

«Droit de la concurrence UEMOA» (1ère partie)¹

Cadre normatif et sanction des pratiques anticoncurrentielles



Ramata FOFANA-OUEDRAOGO
Juge à la Cour de Justice de l'UEMOA
ramatafof@yahoo.fr

INTRODUCTION

Parmi les cinq (5) objectifs visés par le Traité de l'UEMOA, figure en première place celui de « renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé ; ce qui devra conduire à « créer entre les Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale commune. »

Afin d'atteindre efficacement cet objectif ci-dessus cité, il a été adopté une « législation communautaire sur la concurrence » composée de Règlements et de Directives.

L'UEMOA recherche dans ce droit de la concurrence, à protéger le consommateur, à lutter contre l'inflation et à promouvoir la compétitivité internationale.

De ce point de vue, il apparaît entre autres que le jeu normal de la concurrence entre les opérateurs économiques a un double avantage pour les pays africains : la satisfaction optimale des consommateurs et le dynamisme qu'elle influe à l'économie.

Dans ce cas, la politique de la concurrence protège les

intérêts des consommateurs et des producteurs et ceux de l'économie. Ainsi, elle assure aux consommateurs un vaste choix de produits à des prix compétitifs et en même temps favorise les gains de productivité.

Le cadre normatif et institutionnel auquel nous consacrons nos développements, comprend le cadre juridique de la concurrence (I), mais également le dispositif institutionnel (II), ainsi que les sanctions des pratiques anticoncurrentielles (III).

I. LE CADRE JURIDIQUE DE LA CONCURRENCE UEMOA

Ce cadre est constitué par les articles du Traité et le code communautaire de la concurrence.

A. LE TRAITE

Le Traité de l'UEMOA indique en son article 76, alinéa c, que, pour la mise en place du marché commun, l'Union œuvre pour l'institution de règles communes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques.

Ces dispositions sont complétées par celles des articles 88 à 90 portant sur les règles de concurrence. Plus pré-

1. La 2^e Partie, qui s'articule autour de la mise en œuvre sera traitée dans un autre numéro

cisément, l'article 88 dudit Traité dispose que sont interdits de plein droit :

- a) les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union ;
- b) toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ;
- c) les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

L'article 89 ajoute que le Conseil, statuant à la majorité des deux tiers (2/3) de ses membres et sur proposition de la Commission, arrête par voie de règlements, les dispositions utiles pour faciliter l'application des interdictions énoncées à l'article 88.

L'article 90 quant à lui, poursuit en indiquant que la Commission est chargée, sous le contrôle de la Cour de Justice, de l'application des règles de concurrence prescrites par les articles 88 et 89.

A. LE « CODE COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE »

L'ensemble des normes dérivées réglementant la concurrence UEMOA regroupées dans un document unique peut être qualifié de code communautaire de la concurrence.

1. L'adoption par l'UEMOA d'un « code » communautaire de la concurrence

Le droit communautaire de la concurrence issu de l'UEMOA comprend à l'heure actuelle trois règlements et deux directives, qui sont : **Le Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA** relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

- **le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA** relatif aux procédures applicables aux ententes et aux abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

- **le Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA** relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine et aux modalités d'application de l'article 88 du Traité ;

- **la directive n° 01/2002/CM/UEMOA** relative à la transparence des relations financières entre d'une part les États membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les États membres et les organisations internationales ou étrangères. Et enfin,

- **la directive n° 02/2002/CM/UEMOA** relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA.

L'entrée en vigueur des trois règlements a eu lieu le 1er janvier 2003 tandis que celle des deux directives l'avait été le 1er juillet 2002, étant entendu qu'un délai de six mois jusqu'au 31 décembre 2002 avait été laissé aux États membres pour conformer leur législation interne à ces deux directives.

2.) Définition de la notion de concurrence selon la législation UEMOA

Il ressort des principes généraux de droit et surtout du droit de la concurrence, que conformément à l'option libérale prise par l'UEMOA, le concept de concurrence repose sur le principe de liberté laissée à chacun des opérateurs économiques, la possibilité de produire, de vendre ce qu'il veut, aux conditions qu'il choisit. ¹

Ainsi, un marché où le jeu de la concurrence est libre est un marché où les entreprises, indépendantes les unes des autres, exerçant la même activité rivalisent pour attirer les consommateurs. Autrement dit, c'est un marché où chaque entre-

prise est soumise à la pression concurrentielle des autres. Le revers de la médaille de cette liberté, est que des actes que vont poser ces entreprises peuvent porter gravement atteinte à la concurrence.

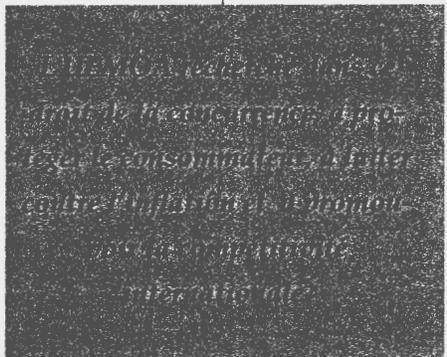
Il en est ainsi des accords horizontaux tels que les cartels, les abus de position dominante...

