fixées par le contrat de fusion, sous réserve des dispositions du dernier alinéa de l'article L228.30. Le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés participant à l'opération établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des actionnaires. »

¹² Cheriff MOULDJILLAL : « les opérations de fusions de sociétés commerciales en Algérie Forme de concentration contrôlée par l'état ». Thèse doctorat, Université Abdelhamid Ibn Badis, Algérie, soutenue en 2017. P.215.

¹³ عبد الرحمان الممتوني ، "اندماج الشركات بين حقيقة التركيز الاقتصادي و الحاجة الى الحماية القانونية " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط، 2007-2008.ص271.

¹⁴ Olivier (M) & SCHIER (G), « Fusion-acquisition : stratégie finance-management » ; 3ème éd DUNOD 2009, P 81.

disparaissent toutes, ce qui distingue cette fusion à la fois de l'absorption et de la constitution d'une filiale commune. On applique « **mutatis mutandis** »¹⁵ les mêmes règles que pour la fusion absorption ; par conséquent les sociétés qui fusionnent sont dissoutes sans liquidation et transfèrent à la nouvelle société l'ensemble de leurs patrimoines en actif et passif, moyennant l'attribution à leurs actionnaires d'actions de la nouvelle société issue de la fusion. La fusion emportant création de société nouvelle, conviendrait de respecter l'ensemble des règles et formalités liées à la constitution de société, quelle que soit la forme de la société nouvelle créée. Cependant, afin de faciliter la réalisation des opérations de fusion, le législateur a mis plusieurs mesures de simplification, mesure applicables pour l'essentiel lorsque la société nouvelle est constituée sans autres apports que ceux des sociétés qui fusionnent. A contrario, si la société nouvelle bénéficie d'autres apports, c'est l'ensemble du processus de constitution de société qui doit être suivi. Le contenu des mesures susceptibles de s'appliquer diffère selon le type de la société. D'un point de vue général c'est deux ou plusieurs sociétés préexistantes disparaissant pour créer une société. La fusion par constitution d'une société nouvelle consiste dans la réunion de deux ou plusieurs sociétés qui disparaissent toutes pour donner naissance à un être moral nouveau spécialement constitué à cet effet, et au sein duquel elles sont toutes absorbées.

Les mêmes principes généraux de celui de la fusion absorbante restent applicables, le seul élément original consistant dans la disposition simultanée de deux sociétés. Donc deux sociétés au moins sont dissoutes pour faire un apport global de leur situation active et passive à une société nouvelle créée pour recevoir ces apports. Ce procédé est peu fréquent utilisé à cause des contraintes d'ordre fiscal, en effet, la création d'une société nouvelle entraîne l'exigibilité des droits d'enregistrement sur les apports réalisés par toutes les sociétés qui interviennent dans l'opération. Quant aux types des opérations de fusions et acquisitions sont souvent classifiées dans trois principaux types, selon le point auquel les activités économiques de la compagnie sont liées à ceux de l'acquéreur : horizontal, vertical et conglomeré. D'ailleurs, lorsqu'une entreprise cherche à accroître son pouvoir sur le marché, la concentration semble depuis longtemps être le moyen privilégié : la concentration des marchés résulte principalement des opérations de fusion. En effet, la croissance interne des entreprises est, loin derrière, la deuxième raison de concentration des marchés, la sortie du marché de certaines entreprises étant relativement insignifiante.

2.2. L'érection d'une entreprise commune.

La situation de l'entreprise commune se définit comme une entreprise détenue par deux ou plusieurs autres entreprises¹⁶, la détention s'entendant alors comme l'exercice d'une influence déterminante des entreprises détenant sur l'entreprise détenue. L'influence déterminante dans ce contexte ne diffère guère de sa définition dans le cadre d'un contrôle exclusif, et doit être comprise comme le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise¹⁷. En d'autre terme, la création d'une entreprise commune est définie comme la renonciation d'une société aux droits et obligations d'une de ses activités, activité qui sera alors soit absorbée par une autre société (scission-absorption).

La particularité du contrôle des entreprises communes au titre du contrôle des concentrations en France et en Europe tient essentiellement à la notion de contrôle de plein exercice. Cette condition pour que la création d'une entreprise commune constitue une opération de concentration est inscrite à la fois à l'article L.430-1 du Code de commerce, et est plus largement définie par la partie IV du Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Plus particulièrement, le point 92 de ce rectificatif pose l'indépendance économique de l'entreprise commune comme critère principal pour définir une entreprise de plein exercice. Cette indépendance économique à un caractère strictement fonctionnel, l'indépendance politique de l'entreprise commune concernant la prise de

¹⁵ **Mutatis mutandis** est une locution latine, indiquant au lecteur que l'on va procéder quant au fond à une analogie, à un rapprochement de deux situations similaires, desquelles on soustraira volontairement les dissemblances pour qu'un réel rapprochement puisse avoir.

¹⁶ La filiale commune ou entreprise commune : communément appelée en anglais joint-venture, cette opération consiste à la création d'une nouvelle entité économique à laquelle les types d'opérations peuvent donner lieu à divers types de concentration de propriété, qui affectent donc la concurrence de manière différente

¹⁷ Point 62 du Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOUE C95 du 19 avril 2008.

décisions stratégiques n'est donc pas nécessaire. En outre, trois conditions sont posées pour préciser cette notion de dépendance économique.

La première tient aux ressources en personnel et en capital, qui doivent être consacrées uniquement à l'entreprise commune et non dépendantes des sociétés fondatrices. Un détachement d'employés de ces sociétés peut-être toutefois accepté, si ce détachement est temporaire et si les employés en question travaillent alors exclusivement pour l'entreprise commune. L'entreprise commune doit également être indépendante dans ses activités, et ne doit pas se contenter de centraliser des activités spécifiques pour le compte d'une ou des sociétés fondatrices, agissant alors commune une auxiliaire à l'activité des sociétés fondatrices. Enfin, l'entreprise commune sera reconnue comme étant de plein exercice dès lors que son activité commerciale est indépendante de celle de ses sociétés fondatrices. Le simple fait pour l'entreprise commune de compter une ou plusieurs de ses sociétés fondatrices comme cliente n'est pas un critère suffisant pour lui nier le statut d'entreprise commune de plein exercice¹⁸, mais il faudra alors qu'elle ait d'autres entreprises clientes, que la proportion des achats de la ou des sociétés mères dans son chiffre d'affaires total soit raisonnable (le rectificatif indique qu'un part de moins de 50% du chiffre d'affaires constitue un indice de l'indépendance commerciale de l'entreprise commune),

Et enfin, que l'entreprise commune traite avec ses entreprises fondatrices de la même façon qu'avec ses autres entreprises clientes, sans conditions privilégiées en d'autres termes, que les entreprises fondatrices soient mises en concurrence avec les autres sociétés du même marché, de façon à ce que l'entreprise commune choisisse ses clients sur des critères objectifs de prix ou de quantité. La pratique décisionnelle française s'est rangée depuis longtemps sous l'avis de la Commission Européenne, et une interprétation similaire de l'entreprise commune se retrouve dans la pratique du Ministre de l'Economie sous l'égide du contrôle des concentrations françaises antérieur à 2009. La législation Marocain contient également des dispositions concernant la création d'une entreprise commune au titre du contrôle des concentrations¹⁹.

