

MINISTERE DES AFFAIRES ECONOMIQUES ET GENERALES

DIRECTION DE LA CONCURRENCE & DES PRIX

Atelier de la Concurrence

Thème général :
La concurrence dans le secteur de la distribution

Sujet de l'exposé :
La distribution & les pratiques concertées.

Préparé et présenté par
Amin Hajji
Avocat au Barreau de Casablanca

Le 14 décembre 2006

Permettez moi d'exprimer mes remerciements et mes compliments au Ministère des Affaires Economiques & Générales et plus particulièrement à la Direction de la Concurrence & des Prix avec à sa tête Madame Sanae El Hajoui, qui a pris l'initiative d'organiser des ateliers de réflexion et de discussions sur le thème de la concurrence avec comme premier sujet celui jour qui porte sur « la concurrence dans le secteur de la distribution ».

Les organisateurs de cet atelier ont bien voulu me demander de faire une intervention sur la relation entre la distribution & les pratiques concertées. Ce sujet d'apparence anodin cache une certaine complexité sémantique en raison de la nature quelque peu polymorphe des actions concertées surtout qu'il nous été demandé en qualité de praticien du droit d'éclairer le sujet par justement des exemples pratiques et d'éviter les longueurs théoriques.

Le temps imparti étant très court, je me propose **d'abord** de rappeler et de définir brièvement ce que sont les pratiques concertées au regard de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence avec quelques précisions sur ce concept de la distribution telle qu'elle existe au Maroc pour **ensuite** entrer dans le vif du sujet et essayer d'illustrer par des exemples concrets comment des règles sur la concurrence peuvent conduire à rendre illégales des actions concertées ou des ententes dans le secteur de la distribution.

I - Définition des pratiques concertées et de la distribution

En premier, les actions concertées sont spécifiquement traitées dans les articles **6, 8, 9 et 25** de la loi 06-99 sur la liberté des prix & de la concurrence.

Je vais vous présenter brièvement et avec quelques petits commentaires en parallèle en *[italiques]* lesdits articles :

L'article 6 de la loi ne donne pas de définition précise des pratiques concertées cependant, il leur donne une forme à travers les effets négatifs que celles-ci peuvent avoir sur la concurrence et les prix. Il dispose que :

« Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet [aspect intentionnel et objectif] ou peuvent avoir pour effet [aspect subjectif, non intentionnel] d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché [C'est à mon avis le grand point d'interrogation ou la véritable problématique de l'application des règles de la concurrence - par le juge - dans un marché qui fonctionne à de multiples niveaux: marché officiel, marché souterrain & contrebande. Les données économiques ne sont pas certaines sauf pour quelques activités quasi monopolistiques comme la distribution des hydrocarbures, la distribution des tabacs, etc.] les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses [actions déclarées ou inscrites sur des documents contractuels ou d'information] ou tacites [actions ou comportements conscients non officialisées ou non documentées. La question de la preuve à de telles actions concertées tacites est une véritable gageure], sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit [aspect très restrictif de la loi], notamment lorsqu'elles tendent à :

1 - limiter - (i) l'accès au marché ou - (ii) le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises [Il s'agit du cloisonnement du marché et c'est peut être un élément essentiel qui pourrait déclencher l'application de l'article 9 de la loi] ;

2 - faire obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3 - limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique [l'étendue des domaines visés est très vaste et certainement sujette à des interprétations multiples des intérêts en jeu notamment] ; et

4 - répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

L'article 8 précise que

« Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 6..... (i) les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire et (ii) les pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet de contribuer au progrès économique [c'est une notion très difficile à préciser donc très aléatoire] et que ses contributions sont suffisantes [jusqu'à quel degré ?] pour compenser les restrictions de la concurrence et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en cause.... »

L'article 9 traite quant à lui des conséquences de telles pratiques en spécifiant que : « Tout engagement [pas nécessairement établi par écrit] ou convention [il s'agit bien d'accord formel] se rapportant à une pratique prohibée en application des articles 6 et 7 ci-dessus est nul de plein droit [il s'agit d'une nullité absolue destinée à protéger l'intérêt général].

Enfin, l'article 25 organise la procédure par laquelle le Conseil de la concurrence examine si les pratiques dont il est saisi constituent des violations aux dispositions de l'article 6 ou si ces pratiques peuvent être justifiées par l'application de l'article 8 de la loi. Il est à noter que la loi n'impose à aucune condition d'autorisation, de déclaration, de notification ou d'information à l'autorité du marché qui est le Premier Ministre et de

Conseil de la Concurrence comme cela est requis pour les opérations de concentration économique.

Pour ce qui est du concept de la **distribution**, il s'agit bien à mon sens de cette branche d'activités de services essentielle et quelque peu envahissante dans toutes les économies libérales qui intervient en qualité d'**intermédiaire** entre les producteurs/fournisseurs de produits ou de services et les consommateurs. Par ailleurs, la distribution moderne se manifeste à travers des **réseaux** de franchisés, de concessionnaires, d'agents commerciaux, de distributeurs exclusifs ou non, etc. unissant à travers des accords de distributions de diverses natures les producteurs/fournisseurs avec un ou plusieurs distributeurs.

