



L'instrumentalisation de la Définition du Marché Pertinent aux Fins de la Mise en Oeuvre des Droits Marocain et Européen de la Concurrence : état des Lieux et Réflexion Prospective

Mohamed El Azhary, Docteur en Droit Privé, Enseignant chercheur
Laboratoire de recherche <<ESSOR>> Droit, Philosophie et Société,
Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales,
Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès, Maroc

[Doi:10.19044/esj.2022.v18n35p169](https://doi.org/10.19044/esj.2022.v18n35p169)

Submitted: 26 August 2022
Accepted: 10 November 2022
Published: 30 November 2022

Copyright 2022 Author(s)
Under Creative Commons BY-NC-ND
4.0 OPEN ACCESS

Cite As:

El Azhary M.(2022). *L'instrumentalisation de la Définition du Marché Pertinent aux Fins de la Mise en Oeuvre des Droits Marocain et Européen de la Concurrence : état des Lieux et Réflexion Prospective*. European Scientific Journal, ESJ, 18 (35), 169.

<https://doi.org/10.19044/esj.2022.v18n35p169>

Résumé

L'appréhension de l'entrave à l'accès au marché suppose avant tout l'adoption d'une approche qui verrait dans toute atteinte à l'égalité des chances entre entreprises, une restriction au libre jeu de la concurrence au sens de la politique de la concurrence, en général, ainsi que des systèmes juridiques marocain et européen sous examen, en particulier. Cette approche qui est de nature à contribuer à la préservation de l'égalité dans la concurrence voire l'exhortation du dynamisme de compétition entre les acteurs présents sur le marché, demeure tributaire de l'intérêt porté à la définition du marché pertinent lui-même. La présente étude s'inscrit dans une perspective de recherche visant au préalable à apporter une conceptualisation des critères juridiques favorisant l'organisation des afflux concurrentiels au sein du marché via le recours à la définition du marché pertinent au standard des systèmes juridiques marocain et européen. Dans le but d'atteindre cette finalité, il est nécessaire de mettre en évidence une réflexion affichant un aspect totalisateur, permettant de mieux définir le marché pertinent, de jauger et d'entrevoir sa réalisation, notamment, à l'aune de la pensée économique.

Mots-clés: Concurrence, Marché pertinent, monopole, Droit de la régulation, Systèmes juridiques marocain et européen, Jurisprudence prétorienne

The Instrumentalization of the Definition of the Relevant Market for the Purposes of the Implementation of Moroccan and European Competition Law: Current State and Prospective Thinking

Mohamed El Azhary, Legum Doctor in Private Law, College Lecturer
Research Laboratory <<ESSOR>> Law, Philosophy and Society,
Faculty of Legal, Economic, and Social Sciences,
Sidi Mohamed Ben Abdellah University of Fez, Morocco

Abstract

The apprehension of the obstacle to market access presupposes, above all, the adoption of an approach, which would see in any attack on equal opportunities between companies, a restriction on the free play of competition, within the meaning of competition policy as well as under the Moroccan and European legal systems. This approach, which is likely to contribute to the preservation of equality in competition or even the exhortation of the dynamism of competition between the actors present on the market, remains dependent on the interest that is shown in the definition of the relevant market. The current study aims to provide a conceptualization of the legal criteria favoring the organization of competitive flows within the market through the use of the definition of the relevant market at the level of the Moroccan and European legal systems. In order to achieve this purpose, it is necessary to put forward a reflection displaying a totalizing aspect, such as to allow the deployment of the need to define the relevant market, to gauge and glimpse its essence, especially, at the yardstick of economic thought.

Keywords: Competition, Relevant Market, Monopoly, Regulatory Law, Moroccan and European legal systems, Praetorian Case Law

Introduction générale

Le droit de la concurrence exhorte incessamment les entreprises, opérateurs du marché à modifier la perception égocentrique qu'elles ont de leur propre sécurité juridique (SPECTOR, D. 2006). Il ne s'agit plus pour elles de s'arc-bouter contre la préservation des droits acquis, mais plutôt d'avoir une part active dans l'investissement voire la soutenabilité de la sécurité juridique à

l'intérieur de l'enceinte concurrentielle, nommément en optant pour une concurrence équitable garantissant l'objectif d'assurer la plus grande égalité d'accès au marché (LE ROY, F. 2004).

En effet, l'égalité de faire concurrence est appréciée à l'aune de la liberté de commerce entre opérateurs voire sous l'angle de la garantie octroyée aux protagonistes concurrents, d'accéder, sans aucune restriction au marché (DUMEZ, H. & JEUNEMAITRE, A. 2005). A ce titre, le droit de la concurrence complète celui de la liberté de circulation (STUYCK, J. 1999). La limitation de la liberté du commerce (ou encore la violation du principe de la liberté de la concurrence) constitue le fait générateur de l'atteinte à l'accès (et à l'exercice de l'activité économique) laquelle est qualifiée d'acte anticoncurrentiel (ou restrictif au fonctionnement normal du régime de la concurrence). D'où un examen du marché pertinent semble requis. Ceci se justifie par la finalité d'appréhender la situation faisant entrave en termes d'accès au marché. Cet examen s'opère au moyen de la définition du marché pertinent.

Problématique de l'étude

Mais, au vu de l'importance grandissante que revêt l'appréhension du marché pertinent pour l'appréciation de la réalité dynamique du marché concurrentielle, il est utile de poser la problématique suivante : « comment s'est instrumentalisée la définition du marché pertinent au niveau des systèmes juridiques marocain et européen de la concurrence? »

Méthodologie et plan d'étude

Dans le dessein de porter résolution à cette problématique, nous allons avoir recours à la forme appropriée à la dissertation juridique selon le mode d'appréhension des juristes privatistes (droit privé). La méthodologie que nous adopterons puise ses racines d'une double facette d'appréhension. Il s'agit, en premier lieu, d'une approche comparative portant sur la détermination d'une manière thématique et chronologique de l'acceptation du marché pertinent et ses fonctionnalités évolutives dans l'Histoire de la pensée économique (l'économie industrielle, l'économie monopolistique, l'économie de l'Antitrust). Et en second lieu, d'une approche juridique traçant le processus de la mise en œuvre progressive de la définition du marché pertinent en droit marocain et européen de la concurrence. Aussi, conviendrait-il d'exposer successivement la teneur de ces deux approches.

Autrement dit, dans le but de mettre en exergue la nécessité de recourir à l'outil marché pertinent pour le maintien de l'égalité entre entreprises au sein de l'arène concurrentielle, les enjeux sont d'envergure. Il s'agira de broser le portrait de l'évolution au fil de l'Histoire de la notion du marché pertinent et de dévoiler l'ampleur que revêt sa consécration aux fins de l'application du

droit de la concurrence, par l'entremise de deux mouvements fondamentaux, distincts, mais complémentaires. D'abord, l'exposé de l'évolution de la notion au regard des écoles doctrinales de la pensée économique et de son déploiement, dans le but de localiser le milieu au sein duquel les entreprises se livrent à la concurrence. Ensuite, la mise en œuvre et l'incorporation progressives de la notion du marché pertinent par le prétoire marocain et européen de la concurrence pour l'appréhension de l'atteinte provoquant le cloisonnement du marché.

A dire vrai, l'appréhension des contours du marché pertinent n'a guère été une manœuvre facile, la première difficulté à la consécration du marché pertinent a été la déconsidération des modèles économiques avérés vis-à-vis de l'exigence de définir le marché dans le dessein de mesurer et évaluer l'ampleur des pressions concurrentielles (A). Pourtant, bien qu'étant le principe phare de l'économie, l'appréhension du marché pertinent demeure un chef-d'œuvre prétorien, fondé sur une appréciation concrète des éléments factuels prédominants qui permettent d'appliquer convenablement la règle de droit (B).

Résultats de l'étude

Aussi, cette étude nous a-t-elle permis de mettre en évidence deux caractéristiques des plus essentielles s'attendant à l'essence même du marché pertinent, son aspect factuel (a), ainsi que sa fonction téléologique (b).

a. La définition du marché pertinent : une question de fait et non pas une question de droit.

Au départ, le marché pertinent est une notion qui tire ses origines des premières racines des théories économiques fondamentales et que le droit de la concurrence s'est approprié. Cet outil d'analyse économique a une lignée d'ascendance généalogique ancestrale, puisqu'elle transparait sous la plume des auteurs fondateurs de l'économie politique, parfois sous le vocable d'industrie, de marché en cause ou de référence, ou tout simplement de marché.

Bien entendu, du point de vue de la théorie économique, la définition du marché pertinent a toujours occupé une place de choix dans les esprits, notamment chez les pionniers de l'économie classique. Pourtant, il n'existe pas une définition uniforme de la notion de marché. Il existe tout de même plusieurs. Pour les uns, le marché s'apparente avant tout au lieu géographique où s'exerce librement la concurrence entre opérateurs échangistes. Il s'affiche pareillement comme un champ de force défini par la concurrence laquelle impose aux opérateurs échangistes de s'y conformer (SMITH, A. 1776). aux yeux des autres, le marché est appréhendé principalement comme une variable dépendante du mode de production capitaliste (BOYER, R. 1986).

Pareillement, le marché est considéré comme une forme d'organisation des échanges entre les agents économiques, dont l'une des caractéristiques essentielles est, en l'occurrence, celle impliquant que les transactions économiques s'y opèrent sur la base des prix (DIEMER, A. 2006).

D'ailleurs, la doctrine juridique fait preuve de réticence eu égard au marché pertinent, lequel avait été défini d'une façon assez rudimentaire comme étant le domaine abstrait de négociations de biens. Selon la doctrine juridique, le marché fait office de rassemblement idéal de ceux qui cherchent à acquérir et de ceux qui cherchent à écouler leurs biens (SAVATIER, R. 1959). En droit de la concurrence, c'est exceptionnellement le travail jurisprudentiel qui octroyé au marché pertinent la place qu'il mérite. C'est pour cette raison même qu'on la qualifie de notion prétorienne (BOUSAOUF, M. 2021). Or, la notion de marché pertinent que nous avons étudié dans ce travail de recherche correspond plus précisément au libellé «marché pertinent» tel qu'il est aujourd'hui appréhendé par la pratique.

b. La fonction téléologique de l'outil du marché pertinent

Certes, l'œuvre prétorienne des ordres juridiques marocain et européen met en évidence une analyse minutieuse d'un contexte présenté comme économique de l'appréhension du marché dit pertinent, lequel est conçu comme étant un précepte drastique, dans la mesure où il permet de tracer l'enceinte concurrentielle et de la sorte, le cadre dans lequel s'exercent les activités de l'entreprise ou des entreprises concernées (LIARTE, S. & CAILLUEL, L. 2008). A dire vrai, l'analyse du champ concurrentiel érige ses fondements sur le prisme de la réalité économique contemporaine qui sous-tend que la concurrence n'existe qu'entre des agents compétiteurs qui se partagent à parité un même terrain, car par la nature des choses on ne peut faire concurrence à soi-même. Ainsi, ne serait-il pas possible d'apprécier la concurrence (mesurer ses variations) que sur la base de la circonscription de la zone d'action sur laquelle s'exerce cette concurrence (BOUCHARD, C. 2005). Par voie de conséquence, la définition du marché pertinent s'affiche comme étant une démarche inévitable dans le processus de l'instauration de la sécurité du commerce juridique au sein du marché et de son corolaire la préservation de l'équilibre entrepreneurial.

