Dr. RIZQY Basma
Docteur en droit privé

L'INFLUENCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LE DROIT DES CONTRATS

DAR AL AFAK
COPY

PREFACE
Tarik Zair
Professeur de Droit Public
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Kenitra.



1ère Edition

Table des matières

PREFACE ..... a
SOMMAIRE i
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET SIGLES 1
INTRODUCTION 1

PARTIE I :

LE DROIT DE LA CONCURRENCE OUTIL PERTURBATEUR DU DROIT DES CONTRATS 25

- **Titre I : La restriction de la liberté contractuelle par le droit de la concurrence** 25
- **Chapitre 1 : L'atteinte à la libre conclusion du contrat par le droit de la concurrence** 27

Section 1 : Le contrat interdit par le droit de la concurrence 27
Paragraphe 1 : Les conditions d'application du contrôle des concentrations ... 28
I- Une opération de transfert de propriété ou de jouissance assurant l'exercice d'une influence déterminante : la prise de contrôle d'une entreprise indépendante 29
A- La concentration par fusion d'entreprise antérieurement indépendantes 30
B- La prise de contrôle d'une entreprise 30
C- La création d'une entreprise commune de plein exercice 31
II- L'atteinte à la concurrence 31
Paragraphe 2 : L'exercice du contrôle des concentrations 32
I- Le caractère obligatoire de la notification 33
II- La procédure d'identification 34
A- La phase d'examen initial 34
B- La phase d'examen approfondi 35

Section 2 : Le contrat imposé par le droit de la concurrence 38
Paragraphe 1 : Les conditions d'interdiction du refus de vente entre professionnel 38
I- Le caractère abnormal de la demande 38
A- Les qualités excessives ou dérisoires commandées 39
B- La qualité du demandeur 39
C- La forme de la demande 40
II - La mauvaise foi du demandeur 40
A- La pratique du prix d'appel 41
B- Les retards de paiement 41
Paragraphe 2 : Les formes de l'atteinte subi par la liberté contractuelle 42
I- La volonté de l'offreur de biens ou de services sous la forte contrainte du droit de la concurrence 42
II- La volonté du demandeur de biens ou de services sous la contrainte du droit de la concurrence 45
A- Le non-référencement 45
B- Le déréférencement 46
Paragraphe 3 : La réalité de l'atteinte subie par la liberté contractuelle 46

- **Chapitre 2 : L'atteinte à la libre détermination du contenu de contrat par le droit de la concurrence 49**

Section 1 : La fixation autoritaire du contenu du contrat par le droit de la concurrence 49
Paragraphe 1 : Le contenu imposé du contrat par le droit de la concurrence ... 50
I- Les modalités actuelles de la réglementation des prix 51
A- Système de subvention 51
B- Les prix homologués 52
C- Les produits réglementés par délégation : 53
II - La multiplicité d'intervenants en matière de fixation des prix 53
A- Les intervenants en matière de fixation des prix au niveau central 54
1- Le chef de gouvernement 54

DAR AL AFAK
COPY

2- La commission interministérielle des prix.....55
3- Le conseil de la concurrence.....56
B- Les intervenants en matière de fixation des prix au niveau locales.....57
Paragraphe 2 : Le contenu interdit du contrat par le droit de la concurrence...58
I- L'étendu de l'interdiction des prix imposés.....59
A- Le prix dont l'imposition est prohibée.....59
1- La notion évasive de prix.....59
a- Le prix stricto sensu.....59
b- La marge commerciale.....60
2- Le caractère du prix dont l'imposition est interdite.....60
B- Les modalités de l'imposition prohibée du prix.....61
1- Les modalités tolérées d'orientation du prix.....62
a- La décision unilatérale du distributeur.....62
b- La décision contractuelle du distributeur.....62
2- Les modalités interdites d'imposition du prix.....63
a- L'imposition directe.....63
b- L'imposition indirecte.....64
II- La diminution de la concurrence par la qualité.....65
A- La pérennité des produits de marque affectée par l'interdiction des prix imposés.....65
1- La spécificité et l'importance stratégique des produits de marque.....65
2- Un prix minimal de revente : élément clef de la perception de la qualité des produits de marque.....67
B- La distribution des produits de marque fragilisée par l'interdiction des prix imposés.....69
1- L'insuffisance des réseaux de distribution intégrée.....69
2- Le difficile pari de l' « auto-distribution ».....70
Section 2 : Le contrôle du contenu du contrat par le droit de la concurrence.....72
Paragraphe 1 : La surveillance des prix par le droit de la concurrence.....72
I- Les prix élevées, sujets de doute du droit de la concurrence.....72