En réalité, **chaque mode de distribution avec ses spécificités et ses modalités** devrait pouvoir être analysé au regard de l'application des règles de la concurrence comme par exemple la franchises de distribution de produits du franchiseur ou de tiers, la franchise de services ou la franchise industrielle de production sous licence

II - Exemples de pratiques concertées :

Pour ce qui est de l'analyse par des exemples concrets des actions concertées ou ententes ayant pour conséquence des restrictions concurrentielles dans le secteur de la distribution et qui devraient de ce fait tomber sous les effets de l'article 9 précité de la loi sur la concurrence (nullité de plein droit), je me propose de livrer à votre réflexion pour une discussion lors des débats un certain nombre de cas vécus à travers la conclusions de contrats de distribution entre des fournisseurs ou distributeurs étrangers et des distributeurs ou sous distributeurs marocains. Pour être à peu près complet, je vais évoquer par ailleurs certaines pratiques concertées tacites qui se développent dans le marché marocain et qui me semblent censées être sujette à l'application des interdictions légales.

- **Pratiques concertées expresses**, telles que pouvant être constatées dans des documents écrits comme les contrats ou lettres d'intentions concernant les contrats de franchise, de concession, de distribution exclusive ou non, etc.
- **Non concurrence** : Obligation de ne pas vendre des produits concurrents avec ceux du franchiseur (Salons de coiffure de marque XY et ligne cosmétique de marque XY) ;

Conditions de revente : Prix de revente imposé (prix conseillé, prix minimum, prix maximum). Ce cas se présente souvent dans le cadre de la distribution sélective type vertical par laquelle le fournisseur/producteur s'oblige à ne vendre qu'à des revendeurs/détaillants agréés. C'est ce qu'on appelle les clauses d'étanchéité. De plus, la sélection des revendeurs/détaillants peut être effectuée par les grossistes ou concessionnaires du fournisseur/producteur (Ex. les marques de lunettes Luxottica vendues au Maroc par des détaillants agréés). La même appréciation peut être faite pour ce qui est des concessions automobiles.

- **Approvisionnement et quotas** (Les sources d'approvisionnement sont très restreintes et des commandes minimales par période d'activité sont prévues avec clause pénale ou à l'inverse rétribution pour excédent : Chocolaterie de luxe)
- **Répartition du marché** ;
- **Publicité** : liberté choix actions publicitaires et avec quelle agence de publicité ;

- **Ventes croisées interdites** (entre franchisés) ;et
- Investissement dans une entreprise concurrente interdit;
- **Pratiques concertées tacites :**
 - Entente sur les prix, ventes conditionnées, détention conjointe de la marque Basma (Mousse pour literies).dans le cadre d'un GIE et faire des achats groupés Cas Dolidol et Richbond . Cependant, est ce que ce sont des considérations de qualité, de normes de fabrication qui ont prévalu pour la création de cette entente ?
 - Accords de *code share* entre compagnies aériennes en utilisant des systèmes de réservation informatisés discriminants ;
 - Sociétés de boissons gazeuses qui refusent de servir des restaurants, brasseries, épicerie si des produits concurrents sont distribués chez ces distributeurs ;
 - Concept Hanouti en cours de montage relatif à des distributeurs franchisés et centrales d'achats. Les franchisés seraient invités à se regrouper pour s'approvisionner à des conditions avantageuses auprès de fournisseurs ou peut être à travers une centrale d'achat. Les épicerie de type traditionnel subirait le contrecoup d'une telle forme de distribution de proximité. Par ailleurs, le franchiseur ne manquerait pas de conseiller à ses franchisés d'ouvrir un compte chez sa banque affiliée et que ces derniers s'assurent auprès de la filiale compagnie d'assurance .

Conclusion :

Pour éviter une interprétation trop restrictive du droit des actions concertées, il faudrait apporter beaucoup de nuances à son analyse car il faudrait d'abord délimiter le marché concerné par ladite distribution. Pour le cas des lunettes de luxe ou des literies en mousse, faudrait il parler de marché de produits de lunetterie de luxe/literies de label de qualité ou de produits de lunetterie/literie ordinaire ?, quel est le marché pertinent parmi un marché relativement vaste? Il faudrait également rechercher les raisons qui ont amené à la constitution d'un tel réseau de distribution sélective et elles peuvent être fondées sur des considérations objectives liées à une technologie particulière, à une qualification professionnelle des détaillants, à un service de conseil adapté, etc.

La sécurité juridique des entreprises qui sont actives dans le domaine de la distribution semble entrer dans une zone de turbulence car l'acceptation des pratiques concertées n'est pas encore appréhendée en particulier au niveau de la jurisprudence marocaine.