Face à l'existence ou à la menace permanente des pratiques portant atteinte à la concurrence, il s'est avéré nécessaire d'élaborer et de mettre en œuvre un corps de règles les réprimant, un ensemble de règles régulant ou disciplinant la concurrence, ou, en d'autres termes, un droit de la concurrence s'inscrivant dans une politique de la concurrence.

C. DESCRIPTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

En termes de pratiques ou de comportements visés, le droit

1. Rapport intégral sur l'examen de la politique de la concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal (CNUCED juillet 2007) et définition du dictionnaire de droit : La concurrence est la situation dans laquelle se trouve une personne ou une entreprise par rapport à une ou plusieurs autres lorsque, tout en faisant des profits, elle peut rivaliser avec elles en offrant un service ou un produit au moins équivalent pour un prix au moins égal. Le mot "concurrence" s'applique aux activités de production, aux activités commerciales, comme aux services et même lorsque ces activités ont un caractère civil.



communautaire de la concurrence de l'UEMOA s'intéresse exclusivement aux pratiques anticoncurrentielles que sont les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante, et les interventions publiques.

1°)- Les ententes anticoncurrentielles

Le Traité de l'UEMOA se limite pour l'essentiel à indiquer en son article 88, alinéa a, que les accords, les associations et les pratiques concertées entre entreprises sont interdits de plein droit, lorsque ceux-ci ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union, et à disposer en son article 89 que le Conseil des ministres arrête par voie de règlement dès l'entrée en vigueur du traité la procédure, les sanctions et les exceptions applicables à cette interdiction.

Les dispositions susmentionnées consistent en réalité à poser le principe d'interdiction des ententes, puisque l'entente est classiquement définie comme un concours de volonté entre entreprises autonomes, tel un accord, une décision d'association, ou une pratique concertée, qui a pour objet ou pour effet de fausser ou d'entraver le jeu de la concurrence. Les textes de l'UEMOA admettent l'existence d'exceptions au principe d'interdiction des ententes.

A l'inverse des ententes prohibées, d'autres ententes peuvent être autorisées ou exemptées par l'article 89 § 3, du Traité de l'UEMOA qui laisse au Conseil des ministres la possibilité de prévoir des exceptions limitées à l'interdiction de principe des ententes afin de tenir compte de situations spécifiques.

Mais c'est surtout le règlement n° 02/2002/CM/UEMOA qui précise le contenu de ces dispositions.

L'exemption est une procédure par laquelle la Commission reconnaît explicitement que l'accord considéré comme restrictif peut néanmoins être autorisé compte tenu du contexte et du caractère nécessaire de l'accord malgré la restriction qu'il entraîne.

2°)- Les abus de position dominante

Le Traité de l'UEMOA pose ici également, de façon très succincte le principe d'interdiction des abus de position dominante.

A cet égard, l'article 88, alinéa b, dudit Traité dispose que sont interdits de plein droit toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci.

A première vue, l'interprétation littérale des dispositions de l'article 88 b du Traité de l'UEMOA ne permet pas de poursuivre les abus de position dominante en tant que tels dans la mesure où il n'est visé ici que les pratiques assimilables aux abus de position dominante.

Toutefois, les dispositions des règlements n° 02/2002/CM/UEMOA et n° 03/2002/CM/UEMOA viennent poser clairement l'interdiction des abus de position domi-

nante et préciser le contenu de celle-ci.

A travers ces dispositions, la législation de l'UEMOA sur le droit de la concurrence met en exergue le fait que pour qu'il y ait abus de position dominante, il faut d'abord que l'entreprise en question soit en position dominante, et qu'ensuite cette entreprise exploite de façon abusive une telle position.

De nombreux critères sont prévus pour déterminer l'existence d'une position dominante.

Le critère le plus déterminant pour évaluer l'existence d'une telle position est la part de marché qu'occupe une entreprise sur le marché en cause.

Cette part de marché se calcule en tenant compte des ventes réalisées par l'entreprise concernée et de celles réalisées par ses concurrents.

Lorsque la part de marché ne suffit pas à elle seule pour établir l'existence d'une position dominante, les instances communautaires doivent recourir à des critères supplémentaires pour juger de celle-ci, tel :

- le degré d'intégration verticale de l'entreprise,
- la puissance financière de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient, l'existence de barrières à l'entrée.

La seule existence de ces comportements abusifs ne suffit pas pour qu'il y ait abus de position dominante prohibé par le droit de la concurrence de l'UEMOA. Encore faut-il, en second lieu, que de tels comportements aient **pour objet ou pour effet** d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché commun.

3°)- Les interventions publiques (pratiques imputables aux Etats)

Par le terme générique d'interventions publiques sont désignés deux groupes d'actes des personnes publiques : les aides publiques et les pratiques anticoncurrentielles imputables aux États.

a)- L'incompatibilité de principe des aides publiques avec le marché commun.

Aux termes de l'article 88, alinéa c, du Traité de l'UEMOA, sont interdites de plein droit les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, sous réserve d'exceptions limitées pouvant être prévues par le Conseil des ministres en vertu de l'article 89 du même traité.