Le règlement sur les concentrations prévoit encore que la constitution de « joint-ventures », pourra être considérée comme une acquisition de contrôle, si certaines conditions sont remplies. Selon les propos mots du règlement : « *la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économiques, autonome constitue une concentration au sens du paragraphe 1, point b)* »²⁰. La notion d'entreprise commune était également l'objet de la communication de la commission et est définie, pour le droit de la concurrence, comme l'entreprise lesquelles reçoivent la dénomination « d'entreprise mère ». Cependant pour qu'une entreprise commune soit concernée par le règlement sur les concentrations, en plus de la condition d'avoir un contrôle en commun, il faudra vérifier qu'elle remplisse de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, ce point étant le plus délicat de cette analyse.

Nombreux sont les éléments qui servent à discerner si une entreprise commune remplit toutes les fonctions d'une entité économique autonome, mais, dans une large mesure, ils peuvent être résumés à son activité sur des marchés déterminés de manière similaire à celle d'autres entreprises déjà présentes sur ce même marché²¹. Les entreprises communes devront également être durables. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'elles doivent nécessairement être créées dans un délai indéterminé. Puisque ce qu'est fondamental est que sa durée soit suffisante pour provoquer une altération durable dans la structure des entreprises mères. de toute façon, la création d'une entreprise, de courte durée, en contrôle en commun- comme il arrive dans la plupart des consortiums d'ingénierie destinés à la construction d'un ouvrage spécifique, ne sera pas considérée comme une entreprise commune aux yeux de la commission.

A. Autre champ d'application concerné.

En raison des répercussions des concentrations sur les conditions d'exercice de la concurrence, le législateur Marocain a montré que le contrôle d'une opération de concentration découle aussi bien par

¹⁸ Commission européenne, Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, point 93.

¹⁹Article 11 de la loi n° 104-12 telle que modifiée et complétée par la loi n° 40-21 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

²¹Berlin explique que « ... cette entreprise doit avoir les moyens de son autonomie, même s'il est bien évident qu'elle ne puisse être totalement indépendante de ses sociétés mères ». Dominique.Berlin.Revue trimestrielle de droit européen.Paris.Dalloz

vois de de prise de contrôle ou par la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise.

✓ La concentration par vois de prise de contrôle.

L'article 11 de la loi 104-12 telle que modifiée et complétée par la loi 40-21 précise que : « Une opération de concentration est réalisée :

- Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une autre entreprise ou de l'ensemble ou de parties de plusieurs autres entreprises
- Lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une autre entreprise ou de l'ensemble ou de parties de plusieurs autres entreprises...

Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- Des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- Des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

A lecture de cet article on peut en déduire que les notions de contrôle et d'influence déterminante sont décisives pour qualifier une concentration par voie de contrôle. Une entreprise est contrôlée par une autre entreprise lorsqu'elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée. La notion d'influence déterminante est au cœur de la définition d'une concentration qui se réalise sous forme de prise de contrôle ou de création d'une entreprise commune. Elle désigne la possibilité de contrôler les décisions stratégiques d'une entreprise, telles que la nomination et la révocation de ses dirigeants, le vote du budget et l'approbation du plan d'affaires. D'autres décisions peuvent également être considérées comme stratégiques, comme le vote d'investissements dont le seuil est susceptible de bloquer la gestion de l'entreprise, c'est-à-dire à un niveau qui va au-delà de la protection habituellement accordée à des actionnaires minoritaires. Ce contrôle peut être positif (l'entreprise peut adopter ces décisions) ou négatif (l'entreprise peut bloquer ces décisions) et s'apprécie avec un faisceau d'indices établi sur les circonstances de droit et de fait d'un cas d'espèce. Cette analyse est donc indifférente aux montages juridiques retenus par les parties à une opération, même si le changement de contrôle ne résulte pas d'une intention des entreprises de le réaliser. On mesure là l'importance d'un tel élément : en effet, il n'est pas nécessaire que l'entreprise qui réalise une concentration prenne le contrôle sur l'entreprise cible selon le sens donné à la notion de contrôle dans le Code de commerce et les dispositions ayant trait au droit des sociétés. Il suffit en effet de démontrer que l'opération projetée confère à son bénéficiaire une influence déterminante. C'est donc à la notion de pouvoir que l'on doit s'attacher pour apprécier l'intensité du contrôle. A titre d'exemple, une simple prise de participation de l'ordre de 15% pourra être considérée comme une opération de concentration lorsqu'elle permet à l'actionnaire d'exercer une influence déterminante sur les choix de gestion de l'entreprise.

Une telle hypothèse peut être vérifiée dans le cas des sociétés qui connaissent une large diffusion des titres dans le public. L'absentéisme des petits actionnaires permet en effet aux détenteurs d'une faible participation au capital d'exercer le contrôle économique de la société. Le contrôle peut être acquis par une entreprise agissant seule : il est dit être exclusif. Il peut être également acquis par plusieurs entreprises associées : il est dit conjoint. Dans le cas d'un contrôle exclusif, une seule entreprise exerce une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Le contrôle exclusif résulte soit de la détention par l'entreprise du pouvoir de déterminer la stratégie de l'autre entreprise, soit de la détention d'actions lui permettant de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise. Dans le cas d'un contrôle conjoint, deux ou plusieurs entreprises se partagent les prérogatives de l'exercice d'une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Dans ce cas de figure, les droits de vote de l'entreprise contrôlée sont répartis de manière paritaire. Toutefois la parité n'est pas une condition

nécessaire. Dans certains cas, et en l'absence de parité, il y a néanmoins contrôle conjoint en ce que l'une des deux entreprises est en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise.

Toute concentration implique par ailleurs un changement durable, que ce soit au niveau du contrôle exercé sur une entreprise ou de la structure qui résulte de l'opération. Dans la mesure où la concentration ne relève pas d'une pratique, c'est-à-dire d'un accord entre entreprises, mais d'un changement dans la structure d'un marché en créant une nouvelle offre ou une nouvelle demande sur un marché. Enfin il faut signaler que parmi les actes emportant transfert de jouissance, on peut citer les contrats de location-gérance, les licences de droits de propriété industrielle.

✓ **L'exercice d'une influence déterminante.**

L'opération est une concentration au sens du droit de la concurrence dès lors que celui qui réalise l'opération détient sur l'entreprise convoitée « une influence déterminante », c'est-à-dire une influence durable et stratégique²².

- La question cruciale est évidemment de savoir ce qu'est une influence déterminante d'une entreprise sur une autre entreprise, dans quel domaine doit-il y avoir influence déterminante ?
- La réponse concerne le domaine de la gestion, de la stratégie de marché de l'entreprise en matière de concentration classique. Mais que peut-on considéré comme étant déterminant ?

Sur ce point il faut préciser à partir de quel moment l'influence d'une entreprise sur une autre entreprise devient déterminante. L'élément de réponse le plus général et le plus important est que le caractère déterminant de l'influence est établi non par rapport à un critère juridique stricte mais par rapport à une approche empirique et large, à la fois économique et juridique de la vie des affaires²³. En d'autre terme L'exercice d'une influence déterminante est habituellement conféré à un actionnaire majoritaire. Dans d'autres circonstances, un actionnaire minoritaire exerce de fait une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise et ce, par le biais des relations contractuelles ou d'autres moyens.

