

**Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy**

**Geneva, 9-11 July 2012**

**Roundtable on  
“Competition Policy and Public Procurement”**

**Written contribution by**

**Morocco**

The views expressed are those of the author and do not necessarily reflect the views of UNCTAD.

**Contribution du Conseil de la Concurrence du Maroc à la douzième session  
du Groupe Intergouvernemental d'Experts- GIE-  
Le politique de la concurrence et les marchés publics**

-----

Le Conseil de la concurrence du Maroc est une institution relativement jeune et à statut consultatif. Après avoir vu le jour en 2000 dans le cadre de la loi sur la concurrence et la liberté des prix, ses activités sont restées gelées jusqu'à sa réactivation en 2009. Il dispose donc d'une expérience courte, mais relativement intense en matière de droit de la concurrence malgré son statut encore consultatif.

Néanmoins, il y a lieu de signaler que le Conseil a été élevé récemment au rang d'une institution constitutionnelle suite à l'adoption de la nouvelle constitution marocaine en juillet 2011. Et à ce titre, il sera appelé à jouer un rôle de premier plan en matière de régulation des marchés et de promotion de la libre concurrence. Un projet de loi est en cours d'examen à cet effet

En attendant, la présente contribution se situera essentiellement au plan des idées avec la mise en évidence de quelques expériences vécues et en se basant sur une analyse détaillée de la réglementation marocaine en matière de marchés publics et des problématiques y afférentes du point de vue concurrentiel bien sûr.

Cette analyse va nous permettre dans un premier temps de disposer d'un référentiel pour mettre en évidence les liens entre la politique de la Concurrence et les marchés publics avant d'aborder, dans un deuxième temps, la question de savoir dans quelles mesures le Conseil de la Concurrence du Maroc a pu contribuer à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans

la commande publique, sachant qu'il ne dispose pas encore de pouvoirs décisionnaires<sup>1</sup>.

## **I- Analyse du cadre réglementaire des marchés publics au Maroc au regard du droit de la concurrence : forces et faiblesses.**

Rappelons tout d'abord que les marchés publics au Maroc sont régis par un ensemble<sup>2</sup> de texte dont le principal est le décret n°2-06-388 du 5 février 2007 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines règles relatives à leur contrôle.

### **1. Principes sous-tendant la réglementation :**

La commande publique représente un élément clé de l'économie du Maroc. En effet, d'après la Trésorerie Générale du Royaume<sup>3</sup>, les marchés publics représentent près de 20% du PIB. Les montants concernés et leur nature publique ont mené le législateur à réglementer cette commande en cherchant le respect de trois grands principes:

- Transparence et moralité de la vie publique;
- Concurrence et égalité de traitement des soumissionnaires ;
- Efficacité de la dépense publique et simplicité des procédures.

Ces principes favorisent, directement ou indirectement la concurrence dans les marchés publics. En effet, bien que la concurrence soit explicitement

---

<sup>1</sup> La loi marocaine actuelle sur la concurrence à savoir la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence n'a doté le Conseil de la Concurrence que de pouvoirs consultatifs.

<sup>2</sup> Il s'agit notamment de la loi 61-99 relative à la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics ;

- Du décret n°2-01-2332 du 4 juin 2002 approuvant le cahier des clauses administratives générales –CCAG- applicables aux marchés de services de prestations d'étude et de maîtrise d'œuvre passés pour le compte de l'Etat ;
- Du décret n°2-99-1087 du 4 mai 2000 approuvant le CCAG applicables aux marchés des travaux exécutés pour le compte de l'Etat ;
- Décret n°2-98-884 du 22 mars 1999 relatif au système d'accord pour des prestations d'étude et de maîtrise d'œuvre.

<sup>3</sup> La Trésorerie Générale du Royaume est l'une des directions centrales relevant du Ministère de l'Economie et des Finances.

mentionnée par le deuxième d'entre eux, elle relève également de l'esprit du premier et du dernier principe. La transparence et la moralité sont ainsi des éléments nécessaires à une bonne concurrence, dans le sens où ils impliquent la lutte contre les ententes entre soumissionnaires et les favoritismes de certaines administrations. De manière analogue, le principe d'efficacité de la dépense publique et de simplicité des procédures stimule la concurrence en diminuant les barrières à l'entrée à ces marchés qui sont d'ordre réglementaire.

Le décret n °2-06-388 du 5 février 2007 mentionné ci-dessus affirme la volonté de garantir la concurrence au travers le respect de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats, de la transparence et de la simplification des procédures. Ces éléments devront donc donner lieu à des dispositions clairement identifiées et efficaces dans le corps du décret.

En outre, l'exposé des motifs du décret fait référence à la nécessité de répondre à des exigences de modernité, de bonne gouvernance et d'ouverture économique à travers une réglementation qui met en place un « partenariat équilibré » entre administration et acteurs privés. Pour être efficace, ce concept doit se traduire par des droits et des obligations réciproques. Ainsi, la réglementation doit encadrer dans le détail les différentes étapes du cycle de vie d'un marché et expliciter les garanties dont disposent ces parties.

La moralisation de l'action publique - comprise comme la lutte contre la fraude et la corruption - est également affirmée dans l'exposé des motifs. Pour que cette orientation corresponde à une réalité, il est indispensable de disposer d'un cadre juridique et réglementaire qui caractérise et encadre les infractions et les délits, et qui soit en mesure de définir des amendes

pécuniaires et des peines privatives de liberté. A ce titre, le décret doit pouvoir s'appuyer sur des lois visant explicitement la corruption dans les marchés publics.

## **2 - Situations de limitation de la concurrence dans les marchés publics.**

Trois principaux cas de figure anticoncurrentielle apparaissent dans les marchés publics. Ces derniers peuvent être directement dus au comportement des acteurs ou découler indirectement des réglementations mises en place pour garantir la moralité des marchés publics ainsi que le contrôle de la dépense:

2-1 Entente entre une administration et une entreprise: favoritisme et corruption

Ce premier cas constitue la première source d'attention dans les marchés publics. En effet, il est primordial de s'assurer de la bonne et juste utilisation des deniers publics. Or, les expériences internationales<sup>4</sup> montrent que malgré des réglementations particulières destinées à éviter le favoritisme, le clientélisme et la corruption, ces problématiques doivent faire l'objet de contrôles réguliers et soutenus.