Le traité a proclamé l'incompatibilité de la plupart des aides publiques avec le marché commun, puisque rares sont les aides susceptibles de favoriser toutes les entreprises ou toutes les productions.

Poursuivant dans la voie tracée par le Traité de l'UEMOA, le règlement n° 04/2002/CM/UEMOA réitère une telle interdiction tout en apportant plus de précisions sur son contenu et sa portée.

Au regard de ce dernier texte, la notion d'aide publique doit être entendue de la façon la plus large, aussi bien en

ce qui concerne la forme de l'aide que la personne publique qui fournit l'aide.

Ainsi, il apparaît que constitue une aide publique toute mesure qui entraîne un coût direct ou indirect, ou une diminution des recettes pour l'État, ses démembrements ou pour tout organisme public ou privé que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide, et confère ainsi un avantage sur certaines entreprises ou sur certaines productions.

S'inspirant apparemment du droit communautaire européen, le législateur de l'UEMOA accepte, à travers l'article 89, alinéa c, du Traité de Dakar et le règlement n° 04/2002/CM/UEMOA, l'idée de quelques dérogations à ce principe d'interdiction de la plupart des aides.

A cet égard, il ressort que dans le cadre de son examen de l'impact des aides publiques sur le jeu de la concurrence, la Commission doit tenir compte des besoins des États membres en ce qui concerne leur développement économique et social, dans la mesure où les échanges entre les États membres et l'intérêt de la Communauté d'atteindre son objectif d'intégration ne sont pas mis en échec. Ainsi, les six catégories suivantes d'aides sont considérées comme compatibles avec le marché commun, sans qu'un examen préalable par la Commission ne soit nécessaire :

- les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits ;
- les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ;
- les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt communautaire ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ;
- les aides à des activités de recherche menées par des entreprises ou par des établissements d'enseignement supérieur ou de recherche ayant passé des contrats avec des entreprises, si l'aide couvre au maximum 75 % des coûts de la recherche industrielle ou 50 % des coûts de l'activité de développement pré concurrentielle ;
- les aides visant à promouvoir l'adaptation d'installations existantes à de nouvelles prescriptions environnementales imposées par la législation et/ou la réglementation qui se traduisent pour les entreprises par des contraintes plus importantes et une charge financière plus lourde, à condition que cette aide soit une mesure ponctuelle, non récurrente, et soit limitée à 20 % du coût de l'adaptation ;
- et, enfin, les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles ne restreignent pas la concurrence dans une partie significative du marché commun.

De même, la Commission peut, après consultation du Comité consultatif en matière d'aides, définir par voie de règlement d'exécution (conformément au pouvoir qui lui est accordé en vertu de l'article 24 du Traité de l'UEMOA)

d'autres catégories d'aides publiques susceptibles d'être autorisées de plein droit.

b)- L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles imputables aux États

Le droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA semble introduire une innovation dans la définition classique des pratiques anticoncurrentielles en qualifiant certaines interventions des personnes publiques de pratiques anticoncurrentielles imputables aux États.

L'article 6 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA qui institue cette catégorie dépasse le cadre tracé par l'article 88 du Traité dont les interdictions concernent les ententes, les abus de position dominante et les aides publiques. Cependant, les interventions publiques interdites dans le texte sont pour la plupart connexes à des pratiques anticoncurrentielles commises par des entreprises privées ou publiques, soit en les favorisant ou en les validant.

La volonté de supprimer toutes les mesures administratives de nature à restreindre les échanges intracommunautaires et le libre jeu de la concurrence est clairement affirmée à travers ces dispositions du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

Les prescriptions de l'article portent non seulement sur les pratiques interdites mais également, sur les dérogations aux principes de l'interdiction et le régime juridique des pratiques anticoncurrentielles imputables aux États membres.

II. LE CADRE INSTITUTIONNEL

Le cadre institutionnel est constitué par l'ensemble des structures tant communautaires que nationales qui concourent à la conception et à la mise en œuvre de la législation communautaire de la concurrence.

A. LES ORGANES COMMUNAUTAIRES

Sur le plan communautaire, quatre (4) organes interviennent dans l'élaboration et l'application du droit communautaire de la concurrence, à savoir le Conseil des ministres, la Commission, la Cour de justice et, dans une certaine mesure, le Comité consultatif de la concurrence.

1. Le Conseil des ministres

Le Conseil des ministres assure un rôle directeur c'est à dire une fonction de réglementation en matière de concurrence.

En effet, l'article 89 du Traité de l'UEMOA dispose que le Conseil, statuant à la majorité des deux tiers (2/3) de ses membres et sur proposition de la Commission, arrête dès l'entrée en vigueur du Traité, par voie de règlements, les dispositions utiles pour faciliter l'application des interdictions énoncées à l'article 88 du Traité.

De même, il appartient au Conseil de fixer, selon la même

procédure, les règles à suivre par la Commission dans sa mission d'application des règles de concurrence, ainsi que les amendes et astreintes destinées à sanctionner les violations des interdictions énoncées, en ce qui concerne en particulier les ententes, les abus de position dominante et les aides publiques susceptibles de fausser le jeu de la concurrence.