En d'autres termes, la mise en œuvre de la délimitation du marché pertinent ne constitue pas une fin en soi; elle s'affiche plutôt comme un moyen efficace permettant d'appréhender le comportement des entreprises et de connaître si celui-ci sera susceptible de porter atteinte au libre jeu de la concurrence. L'idée étant que la définition du marché pertinent n'a de sens que lorsqu'elle vise à recadrer les agissements des entreprises sur le marché, c'est pourquoi, l'appréhension du marché est considérée comme une première étape d'évaluation de la stabilité du marché.

Cette phase essentielle fait partie intégrante du processus du maintien d'une concurrence effective. Comment pourrait-il en être autrement, puisqu'il est accepté unanimement que c'est de l'issue de la définition du marché que dépend le sort du cas contentieux. Il s'ensuit donc que tenter de mettre la lumière sur l'égalité des conditions d'accès au marché et le principe du libre jeu de la concurrence dans les systèmes juridiques marocain et européen, passe nécessairement par l'appréhension du marché pertinent. Un exercice qui a pour but de retracer l'enceinte de l'arène concurrentielle par la localisation de la source de l'atteinte à la concurrence, et de mesurer les contraintes concurrentielles qui pèsent sur le marché lequel constitue une zone de prédilection aussi bien des acteurs économiques que du consommateur.

Autant, l'appréhension du marché pertinent agit en termes d'identification des acteurs participant à la fixation des mécanismes de déploiement des corrélations entre entreprises, et de l'évaluation des parts de marchés détenues par une entreprise ou un groupe d'entreprises, lesquelles vecteurs constituent, en l'occurrence, la source des pratiques empêchant, restreignant ou faussant le jeu de la concurrence.

Discussion

A. Le syndrome d'une omerta imposante des économistes au référent marché pertinent

Il est admis, aujourd'hui, que l'approche holistique des pratiques du milieu des affaires (nommément par l'intermédiaire de l'outil économique) a toujours eu le mérite aux yeux de la communauté économique internationale d'être prise d'intérêt à la problématique de la position de l'entreprise au sein de l'environnement concurrentiel. Cet intérêt porté à l'étude du milieu de l'entreprise prend une ampleur considérable avec l'émergence de l'économie industrielle (HOUSSIAUX, J. 1958), dont le traitement de l'incertitude du degré de rivalité entre entreprises sur le marché demeure par excellence le premier sujet de préoccupation (DIAWARA, K. 2008).

En dépit du contexte extrêmement délicat voire révélateur du degré de l'incertitude qu'implique la rivalité entre entreprises sur le marché, la plupart des économistes, hormis les théoriciens de l'économie industrielle, ne se sentent pas en faveur de la motion de définir le marché pertinent en vue d'appréhender et comprendre le phénomène concurrentiel. Le premier élément qui apparaît lorsque l'on se penche sur l'étude des écrits économiques relatifs au marché pertinent est le peu de crédit voire l'absence complète d'intérêt que certains économistes portent à la question (WERDEN, G. 1983).

Un tel désamour révélé par les théoriciens du comportement de l'entreprise au marché pertinent, puise sa vocation à l'unité de l'émergence de la théorie de la concurrence imparfaite ou monopolistique (**a**). Mais encore sur les traces des partisans de la concurrence imparfaite, l'étendue de ce discrédit

(objet du débat fondateur exhorté et soutenu par l'École de Harvard et l'École de Chicago) s'explique en partie par des considérations différentes liées principalement au concept de l'efficacité économique (b).

a. *La concurrence monopolistique : une impassibilité funeste face au marché pertinent:*

Cette déconsidération de la part des économistes eu égard à la consécration de l'exigence d'appréhension du marché pertinent (en tant qu'indice de référence pour cerner les comportements des entreprises sur l'arène concurrentielle) puise de sa valeur intrinsèque dans l'émergence de la théorie de la concurrence imparfaite (ETNER, F. 2012) ou monopolistique (CHAMBERLIN, E- H. 1949).

Les théoriciens de l'économie monopolistique (KEPPLER, J- H. 2004) ou de la concurrence imparfaite (premiers détracteurs de la notion de marché pertinent) pensent à l'inexistence d'homogénéité ou de substituabilité des produits, notamment, en incorporant l'indicateur de la différenciation des produits et celui des coûts de vente (RAINELLI, M. 2003). Ces théoriciens de l'économie monopolistique récusent-ils catégoriquement et de la même manière la théorie de l'équilibre général (WALRAS, L. 2018) conçue sur les soubassements de la concurrence pure et parfaite (GABSZEWICZ, J. 2003) telle que défendue par l'école classique de l'économie industrielle.

En intégrant l'indicateur de la différenciation des produits et celui des coûts de vente (RAINELLI, M. 2003), cette théorie résurgente de l'économie monopolistique ou de la concurrence imparfaite a ainsi démontré que la plupart des entreprises disposent d'un pouvoir de monopole sur leurs produits tout en se livrant à la concurrence entre elles.

D'ailleurs, sur la base de l'indicateur de la différenciation des produits, la théorie de la concurrence imparfaite rejette le recours au marché pertinent en concevant que chaque entreprise met en vente des produits et cherche à attirer les consommateurs en différenciant son offre de celle de ses concurrents. Selon la théorie de la concurrence imparfaite, chaque produit est différent de celui commercialisé par le concurrent, les produits n'étant pas substituables les uns aux autres. La situation s'analyse comme un ensemble de monopoles où chaque produit est un marché en soi. Dès lors, définir un marché pertinent en établissant des bornes en incluant ou en excluant des produits s'avère être absurde au regard des théoriciens de l'économie monopolistique (CHAMBERLIN, E-H. 1950). De facto, c'est l'idée même de la substituabilité qui est rejetée par ces économistes qui considèrent que tous les produits sont nécessairement différents les uns des autres et ne peuvent appartenir à un même marché.

Le raisonnement des théoriciens de la concurrence monopolistique quant à l'indicateur de la différenciation des produits trouve encore des échos

dans l'économie actuelle, étant entendu que l'absence de substituabilité des produits sur le marché se trouve être la conséquence directe de la stratégie de différenciation et de segmentation manœuvrées par les entreprises se livrant à la concurrence (CHAVONNAND-VALADES, N. 2019).

A titre d'illustration, on peut citer la récente position de la Commission Européenne prise à l'occasion de sa décision du 6 septembre 2018. À la lumière de cette décision la Commission Européenne déclare le projet de rachat de *Shazam* par *Apple* compatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE. À travers cette décision la Commission concrétise la teneur de l'indicateur de la différenciation des produits mis en œuvre par les théoriciens de l'économie monopolistique. Dans cette décision, la Commission conclut en relevant l'inexistence de substituabilité entre le service dit de *streaming musical* et le service de *streaming vidéo*, en indiquant que le marché *streaming* de musique est constitué de tous les services de *streaming* de musique (à savoir *Spotify*, *Deezer*, *Google Play*, *Amazon Music* et *Apple Music*) faisant un marché ou un monopole à part entière, se distinguant du marché des services de *streaming vidéo*, même si les deux services sont usités par un même appareil mobile (COMMISSION CE, *Décision de la Commission du 6 septembre 2018 déclarant une concentration compatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE, Affaire M.8788 — Apple/Shazam*, Journal officiel n° 2018/C 417/04 du 16/11/2018, § 99).

La différenciation des produits ou service peut être palpée même au sein d'un même monopole des services de streaming cellulaire, ce en dépit du fait qu'à première vue ces plateformes offrent des services de *streaming* avec des bibliothèques de musiques proposées à des prix similaires. Effectivement, il est constaté en se penchant sur les interactions entre les appareils mobiles et ces plateformes, que ces services ne sont pas homogènes et que leur substituabilité ne va pas de soi, notamment du fait que le système d'exploitation d'*Apple*, iOS, permet des synergies entre les produits *Apple* et le service *Apple Music* qui n'existent pas avec les autres services de musique. A titre d'exemple, il est possible de lancer une playlist musicale *Apple Music* via la fonctionnalité *Siri* de l'*iPhone*, alors qu'il n'est pas possible de faire de même pour une playlist *Spotify*. On pourrait ainsi arguer que la spécificité voulue par la marque *Apple* dans l'architecture même de ses solutions vient segmenter le marché et contredire la substituabilité entre ces services.

Dès lors, la critique originelle et conceptuelle des théoriciens de la concurrence monopolistique quant à l'indicateur de la différenciation des produits ne peut être simplement balayée d'un revers de la main comme une excentricité de l'Histoire économique.

Par ailleurs, en vue d'approcher d'avantage le cadre contextuel ayant conditionné l'antagonisme quant au recours à la définition du marché pertinent

par la théorie de la concurrence monopolistique, il faut remonter à la théorie Marshallienne (SAMUELSON, P-A. 1972) qui a été la première à préconiser un découpage de l'activité économique sous forme d'industrie, afin de déterminer les prix d'équilibre (GLAIS, M. & LAURENT, P. 1983). Selon le principe de l'équilibre partiel, le marché est appréhendé comme étant «l'espace où les prix des produits tendent vers l'égalité, avec facilité et sur une courte période» (MARSHALL, A. 1920). De toute évidence, sur le fondement de la théorie Marshallienne le marché demeure un mécanisme efficace offrant l'opportunité de procéder au regroupement de toutes les entreprises possédant un équipement technique, une expérience et des connaissances suffisamment identiques pour fabriquer des biens.