Les situations d'entente entre une administration et une entreprise sont illégales. Elles peuvent être décelées plus ou moins difficilement selon leur forme et leur nature. La preuve de leur existence nécessite généralement l'intervention d'un organisme de contrôle (inspection générale des finances, audit de la Cour des Comptes, etc.). Certains «symptômes» peuvent être considérés en vue de leur détection: un CPS trop détaillé peut ainsi découler d'une entente avec un prestataire précis à qui le maître d'œuvre souhaite confier la prestation. Le CPS comportera dans ce cas des exigences très

---

<sup>4</sup> F. Jenny « corruption et pratiques anticoncurrentielles », in pratiques et contrôles de la corruption, Montchrestien 1997.

précises et parfois inutiles. L'analyse d'appels d'offres répétés peut également faire ressortir un prestataire favorisé par un maître d'ouvrage.

## 2-2 Entente entre entreprises : collusion et cartels.

L'entente entre entreprises est une pratique connue, expressément prohibée par la loi (Article 6 de la loi 06-99 du 5 juin 2000 relative à sur la liberté des prix et de la concurrence).

Il existe plusieurs schémas d'organisation des cartels qui reposent généralement sur un même principe<sup>5</sup> : le cartel désigne un vainqueur selon un schéma interne, établit le montant des offres concurrentes et répartit la rente obtenue. Il peut ainsi s'agir d'une logique de rotation associée à un système d'offres fantômes simulant la concurrence, d'un accord sur le montant des offres de manière à ce que ces dernières soient très proches et supérieures au prix du marché, ou d'une enchère interne attribuant le marché au plus offrant, qui augmente alors son offre d'un montant que se partagent les perdants.

La détection des ces ententes serait difficile et n'est possible qu'au travers de l'analyse de multiples appels d'offres semblables. La mise en évidence de paiements latéraux est généralement nécessaire pour prouver l'existence de l'entente. Les symptômes pouvant être relevés au moment de l'appréciation de l'offre sont le faible nombre d'offres et/ou l'absence d'acteurs clés, l'existence d'offres aux méthodologies trop semblables ou des prix identiques de certains concurrents.

Il est néanmoins nécessaire de relever que ces symptômes peuvent également résulter de stratégies non coopératives. Pour limiter la collusion, certains

---

<sup>5</sup> Voir « collusion et corruption dans les marchés publics », contribution de la France OCDE, 2010.

auteurs<sup>6</sup> recommandent d'agir soit sur la stabilité du cartel soit sur l'ouverture du marché. Dans le premier cas, il s'agit de réduire les possibilités du cartel de détection des comportements non conformes à l'accord. Ceci peut être obtenu à travers la limitation de l'information transmise après attribution (par exemple au seul nom du vainqueur). Cette stratégie peut cependant être en contradiction avec les principes de transparence et de moralité des marchés publics. La deuxième stratégie vise à ouvrir le marché de manière à favoriser la participation de nouveaux entrants ne faisant pas partie du cartel, et rendant par conséquent ce dernier inefficace. Dans ce sens, il est préférable de limiter les appels d'offres restreints et les procédures négociées. Le financement des coûts de participation est également à prendre en compte, puisqu'il permet de diminuer les barrières à l'entrée et favorise ainsi la participation de nouveaux entrants.

Ces différentes stratégies dépendent clairement de la nature de la prestation recherchée et du contexte concurrentiel de cette dernière. Un arbitrage de la part de l'administration est donc nécessaire afin de déterminer la procédure la plus adaptée pour une commande publique.

2-3 Barrières à l'entrée : coût de participation, maîtrise de la réglementation, et barrières réglementaires.

La participation à une procédure d'appel d'offres comporte des coûts généralement irrécupérables et qui peuvent être élevés: ces coûts sont liés à la nécessité, pour le soumissionnaire, de maintenir une capacité de réponse aux appels d'offres (personnel spécialisé, matériel spécifique aux marchés publics, etc.), de collecter et de traiter l'information nécessaire à la réponse de l'appel d'offres, et de réaliser les dépenses administratives en vue de la soumission.

---

<sup>6</sup> Notamment M. Mougeaot et F. Naegelen in « les marchés publics : règles, stratégies et politiques », 1993.

Un coût supplémentaire peut être considéré du fait des délais de règlement, parfois très importants, et qui pèsent sur la trésorerie des entreprises attributaires.

Les expériences internationales<sup>7</sup> montrent que pour la majorité des marchés publics, l'existence de ces coûts a contribué à l'émergence de situations d'oligopoles. Ainsi, seuls certains soumissionnaires habitués aux marchés publics parviennent à s'imposer en profitant d'effets d'échelle en termes de préparation des réponses aux appels d'offres.

Une logique similaire peut-être constatée sur les aspects réglementaires: le niveau de complexité de la réglementation, la méconnaissance du fonctionnement pratique d'un marché ou du comportement d'un acheteur donné (par exemple, cas d'un acheteur habitué à moduler le calendrier de l'intervention au travers d'ordres d'arrêt) mènent nombre de soumissionnaires à considérer le marché comme étant trop risqué et à renoncer par conséquent d'y participer.

Ainsi, notre analyse du décret n°2-06-388 du 5 février 2007 fixant les conditions et les formes de passation des marchés publics et des textes réglementaires complémentaires sera menée en gardant ces trois situations à l'esprit, et en essayant d'identifier les dispositions qui peuvent favoriser l'émergence de ces dernières au cours du cycle de vie d'un marché.

