

MEDITERRANEAN COMPETITION BULLETIN

BULLETIN MÉDITERRANÉEN DE CONCURRENCE

N° 9 - extra

Janvier 2014

<http://www.meda-comp.net/competition-bulletin/>



Inefficacité de la régulation concurrentielle au Maroc : Les tenants et aboutissants institutionnels

Par Bouayad Mohamed Hicham

.....

Inefficacité de la régulation concurrentielle au Maroc : Les tenants et aboutissants institutionnels¹

Bouayad Mohamed Hicham

Docteur en droit de la concurrence et de la régulation
Rapporteur, Chef de département au Conseil de la concurrence (Maroc)

1. Le Maroc est doté d'une législation sur la concurrence depuis plus d'une décennie. Ceci reflète -à première vue- la résolution du pays à poursuivre sa politique d'ouverture à la concurrence et entérine son choix stratégique orienté vers une économie de marché.

Dans son acception matérielle, la loi 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence² ressemble dans une large mesure aux législations les plus avancées en la matière au niveau des principes généraux déclarés : liberté des prix (article 2), interdiction des ententes et des abus de pouvoir économique (article 7), contrôle des opérations de concentration (article 10). Aussi, les objectifs visés par le préambule de la loi sont ambitieux et louables : efficience économique, bien être des consommateurs... De prime abord, cette loi semble répondre aux standards normatifs entérinés par les organismes internationaux, notamment la CNUCED³ et l'OCDE, et repris par les différentes législations des pays développés.

2. Ces objectifs risquent de demeurer un vœu pieux puisque les moyens d'action en terme de « design institutionnel » et d'instruments juridiques de travail, fixés par la loi ne sont pas à la mesure des objectifs escomptés. Ce constat explique en grande partie la faible productivité des autorités en charge de la concurrence et l'inefficacité de leur action depuis l'entrée en vigueur de la loi.

¹ Les opinions exprimées par l'auteur reflètent ses positions et son point de vue personnel. Elles n'engagent aucunement l'institution à laquelle il appartient <h.bouayad@conseil-concurrence.ma>

² Dahir n°1-00-2225 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 n°4810 du 6 juillet 2000.

³ Dans le cadre des activités d'assistance technique de la CNUCED, une loi type sur la concurrence a été préparée pour aider les pays émergents à adopter une réglementation sur la concurrence qui répond aux standards internationaux en la matière. Cette loi type est disponible sur le site web de la CNUCED : <http://www.unctad.org>

3. Par ailleurs, prétendre définir la morphologie d'une politique de la concurrence au Maroc suppose de dégager, à partir de la façon dont les autorités de la concurrence ont mis en œuvre les dispositions de la loi n°06-99 précitée, une ligne de conduite ou plus exactement une doctrine institutionnelle qui reflète les choix stratégiques des pouvoirs publics en la matière.

Or, toute entreprise visant à analyser les paramètres de la politique de la concurrence suivie par les pouvoirs publics se heurte à un constat déplorable, celui justement de l'absence d'une politique de la concurrence d'ensemble claire et réfléchie.

Certes, certains ingrédients fragmentaires d'une telle politique sont là : libéralisation des échanges, privatisations, ouverture à la concurrence des secteurs..., mais ces éléments n'ont pas été guidés par l'aiguillon d'une vision unifiée de régulation concurrentielle assurée par une autorité de concurrence indépendante et efficace.

4. Cela étant dit, l'inefficacité de la régulation concurrentielle au Maroc tient principalement à des facteurs d'ordre institutionnel. Caractérisé par la multiplicité des intervenants et l'éclatement des responsabilités (I), l'architecture institutionnelle en place n'est pas sans conséquences sur la mise en œuvre effective du droit de la concurrence (II)

I- La multiplicité des acteurs en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence

5. Le modèle de la régulation concurrentielle consacré par le législateur marocain à travers la loi 06-99 repose sur un système tricéphale. En effet, trois acteurs font office d'autorités de la concurrence et sont chargés d'appliquer les règles du droit de la concurrence : Il s'agit du Chef du Gouvernement qui constitue via la Direction de la Concurrence et des Prix l'acteur majeur du système vu les prérogatives qui lui a été accordée par la loi 06-99 ; Ensuite vient le Conseil de la Concurrence en tant qu'instance consultative, mais au rôle de plus en plus visible et déterminant ; Et enfin les tribunaux auxquels revient la tâche de sanction judiciaire (amende, emprisonnement).

A- La prédominance du rôle du Chef du Gouvernement :

6. La loi 06-99 donne au chef du gouvernement un rôle de premier plan en matière d'application des règles du droit de la concurrence⁴. Son omniprésence fait de lui l'acteur principal en matière de politique de concurrence, puisqu'il intervient théoriquement dans toutes les matières: lutte contre les ententes, les abus de position dominante et le contrôle des opérations de concentration ; et c'est à lui que revient la prise de décision finale : prise d'injonctions⁵, saisine du procureur du roi⁶, saisine du Conseil de la Concurrence⁷, autorisation et interdiction des opérations de concentration⁸...

7. Toutefois, la pratique administrative en matière d'application de loi 06-99 ne correspond pas parfaitement à ce schéma. Mis à part le contrôle des opérations de concentration dont l'intervention directe du Chef du Gouvernement est sollicitée pour autoriser ou interdire une opération qui lui est notifiée, les autres prérogatives du Chef du Gouvernement en matière de concurrence sont exercées par le Ministre des Affaires Générales et de la Gouvernance en vertu d'un décret de délégation de pouvoirs⁹.

Ainsi, c'est ce ministère qui a la compétence en matière d'application des règles de la concurrence. Il dispose, à cet effet, de la Direction de la concurrence et des prix qui constitue-en quelque sorte- son bras exécutif¹⁰.

⁴ D'ailleurs la loi 06-99 précitée cite le chef du gouvernement 23 fois dans ses articles.