Cette approche bornée voire statique de regroupement de l'activité économique a permis de démontrer, *via* la perception Marshallienne, que le processus concurrentiel repose sur des prix à tendance équilibrée. Cette théorie de l'équilibre partiel, qui est fondée sur la concurrence pure et parfaite, allait être remise en cause de manière spectaculaire par les adeptes de la concurrence monopolistique.

Or, l'on sait en effet que la principale critique adressée à la théorie de la concurrence pure et parfaite s'attèle particulièrement à son caractère utopique et irréaliste. D'où il s'en suit qu'à partir de cette donne, il n'est pas surprenant par tel vertu de voir le même prétexte à caractère utopique crollé et brandi en argument récursif à l'encontre de l'appréhension du marché pertinent dans les affaires de concurrence.

C'est ainsi que la théorie de la concurrence imparfaite ou monopolistique, tend à rejeter de façon vexatoire le recours au marché pertinent, en récusant le concept d'industrie lui-même qui (à l'époque de la résurgence de la théorie d'économie industrielle) était synonyme de marché. Il en va de même pour la teneur du concept d'industrie qui s'avère être impropre à la réalité (ROBINSON, J. 1933).

Cette attitude isolationniste et antipathique eu égard au recours au concept du marché pertinent, découle de la concomitance flagrante de divers arguments pour construire un dogme absolu qui rejette catégoriquement tout ce qui est en faveur de la consolidation de la définition du marché pertinent aux fins de la régulation de la scène concurrentielle. En outre, les effets d'entraînement indirects se propagent par ricochet faisant que cette situation a influencé la position de la communauté économique qui continue à contester les structures doctrinales qui maintiennent une position favorable au recours à la définition du marché en cause. Ainsi, le débat essentiel axé sur l'opposition ou l'observation du marché pertinent— dans le dessein d'accroître l'efficacité économique et améliorer la compétitivité— prend son ampleur dans l'Histoire de la pensée économique de l'Antitrust et de la protection de la concurrence,

à partir des années cinquante notamment entre les rivaux intimes : l'École de Harvard et l'École de Chicago.

b. Les dissensions sur le marché pertinent : une résonance dans l'Histoire de l'Antitrust:

L'École de Harvard ou l'École structuraliste considère qu'étant donné l'absence de concurrence pure et parfaite dans la vie économique réelle et ses répercussions potentielles non négligeables sur l'environnement économique, on pourrait prétendre à la concurrence du moment où le fonctionnement des mécanismes structurels du marché s'avère suffisamment fluide.

Dans la veine de la pensée des théoriciens structuralistes, le paradigme de la concurrence s'articule spécialement autour de trois groupes de facteurs spécifiques interdépendants et essentiels. Il est question en premier lieu de la structure du marché, laquelle est caractérisée par la présence ou l'absence de barrières à l'entrée. En second lieu, on retrouve les comportements des acteurs du marché, il s'agit soit d'un antagonisme d'une rivalité intense exercée entre les différents concurrents, soit d'une collusion tacite ou expresse entre les protagonistes du marché. En troisième lieu, on traite de la performance du marché tenant en compte du niveau des prix, de la production et de l'innovation.

À l'analyse du paradigme développé par l'École de Harvard, la structure du marché conditionne la concurrence qui règne en son sein. Autrement dit, la relation entre la structure du marché et le pouvoir exercé en son sein dépend essentiellement des conditions d'entrée sur le marché, à travers l'existence de barrières à l'entrée (BAIN, J. 1968). Selon l'École de Harvard, c'est la visée de la consécration de l'économie libérale moderne – dans le cadre d'une politique de concurrence– qui est placée au premier rang des priorités. Aussi, le pouvoir de marché est-il perçu comme un élément négatif qui doit être prohibé par nature, dans le dessein d'accroître l'efficacité économique et améliorer la compétitivité.

À l'aune de son impact sur la croissance économique, la réalisation de l'efficacité s'attache, selon l'École de Harvard, à la protection des concurrents. Effectivement, les structuralistes voient dans les barrières à l'entrée, l'élément catalyseur à l'origine d'une inefficacité accrue du marché. Aussi, l'École de Harvard soutient-elle une action structurelle des pouvoirs publics aux fins de rétablissement d'une concurrence effective, et particulièrement à la mise en œuvre du droit de la concurrence.

L'École de Chicago pour sa part, propose une approche dynamique de la concurrence, laquelle est envisagée comme un processus à part entière mis en place pour la sélection des entreprises les plus efficaces pour soutenir le développement de leurs industries. Dans cette conception, les tenants de la version de l'École de Chicago considèrent que ce sont les comportements des

entreprises et leurs performances générales qui agissent sur la concentration du marché de la même manière que sur la croissance économique et le développement et les mettent en relief. Ainsi, l'entreprise qui offre un produit sur la mesure des exigences de la demande (notamment en termes de meilleure qualité que celle de la concurrence) acquiert une nouvelle clientèle sans pour autant perdre les clients historiques, et pourra, de la sorte, détenir une position dominante. La concentration du marché, la position des concurrents et leur nombre, la stabilité des parts de marché dans le temps demeurent sans doute une substance due aux différences de performance entre entreprises, détenir une position dominante étant simplement imputable à un meilleur positionnement de l'entreprise par rapport aux autres concurrents. Subséquemment, un marché doit être jugé en fonction de son efficacité et non de sa structure, une structure concentrée étant inébranlablement le résultat d'un long processus évolutif, dans lequel interviennent de façon décisive le comportement efficace de l'entreprise.

S'insurgeant contre les doctrines de l'École de Harvard fondées sur une conception statique, informelle et contre-productive de la concurrence (POSNER, R. 1979), l'École de Chicago propose une approche dynamique de la concurrence, fondée sur le concept *laissez faire, laissez aller*, qui valorise la non intervention de l'État, faisant incrusté avec moins de retenue la conviction que le marché fonctionne mieux lorsque le gouvernement le laisse tranquille (FREEDMAN, V-L. 2013). Ce dogme réfute l'argument tendant à affirmer que les barrières à l'entrée permettent d'exercer indûment un pouvoir de marché. En effet, pour l'École de Chicago, mis à part les barrières légales, les obstacles à l'entrée sont la manifestation de la plus grande efficacité des entreprises déjà implantées sur le marché. Selon cette théorie, on ne devrait pas juger le dynamisme de la concurrence sur la base de la structure d'un marché à un moment donné, mais selon l'exercice toujours nécessaire de la liberté d'agir sans ingérence extérieure, pour que les nouveaux concurrents puissent se positionner sur ce marché.

L'étendue de cette controverse existante entre l'École de Harvard et l'École de Chicago s'explique, de facto, par des considérations amplement différentes touchant la nature cumulative de la concentration du marché et de l'efficacité économique, lesquelles se traduisent par des conceptions distinctes de ce que doit être le droit de la concurrence. Faisant, de la sorte qu'au fil de l'évolution historique de ces écoles doctrinales, le concept de marché pertinent a toujours été le principal théâtre des confrontations idéologiques entre les partisans d'une intervention plus active du droit de la concurrence et leurs opposants de l'École de Chicago (IANOS, L. 2007), prophétisant la naissance d'un courant de pensée capitaliste, néolibéral acerbe.

Initialement basée sur les principes fondamentaux du non interventionnisme étatique et de la consécration de la libre concurrence dans

un espace ouvert, l'école de Chicago contestait l'idée même de définir un marché pertinent. Selon l'école de Chicago, la politique de concurrence ne devait avoir pour finalité ultime, que de veiller à ce que ne se dressent pas de barrières à l'entrée des entreprises aux marchés, et plus particulièrement les barrières d'ordre réglementaire (BROZEN, V- Y. 1969).

Néanmoins, une fois l'exigence de la régulation étatique de la sphère économique se trouve couramment admise, la communauté économique a cherché à mesurer directement le degré de la concentration du marché de l'entité dressant des barrières à l'entrée aux marchés, à cet égard un certain consensus s'est intercédé en faveur de la nécessité de la notion de marché pertinent. Pourtant, en dépit des affirmations manifestement en faveur de la formalisation progressive du concept du marché pertinent, il ne faudrait pas négliger pour autant que la teneur du concept en cause n'est pas nettement définie ni clairement aménagée.

Le marché pertinent devient, subséquemment, la source de discordes des économistes. Les partisans de l'école structuraliste vont défendre une définition restreinte du marché pertinent au niveau duquel le ratio des parts de marché de l'entreprise (qui représenté par le pourcentage des ventes réalisées par l'entreprise sur un marché donné par rapport au total des ventes du même produit ou d'un produit substituable faites par ses concurrents et elle-même) seront imposants. Tandis que les économistes de l'école de Chicago feront valoir un marché pertinent dans lequel le ratio des parts de marché sera dilué et aura, par voie de conséquence, des répercussions particulièrement lénifiantes par rapport à l'appréciation de la position de l'entreprise.

Dans une optique plutôt favorable au courant de pensée de l'École structuraliste, la jurisprudence fédérale américaine a introduit l'idée de sous-marché au sein du marché pertinent. Cette notion résurgente a été définie pour la première fois à l'occasion de l'affaire *Brown Shoe Co* (Cour Suprême des Etats-Unis, *Arrêt Brown Shoe Co. Inc. v. United States*, 370 U.S. 294, 1962, p.325). Suivant cet arrêt, il existerait au sein du marché pertinent, *un marché plus restreint et encore plus pertinent*. Il s'agira, en effet, de définir un espace étroit dans lequel les produits partagent une forte substituabilité (un marché pertinent au sein d'un marché pertinent où les produits en vente présentent des caractéristiques peu différentes de ceux qui existent déjà, mais qui combinent le même besoin et apportent le même degré de satisfaction aux consommateurs) afin d'apprécier rigoureusement la position de l'entreprise concernée. Mais, en admettant qu'il est, officiellement, confirmé que le sous-marché existe dans la pratique jurisprudentielle pro-structuraliste, l'on devrait s'interroger sur l'utilité et la pertinence de définir un sous-marché au sein d'un marché pertinent. Une chose qui n'est pas évidente étant que le sous-marché semble être le marché pertinent tout court. A juste titre, on relève que la Cour d'Appel américaine (du quatrième circuit) conçoit le concept de sous-marché

comme une curiosité insolite par rapport à la définition rigoureuse du seul marché pertinent (Cour d'Appel des Etats-Unis du Quatrième Circuit, *Arrêt Satellite Television & Associated Resources, Inc. v. Continental Cable vision of Virginia, Inc.*, Citation n° F.2d n° 714, 1983, note de bas de page n°5).