Le Conseil peut aussi édicter des règles précisant les interdictions susmentionnées ou prévoyant des exceptions limitées à ces règles d'interdiction afin de tenir compte de situations spécifiques. C'est justement en s'appuyant sur de telles dispositions que le Conseil des ministres édictera les trois règlements et les deux directives du 23 mai 2002 sur la concurrence.

2. La Commission de l'UEMOA

La Commission est au centre de la conception et dans l'application du droit communautaire de la concurrence dans la mesure où, en tant que gardienne du Traité de l'Union, elle exerce une triple fonction dans le domaine de la concurrence :

- une fonction de réglementation ;
- une fonction de définition de la politique de la concurrence de l'Union ;
- et une fonction de mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence.

L'action de la Commission se manifeste par des décisions, des avis ou des recommandations qu'elle adresse aux entreprises ou aux États membres.

La législation communautaire de la concurrence prévoit différents types de procédures d'adoption des décisions selon leur nature et leurs effets. Outre la procédure gracieuse il y a la procédure contentieuse relative aux cas d'ententes et d'abus de position dominante.

En ce qui concerne sa composition et son organisation, on peut noter que la Commission est un organe collégial composé de huit membres chargés de diriger des départements dont l'un est spécialement chargé des questions de concurrence.

Plus précisément, c'est le Département du Marché Régional, du Commerce, de la Concurrence et de la Coopération (DMRC), qui est chargé, entre autres missions, de « la concurrence et (de) la gestion du code antidumping, et ce depuis la nouvelle organisation des services intervenue après la nomination des actuels membres par l'Acte additionnel n°01/2007/CCGE/UEMOA du 20 janvier 2007.

3. La Cour de Justice de l'UEMOA

L'article 90 du Traité dispose que la Cour de Justice contrôle l'application des règles édictées par la Commission. De façon générale, la Cour de Justice a une compétence d'attribution. En ce qui concerne les questions de concurrence, la Cour de justice apprécie la légalité des décisions

prises par la Commission en matière d'ententes et d'abus de position dominante, sur recours d'un Etat membre ou du Conseil, ou de toute personne physique ou morale intéressée.

De même, la Cour de justice statue, avec compétence de pleine juridiction, sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte, en ayant la possibilité de modifier ou d'annuler les décisions prises, de réduire ou d'augmenter le montant des amendes et des astreintes ou d'imposer des obligations particulières.

En outre, relativement à la libéralisation des monopoles et entreprises publiques, la Cour de justice peut être saisie par la Commission lorsqu'un Etat membre ne se conforme pas à un avis ou une recommandation de cette dernière proposant des modifications à un projet de législation nationale susceptible d'affecter la concurrence à l'intérieur de l'Union.

Tous les actes adoptés par la Commission à l'occasion de l'instruction d'une affaire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours.

Un tel recours n'est possible que si l'acte attaqué est susceptible de produire des effets juridiques et de modifier la situation juridique ou matérielle des requérants.

Les actes susceptibles de recours peuvent être repartis en deux catégories, à savoir, les actes mettant fin à une procédure et les actes pris en cours d'instruction.

Les entreprises qui sont destinataires d'une décision de la Commission peuvent se pourvoir contre une décision d'exemption.

Il en est de même pour les opérations de concentration constituant une pratique assimilable à un abus de position dominante.

Le recours est également ouvert à l'encontre d'un certain nombre d'actes de la Commission qui peuvent intervenir au cours de l'instruction d'une affaire, dès lors qu'ils sont susceptibles de produire des effets juridiques.

Le recours est également possible à l'encontre d'une décision visant à demander des renseignements ou à procéder à une vérification dans les conditions prévues respectivement par les articles 18, 19 et 21 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA.

De même, les décisions d'organisation de l'audition qui normalement ne peuvent faire l'objet d'un recours indépendamment de celui contre la décision finale, le peuvent, lorsque l'acte de la Commission entraîne une atteinte injustifiée aux droits de la défense.

Ces droits, comme la protection des secrets des affaires, ne pouvant être réparés par l'annulation de la décision définitive, peuvent faire l'objet d'un recours immédiat.

Enfin, les mesures provisoires, prises dans les cas de préjudices graves et irréparables ou d'une atteinte intolérable à l'intérêt général sont susceptibles de recours.

Le recours, n'est pas possible contre les actes qui présentent un caractère purement préparatoire. (une décision de la Commission d'engager la procédure, ou la communication à l'entreprise des griefs retenus contre elle)

Les recours contre les décisions de la Commission peuvent être exercés selon les modalités suivantes :

- le recours en annulation;
- le recours de plein contentieux ;
- le recours en manquement ;
- les autres saisines.

Le recours en annulation : - en règle générale, le juge communautaire statue sur des conclusions tendant à l'annulation totale ou, le cas échéant, partielle de la décision de la Commission, auxquelles il fait droit ou qu'il rejette.

Dans le cadre de ce contrôle, le juge peut se prononcer sur la régularité de la communication des griefs, le déroulement régulier de l'audition, et, plus généralement, le respect des droits de la défense, la régularité de la consultation du Comité consultatif de la concurrence.

