

L'Appréhension Juridique, Epistémique et Téléologique du Marché Pertinent en Droits Marocain et Européen de la Concurrence : Etat des Lieux, Enjeux 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, Fès/ Maroc

Doi: [10.19044/esipreprint.1.2024.p326](https://doi.org/10.19044/esipreprint.1.2024.p326)

Approved: 10 January 2024
Posted: 14 January 2024

Copyright 2024 Author(s)
Under Creative Commons CC-BY 4.0
OPEN ACCESS

Cite As:

El Azhary M. (2024). *L'Appréhension Juridique, Epistémique et Téléologique du Marché Pertinent en Droits Marocain et Européen de la Concurrence : Etat des Lieux, Enjeux et Réflexion Prospective*. ESI Preprints. <https://doi.org/10.19044/esipreprint.1.2024.p326>

Résumé

Une appréhension juridique cohérente des restriction à une concurrence libre et loyale sur le marché présuppose au prime abord l'adoption d'une démarche proactive et systémique qui verrait dans tout «comportement desperado» sur le marché intérieur un outrage à l'égalité des chances entre entreprises. Une restriction ou entrave à l'accès au marché étant considérée une menace déroutante pour le libre jeu de la concurrence –lequel jeu devant régner en maitre sur « le milieu des entreprises » acteurs principaux du marché intérieur– et à ce titre un obstacle à aboutir. Néanmoins, une approche proactive et systémique, de nature à contribuer à la préservation de l'égalité dans la concurrence voire à l'exhortation du dynamisme de compétition entre les protagonistes présents sur le marché, demeure tributaire de l'intérêt porté à l'acte de «la définition du marché pertinent» lui-même. Dès lors, la présente étude s'inscrit dans une perspective de recherche visant à tracer les rebords afférents au rôle joué par l'acte de «la définition du marché pertinent» dans le dessein de la mise en exergue du droit de la concurrence. Cette étude vise pareillement à démystifier les tournures épistémologiques qu'il faudrait déployer à l'échelle des autorités de la concurrence des systèmes juridiques sous examen pour

concrétiser tous les objectifs du pacte légal de stabilité des entreprises sur le marché intérieur.

Mot-cles: Droit marocain et européen de la concurrence, Marché pertinent, Tournures épistémologiques, Fonction téléologique, Environnement concurrentiel et Comportements des acteurs du marché.

The Legal, Epistemic and Teleological Apprehension of the Relevant Market in Moroccan and European Competition Law: Current Situation, Implications 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, Fez/Morocco*

Abstract

The mission of apprehension of obstacles to market access presupposes above all the adoption of an approach which would see in any « desperado behavior » on the internal market an outrage on equal opportunities between companies. A restriction on the free play of competition which should reign supreme over « the business environment ». This approach - which is likely to contribute to the preservation of equality in competition or even to the encouragement of competitive dynamism between the protagonists present on the market - remains dependent on the interest shown in the act of « the definition of the relevant market » itself. Therefore, the purpose of this study is to trace the edges relating to the role played by the act of «defining the relevant market» in the aim of highlighting competition law. This study also aims to demystify the epistemological aspects that should be deployed at the level of competition authorities to achieve all the objectives of the legal pact for the stability of companies on the market.

Keywords: Moroccan and European competition law, Relevant market, Epistemological angle, Teleological function, Competitive Environment and Behavior of market players

Introduction:***Mise en contexte et paradigmes épistémologiques :***

Les ententes sur les prix ou celles corrélatives à la répartition des marchés entre entreprises, l'abus de position dominante, sont des contingences ésotériques qui ont été constatées tout au long de l'Histoire moderne du marché marocain, mais pareillement dans les Etats membres de l'Union Européenne et dans tous les Etats du monde (COMBE, E. 2005).

Ces pratiques nocives —ayant pour objet qu'une seule entité s'accapare un marché, ou bien que plusieurs entités s'entendent pour fixer des prix ou se répartir des marché— constituent des sources d'insécurité. Une insécurité évinçant la consécration de la liberté d'agir, laquelle liberté permettant aux différents opérateurs économiques de rivaliser loyalement et efficacement dans le dessein de la conquête d'un marché. Une insécurité occasionnant, de fait, le recul du développement économique des nations (BROZEN, Y. 1969).

Dans le dessein de tolérer à l'économie de jouer son rôle pleinement, encore faudrait-il miser sur «un environnement concurrentiel» stable et indispensable afin de mieux permettre aux dissemblables concurrents d'accéder au marché et de les encourager à investir dans les différents secteurs économiques, sans craindre une concurrence fictive, fautive ou biaisée. Ceci représente une quête très difficile tant que l'assainissement de la scène concurrentielle demeure sans cesse tributaire de la dynamisation du droit de la concurrence (WHISH, R. AND BAILEY, D. 2021).

Le droit de la concurrence s'affiche comme étant l'ensemble des règles qui ont pour but l'investiture voire le maintien de la libre concurrence entre acteurs du marché, en garantissant une certaine équité des conditions d'accès à l'arène concurrentielle, en accordant à tous les protagonistes économiques l'opportunité de bénéficier de liberté de faire le commerce. Le droit de la concurrence vise, de la sorte, à préserver les structures préexistantes d'entreprises et à imposer des comportements salubres lesquels sont de l'essence de l'économie libérale. De ce point de vue, l'objectif final du droit de la concurrence étant d'ordre public. Il n'assure la protection de l'intérêt particulier de l'entreprise que dans le contexte de la consolidation de l'esprit de cohésion collective axé sur le maintien de la libre concurrence de tous les acteurs fonctionnant au sein du marché (PERUZZETTO, S. ET JAZOTTES, G. 2008).

En l'angeant les vestiges de l'Histoire de la concurrence sur les marchés marocain et européen, on relève que le droit de la concurrence dans sa configuration présente étant la mise en exergue de l'idée de la mise sur pied d'un marché intérieur dans lequel les «quatre L» : libertés de circulation des personnes, libertés de circulation des services, libertés de circulation des marchandises et libertés de circulation des capitaux sont ancrées. En d'autres

termes, il était question de l'investiture du principe universel du «laissez-faire» sur tout le territoire suzerain de l'Etat, soit le Royaume du Maroc et les Etats membres de l'Union Européenne, voire entre le territoire suzerain de l'Etat en cause et le reste du monde (EL AZHARY, M. 2021).

Se situant dans le contexte des systèmes juridiques marocain et européen sous examen, les règles du droit de la concurrence se repèrent aujourd'hui dans deux endroits. D'une part, des règles du droit de la concurrence instituées en vertu de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence au Maroc. Et d'autre part, des règles du droit de la concurrence de l'Union européenne instituées en vertu du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), aussi appelé traité de Rome de 1957, prenant son nom actuel à Lisbonne en 2009 et dont la logique est celle de l'intégration et de l'harmonisation des règles entre Etats membres de l'Union relatives aux échanges commerciaux.

Téléologiquement, le droit de la concurrence des systèmes juridiques sous examen a pour objectif de veiller à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité entre protagonistes de la scène économiques soient assurées. Autrement dit, le droit de la concurrence a pour office sacerdoce de garantir que la concurrence entre entreprises s'exerce de manière effective. Ce en faisant en sorte d'éviter la résurgence de tout comportement jugé avoir pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence sur le marché. C'est certain, il faut pour cela que les autorités de la concurrence évaluent les effets concurrentiels présents et futurs des comportements suspectés de porter atteinte à la concurrence sur le marché (KORAH, V. 2007).

Sous cette trajectoire, «la définition du marché pertinent» fait un outil d'analyse des plus prépondérants dont disposent les autorités de la concurrence pour examiner et évaluer les difficultés et les obstacles auxquels font face les acteurs du marché. Par l'entremise de «la définition du marché pertinent» les autorités en charge de la concurrence cherchent à évaluer systématiquement le déploiement des entreprises sur le marché. L'entreprise de «la définition du marché en cause» est une étape essentielle afin de mieux comprendre le fonctionnement de la concurrence. Circonscrire les contours du « marché pertinent » permet en sus de déterminer quels en sont les protagonistes, d'en tracer les frontières et de déterminer l'étendue de la concurrence effective (LIANOS, I. 2007).

Dans la plupart du temps, les entraves à la concurrence sont évalués dans le but d'identifier les contraintes auxquelles l'entreprise fait face et d'apprécier si celle-ci dispose d'un pouvoir quelconque sur le marché ou si une pratique émanant de cette dernière est de nature à entraîner la parturition ou la consolidation de la prépondérance économique de ladite entreprise sur le marché. Les instances en charge de la régulation du marché agissent,

suivant l'usage commun, dans le sens de la mise en exergue de cette finalité. Ceci s'affiche par l'intermédiaire de la mise en œuvre du processus de «la définition du marché pertinent», notamment, en se fondant sur les données d'analyse des «conditions concurrentielles» et des «comportements des entreprises» au sein du marché en cause (LOPATKA, J. 2011).

De manière plus importante encore, «la définition du marché pertinent» repose sur une logique juridique de mise en œuvre des dispositions du droit de la concurrence 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 libre jeu de la concurrence sur un marché. Une pareille logique puise ses fondements sur la dimension normative et régulatrice du droit de la concurrence (DE GRAMONT, D. 1996).

Or, l'analyse au prisme de l'argumentation à laquelle se livrent les instances de régulation de la concurrence des systèmes juridiques marocain et européen ne les autorisent qu'à retenir les faits congruents, s'affichant à travers les éléments factuels prééminents qui vont leur permettre de pouvoir appliquer convenablement la règle de droit visant l'assainissement du marché à l'aune d'une concurrence effective entre protagonistes de la scène économique (KAPLOW, L. 2010).

C'est dans ce contexte émergent qu'il faut comprendre l'injonctive à la lumière de laquelle «la définition du marché pertinent» est indispensable pour garantir la sécurité du commerce juridique au sein du marché. Ceci par l'affranchissement de la première condition de la lutte contre les pratiques lesquelles ayant pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence sur le marché, à savoir l'identification et l'appréciation des actes réfractaires à la lumière du cadre réglementaire existant (DEFFAINS, B. ET PELLEFIGUE, J. 2018).