⁵ Alinéa premier l'article 36 de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

⁶ Deuxième alinéa de l'article 36 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée

⁷ Articles 10, 15 et 24 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

⁸ Article 43 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

⁹ Article 4 du Décret n°2-12-44 du 7 mars 2012 portant délégation de certains pouvoirs et attributions au Ministre déléguée auprès du Chef du Gouvernement Chargé des Affaires Générales et de la Gouvernance (B.O 6029 du 12 mars 2012).

¹⁰ Cette direction est le prolongement historique de la Direction des prix instituée par décret n°2-72-089 du 4 février 1972 qui est placée sous la tutelle du Premier Ministre et chargée de concevoir et de mettre en œuvre la politique de réglementation des prix qui relève de la compétence du Premier Ministre. Avec l'entrée de la loi 06-99 et la consécration du principe de la liberté des prix (article 2), cette direction s'est vu confiée *de facto* même le volet d'application du droit de la concurrence. Cette compétence a été formalisée par le décret n° 2-08-516 portant création d'une direction de la concurrence et des prix sous l'autorité du Premier Ministre. (Bulletin Officiel n° 5752 du 16 juillet 2009).

8. Créée officiellement par décret en 2009¹¹, c'est la Direction de la Concurrence et des Prix (DCP) qui se charge *de facto* du traitement des différents dossiers de concurrence. Elle a été jusqu'à la réactivation du Conseil de la Concurrence en 2009, la seule entité responsable de mettre en œuvre la loi 06-99 depuis son entrée en vigueur.

Elle a vu ses prérogatives renforcées et consacrées juridiquement en 2009 par son texte fondateur qui lui a dévolu de larges prérogatives en matière d'application des règles de concurrence. Elle est ainsi chargée *de veiller à la régulation et au bon fonctionnement des marchés en assurant l'application des dispositions législatives et réglementaires régissant le domaine de la concurrence* et lui attribue, de manière expresse, les principales tâches et compétences en la matière¹².

9. De part ces prérogatives, c'est la DCP qui devrait être considérée comme la vraie autorité de concurrence. Il est pourtant assez étonnant et porte souvent à confusion de constater, à la lecture de la loi 06-99, que la DCP n'y est pas mentionnée alors que la loi consacre au Conseil de la Concurrence un titre entier – faisant presque un tiers de l'ensemble des articles de cette loi¹³.

10. Malgré ses vastes attributions et le nouvel organigramme¹⁴ qui évoque une autorité de taille¹⁵, la DCP est une petite entité qui regroupe au total environ 13 cadres seulement répartis sur les différents services et divisions. Ce nombre restreint de fonctionnaires ne peut à lui seul assurer un suivi efficace des marchés. Cela est d'autant plus vrai que cette

¹¹ Le décret n° 2-08-516 portant création d'une Direction de la Concurrence et des Prix sous l'autorité du Premier Ministre. (Bulletin Officiel n° 5752 du 16 juillet 2009).

¹² Les missions de la Direction de la Concurrence et des Prix telles que consacrées par le décret n°2-08-516 précité sont : « ...1- *l'élaboration des projets de textes législatifs et de textes réglementaires relatifs à la concurrence et aux pratiques restrictives de la concurrence, leur mise en œuvre et le contrôle de leur application ; 2- La détection et l'analyse des pratiques anticoncurrentielles ; 3- Le contrôle des opérations de concentration ; 4- La programmation et la réalisation des enquêtes nationales et sectorielles relatives à la concurrence et 5- La préparation des dossiers de saisine du Conseil de la Concurrence, et le cas échéant, des dossiers de saisine des autorités judiciaires.. »*

¹³ Krzystof, JAROS. Politique de concurrence et l'appui de l'UE. Bulletin Méditerranéen de Concurrence, n°2 novembre 2011, P : 77.

¹⁴ La DCP est organisée en trois divisions: (1) la division de la réglementation, (2) la division des études et enquêtes économiques et (3) la division de la concurrence, chargée de la mise en œuvre et du suivi de la politique de la concurrence. La division de la concurrence est composée de 3 services, celui (a) des pratiques anticoncurrentielles ; (b) des pratiques restrictives de la concurrence et (c) des opérations de concentration économique.

¹⁵ *Ibid*

direction n'a pas d'antennes régionales et elle est censée couvrir par son action tout le territoire national et tous les marchés. Dans le même sens, le travail de cette direction, comme son nom l'indique, est réparti entre le volet concurrence et le volet prix, notamment pour les produits dont les prix sont réglementés et les produits subventionnés¹⁶.

Or, force est de constater que ce dernier volet est prédominant dans le travail de cette direction et absorbe beaucoup de son temps et de ses efforts vu la sensibilité politique des questions qu'il soulève, ce qui ne laisse pas assez de marge de manœuvre pour se concentrer sur le volet concurrence. Le bilan d'action de cette direction en matière de concurrence témoigne de son échelle de priorité et explique le peu de décisions prises en matière de concurrence, ce qui impacte négativement l'efficacité de la régulation concurrentielle et la visibilité de l'institution.

B- L'intervention de l'appareil judiciaire

11. L'appareil judiciaire constitue un acteur principal dans le contentieux de la concurrence. A la lecture des dispositions de la loi 06-99, les juges de l'ordre judiciaire et administratif, debout et assis, interviennent dans le contentieux de la concurrence à plus d'un titre :

1) **Le rôle « complémentaire » du parquet :** Ce rôle complémentaire prend deux formes :

- faciliter le travail des enquêteurs : L'intervention des juges de parquet est obligatoirement requise en cas d'enquête sous autorisation judiciaire diligentée par la DCP. En effet, les enquêteurs ne peuvent procéder aux perquisitions des locaux professionnels et privés des dirigeants d'entreprises soupçonnées d'avoir pris part dans des pratiques anticoncurrentielles et à la saisie des documents, que dans le cadre d'enquêtes demandées par l'administration et sur autorisation motivée du procureur du Roi dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter¹⁷. L'objectif de cette exigence réglementaire est d'une part d'offrir des garanties quant au respect des libertés individuelles et des droits de défense,

¹⁶ Un arrêté du ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé des affaires économiques et générales n° 2043-10 du 13 juillet 2010 fixe la liste des produits qui échappe au principe de la liberté des prix. Cette liste comprend 15 produits et services, qui pour certains sont subventionnés par l'Etat : sucre, farine, gaz...