✓ **Les droits conférés aux actionnaires**

La question de l'influence déterminante ne se pose pas lorsqu'on est en présence d'un actionnaire majoritaire qui bénéficie d'une majorité des droits de vote. Toutefois, un actionnaire minoritaire est en mesure d'exercer une influence déterminante sur la stratégie de l'entreprise dans certaines situations particulières. Il en est ainsi lorsque lui sont reconnues certaines prérogatives telles la nomination des dirigeants de l'entreprise, un droit de veto sur des questions stratégiques comme les investissements, les plans stratégiques de l'entreprise. Dans d'autres cas, l'actionnaire minoritaire exerce une influence déterminante en raison de la dispersion de l'actionnariat comme dans la situation où les titres sont largement diffusés dans le public et où l'absentéisme est relativement courant.

A titre d'exemple, en 2006, la société SNCF Participations (SNCF) filiale du groupe SNCF²⁴, a acquis des titres dans la société Novatrans auprès de sept actionnaires qui représentaient ensemble un peu plus de 10% du capital, augmentant ainsi sa participation au capital de la société de 38,63 % à 49,02 % et ce, sans avoir procédé à la notification préalable de l'opération. Le ministre de l'économie a infligé une sanction pécuniaire à l'entreprise pour violation des dispositions législatives ayant trait aux opérations de concentration mises en œuvre sans notification préalable. Il devait déclarer qu'un actionnaire minoritaire pouvait détenir un contrôle exclusif de fait. « Dès lors qu'un actionnaire minoritaire est certain d'obtenir la majorité à l'assemblée générale au vu de la participation et de la présence des actionnaires aux assemblées générales dans les années antérieures, il doit être considéré comme exerçant une influence déterminante ». En l'espèce, le ministre constate que SNCF était quasiment certaine de pouvoir prendre seule des décisions lors des assemblées générales, ce qui permettait d'en déduire qu'elle contrôlait la société Novatrans. Pour cela, le ministre relève le poids respectif de SNCF et des autres actionnaires dans le mécanisme décisionnel au sein de Novatrans. Il a ainsi pu constater que le taux de mobilisation (c'est-à-dire, le nombre de voix nécessaires pour que les autres actionnaires obtiennent la

²² Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD, Malo DEPINCE : « Droit de la concurrence », édition : LexisNexis Litec.

²³ Françoise Dekeuwer-Défossez : Avant-propos "Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence", colloque du laboratoire d'études et des recherches appliqués en droit privé avec la collaboration de l'école de hautes études commerciales Page 17.

²⁴ La Société nationale des chemins de fer français — usuellement appelée SNCF — est l'entreprise ferroviaire publique française, créée le 1^{er} janvier 1938 par convention entre l'État et les compagnies de chemin de fer préexistantes, en application du décret-loi du 31 août 1937.

majorité, rapporté aux voix dont disposent ces actionnaires) avoisinait en 2007 les 96,2%. Cela signifiait donc que les autres actionnaires de la société Novatrans constituaient un contrepoids relativement faible face à SNCF car ils n'avaient quasiment aucune chance de lui faire barrage. Leur vote était par ailleurs très dilué ce qui diminuait d'autant, leur poids au sein des assemblées générales²⁵.

✓ Les relations contractuelles

En vertu des dispositions de l'article 11 de la loi de la concurrence précitée, le contrôle peut découler des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. En règle générale, les rapports contractuels ne peuvent en toute logique déterminer la stratégie de l'entreprise. Toutefois, dans certaines situations particulières, les relations contractuelles peuvent être décisives en ce qu'elles permettent d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise. A titre d'exemple, dans sa communication consolidée, la Commission européenne indique que « La prise de contrôle peut également être réalisée sur une base contractuelle. Afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels).

Seul ce type de contrat peut induire une modification structurelle du marché. Des exemples de tels contrats sont les contrats organisationnels conclus en vertu du droit national des sociétés ou d'autres types de contrats, revêtant par exemple la forme de convention de location-gérance des activités, par lesquels l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés. L'article 3, paragraphe 2, point a), précise, à cet égard, que le contrôle peut également être constitué par un droit de jouissance sur les éléments d'actifs d'une entreprise. Ces contrats peuvent également déboucher sur un contrôle en commun dès lors que le propriétaire des éléments d'actifs et l'entreprise en contrôlant la gestion n bénéficient de droits de veto permettant de bloquer les décisions commerciales stratégiques »²⁶.

✓ Autres moyens

L'article 11 de la loi n° 40-21 Modifiant et complétant la loi n° 104-12 précise enfin que le contrôle découle également d'autres moyens qui peuvent conférer « la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise » et ce, sans autre précision. Si l'on se réfère au droit comparé, force est de constater que divers moyens sont en effet susceptibles de conférer un tel contrôle. A titre d'exemple, le Conseil français de la concurrence relève, dans un avis du 15 octobre 1991, qu'une entreprise, en l'occurrence Gillette, exerçait une influence déterminante sur Eemland Holding NV. Celle-ci « était en dépendance financière vis-à-vis de Gillette qui, en tant que prêteur, apportait des capitaux représentant environ 70% du chiffre d'affaires mondial d'Eemland (...). Les accords commerciaux passés entre les parties conféraient à Gillette la possibilité de limiter la concurrence d'Eemland sur le segment des produits haut de gamme en France, sur lequel était positionnée la marque Gillette »²⁷. L'Autorité française de la concurrence tient compte, dans son appréciation, « des liens économiques entre les entreprises, comme, par exemple :

- Le fait d'être le principal actionnaire industriel de la nouvelle entité, actif sur son secteur ou dans des secteurs connexes, alors que les autres actionnaires sont des investisseurs financiers ou des actionnaires disposant d'une part faible des droits de vote ;
- L'existence d'importants contrats de livraison à long terme avec la nouvelle entité ;

²⁵ TAILLANDIER Guillaume, DOUTEAUD Mélanie, « Participation minoritaire et acquisition de contrôle », La Revue Squire Sanders, 25 avril 2008, <https://larevue.ssd.com>. V. aussi Rachid ZOUAÏMA « le domaine du contrôle des concentrations d'entreprises en droit de la concurrence » .RARJ .Volume 11 n°4-2020. P.600.

²⁶ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, § 18.

²⁷ Cons. conc. Avis n° 91-A-09 du 15 octobre 1991, BOCCRF, 14 mars 1991. V. aussi Rachid ZOUAÏMA « le domaine du contrôle des concentrations d'entreprises en droit de la concurrence » .RARJ .Volume 11 n°4-2020. P.600 et s .

- L'existence de relations commerciales très privilégiées, tels des contrats commerciaux exclusifs, des droits d'usage ou de partage de marques, de brevets, de réseaux de distribution, d'unités de production ;
- Le fait de représenter une part très élevée du chiffre d'affaires de l'entreprise au point qu'une rupture des relations commerciales mettrait en péril, à court terme, sa survie ;
- Le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise ».

On le voit, divers moyens permettent à des actionnaires minoritaires d'influer de manière décisive et durable sur l'activité de l'entreprise. La situation de créancier important peut, en effet, être décisive et donner à l'actionnaire minoritaire le pouvoir de décider des choix stratégiques de la politique de l'entreprise débitrice à son égard.

