

L'appréciation concurrentielle de la notion de l'entreprise

Competitive assessment of the notion of enterprise

BOUSAOUF Maissae

Professeur Habilité

Centre Interdisciplinaire de Recherche en Performance et Compétitivité

La Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Rabat-Souissi

Université Mohammed V Rabat

Laboratoire de Recherche en Performance Juridique, Politique et Institutionnel (LRPJPI)

Maroc

m.bousaouf@um5s.net.ma

Date de soumission : 07/09/2021

Date d'acceptation : 21/10/2021

Pour citer cet article :

BOUSAOUF M (2021) « L'appréciation concurrentielle de la notion de l'entreprise », Revue Internationale des Sciences de Gestion « Volume 4 : Numéro 4 » pp : 183 - 202



Résumé

Le droit de la concurrence appréhende la notion d'entreprise de manière singulière. Il n'hésite pas à utiliser des critères économiques et à ignorer parfois des dogmes juridiques pour garantir l'applicabilité des règles de la concurrence. Parce que le droit de la concurrence s'intéresse plus aux réalités économiques qu'aux classifications juridiques formelles, il a pu libérer l'entreprise de l'emprisonnement de l'approche organique classique du droit pour ancrer une approche plutôt fonctionnelle d'essence économique. Il met en valeur deux critères : l'exercice d'une activité économique et la jouissance d'une autonomie de comportement sur le marché, en dépassant les structures juridiques formelles. On reconnaît à la jurisprudence en droit comparé de la concurrence le mérite de définir l'entreprise comme étant une entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique et de son mode de financement. A présent l'entreprise est une notion privilégiée qui guide l'application des règles de la concurrence, elle est bien évidemment la cible des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles et aux concentrations économiques pourtant la jurisprudence et la pratique administrative nationales de la concurrence n'ont pas encore envisagé de définir cette notion. Ce travail projette donc de relancer l'intérêt de la recherche sur la notion d'entreprise et de contribuer au modelage d'une définition de celle-ci aux besoins d'application des règles nationales de la concurrence à l'instar du droit comparé.

Mots clés : entreprise; concurrence; activité économique; pratiques anticoncurrentielles; concentrations économiques.

Abstract

Competition law approaches the notion of the enterprise in a singular manner. It does not hesitate to use economic criteria and sometimes to ignore legal dogmas to guarantee the applicability of competition rules. Because competition law is more interested in economic realities than in formal legal classifications, it has been able to free the enterprise from the imprisonment of the classical organic approach of the law to anchor a rather functional approach of economic essence. He emphasizes two criteria: the exercise of an economic activity and the enjoyment of an autonomy of behavior on the market, going beyond the formal legal structures. The jurisprudence in comparative competition law is credited with defining the enterprise as an entity carrying out an economic activity, independently of its legal status and its mode of financing. At present, the enterprise is a privileged notion that guides the application of competition rules, it is obviously the target of rules relating to anti-competitive practices and

economic concentrations, yet national jurisprudence and administrative practice on competition have not yet considered defining this notion. This work therefore intends to revive the interest of research on the notion of undertaking and to contribute to the shaping of a definition of it to the needs of application of national competition rules following the example of comparative law.

Key words: enterprise; competition; economic activity; anti-competitive practices; economic concentrations.

Introduction

L'entreprise est en droit de la concurrence, l'auteur de l'action concurrentielle. Pourtant comme concept, elle est très difficile à appréhender à cause de l'absence d'une définition préalable. La réglementation nationale sur la concurrence évoque les notions d'entreprise et de groupe d'entreprises sans les définir (art 7 et 20 de la loi relative aux prix et la concurrence), ni les distinguer. Il est même fait usage de plusieurs formules dans les deux branches du droit de la concurrence, en l'occurrence les pratiques anticoncurrentielles et les concentrations économiques.

Pour désigner les entreprises auxquelles s'appliquent les dispositions du droit de la concurrence, on cite les entreprises concernées (art 9, 13, 53 73 de LPC), les entreprises communes (art 11 LPC), les entreprises antérieurement indépendantes (art 11), les entreprises ou les organismes concernées (art 37, 41, 43), les entreprises destinataires (art 29) et les entreprise plaignantes (art 35). Le recours à ces différentes formulations atteste d'une part que l'entreprise est par la force des choses l'acteur naturel de ce droit, malgré que le champ d'application de la loi sur la concurrence n'est pas défini en terme d'entreprise, l'article premier cite les personnes physiques, morales et l'activité. Parce que l'entité la plus à même de développer des activités de production, de distribution et de service c'est à dire de nature économique, est l'entreprise. C'est son action effective ou probable qui est à l'origine de l'atteinte portée à la concurrence. Elle constitue l'élément déterminant pour le jeu concurrentiel, il ne saurait y avoir de concurrence sans que les entreprises n'en supportent le poids. D'autre part que la manipulation de cette notion n'est pas aussi facile et elle est variable en fonction de la destination de la règle de concurrence, interdire une pratique anticoncurrentielle ou contrôler une concentration. D'autant plus qu'au sein de chaque règle spéciale de la concurrence la variation peut être accentuée par la nature du comportement, entente anticoncurrentielle, abus de position dominante ou par la nature de l'opération, une concentration par fusion, par prise de contrôle ou par création d'une entreprise commune.