Intérêt et problématique :

De façon régulière et dans la plupart des cas, une analyse de la concurrence commence toujours par «la définition du marché pertinent ». Une analyse reposant à la fois sur «l'identification des concurrents» concernés, mais, pareillement sur l'étude des «comportements des entreprises» en cause au vu de la position détenue par celles suspectes d'entre elles. Cet usage a été renforcé par le paradigme «Structure-Comportement-Performance», se présentant comme l'un des fondements de l'économie industrielle. Selon lequel paradigme les caractéristiques structurelles du marché orientent les comportements des entreprises qui affectent leurs performances. Le paradigme «Structure-Comportement-Performance», considéré comme le schéma de base de l'économie industrielle américaine, a

nettement influencé le droit de la concurrence des États-Unis, de l'Union européenne et de leur homologue marocain. Inspirés dudit paradigme les systèmes marocain et européen sous examen, souligne l'importance de la «structure de marché», suggérant un lien entre la « position détenue par l'entreprise » sur le marché et le «comportement éventuellement réfractaire» adopté par cette dernière.

S'agissant de mettre l'accent sur «l'essence du phénomène organisationnel» étudié sous toutes les dimensions : «structure de marché», «position détenue par l'entreprise» et «comportement de l'entreprise», l'appréhension du processus de la «définition du marché pertinent» n'est pas la même. Le processus de la «définition du marché pertinent» tient compte de la nature et de l'origine de la pratique portant atteinte au libre jeu de la concurrence, suivant qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante. Autrement dit, l'acte de «la définition du marché pertinent» doit être orienté vers la démarcation de la nature même de «l'environnement concurrentiel» gouvernant le marché. En tenant compte des différentes facettes des «comportements émanant des entreprises» et à l'origine desquelles se pose le problème «d'entrave au libre jeu de la concurrence», qu'il s'agisse, le cas échéant, d'une entente ou d'un abus de position dominante.

Aussi, selon quelle posture épistémologique «la définition du marché pertinent» devrait-elle être effectuée pour aboutir à l'application sans faille des droits marocain et européen de la concurrence ?

Methodologie:

Lorsqu'on cherche à octroyer une «définition au marché pertinent», économique comme juridique, il apparaît difficile de se contenter d'une méthode unique ou d'une seule approche. En effet, plusieurs appréhension et concepts idiomatiques se distinguent et il est donc difficile aujourd'hui d'unifier l'ensemble des attributs caractéristiques juridiques et techniques constituant la notion du marché pertinent dans une seule définition. En outre, dans le continuum du déploiement de la sphère affairiste plusieurs configurations de marché, incomparables les unes aux autres, peuvent être distinguées ainsi que les produits et services y afférents qui varient entre eux.

Dans l'objectif de connaître les différents attributs caractéristiques du marché pertinent pouvant rentrer dans la définition global de la scène des affaires en matière concurrentielle, il est nécessaire d'analyser les divers éléments faisant partie de cette notion pour pouvoir ensuite présenter les notions propres à certaines formes particulières du marché en cause.

Afin d'appréhender le marché pertinent en tant que «magnat défendeur d'une concurrence effective sur le marché intérieur», et de réduire, en l'occurrence, la nuisibilité économique émanant des différents protagonistes

voire antagoniste du marché, des techniques méthodologique d'envergure sont à développer. Si celles-ci ne font pas partie intégrante de l'approche de «la définition de la notion du marché en cause», la prise en compte de leurs ficelles, déploiement et raisonnement se révèle nécessaire pour identifier certaines facettes énigmatiques faisant «contours du marché pertinent» sous l'impulsion de la pratique mercantile. Et par conséquent, les soumettre aux obligations juridiques et économiques du droit de la concurrence.

Cette étude se propose ainsi de procéder à une analyse comparative de l'appréhension juridico-factuelle du «marché pertinent» au niveau des régimes juridiques marocain et européen applicables aux pratiques anticoncurrentielles dont les ententes et l'abus de position dominante. Cette analyse comparative de l'appréhension juridico-factuelle du «marché pertinent» au niveau des régimes juridiques marocain et européen applicables aux pratiques anticoncurrentielles dont à titre particulier les ententes et l'abus de position dominante, doit être orienté vers la démarcation de la nature même de «l'environnement concurrentiel» gouvernant le marché. Ce en tenant compte des différentes facettes des «comportements émanant des entreprises» et à l'origine desquelles se pose le problème «d'entrave au libre jeu de la concurrence», qu'il s'agisse, le cas échéant, d'une entente ou d'un abus de position dominante. Mais, s'agissant essentiellement de mettre l'emphase sur «l'essence du phénomène organisationnel» étudié sous toutes les dimensions : «structure de marché», «position détenue par l'entreprise» et «comportement de l'entreprise», l'appréhension du processus de la «définition du marché pertinent» n'est pas la même. Subséquemment, le processus juridique de la «définition du marché pertinent» devrait tenir compte d'un certain nombre de facteurs liés à la conjoncture tant «macroéconomique» que «microéconomique». Il s'agit purement et simplement de scruter la nature, l'origine, les finalités et le déploiement dans le temps de la pratique portant atteinte au libre jeu de la concurrence, suivant qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante. Ce processus de la «définition du marché pertinent» devrait se dérouler à la lumière des dispositions légales marocaines et européennes applicables aux pratiques anticoncurrentielles.

Notre choix des systèmes marocain et européen applicables aux pratiques anticoncurrentielles s'explique de nombreuses façons. Tout d'abord, les systèmes juridiques marocain et européen ont la particularité d'avoir adopté relativement un arsenal juridique quasi similaire quant à la lutte contre les pratiques de nature à fausser le libre jeu de la concurrence. Mais, si le choix de l'approche du «marché pertinent» à la lumière du système juridique européen —en puisant de la langue française comme outil de recherche— est motivé par notre formation de juriste francisant. L'appréhension du «marché pertinent» à l'aune du système juridique

applicable à la concurrence au Royaume du Maroc part d'une volonté de découverte d'un système qui —bien qu'assez jeune à l'échelle de l'Histoire moderne— n'a fait l'objet d'aucune analyse approfondie en langue française, ni même en langues nationales, et à titre particulier la langue arabe.

En concomitance à la comparaison de l'appréhension pratique du «marché pertinent» par les systèmes juridiques marocain et européen de la concurrence, il convient avant tout de s'assurer de la présence d'une certaine communauté des concepts faisant l'objet de cette comparaison, afin de ne pas commettre d'antinomie ou d'erreurs méthodologiques par la suite. L'émergence du droit des pratiques anticoncurrentielles étant intimement liée au développement de «l'économie libérale», il convient d'observer de quelle façon celle-ci est apparu et s'est ancrée dans les systèmes européen et marocain, et si «l'économie libérale» revêt une forme spécifique dans chacun de ces deux systèmes juridiques. En effet, comme le montre l'Histoire moderne du droit de la concurrence, c'est à partir du moment où, sous l'impulsion de l'idée de base consacrée par le Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne laquelle visant à consolider le bon fonctionnement du marché intérieur, comportant l'espace sans frontières dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux entre les Etats membres de l'Union. Les instances de l'Union sont intervenues en vertu de l'article 101 et de l'article 102 TFUE pour bannir tout acte susceptible d'affecter le commerce entre États membres et qui a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence au sein du marché intérieur. Au Maroc, la parturition du droit des pratiques anticoncurrentielles étant fortement liée à la montée en recrudescence des pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence, notamment via l'entreprise des actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites, mais aussi, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle. Qu'en réaction à ces déviations sans limites du pouvoir privé, les pouvoirs publics au Maroc sont intervenus en adoptant la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence telle qu'elle a été abrogée en vertu de la loi 104-12. Il est donc essentiel d'analyser à chaque fois la teneur des articles sus-mentionner à la lumière du décret d'application de la loi 104-12, mais aussi et des faits résurgents. Ainsi, relève-t-on l'existence de la communauté de concepts faisant l'objet de la comparaison sujet de notre étude, dans la mesure où les systèmes juridiques marocain et européen de la concurrence dans leur tournure économique et normative actuelle se caractérisent par leur pragmatisme voire empirisme accru. Dans cet ordre d'idées, les régimes juridiques marocain et européen sont, au premier abord, considérés comme étant les meilleurs pour l'essor de

«l'économie libérale». Autant que le permet le fait que les systèmes en cause tolèrent la liberté de l'initiative privée dans le cadre de la consécration du principe de «l'autonomie de volonté» des sujets de droit acteurs du marché. Cependant, dès l'instant où cette initiative corroborée par le principe de «l'autonomie de volonté» ou de «la liberté de commerce et d'industrie» porte atteinte à l'économie nationale/communautaire ou à un marché donné, sa restriction devient diamétralement d'hégémonie voire d'ordre public. Cette particularité bien réjouissante ne s'explique que par le refus catégorique du Royaume du Maroc ainsi que de la plupart des pays membres de l'Union Européenne d'adopter une politique de «capitalisme sauvage» ou de «capitalisme de connivence» (EL AZHARY, M. 2021).

Plan :

Le cadrage juridique de «l'environnement concurrentiel» est fait en référence à deux éléments essentiels qui lui confèrent une dimension normative certaine par rapport à sa fonction et par rapport à son contexte. Conséquemment, la circonscription du marché pertinent servira principalement à détecter la présence des pratiques répréhensibles. Notamment à travers la dynamisation de la corrélation «marché pertinent-comportement des concurrents» (A). Cette démarche d'évaluation sera différente suivant la nature et l'origine de la pratique portant atteinte au libre jeu de la concurrence. Ce selon qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante. D'où la nécessité de la mise en œuvre de la logique corrélatrice «marché pertinent-effet restrictif» (B).

Résultats:

Aussi, cette étude nous a-t-elle permis de mettre en évidence deux orientations bicéphales à prendre en ligne de mire par les autorités de la concurrence des systèmes juridiques marocain et européen dans le contexte de l'appréhension pragmatique du «marché pertinent». Il s'agit, d'une part, de l'approche du «marché pertinent» orientée vers la démarcation de l'environnement concurrentiel, notamment, à l'aune des comportements des acteurs du marché (a). Il est question, d'autre part, de l'approche du «marché pertinent» réalisée de façon casuistique eu égard à l'atteinte portée au marché intérieur (b).

a- L'approche du « marché pertinent » doit s'orienter vers la démarcation de l'environnement concurrentiel à l'aune des comportements des acteurs du marché :

Dans le cadre d'un «esprit de capitalisme» marqué par la connivence, les autorités de la concurrence des systèmes sous examen devraient-elles être, en effet, résolument placés dans la situation de répondre à la question de

savoir si les comportements apparents des entreprises faisant partie d'un même système conduisent-ils ou non au cloisonnement du marché.