3. L'entrave à la concurrence comme condition d'exercice du contrôle

Après avoir déterminé les critères juridiques de contrôle des concentrations économiques, Il est significatif d'observer aussi autres conditions d'ordres économiques qui doivent être remplies, pour examiner le projet de concurrence par le conseil de la concurrence dans le cadre normatif du droit marocain de la concurrence et en droit comparé .Par référence, il convient de s'arrêter sur un critère quantitatif cumulé en valeur relative et puis ensuite en valeur absolue au-delà desquels le Conseil de la concurrence intervient obligatoirement pour apprécier les avantages et les inconvénients de l'opération de concentration qui lui est soumise.

3.1. Une application cumulative des seuils.

Dans tous les systèmes de contrôle des concentrations, l'exercice du contrôle est soumis à des seuils pour juger du degré de concentration de la puissance économique et le droit marocain de la concurrence n'a pas échappé à cette règle. Le mécanisme prévu par le législateur avait recours à des seuils alternatifs, soit deux seuils cumulatifs en chiffres d'affaires, soit un seuil en parts de marché.

✓ La part de marché.

La définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Son objet principal est de cerner de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause. Sa définition, tant au niveau des produits ou de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'ils existent des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective²⁸ . Sa détermination peut apparaître comme un préalable à toute analyse concurrentielle. Elle permet de savoir quelles entreprises sont en concurrence, de qualifier une pratique, et de mesurer son effet sur le marché.

De manière générale, on entend par marché l'ensemble des produits ou services offerts par les entreprises²⁹. En revanche, celle du marché pertinent est bien plus délicate à cerner. Car elle doit être modulée en fonction de la spécificité de l'activité économique exercée par chaque entreprise, de sorte que la notion de marché pertinent. S'avère nécessairement plus restrictive, et s'applique aux produits et services offerts par une entreprise et aux produits et services qui lui seraient substituables.

La délimitation du marché pertinent s'impose-t-elle de la même manière en droit marocain de la concurrence qu'en droit européen ?

Le législateur marocain a explicitement reconnu, par le biais de l'article 12 de la nouvelle loi sur la concurrence Marocaine, l'importance de la délimitation du marché pertinent.

Il énonce clairement que les dispositions relatives au contrôle des concentrations ne sont applicables que si, entres autres, le seuil de 40% des ventes, achats ou autres transactions est atteint. Or, comment vérifier qu'un tel seuil est atteint si ce n'est en procédant à une délimitation préalable du marché en cause, c'est-

²⁸ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence du 9 décembre 1997, JOCE n° C 372 du 9 décembre 1997, www.eur-lex.europa.eu, point 2 .(Consulté le 05 juin2021).

²⁹ Lionel ZEVOUNOU : « Le concept de la concurrence en droit ». Thèse de doctorat en droit privé. Université de Paris 10, soutenue en 2010.P.286 et s.

à-dire, selon les termes de l'article 12, « **un marché national de biens, produits ou services de même nature ou substituables, ou une partie substantielle de celui-ci** ». En abordant l'idée de marché national ou de partie substantielle de ce marché, l'article 12 de la loi précitée fait référence à la dimension géographique du marché. En revanche, en traitant des « produits ou services de mêmes nature ou substituables », cet article renvoie à la délimitation du marché par référence au produit ou service utilisé. L'importance de la délimitation du marché pertinent, telle qu'elle résulte des termes de l'article 12 de la loi n° 40-21, se confirme à l'examen de la position du CCM.

Celui-ci souligne l'importance du recours préalable à la délimitation du marché pertinent en retenant que « l'étude prospective des effets potentiels de l'opération de concentration exige d'abord l'identification des marchés impliqués dans ce processus, avant d'étudier la position concurrentielle des parties à l'opération dans les marchés pertinents »³⁰.

De manière similaire, le Conseil souligne dans une autre affaire 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* ».³¹

La méthode fondée sur la part de marché séduit par sa relative simplicité. Or, cette simplicité peut conduire à certaines approximations du fait de l'assimilation d'une grande part de marché à un pouvoir de marché. La part de marché n'est en réalité rien de plus qu'un simple indicateur de l'existence éventuelle d'un pouvoir de marché. Cela impose donc aux autorités en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence une analyse compréhensive des forces et des réalités de chaque marché avant de conclure à l'existence d'un véritable pouvoir de marché. La contextualisation du critère de la part de marché devient alors nécessaire.

Le CCM comme les institutions de l'UE s'accordent sur la nécessité d'une telle démarche. Il s'agit en réalité d'identifier l'existence ou non de contre-pouvoirs susceptibles de tempérer la détention d'une grande part de marché et le pouvoir de marché pouvant éventuellement en découler. En pratique, la question de la contextualisation de la part de marché revient de manière récurrente dans les décisions du juge européen. Dans l'affaire AstraZeneca, un vrai débat a porté sur cette question. La Cour y a répondu en ces termes : « *le Tribunal n'a nullement omis d'examiner si la part de marché élevée de AZ lui permettait de se comporter d'une manière indépendante de ses concurrents ainsi que de ses clients et si le pouvoir de marché de AZ était exclu ou atténué en raison du rôle de l'État en tant que régulateur des prix (...)* »³².

Au Maroc, une démarche similaire a permis au CCM d'approcher la notion de pouvoir de marché dans différentes affaires. À cet égard, le rapport d'enquête joint à l'affaire du livre scolaire par le Ministère de tutelle révélait l'existence d'une structure de marché concurrentielle caractérisée par la présence de plus de « 36 maisons d'édition, imprimeries et librairies »³³. Alors que « la part de marché du plus grand opérateur ne dépasse pas 41 livres, soit 10.93 % du marché ». Or, selon le CCM, une telle démarche ne tient pas compte de « l'existence de liens juridiques et économiques, horizontaux et verticaux entre des maisons d'édition, imprimeries et librairies (...) ».

Le Conseil n'a ainsi conclu que le pouvoir de marché des différents groupes « est conforté par les effets de l'intégration verticale issu du groupement et qui fait que ces opérateurs sont présents à tous les stades de la production du livre scolaire (l'édition, l'impression et la distribution) ». Cette affaire illustre les limites d'une utilisation non contextualisée du critère de la part de marché. Une appréciation déconnectée des réalités du marché du livre scolaire au Maroc aurait incontestablement conduit à une mauvaise appréciation du pouvoir de marché des entreprises opérant sur ce marché.

Au final, il est permis d'affirmer que les autorités en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence dans l'UE et au Maroc adoptent une position similaire quant à l'utilisation du critère de la part de marché pour mesurer le pouvoir de marché.

³⁰ CCM, avis n°17/11 du 26 septembre 2011, concentration économique dans le secteur pétrolier : Rapport d'activité 2011 du Conseil de la concurrence, p. 268 : « L'analyse prospective des effets potentiels du présent projet de concentration, nécessite préalablement une définition des marchés affectés par l'opération, avant d'analyser le positionnement concurrentiel des parties à la concentration sur ces marchés et les effets attendus sur la concurrence ».

³¹ CCM, avis n° 9/10 relatif à la notification de la société « Kraft Foods Inc », Rapport d'activité 2010 du Conseil de la concurrence, p. 81.

³² CJUE, 6 décembre 2012, Astra Zeneca c/ Commission, aff. C-457/10 P, § 178.

³³ CCM, Avis n°5/09 rendu sur le secteur du livre scolaire, septembre 2009, in rapport annuel 2009, p.