Dans ces conditions comment doit-on procéder pour identifier l'entreprise assujettie aux règles de la concurrence tout en tenant compte de ses spécificités et de ses objectifs ? pour répondre à cette question, il est impératif de prendre appui sur le droit de la concurrence comparé pour prédire les modalités d'application des dispositions légales nationales de la concurrence et sur la pratique nationale de la concurrence dégagée à travers les récentes décisions rendues par le Conseil de la concurrence dans le domaine de la concentration.

L'exercice d'identification passe par une double appréciation. Dans un premier temps, une appréciation prenant attache sur les critères déjà établis par la jurisprudence comparée, qui s'apparente à une appréciation juridico économique (I) et dans un second temps une appréciation tenant compte des branches spéciales du droit de la concurrence pour saisir la variation de la notion (II).

1- L'appréciation juridico économique de la notion d'entreprise en droit de la concurrence :

L'entreprise ne fait l'objet d'aucune définition légale, ni dans la réglementation nationale de la concurrence, ni dans les réglementations européenne ou française. C'est donc à la jurisprudence que revient le mérite de définir cette notion. "En droit européen, les premières définitions de l'entreprise adaptées au droit de la concurrence ont été l'œuvre des institutions européennes. Celles-ci furent confrontées à un dilemme : opter pour un critère juridique de l'entreprise ou pour un critère économique. Après quelques hésitations, c'est la seconde voie qui a été choisie"(Claudel E.1994). La notion d'entreprise est, depuis le célèbre arrêt Hoffner de 1979, considérée comme "désignant une entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique et de son mode de financement ". La définition retenue est large et purement économique. (BOLZE C.1987)

Sur la même voie, la CNUCED a prévu une définition similaire de la notion d'entreprise dans son document sur l'ensemble des principes et règles convenus au niveau multilatéral concernant la concurrence (CNUCED 1980). Au sens de ces règles, « le terme entreprise désigne les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, autres associations, personnes physiques et morales, ou toute combinaison de ces formules, quel que soit leur mode de création ou de contrôle ou propriété, qu'elles soient privées ou d'Etat, qui exercent des activités commerciales, il englobe aussi leurs succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elles. ». Cette définition reste toutefois strictement limitée aux activités commerciales.

La notion d'entreprise s'apprécie donc en droit européen de la concurrence sur la base de l'exercice d'une activité économique. Ainsi, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement . Ce principe n'est pas absolu et connaît des limites, lorsque l'entreprise poursuit un but non lucratif (I) ou lorsque l'entreprise concernée par les règles de concurrence

est une personne de droit public qui agit dans le cadre des prérogatives de puissance publique ou de service public (2).

1-1-L'exercice d'une activité économique et la détermination du but réel de l'entreprise :

L'activité de nature économique est une activité qui implique des échanges économiques. "En d'autres termes c'est une activité que l'on exerce habituellement moyennant une contrepartie correspondant à sa valeur marchande. Il suffit en effet qu'une activité ait une valeur marchande pour qu'elle présente un caractère économique. En revanche il n'est pas nécessaire qu'elle tende à réaliser des bénéfices. La notion d'activité économique est plus large que celle d'activité lucrative". (BARREAU C.T 2013).

Cette définition pose le problème de l'application des règles de concurrence aux entités à but désintéressé. En effet, les entités à but désintéressé exercent souvent des activités qui impliquent des échanges économiques. Le caractère économique non contestable de ces activités entraîne l'application des règles de concurrence. Mais ces mêmes entités ont pour objet principal l'exercice d'activité à but social ou corporatif et échappent en conséquence au droit de la concurrence. Dès lors, la doctrine et la jurisprudence distingue l'activité à but social ou associatif des autres activités qui impliquent des échanges économiques et qui relèvent du droit de la concurrence.

"S'agissant des activités à but social, échappent au droit de la concurrence les régimes de sécurité sociale fondés sur un principe de solidarité. Les critères d'éviction du droit de la concurrence sont toutefois complexes car la fonction exercée doit être de caractère exclusivement social : absence de but lucratif, indépendance entre les prestations versées et le montant des cotisations, cotisations proportionnelles aux revenus, caractère obligatoire de l'adhésion, redistribution de revenus, mécanisme de répartition ... Tels sont les principaux indices pas nécessairement cumulatifs d'une activité sociale et non économique. Par contre les régimes de retraite fonctionnant selon le principe de la capitalisation sont considérés comme des entreprises alors qu'il s'agit d'organismes à but non lucratif, soumis à des dispositions réglementaires comportant quelques éléments de solidarité mais à adhésion facultative"(BARREAU C.T 2013).

"En ce qui concerne les activités à but associatif, les activités exercées dans la limite de leur objet, ne sont pas considérées comme des activités économiques. Cela vise les associations professionnelles, les syndicats, les organisations corporatives dont l'action tend exclusivement

à la défense des intérêts de leurs membres même si ceux-ci sont des entreprises. La solution est acquise et ne soulève pas de difficulté en droit européen".(Idem)

1-2- L'exercice d'une activité économique et la détermination du statut de l'entreprise :

Pour le droit de la concurrence, la forme juridique (personne morale de droit privé ou de droit public) de l'entreprise importe peu. Au nom d'une égale concurrence, il s'applique aux entreprises privées et aux entreprises publiques. Le principe est simple : si l'activité est économique, les règles de concurrence s'appliquent, si l'activité n'est pas économique, les règles de concurrence ne s'appliquent pas. Dès lors, l'action des personnes publiques dans leur qualité d'autorités publiques, n'est pas une activité économique et n'est donc pas soumise aux règles de concurrence.

La loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence a été plus précise, que la loi 06-99 de 2001, pour la désignation des personnes de droit public concernées par son champ d'application en excluant formellement les personnes physiques de droit public. Ne sont donc concernées que les personnes morales publiques. L'article premier dispose dans son deuxième paragraphe que : « la présente loi s'applique..... à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes morales de droit public lorsqu'elles agissent comme opérateurs économiques et non dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou de missions de service public ». Le même article dans sa version de 2001 adoptait une formulation d'ordre général « les personnes de droit public ».

La nouvelle formulation permet de couvrir les entreprises publiques, quelle que soit leur forme : établissement public, société, collectivité publique... Dans la mesure où "le champ d'application de la loi sur la concurrence ait été défini en termes d'activité et non d'entité : cela confirme la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence."(Abouelaziz.M 2006). Cependant, l'annonce du principe par le droit de la concurrence marocain contient des aménagements. N'exerce pas une activité économique, et n'est plus une entreprise soumise au droit de la concurrence, l'organisme qui exerce des prérogatives de puissance publique ou de service public.

Autrement dit, l'article 1 de la loi sur la concurrence pose deux règles essentielles concernant les personnes morales publiques en général y compris les entreprises publiques : En premier lieu, le droit de la concurrence s'applique incontestablement aux personnes de droit public, ce sont les collectivités publiques avec à leur tête l'Etat et les établissements publics qui



apparaissent comme une personne morale, un sujet de droit, qui interviennent en tant qu'opérateurs économiques, ainsi lorsqu'elles exploitent un service public à caractère industriel et commercial. Cette règle est confirmée récemment par le Conseil de la concurrence dans sa décision 36/D/2021 du 26 avril 2021 portant autorisation d'une concentration économique dans le secteur de transport aérien et concernant l'acquisition par la République portugaise via le Ministère des finances, de 22,5 % du capital social et des droits de vote de la société « Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A. »

Dans cette affaire la République Portugaise a acquis, via la Direction Générale du Trésor et des Finances (DGTF), le contrôle exclusif de « Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A. » (TAP SGPS) à travers l'acquisition de 22,5% du capital social et des droits de vote de TAP SGPS, laquelle prise de participation s'ajouterait à la participation préexistante de « Parpública Participações Públicas S.A. » à hauteur 50% du capital social et des droits de vote de TAP SGPS.

Cette concentration se décline en une opération de sauvetage complémentaire de l'entreprise « TAP SGPS, S.A » par l'Etat Portugais, entreprise en difficulté ayant déjà fait l'objet d'une aide étatique avalisée par la commission européenne le 20 juin 2020 suite à la crise sanitaire. Le Plan de redressement n'ayant pas donné ses fruits, L'Etat Portugais a été contraint d'intervenir par un contrôle exclusif pour maintenir la société. Le dossier a été un excellent exercice pour affirmer l'applicabilité des règles de la concurrence aux personnes morales de droit public en droit national, le cas présent de l'Etat Portugais, mais aussi un cas d'école pour le contrôle des aides étatiques adressées aux entreprises privées étrangères présentes sur le marché national. Dans ce dossier, le conseil de la concurrence a tenté de faire « d'une pierre deux coups » et de contrôler l'opération dans le cadre du régime des concentrations tout en examinant la validité de l'aide étatique octroyée.

En second lieu, les règles de concurrence ne s'appliquent pas aux activités de personnes publiques qui relèvent de l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique ou de service public. Dans cette exception réside toute la problématique de l'applicabilité des règles de concurrence aux personnes de droit public et notamment aux entreprises publiques. Cette exception est fondée sur la notion de puissance publique et de service public, deux notions dont le contenu exact n'est pas encore déterminé par le droit de la concurrence. (Bérenère D. 2002)

Le régime dérogatoire de la loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence fait référence de manière alternative à la notion de service public et à la notion de prérogative de



puissance publique. Dans son sens fonctionnel, la notion de puissance publique désigne l'ensemble des pouvoirs qui permettent à l'administration de donner des ordres aux administrés et de contraindre ceux-ci à les respecter (ex : le pouvoir de police, la levée et la perception des impôts et des taxes, l'expropriation, la réquisition). Dans un sens organique, la notion de puissance publique désigne la personne qui exerce l'ensemble de ces pouvoirs. Les prérogatives de l'autorité publique sont en nombre de trois : le privilège du préalable ou de la décision exécutoire, le privilège de l'exécution ou de l'action d'office, l'immunité d'exécution de l'administration.

S'agissant de la notion de puissance publique, aucune indication n'est faite ni dans les dispositions de la loi sur la concurrence, ni dans son décret d'application sur la manière d'appréhender cette notion, faut-il réserver cette qualification uniquement au pouvoir de perception de taxes, recours à l'expropriation, au pouvoir réglementaire ou englober aussi les pouvoirs d'autorisation ou d'agrément, d'octroi de concours financiers ou encore de tarification dont la mise en œuvre par la personne publique peut incontestablement affecter le fonctionnement des marchés en cause ? L'inexistence d'une jurisprudence nationale en la matière ne permet pas de se prononcer clairement sur la question.