La «définition du marché pertinent» doit être orientée vers la démarcation de la nature même de «l'environnement concurrentiel» gouvernant le marché. En tenant compte des différentes facettes des « comportements émanant des entreprises » et à l'origine desquelles se pose le problème «d'entrave au libre jeu de la concurrence», qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante.

Aussi, est-il que la corrélation connexe entre la nécessité de «définir le marché pertinent» et l'appréhension du « comportement de l'entreprise » sur le marché revêt *in factum* une signification toute particulière, qu'il faudrait que les autorités de la concurrence des systèmes juridiques marocain et européen explorent dans le cadre de leur œuvre régulateur du marché.

b- L'approche du « marché pertinent » doit s'opérer de façon casuistique eu égard à l'atteinte portée au marché intérieur :

La «délimitation du marché pertinent» doit être effectuée de façon casuistique, en prenant en considération la dimension temporelle, la nature, le contexte ainsi que l'objet des cas litigieux, selon leur catégorie juridique.

De ce fait, les autorités de la concurrence des systèmes marocain et européen de la concurrence devraient prendre en ligne de compte et de façon explicite que deux distinctions substantielles doivent être effectuées par rapport à l'approche globale du marché concerné. D'une part, «la définition du marché en cause» à l'aune de la « variable temps » en vue de l'assainissement du marché intérieur en se fondant, à titre particulier, sur le comportement de l'entreprise de même que sur le déploiement de la structure du marché de ladite entité en «temps astronomique réel». Et d'autre part, la «définition du marché pertinent» au vu de la «logique finalistique» de l'acte suspecté enfreindre le libre jeu de la concurrence, qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante.

Discussion :

A- Le recours à la corrélation « marché pertinent-comportement de l'entreprise » :

L'approche globale du périmètre du marché à l'intérieur duquel la concurrence s'exerce entre les entreprises, ne peut servir de cadre à l'instauration de la «sécurité du commerce juridique», que si cette approche a pour fin l'examen du «comportement des acteurs économiques» au sein de l'enceinte concurrentielle. Le souci de garantir la prévalence de «la sécurité du commerce juridique» entre entreprises au sein du marché concurrentiel demeure tributaire de la protection des droits et des intérêts de ces entreprises. En ce sens, lorsqu'une entreprise est suffisamment cuirassée, elle

peut se concentrer sur le déploiement de son activité, sans crainte que ses droits soient lésés ou de léser les droits d'un concurrent.

Autrement dit, la «définition du marché pertinent» doit être orientée vers la démarcation de la nature même de «l'environnement concurrentiel» gouvernant le marché. En tenant compte des différentes facettes des « comportements émanant des entreprises » et à l'origine desquelles se pose le problème « d'entrave au libre jeu de la concurrence », qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante

Aussi, est-il que la corrélation connexe entre la nécessité de «définir le marché pertinent» et l'appréhension du «comportement de l'entreprise» sur le marché revêt *in factum* une signification toute particulière, qu'il faudrait au prime abord éclaircir la teneur (a) avant d'envisager sa portée pratique (b).

a- La teneur de la corrélation « marché pertinent-comportement de l'entreprise » :

Le concept «environnement concurrentiel» fait référence au système dans lequel différentes entreprises se font concurrence en utilisant divers canaux de commercialisation, stratégies, méthodes de tarification. Il est donc essentiel de comprendre «l'environnement concurrentiel» dans lequel évoluent les acteurs du marché pour évaluer la «performance d'un marché». Aussi, l'accent devrait-elle être mis sur le fonctionnement des entreprises dans le marché intérieur. Devrait être pareillement pris en ligne de mire le déploiement des chaînes de valeur des entreprises présentes au sein du marché au même titre que les réseaux et stratégies d'extension des entreprises dans leur ensemble, afin de pouvoir analyser les nouveaux marchés à pénétrer ainsi que les éventuels changements y afférents (DUSSANGE, P. 1986).

En vue de limiter la complexité et l'incertitude et pour mieux connaître «l'environnement concurrentiel» de l'entreprise, autrement dit, le marché et sa potentialité. Un diagnostic ou analyse stratégique de la «structure du marché» et de la «performance du marché» devrait être à même de procurer une connaissance consolidée des concurrents sur le marché en intégrant des facteurs et des variables tant externes qu'internes à l'organisation (BIENAYMÉ, J. 1998).

À bien vrai dire, la «performance d'un marché» dépend essentiellement du «comportement des acteurs économiques» agissant en son sein, en termes de la détermination des prix, de la coopération courte ou implicite entre entreprises, des stratégies de production et de la communication de proximité, de la politique d'investissement initiée par l'entreprise, ainsi que des moyens mis à la disposition pour défendre les intérêts de l'entreprise sur le marché (PORTER, M. 1982).

Le comportement des acteurs économiques dépend, à son tour, de la structure de marché, autrement dit, du nombre et du poids des protagonistes du marché, du degré de substituabilité des produits ou de l'absence des barrières à l'entrée ou à la sortie de l'entreprise (CHANDLER, A. 1972).

Dans un environnement compétitif, l'entreprise est confrontée à différents types de «barrières» pouvant constituer un cul de sac à son entrée ou à sa sortie d'un marché en cause. Certaines de ces barrières sont d'origine technique ou d'origine réglementaire, d'autres proviennent, le cas échéant, de la faculté des entreprises installées sur le marché en cause d'empêcher l'entrée en maintenant durablement les prix au-dessus du niveau du coût moyen ou en limitant l'offre (MARCH, J.1999).

Le vocable «barrière à l'entrée» renvoi au fait que les conditions viagères de marché sont de nature à rendre impossibles l'entrée de nouveaux acteurs sur un marché donné. Le concept de «barrière à l'entrée» étant, donc, prépondérant dans l'orientation de la politique légaliste de la concurrence. La consécration de ce concept tolère en particulier de mieux jauger la contestabilité du marché, et permet de même d'afficher ostensiblement l'existence d'abus de dépendance économique (FEYDEL, R. 2015).

Le trait caractéristique le plus drastique d'un marché étant son étendue dans lequel les entreprises peuvent mettre sur pied, à travers leurs comportements respectifs, des «barrières à l'entrée», mais aussi des «barrières à la sortie», et mettre les acteurs à l'enceinte concurrentielle en difficultés. Le vocable «barrière à la sortie» désigne l'ensemble des obstacles qui astreignent une entreprise cherchant à quitter un marché qui n'offre plus de perspective rentable à maintenir une activité donnée. Ou bien parce que l'entreprise en cause est contractuellement liée à un autre partenaire économique et que la rupture du contrat en cours serait financièrement lourd ou insupportable, soit étant donné que l'activité encore fonctionnelle de l'entreprise lui est indispensable pour accomplir d'autres opérations, ou car celle-ci espère pouvoir un jour amortir le coût généré par cette activité peu rentable. Ces «barrières à la sortie» du marché peuvent, effectivement, constituer une «barrière à l'entrée» pour les autres acteurs économiques concurrents (BROCK, W. 1983).

Ainsi, la définition du marché n'est pas une fin en soi, mais plutôt une partie intégrante du cadre d'analyse du contour de la sphère économique. Ayant pour but d'identifier l'ensemble des sources d'approvisionnement exerçant une contrainte concurrentielle suffisamment importante sur le marché en cause, la définition du marché est indispensable sur le plan juridique, vu qu'elle permet de déceler les caractéristiques d'un marché et de vérifier en l'occurrence, l'existence réelle ou potentielle d'éventuelle restriction de la concurrence (EL AZHARY, M. 2022).

D'ailleurs, étant donné que la position qu'occupe une entreprise sur le marché est de nature à influencer son comportement stratégique, dans la mesure où cette prépondérance peut désigner éventuellement la capacité de cette entreprise ou son aptitude à porter atteinte à la concurrence en constituant des « barrières à l'entrée » d'autres acteurs économiques. Ce notamment par l'adoption de la stratégie visant à augmenter profitablement les prix pendant une certaine période au détriment ultime du marché en général et du consommateur à titre particulier. La définition du marché va essentiellement viser à vérifier la présence ou non d'un tel comportement, dans la mesure où seul ce genre de comportement est visé par les dispositions luttant contre les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, le défaut de cet agissement récriminé rend surannée toute intervention des instances de concurrence (LIEBELER, W.1978).

Or, il est important d'affirmer clairement que la corrélation interagissant entre la nécessité de «définir le marché pertinent» et l'appréhension du «comportement de l'entreprise» sur le marché s'applique sans exception tout autant à l'entente qu'à l'abus de position dominante (EL AZHARY, M. 2021).

De par ailleurs, la mise en œuvre de la corrélation entre «la définition du marché» et «la recherche de la présence d'une éventuelle pratique anticoncurrentielle» sur le marché trouve sa source dans les textes et dans la pratique des instances de la concurrence. À ce propos, il est important de souligner que l'affirmation de cette corrélation par les deux systèmes juridiques en examen demeure constante à l'heure actuelle.

En droit européen, bien avant que la Communication de la Commission Européenne de 1997 sur la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence, ne pose le précepte de la corrélation qui existe entre «la définition du marché pertinent» et «l'existence éventuelle des pratiques anticoncurrentielles», la Cour de Justice de la Communauté Européenne, aujourd'hui, Cour de Justice de l'Union Européenne l'avait consacré d'une manière effective.

En effet, la Cour de Justice de la Communauté Européenne a pour la première fois posé de manière formelle cette corrélation. Ce à l'occasion de «l'affaire Michelin», en réaffirmant la nécessité de la définition du marché pertinent. En observant que la détermination du marché en cause doit servir à titre principale à évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs (CJCE, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, 9 nov. 1983, aff. 322-81, Rec. 1983-03461, pt. 37).

Ainsi, il y a lieu de souligner que cette corrélation entre «le marché pertinent» et «le comportement des agents économiques» sur le marché a été

adoptée systématiquement la Commission Européenne (COMMISSION CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence*, JO C 372 du 03 décembre 1997).