- En ce qui concerne le fond du litige, le contrôle juridictionnel consiste à s'assurer que la décision ne repose pas sur une erreur de droit.

Le recours de plein contentieux : Le juge communautaire dispose d'un pouvoir plus étendu lorsqu'une sanction financière a été infligée.

Dans une telle situation, le juge dispose d'un pouvoir de réformation de la décision quant au montant de l'amende ou de l'astreinte, de réduction de leur montant ou de l'augmentation ou de l'imposition des obligations nouvelles.

Le recours en manquement : Il se situe dans le domaine du contrôle des pratiques anticoncurrentielles imputables aux États membres et des aides publiques.

À cet effet, l'article 6, paragraphe 4, du règlement n° 02/2002 dispose que « si l'État membre concerné ne se conforme pas à une décision de la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de Justice suivant les articles 5 et 6 du Protocole additionnel n° 1 du Traité ».

Il en est de même pour les aides publiques.

Dans ce cas, lorsqu'un État membre ne respecte pas les décisions prises selon les dispositions du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, la Commission saisit la Cour de Justice.

Ainsi, le recours en manquement appartient à la Commission. Si elle estime qu'un État membre ne s'est pas conformé aux obligations communautaires, elle adresse à cet État un avis motivé, après l'avoir mis en mesure de présenter ses observations.

Au cas où l'État en cause ne se conformerait pas à cet avis dans le délai imparti par la Commission, elle peut saisir la Cour de Justice d'un recours en manquement.

Cette procédure est également ouverte à chaque État

membre après saisine préalable de la Commission.

Autres recours :

* la compétence consultative de la Cour de Justice : La compétence consultative de la Cour de Justice découle de l'article 27 de l'Acte additionnel n°10/96 portant Statuts de la Cour de Justice et de l'article 15 du Règlement n° 01/96/CM portant règlement de procédures de la Cour de Justice.

Cette compétence s'exerce sans aucun doute dans le domaine de la concurrence où l'occasion a été donnée à la Cour de Justice d'interpréter les articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA qui sont relatifs aux règles de concurrence.

Dans son Avis n° 003/2000 du 27 juin 2000, la Cour de Justice, à qui il avait été demandé de dire le droit sur la portée des articles 88, 89 et 90 précités, a retenu que :

* la compétence exclusive de la Cour de Justice : les dispositions des articles 88, 89, et 90 du Traité consacrent une compétence exclusive de l'Union ;

« les États membres ne sont compétents que pour prendre les dispositions pénales réprimant les pratiques anticoncurrentielles, les infractions aux règles de transparence du marché et à l'organisation de la concurrence. »²

B. LES STRUCTURES NATIONALES DES ETATS MEMBRES

Aux termes de l'article 1er in fine de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA, il faut entendre par structure nationale de concurrence « toute institution nationale, à compétence générale ou sectorielle, intervenant dans le domaine du contrôle de la concurrence ».

L'environnement institutionnel des États membres met en évidence l'existence de quatre catégories de structures susceptibles de mettre en œuvre le droit communautaire de la concurrence : les autorités administratives, les autorités indépendantes généralistes de la concurrence, les autorités sectorielles de régulation et les juridictions administratives, civiles ou commerciales.

1. Les autorités administratives

Logées dans l'administration, les *directions nationales de la concurrence* existent dans tous les États membres de l'Union. Elles ont en général pour mission principale de :

- surveiller la réglementation des prix ;
- contrôler les stocks ;
- veiller à la régularité des instruments de mesures.

À un degré moindre, les *directions nationales* se chargent également de rechercher les dysfonctionnements du marché lié aux pratiques anticoncurrentielles. Dans ce cas, ces directions nationales mènent des enquêtes, recueillent des informations et produisent des rapports.

2. Cet avis a fait l'objet de critiques conjointes par Messieurs Joseph Issa-Sayegh et Michel Filiga Sawadogo, Professeurs agrégés de droit (voir site www.ohada.com).

2. Les autorités indépendantes de régulation de la concurrence

Les Commissions Nationales de la Concurrence sont chargées de procéder à l'instruction des rapports d'enquête que leur transmettent les directions nationales de concurrence. Elles peuvent, le cas échéant, initier des investigations de leur propre initiative. Certaines d'entre elles sont dotées de pouvoirs de décision tandis que d'autres n'émettent que des avis, à charge pour le Ministre de prendre la décision qui s'impose.

La Directive n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 limite désormais le champ d'intervention des autorités nationales administratives à une mission générale d'enquête et de surveillance du marché afin de rechercher les dysfonctionnements liés aux pratiques anticoncurrentielles.

À cet effet, selon l'article 3, paragraphe 3, de la directive précitée, les autorités nationales administratives se chargent de :

- mener, sur mandat exprès de la Commission, ou de leur propre initiative, des investigations afin de déceler les dysfonctionnements du marché ;
- élaborer et transmettre périodiquement à la Commission des rapports ou des notes d'information sur la situation de la concurrence dans les secteurs ayant fait l'objet d'enquêtes ;
- recevoir et transmettre à la Commission, les demandes d'attestation négative, les notifications pour exemption et les plaintes des personnes physiques ou morales ;
- suivre, en collaboration avec toute autre administration habilitée, l'exécution des décisions qui comportent à la charge des personnes autres que l'État, une obligation pécuniaire et en faire un rapport périodique à la Commission ;
- procéder au recensement des aides d'État et en faire trimestriellement rapport à la Commission ;
- faire un rapport annuel sur l'état de la concurrence dans le pays.