¹⁷ Article 65 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

puisque le juge est censé être garants de ces droits, et d'autre part pour faciliter le travail des enquêteurs concurrence. A cet effet, il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations.

Quoiqu'on puisse se féliciter de cette garantie, elle demeure à notre avis insuffisante. En effet, il aurait été préférable de donner cette compétence au juge judiciaire –comme c'est le cas en France par exemple- réputé être plus protecteur des droits et libertés individuelles, que l'est le juge du parquet qui incarne un esprit d'accusation.

- Activer la phase judiciaire du procès concurrence : là également l'appareil judiciaire intervient en la qualité du juge du parquet, plus particulièrement le procureur du tribunal de première instance, pour déclencher la phase judiciaire du contentieux de la concurrence, et ce suite à la saisine de celui-ci par le Chef du Gouvernement aux fins de poursuites judiciaires à l'encontre de personnes physiques ou morales ayant été reconnu coupable de violation des règles de la concurrence¹⁸. Toutefois la loi 06-99 n'apporte aucune réponse à deux questions : la première est celle de savoir si le Chef du Gouvernement est obligé de saisir le procureur du roi en cas d'infractions aux règles de la concurrence relevées par ses services d'enquête ou par le Conseil de la Concurrence ou s'il peut s'arrêter seulement au niveau administratif du procès ; La deuxième est celle de savoir si le parquet est obligé de déclencher l'action publique suite à la saisine du Chef du Gouvernement ou s'ils gardent la libre attitude de décider des suites à donner en vertu du pouvoir de l'opportunité des poursuites¹⁹ dont ils disposent ?

2) Les juridictions judiciaires ont le pouvoir de sanction des les pratiques anticoncurrentielles : dans l'état actuel des choses, ni le Chef du Gouvernement, ni la DCP et encore moins le Conseil de la Concurrence ne peuvent prononcer des sanctions pécuniaires administratives à l'égard des entités qui ont commis des pratiques anticoncurrentielles ou qui ont travestit aux règles de la concurrence (non respect des

¹⁸ Articles 26, 36, 37, 46 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

¹⁹ Article 40 du dahir n°1.2.255 du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi 21-02 relative à la procédure pénale (B.O 5078 du 30 janvier 2003)

engagements, des injonctions...). Seuls les tribunaux compétents de l'ordre judiciaire (tribunaux de première instance) peuvent ainsi évaluer et infliger les sanctions aux violations des règles de concurrence. Les sanctions qui peuvent être prononcées par les tribunaux sont soit des peines privatives de liberté (emprisonnement)²⁰ à l'égard des personnes qui, frauduleusement, ont pris part personnellement à ces pratiques ou des sanctions pécuniaires pour les personnes morales (l'amende peut atteindre 5% du chiffre d'affaires réalisé au Maroc)²¹.

3) **Les juridictions administratives, cours de contrôle des décisions administratives en matière de concurrence :** un autre ordre juridictionnel intervient à ce niveau, il s'agit des tribunaux administratifs compétents. Ces derniers sont, en fait, chargés de statuer sur les recours introduits contre les décisions du Chef du Gouvernement pris en matière du contrôle des concentration (article 46) ou de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (article 40) sauf celles de saisir le procureur du roi. Il importe de souligner à cet égard que les avis du Conseil de la Concurrence ne sont pas attaquables en justice du fait que celui-ci n'est pas considéré comme un sujet de droit car il n'a pas de personnalité morale. Cela est d'autant plus vrai que ces avis sont consultatifs et par conséquent n'affectent pas par leurs effets la situation juridique des entreprises car ne créent pas des droits ou des obligations à leur égards. L'avis du Conseil de la Concurrence ne peut donc être attaqué en justice qu'indirectement à travers la décision du Chef du Gouvernement pris sur la base de cet avis.

C- Le Conseil de la Concurrence, une institution aux attributions limitées

12. La loi 06-99 consacre au Conseil de la Concurrence une place de choix parmi ses articles. Tout un titre (titre V) composé de 32 articles lui est principalement réservé et traite de sa composition, ses compétences et détaille la procédure suivie devant lui.

13. Malgré cette importance du moins numérique qui lui est consacrée par la loi 06-99, le Conseil de la Concurrence n'a été réactivé qu'en 2009

²⁰ Article 67 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

²¹ Article 70 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

après la nomination de son nouveau président²² et son installation officielle par le Premier Ministre en janvier 2009, soit 8 ans après l'entrée en vigueur de la loi²³. Durant ces huit années, le Conseil de la Concurrence est resté lettre morte, ce qui a presque paralysé tout le système de régulation concurrentielle puisque le Conseil constitue une pierre angulaire dans son édifice et son intervention est obligatoirement requise sous peine de vice de procédure dans certaines situations, notamment en cas de réglementation des prix²⁴, pour tout texte législatif et réglementaire qui a un impact sur la concurrence²⁵, ou en cas de décision d'injonction²⁶ ...

14. Comme la nature, les marchés n'aiment pas le vide. Les autorités publiques ont donc essayé de combler à l'inexistence du Conseil de la Concurrence par différents moyens :

- les uns d'une façon tout à fait légale. C'est le cas notamment de l'Agence Nationale de Réglementation des Télécommunications (ANRT) qui a saisi cette occasion pour s'emparer via un amendement législatif des pouvoirs du Conseil de la Concurrence. Elle est désormais compétente pour statuer sur les affaires des ententes, abus de pouvoir économique, ainsi que le contrôle des opérations de concentration dans son secteur d'activité²⁷.
- Les autres d'une façon illégale en faisant fi des dispositions en vigueur. C'est le cas notamment de la décision du Ministre des Affaires Economique et Générales n°2-15 du 26 décembre 2006 dans le secteur des huiles de tables qui enjoint aux sociétés Savola Maroc et Industrielle Oléicole de cesser les pratiques de prix abusivement bas. Cette décision d'injonction n'a donc pas

²² L'actuel président du Conseil de la Concurrence a été désigné par le Souverain le 20 août 2008 à l'occasion de la commémoration de la révolution du Roi et du Peuple.