En effet, au niveau de la Communication de la Commission de 1997 sur la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence a confirmé l'existence de cette corrélation en prévoyant clairement que «*la définition du marché pertinent permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Elle permet d'établir le cadre dans lequel la Commission applique la politique de la concurrence. Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause*» (COMMISSION CE, *Définition du marché pertinent du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence*, JO C 372 du 03 décembre 1997, pt. 2).

D'ailleurs, cette corrélation a été rappelée et consolidée par les récentes décisions de la jurisprudence européenne (V. notamment : CJCE, *Tetra Pak International SA c. Commission*, 14 nov. 1996, aff. C333/94P, Rec. 1996 I-05951, pt. 13 ; TPICE, *Kish Glass & Co. Ltd c. Commission*, 30 mars 2000, aff. T-65/96, Rec. 2000 II-01885, pt. 62 ; TPICE, *Airtours plc c. Commission*, 28 juin 2004, aff. T-342/99 DEP, Rec. 2004 II-01785; TPICE, *Schneider Electric SA c. Commission*, 31 janv. 2006, aff. T-310/01. Rec. 2006 II-00111).

En évoquant que la démarcation du marché a pour finalité principale d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les concurrents, la Commission Européenne pose clairement que la définition du marché n'a d'autre fin que d'appréhender les pressions concurrentielles qui pèsent sur l'entreprise en cause. Cette pression dépend fermement de la position de l'entreprise sur le marché. Si cette position est forte, l'entreprise pourra s'affranchir de ses pressions. Le cas contraire, implique que la concurrence ne devrait pas être faussée (DIAWARA, K. 2008).

D'ailleurs, cette thèse a été consacrée en droit marocain de la concurrence en vertu de l'article 9 de la loi n° 104-12 qui prévoyant que «*Ne sont (...) pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7 (...) les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence, en particulier les accords entre petites ou moyennes entreprises*».

A l'instar ce qui est exposé ci-dessus à propos du déploiement du droit européen de la concurrence et sans préjudice aux exclusions propres à chacun des régimes juridiques. La même situation prévaut en droit marocain eu égard à l'affirmation de la corrélation coexistent entre la nécessité de «*définir le marché*» et l'appréhension du «*comportement de l'entreprise*»

sur le marché, aussi bien en vis-à-vis de ses concurrents que du consommateur finale, à la seule différence près qu'il y a beaucoup plus de nitescence en droit marocain qu'en droit européen (EL AZHARY, M. 2021).

En effet, le décret n° 2-23-273 du 2 kaada 1444 (22 mai 2023) modifiant et complétant le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ainsi que les décisions et avis émanant du Conseil de la Concurrence reconnaissent clairement l'existence de cette corrélation.

C'est ainsi que le nouveau décret n° 2-23-273 pris pour l'application de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, prévoit notamment dans son article 9 que l'objectif général de la définition du marché lors de l'analyse de l'activité des entreprises ou groupes concernés des entreprises sur le marché est d'identifier si « *ces pratiques affectent un marché (...)* ».

Pareillement, au-delà de l'exposé du récit afférent à de l'hégémonie de l'intérêt que revêt «la définition du marché en cause», le décret sus-référencié consacre *in extenso* une définition précise au marché concerné, en énonçant ainsi « *un marché concerné est considéré comme affecté : si deux ou plusieurs entreprises ou groupes visé aux points 2 du présent formulaire exercent des activités sur ce marché et que leurs parts cumulées atteignent 25% ou plus. Ou si une entreprise au moins visée au point 2 exerce des activités sur ce marché et qu'une autre de ces entreprises ou groupe exerce des activités sur un marché situé en amont ou en aval ou connexe qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble des entreprises ou groupes visés au point 2 atteignent 25% ou plus. Un marché peut également être affecté du fait de la disparition d'un concurrent potentiel due à l'opération* » (Décret n° 2-23-273 du 2 kaada 1444 (22 mai 2023) modifiant et complétant le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *Annexe -2- Dossier de notification d'une opération de concentration*, pt. 3. *Marchés concerné*, p. 1242).

Sous toutes réserves au précepte érigé en vertu du texte réglementaire sus-évoqué, le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc met, de sa part, cette corrélation dualiste en exergue avec un dynamisme à son apothéose. Ce en la réaffirmant de manière constante, à l'instar de la décision n°12/10 du 14 octobre 2010, portant sur la demande d'avis de l'Association Marocaine de Plasturgie au sujet des mesures de sauvegarde déposées par la SNEP auprès du Ministère du Commerce Extérieur (V. à ce propos : Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. Rapp. ann. 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. 38-39).

D'après la décision n° 12/10 du 14 octobre 2010 quant au dossier relatif à la plasturgie soumis au Conseil par l'Association Marocaine de la Plasturgie (AMP) au sujet des mesures prises par la Société Nationale d'Électrodialyse et de Pétrochimie (SNEP), « *le rapport du Conseil s'est attelé à l'étude des données générales de la demande d'avis, la présentation des différentes positions des parties concernées, le cadre juridique des mesures de sauvegarde et l'analyse du marché du PVC. Les principales conclusions ont insisté sur la nécessité de protéger la production nationale, d'évaluer le lien des mesures de sauvegarde avec la notion d'intérêt général* » (V. à ce titre : Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. Rapp. ann. 2010, *Chapitre I. Activité générales du Conseil*, p. 22).

Ainsi, constate-t-on qu'en droit marocain, la définition du marché est tournée vers l'objectif ultime de la recherche du lien entre le marché affecté et les agissements de l'agent économique concerné en vue de la mise en application des mesures de sauvegarde de « la sécurité du commerce juridique » sur le marché intérieur.

Cet objectif de sauvegarde de « la sécurité du commerce juridique » sur le marché intérieur pousse donc, à priori, les instances de la concurrence des systèmes juridiques sous examen à mieux chercher à connaître « l'environnement concurrentiel » dominant un marché donné, notamment en mettant la lumière sur les stratégies apparentes et occultées des entreprises, leurs objectifs, leurs forces, leurs faiblesses et leurs modes de réaction face à la concurrence.

L'ensemble de ces connaissances liées à titre principal aux « comportements des entreprises » en antagonisme au sein de l'enceinte concurrentielle, permettront de mesurer le degré de la concurrence et les moyens d'y faire face, mais aussi, la mise en place des objectifs visant à anticiper les réactions réfractaires à venir comme l'identification des forces et faiblesses qui facilitent la détection des zones de différenciation et d'attaque anticoncurrentielle. Enfin, sur la base des éléments se rapportant au « milieu de l'entreprise », il est désormais possible aux autorités en charge de la concurrence de connaître les profils types de réaction permettant d'ajuster voire réguler la trajectoire des entreprises en rivalité par rapport à la finalité ultime du « maintien du libre jeu de la concurrence sur le marché ».

Les autorités en charge de la concurrence ont donc absolument besoin de comprendre ce qui crée la valeur chez l'entreprise sur un marché donné voire renforce son positionnement. Aussi, faudrait-il à la fois analyser les particularités stratégiques qui démarquent l'entreprise en rivalité et la façon dont ceux-ci impactent son comportement sur le marché, ce en évaluant leurs répercussions sur les performances des différents concurrents.

En tenant compte de ce qui précède, nous avons vu que pour être performante, l'entreprise est présumée maîtriser son environnement concurrentiel en cherchant l'avantage concurrentiel et en créant et en développant une part de marché importante par l'entremise d'une arme concurrentielle. Il est donc indispensable aux autorités en charge de la concurrence de diagnostiquer «le comportement concurrentiel » en se référant au « milieu de l'entreprise» pour mieux qualifier le degré d'intensité de l'acte susceptible de nuire au «libre jeu de la concurrence» au sein du marché intérieur.

b- La portée de la corrélation « marché pertinent-comportement de l'entreprise »:

Le droit de la concurrence s'affiche, à ce standard, et au-delà de sa dimension juridique, une dimension symbolique et économique. Sans avoir à évoquer sa dimension économique évidente corroborée de par son objet, le fonctionnement du marché, ses concepts et ses méthodes, sa dimension symbolique s'articule fondamentalement sur le maintien de la «paix au sein de la communauté humaine» baptisée couramment dans une appréhension juridico-économique la « prestance du marché intérieur » (BENAMOUR, A. 2010).

De façon global, le grand droit de la concurrence traitant à titre principal des pratiques restrictives, par l'interdiction des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante, veillant ainsi à la restauration de «l'égalité et la liberté dans l'accès au marché » dite «l'égalité de traitement ex et ante entre entreprises», là où les forces naturelles du marché favorisées par les différentes facettes des «comportements des entreprises», auraient conduit à la parturition de puissance économique. Géniteur de puissance économique pour les uns, il est incontestablement catalyseur de contraintes pour les autres ; selon que l'on se trouve d'un côté ou de l'autre, le droit de la concurrence se dévoilera toujours à la fois salvateur et martyrisant.

Mais, étant donné que notre présent axe de recherche s'attèle à la corrélation entre «le marché pertinent» et «le comportement des entreprises» au sein de l'arène concurrentielle, il faut aller plus loin et s'interroger sur la mise en œuvre de ce rapport si étroit, précisément dans le domaine de l'appréhension des actes de nature à «fausser le libre jeu de la concurrence sur le marché». A ce propos, pour le droit de la concurrence, la recherche sera focalisée à la fois sur l'élément de puissance économique de l'entreprise en cause mais également sur le déploiement de son activité économique d'un point de vue stratégique, ce notamment par l'entremise de la mise en œuvre de «la définition du marché pertinent» (VANDENCASTEELE, A. 1999).

La «définition du marché pertinent» sur la base du «comportement de l'entreprise» suspecte permet tout d'abord de déceler l'élément de la puissance économique de l'entité en question. C'est ainsi que la «définition du marché pertinent» par rapport au «comportement de l'entreprise» devrait essentiellement être prise en compte dans l'analyse des ententes et pratiques prohibées comme dans l'analyse des abus de position dominante sur le marché (LE ROY, F. 2007).