- ✓ L'analyse qui prédomine aussi bien en Europe qu'au Maroc tend à corroborer le critère de la part de marché par une analyse du degré de concentration du marché en cause.
- ✓ Au regard de ce qui précède, il importe de noter que le critère de la part de marché, corroboré par une analyse du degré de concentration, reste la première étape utilisée par les autorités chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence au Maroc.
- ✓ L'utilisation simple de ces critères facilite leur appropriation en droit marocain de la concurrence. Néanmoins, cette simplicité ne doit pas en revanche masquer les faiblesses d'une telle méthode. Mais là aussi, la réponse apportée par l'approche prévalant en droit de l'UE, suivie par celle marocaine, abondent dans le sens d'une meilleure compréhension des causes du pouvoir de marché telles que déduites du critère de la part de marché, et ce à travers un examen des conditions pouvant conforter ce pouvoir ou au contraire le contrecarrer.

✓ **Le chiffre d'affaire.**

L'appréciation du pouvoir de marché en droit de la concurrence passe essentiellement par la mise en œuvre de la méthode dite directe. En réponse aux faiblesses du critère de la part de marché, de nombreuses méthodes de mesure plus directes du pouvoir de marché ont été avancées. Ces alternatives portent aussi bien sur la mesure directe des profits de l'opérateur en cause que sur une analyse empirique de ses prix, de ses coûts ou encore la sensibilité de sa demande. En droit communautaire de la concurrence, ce dernier fixe une dimension purement communautaire celle est la deuxième condition requise qui doit être vérifiée pour que le règlement sur les concentrations soit applicable. Ainsi s'explique le fait que seules les opérations de concentration capables de causer un impact sur le plan communautaire seront pertinentes pour le droit communautaire européen et, de cette manière, seront sujettes au contrôle de la commission par le biais du système « guichet unique ». Le critère utilisé pour identifier cet aspect est éminemment quantitatif et aura pour base le chiffre d'affaires réalisé par les sociétés impliquées dans l'opération et la zone géographique où elles exercent³⁴. Concernant le règlement sur les concentrations en soit, il convient de noter que son article le prévoit deux situations dans lesquelles l'opération peut être considérée de dimension communautaire :

- a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros.
- b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros (...).

Dans la première situation, deux situations, deux conditions commutatives sont requises pour mesurer la grandeur de l'opération au niveau mondial et vérifier si une quantité minimale est développée au niveau communautaire. La deuxième situation requiert quant à elle quatre conditions et englobe certains cas non couverts par la première, mais qui ont des impacts pertinents dans au moins trois Etats membres de l'Union européenne, ce qui justifierait l'intérêt Communautaire sur l'opération et éviterait le problème des notifications multiples à plusieurs autorités nationales de concurrence. Il est à noter que dans aucune des deux situations, l'opération de concentration sera considérée de dimension communautaire si chacun des entreprises impliquées réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la communauté européenne à l'intérieur d'un seul Etat membre³⁵. Il semble clair que dans ces opérations, parce qu'elles présentent une dimension éminemment nationale, il n'y a pas d'intérêt au niveau communautaire, et c'est pourquoi cela ne relève pas de la compétence de la commission et de l'application du règlement sur les concentrations.

Au Maroc, La seconde condition à remplir, pour examiner le projet de concentrations par le conseil de la concurrence comme déjà soulevé, est de nature économiques. Par référence à un critère quantitatif formulé en valeur absolue (chiffre d'affaires) ou relative (part de marché), le sort de la concentration sera déterminé par l'autorité. Donc, seules les opérations concernant des entreprises détenant une part

³⁴ Paulo Burnier Da Silvera : Le Contrôle des Concentrations économiques, l'expérience européenne et l'avenir du Mercosul .Paris.L'Harmattan .P.65.

³⁵ Règlement sur les concentrations, article1, partie finale des paragraphes 2 et 3 : « (...) à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre ».

de marché ou des chiffres d'affaires supérieurs à des seuils prédéfinis par la nouvelle réglementation tombent dans le champ d'application. Selon l'article 8 du décret d'application³⁶ de la loi 104-12, les opérations de concentrations qui atteignent les seuils alternatifs suivants sont soumises au dispositif de contrôle :

- Le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupe de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur ou égal à 750 millions de dirhams ;
- Le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé au Maroc par deux ou moins des entreprises ou groupe de personnes physiques ou morales concernés est supérieur ou égal à 250 millions de dirhams ;
- Les entreprises qui sont parties à l'acte, ou qui en sont l'objet, qui leur sont économiquement liées ont réalisé ensemble, durant l'année civile précédant l'opération de concentration, plus de 40% des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de bien, produits ou services de même nature ou substituables, ou sur une partie substantielle de celui-ci.

La particularité de cette disposition réglementaire est qu'elle emporte une véritable simplification du processus de déclenchement du contrôle des concentrations au Maroc faisant défaut avant la réforme. Cependant pour la nouvelle loi n° 40-21 Modifiant et complétant la loi n° 104-12 a introduit trois nouveaux seuils de notification alternatifs, dont les montants de chiffre d'affaires qui sont précisés par des décrets d'application³⁷ sont comme suit :

- i. Le chiffre d'affaires total mondial, hors taxes, de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration et le chiffre d'affaires, hors taxes, réalisés au Maroc individuellement par au moins une des entreprises ou un groupe de personnes physiques ou morales parties à la concentration sont supérieures aux montants fixés par décret d'application, (seuil 1) ou
- ii. Le chiffre d'affaires total, hors taxes, réalisé au Maroc par l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration et le chiffre d'affaires, hors taxes, réalisés au Maroc individuellement par au moins une deux des entreprises ou un groupe de personnes physiques ou morales parties à la concentration sont supérieures aux montants fixés par décret d'application, (seuil 2) ou
- iii. Le seuil de parts de marché (40%) restant inchangé (seuil 3)

Les nouveaux seuils de la loi n° 40-21 suppriment donc le seuil basé sur le seul chiffre d'affaires mondial combiné des parties concernées, qui pouvait conduire à ce que des opérations sans aucun nexus au Maroc soient notifiables auprès du conseil de la concurrence marocain³⁸. Enfin, il est à noter que le chiffre d'affaires sera calculé sur la base des revenus nets, c'est-à-dire les revenus bruts "déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires ; conformément au paragraphe 1 de l'article 5 du règlement sur les concentrations. La réduction sur ventes fait référence aux rabais, remises ou ristournes concédés aux clients, les autres impôts doivent être compris comme des taxes indirectes, concernant éventuellement certaines catégories de produits, comme dans le cas des boissons alcoolisées ou du tabac³⁹. La méthode fondée sur la part de marché séduit par sa relative simplicité. Or, cette simplicité peut conduire à certaines approximations du fait de l'assimilation d'une grande part de marché à un pouvoir de marché. La part de marché n'est en réalité rien de plus qu'un simple indicateur de l'existence éventuelle d'un pouvoir de marché. Cela impose donc aux autorités en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence une analyse compréhensive des forces.

³⁶ Décret n°-2-14-652 du 8 safar 1436 (1^{er} décembre 2014) pris pour l'application de la loi n°104-12 sur la liberté de prix et de la concurrence (B.O. n°6314 du 4 décembre 2014).