De son côté l'Ecole de Chicago va trouver dans la théorie des marchés contestables, un argument probant en faveur de la rescousse de la théorie de l'efficacité dynamique plutôt qu'à l'étude de la structure du marché. À cet égard, on remarque que sur l'ensemble, cette théorie fournit une nouvelle analyse des structures de marché, et en particulier un cadre inédit d'appréhension des situations de monopole. La théorie des marchés contestables met l'accent sur le rôle vital de la concurrence potentielle comme contrainte pesant sur les entreprises dans un secteur d'activité. Les deux vecteurs principaux sont l'absence de barrières à l'entrée et l'absence de barrières à la sortie du marché. Le marché sur lequel l'entrée est parfaitement libre et dont la sortie s'effectue sans coût est un marché contestable. Le fonctionnement d'un marché contestable s'affiche à travers le mécanisme subséquent : les entreprises en place maintiennent leurs prix au niveau concurrentiel en raison de la menace constante représentée par les entrants potentiels. Si les entreprises en place augmentent leurs prix, les entreprises postulantes feront leur entrée. Ainsi, contrairement au paradigme d'un marché en situation de concurrence pure et parfaite, un marché contestable peut rassembler un nombre quelconque d'entreprises parmi lesquelles une entreprise en position dominante (DEMSETZ, H. 1974).

Si le marché pertinent a été la source des discordes les plus tenaces entre, d'une part, les partisans de l'école structuraliste, et d'autre part, ceux de l'école de Chicago. Il a été admis que le concept a toujours été le principal théâtre des manifestations des confrontations idéologiques au vu des théoriciens de l'économie de l'Antitrust. Pour les observateurs spécialisés sur les questions stratégiques, et plus particulièrement, au cours de l'Histoire de l'Antitrust, la définition du marché pertinent a joué un rôle déterminant dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence, notamment, à l'encontre des opérations de concentration des entreprises. La définition du marché pertinent a doublement servi, d'abord, à cerner la forte suspicion *a priori* à l'encontre des grandes entreprises et des structures de marché concentrées et, ensuite, faire face au problème croissant de simplifier à l'extrême la charge de la preuve incombant aux autorités régulatrices de la concurrence, ce qui a constitué les soubassements d'une politique tendant à renforcer l'efficacité économique, notamment, en limitant le pouvoir de marché des grandes entreprises suspectées être à l'origine des agissements antagoniques au libre jeu de la concurrence. Pourtant, en dépit des affirmations historiques factuelles manifestement en faveur de la définition du marché pertinent pour faire face aux préoccupations en matière de compétitivité des entreprises; il ne faudrait

pas négliger pour autant que la teneur du concept en cause n'est pas nettement définie ni enchâssée dans la législation.

Si nous considérons ce qui précède, il est raisonnable d'en inférer que les symptomatiques d'appréhension de la notion de marché pertinent ont amplement évolué en s'alignant notamment sur les considérations et les desseins de l'école de pensée dominante du moment et de son histoire politique, pour devenir un ensemble complexes impliquant les proportions économiques, politiques et juridiques. Cet itinéraire à caractère dynamique et évolutif n'est pas condamnable en soi. Tout usage, tout concept, idée, connaissance contenu dans l'information reçue peut évoluer au rythme des progrès de la science et de la technologie et du courant idéologique prenant les rênes sur la scène économique, pour se préciser et se rapprocher de la réalité des faits. En revanche, on ne peut guère affirmer que la notion du marché pertinent est absolument objective, indépendante et détachée de toute doctrine ou opinion idéologique. *Expressis verbis*, entre partisans en effectif fortement réduit et adversaires en recrudescence, la définition du marché pertinent gagnait à nouer un dialogue bien qu'antagonique entre eux. Pourtant, interprétée *factis et verbis*, les adversaires ont eu gain de cause, et ont fait pencher la balance en défaveur de la définition du marché pertinent, en considérant le marché pertinent comme un instrument dénudé d'intérêt voire imparfait pour atteindre le progrès vers la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et d'égalité d'accès aux marchés.

Mais, si la plupart des théoriciens de l'économie et de la politique libérale affichent le peu de crédit par rapport à l'efficacité de la définition du marché pertinent, secondé de l'absence complète d'intérêt et de détachement à l'égard de tout ce qui est en relation, le marché pertinent, en plus d'assurer un repère de stabilité pour le régulateur comme pour le justiciable, demeure un outil important que le droit de la concurrence a graduellement assimilé. Aussi, tout enclin à tomber dans les filets de la renonciation à la définition du marché pertinent s'avèrera-t-il une entreprise périlleuse en raison des transmutations importantes que cela entraînerait dans la pratique même du droit. C'est inévitablement la raison pour laquelle, à l'instar de l'œuvre prétorien européen, l'on verra que le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc a diligemment posé l'exigence de la définition du marché pertinent en tant qu'étape essentielle vers l'investiture d'un modèle d'appréciation de la régularité des agissements des acteurs du marché.

B. La levée de l'omerta sur la référence au marché pertinent à l'aune de l'office prétorien

La définition du marché pertinent n'est pas une fin en soi, mais plutôt une partie intégrante du cadre d'analyse des contours de la sphère économique. Elle s'affiche comme étant une étape indispensable dans l'instauration de la

paix économique au sein du marché. Elle est, en fait, exigée par la nature dynamique des afflux des opérateurs échangeant des biens et des services sur le marché. Une telle substance dont l'appréhension demeure tributaire avant toute chose de la localisation de la sphère d'action de ces protagonistes antagonistes avant de pouvoir apprécier correctement la légitimité de leurs comportements. La définition du marché pertinent n'a pas d'autre but que de tracer le cadre d'application des règles de la concurrence, tel cadre que les autorités de la concurrence des systèmes sous examen (autant le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc et le juge européen) sont astreint de mettre en oeuvre. Car à défaut de quoi ces autorités ne sauront appliquer la règle de droit *ex aequo et bono*.

L'appréhension du marché pertinent par les instances du droit de la concurrence repose sur une logique juridique de mise en œuvre des dispositions du droit recadrant les agissements des acteurs en compétition au sein de l'arène concurrentielle, nommément, lorsque ces supposés comportements sont estimés avoir pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Une pareille logique puise ses fondements de la dimension normative et régulatrice du droit de la concurrence. Or, l'analyse au prisme de l'argumentation à laquelle se livrent les instances de régulation des systèmes juridiques sous examen ne les autorisent qu'à retenir les faits congruents, s'affichant à travers les éléments factuels prédominants qui vont leur permettre de pouvoir appliquer convenablement la règle de droit. C'est dans ce contexte qu'il faudrait comprendre l'impératif à la lumière duquel l'appréhension du marché pertinent est indispensable pour l'affranchissement de la première condition de la lutte contre les agissements antinomiques au libre accès au marché.

C'est indubitablement la raison pour laquelle, à l'instar de l'œuvre prétorien européenne, le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc a diligemment posé l'exigence de la définition du marché pertinent en tant qu'étape essentielle dans l'appréciation de la régularité des agissements des acteurs du marché, en opérant, le cas échéant, un glissement remarquable de la notion économique de marché dans le champ juridique, nommément, à travers les avis et décisions émis par lui en sa qualité d'autorité de la concurrence, et ce, dans le cadre de la mise en œuvre de sa mission de surveiller les marchés et réfléchir sur les meilleurs moyens pour les rendre concurrentiels, de même qu'à l'occasion de ces études de synthèse sur la concurrentiabilité de certains secteurs.

D'ailleurs, autant en droit marocain qu'en droit européen de la concurrence, la reconnaissance de la nécessité de la canonisation de la notion du marché peut être conceptualisée chronologiquement en une triade d'échelles consécutives. Dans un premier temps, l'œuvre prétorienne s'est soumise à un

plafond aux vues étroites, cheminé vers une référence en filigrane voire de manière assez implicite à la nécessité légitime de recourir à la délimitation du marché pertinent. Une telle nécessité a débouché sur la préconisation d'une pleine consécration de la notion en indice d'appréciation des entreprises se livrant aux agissements cloisonnant l'accès au marché **(a)**. Dans un second temps, nous suivrons une démarche pragmatique du prétoire tendant vers l'éclosion évolutive de la notion du marché pertinent, laquelle a été plus au moins instiguée par une remise en valeur abrupte des données du marché à la seule occurrence finale d'appréciation des éventuelles restrictions à la concurrence **(b)**.

a. Un point de repère modique à l'instrumentalisation prétorienne du marché pertinent

L'étude portant sur l'évolution de la teneur ainsi que de la structure interne de l'œuvre de la jurisprudence européenne, fait ressortir plus nettement que les premières affaires dans lesquelles le prétoire européen a fait référence dans ses grandes lignes au marché pertinent, concernent les cas contentieux en matière d'entente.

Lors du déploiement de la première série d'application de l'article 81 paragraphe 1 CE (actuel article 101 paragraphe 1 TFUE), l'on constate que le juge européen prend en considération l'intérêt que représente la mise en évidence du contexte économique et juridique dans lequel l'accord litigieux se répand et produit ses effets.

Force est de constater que l'article 81 paragraphe 1 CE a été forgé de telle façon que pour déceler si un accord se trouve sous l'emprise de son champ d'application, on est astreint d'évaluer à l'avance ses effets sur le marché. Autrement dit, pour savoir si le présumé accord prohibé est susceptible de porter atteinte de manière sensible à la concurrence, il faut que l'entreprise détienne une certaine position de prévalence sur le marché de référence, ce qui nécessite l'octroi de nettement plus importance au renvoi automatique au marché pertinent.

C'est ainsi que la Cour de Justice de la Communauté Européenne fait purement et simplement sentir la nécessité de faire référence à certains aspects du marché pertinent. Cet intérêt porté au marché pertinent se fait sentir à l'occasion de son arrêt *La Technique Minière* (CJCE, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 30 juin 1966, aff. 56-65, Rec. 1966 00337), puisque la Cour de Justice de la Communauté Européenne affirme sans ambiguïté que dans le dessin d'apprécier si un contrat doit être considéré comme étant prohibé en vertu de la réglementation en vigueur ou non, il faut avoir en ligne de mire, plus particulièrement, la nature et la quantité des produits objet de l'accord, mais aussi le positionnement du concédant et du concessionnaire par rapport à la concurrence sur le marché de

produits en cause. Cela sans omettre les particularités de l'accord suspecté (s'il s'agit d'un accord isolé ou au contraire un accord situé dans un ensemble d'accords). Et pareillement la rigueur des clauses régissant la corrélation concédant-concessionnaire et qui sont destinées à préserver l'exclusivité. Et dans un même sens la Cour de Justice de la Communauté Européenne affirme la nécessité de déceler les éventuelles possibilités laissées aux autres courants commerciaux sur les mêmes produits objet de l'accord d'exclusivité, si elles ont lieu d'être.