Les nouvelles fonctions des autorités administratives nationales définies par la directive n°02/2002/CM/UEMOA permettent ainsi d'établir entre elles et la Commission des rapports de coopération utiles dans la mise en œuvre des règles communautaires de la concurrence.

3. Les autorités sectorielles de régulation

Dans l'espace UEMOA existent des réglementations spécifiques de la concurrence dans certains domaines ou secteurs d'activités tant à l'échelon de l'organisation supranationale qu'au niveau de ses Etats membres, à côté de la réglementation générale émanant de l'UEMOA ou de ses Etats membres

Sont particulièrement concernés par cette réglementation spécifique les services dits en réseau que sont les postes et télécommunications, les médias et la communication, l'eau et l'électricité.

Au niveau des Etats membres, certains secteurs d'activités jugés stratégiques par les Etats faisaient l'objet de monopoles d'Etat par le biais d'entreprises publiques, et partant de fermeture à la concurrence. Avec les réformes économiques mises en œuvre dans le cadre des programmes de libéralisation, s'est dégagée une nouvelle tendance consistant à libéraliser les secteurs d'activité concernés, à les ouvrir à la concurrence en démantelant les anciens monopoles et entreprises publics, à travers notamment la restructuration ou la privatisation de ces dernières : ouverture à la concurrence du domaine de la téléphonie mobile ou GSM. (Global System for Mobile Communications)

Par exemple, au Burkina Faso, dans un contexte marqué par la libéralisation du secteur, notamment en matière de téléphonie mobile, et par la récente privatisation de l'Office national de téléphone (ONATEL) en 2007, existe une autorité de régulation sectorielle dénommée ARTEL. Dans le secteur des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) on peut noter l'émergence d'organes de régulation des domaines de l'informatique, comme la CIL (Commission de l'Informatique et des Libertés au Burkina).

4. Les juridictions administratives, civiles ou commerciales

Le choix du législateur UEMOA de confier la mission de constatation et de sanction des pratiques anticoncurrentielles à la Commission sous le contrôle de la Cour de Justice n'a pas pour conséquence d'écarter totalement le juge national de la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence.

Les pouvoirs du juge national dans ce domaine sont prévus et s'exercent à deux niveaux : la constatation des nullités et les actions en réparation.

- La constatation des nullités

Les pratiques qualifiées anticoncurrentielles par application de l'article 88 du Traité et visées aux articles 3, 4, 5 et 6 sont interdites sans qu'aucune décision préalable ne soit nécessaire. En conséquence, le paragraphe 2 de l'article 2 déclare nuls de plein droit, les accords ou décisions dont elles sont l'objet.

Le juge national a, à partir de ce moment et compte tenu de ce que les accords et décisions portant sur des pratiques anticoncurrentielles sont nuls de plein droit, le pouvoir de constater ou de prononcer cette nullité dont le caractère absolu fait qu'elle peut être soulevée d'office.

- Les actions en réparation

Elles sont également de la compétence du juge national

et ont pour fondement l'article 22 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA qui fixe les montants et les conditions dans lesquelles les amendes sont infligées aux entreprises.

Le paragraphe 4 de cet article dispose que «... les sanctions prononcées par la Commission sont sans préjudice des recours devant les juridictions nationales relatifs à la réparation des dommages subis...»

La réparation des dommages subis par les victimes suppose, en général, que celles-ci rapportent la preuve d'une faute imputable à la personne poursuivie (le problème ne se pose pas s'il y a une décision de la Commission retenant l'existence de pratiques anticoncurrentielles), mais il faut surtout établir le lien entre cette faute et le dommage subi par le demandeur.

L'existence d'une infraction à la réglementation ne suffit donc pas à elle seule à établir une faute.

III. LES SANCTIONS DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES.

L'article 88 du Traité de l'UEMOA interdit de plein droit :

- les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union ;
- les pratiques d'une ou de plusieurs entreprises assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ;
- les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

Il résulte des dispositions communautaires que seule la Commission dispose du pouvoir de prononcer les sanctions prévues en cas d'infraction aux normes régissant la concurrence à l'intérieur de l'UEMOA.

Dans le domaine de la concurrence, les sanctions sont conçues pour être dissuasives et partant, réguler les comportements à venir dans le sens d'une plus grande efficacité économique. Il existe plusieurs sanctions dans le droit UEMOA de la concurrence.

A. Les sanctions prévues contre les auteurs des pratiques anticoncurrentielles

Elles sont au nombre de trois (3) :

- la sanction frappant les accords et décisions interdits, c'est la nullité ;
- les sanctions infligées aux entreprises coupables de

pratiques anticoncurrentielles : ce sont les amendes et les astreintes ;

- et les sanctions spécifiquement prononcées contre les Etats pour non respect de décisions ou d'arrêts.