³⁷ Décret n° 2-23-273 du 2 kaada 1444 (22 mai 2023) modifiant et complétant le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence (B.O. n°7197 bis du 23 mai 2023) ou il a précisé dans son article 8 que :

Pour l'application des dispositions de l'article 12 de la loi précitée n° 104-12, les seuils des chiffres d'affaires prévus audit article sont fixés comme suit:

- le chiffre d'affaires total mondial, hors taxes, de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit être supérieur à 1,2 milliards de dirhams et le chiffre d'affaires, hors taxes, réalisé au Maroc individuellement par au moins une des entreprises ou groupe de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit être supérieur à 50 millions de dirhams ;
- le chiffre d'affaires total, hors taxes, réalisé au Maroc par l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit être supérieur à 400 millions de dirhams et le chiffre d'affaires, hors taxes, réalisé au Maroc individuellement par au moins deux des entreprises ou groupe de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit être supérieur à 50 millions de dirhams.

³⁸ **SEGOLENE (P)**, « Réforme du droit de la concurrence au Maroc : Principaux apports des lois n° 40-21 et n° 41-21 ». Revue la lettre d'Artémis N°26 - 1 Trimestre 2023 .P.24 et s. disponible sur le site : <https://www.calameo.com/artemis/read/006220346ba64f9b4ddc3>. (Consulté le 25-03-2023).

³⁹ **Da Silva (P.B)** : Le Contrôle des Concentrations économiques, l'expérience européenne et l'avenir du Mercosul .Paris.L'Harmattan, op.cit.P.71.

3.2. La mesure de l'opération de concentration.

Lorsqu'une opération de concentration est soumise à notification, le Conseil de la concurrence examine le projet qui lui est soumis en tenant compte de toutes les circonstances de fait et de droit de nature à mesurer l'impact de l'opération sur la concurrence. Plusieurs situations se présentent :

✓ Le bilan concurrentiel.

Le droit des opérations de concentration est assurément la matière la plus perméable aux considérations de développement social, et ce essentiellement en raison de l'imbrication de cette discipline avec la politique industrielle. Ces liens relativement étroits entre les deux domaines ont généré, d'un point de vue comparatif, une grande diversité d'approches relativement à la conduite des contrôles et la possibilité d'intégration des considérations extra-concurrentielles. En droit marocain de la concurrence, se veut en ligne avec cette conception. Dans ce sens, lorsqu'une opération fait l'objet d'un examen approfondi, le Conseil « apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence »⁴⁰. Le mécanisme est fortement inspiré de celui prévalant en droit français. Fondamentalement, il reflète une idée similaire qui se traduit par une dérogation à l'interdiction des opérations qui assurent un certain développement de l'économie en dépit des restrictions qui peuvent en découler. En effet, la concurrence n'est envisagée ici qu'en tant que moyen permettant d'acquérir le progrès économique, et ce dans l'intérêt général. L'impératif d'intérêt général se voit donc doté d'une fonction conciliatrice en ce qu'il permet de mettre en balance les résultats d'un bilan concurrentiel exprimés en gains ou pertes d'efficacité avec les gains plus larges dont bénéficie l'économie. De cette manière, différentes voies d'acquisition du progrès économique coexistent.

Dans ce cas de figure, le Conseil se limite à établir un bilan concurrentiel de l'opération projetée. Il semble que le législateur s'est largement inspiré du droit européen en la matière. Dans une première étape, le Conseil examine si la concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence en renforçant la position dominante d'une entreprise dans un marché comme le prévoit l'article 16 de la loi marocaine de la concurrence. Il n'est nullement « nécessaire qu'une opération de concentration ait pour conséquence un éventuel abus de position dominante pour qu'elle soit interdite : il suffit qu'elle aboutisse au renforcement d'une position dominante de nature à porter atteinte à la concurrence »⁴¹. Plusieurs paramètres sont généralement utilisés pour apprécier l'opération sous l'angle du renforcement d'une position dominante. On tient compte de la position sur le marché des entreprises concernées par l'opération, de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix offertes aux fournisseurs et aux utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée qui doit être mise au passif de l'opération, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs. Dans une seconde étape, le Conseil mesure le caractère significatif et effectif d'une éventuelle entrave à la concurrence et ce, dans la mesure où la position dominante, qui repose essentiellement sur les parts de marché, est de plus en plus rejetée par la doctrine économique. En effet, c'est la recherche d'un pouvoir de marché qui doit être mesuré pour mettre en lumière les effets restrictifs de l'opération sur la concurrence.

Lorsque le projet de concentration n'entrave pas de manière significative une concurrence effective sur le marché ou une partie substantielle de celui-ci, du fait notamment de la création ou du renforcement d'une position dominante, il doit être autorisé par le Conseil de la concurrence. Dans le cas où le projet est susceptible d'entraver de manière significative une concurrence effective sur le marché ou une partie substantielle de celui-ci, du fait notamment de la création ou du renforcement d'une position dominante, il doit être déclaré incompatible avec le dispositif législatif et le Conseil est en mesure de rejeter la demande. Toutefois, le Conseil peut autoriser la concentration tout en l'assortissant de prescriptions imposées ou de conditionnalités de nature à atténuer les effets de la concentration sur la concurrence. Par ailleurs, les entreprises peuvent elles-mêmes prendre des engagements de nature à limiter les effets restrictifs de concurrence de l'opération de concentration. C'est ce qu'on désigne généralement par l'expression « mesures correctives ». Dans le cas des injonctions, celle-ci peuvent être envisagées

⁴⁰ Art. 16 de loi n°40-21.

⁴¹ GLASER Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation. Concentration - Compétence du Conseil d'Etat », AJDA 2012, p. 578.

notamment lorsque les parties ne proposent pas d'engagements ou proposent des mesures qui ne peuvent être retenues par le Conseil de la concurrence en raison de leur insuffisance pour limiter les effets restrictifs de concurrence de l'opération de concentration. A titre d'exemple, l'Autorité française de la concurrence a rarement recouru aux prescriptions dans sa pratique décisionnelle. Sur 93 opérations de concentration autorisées en France sous conditions durant la période 2000 à 2012, seules 4 d'entre elles l'ont été sous réserve d'exécution d'injonctions ou prescriptions.⁴²

Les engagements pris par les parties peuvent prendre différentes formes. On peut les regrouper en deux grandes catégories : les mesures structurelles et les mesures comportementales. Dans le cas de mesures structurelles, il s'agit généralement de cession d'activités ou de cession d'actifs. A titre d'exemple, dans une décision du 23 novembre 2009, l'Autorité française de la concurrence a autorisé une opération de concentration dans le secteur de la volaille. L'opération consistait en l'acquisition de la totalité des actions de la société Arrivé par le groupe LDC. Les seuils de contrôle étant franchis et l'opération ayant pour effet un cumul de parts de marché importantes, la société LDC s'est engagée à céder l'ensemble du groupe Fermiers Landais, qui appartient au groupe Arrivé. Une telle cession d'actifs permettait une diminution des parts de marché de la nouvelle entité. L'opération avec engagements n'étant pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les différents marchés de la viande fraîche de volaille, l'Autorité de la concurrence en a autorisé la mise en œuvre⁴³

Dans le cas de mesures comportementales, elles portent par exemple sur : « - l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non discriminatoire et transparente,

- L'interdiction de ventes couplées,
- L'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies,
- La modification de clauses statutaires ou contractuelles pour une durée déterminée,
- L'aménagement des conditions de distribution, ou d'approvisionnement d'un produit,
- L'encadrement de comportements commerciaux,
- L'encadrement de l'organisation d'appels d'offres privés,
- La non-divulgaration d'informations sensibles, - la divulgation d'informations sur une base non exclusive.
- La séparation juridique, commerciale ou comptable des entités concernées »⁴⁴

Enfin, l'ordonnance de 2003 passe sous silence la question du suivi de la mise en œuvre des mesures correctives. Le Conseil de la concurrence est ainsi appelé à combler de telles lacunes au moyen de son pouvoir réglementaire. On peut penser par exemple à la solution retenue par la pratique de l'Autorité française de la concurrence qui consiste à désigner un mandataire indépendant chargé du suivi de la mise en œuvre des mesures correctives.⁴⁵

✓ Le bilan économique.