Aussi, cette affirmation jurisprudentielle sans précédent de la Cour de Justice de la Communauté Européenne allait-elle faire une pratique jurisprudentielle notoire et économiquement significative. Elle serait ultérieurement réaffirmée de manière constante et proactive dans les affaires mettant en cause l'article 85 paragraphe 1 CE. Ainsi au niveau de l'affaire *Brasserie de Haecht* (CJCE, *SA Brasserie de Haecht c. Consorts Wilkin-Janssen*, 12 déc. 1967, aff. C23-67, Rec. 1967 00525.), la Cour de Justice de la Communauté Européenne emprunte le même sentier en affirmant que la mise en œuvre de l'article 85 paragraphe 1 CE implique la nécessité d'observer, entre autres, le contexte économique et juridique au sein duquel les accords suspectés se situent et où ils ont la potentialité de concourir avec d'autres. La Cour de Justice de la Communauté Européenne considère, ainsi, à l'occasion de son arrêt *Brasserie de Haecht*, qu'il est acte dénudé d'intérêt de viser un accord sans avoir égard au marché où il manifeste ses effets. Suivant le raisonnement de la Cour de Justice de la Communauté Européenne, dans le dessein d'apprécier si l'accord tombe sous l'emprise de l'article 85 paragraphe 1 CE, on en n'est toléré en aucun cas d'isoler l'accord en cause de son contexte. Autrement dit, de l'ensemble des circonstances de fait ou de droit ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence. De même, au niveau de l'affaire *Gnmdig- Consten* (CJCE, *Établissements Consten SARL et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission*, 13 juill. 1966, aff. jtes. 56 et 58-64, Rec. 1966 00429), la Cour de Justice de la Communauté Européenne juge qu'il est primordial, en vue de caractériser la situation contractuelle suspectée d'impacter négativement le libre jeu de la concurrence, il convient en premier lieu de situer le contrat dans le contexte économique et juridique au vu duquel les parties l'ont conclu.

Sous la même trajectoire (et sans tarder d'avantage sur les récits renforçant l'argumentaire tenant à la nécessité ou non de définir le marché en matière d'entente), il convient à ce stade de soulever certaines remarques sur les cas spécifiques dans lesquels la référence au contexte économique et juridique de l'entente même interprétée différemment va de soi. En réalité, ces cas d'espèce concernent essentiellement les accords mettant en œuvre un certain pouvoir de marché de la part soit des acteurs en présence, soit de la position d'au moins de l'une des parties à l'entente (DIAWARA, K. 2008, pp.

44-45).

Il y a lieu de prendre conscience qu'on ne peut perdre de vue que cette tendance jurisprudentielle originelle consacrée dans l'affaire *Brasserie de Haetch* ou autant affirmée à l'occasion de l'affaire *Gnmdig-Consten*, a vu le jour à l'occasion exceptionnelle de l'appréciation de la compatibilité de certains types de contrats de bière avec l'article 81 paragraphe 1 CE (actuel article 101 TFUE). Or, l'on sait très bien que dans ce type d'accord (LAMBERT, T. 2000), le fournisseur est détenteur, de fait, d'une certaine position sur le marché lui permettant de pouvoir porter atteinte au libre jeu de la concurrence, notamment, *via* la conclusion d'un nombre important de contrats de distribution similaires. Pour autant l'affaire *Délimitis* (CJCE, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, 28 février 1991, aff. C-234/89, Rec. 1991 I-00935) fait une remarquable œuvre d'illustration, la Cour de Justice de la Communauté Européenne pose au standard de cet arrêt, le principe de la non-nocivité *per se* des accords de bière par rapport à la concurrence sur le marché. Sentence non négligeable qu'il faudra interpréter, toutefois, à la lumière du contexte dans lequel ces accords ont été pris et mis en œuvre, et cela doit se faire, notamment sur la base du cadre d'analyse tel que défini par la jurisprudence *Brasserie de Haetch*.

Plus loin encore de la ligne de pensée évoquée au titre de l'affaire *Brasserie de Haetch*, la Cour de Justice de la Communauté Européenne affirme de façons réitérées et consécutives la nécessité de procéder à une analyse axée principalement sur le critère de l'accès au marché en cause, une analyse dans laquelle la définition du marché en fait la pierre angulaire.

Autrement dit, la Cour de Justice de la Communauté Européenne résume au niveau de la jurisprudence *Délimitis* sa pensée par rapport à l'effet cumulatif des contrats de bière sur l'accès au marché en cause, réaffirmant sa foi dans le recours au marché pertinent, tout en affirmant rigoureusement que dans l'hypothèse où l'examen portant sur l'ensemble des accords de distribution similaires conclu sur le marché, marié à d'autres éléments du contexte économique et juridique de l'accord suspecté fait ressortir que les contrats n'ont pas pour effet cumulatif de cloisonner l'accès au marché pour le reste de la concurrence, les contrats ne sauraient donc porter atteinte au jeu de la concurrence, et subséquemment échapperaient-ils à l'office répréhensible de l'article 85 paragraphe 1 CE. Mais que par contre, au cas où l'analyse du cadre juridique et économique des accords de distributions en cause, révèle que le marché est difficilement accessible, il convient de s'intéresser en priorité, selon la Cour de Justice de la Communauté Européenne, à l'impérative contraignante d'apprécier au regard des éléments de fait et de droit, dans quelle mesure les accords en cause contribuent-ils à l'émergence de l'effet cumulatif produit et à sa consolidation. En ce cas et dans ce cas particulier, la définition du marché pertinent s'avère être une condition

sine qua non du développement de solutions satisfaisantes pour garantir le fonctionnement efficient de l'écosphère concurrentiel.

En droit marocain, la référence à la notion de marché pertinent est une action purement prétorienne. Il en est ainsi le recours à la définition du marché pertinent a eu lieu dans le cadre de l'application de la loi n°06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence régissant la sphère d'action des entreprises se livrant à l'activité économique. Sur ce plan, l'autorité de régulation marocaine de la concurrence se voit attribuer, effectivement, à la notion de marché pertinent un sens relativement liminaire, lequel s'est libellé progressivement lors de la première série d'avis consultatifs, enquêtes d'instructions et études sur la concurrentiabilité des secteurs économiques du pays, réalisés en application des dispositions s'attelant à l'assainissement de l'enceinte concurrentielle, de telle sorte que le renvoi au marché en cause a pris la forme d'une bifurcation dualiste. D'une part, le renvoi à la définition du marché pertinent se fait sentir de manière assez brève mais précise, notamment, en ce qui concerne les avis du Conseil par rapport aux questions des monopolisations (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2013, Rapport annuel, *Avis relatif au projet d'acquisition par le Fonds Stratégique d'Investissement de 6% du capital de CMA-CGM par souscription d'obligations remboursables en actions*, pp. 41-44) et des concentrations (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2013, *Avis relatif à l'acquisition par la Société China Merchants de 49% des actions et droits de vote de la société Terminal Link*, pp. 44-46). Et d'autre part, de manière plus transposée, en ce qui concerne les études de synthèse afférentes à la concurrentiabilité de certains secteurs d'activités, dont le secteur de la téléphonie (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2011, Rapport annuel, *Étude sur la concurrentiabilité du Secteur de la Téléphonie mobile*, pp. 69-98), le secteur bancaire (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2013, Rapport annuel, *Étude sur le secteur bancaire*, pp. 65-117), le secteur de la communication télévisuelle et radiophonique, ou bien encore le secteur de l'industrie pharmaceutique.

Le glissement spectaculaire de la notion économique de marché pertinent dans le champ juridique par le prétoire marocain s'annonce à travers *l'étude concernant la concurrentiabilité du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique* (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2013, Rapport annuel, *Étude sur le secteur la concurrentiabilité du Secteur de la Communication Télévisuelle et Radiophonique*, pp. 153-162), menée en interne par le Conseil de la Concurrence en 2013, dans le but de dresser un état des lieux de la concurrence dans le secteur de la communication télévisuelle et radiophonique à l'échelon national, notamment, après sa libéralisation en 2002 (en vertu du décret-loi n°2-02-663 du 10 septembre 2002 portant suppression du monopole de l'État en matière de radiodiffusion

et de télévision) et permettre, de la sorte, au régulateur d'alimenter sa base de données rétrospective et prospective sur l'état des lieux de la concurrence dans l'ensemble des secteurs d'activité économiques au Royaume.

Par ailleurs, en se basant sur l'étude de l'impact de l'environnement concurrentiel du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique au Maroc, il s'agissait de savoir si l'accès au marché de la télévision rencontre des obstacles réels et potentiels qui n'incite pas à l'investissement et au développement de la concurrence au sein de ce secteur d'activité.

À cet égard le Conseil de la Concurrence a procédé à la délimitation du marché en cause, en établissant la distinction classique entre l'aspect matériel et l'aspect territorial du marché. D'abord pour ce qui est de l'aspect matériel du marché en cause, le Conseil de la Concurrence considère que le marché de référence est celui des services de communication télévisuelle et radiophonique, lequel est destiné à livrer un contenu radiodiffusé au public en général. D'ailleurs, en se conformant à l'étude sectorielle initiée par le régulateur marocain, le marché pertinent des services de communication télévisuelle et radiophonique recouvre également les services associés de production et de diffusion qui consistent à fournir des contenus ou à exercer une responsabilité sur ces contenus. Au surplus, selon la substance de l'étude portant sur la concurrentiabilité du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique, le marché pertinent des services de communication télévisuelle et radiophonique est également un marché ouvert à la publicité qui constitue la principale source de revenus, hors subventions publiques, pour les opérateurs du secteur. Aussi, l'Autorité de la Concurrence du Royaume juge-t-elle utile de rappeler que la dépendance coexistant entre le marché des services de communication télévisuelle et radiophonique et le marché de publicité rend ces deux marchés extrêmement interconnectés. Pour ce qui est de l'aspect territorial du marché pertinent, il s'agit essentiellement (aux termes du rapport établi par le Conseil de la Concurrence) de broser l'étendu de la dimension géographique de la prestation des services de communication télévisuelle et radiophonique, laquelle dimension correspond à la zone géographique de diffusion des services de communication télévisuelle et radiophonique. Mais considérant, le cas échéant, les barrières d'ordre linguistique et culturel, le marché des services de communication télévisuelle et radiophonique est considéré comme couvrant une dimension nationale.