Au standard de l'analyse des ententes et pratiques concertées, les capacités de pénétration du marché par les entreprises ayant recours aux ententes anticoncurrentielles pour renforcer leur position sont mesurées pour déterminer au final la puissance économique des entités en connivence. Inébranlablement, la «définition du marché pertinent» conçue sur les soubassements factuels qui conditionnent l'évaluation de l'impact de la part des entreprises suspectes sur le marché de produits et géographique en cause, l'évaluation de la puissance financière détenues par celles-ci...etc., fait que la «définition du marché pertinent» est un élément, certes, prépondérant, mais, demeure un facteur parmi tant d'autres dans le processus d'évaluation factuelle. Est également pris en compte dans le cadre de l'appréhension du fait réfractaire aux règles de la concurrence, l'aspect corrélatif dit «comportement des entreprises» parties à la relation interdite. On retrouve, ainsi, la stratégie de gestion du réseau de distribution de l'entreprise, la place des concurrents, le portefeuille de marques, la puissance compensatrice des acheteurs ou des fournisseurs...etc. (BOY, L. 2005).

Au niveau de l'analyse de l'abus de position dominante, qui passe nécessairement par la recherche préalable d'une position de prépondérance économique sur un marché donné, le «comportement de l'entreprise» en cause sera également pris en compte, ce à côté de la «définition du marché pertinent» *via* la part de marché, pour déterminer si, préalablement, il y a position dominante sur le marché de référence. Cette analyse factuelle d'ordre comportementaliste se fait par l'intermédiaire de l'évaluation des stratégies d'investissement de l'entreprise suspecte. On tiendra compte pareillement, comme indice de prépondérance économique, de l'avancée technologique d'une entreprise par rapport à ses concurrents au sein de l'arène concurrentielle (AZEVEDO, J-P. AND WALKER, M. 2002).

Le fait que «la définition du marché pertinent» par rapport au «comportement de l'entreprise» doit agir particulièrement dans le sens de l'identification de la source d'éventuelle contrainte susceptible de «peser sur le marché», permet de mieux asseoir la nécessité de cette phase.

Ainsi, en application de la corrélation «définition du marché pertinent-comportement de l'entreprise», pour que l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles soit applicable, l'acte en cause doit être de nature à affecter le commerce entre Etats membres ou en termes de la législation

marocaine de la concurrence «affecter le marché intérieur » voire «fausser le libre jeu de la concurrence». Pour «affecter le commerce entre Etats membres» voire «affecter le marché intérieur», la pratique en question doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'elle puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange sur le marché. Une influence dépendant essentiellement du « comportement des entreprises » parties à l'acte concerté, lequel comportement additionné à la position que détient les entités en cause sur le marché, pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché concurrentiel salubre. En outre, la pratique en cause doit avoir pour répercussion de «restreindre sensiblement le jeu de la concurrence». Ainsi, cette restriction à la concurrence, qui s'apprécie au regard d'un marché de référence ou «marché pertinent» à définir, mais, s'apprécie pareillement sur la base du «comportement adopté par l'entreprise» suspecte, ne doit pas être insignifiante (PERUZZETTO, S. ET JAZOTTES, G. 2008).

Intervient en ce sens l'analyse fondée sur la «règle de minimis» ou du «seuil de sensibilité». Ainsi, on retrouve des critères essentiellement liés à la position de l'entreprise sur le marché ainsi que le déploiement de ses éventuelles stratégies pour déterminer si les ententes pactisées entre entreprises sont susceptibles d'être qualifiées d'importance mineure étant qu'ils ne franchissent pas le prétendu «seuil de restriction». Généralement, le «seuil de restriction» est jaugé en se référant au pouvoir de marché des entreprises parties à l'entente, pouvoir que les autorités de la concurrence doivent évaluer à partir des parts de marché détenues par les entreprises sur le marché sans préjudices aux «comportements» dégagés par celles-ci. Aussi, observe-t-on que quand les entreprises sont concurrentes, l'entente est censée ne pas «restreindre de façon sensible la concurrence» dans la stricte mesure où la part de marché cumulée détenue par les parties à l'entente ne dépasse pas dix pour cent (10 %) des parts de marché. Pour ce qui est des entreprises non concurrentes, le seuil étant fixé à quinze pour cent (15 %) de la part de marché cumulée détenue par les parties à l'entente. Mais cette quantification est écartée en présence de « restrictions flagrantes » corroborées par le «comportement des entreprises» visant à consolider la position abusive d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises sur le marché (V. à ce propos : Commission Européenne (CE), *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE*, Journal officiel n° C368/13 du 22 décembre 2001).

D'ailleurs, le même point de vue concernant le rapport problématique de l'impact du «pouvoir de marché» détenu par les entreprises parties à l'entente et leur «comportement concurrentiel», est consacré en droit

marocain de la concurrence. En effet, l'article 9 de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le dahir n° 1-14-116 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014) telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi n° 40-21, prévoit la mise en application du « seuil de restriction de l'entente ». Cet article énonce clairement que « *Ne sont (...) pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7 (...) les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence, en particulier les accords entre petites ou moyennes entreprises* ».

En effet, la sanction des restrictions à la concurrence n'a de sens que si celles-ci provient d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises détenant un certain poids sur le marché mariées à un comportement concurrentiel déclaré suspect, à défaut d'une telle jonction corrélatrice, la restriction n'est pas considérée comme sensible. La théorie des « restrictions sensibles » est ainsi basée sur la position de prépondérance de l'entreprise ou d'un groupe d'entreprises en vis-à-vis des concurrents sur le marché, corroborée par un comportement visant le cloisonnement du marché en cause.

Autant en droit marocain qu'en droit européen de la concurrence, cette théorie des « restrictions sensibles » est acceptée et appliquée, l'évaluation de « l'environnement concurrentiel » au sein duquel évolue l'entreprise est donc devenue une condition *sine qua non* à la dynamisation de la législation sur la concurrence.

Au finale, ce fondement de corrélation entre « la définition du marché pertinent » et « le comportement adopté par l'entreprise » sur le marché en cause, aura le mérite de démontrer que la « définition du marché concerné » constitue une phase essentielle pour une application efficace des règles de droit en matière de la concurrence (DIAWARA, K. 2008).

La définition du marché pertinent n'ayant d'autre but que de détecter et de recadrer les agissements de l'entreprise sur le marché, l'occulter serait de l'ordre de l'arbitraire dans un environnement économique aussi encombrant à la mise en œuvre du droit de la concurrence.

D'ailleurs, c'est pourquoi l'approche juridique tient à affirmer le caractère *in concreto* de « la définition du marché » en tenant compte des différentes catégories juridiques à l'origine desquelles se pose le problème « d'entrave au libre jeu de la concurrence », qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante (EL AZHARY, M. 2021).

B- Le recours à la corrélation « marché pertinent-effet restrictif à la concurrence » :

Aujourd'hui, il est clair que la « définition du marché pertinent » repositionnée explicitement comme un outil efficient de la mise en œuvre de la politique de la concurrence, est jugée assez fluctuante, dans la mesure où le cadre conceptuel d'analyse qu'on lui assigne, tient fondamentalement

compte de la nature du problème induit par la concurrence, de son contexte et de son objet en particulier.

À vrai dire, la «définition du marché pertinent» se fait, en l'espèce, en considération de l'origine de l'atteinte portée à la concurrence. Autrement dit, même si l'objet essentiel de la «définition du marché» est de circonscrire les contours de «l'environnement concurrentiel», quel que soit le problème de concurrence en cause, la «définition du marché pertinent» n'est pas opérée de manière identique en cas d'entente ou d'abus de position dominante.

En effet, la «délimitation du marché pertinent» doit être effectuée de façon casuistique, en prenant en considération la dimension temporelle, la nature, le contexte ainsi que l'objet des cas litigieux, selon leur catégorie juridique. Ainsi, il s'avère que la «définition du marché pertinent» n'a pas la même portée en présence d'une entente ou d'un abus de position dominante.

De ce fait, c'est en considérant ce caractère que deux distinctions doivent être faites par rapport à l'approche du marché concerné. D'une part, la définition du «marché en cause» à l'aune de la «variable temps» en vue de l'assainissement du marché intérieur en se fondant, à titre particulier, sur le comportement de l'entreprise de même que sur le déploiement de la structure du marché de ladite entité en «temps astronomique réel» **(a)**. Et d'autre part, la «définition du marché pertinent» au vu de la «logique finalistique» de l'acte suspecté enfreindre le libre jeu de la concurrence, qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante **(b)**.

a- Le déploiement du « marché pertinent » à l'aune du « facteur temps »:

Nous estimons que l'approche du «sujet économique» voire «l'entreprise» en fonction d'une «représentation du temps» n'a autres finalités que de mettre en adéquation le « sujet économique » en cause ainsi que l'activité qu'il initie avec l'espace immatériel sur lequel ladite activité prend forme. Il est question d'une conceptualisation de l'activité de l'entreprise à l'aune du «facteur temps». Un paradigme plus global qui consiste en une appréhension matérielle du «déploiement de l'entreprise», laquelle est effectuée en tenant compte du «comportement de l'entreprise» sur le marché, dont l'optique étant de permettre de connaître au mieux le milieu concurrentiel ou se déploie l'essence même de l'entreprise ou de l'activité économique.

L'approche du «marché pertinent» du point de vue du «facteur temps», fait office d'un vecteur concluant en vue de l'appréhension des pratiques visant à «fausser la concurrence sur le marché», dans la stricte mesure où une telle approche tient compte de la perspective du moment dans lequel «la démarcation du marché concerné» doit être menée.

Ainsi, il est établi que la «définition du marché pertinent» en matière d'entente et d'abus de position dominante se fait sur une base rétrospective.

En effet, dans le cas de l'entente et de l'abus de position dominante, le futur important peu, l'analyse du marché se concentre principalement sur le moment passé et présent, notamment par référence aux indices de «performance de l'entreprise», à savoir le «positionnement de l'entreprise» sur le marché et «la part du marché» détenue par l'entreprise (LESQUINS, J-L. 1994).

De façon davantage rudimentaire, le «positionnement d'une entreprise» sur le marché étant la manière dont l'entreprise construit au présent l'image à travers laquelle elle souhaite être perçue dans un secteur d'activité donné voire un marché. Cette perception acquise au présent étant le feed-back voire la mise en exergue d'une «stratégie antérieure de positionnement» sur le marché. Un positionnement efficient se voit réaliser légitimement lorsque la perception cuirassée au moment présent est synchrone avec la stratégie échafaudée au temps passé par l'entreprise (LAMBIN, J-J. ET DE MOERLOOSE, CH. 2016).