A l'occasion de la modification de la législation relative à la concurrence en 2022, le législateur conserve les dispositions de l'article 16 et 17 qui sont toujours explicites sur l'importance du bilan économique. Par le biais de l'article 16, que le Conseil « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ». Encore une fois, la rédaction marocaine n'est que la reprise pure et simple de celle française. Dans les deux régimes, le bilan économique n'est nécessaire qu'une fois l'atteinte à la concurrence caractérisée. Fondamentalement, il reflète une idée similaire qui se traduit par une dérogation à l'interdiction des opérations qui assurent un certain développement de l'économie en dépit des restrictions qui peuvent en découler. En effet, la concurrence n'est envisagée ici qu'en tant que moyen permettant d'acquérir le progrès économique, et ce dans l'intérêt général. L'impératif d'intérêt général se voit donc doté d'une fonction conciliatrice en ce qu'il permet de mettre en balance les résultats d'un bilan concurrentiel exprimés en gains ou pertes

⁴² Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2013, op. cit. p. 158.

⁴³ Décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

⁴⁴ Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020, op. cit. p. 102-103.

⁴⁵ Sur la question, voir, **VISTEL Jacques**, « Le mandataire indépendant », in Actes du colloque sur Le contrôle des concentrations d'entreprises, Les entretiens du Palais Royal, Paris, 20 juin 2008, pp. 54-56. Les actes du colloque ont été publiés dans la Revue Lamy de la concurrence, n° 18, 2009.

d'efficacité avec les gains plus larges dont bénéficie l'économie. De cette manière, différentes voies d'acquisition du progrès économique coexistent.

Cette vision se distingue sensiblement de celle des modèles marocain et français. Ces derniers distinguent entre le bilan concurrentiel et celui économique de sorte que le bilan économique ne soit mis en œuvre que si le premier s'avère négatif. Il s'agit d'une démarche séquentielle qui ouvre, au nom du progrès économique, la voie à l'intégration de considérations extra-concurrentielles. À la différence de l'article 9.al 2 qui cite l'emploi comme un exemple de progrès économique en matière de pratiques anticoncurrentielles, aucun exemple ne permet ici d'explicitier le sens à donner à cette notion de progrès économique telle qu'utilisée en matière de contrôle des concentrations. Toutefois, cette différence reste à notre sens purement formelle. En effet, il faut se rappeler que la notion n'est pas nouvelle en droit marocain des concentrations. L'article 42 de l'ancienne loi n°06-99 précisait déjà que : « *Le Conseil de la concurrence apprécie si le projet de concentration ou l'opération de concentration apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale* ». Cet article retient d'abord l'exemple de la compétitivité des entreprises qui est étranger aux considérations purement concurrentielles. La pratique décisionnelle du Conseil a de son côté permis d'appuyer cette affirmation en intégrant dans le bilan économique une grande variété de considérations telles que la compétitivité des opérateurs nationaux ou encore la préservation de l'emploi.

D'autres facteurs peuvent également entrer en ligne de compte pour apprécier les avantages d'une opération de concentration : on peut citer l'amélioration de la qualité des produits et services offerts, l'amélioration des moyens de recherche et développement, les gains d'efficacité économique, la contribution de l'opération à l'amélioration des conditions de travail, au développement de l'emploi, l'impact sur le développement de régions défavorisées et l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, sans oublier la contribution de l'opération à la consolidation de la position concurrentielle des petites et moyennes entreprises sur le marché. Enfin, on peut se poser la question de savoir si l'argument du sauvetage d'une entreprise de la faillite pourrait être pris en considération par le Conseil de la concurrence.

A titre d'exemple, en droit français, l'Autorité de la concurrence estime que « Dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée, l'Autorité peut envisager d'autoriser l'opération, même si elle porte atteinte à la concurrence. La pratique décisionnelle de l'Autorité s'inspire à cet égard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes depuis un arrêt du 31 mars 1998⁴⁶ qui considère qu'en cas de reprise, par un concurrent, d'une entreprise en difficulté, l'opération peut être autorisée sans être assortie de remèdes, lorsqu'il apparaît que les effets de la concentration ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté »⁴⁷. En droit marocain de la concurrence, une place prépondérante est toujours reconnue au mécanisme du bilan économique. Le modèle marocain aménage, désormais, la possibilité d'une réception élargie des considérations de développement social. Cette possibilité se trouve encore plus affirmée par l'aménagement d'un pouvoir d'évocation ministériel. Conduite par le Ministre compétent, l'appréciation de « l'intérêt général global » s'impose comme une troisième étape dans l'analyse. Dans cette nouvelle configuration, le Ministre compétent se trouve investi de la faculté d'« évoquer l'affaire », lui permettant de « statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération ».

Reconnaître au Ministre la possibilité de statuer sur l'opération en se fondant sur des motifs d'intérêt général revient donc à lui ouvrir la voie pour intégrer des considérations extra-concurrentielles. Incontestablement, le développement social se trouve au cœur de ces motifs étrangers à la concurrence. D'ailleurs, l'article 18 al 3 de la loi 40-21 précise que « les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire l'administration à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi ». À l'évidence, la liste des critères est susceptible d'être étendue en s'adaptant aux circonstances de chaque affaire, et ce comme l'atteste

⁴⁶ CJCE, 31 mars 1998, Kali et Salz, aff. 68/94 et 30/95, Rec. p. I-1375.

⁴⁷ Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020, op. cit. p. 223.

l'utilisation de l'adverbe « notamment ». Si l'on s'intéresse au fonctionnement du mécanisme, on s'aperçoit qu'il s'agit d'un procédé d'une portée très large puisque les motifs d'intérêt général peuvent non seulement permettre l'autorisation d'une opération qui porte atteinte à la concurrence mais également interdire une opération qui est favorable à la concurrence. Cette faculté élargie résulte du fait que les motifs d'intérêt général invoqués ne doivent pas forcément permettre de compenser une atteinte causée à la concurrence. L'exécutif se trouve donc doté d'un mécanisme souple lui permettant de concilier les considérations extra-concurrentielles avec l'exigence de concurrence. En effet comme nous l'avons déjà rappelé, la nouvelle loi sur la concurrence ne revient pas sur la dualité jadis ancrée en droit marocain de la concurrence distinguant entre le bilan concurrentiel et celui économique. En somme, le législateur octroie au gouvernement un véritable pouvoir discrétionnaire en vue d'autoriser des opérations de concentration ayant des implications stratégiques pour le pays et ce, en dépit de leurs effets restrictifs de concurrence.