II - Les prix bas, objet de la vigilance du droit de la concurrence 75
A- Le contrôle des prix bas à visées anticoncurrentielles 75
B- Le contrôle spécifique des prix bas 77
1- Le caractère abusivement bas d'un prix 77
a- La notion de prix abusivement bas 77
b- Les coûts pris en considération 79
2- L'effet d'éviction 81
II- Les prix différents, soumis à justification par le droit de la concurrence 84
A- Le fondement de l'interdiction des pratiques discriminatoires 84
1- La discrimination et l'exigence de contreparties réelles 84
2- La discrimination et l'exigence d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence 86
B – L'étendue de l'interdiction des pratiques discriminatoire 87
1- La victime de la discrimination 88
2- Les caractéristiques de la discrimination 90
Paragraphe 2 : « La surveillance » des clauses contractuelles par le droit de la concurrence 91
I- L'assujettissement de la clause de non-concurrence aux exigences de nécessité et de proportionnalité 92
A- Les conditions classiques relatives à l'objet de l'engagement 93
B- Les conditions nouvelles relatives à la clause de non-concurrence 94
II- L'extension des exigences de nécessité et de proportionnalité aux autres restrictions de concurrence 98
A- Les limites de la clause d'exclusivité, une sorte d'atteinte à la liberté contractuelle 98
1- Le risque d'une « cristallisation des positions commerciales » 99
2- La menace d'une collusion horizontale 100
B- Les limites de la clause de distribution sélective comme une atteinte à la libre détermination du contenu du contrat 101

DAR AL AFAK
COPY

- **Titre 2 :**
  Le reflux du principe de consensualisme
  par le droit de la concurrence 104
- **Chapitre 1 :**
  Le concept de l'obligation de transparence
  entre professionnels en droit de la concurrence 105

Section 1 : Le champ d'application de l'obligation de transparence en droit de la concurrence 105

Paragraphe 1 : Le champ d'application de l'obligation de communication des conditions de vente en droit de la concurrence 106

I- Le débiteur de l'obligation de communication des conditions de vente 106

A- Les différents profils du débiteur de l'obligation de communication 107

1- Le producteur 107

2- Le grossiste et l'importateur 107

3- Le prestataire de service 109

B- La confrontation des débiteurs de l'obligation de communiquer les conditions de vente à la notion de professionnel 109

II- Le bénéficiaire de l'obligation d'information 111

A- Un client professionnel potentiel 111

B- Un client demandeur des conditions de vente 112

Paragraphe 2 : Le champ d'application de l'obligation de facturation en droit de la concurrence 114

I- Le vendeur 114

A- Le vendeur, débiteur de l'obligation de délivrer la facture 115

B- Le vendeur professionnel ? 115

II- L'acheteur 116

Section 2 : Les modalités d'exécution de l'obligation de transparence en droit de la concurrence 117

Paragraphe 1 : Les modalités d'exécution de l'obligation de communication des conditions de vente en droit de la concurrence 118

DAR AL AFAK

I- Le contenu de l'obligation d'information 118
A- Les conditions de vente 118
B- Les barèmes de prix 119
C- Les conditions de règlement 119
D- Les réductions de prix 120
II- Le support de l'obligation d'information 121
A- La nature du support à utiliser 121
B- Le moment de la délivrance du support 121
Paragraphe 2 : Les modalités d'exécution de l'obligation de facturation en droit de la concurrence 122
I- Les informations sur les parties 122
II- Les informations sur l'opération facturée 123
III- Les informations sur le paiement 124

- **Chapitre 2 :**
  L'impact de la transparence sur les relations contractuelles 126