²³ Abdelali, BENAMOUR. Le Conseil de la Concurrence du Maroc : une nouvelle relance. Bulletin Méditerranéen de Concurrence, N°1, 2009, P : 21

²⁴ Articles 3 et 4 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

²⁵ Article 16 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

²⁶ Article 36 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

²⁷ C'est l'article 8 bis du Dahir n° 1-04-154 du 21 ramadan 1425 portant promulgation de la loi n° 55-01 modifiant et complétant la loi n° 24-96 relative à la poste et aux télécommunications (B.O. n° 5266 du 18 novembre 2004), qui a transposé les articles 6, 7 et 10 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée au secteur des télécommunications et a chargé l'ANRT d'appliquer ces articles.

respecté l'obligation légale d'avis conforme du Conseil de la Concurrence telle que prévue à l'article 36 de la loi 06-99.

15. Toutefois, la place importante donnée par la loi 06-99 au Conseil de la Concurrence contraste sensiblement avec ses compétences et ses moyens d'action limités. Malgré les apparences et en dépit des efforts entrepris par le Conseil de la Concurrence depuis sa réactivation en 2009, ce dernier ne peut outrepasser les contraintes liées à son statut tel que conçu par le législateur et a déjà couvert en trois années, l'espace juridique qui lui est consacrée par la loi 06-99 en tant qu'instance consultative. En outre, l'efficacité de son action demeure affaiblie par plusieurs dispositions et insuffisances qui handicapent son action :

1- Le Conseil de la Concurrence n'est pas organiquement une entité indépendante :

16. Malgré son caractère purement consultatif, le législateur a affaibli le Conseil de la Concurrence au niveau organisationnel en adoptant une composition dominée par l'administration qui fait ressembler le Conseil de la Concurrence beaucoup plus à une commission interministérielle qu'à un organe indépendant.

17. La structure « décisionnelle » du Conseil de la Concurrence matérialisée par son collège de 12 « mentors »²⁸ est caractérisée par une forte présence de l'administration en la personne de 6 hauts fonctionnaires. Or, ces derniers ne sont pas nommés « *Intuitis Personnae* », mais en qualité de représentant de leur administration d'origine et demeurent par conséquent soumis au pouvoir hiérarchique de leur ministre de tutelle qui peut leur dicter les décisions à prendre dans tel ou tel affaire.

Il faut dire que l'organisation actuelle du Conseil de la Concurrence l'expose à l'effet de capture politique en raison de la prédominance de l'administration qui a la majorité des voix. Cette situation est préjudiciable à l'indépendance du Conseil de la Concurrence et peut sérieusement affecter la teneur de ses avis et décrédibiliser son action.

²⁸ Selon l'article 18 de la n°06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée : « *Le Conseil de la Concurrence est composé outre le président de douze (12) membres dont :- six (6) membres représentant l'administration - trois (3) membres choisis en raison de leur compétence en matière juridique, économique, de concurrence ou de consommation ; - trois (3) membres exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de production, de distribution ou de services* ».

2- Les pouvoirs limités du Conseil de la Concurrence :

a) **Le Conseil de la Concurrence a un rôle simplement consultatif :**

18. la position du législateur à cet égard est sans équivoque, le Conseil de la Concurrence est une *institution aux attributions consultatives aux fins d'avis, de conseils ou de recommandations*²⁹. Ironiquement, les seuls cas où il peut prendre des décisions c'est pour déclarer son irrecevabilité ou le non lieu de la procédure³⁰. Il en résulte que les avis rendus par le Conseil demeurent dénués de tout effet juridique contraignant et ne s'imposent nullement à la partie qui l'a saisi, notamment au chef du gouvernement. Ce dernier peut en faire ce qu'il veut, soit suivre les conclusions et recommandations du conseil ou classer l'affaire sans suite.

19. Toutefois, si les avis du Conseil de la Concurrence ne sont pas juridiquement contraignants, il n'en demeure pas moins qu'ils s'imposent par la force de leur argumentaire scientifique et la perspicacité de l'analyse et de la réflexion menée, surtout que l'avis est sollicité auprès d'une institution réputée experte en droit et politique de concurrence. A l'image du rapport qui existe entre le juge et l'expert dans le domaine judiciaire, le chef du gouvernement, s'il n'est pas juridiquement obligé de suivre à la lettre l'avis du Conseil de la Concurrence, on voit mal comment il peut passer outre les recommandations et conclusions émises par un organe dont la technicité et l'autorité morale et scientifique font sa force, si ce n'est pour des raisons politiques que le droit de la concurrence ne reconnaît pas.

b) **Le Conseil de la Concurrence ne dispose pas d'un pouvoir d'enquête:**

20. Contrairement au procès civil, la procédure dans le contentieux de la concurrence est principalement inquisitoire, c'est-à-dire basée sur une démarche proactive de recherche des éléments de preuve nécessaires à l'établissement des infractions aux règles de la concurrence. Cela est d'autant plus vrai que les pratiques anticoncurrentielles, en particulier les cartels n'obéissent pas aux procédés classiques de preuve (aveu, serment...)³¹ en raison de leur caractère sournois et clandestin, ce qui

²⁹ Article 14 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée

³⁰ Article 27 de la de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée

³¹ Selon J-J Menuret : «Si les principaux modes traditionnels de preuve figurent dans cette partition, il ne semble cependant pas que l'on trouve trace du serment dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles. L'aveu n'était pas non plus pris en considération à l'origine, mais la

exige des autorités de concurrence de faire preuve autant d'ingéniosité que de savoir faire pour la recherche et la lutte contre ces pratiques.