Concernant la notion de service public, celle-ci pose autant de problème que la notion de puissance publique. En empruntant les voies du droit administratif, cette notion a deux conceptions, une conception traditionnelle et une conception moderne et évolutive. La première définit le service public comme "une activité d'intérêt général assuré par la collectivité publique et soumise à un régime juridique spécial, le droit administratif." (Rousset M et al 1979)

La seconde quant à elle préfère procéder par une démarche empirique non pas pour définir mais pour reconnaître le service public. Selon cette nouvelle conception : "reconnaître l'existence d'un service public suppose tout d'abord une analyse de l'activité considérée : ne peuvent être qualifiées de service public que les activités qui ont un rapport direct et exclusif avec l'intérêt général... La reconnaissance du service public implique aussi une analyse des modalités de l'intervention de la puissance publique dont il convient de tirer les indices révélateurs de son désir de créer un service public, c'est-à-dire d'assurer de manière permanente la satisfaction du besoin correspondant. Enfin, l'existence du service public ne conduit plus à l'application d'un régime juridique identique, mais à une diversité de régimes selon la nature administrative, industrielle, commerciale ou agricole du service public." (Idem)



La question qu'il faut se poser à présent, c'est de quelle conception l'autorité de la concurrence va-t-elle se prévaloir pour l'application de la loi sur la concurrence aux entreprises de droit public. Il est tout à fait évident que pour garantir la soumission des entreprises de droit public aux règles de concurrence, la notion de service public doit être retenue dans sa conception moderne. Le simple fait de retenir la conception classique du service public entraînerait une paralysie de l'application du droit de la concurrence au secteur public. La conception traditionnelle de la notion de service public ne peut être prise en compte, pour la simple raison que cette conception associée au principe posé par l'article 1^{er} de la loi sur la concurrence serait d'exclure systématiquement du champ d'application les opérateurs du secteur public. Chose qui n'est pas plausible et l'attitude des rédacteurs de la loi 104.12 est aussi confortante. Ces derniers utilisent « l'expression entreprise ou organisme » dans toutes les dispositions légales relatives aux sanctions prévues contre les contrevenants et pour également les procédures négociées : le bénéfice de la clémence, la négociation des engagements et la non contestation des griefs. Ce qui veut dire qu'ils marquent et confirment l'applicabilité du régime des pratiques anticoncurrentielles aussi bien aux entreprises qu'aux organismes publics. Qu'ils peuvent faire l'objet de sanctions sans distinction, leur statut importe peu, comme ils peuvent prétendre, si les conditions sont réunies, à une réduction de la sanction, voire même à l'obtention d'une immunité.

Si le principe étant la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence, les mesures que prennent les pouvoirs publics à l'égard de celles-ci ne doivent pas en elles-mêmes violer le droit de la concurrence. Elles ne peuvent leur attribuer une position dominante les mettant en état d'en abuser, non plus de les aider au détriment des entreprises privées, d'ailleurs la tentation est souvent grande pour les pouvoirs publics de soutenir les entreprises publiques en difficultés.

A cet égard, en droit européen de la concurrence (Delvolve P. 2001.), la Cour de justice a eu l'occasion de condamner des Etats membres pour avoir attribuer des positions dominantes (C.J.C.E. 23 avril 1991, HÖFNER, précité note 9 ; 18 juin 1991, ERT, aff. C- 260/89, Rec.I.2925, concl. Lenz ; 10 décembre 1991, Mercati Convenzionali (Port de Gênes), aff. C- 179/90, Rec.I.5889, concl. Van Gerven ; 8 juin 2000, Giovanni Carra, aff. C-258/98). Le Conseil d'Etat a déjà vérifié plusieurs fois si l'attribution d'une position dominante à une entreprise privée concessionnaire de service public ne lui permettait pas d'en abuser (C.E. Sect. 3 novembre 1997, Société Millon et Marais, Rec.406, concl. Stahl) ; cela eût été de même si l'entreprise concessionnaire avait été publique. Il a annulé les dispositions d'un décret

permettant à une caisse nationale d'assurance vieillesse d'abuser de la position dominante résultant des droits exclusifs qu'il lui attribuait.

2- Une appréciation par branche du droit de la concurrence

Dans les 56 fois où les rédacteurs de la loi 104.12 ont cité l'entreprise, ils ont visé les deux principales branches du droit de la concurrence, à savoir le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations économiques. Ce qui incite à conclure à une appréciation par matière. Dans le droit des pratiques anticoncurrentielles, l'entreprise est soit contrevenante ou plaignante. Dans le droit de la concentration, la désignation de l'entreprise prend une autre formulation, entreprise concernée ou entreprise commune.

2-1- L'entreprise dans la concentration économique :

La notion d'entreprise est un critère déterminant en matière de concentration, pour évaluer le chiffre d'affaires ou calculer la part de marché et pouvoir se prononcer sur l'applicabilité du titre IV de la loi 104.12 à l'opération de restructuration.

Pour déterminer le contenu de la notion d'entreprise dans le droit de la concentration, il faut se référer à l'article 11 qui précise que : « Une opération de concentration est réalisée: 1- lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2- lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une autre entreprise ou de l'ensemble ou de parties de plusieurs autres entreprises ; 3- lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une autre entreprise ou de l'ensemble ou de parties de plusieurs autres entreprises. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article...».