Ainsi, suivant le schéma chronologique opté par le prétoire dans l'élaboration de l'étude sectorielle en question, et à l'issue de la circonscription du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence, le Conseil de la Concurrence du Maroc a procédé –en vertu des articles 6 et 7 de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence– à l'examen des conditions d'entrée et de sortie des nouveaux concurrents sur le marché des services de communication télévisuelle et radiophonique, en vue de relever

l'éventuelle existence de barrières susceptibles de pérenniser une position de force sur le marché et donc de ralentir le mouvement vers une réelle libéralisation. Ainsi, le Conseil de la Concurrence du Maroc a retenu divers obstacles à l'affranchissement du marché télévisuel et radiophonique, auxquels les nouveaux entrants sur ce secteur se heurtent. Parmi lesquels le libre jeu de la concurrence, l'étude concernant la concurrentiabilité du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique au Maroc fait mention de trois typologies de barrières. D'abord, on trouve les barrières réglementaires ou administratives qui conditionnent l'accès des investisseurs au marché marocain pour l'obtention d'une licence. A cet égard, le Conseil considère qu'en principe, le régime des licences est regardé comme étant un obstacle potentiel à la concurrence vu qu'il est généralement accompagné de facteurs contraignants qui peuvent rendre plus difficile ou plus chère l'offre de services pour les opérateurs. De plus, les critères d'octroi des licences au Maroc intègrent en plus des facteurs d'ordre économique, des facteurs d'ordre social, culturel et d'intérêt général, élément qui constituent au regard du régulateur marocain de la concurrence une barrière d'accès au marché de la télévision. Le développement de la concurrence demeure tributaire selon l'Autorité de la concurrence du Royaume de la limitation de ces barrières et de l'instauration de règles transparentes favorisant l'entrée des concurrents potentiels sur le marché. Ensuite, le Conseil consigne dans son rapport dédié à l'étude de la concurrentiabilité du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique, une troisième typologie des obstacles cloisonnant l'accès au marché: les barrières d'accès aux infrastructures de transmission se traduisant par le monopole des infrastructures de transmission hertzienne exercé par la Société nationale de radiodiffusion et de télévision au Maroc (SNRT), un facteur prédominant lequel la met en position dominante et lui permet d'avoir un avantage concurrentiel dissuasif. L'étude de la concurrentiabilité du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique au Maroc a pareillement fait l'exposé d'une troisième catégorie d'obstacles à l'accès au marché de la communication télévisuelle et radiophonique, on retrouve les barrières liées à l'accès aux ressources spectrales ou radiofréquence. En effet, comme il a été indiqué au rapport du Conseil de la concurrence en la matière, la dimension de la concurrence au secteur de la communication télévisuelle et radiophonique dépend également de l'accès des concurrents au spectre, lequel constitue une ressource rare et dont la restriction d'accès ou le défaut constituerait une barrière véritable à l'entrée au marché. Toutefois, la limitation du spectre ne devrait plus constituer un obstacle à l'entrée, étant donné que le passage du spectre analogique au spectre numérique réduirait la rareté des ressources spectrales et permettrait à un plus grand nombre de chaînes concurrentes d'être acheminées sur un plus petit nombre d'ondes. De surcroît, le rapport sur la concurrentiabilité du secteur de la communication

télévisuelle et radiophonique au Maroc rappelle que la transition vers la diffusion numérique –laquelle a débuté au Maroc depuis 2007 et dont la couverture de l’ensemble du territoire étant prévue pour 2015– devrait offrir plus d’opportunités aux nouveaux diffuseurs et, de la sorte, faire évoluer les services existants.

Ainsi donc, aux fins de la présente étude sur la concurrentiabilité du secteur de la communication télévisuelle et radiophonique au Maroc, l’on observe que le Conseil de la Concurrence a effectué une démonstration pratique du potentiel d’analyse de l’environnement concurrentiel, et plus particulièrement, au niveau du déploiement des facteurs juridiques et économiques influençant le contexte dans lequel agissent les opérateurs de la scène de la communication télévisuelle et radiophonique, une analyse effectuée sur la base du levier d’intégration des différents indices et aspects d’évaluation du milieu économique, ces différents vecteurs d’analyse constituent assurément les éléments clefs pour assurer la définition du marché pertinent aux fins de l’application du droit de la concurrence.

Non loin de la voie tracée par le prétoire marocain en vertu de l’étude afférent au secteur de la communication télévisuelle et radiophonique au Maroc, l’exigence de recourir au marché pertinent a d’ores et déjà été confirmée à plusieurs reprises par le Conseil de la Concurrence et consacrée formellement au niveau des avis émis par ce dernier. Cette logique constatant l’importance de la définition du marché pertinent a été appliquée dans deux études réalisées par le Conseil de la Concurrence du Maroc, il s’agit de *l’étude relative aux aides d’État* (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2013, Rapport annuel, *Étude sur les aides d’État*, pp. 117-137) ainsi que *l’étude sur les professions réglementées* (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2013, *Étude sur les professions libérales*, pp. 139-151), à l’occasion desquelles le Conseil de la Concurrence a effectué une analyse empirique, dans la définition du marché.

En somme, allant dans le sens de la simple constatation de l’importance portée par les instances du droit de la concurrence des systèmes juridiques sous examen à la définition du marché pertinent, et en vue de dépendre l’état actuel des choses par rapport à l’impact d’usure du marché pertinent sur le sort des litiges relevant de la régulation du champ de la concurrence, l’on ne peut qu’avoir la présence d’esprit de se situer dans une phase première à la mise en œuvre de la référence au marché pertinent. Dans ce sens, l’action des instances en cause ayant consisté au prime abord à mesurer la position détenue des entreprises concernées sur le marché, ensuite, le juge européen et l’autorité de la concurrence du Maroc ont procédé à l’analyse de la structure concurrentielle du marché et enfin, les deux magnats défendeurs de l’écosphère concurrentiel ont effectué une combinaison des deux éléments précités pour déceler les contraintes à la concurrence. Cette

première phase qui constitue les premiers balbutiements d'une mise en valeur par les prétoires marocain et européen de la définition du marché pertinent, s'en suivra d'une seconde phase qui s'apparente à une affirmation concrète de l'utilité de la définition du marché en cause.

b. Une inclinaison en faveur de la consolidation du recours au référé marché pertinent:

La consécration prétorienne de la définition du marché pertinent a émergé en droit marocain à l'occasion des saisines reçues en vue des instructions des demandes d'avis entamées par le Conseil de la Concurrence sur requêtes des parties aux cas litigieux, notamment dans le contexte de la mise en exergue des dispositions de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence; dans le cadre de la nécessité d'assurer la conformité des actes des entreprises aux standards du milieu concurrentiel, conférant à ce titre à l'autorité marocaine de la concurrence la mission de contribuer à la régulation de la gouvernance économique. Cette même affirmation a eu lieu en droit européen à l'occasion des affaires ayant trait à l'article 86 du Traité CE (actuel article 102 TFUE).

L'analyse des décisions prises par le Conseil de la Concurrence marocain (relativement aux cas liés aux dispositions visant la régulation de l'écosystème concurrentiel) illustre une fois de plus à quel point les avis formulés par cette instance constitutionnelle ont joué un rôle déterminant à l'égard de la consécration de la notion de marché pertinent en droit positif marocain.

En effet, parmi les affaires pendant devant le Conseil de la Concurrence et dans lesquelles la nécessité de définir le marché pertinent est affirmée, figure *l'affaire relative au transit portuaire des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca* (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2010, Rapport annuel, *Décision n°13/10 relative au transit portuaire des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca*, pp. 39-40), qui concerne le cas controversé de l'interprétation de la restriction portée au libre jeu de la concurrence.

En effet, le Conseil de la Concurrence du Royaume a été promptement et effectivement saisi successivement dans l'ordre du recours, d'abord, par l'Association des Fabricants d'Aliments Composés (AFAC) en date du 23 novembre 2009, et ensuite par la Fédération Nationale des Négociants en Céréales et Légumineuses (FNCL) le 05 janvier 2010. Dans la limite des intérêts dont elles ont la charge, les deux organisations professionnelles ont sollicité conjointement l'avis du Conseil de la Concurrence au sujet des conséquences des faits qui leur paraissent susceptibles de restreindre la concurrence sur le marché du transit des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca.

En l'espèce et d'après les actes de saisines, les parties saisissantes font grief à l'Agence Nationale des Ports (ANP) d'avoir pris, au niveau du port de Casablanca, des décisions qui vont à l'encontre de la mise en œuvre d'une concurrence saine. De facto, les parties saisissantes estiment qu'en élevant les tarifs des services précités, l'Agence Nationale des Ports (ANP) abuse de son pouvoir et que cette augmentation est contre le principe même du gouvernement responsable du secteur voire de la libéralisation portuaire et aura donc un impact direct à la hausse sur les prix de l'alimentation animale et même sur le prix du blé tendre.

Ce faisant, les parties saisissantes conçoivent qu'en interdisant le déchargement des céréales à quai, l'Agence Nationale des Ports (ANP) oblige le transit de ces cargaisons par les installations spécialisées qui sont au nombre de deux au niveau du port de Casablanca. Les parties saisissantes signalent également que cette décision réduit le nombre de postes de travail de cinq (quatre postes à quai et un poste aux silos portuaires) à deux postes (deux postes aux silos portuaires : l'un est ancien et public et l'autre est nouveau et privé), ce qui peut conduire à une congestion inhabituelle du port.

En effet, l'Association des Fabricants d'Aliments Composés (AFAC) et la Fédération Nationale des Négociants en Céréales et Légumineuses (FNCL) demandent au Conseil de la Concurrence de procéder au déploiement d'un arbitrage équitable afin de trancher et de mettre fin au différend qui les oppose à l'Agence Nationale des Ports (ANP) et sollicitent son soutien pour que l'Agence Nationale des Ports (ANP) veille au maintien d'une concurrence saine et loyale entre tous les prestataires de services portuaires.

C'est dans cette affaire que le Conseil de la Concurrence alors dissident, a exposé clairement l'importance que revêt la définition du marché pertinent en vue d'apprécier les arguments allégués par les parties demanderesses. Suivant cette même trajectoire et avant toutes choses, le Conseil de la Concurrence dans son exercice analytique des faits qui lui ont été soumis, dresse le bilan des actions exigées envers lui-même et pose en concomitance les bonnes questions avant d'y apporter les bonnes réponses, lesquelles questions méritent d'être reprises *in extenso*.