21. Pour ce faire, le procédé principal utilisé par les autorités est une combinaison entre d'une part les techniques d'analyse économique qui servent à dégager les tendances des marchés et déceler les indices d'une éventuelle pratique anticoncurrentielle (parallélisme de comportement, stratégie d'éviction...) et d'autre part, les techniques inquisitoires d'enquête à savoir les demandes d'informations, perquisitions et saisies qui permettent de corroborer les résultats de l'analyse économique et de les étayer d'éléments de preuves matérielles directes (écrit, mail, échange d'information..) ou indirectes (faisceau d'indices probants, concordants et graves)³².

22. Le pouvoir d'enquête est donc un élément indispensable à l'action de toute autorité de concurrence qui conditionne l'efficacité de son travail. Force est de constater que le Conseil de la Concurrence est privé de cet important outil de travail.

Il ne peut à cet effet ni diligenter des enquêtes lourdes et procéder à des perquisitions et saisies, ni même exiger des entreprises de lui communiquer des éléments d'informations nécessaires à l'instruction des dossiers dont il a la charge. Ainsi, même si la loi n°06-99 reconnaît aux rapporteurs du Conseil de la Concurrence la possibilité de mener des actes d'instruction (examen de l'affaire et audition des parties)³³, elle ne leur reconnaît pas le pouvoir d'exiger la communication des éléments d'information nécessaires à l'accomplissement de leur mission et ne sanctionne ni le non respect de cette obligation, ni même celle de refuser de comparaître devant le rapporteur pour être auditionné. Or, il ne faut s'attendre à ce que les entreprises d'un secteur, surtout celles mises en cause pour un comportement anticoncurrentiel, viennent volontairement fournir au Conseil des éléments de preuve les accablants.

23. Cette situation est génératrice de blocages pour le Conseil de la Concurrence qui n'a pas hésité à plusieurs reprises à dénoncer cette faille qui immobilise l'instruction de certains dossiers pour insuffisances des éléments d'information dues à la non coopération des entreprises du

loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques entend désormais lui faire jouer un rôle au titre de la clémence... », J- J, MENURET. Op cit. P : 198 ; Voir également : Anne- Lise SIBONY. Op,cit, P : 204.

³² Marie Stéphane, PAYET, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Paris, Dalloz, 2006, P: 88.

³³ Article 30 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

secteur. Tel est le cas dans la demande d'avis introduite par la Fédération Nationale des Agents et Courtiers d'Assurance relative aux pratiques livrées par les banques dans le secteur des assurances, ou encore celle introduite par l'Association Professionnelle des Négociants, Importateurs et Fabricants d'Engrais au Maroc relative aux pratiques alléguées d'abus de position dominante livrées par la société SONACOS (filiale du Groupe OCP) dans le secteur des engrais³⁴.

24. Certes, l'article 29 de la loi 06-99 ouvre une brèche qui est celle de la possibilité pour le président du Conseil de la Concurrence de demander à l'administration de procéder à toute enquête qu'il juge utile. Toutefois, ce mécanisme alternatif a montré ses limites à l'occasion de l'affaire relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'importation du beurre³⁵ et comporte un risque de fuites informationnelles et de pertes de temps considérables incompatibles avec les exigences de célérités que nécessite l'appréhension des pratiques anticoncurrentielles.

3 Verrouillage des mécanismes de saisine du Conseil de la Concurrence :

25. La saisine constitue le premier acte de déclenchement de la compétence du Conseil. Il est constaté à la lecture de la loi 06-99 que le législateur a verrouillé sévèrement le champ de saisine du Conseil de la Concurrence ce qui a limité sa capacité d'action.

En effet, si le Chef du Gouvernement est théoriquement libre de suivre ou non l'avis du Conseil de la Concurrence, il n'est pas pour autant le seul organisme qui peut le saisir. D'autres entités habilitées par la loi 06-99 à saisir le Conseil de la Concurrence peuvent voir en cette saisine une opportunité de porter leur cause sur la place publique à travers l'avis qui sera rendu par le Conseil de la Concurrence. L'enjeu est d'instrumentaliser cet avis pour le rallier à leur cause soit médiatiquement en créant un effet de matraquage médiatique, ou encore judiciairement en fondant une éventuelle action en justice pour se prévaloir de leurs droits sur l'avis du Conseil de la Concurrence qui leur a été favorable. La pratique décisionnelle du Conseil de la Concurrence corrobore ce constat surtout que sur 41 dossiers soumis pour avis au Conseil de la

³⁴ *Benamour Charge le SGG*, EcoPlus de la semaine du 2 au 8 mars 2012, P : 26

³⁵ Le président du Conseil de la Concurrence a demandé en 2009, sur base de l'article 29 de la loi 06-99, au Chef du Gouvernement de diligenter une enquête sous autorisation judiciaire pour confirmer ou infirmer les soupçons d'une entente sur les prix entre importateurs du beurre suite à une instruction qu'il a mené. A ce jour, aucune enquête n'a été réalisée par les services du Chef du Gouvernement et le dossier est toujours en suspend pour défaut d'éléments de preuve.

Concurrence entre janvier 2009 et juin 2013, presque trente affaires ont été introduites par des associations professionnelles ou par des chambres de Commerce.

Ceci dit, les entités habilitées à saisir le Conseil de la Concurrence pour avis sont énumérées à titre limitatif dans l'article 15 et 24 de la loi 06-99. Trois dysfonctionnements entachent ce dispositif.

a) Le Conseil de la Concurrence ne peut être saisi directement par les entreprises :

26. Auteurs ou victimes de pratiques anticoncurrentielles, les entreprises constituent les sujets directs du droit de la concurrence et sont donc les plus concernées par l'action des autorités de concurrence. Semble –t-il que le législateur ne donne pas d'importance à cette règle au niveau de la saisine du Conseil de la Concurrence puisqu'il a exclu les entreprises du champ des entités habilitées à le saisir directement. Pour se prévaloir de leurs droits légitimes, les entreprises sont obligées de faire un détour processuel pour acheminer leur doléances en transitant par une association ou une chambre professionnelle³⁶.

