

UNIVERSITE HASSAN II AIN CHOK

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ECONOMIQUES ET SOCIALES DE CASABLANCA

SEMINAIRE SUR LE THEME :

LES PRIX ET LA CONCURRENCE ENTRE LA LIBERTE DE L'ENTREPRISE ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

19 et 20 avril 2002

Exposé préparé et présenté par Amin HAJJI

Professeur à la Faculté de droit de Casablanca

Sur le sujet :

« LES EFFETS DES CONCENTRATIONS ECONOMIQUES INTERNATIONALES SUR L'APPLICATION DES REGLES DE LA CONCURRENCE AU MAROC ».

L'analyse du sujet à propos des effets des concentrations économiques internationales sur l'application des règles de la concurrence au Maroc devait nécessairement s'effectuer à la lumière d'une lecture prospective du texte de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence ainsi que de travaux doctrinaux relatifs aux concentrations économiques en France et dans l'Union Européenne.

1. EXTRATERRITORIALITE

Ainsi, la lecture attentive du premier article de la loi 6- 99 dispose que "*la présente loi s'applique à toutes les personnes physiques ou morales qu'elles aient ou non leur siège ou des établissements au Maroc, dès que leurs opérations ou comportements ont un effet sur la concurrence sur le marché ou sur une partie substantielles de celui- ici*".

Cet article vise explicitement les personnes morales pouvant avoir leur siège en dehors du Maroc, d'où la nature éminemment extra territoriale de la nouvelle loi marocaine sur la concurrence.

Cette affirmation de l'application extraterritoriale de la loi marocaine sur la concurrence est en soi une bonne nouvelle puisqu'il s'agit de la promulgation d'une loi commerciale nationale de portée internationale, bien entendu en dehors de toute convention bilatérale ou multilatérale.

Les autres seules règles multilatérales d'extraterritorialité qui sont en vigueur et qui sont bien connues en droit international public sont celles qui s'appliquent aux représentations et agents diplomatiques avec celles qui concernent les navires de guerre.

L'extraterritorialité de cette loi a une portée certes moindre que celle de la fameuse et néanmoins arrogante loi *Helms-Burton d'Amato* portant sur le boycott commercial américain de trois pays que sont Cuba, l'Iran et la Libye. Les sanctions américaines pouvant être appliquées n'importe où dans le monde contre toute société américaine ou non américaine ayant des velléités de faire du commerce ou des investissements dans l'un des trois pays précités.

Il n'en demeure pas moins que la nouvelle loi sur la concurrence est l'expression de la volonté souveraine de l'état marocain qui a voulu, peut être sans trop peser les obligations d'une telle décision, donner une portée extraterritoriale à sa loi nationale.

La principale faiblesse de cette portée extraterritoriale est bien entendu celui de son effectivité puisqu'une loi doit être appliquée dans son intégralité et notamment dans son dispositif répressif. Les sanctions extra territoriales prévues à l'article 70 de la loi disposent que « *les personnes morales peuvent être reconnues pénalement responsables lorsque les circonstances de l'espèce le justifient et que la peine encourue est une amende dont le montant est pour une entreprise de 2 % à 5 % du chiffre d'affaires hors-taxes réalisé au Maroc au cours du dernier exercice clos.* »

Il est difficile d'imaginer que de telles sanctions puissent être appliquées à de grands groupes internationaux issus du monde occidental doté d'une puissance économique sans commune mesure avec celle du Maroc.

De ce fait, les sanctions prévues à l'article 70 ne semblent pouvoir être appliquées qu'aux entités établies localement et liées sous différentes formes aux réseaux des entreprises multinationales ayant initié les opérations de concentration visées.

2. APPLICATION DES REGLES DE LA CONCURRENCE SUR LES CONCENTRATIONS ECONOMIQUES INTERNATIONALES.

Cette première observation sur l'application extraterritoriale de la loi au regard des concentrations économiques internationales n'est pas aussi anodine qu'elle paraît puisque depuis son entrée en vigueur en juillet 2001 et après la mise en place en mars 2002 des membres du conseil de la concurrence, il y a de fortes chances que les premiers dossiers qui devraient être soumis au Conseil de la concurrence concernant l'application de la nouvelle loi seront ceux des concentrations économiques internationales ayant des effets directs ou indirects sur le territoire marocain.