### **3- analyse de la réglementation marocaine sur les marchés publics à l'aune du droit de la concurrence :**

D'une manière générale et avant d'entrer dans l'analyse détaillée des dispositions réglementaires régissant les marchés publics au Maroc, force est de constater que cette dernière ne fait à aucun moment référence à la loi

---

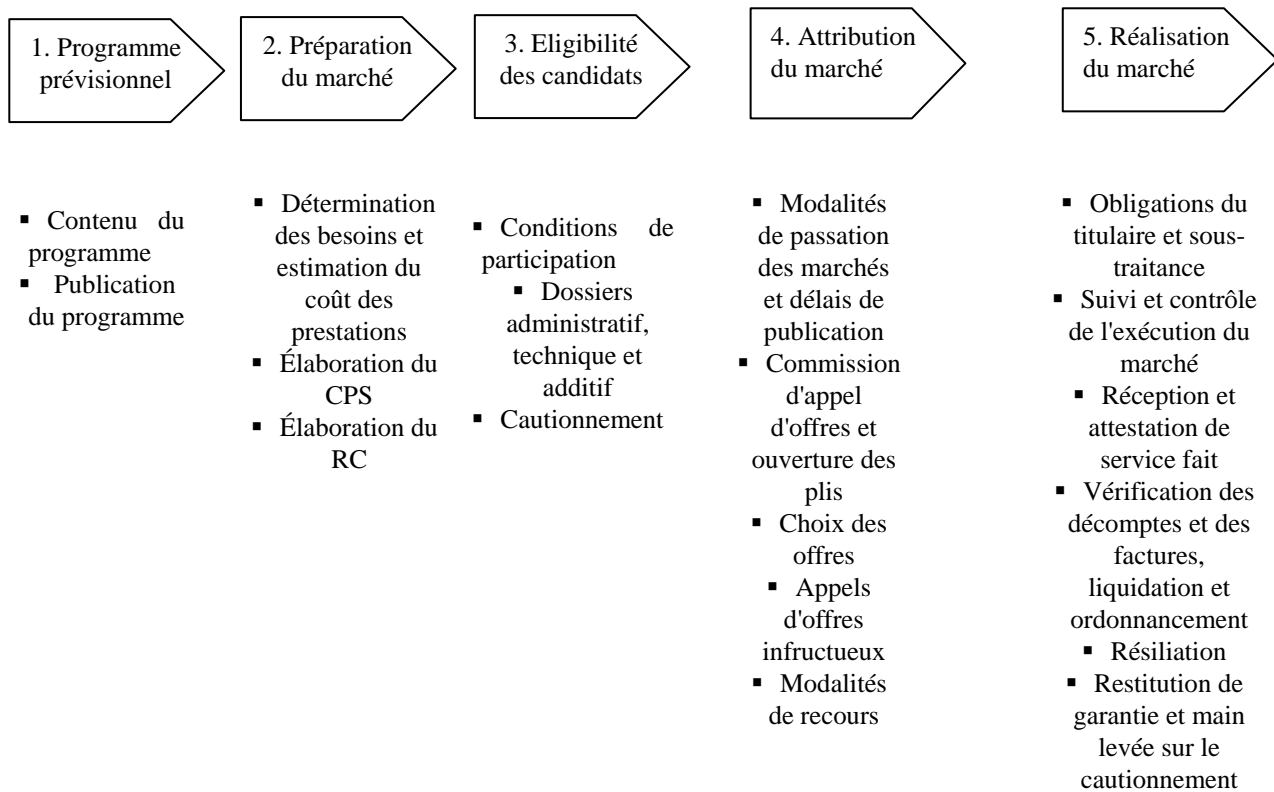
<sup>7</sup> Ibid.



06-99 relative à la liberté des prix et la concurrence, ce qui représente une grande lacune de notre point de vue.

### 3-1. Analyse du cycle de vie d'un marché public

Les éléments suivants mettent en évidence les principales spécificités des marchés en fonction des grandes étapes de la vie du marché:



De manière globale, il est important de relever que si la réglementation couvre de manière détaillée les phases correspondant à la passation et à l'attribution du marché (phases 3 et 4), elle manque souvent de précision sur les phases amont (phase 1 et 2, correspondant au programme prévisionnel, à la définition des besoins et à la préparation du marché) et aval (phase 5, relative au suivi de l'exécution, à la réception et à l'ordonnancement). Le titre du décret illustre bien ce propos: en effet, ce dernier n'est pas un décret « relatif aux marchés publics », mais bien un décret « fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle ».

### 3-2 Programme prévisionnel :

Rappel des principales dispositions : l'article 87 du décret sur les marchés publics prévoit que le maître d'ouvrage est tenu de publier, au plus tard, avant la fin du premier trimestre de chaque année budgétaire, dans au moins un journal à diffusion nationale et sur le portail des marchés de l'Etat, le programme prévisionnel qu'il envisage de lancer au titre de l'année budgétaire considérée.

#### 3-2-1 Forces de la réglementation en termes de concurrence :

L'existence d'un programme prévisionnel destiné à donner aux soumissionnaires une visibilité du contenu de la commande publique est un point positif de la réglementation actuelle. Il s'agit d'une bonne pratique reconnue au niveau international qui favorise en principe la concurrence en permettant à chaque entreprise de mieux préparer sa stratégie de réponse.

#### 3-2-2 Faiblesses et manquements de la réglementation en termes de concurrence

Le programme prévisionnel ne comprend pas d'indications suffisamment précises sur les marchés projetés. De ce fait, et malgré la référence à un modèle défini par le premier ministre, chaque administration est libre d'en préciser le contenu. Or, pour atteindre son objectif, le programme doit préciser, a minima, les éléments suivants : l'objet de l'appel à la concurrence, la période prévisionnelle de publication de l'avis, la nature de la prestation et le mode de passation envisagé.

Par ailleurs, l'article ne prévoit aucune sanction de l'administration en cas de non publication du programme prévisionnel. Ce manquement peut tendre à

limiter l'évolution du comportement des acteurs et maintenir la situation actuelle.

Il est à relever que certaines réglementations étrangères, à l'instar de celle des Etats-Unis, ont mis en place des mécanismes de type incitatif qui ne visent pas à sanctionner l'administration en cas d'absence de publication du programme mais, au contraire, à la faire bénéficier d'avantages. Ainsi, un marché figurant dans le programme prévisionnel peut bénéficier d'un temps de publication réduit.