Ce mécanisme de saisine par écran interposé alourdi inutilement la procédure et abouti souvent à des blocages puisque l'association ou la chambre professionnelle compte souvent parmi ses membres à la fois l'entreprise victime des pratiques anticoncurrentielles que celles dont les comportements sont mis en cause³⁷.

b) Des restrictions de saisine inutiles pour les associations de protection des consommateurs :

27. Selon les termes de l'article 15 de la loi 06-99, seules les associations de protection des consommateurs reconnues d'utilité publique peuvent demander l'avis du Conseil de la Concurrence, sachant par ailleurs qu'à ce jour aucune association de ce type n'a cette qualité. Cela prive d'une part le Conseil de la Concurrence d'une source d'information importante qui peut révéler les dysfonctionnements concurrentiels des marchés³⁸, et

³⁶ Alinéa 3 de l'article 15 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée.

³⁷ Abdelali, BENAMOUR. Concurrence et régulation : quelle stratégie ?. Table ronde organisée par la chambre de commerce britannique (British Chamber of Commerce for Morocco), le 06 décembre 2011. (Intervention inédite).

³⁸ L'exemple qu'on peut citer à cet égard est celui de la décision du Conseil de la Concurrence n°05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le marché de la téléphonie mobile. A l'origine, ces pratiques ont été révélés suite à une saisine du collectif de

d'autre part prive les consommateurs de pouvoir faire entendre leur voix, sachant que c'est eux qui paient le surprix d'une pratique anticoncurrentielle, plus particulièrement en cas d'entente.

c) Absence du pouvoir d'autosaisine :

28. Le législateur a privé le Conseil de la Concurrence d'un instrument indispensable au travail de toute autorité de concurrence. Il s'agit bien de l'auto-saisine qui implique pour le Conseil d'agir *ex officio*, et d'engager de son propre chef une instruction s'il constate un dysfonctionnement concurrentiel sur les marchés.

Devant cette impuissance, l'action du Conseil de la Concurrence demeure entièrement tributaire des demandes d'avis qu'il reçoit de la part des entités habilitées à le saisir. Il ne dispose par conséquent d'aucune marge d'initiative ce qui lui fait perdre une qualité essentielle à toute autorité de concurrence, celle d'agir et non seulement de réagir aux saisines qui lui parviennent.

29- N'ayant pas la capacité d'initiative et ne pouvant pas agir de son propre chef là où le bas blesse, le Conseil n'a pas non plus ***l'opportunité des poursuites***, c'est à dire, la capacité de choisir et de trier parmi les requêtes reçues, celles qu'il doit traiter en priorité et celles qui seront reléguées au deuxième rang ou tout simplement classer sans suite.

De la sorte, le Conseil de la Concurrence devient esclave des demandes d'avis qui lui parviennent puisqu'il est obligé d'instruire chaque demande d'avis qui lui est parvenu et de mobiliser ainsi ses ressources humaines et logistiques pour son traitement sans considération de son importance ou de son ordre de priorité. Cela s'oppose à une rationalisation des ressources déjà limitées du Conseil de la Concurrence et ne lui permet pas de prioriser ses actions et d'assurer une affectation optimale de ces moyens pour se focaliser sur la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles d'ampleur qui nuisent aux structures des marchés, au lieu de perdre son temps et son énergie dans une chasse aux « *petits poissons* ».

protection des consommateurs « l'UFC-Que Choisir » en date du 22 février 2002 après une enquête menée par cette association. Cette affaire a fait également l'objet d'une saisine d'office de la part du Conseil en date du 28 août 2001.

II- Les implications de l'architecture institutionnelle actuelle

30. Comme précédemment souligné, le modèle institutionnel choisi par le législateur s'articule autour de l'intervention de trois acteurs qui sont chargés séparément d'appliquer les règles du droit de la concurrence. Ce modèle institutionnel est d'autant plus biaisé par l'absence de mécanismes d'articulation de compétence, d'où des situations de blocages. Cette situation implique une inefficacité au niveau de la régulation concurrentielle des marchés et explique en partie un bilan décevant 12 ans après l'entrée en vigueur de la loi sur la concurrence.

A- L'éclatement des responsabilités est source de déperditions et de blocages

31. Le déroulement séquentiel du contentieux concurrence se répartit entre ces trois acteurs et se profile comme suit : une phase d'enquête menée par les services du Chef du Gouvernement (Direction de la Concurrence et des Prix) en vue de collecter les éléments de preuve nécessaires à l'établissement d'une infraction à la concurrence. Une fois ces faits établis, le dossier est transféré au conseil de la concurrence pour avis. Ce dernier procède à l'instruction du dossier et à la qualification des faits reprochés et leur imputabilité aux entités en cause. Suite à l'avis du Conseil de la Concurrence, le Chef du Gouvernement décide des suites à donner au dossier. S'il est convaincu de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, le Chef du Gouvernement saisit le procureur du roi du tribunal de première instance pour engager les poursuites nécessaires : c'est la phase judiciaire du procès concurrence qui se termine par une décision de la justice, seule habilitée dans le système actuel à infliger une sanction pénale (emprisonnement ou amendes).

32. Suivant ce schéma, la multiplicité des intervenants et l'éclatement des responsabilités conjuguées de l'absence de mécanismes clairs d'articulation des compétences entre les différents intervenants entraînent fatalement :

- des lenteurs au niveau des procédures et des délais puisque chaque organe travaille à son rythme et prend le temps qui lui faut pour accomplir sa mission sans être tenu du respect d'un délai légal, mise à part en matière de concentrations économiques³⁹ ;

³⁹ Les enquêtes diligentées par la DCP et l'instruction menée par les rapporteurs du Conseil de la Concurrence, ne sont astreints à aucune contrainte temporelle, mise à part en matière de contrôle des concentrations économiques pour lesquelles la loi fixe des délais de réponse de l'administration (article 12 de la loi n°06-99 la liberté des prix et la concurrence précitée).