Toute entreprise se fixe préalablement des choix stratégiques hétéroclites pour marquer l'étendue de son impérium sur un marché. Par voie de conséquence, dans un même secteur d'activité, les entreprises protagonistes du marché ne se retrouvent pas inévitablement en concurrence directe, mais peuvent l'être occultement. Aussi, et pour mieux les différencier de façon ostensible, a-t-on mis à contribution l'indice de performance «positionnement de l'entreprise» lequel désigne le processus à travers lequel une entreprise ou un groupe d'entreprise classifié dans un même secteur d'activité dit en matière de la concurrence « marché pertinent » (TROUT, J. AND RIVKIN, S. 1996).

Le positionnement de l'entreprise peut se concevoir notamment à travers le déploiement de facto des stratégies de l'entreprise sur le marché, par l'intermédiaire d'une politique spécifique de commercialisation d'un produit ou d'un service. Il est identiquement communément admis que l'entreprise peut recourir à un positionnement érigé sur le fondement de la diversification des produits ou services avec des positionnements distincts au sein d'un même produit ou service. L'archétype extrême d'un positionnement étant le positionnement pour chaque segment de produit ou de service (RIES, A. AND TROUT, J. 1981).

Etant un état de fait agissant au présent, le «positionnement de l'entreprise» sert avant tout à se différencier des autres acteurs en place. Et, grâce à ce positionnement, l'entreprise se procure une place distinctive sur le marché, à travers la mise en place d'une politique de produit ou service dans l'esprit de la population prospectée. De ce fait, le «positionnement d'une entreprise» sur le marché offre l'avantage d'éviter à l'entreprise le risque éminent de se retrouver dans une position non souhaitable pour où celle-ci serait peut-être impossible de rivaliser avec certains de ces concurrents. Pire

encore, se retrouver dans une situation où l'offre ne soit pas en adéquation avec la demande (TROUT, J. 1969).

Il n'en demeure pas moins vrai que le « positionnement de l'entreprise » sur le marché joue doublement. À côté de ses effets béants sur le déploiement de l'entreprise sur le marché, il constitue un moyen infaillible pour mesurer preuve à la main la puissance économique de l'entreprise susceptible d'influencer pernicieusement le « libre jeu de la concurrence » sur le marché intérieur. Ce notamment lorsque le « positionnement de l'entreprise » dans la sphère économique affecte à de nombreux aspects le fonctionnement du marché. De la sorte que l'on peut observer une constante dans l'exercice du pouvoir au sein des entreprises, à savoir l'alignement sur la politique de commercialisation (politique prix/produit) d'un nombre significatif d'entre elles au sein du groupe d'entreprises ou à son extérieur. Un alignement qui découle lui-même de l'objectif de profit visant le renforcement de la « prépondérance économique » de l'entreprise ou du groupe d'entreprises (BEN DLALA JENHANI, S. 2007).

L'influence exercée par la « prépondérance économique » sur la concurrence trouve, notamment, son expression dans le compromis ou l'adhésion d'un ensemble d'entreprises, constituées en entités juridiquement distinctes, et entre lesquelles il peut exister ou non un réseau de liaisons de nature à les placer sous l'influence d'un même centre de décision, à une ligne de conduite uniforme sur le marché. Cet alignement s'affiche le plus souvent à travers la mise en œuvre d'une « pratique concertée » entre entreprises, procurant aux parties à la corrélation la capacité d'imposer ou de faire prévaloir une volonté aux autres acteurs susceptibles d'être affectés par les effets de l'usage mis sur pied (BAILLERGEAU, D. 2006).

La démarche de la démarcation du « positionnement de l'entreprise » au sein de l'arène concurrentielle est, d'ailleurs, fortement liée au facteur contingent dit « part de marché » de l'entreprise. La part de marché se présente comme étant une donnée chiffrée permettant de brosser l'état présent corrélatif au « positionnement de l'entreprise » sur le marché. Autrement, ce « manomètre de performance » tolère de situer l'entreprise face à ses concurrents sur un marché spécifique. Elle est exprimée en pourcentage du total des ventes d'un produit ou d'un service précis. Il s'agit donc d'un indicateur clé pour mesurer la compétitivité d'une offre et l'importance d'une entreprise. En d'autres termes, le ratio part de marché d'un produit ou d'un service d'une entreprise donnée compare celui-ci à des produits ou services semblables proposées par des entreprises concurrentes (MINITER, R. 2002).

En termes plus révélateurs, « la part de marché » est le plus souvent le rapport entre les ventes d'une entreprise donnée et la totalité des ventes des entreprises qui opèrent sur le même marché. Les marchés de produits ou de

services sont de par leur nature hétérogènes, mais, plus cette conception de marché est précisée, notamment par le biais de la «définition du marché en cause», plus l'analyse par rapport à la concurrence devient pertinente (CHEVALIER, M. ET DUBOIS, P-L. 2009).

En vue de calculer la part de marché d'une entreprise, c'est-à-dire mener à bon port le discernement véridique de «la position de l'entreprise concernée par rapport à l'ensemble de la concurrence», il est primordial d'établir le rapport entre le chiffre ou le volume d'affaires de l'entreprise et le chiffre ou au volume d'affaires de l'ensemble du secteur faisant «le marché pertinent» sur une même période donnée (DUBOIS, P.-L., JOLIBERT, A., GAVARD-PERRET, M-L. ET FOURNIER, CH. 2013).

La part de marché en tant qu'« indicateur de performance » agissant dans le temps présent arc-boute le processus d'évaluation de «la position de l'entreprise» par rapport à ses concurrents sur un marché donné. Il s'agit d'un «indicateur catalyseur» de la puissance économique détenue par l'entreprise, le cas échéant, suspecte de pratiques de nature à «affecter le libre jeu de la concurrence» (HOULE, D. AND SHAPIRO, O. 2014).

Ainsi, dans l'hypothèse où la « part de marché » afférente à l'entreprise en question se trouve être supérieur à cinquante pourcent (50 %) d'un marché donné, où plusieurs de ses concurrents se partagent le reste, l'entreprise en cause est suspectée d'exploiter abusivement une position de dominance. Cette position de puissance acerbe permet à l'entreprise appréhendée d'avoir un fort pouvoir d'influence et de négociation d'où elle peut vraisemblablement affecter la structure du marché voire fausser la concurrence, en constituant notamment des barrières cloisonnant l'accès d'autres concurrents (GREEN, D-H. AND RYANS, A-B. 1990).

Dans l'analyse du «comportement réel des acteurs économiques», les aspects objectifs liés au «temps astronomique réel» dans lequel les entreprises connaissent leur genèse et floraison, en termes de moment passé et moment présent du continuum viager de l'entreprise. Et les aspects subjectifs fondés sur l'appréciation du «comportement des entreprises» et ses répercussions sur le marché et la concurrence, en termes de stratégies de positionnement ou de son corollaire part de marché. Les deux aspects d'analyse gouvernés par la dimension temps convergent de manière que l'on peut constater que les entreprises les introduisent fatalement dans le déroulement de leurs activités (SIBONY, A-L. 2008).

Cette perspective fondée sur la prévalence du « facteur temps » dans la démarcation des ententes et de l'abus de position dominante trouve sa source dans la nature même du problème et du contexte des litiges mettant en cause ses catégories juridiques, d'ailleurs l'on essaie d'entrevoir si cette situation existe déjà au titre des textes régissant les interdictions en cause.

Si le droit marocain de la concurrence méconnaît l'ampleur pratique du « facteur temps » dans le cadre du traitement des cas d'espèce représentant le risque de cloisonnement du marché. Le droit européen de la concurrence constitue une bonne illustration de la prise en compte de la dimension temporelle pour l'assainissement du marché intérieur, en se fondant, notamment, sur le comportement passé de l'entreprise ou sur la structure actuelle du marché (COMMISSION EUROPEENNE CE, *Communication sur la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence*, JO C 372 du 03 décembre 1997, pt. 12).

De leur côté, les autorités de la concurrence des systèmes sous examen ont l'obligation d'être dans «le temps» de l'entreprise pour gagner en légitimité, en crédibilité et en pouvoirs Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc. Rapp. ann. 2010, Chapitre III. *Synthèse des travaux des deuxièmes Assises de la Concurrence de Fès*, p. 69).

b- Le discernement du « marché pertinent » au vu de la « logique finalistique »:

Ce raisonnement interprétatif d'ordre objectif vise la recherche de la finalité de la substance sous examen, à savoir le comportement dégagé par le «sujet économique» voire «l'entreprise » suspecte d'adhésion à la pratique désespérée de nature à fausser la concurrence effective au sein de l'arène concurrentielle. C'est une méthode qui aspire à interpréter les contours de la substance à examiner, sur la base de « variables uniformes » comme l'importance, l'ampleur, la valeur et la complexité du sujet d'analyse dont l'auteur du forfait prohibé, le comportement prohibé et l'environnement incubateur de l'acte prohibé (BENNION, F. 2008).

Il s'agit, le cas échéant, de la mise en œuvre des «indicateurs de performances» ou «indices pertinents» reflétant la dimension stratégique des activités initiées par l'entreprise suspecte de fausser la concurrence sur le marché. La finalité voire l'intention réfractaire étant dégagée de la substance étudiée elle-même, par l'entremise de l'exploration de son contexte, de sa logique intrinsèque ou stratégies, de son but et de son objet (POSNER, R., 2002).

S'agissant de mettre l'accent sur «l'essence du phénomène organisationnel» étudié sous toutes ses dimensions, ce n'est pas l'acception à lui attribuer conventionnellement qui compte le plus. Mais celle que fait apparaître son «interaction avec l'écosystème environnant», en tenant compte des circonstances conjoncturelles.

Il est fait appel à la «finalité de la substance sous examen» dans le dessein de lever les incertitudes que soulève son existence matérielle ou encore pour en restreindre ou en étendre la portée. L'approche ou l'argument finalistique, le raisonnement ou le point de vue motivé par les résultats prospectés, l'analyse ou l'objection téléologique, ont tous pour facteur

commun le recours au but visé par l'institution butte à l'examen (DRIEDGER, A. 1983).

Etant une configuration «d'interprétation contextuelle», les fondements d'une telle approche prennent assise sur la quête de l'intention dégagée par la substance objet de l'étude. Cette interprétation s'interroge, le cas échéant, sur le dessein de l'acte enclenché par l'organisation pour en entrevoir le sens stratégique plausible.