### 3-3 Préparation du marché :

Rappel des principales dispositions : selon les dispositions de l'article 4 du décret précité et pour la détermination des besoins et estimation du coût des prestations, il est précisé qu'avant tout appel à la concurrence ou toute négociation, le maître d'ouvrage est tenu de déterminer aussi exactement que possible les spécifications techniques et la consistance des prestations. Ces dernières doivent répondre aux besoins de l'administration.

Par ailleurs, le maître d'ouvrage doit également établir une estimation des coûts, des délais et des conditions d'exécution de la prestation.

En ce qui concerne l'élaboration du cahier des prescriptions spéciales, l'art. 15 du décret précise que le Cahier des prescriptions spéciales - CPS- constitue le document qui doit décrire, dans le détail, l'objet du marché.

Pour rappel, ce document doit être signé par l'ordonnateur, son délégué ou le sous-ordonnateur. Il constitue un élément clé du marché dans le sens où il constitue, avec l'acte d'engagement, la base des engagements réciproques entre les deux parties.

Outre le cahier des prescriptions spéciales, le même article fait référence au Cahier des clauses administratives générales (CCAG), approuvé par décret, et au Cahier des prescriptions communes (CPC), approuvés par arrêté des ministres intéressés.

La dernière étape de cette phase de préparation du marché concerne l'élaboration du règlement de consultation (art. 18). Le règlement de consultation est établi par le maître d'ouvrage. Il contient en particulier les critères d'admissibilité des concurrents et les critères de choix et de classement des offres. L'article 18 propose une liste non exhaustive de critères en vue de ce choix.

### 3-3-1 Forces de la réglementation en termes de concurrence :

La réglementation pose ces principes de base visant à favoriser la concurrence. Ainsi, la définition des besoins et l'estimation du coût des prestations et des délais d'exécution doivent être menés avant tout appel à la concurrence ou toute négociation. De même, les spécifications doivent éviter toute mention faisant référence à un prestataire en particulier (marque, appellation, brevet, etc.)

### 3-3-2 Faiblesses et manquements de la réglementation en termes de concurrence :

Rappelons tout d'abord que la phase d'expression des besoins est une phase particulièrement délicate pour le respect de la concurrence. En effet, au cours de celle-ci le maître d'œuvre consigne son besoin dans le cahier des prescriptions spéciales-CPS- qui va guider les réponses des entreprises soumissionnaires, le choix de l'attributaire et la réalisation du marché. Deux écueils sont alors à éviter à ce niveau: d'une part, le besoin peut ne pas être suffisamment clair, et d'autre part, il peut être détaillé de manière excessive.

Des objectifs approximatifs et flous peuvent nuire à la concurrence en mettant de côté des concurrents « sachant faire » mais ne pouvant pas proposer une approche correcte par « manque de connaissance ou de proximité » de l'ordonnateur. Ce flou, qui peut être involontaire ou entretenu de manière délibérée, est expressément combattu par la réglementation qui exige une détermination des spécifications « aussi [exactes] que possible ».

Le cas de spécifications trop détaillées est complexe, car il est difficile à traiter au travers d'un texte réglementaire. En effet comment préjuger d'un excès de détail? Si cet excès peut laisser penser à une entente avec un concurrent, par exemple dans l'exigence de profils très spécifiques, il peut aussi être simplement le fait d'un maître d'ouvrage connaissant particulièrement bien son domaine.

Un cas de figure donnant lieu à des spécifications erronées est celui de maîtres d'ouvrage peu expérimentés qui reprennent des éléments d'autres CPS sans s'assurer que ces derniers correspondent effectivement à leurs besoins.

En effet, l'article 4 relatif à la phase d'évaluation des besoins, pose des principes de base mais manque de précision sur la manière dont doivent être réalisés la définition des besoins, l'estimation des coûts de la prestation et les délais de réalisation. En particulier, l'article ne fait pas référence à la mise en place d'outils favorisant un partage de bonnes pratiques et une gestion des connaissances au sein de l'administration (base de données facilitant l'estimation des coûts, etc.) et ne prévoit pas de recours à des compétences extérieures lorsque l'administration ne dispose pas de compétences suffisantes pour effectuer une évaluation de ses besoins de qualité suffisante.

Quand à l'article 18 du même décret, il demeure peu précis sur les critères d'estimation de choix et de classement des offres. En effet, malgré l'objectif

de favoriser la concurrence, l'article n'encadre pas suffisamment la liberté d'arbitrage du maître d'œuvre, par exemple au travers de la précision des critères par nature de marché (travaux, fournitures, services) ou par le recours à des règles de pondération ou de hiérarchisation précises de ces critères.

### 3-4 Eligibilité des candidats

Rappelons que d'après les dispositions de l'article 22 du décret précité, le candidat doit répondre à une série de critères énumérés de manière exhaustive:

- La justification d'une capacité juridique, technique et financière ;
- Une situation régulière vis-à-vis du fisc ; (ou la constitution de garanties suffisantes) ;
- L'affiliation à la C.N.S.S. et la preuve de la déclaration des salaires

Par ailleurs, le candidat ne doit pas être:

- En liquidation judiciaire ;
- En redressement judiciaire (sauf autorisation spéciale) ;
- Exclu de la participation aux marchés publics.

Pour ce faire, le candidat doit selon les dispositions de l'article 23 produire des dossiers administratif, technique et additif. Ces dossiers constituent la justification des capacités exigées dans le cadre des conditions de participation.

Le dossier administratif doit comprendre, dans tous les cas:

- Une déclaration sur l'honneur ;

- Une justification des pouvoirs conférés ;
- Une attestation certifiant la déclaration régulière des salaires auprès de la CNSS<sup>8</sup> datant de moins d'un an
- Une attestation fiscale justifiant le quitus et l'activité enregistrée à l'impôt des patentes.

Par ailleurs certaines pièces supplémentaires peuvent être exigées du candidat telles que:

- Le récépissé de la réalisation du cautionnement provisoire ;
- Le certificat d'immatriculation au registre du commerce ;
- Une justification de la nationalité de l'entreprise et de ses dirigeants

Quand au dossier technique, il doit comprendre une note de présentation des moyens humains et techniques, les attestations de références délivrées par les hommes de l'art (privés et/ou publics) et des autres pièces éventuelles demandées par le dossier d'appel à la concurrence. Néanmoins, lorsqu'il existe un système d'agrément pour le marché concerné par la prestation, le certificat délivré tient lieu de dossier technique, sauf disposition contraire du règlement de consultation.

