

## Le système de sanctions des pratiques anticoncurrentielles en Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)

*N'kouano Anasthasie N'Toumon\**

### Résumé

*Le droit de la concurrence de l'UEMOA présente une nette similitude avec le droit européen. Mais il s'en éloigne car les règles importantes du système de droit européen font défaut au droit UEMOA de la concurrence. Le fait que le système juridique de l'Union européenne soit étranger au contexte ouest-africain donne lieu à de sérieux problèmes qui doivent être progressivement résolus. Il est particulièrement important de restructurer les autorités de concurrence, la procédure de la Commission et de régler le problème de la répartition des compétences. C'est pour cela qu'une réforme du droit UEMOA de la concurrence s'impose.*

### Introduction

L'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) dispose d'un système de sanction des pratiques anticoncurrentielles prévu par le Traité de l'Union et ses règlements d'application.<sup>1</sup> La création de l'UEMOA est intervenue en réponse à une grave crise économique parce qu'au début des années 80, les prix des matières premières avaient chuté et, dans le même temps, le franc CFA était fortement dévalué conduisant à l'effondrement des recettes d'exportation et de la croissance économique des pays de l'Union. Dans cette perspective la création d'une Union économique disposant d'un droit de la concurrence harmonisé pour compléter l'Union monétaire<sup>2</sup> est donc devenue nécessaire dans les années 1990. Ainsi, l'UEMOA a vu le jour en 1994.<sup>3</sup>

\* N'TOUMON, N'kouano Anasthasie, Dr. iuris, LL.M, (Heidelberg), DEA/DPHD (Abomey-Calavi), en séjour postdoctoral à l'Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht de l'Université de Heidelberg, Allemagne (E-mail : nkouanontoumon@gmail.com).

1 Selon l'article 2 TUEMOA : « *Le traité de l'Union monétaire ouest-africaine (UMOA) est complété par le traité de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA)* ».

2 L'UEMOA est née pour compléter l'Union Monétaire Ouest-Africaine fondée en 1962.

3 L'UEMOA regroupe les États d'Afrique de l'Ouest suivants : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal et Togo ; la Guinée-Bissau en est devenue le huitième État en 1997.

Les objectifs et le fonctionnement de l'Union ont été codifiés dans le traité de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (TUEMOA), dont l'un des objectifs au sens de l'article 4 TUEMOA consiste à renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des États membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé<sup>4</sup>. Cet objectif vise en claire la création d'un marché libre et concurrentiel, la rationalisation et l'harmonisation le cadre juridique.

En effet, le traité a élaboré un droit de la concurrence disposant d'un système de sanctions principalement mis en oeuvre par la Commission de l'UEMOA. L'Union joue donc un rôle central dans le droit ouest-africain de la concurrence parce que la Commission de l'UEMOA a une compétence exclusive en matière de lutte contre les violations au droit de la concurrence en particulier la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Au sens de l'article 90 TUEMOA, les comportements interdits par l'article 88 TUEMOA, en particulier les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante<sup>5</sup>, ne peuvent par conséquent être poursuivis et sanctionnés que par l'autorité communautaire et non par les autorités nationales de concurrence des États membres.<sup>6</sup>

Mais la Commission rencontre des limites considérables dans la mise en oeuvre des sanctions des pratiques anticoncurrentielles. Ces limites, en particulier le manque de personnel, la lourdeur de la procédure de décision réduisent l'efficacité du droit de la concurrence. C'est en ces termes que se pose le problème de l'efficacité du système de

4 Article 4 TUEMOA : « Sans préjudice des objectifs définis dans le Traité de l'UMOA, l'Union poursuit, dans les conditions établies par le présent Traité, la réalisation des objectifs ci-après :

- renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des États membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé ;
- assurer la convergence des performances et des politiques économiques des États membres par l'institution d'une procédure de surveillance multilatérale ;
- créer entre les États 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 ;
- instituer une coordination des politiques sectorielles nationales, par la mise en oeuvre d'actions communes et éventuellement de politiques communes notamment dans les domaines suivants : ressources humaines, aménagement du territoire, transports et télécommunications, environnement, agriculture, énergie, industrie et mines ;
- harmoniser, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun, les législations des États membres et particulièrement le régime de la fiscalité ».

5 Article 88 TUEMOA : « (...), sont interdits de plein droit 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 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 ; les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

6 Article 90 TUEMOA : « 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. Dans le cadre de cette mission, elle dispose du pouvoir de prendre des décisions ».

sanction des pratiques anticoncurrentielles en droit UEMOA de la concurrence malgré la compétence exclusive de l'Union contrairement à ce qui se passe ailleurs par exemple au niveau de l'union européen.<sup>7</sup>

La présente contribution expose d'abord les pratiques interdits et des sanctions prévues en cas de violation des règles de concurrence (A). Ensuite, les causes de l'inefficacité du système de sanctions des règles UEMOA de concurrence (B) et les perspectives d'une sanction plus efficaces des infractions au droit UEMOA de la concurrence seront proposées (C).

### **A. L'articulation du droit de la concurrence de l'UEMOA**

Le droit UEMOA de la concurrence s'articule autour de trois pratiques anticoncurrentielles que sont les ententes anticoncurrentielles, l'abus de position dominante et les aides d'Etats.<sup>8</sup> La Commission-UEMOA dispose selon l'article 89 TUEMOA du pouvoir de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles interdites à l'article 88 TUEMOA, notamment des accords entre entreprises, des décisions d'associations d'entreprises et des pratiques concertées, ainsi que de l'exploitation abusive de position dominante qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le marché intérieur. Ainsi, dans le but de la protection du maché commun, le droit UEMOA de la concurrence prévoit l'interdiction des ententes anticoncurrentielles (I) et des abus de position dominante (II).