Section 1 : L'objet de la transparence dans le droit de la concurrence 127
Paragraphe 1 : La transparence et l'obligation d'information dans les contrats 127
I- L'obligation d'information et la protection du consentement 127
II- La transparence dans les contrats conclus entre professionnels 130
A- La transparence du marché 130
B- L'égalité entre concurrents 131
Paragraphe 2 : La transparence et la prohibition des pratiques discriminatoires 132
Section 2 : La consécration des fondements contractuels du processus concurrentiel 134
Paragraphe 1 : La nécessité d'une conciliation des logiques contractuelles et concurrentielles 135
I- Le contrat, concept central de l'économie de marché 136
II- Le contrat, principal vecteur des atteintes à la concurrence 138

DAR AL AFAK
COPY

III- L'inopportunité d'une distinction radicale entre protection de la concurrence et protection des concurrents.....139
Paragraphe 2 : L'impact d'excès de transparence sur le marché 144
I- Les échanges d'informations, facteur d'élimination de la concurrence 146
A- La nature des informations échangées 147
B- La structure des marchés concernés 149
II- La complexité d'acquisition d'information, obstacle à l'efficacité du contrôle des pratiques anticoncurrentielles.....152
Conclusion partie I 157

PARTIE II :
LE DROIT DE LA CONCURRENCE OUTIL DE DEVELOPPEMENT DU DROIT DES CONTRATS 159

- **Titre I :**
  Vers une flexibilité de la force obligatoire des contrats 161
- **Chapitre 1 :**
  L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles 162

Section 1 : Les ententes anticoncurrentielles 164
Paragraphe 1 : Les ententes horizontales.....164
I- Le concours de volonté entre entités économiques autonomes.....165
A- L'intégration de la pratique restrictive dans les règles de fonctionnement de l'entité.....165
1-L'intégration statutaire de la pratique restrictive 166
a- L'intégration statutaire de pratiques restrictives discriminatoires 166
a-1- Les discriminations à l'accès.....167
a.2- Les discriminations dans l'activité de l'entité 168
a.3- Les discriminations à la sortie de l'entité 168
b- L'intégration statutaire de pratiques restrictives tarifaires.....168
2- L'évocation de la pratique restrictive au cours des réunions statutaires de l'entité.....170

DAR AL AFAK

B- L'extériorisation de la pratique restrictive 171
1- Les pratiques restrictives tarifaires extériorisées 172
a- Le principe de prohibition.....172
b- L'étendue de la prohibition 173
2- Les pratiques restrictives non-tarifaires extériorisées 174
II- La restriction de la concurrence 175
A- L'analyse formelle des pratiques restrictives tarifaires 175
1- La perception nocive des pratiques tarifaires.....175
2- Les justifications de la perception nocive 177
B- L'analyse formelle des pratiques restrictives non-tarifaires 178
1- Les pratiques de boycott.....178
2- Les pratiques discriminatoires 179
Paragraphe 2 : Les ententes verticales 181
I- Une instrumentalisation du concours de volontés.....183
A- L'éligibilité quant à la nature des accords verticaux 184
B- La preuve de l'adhésion du partenaire aux stipulations contractuelles restrictives.....185
II- Une appréciation de la restriction de concurrence 187
A- Une appréciation de la restriction fondée sur l'objet ou les effets de la pratique restrictive 188
1- L'objet anticoncurrentiel de la pratique restrictive 188
2- L'effet anticoncurrentiel de la pratique restrictive 188
B- Les démarches d'évaluation de la restriction verticale 190
C- L'immixtion du conseil de la concurrence dans les rapports contractuels verticaux.....193
Section 2 : Les abus de domination 195
Paragraphe I : La caractérisation impérative d'une situation de domination. 196
I- La caractérisation impérative d'une position dominante, matérialisation de la domination absolue 196
A- La définition jurisprudentielle.....197
B- La caractérisation de la « position dominante » 198