Enfin, il y a lieu de signaler que l'administration se réserve le droit de demander, si elle le juge nécessaire, au candidat un dossier additif qui comprend toutes les pièces complémentaires requises par « l'importance» ou « la complexité» de la prestation objet du marché.

S'agissant des garanties exigées du candidat, l'article 25 du CCAG<sup>9</sup> conditionne la participation à un marché public à un cautionnement bancaire. Les candidats doivent ainsi mettre en place une caution provisoire pour la période

---

<sup>8</sup> Il s'agit de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale.

<sup>9</sup> CCAG : Cahier des Clauses Administratives Générales.

d'attribution du marché. Les cahiers des conditions administratives générales (CCAG) précisent que l'attributaire du marché doit réaliser un cautionnement définitif dans un délai de 30 jours à compter de la date de la notification de l'approbation du marché, sans quoi le montant du cautionnement provisoire reste acquis à l'État. La caution définitive est restituée par le maître d'ouvrage dans un délai de trois mois suite à la date de réception définitive des études.

#### 3-4-1 Forces de la réglementation en termes de concurrence :

L'existence d'un système d'agrément facilite, d'un point de vue théorique, l'accès aux marchés, en simplifiant les procédures, et en garantissant l'égalité de traitement de toute entreprise disposant de l'agrément.

#### 3-4-2 Faiblesses et manquements de la réglementation en termes de concurrence :

Il est important de remarquer que le système d'agrément, pourtant identifié comme une force, peut être à double tranchant si le maître d'ouvrage effectue une discrimination des entreprises disposant d'un dossier technique satisfaisant mais dépourvues de l'agrément. Par ailleurs, il est nécessaire de garantir l'équité dans la mise à disposition des agréments en assurant le fonctionnement efficace des administrations chargées de les émettre. Enfin, les dispositions de l'article 23 laissent la possibilité au maître d'ouvrage de ne pas tenir compte de l'agrément et d'exiger malgré tout la réalisation d'un dossier technique.

La rédaction de l'article 18, relatif aux critères inclus dans le règlement de consultation en vue du choix pour le classement des offres, ouvre la possibilité à l'élaboration de critères trop précis limitant la concurrence. Ainsi, les



critères complémentaires « justifiés par l'objet du marché » devraient également faire l'objet d'une justification par écrit dans le rapport de présentation du marché.

Le nombre et la nature des pièces exigées pour les dossiers administratifs et techniques, leur mise à jour et leur légalisation peuvent demander un investissement de temps non négligeable pour les soumissionnaires. En particulier, les petites structures (bureaux d'architecture, bureaux d'études, etc.) ne disposant pas de ressources administratives dédiées peuvent considérer le « ticket d'entrée » trop élevé.

Le dossier additif est fortement soumis à la subjectivité du maître d'ouvrage, sans que ce dernier ne soit dans l'obligation de justifier ses requêtes. Aussi, il peut constituer une porte ouverte à l'exigence d'éléments discriminants nuisant à la concurrence.

L'existence de lourdes garanties financières peut représenter une importante barrière à l'entrée pour les petits soumissionnaires. A ce titre, le cautionnement et la retenue de garantie, ainsi que les modalités de confiscation ou de restitution de ces sommes constituent une restriction à la concurrence.

Le règlement de consultation relatif à l'appel d'offre avec présélection (article 50) présente un double risque de réduction du champ de la concurrence, puisqu'il offre au maître d'ouvrage la possibilité de ne pas prévoir de critères d'appréciation des capacités techniques et financières des concurrents. Si tel est le cas, sur quelle base crédible la présélection des candidats, qui constitue déjà une atteinte au principe de la concurrence, sera-t-elle opérée ?

Ainsi donc, nous pouvons conclure que en dépit des efforts déployés pour aligner la réglementation actuelle des marchés publics au Maroc sur les meilleures pratiques à l'échelle mondiale, il n'en demeure pas moins que cette

dernière renferme un certain nombre de lacunes qui peuvent donner lieu à des pratiques concurrentielles dont certaines ont pu être relevées par le Conseil de la Concurrence à l'occasion de l'examen des dossiers qui lui sont soumis.

## **II- Présentation de l'expérience du Conseil de la Concurrence du Maroc en matière d'examen des cas liés aux marchés publics.**

Au cours de sa courte expérience, le Conseil de la Concurrence a été sollicité à plusieurs reprises pour donner son avis sur les conditions de passation et d'éligibilité aux marchés publics. Deux avis seront repris dans la présente contribution et concernent une demande émanant du gouvernement Marocain sur l'éligibilité aux marchés d'études et d'essais relatifs aux travaux publics et une demande de la Chambre de commerce et d'industrie de Casablanca sur les marchés publics lancés pour l'acquisition de l'insuline aux profits des hôpitaux publics.

### **1- Demande d'avis du gouvernement sur le projet d'arrêté fixant le nombre de catégories des laboratoires de bâtiment et de travaux publics.**

C'est le Premier Ministre qui a demandé l'avis du Conseil sur un projet d'arrêté fixant le nombre de catégories des laboratoires de bâtiment et de travaux publics correspondant à chaque activité, les seuils de classification à l'intérieur de chaque catégorie ainsi que le montant maximum annuel d'un marché pour lequel un laboratoire d'une catégorie donnée peut être admis à soumissionner.

Ainsi, il ressort des éléments du dossier et de l'analyse de la structure du marché, que le Laboratoire Public (...) est le leader du marché avec une part dominante ; il est suivi de plusieurs autres laboratoires.

Du point de vue de la demande, le Conseil a souligné que les laboratoires peuvent être répertoriés en deux catégories: Ceux qui participent régulièrement dans les marchés publics et ceux qui orientent leurs activités vers le secteur privé ; bien que la majorité des laboratoires agissent sur les deux créneaux avec des proportions qui diffèrent d'un laboratoire à l'autre.