La loi 104-12 sur la concurrence utilise plusieurs formules pour désigner les entreprises auxquelles s'appliquent les dispositions du droit des concentrations : elles peuvent être tantôt des entreprises antérieurement indépendantes qui fusionnent, tantôt des entreprises détenant déjà le contrôle d'une entreprise ou qui acquièrent le contrôle, ou encore une entreprise commune. Autrement dit, selon le droit des concentrations, les entreprises concernées sont les entreprises qui fusionnent, les entreprises parties à une opérations de prise de contrôle de fait

ou de droit et l'entreprise commune de plein exercice. On identifie donc les entreprises concernées selon la nature juridique de l'opération de concentration.

Concernant les entreprises concernées par une opération de fusion, le texte de la concurrence semble viser les entreprises qui fusionnent. La fusion étant l'opération dans laquelle deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent soit en créant une société entièrement nouvelle, soit en opérant une fusion-absorption. Toutes les entreprises parties qui acquièrent ou qui sont acquises sont donc concernées. L'article 13 de loi sur la concurrence précise en effet que l'obligation de notification des concentrations par fusion ou entreprise commune au Conseil de la concurrence incombe à toutes les parties concernées.

Cependant, en faisant référence à l'expression « antérieurement indépendantes », le législateur marocain a voulu exclure du champ du contrôle les concentrations économiques issues d'une croissance interne à l'entreprise ou de l'accroissement de l'importance d'une même entreprise dû aux circonstances économiques ou à un progrès technique. Le législateur a choisi de préciser clairement, sans aucune marge de doute, que le contrôle concerne toute opération constituant une croissance externe de l'entreprise.

Les secondes entreprises concernées sont les entreprises parties ou cibles d'une opération d'acquisition de contrôle. Cette notion d'acquisition de contrôle est d'interprétation large puisqu'elle vise toute modification durable dans la nature du contrôle exercé sur une entreprise. Peuvent être en conséquence visées : les entreprises concernées par une acquisition d'un contrôle unique, par une prise de contrôle conjoint ou par le passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif (Communication de la Commission 1998). Le conseil de la concurrence a recensé pour l'année 2019 quarante-quatre prises de contrôle (rapport du conseil 2019).

Dans ce cas, c'est la notion de « prise de contrôle » qui détermine les entreprises concernées. "Du côté de la partie acquéreuse, il peut y avoir une ou plusieurs sociétés acquérant un contrôle exclusif ou en commun. Du côté de la partie acquise, on peut trouver une ou plusieurs sociétés, dans leur totalité ou éventuellement en partie, si l'opération ne porte que sur une de leurs filiales ou certains de leurs actifs. En principe, chacune de ces sociétés sera une entreprise concernée. Toutefois, les particularités de certaines opérations font qu'il est nécessaire de nuancer ce principe. C'est pour cette raison que les autorités de la concurrence européennes identifient les entreprises concernées selon qu'il s'agit d'une prise de contrôle exclusif ou en commun. " (Communication de la Commission 1998)



Dans les concentrations par acquisition exclusive ou conjointe d'entreprises existantes ou de parties d'entreprises, une partie importante à l'accord donnant lieu à l'opération n'est pas prise en compte parmi les entreprises concernées: c'est le cas du vendeur. Bien que l'opération ne puisse à l'évidence se réaliser sans son consentement, son rôle prend fin une fois l'opération réalisée puisque, par définition, à partir du moment où le contrôle a changé de mains, les liens du vendeur avec la société disparaissent. Pour autant, lorsque le vendeur garde le contrôle en commun avec la société (ou les sociétés) qui achètent, il sera considéré comme une des entreprises concernées."(Buhart J .2006)

Autres entreprises visées par le dispositif légal sur les concentrations sont les entreprises communes. Le droit national a introduit pour la première fois cette technique de la concentration en 2014. Technique fortement convoitée par les entreprises désirant réaliser des opérations de rapprochement pour ses avantages multiples. Elle permet aux entreprises intéressées de pénétrer et de conquérir de nouveaux marchés, de profiter également d'une mutualisation des charges, des investissements et des risques. Dans son rapport sur les concentrations économiques pour l'année 2019, le conseil de la concurrence a dévoilé sept concentrations par création d'entreprise commune, et quatre autres entre juin 2019 et avril 2021. Pourtant il n'a pas saisi l'occasion pour nous en définir le contenu. On est donc contraint de se retourner vers le droit européen pour en déterminer les critères de définition.

Les lignes directrices françaises de 2020 considèrent que cette technique de concentration peut résulter soit de la création d'une structure commune totalement nouvelle, de l'apport d'actifs que les sociétés mères détenaient auparavant à titre individuel à une entreprise commune déjà existante, à condition que ces actifs permettent à l'entreprise commune d'étendre ses activités. Soit elle peut résulter de l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante. (ADLC 2020).

Ces mêmes textes d'application du code de commerce français qualifie comme joint-venture toute entreprise qui arrive à prouver une certaine autonomie par rapport aux entreprises contrôlantes. Cela signifie que l'entreprise commune soit de plein exercice. Cette condition essentielle qui implique que l'entreprise soit contrôlée conjointement, fonctionne de manière durable et accomplit toutes les fonctions d'une entité économique autonome (idem). Concrètement, l'entreprise commune doit accomplir des fonctions normalement exercées par les autres entreprises présentes sur le même marché. Elle doit disposer de toutes les ressources



financières et humaines nécessaires pour exercer son activité de manière durable. Elle doit être autonome vis-à-vis de ses fondatrices tant en ce qui concerne ses ventes que ses achats.