Il est question, effectivement, d'un raisonnement critique, lequel s'érigeant sur un fondement d'ordre de «la finalité intrinsèque et extrinsèque» du comportement prohibé découlant de l'entreprise se trouvant au sein de l'enceinte concurrentielle. Cette approche contextuelle casuistique repose initialement sur le rôle précurseur de la «définition du marché pertinent» à l'occasion de la mise en œuvre des dispositions relatives à l'entente d'une part, et à l'abus de position dominante, d'autre part.

De facto, en dépit du fait que l'entente et l'abus de position dominante s'affichent comme deux catégories juridiques ayant en point d'intersection de porter atteinte au libre jeu de la concurrence. Il n'en demeure pas moins important de dépouiller la teneur de l'interprétation finalistique particulière fournie par la «définition du marché pertinent» en ce qui a trait à la nature contextuelle dissemblable des deux pratiques anticoncurrentielles en cause (BOSCO, D. ET PRIETO, C. 2013).

Ainsi, dans le cas de l'abus de position dominante, il est admis que la «définition du marché concerné» s'insère dans le contexte de la démonstration de la dominance. Aussi, faudrait-il avant toute chose définir le marché sur lequel l'entreprise est supposée jouir d'une position de prépondérance économique avant de pouvoir constater l'abus de dominance en lui-même (DESAUNETTES-BARBERO, L. ET THOMAS, E. 2019).

Afin de conclure à la persistance d'une situation de prépondérance économique de l'entreprise en cause. Est-on astreint, à priori, de cerner en amont le «marché pertinent», dans le but de limiter le périmètre à l'intérieur duquel doit être jaugée à sa juste valeur la question de savoir si l'entreprise suspecte est susceptible d'exploiter une telle situation de prépondérance économique de façon abusive.

La démarcation du « marché pertinent » présuppose elle-même de mettre la lumière, d'abord, sur le marché de produits et, ensuite, sur le marché géographique sur lesquels l'entreprise suspecte prend position. Et ce n'est qu'une fois que le «marché pertinent» aura été délimité que pourra être déclenché le processus d'examen de l'éventuelle existence d'une prépondérance économique de l'entreprise en cause.

Nonobstant, il est souhaitable de relever que la constatation exclusive de l'occupation d'une situation de prépondérance économique n'inclut, en soi, aucune incrimination envers l'entreprise détentrice. Néanmoins, cet

élément fait peser sur l'entreprise en cause le fardeau de ne pas porter atteinte, par un comportement quelconque, à la concurrence effective au sein de l'arène concurrentielle (COMBE, E. 2020).

Dans la même lignée de pensée, la Cour de Justice de la Communauté Européenne, aujourd'hui, Cour de Justice de l'Union Européenne, a rappelé cette assise à l'occasion de l'affaire Volkswagen. En effet, la Cour de Justice européenne avait énoncé que dans le cadre de l'application de l'article 86 du traité (devenu article 102 TFUE), la définition adéquate du «marché pertinent» est une condition *sine qua non* et préalable au jugement porté sur un comportement de l'entreprise prétendument anticoncurrentiel. Ce étant donné qu'avant de conclure à l'existence d'un abus de position dominante, il est nécessaire d'établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné. C'est là une chose qui conjecture que le «marché pertinent» ait été préalablement délimité (CJCE, *Volkswagen AG c. Commission*, 6 juill. 2000, aff. T-62/98, Rec. 2000 II-02707).

Il en est de même en droit marocain, où nous constatons que le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, tel qu'il a été modifié par le décret n° 2-23-273 du 2 kaada 1444 (22 mai 2023), consacre la nécessité de la définition du «marché pertinent» comme une phase primordial de l'appréhension du comportement de l'entreprise suspecte. Ce décret prévoit que la «définition du marché pertinent» s'avère être obligatoire, notamment pour justifier que l'entreprise suspecte n'est pas en position d'abus de dominance et qu'elle peut échapper en l'occurrence, à l'emprise de l'article 7 de la loi n° 104-12.

De fait, l'article 6 du décret dispose expressément que : « *Les catégories d'accords et les accords visés au second alinéa de l'article 9 de la loi n° 104-12 peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions prévues au paragraphe 2 du 1^{er} alinéa dudit article 9 par arrêté du chef du gouvernement ou l'autorité gouvernementale déléguée par lui à cet effet, après avis conforme du Conseil de la Concurrence. Les accords présentés à l'administration, en application du second alinéa de l'article 9 précité, sont accompagnés des informations suivantes : (...) la délimitation du marché concerné (...)* ».

En matière d'entente, la délimitation du «marché pertinent» a pour office sacerdoce de déterminer la question essentielle de savoir si l'entente est susceptible de produire un effet sensible sur la concurrence. Le droit marocain et le droit européen de la concurrence admettent ce principe essentiel.

En droit européen, toujours au titre de «l'affaire Volkswagen», la Cour de Justice définit clairement le rôle joué par la délimitation du «marché pertinent» en cas des ententes. La Cour de Justice de la Communauté Européenne, à l'occasion de la mise en exergue des dispositions de l'article

85 du traité CCE (devenu article 101 TFUE), prévoit que la définition du «marché en cause» a pour finalité de déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en litige est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, ou a pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Ainsi, en est-il du droit marocain, lequel donne la même ampleur au rôle caractéristique joué par la «définition du marché pertinent» dans le cadre de la détermination du caractère sensible de l'effet des pratiques susvisées sur la concurrence.

Conséquemment, dans l'hypothèse du droit marocain, pour déterminer si l'entente ne constitue pas une restriction sensible à la concurrence, et afin de bénéficier des exemptions catégorielles prévues en vertu de l'article 9 de la loi n° 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence et le cas échéant ne pas être soumises aux dispositions de l'article 7. L'article 6 du décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 tel qu'il a été modifié et complété par le décret n° 2-23-273 du 2 kaada 1444 (22 mai 2023) impose aux entités suspectes à titre liminaire de procéder à «la délimitation du marché concerné» avant de décider de leur sort.

Une telle dissimilitude des rôles assumés par la « définition du marché » en cas des ententes et de l'abus de position dominante pris au cas par cas est capitale. Celle-ci offre la garantie de comprendre et de régler la question ronchonreuse de la nécessité ou non de «définir le marché». Elle permet également de mettre la lumière sur l'importance de la «délimitation du marché pertinent» en matière d'entente. Autrement dit, celle-ci n'a d'intérêt que dans la mesure où elle permet de jauger si cette pratique de par son effet est susceptible de porter une atteinte sensible à la concurrence (V. à ce propos TPICE, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Commission*, 15 sept. 1998, aff. jtes. T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. 1998 II-03141, pts. 93-95).

En d'autres termes, toute l'astuce réside à la seule occurrence de connaître si l'entente implique un effet sensible. Subséquemment, s'il est démontré que l'entente porte atteinte à la concurrence de par son objet, la «définition du marché» devient dès lors inutile. Dans le même ordre d'idées, il n'est pas non plus nécessaire de «définir le marché pertinent» dans l'hypothèse où l'entente fait une restriction caractérisée à la concurrence (PRIETO, C. 2018).

En somme, la recherche de la finalité de la substance sous examen, à savoir le comportement réfractaire dégagé par «l'entreprise» suspecte d'adhésion à une pratique supposée de nature à fausser la concurrence

effective au sein de l'arène concurrentielle. S'affiche comme étant un jugement de valeur méritant un traitement contextuelle casuistique selon l'acte initié par l'entreprise, qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante. Un traitement ayant pour fin de lever les incertitudes que soulève l'existence matérielle du dommage à la concurrence. Un traitement reposant initialement sur le rôle précurseur de la «définition du marché pertinent» de l'entreprise en «interaction avec l'écosystème environnant».

Si l'on se rapporte à la logique finalistique, le recours à «la délimitation du marché pertinent» permet de refléter la dimension stratégique des activités initiées par l'entreprise suspecte à l'intérieur de l'enceinte concurrentielle. Aussi, «la définition du marché pertinent» est-elle une condition préalable au jugement porté sur un comportement de l'entreprise prétendument anticoncurrentiel. Ceci étant, avant de conclure à l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, il est indispensable d'établir la manifestation effective de celle-ci sur un marché donné. C'est là une manœuvre qui présuppose que le «marché pertinent» ait été appréhendé au préalable, étant donné que la preuve de l'existence de l'acte réfractaire étant dégagée par l'intermédiaire de l'exploration de son contexte, de sa logique intrinsèque, de son but ou de son objet.

Conclusion :

Il en va sans dire que «la définition du marché pertinent» fait l'office sacerdoce d'un passage obligatoire sur le sentier de la lutte contre les pratiques susceptibles de porter atteinte à l'équilibre au sein de l'enceinte concurrentielle, notamment, par l'entremise de la mise en application des dispositions du droit de la concurrence portant sur l'entente ou la pratique concertée ou encore plus l'abus de position dominante. L'acte de «la définition du marché pertinent» s'avère indispensable compte tenu du fait qu'elle tolère aux Hommes de droit d'examiner l'existence ou l'absence de l'essence même de l'atteinte à la concurrence effective sur le marché.

Certes, les autorités de la concurrence des systèmes juridiques marocain et européen se sont employées à affiner la mission d'assainissement du marché concurrentiel qui leur était dévolu en vertu des textes en vigueur, notamment en ayant recouru à la définition du « marché pertinent » pour apprécier au plus juste la réalité du fait concurrentiel abordé, et pour adapter pleinement l'acception de la concurrence efficace à la réalité mouvante du marché à laquelle il cherche à répondre. C'est bien au législateur qu'il revient de s'y atteler matériellement.

Encore faut-il néanmoins que le législateur détermine l'étendue de la «définition du marché pertinent», sa nature juridique et les procédés de son déploiement qui pourrait gouverner l'avenir du marché concurrentiel. Si rien n'est certain à cet égard, l'élaboration des outils de «détermination

du marché pertinent» est un chantier sur lequel le Conseil de la concurrence doit se pencher impérativement, ce en attendant l'adoption d'une législation propre aux méthodes à mettre en œuvre pour la «définition du marché pertinent».