- des blocages au niveau des dossiers traités : le système institutionnel de régulation concurrentielle est tellement interdépendant que si l'une des pierres de l'édifice fait défaut, tout l'édifice s'écroule.

Cette interdépendance risque de se heurter à une situation d'indépendance des différents intervenants. Jalouses de leurs prérogatives, chacune de ces autorités se considère maîtresse de ses décisions et peut décider souverainement des suites à donner à l'affaire qui lui est soumise.

L'exemple qu'on peut citer à cet égard est l'affaire des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'importation du beurre dans laquelle le président du Conseil de la Concurrence a demandé en 2009, sur base de l'article 29 de la loi 06-99, au Chef du Gouvernement de diligenter une enquête sous autorisation judiciaire pour confirmer ou infirmer les soupçons d'une entente sur les prix entre importateurs du beurre⁴⁰. A ce jour, aucune enquête n'a été réalisée par les services du Chef du Gouvernement et le dossier est toujours en suspens pour défaut d'éléments de preuve. Au delà des aspects liés à la dépendance du Conseil de la Concurrence au niveau des enquêtes d'un organe administratif et ses effets préjudiciables sur son indépendance fonctionnelle, cette affaire questionne sérieusement la crédibilité et l'efficacité du dispositif prévu à l'article 29 de la loi 06-99, pourtant la seule voie possible pour le Conseil de la Concurrence pour mener des enquêtes.

- une insécurité juridique pour les entreprises. En effet, la pluralité des interlocuteurs peut provoquer une confusion dans l'esprit des entreprises qui ne savent plus qui fait quoi.

L'exemple qu'on peut citer à cet égard est celui de l'autorité à laquelle les parties à une concentration doivent notifier leur projet. Comme expliqué précédemment, les compétences du Chef du Gouvernement en matière de concurrence sont exercées dans la pratique par la Direction de la Concurrence et des Prix relevant du ministère des Affaires Générales et de la Gouvernance. Auprès de quelle entité ces entreprises doivent donc notifier leur concentration et défendre celle-ci, sachant que l'acte de notification produit des effets juridiques sur les délais de procédure ?

⁴⁰ *Y-a-t-il une mafia du beurre importé au Maroc*. La Vie éco du 30 avril 2010, P : 10; V. également : *Mafia du beurre, la justice saisie*. La Vie éco : Edition électronique du 17 mai 2010. < <http://www.lavieeco.com/news/en-direct/mafia-du-beurre-la-justice-saisie-16601.html> >

Dans la pratique et devant le silence de la loi, les parties souhaitant notifier un projet de concentration préfèrent déposer leur projet par précaution chez la primature afin d'éviter tout risque d'une éventuelle déclaration d'irrecevabilité de la part du ministère des Affaires Générales et de la Gouvernance. Ce dernier est ensuite sollicité par voie officielle par la primature, ce qui provoque une importante perte de temps précieux (en pratique entre 4 et 6 semaines) pour le traitement du dossier⁴¹. Pour se rattraper du temps perdu entre la réception du dossier par la primature et son envoi officiel au Ministère, puis à la Direction compétente, l'administration de la concurrence recourt souvent à un subterfuge afin de rallonger artificiellement les délais de procédure à 6 mois au lieu de deux seulement en saisissant automatiquement le Conseil de la concurrence, d'où des effets préjudiciables pour les parties à la concentration pour lesquelles le temps économique est décisif, surtout que les opérations de concentrations sont souvent des expériences traumatisantes qui se doivent d'être courtes⁴².

2- Un Bilan décennal décevant

33. Faire le bilan d'application de la loi n°06-99 susmentionnée nous mène à une conclusion frustrante : Douze ans après sa promulgation, cette loi décennale n'a pas été mise en œuvre, du moins concernant le volet concurrence.

N'ayant pas été suffisamment mis en exergue par les autorités chargées de la concurrence, ces dispositions sont restées lettres mortes et n'ont pas été confrontées à la réalité évolutive des marchés pour attester de leur pertinences et de leur limites. C'est ce qui explique que depuis son entrée en vigueur en 2001, la loi 06-99 n'a été amendée qu'une seule fois en 2010 par la loi 30-08, sachant que cet amendement n'a pas porté sur le volet concurrence, mais a concerné principalement le volet réglementation des prix⁴³. Or, la cadence des modifications que peut

⁴¹ Krzystof, JAROS. Politique de concurrence et l'appui de l'UE. Bulletin Méditerranéen de Concurrence, n°2 novembre 2011, P : 77

⁴² Christian, GUILLUY. Droit des concentrations et droit boursier : Des temps différents ? In *Le facteur temps dans le droit de concurrence : le temps de la procédure et le temps des entreprises*, Actes de l'atelier concurrence organisé par la DGCCRF, le 2 juillet 03. < http://www.finances.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/facteur_temp_s5.htm >

⁴³ L'amendement opéré par le Dahir n°1.09.237 du 4 janvier 2010 promulguant la loi 30.08 modifiant et complétant la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence. (B.O n°5814 du

connaître un texte juridique témoigne de sa vivacité et jauge de sa capacité à suivre l'évolution des marchés et à répondre efficacement à ses besoins normatifs⁴⁴.

34. Certes, depuis la réactivation du Conseil de la Concurrence en 2009, des pas importants ont été parcourus en matière d'application des règles de la concurrence et de la vulgarisation de celle-ci. D'après les statistiques officielles du Conseil, ce dernier a reçu entre 2009 et juin 2013, 41 saisines et demandes d'avis, dont 13 déclarés irrecevables et moins de 12 sont toujours en cours d'instruction. Par ailleurs, durant la même période 18 sessions ont été tenues par le Conseil, à raison de 6 sessions par an dont 3 sont statutaires.