Concernant les constatations et conclusions auxquelles le Conseil a aboutit, elles se rapportent à ce qui suit :

-Les observations formelles : Le Conseil a émis plusieurs remarques et recommandations de forme visant à rendre plus précis et clair le contenu de certaines dispositions du projet d'arrêté. Ces observations visent à limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration pouvant résulter de l'imprécision de certaines dispositions du projet d'arrêté, notamment par rapport à la teneur de certains critères de classification (notion du capital et patrimoine social, chiffre d'affaire annuel) et du montant annuelle des marchés (imprécision par rapport à la possibilité de la concurrence interclasses).

-Les conclusions de fond : Pour analyser l'impact du projet d'arrêté -objet de la demande d'avis- sur la concurrence dans le marché concerné, le Conseil a procédé à une étude prospective de la structure du marché des laboratoires de BTP à partir des critères et montants de classification retenus par le projet d'arrêté ainsi que des montants annuels des marchés prévus. A partir de cette simulation, le Conseil a conclut que :

2-1- L'application des montants de classification requis par le projet d'arrêté est de nature à :

Créer un monopole de fait au profit du laboratoire public qui, au regard du montant du chiffre d'affaire retenu par le projet d'arrêté, est le seul

laboratoire pouvant être classé dans la classe N°5 (classe supérieure). De cette situation de monopole découle deux effets substantiels :

Ce laboratoire va bénéficier, à titre exclusif, des marchés dont le montant dépasse un million deux cents milles dirhams, ce qui lui confère un avantage concurrentiel par rapport aux autres laboratoires ;

Limiter le choix de l'acheteur public, étant donné que ce dernier serait obligé de contracter avec ce dernier pour les marchés dont le montant dépasse un million deux cent milles dirhams ;

Faute d'une concurrence au niveau de la classe N° 5, ce laboratoire pourra appliquer des prix élevés (prix de monopole) dans les marchés dont le montant dépasse un million deux cent milles dirhams.

- Créer un oligopole au niveau des classes 4 et 5. Cette situation est de nature à faciliter la collusion tacite ou explicite entre les laboratoires appartenant à chacune de ces deux classes. Du fait de la classification, les laboratoires connaîtront d'emblée le nombre et l'identité des laboratoires concurrents, ce qui peut inciter à la coopération anticoncurrentielle et à l'échange d'informations, notamment sur les offres financières.

2-2 L'application des montants annuels des marchés prévus pour la classe N°5 (marchés supérieurs à un million deux cent milles DH) est de nature à évincer de la compétition certains laboratoires qui, malgré le fait qu'ils ne pourront pas être répertoriés dans la classe n°5 eu égard du montant du chiffre d'affaire retenu par le projet d'arrêté au niveau de cette classe, ont déjà réalisés des marchés dont le montant dépasse le seuil ci haut cité. Cette situation constitue un retour sur les acquis concurrentiels déjà réalisés par ces laboratoires et une restriction limitant leur compétitivité.

2-3- Le système de classification engendre une concentration de la concurrence au niveau des classes inférieures qui, en addition de la concurrence entre les laboratoires classés au même niveau, subissent une concurrence potentielle émanant des laboratoires classés au niveau supérieur. Par ailleurs, l'intensité de la concurrence s'amenuise au niveau de classes supérieures pour s'effacer au niveau de la classe n°5, alors que les montants des marchés prévus pour les classes supérieures sont plus importants.

2-4- Le véritable rempart contre l'inexécution ou la mauvaise exécution des travaux de laboratoires selon la qualité et dans les délais spécifiés, réside moins dans l'exigence d'un capital ou d'un chiffre d'affaire donné, que dans l'indication précise dans le règlement de consultation des moyens humains et matériels que le laboratoire adjudicataire doit mettre à la disposition du chantier objet du marché, tout en renforçant le contrôle et les sanctions en cas du non respect des dispositions du cahiers de charge (résiliation du contrat, astreintes...).

Par ailleurs, le Conseil a considéré que, de par leur nature, les activités de laboratoires sont sensiblement liées à la sécurité et à la santé des utilisateurs, ce qui peut justifier des conditions préalables d'exercice de la profession liés à la nécessité pour les laboratoires de disposer des moyens humains qualifiés et du matériel nécessaire à l'accomplissement de leur mission. Toutefois, le Conseil a estimé qu'hormis la note d'encadrement requise comme critère de classification par le projet d'arrêté, certains critères de classification, notamment le chiffre d'affaire, sont disproportionnés avec les objectifs de qualité recherchés vu leur impact négatif direct sur la concurrence.

Conclusion générale : Pour toutes ces raisons, le Conseil a considéré que le projet d'arrêté dans sa mouture actuelle est de nature à restreindre la

concurrence dans les marchés publics portant sur les activités de laboratoires suite à quoi le Conseil a recommandé au gouvernement de revoir les montants retenus par le projet d'arrêté, notamment par rapport au chiffre d'affaire. Il a également proposé de réduire le nombre de classes et veiller à ce qu'il y est un nombre suffisant de laboratoires par classe de façon à assurer une concurrence effective au niveau de chaque classe.

**2- Demande d'avis sur le marché public lancé par le Ministère de la santé.**

3-1- Rappel de l'objet de la saisine :

Le Président de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de la ville de Casablanca a saisi le Conseil de la Concurrence, sur des pratiques qu'il a considéré comme anticoncurrentielles mises en place par un laboratoire étranger à l'encontre d'une Société de fabrication de médicaments Marocaine pour emporter un appel offre public.

Dans sa saisine, la partie demanderesse a précisé que le laboratoire étranger a abusé de sa position dominante en pratiquant un prix « prédateur » à l'occasion de cet appel d'offre par le bais de son distributeur unique au Maroc.

De même, elle a souligné dans sa demande que ledit laboratoire aurait pratiqué à l'encontre de la société marocaine de fabrication des médicaments du dumping, en précisant que l'écart entre le prix public et le prix privé de la même marque commercialisée sur le marché marocain est énorme.

Cette saisine a fait l'objet d'un rapport d'instruction qui a été présenté devant le Conseil de la Concurrence et à donner lieu aux conclusions et recommandations suivantes.