Les effets directs s'analysent notamment à travers l'acquisition par une entreprise étrangère des actifs d'une entreprise ayant des activités au Maroc ou par l'acquisition par une entreprise marocaine d'une l'entreprise étrangère ayant directement ou indirectement des activités au Maroc.

Par contre, les effets indirects peuvent s'apprécier au travers des opérations réalisées à l'étranger par des entreprises étrangères mais qui peuvent produire indirectement des effets sur le territoire marocain. Ce sont en particulier ces mêmes effets indirects qui se rapprochent le plus des concentrations extraterritoriales examinées.

Cette affirmation de l'examen prochain par le conseil de la concurrence des actuelles opérations de concentration économiques internationales ayant des effets au Maroc est fondée sur la réalité présente de l'économie mondiale dans laquelle un nombre impressionnant de concentrations économiques, notamment de fusions acquisitions a lieu presque quotidiennement partout dans le monde.

A titre d'exemple, il y a eu au cours de l'année 2000 près de 20.280 fusions acquisitions internationales dont 6.520 étaient de dimension transnationale et que l'on peut qualifier de méga concentrations.

En termes de valeur, ces fusions acquisitions sont estimées à 2764 milliards de dollars dont 974 milliards de dollars consacrés aux transactions transnationales.

Ces montants énormes sont à rapprocher de la valeur du commerce mondial de biens et de services qui s'était établie au cours de la même année 2000 à environ 7000 milliards de dollars.

Ces fusions transnationales touchent en moyenne une centaine de pays dont le Maroc, en raison de l'ouverture traditionnelle de son économie aux marchés extérieurs et du fait de ses encouragements permanents aux investissements directs étrangers.

3. CAS UNILEVER

Pour donner une illustration concrète de ces concentrations économiques qui se déroulent indirectement au Maroc, le conglomérat anglo-néerlandais Unilever qui est considéré comme le premier groupe alimentaire dans le monde a effectué pour la seule année 2000 près de 25 concentrations économiques pour l'équivalent de 33 milliards de dollars.

Ces opérations sont d'autant plus importantes que le groupe Unilever est présent dans 110 pays dont le Maroc. Le dernier rachat par Unilever de la société *Best Foods* États-Unis pour le montant de 24,3 milliards de dollars a induit au Maroc l'acquisition d'une filiale de la société absorbée leader sur le marché de produits ingrédients pour les soupes. De ce fait, la filiale marocaine Unilever est en position dominante quasi absolue pour la commercialisation de ce type de produit au Maroc en raison notamment de l'existence de ses propres marques de produit commercialisé au Maroc.

Ainsi, les risques d'abus de position dominante issus de cette concentration économique organisée principalement hors du territoire national étaient latents. Ceci n'aurait pas manqué de soulever la question de la notification de

cette opération auprès des autorités de contrôle dans le cas où la loi sur la liberté des prix et de la concurrence était entrée en vigueur.

4. DEFINITION DES CONCENTRATIONS ECONOMIQUES INTERNATIONALES

A ce stade de l'exposé, il faudrait essayer de définir la manière la plus simple les concentrations économiques à travers les différentes formes qu'elles peuvent revêtir.

Ainsi, L'article 11 de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence précise *"qu'une concentration au sens du présent titre résulte de tout acte quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise qui a pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante"*.

Les opérations visées au niveau du transfert de propriété sont notamment les transferts totaux ou partiels d'actifs tels qu'ils peuvent être réalisés à travers des fusions acquisitions de différents types comme la fusion absorption de la société cible ou la fusion avec disparition des deux entités à l'origine de la concentration avec création d'une entité nouvelle. Ces mêmes concentrations économiques peuvent s'effectuer d'une manière amicale ou hostile quant elles sont réalisées à travers des offres publiques d'achat ou des offres publiques d'échange de blocs d'actions sur le marché financier.