DAR AL AFAK
COPY

II- La caractérisation impérative d'un état de dépendance économique, matérialisation de la domination relative 200
A- La notion floue de « dépendance économique » 200
B- L'appréciation rigide de la notion de « dépendance économique » 202
1- La dépendance économique du distributeur à l'égard du fournisseur 202
a- L'exigence d'une notoriété incontestable 203
b- L'exigence d'une part de marché réellement significative 203
c- L'exigence d'une part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur nettement significative 204
d- L'existence de potentielles solutions équivalentes 204
2- La dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur 205
a- La part du chiffre d'affaires réalisé avec le distributeur, critère important mais non déterminant 206
b- L'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés 206
c- L'existence ou l'inexistence de solutions équivalentes 206
Paragraphe 2 : L'exigence impérative d'une manifestation abusive 207
I- La manifestation abusive de la domination absolue 207
A- La manifestation de la pratique restrictive au titre des abus d'exploitation 208
1- Une appréhension des abus d'exploitation 209
2- L'analyse de la pratique décisionnelle relative aux abus d'exploitation 209
B- La manifestation de la pratique restrictive au titre des abus d'éviction 211
1- Les pratiques restrictives verticales constitutives d'un abus d'éviction indirect 212
2- Les pratiques restrictives horizontales constitutives d'un abus d'éviction direct 215
a- Les conditions commerciales discriminatoires ou abusives 215
b- Le refus de vente 216
b.1- Le refus de contracter à des fins d'éviction des concurrents 217
b.2- Le refus de contracter et la théorie des infrastructures essentielles 217
II- La manifestation abusive de domination relative 219

A- L'interprétation de l'abus 219
B- L'exigence d'une véritable altération du processus concurrentiel 219
1- L'incompatibilité intrinsèque entre la domination relative et l'atteinte au marché 220
2- Les incidences de l'incompatibilité 220

- **Chapitre 2 :**
  L'intrusion du droit de la concurrence dans les contrats légalement formés 223

Section I: L'indifférence des sanctions concurrentielles quant au préjudice subi par les victimes des pratiques abusives 224
Paragraphe 1 : L'indifférence totale des sanctions administratives 224
I- La réparation du dommage à l'économie 224
II- La non- réparation du dommage personnel causé au partenaire contractuel 225
Paragraphe 2 : L'indifférence nuancée des sanctions préventives 226
I- Les injonctions 226
A- L'injonction tendant à la suppression d'une clause anticoncurrentielle abusive 226
B- L'imposition d'une relation contractuelle à l'opérateur dominant 227
II- Les mesures conservatoires 227
Section 2 : La théorie de nullité en droit de la concurrence 228
Paragraphe 1 : La nature de la nullité en droit de la concurrence 230
I- La nécessité d'une limitation des cas de nullité totale 231
II- La nécessité d'un développement des modes de sauvetage du contrat 232
III- La sanction de nullité, prétexte à la libération d'une partie 233
Paragraphe 2 : L'impact de la nullité sur la force obligatoire du contrat 234
I- La chute de la force obligatoire du contrat 234
A- L'exclusion de la volonté contractuelle de la détermination de la nullité 234
B- Le conflit entre le respect de la volonté et l'efficacité de la sanction de nullité 236
1- L'adéquation de l'étendu de la nullité à l'illicite 237

DAR AL AFAK

2- La reconnaissance d'un pouvoir judiciaire de correction du contrat.....238
II-La nécessaire évolution du mécanisme de nullité 239
A- Les arguments en faveur de l'évolution 240
B- Les solutions proposées 241

- **Titre II :**
  Vers « une refonte nécessaire » du droit des contrats 243

- **Chapitre 1 :**
  Le droit de la concurrence support au droit des contrats 244

Section 1 : L'échenillage raisonnable des règles de la concurrence 245
Paragraphe1 : L'intervention nécessaire du droit dans l'économie 245
I- Les fondements politico-économiques du droit de la concurrence 246
A- Les bienfaits de la concurrence, institution favorable à l'intérêt général.....246
B- La fragilité de la concurrence menacée par les intérêts particuliers.....247
1- La concordance de l'intérêt général et des intérêts particuliers 248
2- La contradiction entre l'intérêt général et les intérêts particuliers.....249
II- Les fonctions essentielles du droit de la concurrence 250
A- La préservation du fonctionnement concurrentiel du marché 251
B- La prévention du pouvoir du marché 253
Paragraphe 2 : L'accueil opportun de l'économie par le droit 255
I- La généralisation de l'exigence d'affectation de la concurrence 255
A- Le bon fonctionnement du marché dans l'intérêt général.....256
B- L'inopportunité des prohibitions perse 258
II- Le droit de la concurrence à l'épreuve des enseignements économiques.....260
Section 2 : L'application raisonnable des règles de la concurrence..... 263
Paragraphe 1 : La libre concurrence, limite à la sanction du parasitisme..... 264
Paragraphe 2 : La libre concurrence, limite à la sanction du dénigrement..... 268