Dès lors, cette étude nous a permis de tracer les rebords afférents au rôle joué par l'acte de «la définition du marché pertinent» dans le dessein de la mise en exergue du droit de la concurrence, mais aussi des tournures épistémologiques qu'il faudrait déployé à l'échelle des autorités de la concurrence pour concrétiser tous les objectifs du pacte légal de stabilité des entreprises sur le marché.

Si sur le plan juridique, «le marché pertinent» constitue le cadre d'expression de tout comportement émanant des entreprises, protagonistes/antagonistes concurrents. 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. A titre de corolaire, la tournure épistémologique nous a-t-elle permis de mettre en évidence deux orientations bicéphales à prendre en ligne de mire par les autorités de la concurrence des systèmes juridiques marocain et européen dans le contexte de l'appréhension pragmatique du «marché pertinent». Il s'agit, d'une part, de l'approche du «marché pertinent» orientée vers la démarcation de «l'environnement concurrentiel», notamment, à l'aune des «comportements des acteurs du marché». Il est question, d'autre part, de l'approche du «marché pertinent» réalisée de façon casuistique eu égard au «comportement desperado» portant atteinte au marché intérieur.

L'approche pragmatique à aspect téléologique de «la définition du marché pertinent» nous a-t-elle pareillement incités à ouvrir la discussion sur l'exigence de l'adoption par le droit et la pratique nationale de la concurrence d'une méthodologie précise pour l'instrumentalisation de «la définition du marché pertinent» en vue de l'application du droit marocain de la concurrence. A l'instar du droit européen comparé, lequel en vertu de la Communication de la Commission Européenne de 1997, a avancé un référentiel sans précédent sur la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit communautaire de la concurrence. Le droit marocain doit permettre au Conseil de la Concurrence du Royaume, mais aussi aux entreprises de disposer d'une «charte de bonnes pratiques du marché intérieur», laquelle charte aurait pour mission de fixer les démarches à poursuivre afin de « la définition du marché pertinent » à l'aune de «l'environnement des entreprises» faisant concurrence sur le marché et de leur «comportements» respectifs.

Il s'agit à notre sens d'un texte de référence ayant pour objet d'expliquer la manière dont le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc devrait appliquer le concept de marché de produits ou de marché

géographique en cause, dans sa mise en œuvre du droit de la concurrence, en particulier dans des secteurs tels que les services, les transports, l'agriculture, ainsi que les autres secteurs d'activités économiques. Un texte de référence ayant pour fin de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les protagonistes du marché. Un texte de référence permettant d'établir le cadre dans lequel le Conseil de la Concurrence du Royaume du Maroc devrait appliquer les dispositions régissant la concurrence. Un texte dont l'objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises soit à l'intérieur ou à l'extérieur du marché.

Un texte de référence consacrant «la définition du marché pertinent», au niveau tant des produits que de la dimension géographique du marché, afin de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur «le comportement des entreprises» en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. C'est dans cette optique que «la définition du marché» permettra entre autres de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant «le pouvoir de marché» pour l'appréciation d'une position dominante ou de son abus.

Conflit d'intérêts : L'auteur n'a fait état d'aucun conflit d'intérêts.

Disponibilité des données : Toutes les données sont incluses dans le contenu de l'article.

Déclaration de financement : L'auteur n'a obtenu aucun financement pour cette recherche.

Références :

1. AZEVEDO, J-P. AND WALKER, M. (2002), Dominance : Meaning and Measurement, *European Competition Law Review*, 23(7), 363-367.
2. BAILLERGEAU, D. (2006), *Les stratégies de positionnement : les voies de la légitimité : le cas de l'industrie du surfwear*, Thèse d'Etat, Université de Pau et des Pays de l'Adour (UPPA).
3. BEN DLALA JENHANI, S. (2007), *Le positionnement des marques internationales dans un contexte globalisé : analyse critique des principaux déterminants et des axes décisionnels clés*, Thèse d'Etat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
4. BENAMOUR, A. (2010), La concurrence et les grandes problématiques de l'heure, Collection Thèmes Actuels : Culture de la

- concurrence – L’an I du Conseil de la Concurrence-, REMALD, Rabat, (68).
5. BENNION, F. (2008), *Statutory Interpretation*, Butterworths Law, 5th Edition, London.
 6. BIENAYMÉ, J. (1998), *Principes de concurrence*, Economica.
 7. BOSCO, D. ET PRIETO, C. (2013), *Droit européen de la concurrence : ententes et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles.
 8. BOY, L. (2005), L’abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence, *Revue Internationale de Droit Économique*, T.9, Éd. De Boeck Supérieur, 2005/1, 27-50.
 9. BROCK, W. (December, 1983), Contestable Markets and the Theory of Industry Structure : A Review Article, *Journal of Political Economy*, 91(6), 1055–1066.
 10. BROZEN, Y. (1975), *The Competitive Economy*, New Jersey General Learning Press.
 11. BROZEN, Y. (November/December 1969), Competition, Efficiency and Antitrust, *Journal of World Trade*, Vol. 3, (6), 659-670.
 12. CHANDLER, A. (1972), *Stratégies et structures de l’entreprise*, Éditions d’Organisation.
 13. CHEVALIER, M. ET DUBOIS, P-L. (2009), *Les 100 mots du marketing*, Presses Universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? ».
 14. COMANOR, W. AND WHITE, L. (1992), Market Power or Efficiency : A Review of Antitrust Standards, *Review of Industrial Organization*, 7(2), 105-116.
 15. COMBE, E. (2020), *Économie et politique de la concurrence*, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris.
 16. DE GRAMONT, D. (1996), Propos impertinents sur le marché pertinent dans le droit de l’Union, *Dalloz Affaires*, (5).
 17. DEFFAINS, B. ET PELLEFIGUE, J. (2018), Vraiment pertinent ? Une analyse économique des marchés pertinents, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, (3), 555-573.
 18. DESAUNETTES-BARBERO, L. ET THOMAS, E. (2019), *Droit matériel européen des abus de position dominante : textes et commentaires*, Bruylant, Bruxelles.
 19. DIAWARA, K. (2008), *Le contrôle de la puissance de marché par les droits canadien et européen de la concurrence : Contribution à une approche juridique du marché*, Thèse de Doctorat, Université Laval, Québec.
 20. DRIEDGER, A. (1983), *Construction of Statutes*, Butterworth & Co., 2^d Edition, Canada.

21. DUBOIS, P-L., JOLIBERT, A., GAVARD-PERRET, M-L. ET FOURNIER, CH. (2013), *Le Marketing. Fondements et pratique*, 5^{ème} éd., Economica, Paris.
22. DUSSANGE, P. (1986), *L'industrie de l'arme Economique*, Dunod, Paris.
23. EL AZHARY M. (2022). L'instrumentalisation de la définition du marché pertinent aux fins de la mise en œuvre des droits marocain et européen de la concurrence : Etat des lieux et réflexion prospective. *European Scientific Journal (ESJ)*, 18 (35), 169.
24. EL AZHARY, M. (2021), *L'égalité de traitement entre entreprises en droit marocain et européen de la concurrence*, Thèse de Doctorat en Sciences Juridiques et Politiques, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès.
25. FEYDEL, R. (2015), *La fluidité du marché : essai en droit des marchés*, Librairie Eyrolles, Paris.
26. GENICOT, N. (2020), L'Index de la sécurité juridique, ou comment promouvoir le droit continental par le biais d'un indicateur, *Droit et société*, Vol. 104, (1), 211-234.
27. GREEN, D.H. AND RYANS, A-B. (March 1990), Entry Strategies and Market Performance Causal Modeling of a Business Simulation, *Journal of Product Innovation Management*, Vol. 7, (1), 45-58.
28. HOULE, D. AND SHAPIRO, O. (2014), *Brand Shift : The Future of Brands and Marketing*, David Houle & Associates.
29. KAPLOW, L. (December 2010), Why (ever) define Markets?, *Harvard Law Review*, Vol. 124, (2), 437-517.
30. KORAH, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 9th Edition.
31. LAMBIN, J-J. ET DE MOERLOOSE, CH. (2016), *Marketing stratégique et opérationnel : La démarche marketing dans l'économie numérique*, Management Sup, Dunod.
32. LE ROY, F. (2007), La concurrence, entre affrontement et connivence, *Revue Française de Gestion*, 1(158), 147-152.
33. LESQUINS, J- L. (1994), Innovation et délimitation des marchés pertinents, *Revue d'économie industrielle*, Vol.4, 70, 7-15.
34. LIANOS, I. (2007), *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant.
35. LIEBELER, W. (1978), Market Power and Competitive Superiority in Concentrated Industries, *The University of California, Los Angeles School of Law Review (UCLA)*, 25(1231), 1260-1266.
36. LOPATKA, J. (June 2011), Market Definition?, *Review of Industrial Organization*, Vol. 39, 69-93.

37. MARCH, J. (1999), *The Pursuit of Organizational Intelligence*, Oxford, Blackwell.
38. MINITER, R. (2002), *The Myth of Market Share. Why Market Share Is the Fool's Gold of Business*, Crown Business Briefings.
39. PERUZZETTO, S. ET JAZOTTES, G. (2008), *Droit de la concurrence, contraintes et opportunités*, in *Qu'en est-il du droit de la recherche?*, (pp. 373-387), Jacques Larrieu (dir.), Presses de l'Université Toulouse Capitole, Collection « Travaux de l'IFR ».
40. PORTER, M. (1982), *Choix Stratégique et Concurrence*, Economie, Paris.
41. POSNER, R., (April, 2002), Pragmatism versus Purposivism in First Amendment Analysis, *Stanford Law Review*, 54(4), 737-752.
42. PRIETO, C. (2018), Ententes : concours de volontés, *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 1405.
43. RIES, A. AND TROUT, J. (1981), *Positioning : The battle for your mind*, McGraw-Hill Inc., New York.
44. SIBONY, A-L. (2008), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Coll. Droit & Économie, Paris.
45. TROUT, J. (June 1969), Positioning is a game people play in today's me-too market place, *Industrial Marketing*, Vol. 54, (6), 51-55.
46. TROUT, J. AND RIVKIN, S. (1996), *The New Positioning : The latest on the worlds #1 business strategy*, McGraw Hill.
47. VANDENCASTEELE, A. (1999), *La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ?*, in *Mélanges M. Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, Vol. 2.
48. WHISH, R. AND BAILEY, D. (2021), *Competition Law*, Oxford University Press, 31th Edition.