1. La nullité des accords ou décisions interdits

L'article 2 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA qualifie, par application de l'article 88 du Traité de l'UEMOA, les pratiques visées aux articles 3, 4, 5 et 6 dudit règlement de pratiques anticoncurrentielles et interdites, sans qu'aucune décision préalable ne soit nécessaire.

Il ajoute en conséquence que les accords ou décisions ayant ces pratiques pour objet, sont déclarés nuls de plein droit. Etant de plein droit, la nullité de l'article 2 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA peut être invoquée par toute personne intéressée sans avoir à justifier d'un grief. Elle peut être soulevée d'office par le Juge.

2. Les sanctions infligées aux entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles

On les retrouve dans le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA. Elles sont généralement pécuniaires.

Celles dont il est question dans le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA sont les amendes et les astreintes.

a) Les amendes

Il résulte de l'article 22 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA que la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant maximum de 500 000 FCFA, lorsque, de manière délibérée ou par négligence :

- elles donnent des indications inexacts ou dénaturées à l'occasion d'une demande présentée en application de l'article 3 (demande d'attestation négative) ou

d'une notification en application de l'article 7 (décisions d'exemption individuelle : obligation de notifier) ;

- elles fournissent un renseignement inexact en réponse à une demande faite en application de l'article 18, paragraphe 3 ou 5, ou de l'article 19, ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai fixé dans une décision prise en vertu de l'article 18, paragraphe 5 ;
- elles présentent de façon incomplète, lors des vérifications effectuées au titre de l'article 20 ou de l'article 21, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne

Il résulte des dispositions communautaires que seule la commission dispose du pouvoir de prononcer les sanctions prévues en cas d'infraction aux normes régissant la concurrence à l'intérieur de l'UEMOA

se soumettent pas aux vérifications ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 21, paragraphe 3. L'amende sanctionne ici la violation des règles de procédure destinées à assurer à la Commission ou aux structures nationales chargées d'enquêtes une information complète sur les agissements et comportements des entreprises dans le marché.

L'article 22 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA dispose également que la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes de 500 000 FCFA à 100 000 000 de FCFA, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent (10%) du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction ou dix pour cent (10%) des actifs de ces entreprises lorsque de propos délibéré ou par négligence :

- elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 88 (a), ou de l'article 88 (b) du Traité ;
- elles contreviennent à une charge imposée en vertu de l'article 7, paragraphe 3, alinéa (a) du Règlement n° 03/2002 précité.

Il y a lieu d'ajouter que la Commission peut, en vertu de l'article 14, sanctionner sous forme d'amende comprise entre 1 000 000 de francs CFA et 5 000 000 de francs CFA, toute plainte jugée abusive car fondée intentionnellement sur des informations inexactes ou erronées.

Elle peut également infliger une amende pouvant aller jusqu'au double du montant de l'aide octroyée à toute entreprise qui continue de bénéficier d'une aide en dépit d'une décision de la Commission (article 24.2 du Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA...).

Le montant de l'amende ne doit pas dépasser 500 000 FCFA dans les cas fixés par l'article

L'article 22 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA dispose en outre que la détermination du montant de l'amende se fait en considération de la gravité de l'infraction et de la durée de celle-ci.

❖ La gravité de l'infraction

Le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA est muet en ce qui concerne les conditions d'appréciation de la gravité de l'infraction ou des pratiques anticoncurrentielles. Le respect du principe de la proportionnalité au niveau du prononcé de la sanction oblige pourtant la Commission à procéder en fonction du degré de gravité des pratiques anticoncurrentielles, de manière à motiver les sanctions infligées aux auteurs de ces pratiques.

Dans ces lignes directrices de 1998, la Commission Européenne a défini trois catégories de pratiques anticoncurrentielles, en fonction du trouble causé au fonctionnement du marché, ce sont :

- Les infractions peu graves, composées principalement

des restrictions verticales dont l'effet sur l'économie reste limité ;

- Les infractions graves, principalement constituées des restrictions horizontales, des restrictions verticales les plus graves et des abus de position dominante ;
- Les infractions très graves telles que les cartels de prix, les ententes de répartition du marché, les pratiques de cloisonnement et les abus caractérisés de position dominante.

En tout état de cause, pour la plupart des autorités européennes de concurrence, une pratique est d'autant plus grave qu'elle est injustifiable, et que son caractère secret ou caché en démontre l'objectif anticoncurrentiel et la volonté manifeste des entreprises de porter atteinte à la concurrence.

❖ La durée de l'infraction :

La durée des pratiques anticoncurrentielles est un élément qui majore arithmétiquement le dommage à l'économie. De ce point de vue, il apparaît comme un élément de fait qui peut intervenir dans la motivation de la gravité de l'infraction.

Mais de par le choix décliné dans l'article 22 précité, il constitue un élément de droit qui doit être apprécié de manière autonome, quoique cette appréciation, se faisant cumulativement avec « la gravité de l'infraction ».