35. Par ailleurs, le Conseil de la Concurrence ne disposant pas dans le cadre de la loi actuelle de l'autosaisine, a mené une vingtaine d'études sectorielles qu'il a baptisé « étude sur la concurrentiabilité » dont l'objectif est de scanner et passer crible le fonctionnement concurrentiel de plusieurs marchés stratégiques afin de dégager les dysfonctionnements structurels et d'émettre des recommandations pour améliorer leur fonctionnement concurrentiel. Parmi les études les plus emblématiques réalisées par le Conseil on peut citer celles relatives aux secteurs suivants: les télécommunications, le ciment, les professions libérales, l'industrie pharmaceutique, la grande distribution, le secteur immobilier résidentiel...etc

36. Malgré sa pro-activité et son dynamisme, le Conseil ne saurait outrepasser ses prérogatives telles que définies par son texte de référence. Il demeure principalement endigué par son caractère consultatif qui limite ses marges de manœuvre, alors que les organes qui ont les vrais compétences exécutives en matière d'application des règles de la concurrence⁴⁵, ont failli à leur mission telle qu'assignée par la loi 06-99.

18 février 2010) n'affecte pas le volet concurrence de la loi 06-99. Il concerne en effet, le maintien du système de réglementation des prix pour les 15 produits et services pendant une période transitoire de quatre ans et, en même temps, introduit des changements par rapport aux sanctions, notamment la revue à la hausse des amendes relatives aux pratiques de hausse illicite des prix réglementés, non respect de l'affichage.

⁴⁴ Sans se comparer avec les législations Antitrust des pays développés, la loi sur la concurrence tunisienne a été modifiée à 4 reprises depuis son entrée en vigueur en 1991. Ces amendements ont été opérés en 1993, 1995, 1999, 2003 et 2005. *Examen collégial volontaire de la politique de concurrence* : Tunisie, CNUCED, document de travail n° NCTAD/DITC/CLP/2006/2, 2006. < http://archive.unctad.org/fr/docs/ditccpl20062_fr.pdf>.

⁴⁵ Le Chef du Gouvernement ou l'autorité déléguée par lui à cet effet et les juridictions.

37. En effet, durant les 12 dernières années, les tribunaux compétents n'ont infligé aucune sanction pécuniaire ou privative de liberté pour violation aux articles 6 et 7 de la loi 06-99 précitée, relatives respectivement à la prohibition des ententes et des abus de position dominante. Cela ne veut pourtant pas dire que le marché marocain est aseptique à ce type de pratiques, loin s'en faut. Au contraire, les études de concurrentiabilité qui ont été menées par le Conseil de la concurrence, ainsi que certaines pratiques et indices relayées quotidiennement par la presse convergent pour confirmer l'existence de plusieurs dysfonctionnements concurrentiels, qui pour certains sont structurels (marchés oligopolistiques, monopoles...), pour d'autres sont de nature comportementales (hausse injustifiée des prix, parallélisme des tarifs ...).

38. Par ailleurs, aucune enquête lourde⁴⁶ n'a été opérée par l'administration durant toute cette période sachant que c'est le seul moyen efficace pour établir les pratiques anticoncurrentielles, particulièrement les cartels. Certes, certaines enquêtes dites simples ont été réalisées dans des secteurs tel que la plasturgie, les huiles de table, le ciment, le beurre, l'eau minérale... mais les résultats de ces enquêtes n'ont été ni publiés, ni suivis d'effets. D'ailleurs, les enquêtes simples étant par définition des procédés d'investigation « amicaux » qui reposent sur les bonnes vellétés des entreprises pour coopérer avec les services d'enquête, restent inefficaces pour l'appréhension des pratiques anticoncurrentielles, en particulier les ententes. C'est ce qui explique que, depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la concurrence, l'administration de la concurrence n'a ni transféré des pratiques anticoncurrentielles à la justice, ni prononcer elle-même une décision dans ce sens⁴⁷.

⁴⁶ Ce type d'enquêtes sont dites « lourdes » en raison de leurs effets attentatoires aux libertés individuelles du fait qu'elles permettent aux enquêteurs de procéder à des perquisitions et saisies sous autorisation judiciaire. Ces enquêtes sont encadrées par l'article 65 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et la concurrence précitée

⁴⁷ La seule exception qui peut être citée à cet égard est celle de l'enquête sur les huiles de tables et qui a donné lieu à une décision du Ministre des Affaires Economiques et Générales n°2-15 du 26 décembre 2006 relative à des pratiques de vente dans le secteur des huiles de table, *In Revue Marocaine de Droit Economique* N°1, 2007, P : 101.

Conclusion

39. Ce tableau pessimiste dressé sur les obstacles institutionnels au fonctionnement de la régulation concurrentielle au Maroc va sensiblement changé grâce aux nouveautés apportées par le nouveau texte constitutionnel⁴⁸, notamment son article 166⁴⁹. Ce dernier crée un bouleversement radical dans le paysage de la régulation concurrentielle puisque, d'une part il a levé le Conseil de la Concurrence au rang des institutions constitutionnelles et l'a donc fait échapper aux aléas des changements politiques et législatifs, et d'autre part, ce texte a jeté les jalons d'un système de régulation moniste polarisé autour de la création d'une seule autorité de concurrence indépendante aux pouvoirs élargis.

40. La politique de la concurrence au Maroc est donc actuellement à la croisée des chemins. Même si le texte constitutionnel a été révolutionnaire au niveau de la constitutionnalisation du Conseil de la Concurrence et le renforcement de ses prérogatives, faut il encore que cette avancée, certes importante mais pas suffisante, soit consacrée législativement à travers une refonte de la réglementation actuelle sur la concurrence pour la mettre en conformité avec les nouveautés constitutionnelles.

⁴⁸ Dahir n°1.11.91 du 29 juillet 2011 promulguant la constitution. (B.O, N° 5964 bis 30 juillet 2011).

⁴⁹ L'article 166 dispose que « le Conseil de la concurrence une autorité administrative indépendante chargée, dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole ».