Le Conseil de la concurrence a eu l'opportunité en 2019 de mettre en application ces critères lors d'une concentration dans le secteur des énergies renouvelables. Dans cette affaire, le conseil a été appelé à trancher sur le sort d'un projet de création de deux entreprises communes, à savoir l'entreprise commune dénommée « Société E&M » visant exclusivement à exploiter et maintenir la station « Nour Midelt I », et l'entreprise commune « Société de Projet » visant à concevoir, financer, construire et exploiter la station « Nour Midelt I ».

Dans sa décision, le conseil s'est basé sur le fait que les ventes de l'entreprise commune « Société de Projet » comporteront exclusivement le chiffre d'affaires électricité que la station produira à l'une de ses sociétés mères, qui est l'agence « Masen », ce qui signifie que l'entreprise commune restera entièrement liée à ses sociétés mères et n'exercera pas ses activités en tant qu'acteur économique indépendant sur le marché de la production et de la distribution d'électricité au Maroc. (idem). Le même raisonnement a guidé le sort de la deuxième entreprise commune « Société E&M » dont la fonction sera limitée exclusivement à l'exploitation et la maintenance de la station « Nour Midelt I », sans pouvoir fournir des services sur le marché marocain aux autres parties, ce qui signifie que cette deuxième entreprise commune n'accomplira qu'une "fonction d'auxiliaire" pour les sociétés mères et n'exercera aucune activité économique indépendamment des sociétés mères. (rapport du conseil 2019).

Pour toutes ces considérations le conseil a statué que l'opération objet de notification ne constitue pas une opération de concentration économique au sens de la loi nationale de la concurrence, par faute d'absence de la condition de « plein exercice » requise pour la qualification d'une entité en tant qu'entreprise commune. (Décision du Conseil de la Concurrence marocain n° 101/D/19 du 29 rabii I 1441 (26 décembre 2019) portant création de deux entreprises communes : La première par les sociétés « EDF Renouvelables », « Masdar » et « Green of Africa Investment ». La deuxième par les sociétés « EDF Renouvelables », « Masdar » et « Masen Capital ».

2-2-L'entreprise dans les pratiques anticoncurrentielles :

L'analyse de la notion d'entreprise au sein du droit des pratiques anticoncurrentielles renvoie vers le deuxième critère retenu par la jurisprudence européenne pour la définition de la notion d'entreprise, à savoir l'autonomie de comportement sur le marché. C'est un critère important dans la mesure où il résout la question de l'imputabilité de la pratique prohibée, car la pluralité

ou l'unicité d'entreprises commande l'attribution de la qualité de l'auteur de l'infraction, le cas d'une entente anticoncurrentielle. Comme indicateurs sur l'autonomie de comportement de l'entreprise sur le marché, le droit européen et français, utilisent des indices tirés de situations de fait que l'on complète d'indices tirés de liens juridiques. Les premiers sont par exemple la prise en compte des directives reçues par la filiale, la succursale ou l'agence ; l'absence d'autonomie dans la détermination de la politique commerciale, l'influence déterminante résultant de la détention de la majorité du capital qui permet de participer à la fixation des prix... Ce dernier élément se rapproche des indices tirés des liens juridiques. Ceux-ci ne suffisent pas à caractériser l'absence d'autonomie de la filiale, même à 99,9%. En revanche l'absence de la personnalité morale, la direction exercée par un cadre salarié, le manque d'autonomie financière caractérise un établissement secondaire qui n'a pas la qualité d'entreprise.

La doctrine est allée dans le même sens que la jurisprudence en retenant ce critère dans la définition de l'entreprise : "l'entreprise est une entité exerçant une activité économique et dotée d'une autonomie suffisante de décision pour la détermination de son comportement sur le marché, que cette entité soit une personne physique, une personne morale ou un ensemble de moyens humains et matériels sans personnalité juridique." (Boutard-Labarde M.C et al 1996). Cette condition est nécessaire à l'existence d'une entente anticoncurrentielle entre entreprise. Elle est examinée avec le plus grand soin lorsque l'on cherche à déterminer le chiffre d'affaires de l'entreprise qui doit être pris en considération pour déterminer le maximum de l'amende. Une entité ne sera considérée comme entreprise que si elle jouit d'une indépendance commerciale et technique, de la pleine liberté de contracter, de décider de ses investissements et du pouvoir de définir sa propre stratégie industrielle et commerciale. (Paris, 22 septembre 1993, BOCCRF n° 18/93. V. aussi Paris, 24 juin 1993, BOCCRF 11/93.)

Cette définition a permis à la doctrine de rendre compte de la plupart des décisions rendues par les autorités françaises et européennes de la concurrence. "Que ce soit les décisions relatives à la qualification d'entente, à l'identification de situation de domination ou de celles dont le chiffre d'affaires doit être pris en compte pour le calcul de l'amende." (Boutard-Labarde MC et al.1996) . Seulement, elle a fait dévoiler ses limites quant à son application aux situations de restructuration d'entreprises. Pour déterminer la personne juridique qui va supporter l'infraction, lorsqu'une entreprise a fait l'objet d'une restructuration, la jurisprudence a



développé un autre critère déterminant c'est celui de « la continuité économique et fonctionnelle ».