Ainsi, les pratiques ayant un caractère ponctuel ou fortuit doivent être opposées à celles qui sont mise en œuvre sur une période longue ou de façon suivie et répétée, car la probabilité que leur auteur ait pu ignorer leur effet anticoncurrentiel est de fait réduite.

b.) Les astreintes

Selon la définition donnée par la Cour de Cassation Française dans son arrêt du 17 février 1975 (CIV – 3^e, 17 fév. 1975 : Bull Civ. III, N° 110), « l'astreinte est une mesure destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation ».

C'est donc un moyen de pression consistant dans la condamnation des débiteurs à payer une somme d'argent dont le montant augmente selon une périodicité fixée par la décision (généralement tant par jour de retard) jusqu'à l'exécution des obligations mises à la charge de ce dernier.

L'astreinte constitue la deuxième catégorie de sanctions pécuniaires prévues par le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA.

L'article 23 de ce règlement indique que la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre à :

- mettre fin à une infraction aux dispositions des articles

88 (a) ou (b) du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 4 du Règlement ;

- mettre fin à toute action interdite en vertu de l'article 7 paragraphe 3, alinéa (d) du Règlement ;
- fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 18, paragraphe 5 ;
- se soumettre à une vérification qu'elle a ordonnée par voie de décision prise en application de l'article 21, paragraphe 3.

A noter que, outre la modicité de ces sommes (à relativiser compte tenu de ce qu'elle peut être prononcée de manière concomitante à une amende), l'astreinte n'est pas définitive.

3. Les sanctions infligées aux Etats membres pour cause de pratiques anticoncurrentielles

En vertu de l'article 5 du Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'UEMOA et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité « tout projet d'octroi d'une aide nouvelle est notifiée à la Commission par l'Etat membre concerné ».

L'aide en question n'est mise à exécution que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris une décision l'autorisant en vertu des articles 7.6 et 10.6 dudit

Règlement.

Si donc la Commission constate, après un examen préliminaire que la mesure notifiée suscite des doutes quant à sa qualité d'aide et/ou sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'ouvrir la procédure formelle d'examen qui, à la clôture peut, notamment, donner lieu aux conclusions suivantes :

- la Commission assortit sa décision positive de conditions lui permettant de reconnaître la comptabilité avec le Marché Commun et d'obligations lui permettant de contrôler le respect de sa décision conditionnelle ;
- la Commission décide que l'aide ne peut être mise à exécution après constat de son incompatibilité au Marché Commun : c'est la décision négative.

En outre, en matière d'aides illégales, la Commission peut notifier à l'Etat membre concerné une injonction de suspendre ou de récupérer provisoirement toute aide versée illégalement.

Dans toutes les situations où la procédure aboutit à une décision négative concernant une aide illégale, la Commission décide que l'Etat membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire. ●

•
:

LANCEMENT DE LA REVUE JURIDIQUE DE L'ERSUMA

Réunion Préparatoire à Cotonou le 22 mars 2011

A l'initiative du Centre de Recherche et de Documentation de l'École Régionale Supérieure de la Magistrature de l'OHADA, une rencontre de concertation s'est déroulée à Cotonou au Bénin le 22 mars 2011. Co-présidée par le nouveau Secrétaire Permanent de l'OHADA, le Pr Dorothée SOSSA et le Directeur Général de l'ERSUMA Dr Félix ONANA ETOUNDI, cette réunion était destinée à tracer les premières esquisses, à définir les orientations pédagogiques et la ligne éditoriale de la prochaine publication semestrielle de l'ERSUMA.

Selon le DG de l'ERSUMA, qui a adressé aux participants à l'ouverture de la session, « il est temps de doter l'Institut de formation de l'OHADA d'un rapport de communication qui tienne à la fois de l'actualité de l'institution et aussi du droit international dans les aspects académiques jurisprudentiels ».

Aussi a-t-il exhorté les participants à apporter, chacun dans son domaine, son expertise en vue de la réalisation de ce projet pour l'ERSUMA.

Quant au Secrétaire Permanent de l'OHADA, plusieurs juristes universitaires et praticiens ont répondu à l'appel de l'ERSUMA. Il s'agit, sans être exhaustif, des professeurs Dr SOSSA SAYEGH, Paul Gérard BOUGUE, Stéphane DUMBE - BILIE, Moussa SAMBO, du praticien Me Mamadou KONA TP, des juges M. Abdou MALDANI de la CGA, Jean Claude BONZI BIWIA de la Cour Suprême du Bénin, Faso, Joseph BILIMI de la Cour Suprême du Cameroun.

Si l'on s'en tient au chronogramme arrêté à l'issue de la réunion, la Revue de l'ERSUMA devait être disponible à la fin septembre 2011.

A RETENIR

Nombre de participants à la réunion : 76

Dénomination de la Revue

REVUE DE L'ERSUMA, Droit des Affaires – Profitez-Professionnelles

Fréquence : Semestrielle

Equipe Editoriale

Directeur de Publication

Secrétaire de Rédaction

Comité Scientifique

Couverture Douane

Structuration / Rubrique

Actualité

Droit

Études et Pratiques Professionnelles

Législation

Revue de Droit

Édition en Outil de Travail et de Recherche (100 exemplaires distribués gratuitement)

Publication

Subvention Union Européenne