En effet, l'analyse concurrentielle du marché pertinent du transit des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca, a été fondée sur une analyse à la fois descriptive et comparative ayant affectée trois grands axes. Le premier axe d'approche a été consacré à l'analyse du marché et de son fonctionnement pré et post réforme portuaire. Le second a focalisé l'attention sur un aspect particulièrement substantiel à savoir l'analyse et la qualification des faits invoqués et l'appréciation de leur soumission aux règles du droit de la concurrence en vertu des dispositions de la loi n°06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Quant au troisième axe d'appréhension parallèle mis au point par le Conseil de la Concurrence dans un sens longitudinal et

transversal, il a mis la lumière sur la problématique de la compétence matérielle à l'égard de l'instance portuaire, de même que sur l'applicabilité du droit de la concurrence à l'Agence Nationale des Ports (ANP) –suivant les dispositions de la loi n°06-99– pour les activités d'exploitation portuaire notamment à la lumière de la jurisprudence européenne.

Subséquentement, sur la base des constatations faites dans le cadre de l'étude de pertinence menée par le Conseil de la Concurrence sur le marché du transit des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca, et compte tenu de la nature de l'affaire objet de la demande des parties saisissantes, et sur le fondement de l'analyse comparée des différents faits transposés constituant allégations des parties au cas litigieux, et considérant l'encadrement matériel du fonctionnement du marché en cause réalisé par le régulateur marocain au strict regard du droit de la concurrence. Il en ressort que le Conseil de la Concurrence a décidé de l'irrecevabilité des saisines en question pour incompetence en la matière. Au prime abord, au motif que l'Agence Nationale des Ports (ANP) partie aux faits contestés exerce *-de jure et de facto-* des prérogatives de puissance publique et de mission de service public. Ensuite, en raison du fait que les activités relatives à la gestion des règles et des conditions d'exploitation des installations portuaires ne sont pas considérées –dans le cadre de cette affaire– comme des activités à caractère économique, attendu qu'elles se rattachent directement aux prérogatives de puissance publique dont l'Agence Nationale des Ports (ANP) est investie et qu'elles ne relèvent pas du champ d'application de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, et ce, conformément aux dispositions du troisième paragraphe de son article premier .

Il apparaît dès lors évident que par cette affirmation claire figurant *in abstracto* dans l'exposé des motifs inclus dans *l'avis du Conseil de la Concurrence relatif au transit portuaire des céréales d'importation au niveau du port de Casablanca*, que le régulateur marocain se réfère vraisemblablement au marché pertinent comme cadre d'analyse du litige concurrentiel, en posant son caractère primordial dans le processus d'appréhension du phénomène concurrentiel, sans omettre, pour autant, la prise en compte de l'exigence légale de la qualification de la nature de l'affaire contentieuse eu égard à la réglementation en vigueur.

Ce même raisonnement s'agissant de la question de la nécessité juridique de définir le marché pertinent a été pareillement appliqué dans d'autres affaires soumises à l'avis du Conseil de la concurrence, lesquelles affaires se rattachant notamment au *marché des laboratoires de bâtiments et travaux publics* (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2010, *Avis n°14/10 du 29 novembre 2010 sur le marché des laboratoires de bâtiments et travaux publics*, pp. 38-39) et *la demande d'avis formulée par l'Association Marocaine de Plasturgie au sujet des mesures de sauvegarde déposées par la*

SNEP auprès du Ministère du Commerce Extérieur (Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. 2010, *Décision du Conseil de la Concurrence n°12/10 du 14 octobre 2010 portant sur la demande d'avis de l'Association Marocaine de Plasturgie sur les mesures de sauvegarde déposée par la SNEP auprès du Ministère du Commerce Extérieur*, pp. 138-139).

Pour sa part, le droit européen marque plus ou moins l'aboutissement à l'emprunt du même cheminement que son homologue marocain, nommément voire sans ambages, quant à la consécration prétorienne de la définition du marché pertinent. Effectivement, le juge européen a témoigné son intérêt pour la séquelle suivant laquelle en vue d'apprécier la position de l'entité entreprenante sur le marché, la définition du marché pertinent demeure d'une importance vitale, compte tenu du fait que les possibilités de concurrence au sein des marchés ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu de tels caractéristiques ces produits seraient aptes à satisfaire des besoins constants du consommateur et seraient ainsi peu interchangeables avec d'autres (CJCE, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 21 fév. 1973, aff. 6-72, Rec. 1973-00215).

L'émergence jurisprudentielle du concept du marché pertinent commence à se décalquer de manière éclipse dès l'avènement de l'arrêt *Sirena* à travers lequel la Cour de Justice de la Communauté Européenne usait déjà à cette époque du concept fondamental de marché pertinent dans les affaires d'exploitation abusive de la position dominante. Autrement dit, la Cour de Justice de la Communauté Européenne témoignait radicalement et sans précédent *via* l'arrêt *Sirena* que pour qu'une entreprise titulaire d'une marque jouisse effectivement d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 CE (actuel article 102 TFUE), il faut que ladite entreprise ait largement le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché commun (CJCE, *Sirena S.R.L. c. Eda S.R.L. et autres*, 18 fév. 1971, aff. 40-70, Rec. 1971-00069). Peu de temps après, le concept de marché pertinent se voit adopter par la jurisprudence *Continental Can* (CJCE, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*), puis réaffirmé de manière constante notamment dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* où la Cour de Justice de la Communauté Européenne affirme clairement que dans le dessein d'apprécier si l'entreprise détient la position dominante alléguée, on est astreint de procéder à la délimitation du marché de référence (CJCE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 13 fév. 1979, aff. 85/76, Rec. 1979-00461).

Ainsi donc c'est indubitablement l'application de l'article 86 CE (devenu article 102 TFUE) qui a toléré au juge européen d'affirmer manifestement la nécessité de définir le marché pertinent. Pareillement, l'interprétation de l'article 86 CE par la Commission et la Cour de Justice de

la Communauté Européenne, a permis d'appréhender très rapidement, en sus de simples situations de position dominante, les concentrations d'entreprise. Dès lors, la Commission européenne avait annoncé dans son *Mémorandum sur le problème de la concentration dans le marché commun* (COMMISSION CEE, *Le problème de la concentration dans le marché commun*, Série concurrence 3, Bruxelles, 1966), qu'elle mettrait en application les dispositions de l'article 86 CE aux fusions des entreprises lesquelles peuvent, dans certains cas, constituer une exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. D'ailleurs, c'est ce qu'elle a fait pour la première fois dans l'affaire *Continental Can* avec la bénédiction et l'appui des autorités judiciaires.

Le fait que le droit européen ait appréhendé assez rapidement le concept de marché pertinent, d'autant que l'interprétation de l'article 86 CE (actuel article 102 TFUE), avaient toléré à la jurisprudence européenne de tracer chemin par le biais des théories du contexte économique et juridique des abus de position dominantes mais également des opérations de concentration en vis-à-vis de l'affectation sensible de la concurrence.

De son côté, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européenne n'est pas resté les bras croisés sur le rivage face à la vague imminente de la consécration prétorienne de la définition du marché pertinent. On retrouve ainsi que l'importance de prendre en considération l'appréhension du marché en cause dans les affaires de concurrence s'affiche nettement à travers l'Arrêt *Société Italiana Vetro* (TPICE, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c. Commission des Communautés européennes*, 10 mars 1992, aff. jtes. T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. 1992 II-01403, § 159), selon lequel arrêt le Tribunal de Première Instance des Communautés Européenne estime que la délimitation du marché pertinent est une condition nécessaire et préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel. Au travers des considérations énoncées à l'Arrêt *Société Italiana Vetro*, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européenne pose donc bien l'obligation générale de mettre en œuvre la définition du marché pertinent, et plus particulièrement, dans le cadre de l'application de l'article 86 CE, et cela, en vue de mesurer la sensibilité de l'atteinte à la concurrence, puisque (selon lui) il est nécessaire bien avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, d'établir l'existence de la domination de l'entité commerçante sur un marché donné, une chose qui présuppose dans l'ordre et la progression logique des chose que ce marché ait été préalablement délimité.

Conclusion

Il ressort clairement que l'œuvre de l'appréhension de l'entrave à l'accès au marché (faisant, le cas échéant, l'élément instigateur de l'atteinte

portée au marché intérieur) suppose avant tout l'adoption d'une approche qui verrait dans tout outrage à l'égalité des chances entre entreprises, une restriction (au sens des systèmes juridiques sous examen). Cette approche qui est de nature à contribuer à la préservation de l'égalité dans la concurrence voire l'exhortation du dynamisme de compétition entre les acteurs présents sur le marché, demeure tributaire de l'intérêt qui est porté à la définition du marché pertinent lui-même.

La définition du marché pertinent n'est pas une fin en soi, mais plutôt une partie intégrante du cadre d'analyse des contours de la sphère économique. Elle s'affiche comme étant une étape indispensable dans l'instauration de la paix économique au sein du marché. Elle est, en fait, exigée par la nature dynamique des afflux des opérateurs échangeant des biens et des services sur le marché. Une telle substance dont l'appréhension demeure tributaire avant toute chose de la localisation de la sphère d'action de ces protagonistes antagonistes avant de pouvoir apprécier correctement la légitimité de leurs comportements. La définition du marché pertinent n'a pas d'autre but que de tracer le cadre d'application des règles de la concurrence, car à défaut de quoi les autorités de la concurrence des systèmes étudiés ne sauraient appliquer la règle de droit *ex aequo et bono*.

La définition du marché pertinent représente un passage obligé sur le sentier de la lutte contre les pratiques susceptibles de porter atteinte à l'équilibre au sein de l'enceinte concurrentielle, au moyen des dispositions du droit de la concurrence portant sur l'entente ou la pratique concertée ou encore plus l'abus de position dominante. La délimitation du marché pertinent s'avère indispensable compte tenu du fait qu'elle tolère au droit d'examiner l'existence ou l'absence de l'essence même de l'atteinte à la concurrence effective sur le marché.

Dès lors, sur le plan juridique, le marché pertinent constitue le cadre d'expression de tout comportement émanant des entreprises, protagonistes ou antagonistes concurrents, d'où l'importance de délimiter le marché en cause afin de pouvoir arpenter les variables de la concurrence. De fait, la nécessité de définir le marché pertinent tire son essence de sa fonction générique qui agit quelle que soit la catégorie juridique de la gêne en présence. Aussi, le marché en cause constitue-t-il le soubassement d'une réalité peu maniable qui s'apprécie de la sorte en fonction de l'origine formelle de l'atteinte à la concurrence.