Ces concentrations peuvent aussi se dérouler pour ce qui est des droits et obligations à travers des cessions de contrôle majoritaires ou minoritaires à travers notamment l'acquisition de la minorité de blocage dans la société cible ou la prise de participation minoritaire dans le capital social de la société visée, ce qui autoriserait le cessionnaire à prendre le contrôle effectif de ladite société en raison dans le cas d'une dissémination des droits sociaux auprès du public.

Une autre forme de concentration peu connue mais non moins importante et qui peut produire des effets anti-concurrentiels parfaitement identifiables est celle des alliances stratégiques.

Celles ci sont conclues entre de grands groupes concurrents qui effectuent, principalement dans le but de réduire les coûts de leurs investissements et de produire des économies d'échelles ou des économies d'envergure, des accords de production et de commercialisation conjoints et / ou des accords de coopération dans le domaine de la recherche et développement. A ce sujet, les compagnies aériennes nationales qui souffrent de réglementations nationales quelques peu frileuses en matière de pavillon ont été parmi les premières à utiliser à profusion divers types d'alliance pour rechercher des avantages concurrentiels dans une activité éminemment internationale et globalisée.

Depuis, les grands laboratoires pharmaceutiques mondiaux ont adopté une démarche équivalente pour leurs programmes de R&D sur les nouvelles molécules de médicaments et l'industrie des nouvelles technologies de l'information a tout simplement systématisé cette forme de coopération pour aboutir à la normalisation internationale de produits de haute technologie.

5. SEUIL DE NOTIFICATION.

Ces différentes formes de concentration en projet ou déjà réalisées sont soumises par le Premier ministre à l'avis du Conseil de la concurrence lorsque, conformément aux dispositions de l'article 10 alinéa 2 de la loi *" les entreprises qui sont parties à l'acte, ou qui en sont l'objet, ou qui leur sont économiquement liés ont réalisé ensemble , durant l'année civile précédente, plus de 40 % des ventes, achat autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services de même nature ou substituables, sur une partie substantielle de celui-ci"*.

Le franchissement de ce seuil de 40 % de parts de marché cumulé induit de plein droit l'obligation de notifier au Premier ministre tout projet de concentration tel que cela est défini à l'article 12 de la loi.

Il est à noter à ce propos qu'aucune disposition équivalente n'a été prévue pour les cas où la concentration internationale aurait déjà été consommée. Il aurait peut-être été nécessaire à ce niveau de prévoir la possibilité aux opérations de concentration déjà réalisées d'être notifiées auprès des autorités de contrôle au cours d'une période déterminée et suffisante après la date de concentration pour régulariser et surtout valider éventuellement l'opération au niveau national.

De ce fait, le rôle des autorités nationales de la concurrence est de prendre les mesures nécessaires destinées à annuler ou du moins réduire les éventuels futurs effets anticoncurrentiels des projets de concentration économique au Maroc, sans pour autant pouvoir s'opposer à la conclusion de ces mêmes projets de concentration développés au niveau international et ayant parfois déjà obtenu la bénédiction des autorités de contrôle, américaines comme le Ministère de la Justice (DOJ) ou de la Commission Fédérale du Commerce (FTD) et européenne à travers la Commission de l'Union Européenne.

6. DU POINT DE VUE CONTRACTUEL

D'un autre point de vue de la pratique, les contrats cadres de cession (Master agreements) élaborés entre les entreprises multinationales à l'origine des opérations de concentration prévoient en principe les conditions suspensives liées à l'entrée en vigueur du projet de concentration, avec notamment l'obtention de l'ensemble des autorisations des autorités de la concurrence des pays concernés par cette même opération.

Tout au long des principales étapes de conclusion de l'opération au niveau international (*pre-closing, closing*), les *due diligence* entreprises par les cabinets conseils locaux de chaque pays concerné peuvent aboutir à recommander la notification de ladite opération de concentration aux autorités locales de contrôle de la concurrence en raison de possibles effets anticoncurrentiels et surtout des risques de sanction en cas de défaut de notification et de poursuites judiciaires dans le cas de pratiques anti-concurrentielles avérées.