3-2 Les conclusions du Conseil de la Concurrence :

- Pour ce qui est du dumping : Le Conseil a écarté cette question du fait qu'elle est soumise à une procédure définie par la loi marocaine sur le commerce extérieur. Cette procédure consiste à ce que l'intéressé dépose une requête et que les pouvoirs publics, en l'occurrence le Ministère du Commerce Extérieur au Maroc qui est habilité à examiner cette question, ouvre une enquête, notifie la requête aux parties intéressées, publie l'avis d'ouverture de l'enquête, analyse les résultats de l'enquête et prend la décision qui s'impose<sup>10</sup>. Cette procédure est conforme aux accords de l'OMC.

L'analyse des données recueillies sur ce marché a fait ressortir, qu'il n'y a pas de position dominante individuelle du laboratoire étranger, vu que la position dominante est appréciée par rapport aux autres concurrents. Or, il se trouve que l'unique concurrent de ce laboratoire étranger dans le marché pertinent est la société marocaine opérant sur le même marché et ils ont pratiquement la même part de marché.

De même, cette société qui a considéré le prix de (...) pratiqué par le représentant marocain du laboratoire étranger comme prix prédateur, a remporté le dernier appel d'offre réalisé par le Ministère de la Santé. De ce fait, il n'a pas été établi ni de pratique du prix prédateur par le laboratoire étranger, ni de comportements ayant pour objet ou pour effet d'évincer la société marocaine de ce marché.

Cependant, la structure du marché pertinent a montré que les deux sociétés sont en position dominante collective. Cette position a été qualifiée<sup>11</sup> ainsi pour les motifs ci-après :

---

<sup>10</sup> La société marocaine de fabrication des médicaments a saisi sur cette question par lettres le Ministère du Commerce Extérieur marocain.

<sup>11</sup> Cette analyse s'est appuyée essentiellement sur la jurisprudence développée en la matière par la Commission Européenne.

\* la structure oligopolistique du marché pertinent qui est partagé entre les deux sociétés;

\* la transparence du marché concerné par la saisine, vu que les laboratoires qui soumissionnent aux appels d'offres d'insuline ont une parfaite connaissance des opérateurs qui exercent au niveau de ce marché. De même, chaque membre du duopole dominant connaît le comportement de l'autre opérateur, notamment en matière des prix pratiqués dans les appels d'offres précédents.

Les représailles qu'auraient exercées ces deux sociétés contre leur unique concurrent pour l'évincer du marché, par la pratique d'un prix de soumission très bas. Cette ligne baissière a été poursuivie jusqu'à la sortie de ce concurrent du marché pertinent; et enfin l'absence de concurrent potentiel du fait qu'après l'éviction de ce dernier, aucun laboratoire n'est venu contrebalancer la puissance des deux sociétés soumissionnaires.

Sur l'abus de position dominante collective de ces deux laboratoires étranger et marocain:

L'étude des comportements des deux laboratoires ci-dessus mentionnés au niveau du marché pertinent a révélé des indices concordants quant à l'exploitation abusive de leur position dominante et ce, à travers les pratiques suivantes :

- Les deux sociétés auraient adoptées une ligne de conduite consistant à baisser les prix de soumission dans les appels d'offre du Ministère de la Santé en vue d'évincer leur unique concurrent sur le marché hospitalier de l'insuline.

A ce sujet, il y a lieu de préciser que suite à la réalisation de l'appel d'offre n°(...) qui a été remporté par cet unique concurrent avec un prix de (...)/flacon, les deux laboratoires concernés par cette affaire ont adopté une politique de baisse continue de leurs prix de soumission. La baisse a concerné uniquement les appels d'offres auxquels leur concurrent unique a participé.



- Le Conseil a estimé que les deux sociétés, d'après les éléments précités, auraient exploité leur position dominante collective par l'adoption d'une même ligne de conduite en matière de hausse des prix de soumission après l'éviction de leur unique concurrent du marché.

Cette hausse ne peut s'expliquer que par une volonté commune de ces sociétés, vu que les prix de l'insuline à l'échelon international ont continué de baisser ainsi que celui du laboratoire marocain après l'introduction de son produit générique.

- Le Conseil a considéré que les deux sociétés auraient partagé les lots d'insuline durant les appels d'offres auxquels leur unique concurrent n'a pas soumissionné.

3-3- Engagement de la procédure contentieuse contre deux sociétés protagonistes:

Après examen par le Conseil de la Concurrence des indices relatifs à l'exploitation abusive des deux sociétés de leur position dominante, il a décidé de recourir à la procédure contentieuse contre les deux sociétés en question et ce, conformément aux dispositions de l'article 30 de la loi 06-99.

C'est une procédure contradictoire qui consiste à soumettre le rapport établi à l'occasion d'instruction du dossier aux deux sociétés protagonistes pour solliciter leurs remarques et observations. C'est ainsi que le rapport d'instruction a été transmis à ces deux sociétés qui ont formulé leurs observations dans les délais requis. Ces dernières ont fait l'objet à leur tour d'étude et d'analyse par le rapporteur qui les a soumises de nouveau au Conseil.

Ainsi le Conseil a confirmé les premières conclusions du rapporteur sur le dumping en considérant que le Ministère du Commerce Extérieur est le seul

habilité par la loi sur le commerce extérieur à examiner cette question et à prendre, le cas échéant, des mesures antidumping.

En ce qui concerne l'abus de position dominante individuelle du laboratoire étranger, Le Conseil a conclu qu'il n'est pas en position dominante exclusive et que le marché concerné est un marché duopolistique, où les deux sociétés marocaine et celle représentant le laboratoire étranger détiennent pratiquement la même part de marché, selon la loi marocaine sur la concurrence, la seule possibilité d'abus c'est lorsqu'il y a position dominante exclusive, ce qui n'est pas le cas.