L'affirmation de la prépondérance de la définition du marché pertinent s'est faite de manière graduelle. Au niveau des systèmes juridiques sous examen, le glissement spectaculaire de la notion économique de marché pertinent dans le champ juridique est une action purement prétorienne. L'étude portant sur l'évolution de la teneur ainsi que de la structure interne de l'œuvre de la jurisprudence, fait ressortir plus nettement que les premières affaires dans

lesquelles les autorités de régulation de la concurrence des systèmes en cause a fait référence dans ses grandes lignes au marché pertinent, concernent les cas contentieux en matière des pratiques anticoncurrentielles.

La consécration de la définition du marché pertinent a émergé en droit marocain à l'occasion des saisines reçues en vue des instructions des demandes d'avis entamées par le Conseil de la Concurrence sur requêtes des parties aux cas litigieux, notamment dans le contexte de la mise en exergue des dispositions de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence; dans le cadre de la nécessité d'assurer la conformité des actes des entreprises aux standards du milieu concurrentiel. Cette même affirmation a eu lieu en droit européen à l'occasion des affaires ayant trait à l'article 86 du Traité CE (actuel article 102 TFUE). Le juge européen a témoigné son intérêt pour la séquelle suivant laquelle en vue d'apprécier la position de l'entité entreprenante sur le marché, la définition du marché pertinent demeure d'une importance vitale, compte tenu du fait que les possibilités de concurrence au sein des marchés ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause lesquels font le marché de l'entreprise.

Aussi, une fois la nécessité impérieuse de délimiter le marché est-elle proclamée par les tribunaux européens, les autorités de régulation du fait économique vont en tirer les conséquences, en édictant des lignes directrices qui prévoient des mesures d'application plus strictes et plus précises afin d'éclairer et affiner leurs politiques en matière de la concurrence. En droit marocain, et à l'instar de l'œuvre prétorien de son voisin nordique, les décisions du Conseil de la Concurrence (cristallisant la convenance de recourir au marché de référence pour trancher les cas contentieux) ont belle et bien servi de catalyseur aux fins de la réforme de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence (*la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n°1-00- 225 du 2 rabii I 1421 correspondant au 5 juin 2000, abrogé par la loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n°1-14-116 du 2 ramadan 1435, correspondant au 30 juin 2014, Bulletin Officiel n°6280 du 10 chaoual 1435 du 7 Août 2014*), ainsi que son décret d'application (*le décret n°2-00-854 du 28 joumada II 1422, pris pour l'application de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, B.O du 4 octobre 2001, abrogé par le décret n°2-14-652 du 8 safar 1436 correspondant au 1er décembre 2014, pris pour l'application de la loi n°104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, Bulletin Officiel n°6314 du 11 safar 1436 correspondant au 4 décembre 2014*).

La notion de marché pertinent a connu une certaine maturation, une certaine gravité, tout d'abord, pendant le processus d'incorporation d'avant son intégration et mise au point en tant que référentiel stratégique par les autorités de la concurrence des systèmes sous examen (aux fins de la mise en

œuvre des dispositions du droit de la concurrence encadrant les comportements des entreprises) et puis, dans le processus d'adoption dans le corpus juridique en tant que mesure d'efficacité dans le domaine de la régulation économique. Une chronologie évolutive calibrée débutant déjà par une quasi-absence de la notion dans les textes législatifs, ensuite, ayant été affirmée au niveau de l'œuvre prétorien dans le cadre de l'appréciation des obstacles susceptibles d'entraver le bon fonctionnement de l'organisation commune du marché interne et d'entraîner des distorsions de concurrence, pour être enfin pleinement consacrée juridiquement.

Border un chemin assez tortueux, lent et long, doublé d'un virage perché sur une pente escarpée, pour finalement aboutir sur la consécration de la notion de marché pertinent, démontre déjà amplement pourquoi, aujourd'hui, réussir à maîtriser les changements survenant sur la scène économique, en vue d'établir et assurer le fonctionnement du marché intérieur, se trouve intimement lié à la définition du marché pertinent. Ainsi, la pratique prétorienne en rendant la définition du marché pertinent nécessaire au plan du traitement juridique des cas contentieux, lui a assigné un objet précis, lequel est de servir de cadre d'analyse juridique dans la préservation de l'ordre public économique.

References:

1. ARROW, K. & DEBREU, G. (1954, juillet), Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy, *Econometrica*, 22(3), 265-290.
2. ARSHALL, A. (1920), *Principles of economics*, London, Mc Millan.
3. BAIN, J. (1968), *Industrial Organization*, New York, John Wiley and Sons.
4. BIDAUD, L. (2001), *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec.
5. BOUCHARD, C. (2005), *Droit et pratique de l'entreprise : fonds de l'entreprise, concurrence, distribution*, Yvon Biais.
6. BOUSAOUF, M. (2021, avril), L'instrumentalisation du marché pertinent en droit marocain de la concentration, *Revue Internationale des Sciences de Gestion*, 4(2), 568.
7. BOYER, R. (1986), *La Théorie de la régulation : une analyse critique*, (p. 43), *Collection Agalma*, La Découverte.
8. BROZEN, V- Y. (1969), Competition, Efficiency and Antitrust, *Journal of World Trade Law*, 3(6).
9. BUFFON, B. (2002), *La parole persuasive*, PUF.
10. CHAMBERLIN, E- H. (1949), *The Theory of Monopolistic Competition : A Re-orientation of the Theory of Value*, 6th Edition,

- London, Oxford University Press, trad. fr., *La théorie de la concurrence monopolistique*, par TRANCART, G. (1953), Paris, PUF.
11. CHAMBERLIN, E-H. (May, 1950), Product Heterogeneity and Public Policy, *American Economic Review*, 40(2), 86-87.
 12. CHAVONNAND-VALADES, N. (2019), *la notion de marche pertinente: étude critique et prospective*, Mémoire Master Droit des affaires approfondi, Université Jean Moulin-Lyon III.
 13. COHEN, D. (2012), *Homo economicus : prophète (égaré) des temps nouveaux*, Paris, Albin Michel.
 14. DEMEULENAERE, P. (2003), *Homo œconomicus : Enquête sur la constitution d'un paradigme*, Quadrige, PUF.
 15. DEMSETZ, H. (1974), *Two Systems of Belief About Monopoly*, in H.-J. GOLDSMITH, *Industrial Concentration : The New Learning*, Boston, Little, Brown and Company, 164-184.
 16. DIAWARA, K. (2008), *Le contrôle de la puissance de marché par le droits canadien et européen de la concurrence : Contribution à une approche juridique du marché*, Thèse de Doctorat, Université Laval, Québec.
 17. DIEMER, A. (2006, mars), Echange et marché : quelle représentation, *3^{èmes} Journées d'étude HERMES/OMI Echange, marché et marchandisation*, Université de Reims.
 18. DUMEZ, H. & JEUNEMAITRE, A. (2005, mars), Concurrence et coopération entre firmes : les séquences stratégiques multidimensionnelles comme programme de recherche, *Finance, Contrôle et Stratégie*, 8(1), 27-48.
 19. ETNER, F. (2012), *Microéconomie*, Quadrige, PUF.
 20. FREEDMAN, V-L. (2013), *Strategy : A History*, Oxford University Press.
 21. GABSZEWICZ, J. (2003), *La concurrence imparfaite*, Repères, La Découverte.
 22. GIOCOLI, N. (November, 2012), Who Invented the Lerner Index ? Luigi Amoroso, the Dominant Firm Model, and the Measurement of Market Power, *Review of Industrial Organization*, 41(3), 181-191.
 23. GLAIS, M. & LAURENT, P. (1983), *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF.
 24. HOUSSIAUX, J. (1958), *Le pouvoir de monopole : essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain*, Paris, Sirey.
 25. IANOS, L. (2007), *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant.
 26. KEPPLER, J- H. (2004, mai), La quête d'une théorie de la concurrence empiriquement pertinente : Les leçons de la révolution de la concurrence monopolistique, *Revue économique*, 55(3), 557.

27. LAMBERT, T. (2000), Le contrat de bière face au nouveau droit de la concurrence communautaire, *Revue de jurisprudence commerciale*, 10(11), 289-305.
28. LE ROY, F. (2004, avril), La concurrence, entre affrontement et connivence, *Revue française de gestion*, 30(148), 147-152.
29. LERNER, A- P. (June, 1934), The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, *Review of Economic Studies*, 1(3), 157.
30. LIARTE, S. & CAILLUEL, L. (2008, décembre), Mais où s'affrontent les entreprises ? De l'étude de la concurrence aux lieux de cette concurrence, *E & H*, (53), 7-11.
31. MASON, E-S. (June, 1949), The Current Status of The Monopoly Problem in The United States, *Harvard Law Review*, 62(8), 1265-1285.
32. PETIT, N. (2013), *Droit européen de la concurrence*, coll. Domat droit privé, Montchrestien.
33. POSNER, R. (1979), *The Chicago School of Antitrust Analysis*, *University of Pennsylvania Law Review*, Iss.4(127), 925-948.
34. POSNER, R. (Autumn, 1976), Antitrust law : an economic perspective, University of Chicago Press, 8(2), 609-619.
35. RAINELLI, M. (2003), *La Nouvelle Théorie du commerce international*, Repères, La Découverte.
36. ROBINSON, J. (1933), *The Economics of Imperfect Competition*, London, Mc Millan, trad. fr., *L'économie de la concurrence imparfaite*, par COVINDASSAMY, A. (1975), Paris, Dunod.
37. SAMUELSON, P-A. (1972), *L'Économique*, T. 2, Armand Collin.
38. SAVATIER, R. (1959), *Les métamorphoses économiques et morales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz.
39. SMITH, A. (1776), *Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Printed Strahan & Cadell, Londres, traduction française de GARNIER, G. (1991), *La richesse des nations*, Flammarion.
40. SPECTOR, D. (2006), Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison, dans *Rapp. CAE, Les politiques de la concurrence*, La Documentation Française.
41. THAUVIN, E. (2010), *Les prix prédateurs*, Mémoire du Master en Droit Européen des Affaires, Université Paris II Panthéon-Assas.
42. VOGEL, L. (2005), *Droit de la concurrence*, t. 1, coll. JuriBases, LawLex, France.
43. WERDEN, G. (June, 1983), Market Delineation and the Justice Department's Merger Guidelines, *Duke Law Journal*, 3(183), 1983-514