"Les autorités européennes de la concurrence ont été les premières à connaître des problèmes d'imputations de l'infraction en cas de restructuration. Elles ont fixé un premier principe tendant à reconnaître la responsabilité de la personne juridique, support originaire de l'entreprise contrevenante (TPICE 17.12.1991 aff T-6/89 Enichem Anic SpA.) La Commission Européenne, pour sa part a imaginé comme facteur déterminant, le critère de continuité économique et fonctionnelle qui existe entre l'entreprise qui a commis l'infraction à l'origine et celle dans laquelle elle a fusionné(Comm CE déc n°89/190/CEE). Les juridictions européennes ont suivi la même logique en considérant que lorsque la personne juridique initiale a disparu, l'infraction peut être imputée à l'entreprise qui a repris l'ensemble des éléments matériels et humains."(CJCE 08.07.1999 aff C -49/92 P, Commission des Communautés européennes C/ ANic Partecipazioni Spa.)

Ainsi, tant que l'entreprise contrevenante, auteur de l'infraction, existe en tant que personne juridique, elle reste responsable et redevable de la sanction et ce même si elle n'exerce plus d'activité. La Chambre Commerciale de la Cour de cassation française s'est prononcée sur ce point dans un arrêt rendu le 20 novembre 2001 (Affaire Sté BEC Frères n°1915 FS- P). « En l'espèce, douze entreprises de BTP ont été condamnées à des sanctions pécuniaires par le Conseil de la concurrence au titre d'opérations concertées concernant la passation de marchés publics : parmi ces entreprises, la SACER invoquait notamment ne pas être redevable des dites sanctions car l'éventuelle collaboration litigieuse était le fait de la société Entreprise ALbert Cregut, société qui avait certes été absorbée par la SACER mais dont les actifs ont préalablement été apportés aux deux sociétés Cregut Atlantique et Cregut Languedoc. La Cour de cassation a suivi la jurisprudence européenne et a retenu, comme critère déterminant d'imputation de l'infraction, la subsistance de la personnalité juridique ».

La Cour a relevé que lors de fusion absorption, l'entreprise contrevenante avait encore la personnalité morale, de ce fait elle devait répondre de son infraction qui, par la fusion, incombait à la société absorbante. La personne juridique contrevenante, au moment des faits, reste donc responsable tant qu'elle n'a pas disparu juridiquement.

Ainsi, "la notification des griefs est adressée à l'absorbant en cas de fusion absorption, à l'acquéreur en cas de cession de fonds de commerce, au locataire gérant en cas de mise en location gérance. De même en cas de redressement judiciaire d'une entreprise accompagnée

d'une cession forcée des parts des dirigeants, le Conseil de la concurrence français attribue la responsabilité de l'infraction au bénéficiaire de la cession. (rapport du conseil français de la concurrence 1992). Dans son rapport de 1993, le conseil indique que lorsque l'entreprise auteur des pratiques litigieuses a été l'objet d'une liquidation judiciaire et que son activité n'a pas été reprise par une autre entreprise, le Conseil a la faculté d'adresser des griefs à cette entreprise dont la personnalité juridique perdure pour les besoins de sa liquidation. Seule sa liquidation peut faire échapper l'entreprise à sa responsabilité." (Boutard-Labarde MC et al.1996).

Sur la base de cette analyse de la jurisprudence, la doctrine française a développé une approche très intéressante concernant la notion d'entreprise en droit de la concurrence et qui peut être d'un véritable enseignement pour le droit marocain. Cette approche consisterait à distinguer au sein de la notion d'entreprise, la question de l'applicabilité du droit de la concurrence de celle de la responsabilité encourue pour violation de ses règles. "L'identification d'une entreprise aurait pour seule fonction de justifier l'applicabilité du droit de la concurrence. Le respect des règles de concurrence doit s'imposer de façon générale, à toute entité exerçant une activité économique et disposant d'une autonomie de décision suffisante dans la conduite de cette activité parce que l'action de ces entités influe directement sur le fonctionnement des marchés. La soumission aux règles de concurrence des seules entités dotées d'une personnalité juridique priverait ce droit de toute efficacité. La responsabilité de la violation de ces règles serait en revanche, conformément au droit commun, imputée à la personne juridique qui en constitue le support ou qui en constituait le support au moment de la commission de l'infraction." (Idem)

Conclusion

L'objectif de cette recherche a été de porter la lumière sur l'intérêt que porte mutuellement le droit de la concurrence à l'entreprise et cette dernière aux règles de la concurrence. Ce rapport a fait en sorte que l'appréciation classique de la notion d'entreprise par le droit a été bouleversée jusqu'au point de douter de l'opportunité de la non reconnaissance de l'identité de sujet de droit à l'entreprise. En effet, le droit de la concurrence aux fins d'application de ses règles s'est intéressé à l'entreprise non seulement en tant que sujet mais également en tant qu'objet de ses dispositions légales et réglementaires. Le droit de la concurrence s'intéresse à l'entreprise au point d'en faire une véritable notion lorsque ces conditions sont réunies : L'entreprise doit exercer une activité économique et jouir d'une autonomie de comportement sur le marché, peu importe son statut d'entité publique ou privé. L'entreprise est devenue donc une notion capitale

en droit de la concurrence : elle désigne à la fois le sujet principal de ce droit et l'auteur d'action pro concurrentielle ou anticoncurrentielle. Ces liens avec les deux principales branches du droit de la concurrence sont d'autant plus importants et révélateurs de son rôle déterminant dans la délimitation du champ d'application du droit de la concurrence. Cependant, une définition de cette notion ne trouve pas encore place dans les textes marocains de la concurrence, ce qui a motivé le lancement de ce travail pour dégager quelques traits de définition pouvant servir et guider l'application des règles nationales de la concurrence. Cette constatation ouvre la voie à plusieurs perspectives de recherche, ainsi pour mieux cerner cette notion il serait judicieux de s'intéresser à ses rapports avec d'autres notions propres de ce droit, à savoir le marché pertinent et la position dominante. De mettre également en connexion cette notion avec d'autres branches spéciales de droit, qui peuvent interpeller la régulation concurrentielle, tels le droit des entreprises en difficultés, le droit des marchés publics, le droit boursier ou encore le droit des groupes de société.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles :

- Abouelaziz,M. (2006) « droit de la concurrence appliqué au secteur public » thèse de doctorat en science administrative. Université Mohammed V. Faculté des sciences juridiques et économique, Rabat-Agdal. pp 124.
- Barreau, C-T. (2013) « cours de droit de la concurrence et de la consommation » faculté de droit et sciences politiques de Rennes pp 17-19.
- Béregère, D. (2002) « Les personnes publiques face aux exigences de concurrence : vers la banalisation du droit des personnes publiques? » Mémoire de DESS Management du secteur public : collectivités et partenaires Institut d'Etudes Politiques de Lyon,18.p.79.
- Bolze, C. (1987) « La notion d'entreprise en droit communautaire » R.J.Com. n° spéc.p 12.
- Boutard-Labarde,M-C. & Canivet,G. (1995)« Droit français de la concurrence », Paris, LGDJ.p.7.
- Buhart, J. (2006) « le droit communautaire des concentrations » Herbert Smith in association with Gleiss Lutz and Stibbe, www. herbertsmith.com. p 9.
- CNUCED (1980) « l'ensemble des principes et des règles convenus au niveau multilatéral concernant la concurrence » ces règles et principes ont été adoptés par la Conférence des Nations Unis sur les pratiques commerciales restrictives.p.67.
- Claudel, E. (1994) « Ententes Anticoncurrentielles et droit des contrats » Thèse pour le doctorat en Droit. Université De Paris X-Nanterre U.F.R. De Sciences Juridiques, Administratives et Politiques.p.204.
- Delvolve, P. (2001) « les entreprises publiques et le droit de la concurrence » sur le site de l'académie des sciences morales et politiques <https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/wp-content/uploads/2019/01/devolve.pdf>.
Consulté le 2 juin 2021.
- GLAIS,M. (2010)« Concentration des entreprises & Droit de la concurrence » Éditions Economica, Paris. p. 90.
- Guyon,Y (1996). « Droit des affaires » tome I. Ed Economica p. 215.
- Idot, L. (2001) « la notion d'entreprise » Rev.soc. p. 191.
- Rousset,M. & Garagnon, J. (1979) « droit administratif marocain » 3^{ème} édition. p.223.
- Rapport du conseil de la concurrence 2019.

Décisions, communications, lignes, communications :

- Arrêt MANNESMAN AG c/ H.A. en date du 13 juill. 1962, aff. 19/61, Rec. 1190.),
- Arrêt STE HYDROTHERM GERATEBAU c/ Ese COMPACT, en date du 12 juill. 1984, aff. 170/83, Rec. 29999.
- Arrêts HOFFNER, C.J.C.E. 23 avr. 1991, aff. C. 41/90, Rec. I. 1979 et PONCET, C.J.C.E. 17 fév. 1993, Aff. C-159 et C 160/91, Rec. I . 637. Définition reprise par la C.J.C.E. dans l'arrêt SAT EUROCONTROL du 19 janvier 1994, aff. C 364/92, revues Europe, mars 1994, n° 114.
- C.E. Sect. 3 novembre 1997, Société Millon et Marais, Rec.406, concl. Stahl.
- C.J.C.E. 23 avril 1991, HÖFNER, précité note 9 ; 18 juin 1991, ERT, aff. C- 260/89, Rec.I.2925, concl. Lenz ; 10 décembre 1991, Merci Convenzionali (Port de Gênes), aff. C- 179/90, Rec.I.5889, concl. Van Gerven ; 8 juin 2000, Giovanni Carra, aff. C-258/98.
- CJCE 08.07.1999 aff C -49/92 P, Commission des Communautés européennes C/ ANic Partecipazioni Spa.
- Communication de la Commission concernant la notion de concentration n°98/C-66/02, JOCE C 66/5, 2 mars 1998, § 13 à 17).
- Décision du Conseil de la Concurrence marocain n° 101/D/19 du 29 rabii I 1441 (26 décembre 2019) portant création de deux entreprises communes : La première par les sociétés « EDF Renouvelables », «Masdar » et « Green of Africa Investment ». La deuxième par les sociétés « EDF Renouvelables », « Masdar » et « Masen Capital ».
- Décision 36/D/2021 du 26 avril 2021 portant autorisation d'une concentration économique dans le secteur de transport aérien et concernant l'acquisition par la République portugaise via le Ministère des finances, de 22,5 % du capital social et des droits de vote de la société Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A.
- Décision 92-D-22, centre de secours et de lutte contre l'incendie de Tourcoing, rapport du Conseil français de la concurrence de 1992 p.233.
- Le lignes directrices de L'ADLC relatives au contrôle des concentrations (2020).