Pour ce qui est de la pratique du prix prédateur, L'instruction n'a pas permis d'obtenir, de la part du laboratoire étranger, les données suffisantes concernant le coût du flacon d'insuline ;

Cependant, considérant que ce dernier ne détient pas une position dominante exclusive ;

Et en considérant le prix de vente du laboratoire étranger à la société le représentant au Maroc ;

Attendu que ces derniers n'ont pas pu adopter un comportement individuel et autonome au niveau du marché pertinent sans tenir compte des conduites de leur concurrent marocain ;

Considérant également que la pratique de prix prédateur ne peut être établie, que si elle a pour objet ou effet d'évincer du marché l'entreprise qui prétend en être victime et que, dans le cas d'espèce, l'existence d'une volonté d'éviction de la part de du laboratoire Danois n'ayant pas été établie ;

Il résulte de ce qui précède : d'une part, il n'est pas établi que les prix pratiqués par ledit laboratoire étranger et son représentant marocain revêtent le caractère de prix prédateurs au sens de l'article 7 de la loi marocaines sur la concurrence - la loi 06-99- ; d'autre part, il n'est pas établi que les

comportements de ces derniers ont eu pour objet ou aient pu avoir pour effet d'évincer du marché hospitalier de l'insuline la société marocaine de fabrication. Ainsi, il n'est pas établi que ces derniers ont enfreint les dispositions de l'article 7 de la loi 06-99.

Néanmoins en élargissant sa vision de la saisine et compte tenu des forts indices sur l'existence d'un abus de position dominante collective de deux laboratoires Marocain et étranger, le Conseil a décidé conformément à l'esprit de la loi 06-99, sans saisine d'office, d'élargir le champ de la saisine en vue d'examiner l'éventuel abus de position dominante collective qui serait exercé par les deux sociétés .

C'est ainsi que l'analyse du marché pertinent par le Conseil, a permis de dégager position dominante collective de ces deux sociétés. Cette position a été qualifiée ainsi du moment qu'elle réunit différents critères cumulatifs adoptés par la jurisprudence, à savoir :

- la structure oligopolistique du marché pertinent ;
- la transparence du marché concerné ;
- l'éviction progressive, dans les faits, de leur unique concurrent qui a eu historiquement à perturber la ligne d'action commune par la présentation d'un prix de soumission très bas ;
- l'absence de compétition forte après l'éviction de ce dernier, sauf durant les deux dernières années où la saisine est arrivée au Conseil.

Partant de ces considérations, l'étude des comportements des deux sociétés soumissionnaires au niveau du marché pertinent a révélé de fortes présomptions quant à l'exploitation abusive de leur position dominante à travers un certain nombre indices tels que l'existence d'une ligne de conduite adoptée par les deux sociétés concernées en pratiquant des baisses des prix en vue d'évincer leur concurrent unique sur le marché. Ces indices ont été constatés

après l'introduction de ce dernier dans le marché concerné et son gain d'un appel d'offre public avec un prix de soumission beaucoup plus bas que ceux des deux concurrents.

Après son éviction, les deux sociétés soumissionnaires ont pratiqué des hausses de prix régulières.

En outre, des d'indices réels de répartition des lots entre ces deux sociétés ont été établi durant les appels d'offres auxquels leur unique concurrent n'a pas soumissionné.

Suite à ses conclusions, le Conseil s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la question du dumping posée par la partie saisissante.

S'agissant de l'exploitation abusive par le laboratoire étranger de sa position dominante par la pratique de prix prédateurs, le Conseil considère qu'il n'y a pas de position dominante du laboratoire sus mentionné au niveau du marché pertinent.

Au vu de ce qui précède, le Conseil recommande d'appliquer les dispositions de l'article 27 de la loi marocaine sur la concurrence et de ne pas poursuivre la procédure d'examen du grief formulé par partie demanderesse.

S'agissant du droit du Conseil à élargir le champ d'application de la saisine à l'existence d'une position dominante collective des deux sociétés, le Conseil s'est déclaré compétent pour étendre son examen à cette question étant donné que son rôle, comme il a été reconnu par la jurisprudence internationale, ne doit pas se limiter aux seules plaintes des parties intéressées, mais doit les dépasser pour défendre l'ordre public économique.

Par conséquent, tous les faits relevés lors de l'examen du marché pertinent doivent être pris en considération. Le Conseil a constaté de fortes présomptions révélant l'exploitation abusive par les deux sociétés protagonistes de leur position dominante collective. Mais n'ayant pas encore,

dans le cadre de la loi 06-99, le pouvoir d'enquête qui lui aurait permis d'aller plus loin dans son instruction, le Conseil s'est limité à jouer un rôle de plaidoyer auprès du Chef du Gouvernement en lui recommandant d'examiner ces fortes présomptions, notamment en menant éventuellement une enquête dans ce sens, sachant par ailleurs que le Conseil ne cherche qu'à promouvoir la concurrence dans un secteur sensible, un secteur où on a à encourager l'industrie nationale et à éviter les délocalisations, mais sans rentes anticoncurrentielles.

### **Conclusion générale**

Au Maroc, les marchés publics reposent donc sur une réglementation abondante voire détaillée dans certains cas : la procédure et la mise en œuvre des achats sont organisées dans chacune de leurs étapes (décision de passer le marché, choix de la procédure, choix du titulaire, exécution du marché), restreignant significativement les marges de manœuvre de l'acheteur. Ce foisonnement de règle dont l'objectif est d'assurer, par la transparence de l'information et l'intégrité des procédures, l'efficacité et la bonne utilisation des deniers publics devrait permettre de s'approcher de l'optimum concurrentiel : aucune entreprise ne devant être avantagée pour des raisons autres que ses mérites propres.

Toutefois, force est de constater que cette réglementation n'a fait à aucun moment référence au droit de la concurrence comme base pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique et qui représentent une source non seulement de gaspillage de deniers publics, mais aussi de collusion et de corruption. En effet, la corruption constitue généralement le prix à payer par plusieurs entreprises membres d'une entente pour pouvoir faire fonctionner un simulacre de concurrence qui vise la réalisation d'un superprofit pour chaque membre de la coalition. Ces

superprofits se traduisent par des surcoûts que les contribuables devront payer in fine.

Le droit de la concurrence en sanctionnant les pratiques d'entente en matière de marchés publics, peut jouer le rôle à la fois dissuasif et répressif en prenant une place utile dans les règles formelles relatives aux marchés publics.

Khalid El Bouayachi

Rapporteur Général du Conseil de la concurrence du Maroc