Une difficulté majeure peut se poser à la date de signature (*closing*) de l'opération de concentration au niveau des entreprises mères à l'origine de cette opération. Elle concerne le déclenchement à une heure déterminée de la date du *closing* des paiements pour les acquisitions d'actifs ou de droits sociaux dans toutes les entités concernées dont le Maroc, alors que l'autorisation de l'autorité de contrôle n'a pas encore eu lieu. Cette situation serait d'autant plus fâcheuse que le projet de concentration ne peut être réalisé pendant la période de notification.

7. DELAIS DE NOTIFICATIONS

Une fois la notification effectuée conformément à l'alinéa 1 de l'article 12 de la loi avec éventuellement des engagements visant à éviter tout risque de manipulation de prix ou de désorganisation ou contrôle des circuits de distribution du ou des marché(s) de produits en jeu, avec en plus la mise en place d'éventuels projets porteurs de nouveaux emplois et de transfert de technologie, un délai maximum de deux mois devra être observé. Cette notification accompagnée d'un bon « *package* » d'engagements aura de fortes chances d'être bien reçue et le silence gardé par le Premier ministre pendant cette durée précitée vaudra acceptation du projet de concentration.

Ce délai serait porté à six mois dans le cas où le Conseil de la concurrence est saisi par le Premier ministre.

Au total, le délai de réponse des autorités de la concurrence serait au minimum de deux mois et au maximum de huit mois.

8. REJET DE LA NOTIFICATION .

L'alinéa 5 de l'article 12 de la loi dispose expressément que "*durant ce délai précité, les entreprises concernées ne peuvent mettre en oeuvre leur projet*". Il s'agit là encore de préciser que cette interdiction a une portée objectivement limitée au territoire national et qu'elle ne peut bloquer le processus de concentration au niveau international.

Une difficulté majeure peut survenir dans le cas où la concentration a été déjà concrétisée au Maroc et que l'autorité de contrôle a décidé le rejet de la concentration avec retour au *statu quo ante*. Comment faudra-t-il alors procéder au désinvestissement sachant que les actifs ou les valeurs mobilières qui ont été cédés lors de la concentration sont entre les mains de nouveaux propriétaires ou de nouveaux porteurs peu enclins à envisager une opérations de cession en sens inverse ?

Sur un autre plan, Le contre coup majeur du refus d'autorisation de l'opération de concentration avec rétablissement de la situation de droit antérieur tel que prévu à l'article 43, alinéa 2 de la loi, serait un processus de désinvestissement local de la société cédante avec les prévisibles conséquences sociales et financières.

9. ROLE DES JURIDICTIONS

Un autre point d'importance tel qu'il émane de la lecture de l'article 15 alinéa 4 de la loi 06-99 se rapporte aux possibilités offertes notamment aux juridictions « compétentes » sur les pratiques anti-concurrentielles de consulter le Conseil de la concurrence sur des pratiques anticoncurrentielles émanant notamment d'opérations de concentration révélées dans les affaires dont elles sont saisies.

Cette consultation est-elle l'équivalent des questions préjudicielles fréquemment posées à la Cour de Justice des Communautés Européennes par les juridictions nationales de premier degré des pays membres de l'Union Européenne sur des points relatifs à l'interprétation des règles communautaires, considérant que la « réponse » de la CJCE s'impose aux juridictions requérantes ? - Ou bien est elle une simple faculté offerte aux tribunaux marocains de consulter le Conseil de la concurrence pour statuer sur des pratiques anti-concurrentielles nées de concentrations économiques ?

Il semble nécessaire d'organiser la passerelle entre les tribunaux statuant sur des questions relatives aux violations des règles de la concurrence et le Conseil de la concurrence pour éviter les aléas d'étalement des délais de procédure et de risques d'interprétation incorrecte du contenu de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence.

CONCLUSION

Les vertus d'une concurrence saine et loyale ne sont pas à démontrer et la loi 06-99 a certainement contribué à combler le vide juridique qui autorisait par le passé des pratiques dans le marché pour le moins déloyales.

En tant que système fondamental du bon fonctionnement d'une économie dynamique, organisée et ouverte sur l'extérieur, la concurrence au niveau du marché intérieur devrait être un principe très protégé.

L'enjeu étant l'incitation à la créativité des entrepreneurs marocains pour le plus grand profit des consommateurs marocains.

* * *