4. Conclusion

En guise de conclusion, Le contrôle des concentrations économiques a connu au Maroc une véritable rénovation, suite à la promulgation en 2014 de la loi 104-12 relative à la liberté de prix et de la concurrence qui a été modifiée et complétée en 2022 par la loi N°40-21, Ce nouveau dispositif est désormais conforme à l'acquis européen en matière de la concurrence. Pour atteindre le niveau régional et en vue d'un rapprochement réglementaire, la nouvelle législation de la concurrence a ciblé la redéfinition des critères de contrôle des concentrations, un nouvel encadrement des procédures y afférentes de l'octroi du pouvoir de décision au conseil de la concurrence qui déterminera dorénavant le sort des concentrations objet de surveillance. La correction réglementaire ne déroge pas aux objectifs économiques initialement tracés. Le système national de contrôle des concentrations, tel qu'il a été instauré visant non pas l'interdiction des opérations de concentrations économiques mais le suivi de l'évolution des restructurations économiques et de l'intervention à titre préventif pour le maintien d'une concurrence effective. Le même principe fonde, d'ailleurs, le règlement européen des concentrations. Les nouveaux dispositifs de la concurrence poursuivent la même trajectoire, selon une nouvelle combinaison réglementaire qui tient compte des soucis relatifs à la préservation de l'ordre public concurrentiel et ceux relatifs à la sécurisation juridique des transactions entre entreprises souhaitant se concentrer tout en se conforme à la réglementation en vigueur. Cette combinaison prenant forme d'un critère de contrôlabilité mieux définis des procédures transparentes et exercées devant une autorité indépendante spécialisée en matière de régulation de la concurrence. Au final, la concurrence est certes une affaire de culture, mais comme le Maroc et les autres pays européen l'ont eux-mêmes démontré au cours de leur évolution progressive, cette culture peut s'apprendre et s'intégrer. Il appartient donc aux autorités ayant acquis cette culture de la transmettre, afin de permettre son application à l'échelle de chaque pays, et à long terme d'achever une harmonisation au niveau mondial du droit de la concurrence, et de son outil structurel, le contrôle des concentrations.

Références

1-Les Ouvrages Généraux:

1. **Drissi ALAMI-MACHICHI** : « Concurrence droit et obligations des entreprises au Maroc », éd. Eddif, 2004.
2. **Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE** : « Droit de la concurrence » éd. LexisNexis, 2019.
3. **Olivier MIER & Guillaume SCHIER** : « Fusion-acquisition : stratégie finance-management », 3ème éd Dunod. 2009,
4. **André DECOQ et George DECOQ** : « Droit de la concurrence – droit interne et droit de l’union européenne ». LGDJ, 6ème éd, 2014.

2-Les ouvrages spéciaux.

1. **Paulo Burnier DA SILVEIRA** : « Le contrôle des concentrations transnationales », Le Harmattan, Paris, 2013.
2. **Didier FERRIER et Dominique FERRE** : « Droit du contrôle national des concentrations », Dalloz, 2004.
3. **Jean –Bernard BLAISE** : « Ententes et Concentrations économiques », éd. Sirey. 1983.
4. **Jean-Mathieu COT et Jean-Patrice LA LAURENCIE** : «Le contrôle français des concentrations » .L.G.D.J, 2ème édition, 2003.
5. **Louis VOGEL** : « Concentration économique et droit de la concurrence ». Economica, 1988.

3-Les Thèses.

1. **Cheriff MOULDJILLAL** : « les opérations de fusions de sociétés commerciales en Algérie Forme de concentration contrôlée par l’état ». thèse doctorat, Université Abdelhamid Ibn Badis, Algérie, soutenue en 2017.
2. **Michael TIRALONGO** : « La Comparaison Franco-Japonaise du Contrôle des Concentrations ». thèse doctorat, Université René Descartes, Paris, soutenue en 2012.
3. **Maissae BOUSSOUF** : « La notion de concentrations économique au regard de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence », thèse de doctorat en droit privé, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Rabat .Agdal, soutenue le 28/5/2008.
4. **Lecuyer ARCELIN** : « L’entreprise en droit de la concurrence français et communautaire », thèse de doctorat en droit privé, Université Montpellier 1, soutenue en 2001.
5. **Lionel ZEVOUNOU** : « Le concept de la concurrence en droit thèse de doctorat en droit privé. Université de Paris 10, soutenue en 2010.

4-Etudes, Articles et Chroniques.

1. **Chifae EL MOUDEN** : « Le Contrôle des opérations de concentrations économiques : Préservation de la concurrence ou entrave à la compétitivité ? ». Revue études et recherche n° 4 .Rabat . 2013. .
2. **Marie-Anne FRISON-ROCHE** : « Vers le droit processuel économique », Revue Justice, n° 1, 1995.
3. **SEGOLENE Pelsy**, « Réforme du droit de la concurrence au Maroc : Principaux apports des lois n°- 40-21 et n° 41-21 Revue la lettre d’Artémis N°26 -1 Trimestre 2023.P.24 et s. disponible sur le site : <https://www.calameo.com/artemis/read/006220346ba64f9b4ddc3>.

5-Les textes de lois :

1. Dahir n° 1-00-225 du 2 rabii I 1421 (5 juin 2000) portant promulgation de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence : B.O. du 6 juillet 2000.
2. Dahir n° 1-14-116 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014) portant promulgation de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence : B.O. n° 6280 du 7 Aout 2014, p. 3731.

3. Dahir n° 1-14-117 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014) portant promulgation de la loi n° 20- 13 relative au Conseil de la concurrence : B.O. n° 6280 du 7 Aout 2014, p. 3731.
4. Loi n°40- 21 Modifiant et Complétant la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence par le Dahir n° 1.22.68 du 30 Rabii II 1444 (le 25 Novembre 2022) : B.O du 15 décembre 2022 n° 7152, p 7915.
5. Loi n°41- 21 Modifiant et Complétant loi n° 20- 13 relative au Conseil de la concurrence par le Dahir n° 1.22.68 du 30 Rabii II 1444 (le 25 Novembre 2022) : B.O du 15 décembre 2022 n° 7152, p 7919.
6. Décret n° 1-14-651 du 8 safar 1436 (1 décembre 2014) pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence : B.O. n° 6314 du 14 décembre 2014, p 4771 et s.
7. Décret n° 2-23-273 du 2 kaada 1444 (22 mai 2023) modifiant et complétant le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence (B.O. n°7197 bis du 23 mai 2023).

6-Rapports:

1. Rapport annuel du Conseil de la concurrence Marocain 2011, disponible sur : <https://conseil-concurrence.ma/cc/rapport-annuel/> .(Consulté le 10/10/2021).
2. Rapport annuel du Conseil de la concurrence Marocain 2021 disponible sur : <https://conseil-concurrence.ma/cc/rapport-annuel/> .(Consulté le 01/01/2023).

6-الأطروحات والرسائل:

1. نوال الرحموني، "حرية الأسعار وتنظيم المنافسة في القانون المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2007-2008.
2. عبد الرحمان اللمتوني، "اندماج الشركات بين حقيقة التركيز الاقتصادي و الحاجة الى الحماية القانونية " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال، الرباط، 2007-2008.

7-المقالات العلمية:

1. أبو بكر مهم، "استغلال الوضع المهيمن على ضوء قانون المنافسة"، منشور بالمجلة المغربية لقانون الاعمال والمقاولات، عدد 16، ماي 2009.
2. محمد الزرقني " قانون المنافسة " مجلة الندوة تصدر عن هيئة المحامين بطنجة العدد 16 -2000.