

Dr. RIZQY Basma
Docteur en droit privé

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

PREFACE

Tarik Zair

*Professeur de Droit Public
Faculté des Sciences Juridiques
et Politiques, Kenitra.*



1ère Edition

Table des matières

PREFACE.....	2
SOMMAIRE.....	3
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 anormal 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

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

• 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

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

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

158

• 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

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

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 1: 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

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
Paragraphe 1 : 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

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 1er 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



Prix: 100 Dh

LIBRAIRIE DAR ASSALAM



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