- **Chapitre 2 :**
  Le droit de la concurrence complément au droit des contrats dans l'appréhension des abus contractuels 270

DAR AL AFAK COPY

Section 1 : La complémentarité du droit de la concurrence et le droit des contrats pour le rétablissement d'équilibre contractuel 270

Paragraphe 1 : Les outils limités du droit des contrats pour appréhender certains abus contractuels 271

I- Le domaine limité de la lésion 271

II- La cause, instrument inadapté de contrôle de l'équilibre contractuel 273

Paragraphe 2 : L'abus de dépendance économique délégué au droit des contrats 276

I- La violence, vice de consentement 276

II- La reconnaissance prétorienne de la puissance contractuelle 280

III- L'insertion de l'abus de la relation de dépendance dans le dahir des obligations et contrats 284

Section 2 : La complémentarité du droit de la concurrence et le droit des contrats pour l'appréhension des déséquilibres significatifs 287

Paragraphe 1 : Le contrôle inadapté de l'abus dans la fixation du prix 288

I- L'abus dans la fixation du prix du point de vue du droit des contrats 289

II- L'importation des méthodes du droit de la concurrence dans le droit des contrats 292

A- L'analyse objective du montant du prix, élément d'appréciation de l'abus dans la fixation du prix 293

B- L'analyse subjective du comportement du maître du prix, élément décisif d'appréciation de l'abus dans la fixation du prix 296

Paragraphe 2 : Le droit de la concurrence, une référence pour la matérialisation du contrat d'adhésion 298

I- Une théorie du contrat poreuse à l'objectif de protection de l'adhérent 299

A- Repenser les fondements de la théorie du contrat 300

B- Reconsidérer l'essence du contrat 302

II - Le renforcement de la loyauté contractuelle 304

Conclusion Partie II : 307

Conclusion générale 309

BIBLIOGRAPHIE 313



Basma Rizqy chercheuse en droit de la concurrence, titulaire d'un doctorat en droit privé obtenu avec la mention Très Honorable à l'Université Hassan Ier de Settat. Elle est également diplômée d'un **master en droit des affaires** et d'une **licence en droit** privé de .l'Université Ibn Tofail de Kénitra

Ses travaux de recherche s'inscrivent principalement dans le champ du **droit de la concurrence**, du **droit de la consommation** et de **la régulation économique,** avec une attention particulière portée aux interactions entre normes concurrentielles et pratiques contractuelles. Elle est l'auteure de plusieurs publications scientifiques parues dans des revues juridiques nationales et internationales, et a participé à diverses manifestations académiques consacrées au droit des affaires et aux .transformations contemporaines du marché

Parallèlement à son parcours universitaire, elle a suivi des **formations spécialisées** en matière de règlement des différends et de propriété intellectuelle, notamment à travers un certificat sur **les procédures d'arbitrage et de médiation** ainsi qu'un **certificat sur le droit d'auteur et les droits connexes,** délivrés par **l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).** Elle est également titulaire de **.l'attestation d'aptitude à la profession d'avocat**

Elle est par ailleurs **professeure vacataire à l'École Nationale de Commerce et de Gestion (ENCG) de Kénitra,** où elle dispense des enseignements en droit de la concurrence, articulant une approche .théorique et pratique à la lumière du contexte marocain et comparé

9 789920 440806

Prix: 100 Dh

LIBRAIRIE DAR ASSALAM

TEL - FAX : 05 37 72 58 23
E-mail : contact@darassalam.ma
lib.darassalam@yahoo.fr