7 Voir *Gerhard DANNECKER, Jutta FISCHER-FRITSCH*, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, p. 347.

8 Cf., Art. 88 TUEMOA.

### 1. Les ententes anticoncurrentielles

Pour protéger la libre concurrence dans l'espace UEMOA, l'article 88 a) TUEMOA, en combinaison avec l'article 3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA<sup>9</sup>, interdit les accords, décisions et pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans l'Union. L'article 3 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA stipule tout d'abord que les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union sont incompatibles avec le marché commun et donc interdits.<sup>10</sup> Il s'ensuit une liste non exhaustive d'accords anticoncurrentiels qui exigent que les entreprises concernées forment un consensus, un accord explicite sur une ligne de conduite particulière. Comme les accords sur les pratiques

9 Aux termes de l'art. 3 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA : « *Sont incompatibles avec le Marché Commun et interdits, tous accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises 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, et notamment ceux qui consistent en :*

- a) *des accords limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- b) *des accords visant à fixer directement ou indirectement le prix, à contrôler le prix de vente, et de manière générale, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; en particulier des accords entre entreprises à différents niveaux de production ou de distribution visant à la fixation du prix de revente ;*
- c) *des répartitions des marchés ou des sources d'approvisionnement, en particulier des accords entre entreprises de production ou de distribution portant sur une protection territoriale absolue ;*
- d) *des limitations ou des contrôles de la production, des débouchés, du développement technique ou des investissements ;*
- e) *des discriminations entre partenaires commerciaux au moyen de conditions inégales pour des prestations équivalentes ;*
- f) *des subordinations de la conclusion des contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».*

10 Dans le même sens, voir., art. 101 TFUE : « 1. Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres.

2. *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.*

3. *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.*

*Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».*

anticoncurrentielles sont déclarés nuls et non avenus par les normes du droit de la concurrence, on ne saurait arguer de la validité en droit de l'accord pour éviter la sanction. Il fallait plutôt adopter une approche fonctionnelle fondée sur l'objectif de la norme d'interdiction correspondante afin d'exclure un contournement de l'accord par une pratique concertée, la pratique concertée étant elle aussi une pratique anticoncurrentielle.

Les pratiques anticoncurrentielles peuvent amener les entreprises impliquées, à travers leurs accords informels de partage de marché ou de fixation des prix à échapper aux contraintes concurrentielles inhérentes à une économie de marché libre. En conséquence, les mesures de développement des produits, d'amélioration de la qualité ou de réduction des prix sont généralement mises en œuvre à un rythme réduit, voire supprimées, ce qui entraîne régulièrement une perte de qualité et des prix plus élevés pour le consommateur. De ce fait, les pratiques restrictives de concurrence, ainsi que les pratiques concertées, sont interdits non seulement au niveau national, mais aussi au niveau de l'UEMOA.

Il convient de noter que les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas illégales en soi. Ce n'est que si elles sont destinées à restreindre ou à fausser la concurrence, ou ont pour effet de le faire, qu'elles le deviennent et tombent donc sous le coup de l'interdiction de l'article 88 TUEMOA. C'est notamment le cas lorsqu'elles restreignent l'accès au marché telles que la fixation des prix ou lorsque des entreprises partagent le marché intrinsèquement commun ou les sources d'approvisionnement affectées en vue d'établir une zone de marché qui leur est seulement favorable à eux. Cela peut se manifester, entre autres, par la restriction ou le contrôle de la production de certains produits, des marchés de vente affectés, du développement technique ou des investissements en général afin de façonner le marché d'une manière favorable à l'entreprise concernée, ou par une restriction substantielle de la liberté des partenaires commerciaux de prendre des décisions et d'agir en les subordonnant à l'entreprise sur la base de conditions contractuelles illégales. De par leur nature, ces infractions aux règles de concurrence peuvent être commises par des entreprises, ou des associations d'entreprises, et des associations professionnelles ou des syndicats, ainsi que par des organismes publics dans le cadre de leurs activités, qu'elles soient privées ou publiques, et peuvent prendre la forme d'accords horizontaux ou verticaux<sup>11</sup> (1). Mais dans les cas où la loi ou l'autorité concèdent aux entreprises, les ententes horizontales et verticales peuvent faire l'objet d'exemption (2) lorsqu'elles sont justifiées

## 1. Distinction entre ententes horizontales et verticales

Si la lettre de l'art. 88.a) TUEMOA recouvre de toute évidence les ententes horizontales, c'est-à-dire les collusions entre entreprises concurrentes, il n'est pas rare d'étendre la qualification d'entente à d'autres pratiques. Le Traité UEMOA ne mentionne initialement

11 Voir comparativement au droit allemand, *Christian KOHLHOFF, Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe: die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht – zugleich eine Untersuchung zur grundsätzlichen Bedeutung der kollektiven Dimension im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 26 et s.

que l'interdiction des accords anticoncurrentiels, sans opérer une distinction entre ententes verticales et horizontales. Mais, le règlement n° 03/2002/CM/UEMOA et en particulier la note n° 5 de l'annexe n° 1 dudit règlement fait apparaître clairement que la législation de l'UEMOA en matière d'ententes distingue les accords horizontaux de concurrence des accords verticaux de concurrence et les traite différemment. Les ententes horizontales sont définies par le législateur UEMOA comme des fusions entre des entreprises qui se situent au même niveau de production ou de distribution sur un marché (généralement des accords entre fabricants ou entre distributeurs).<sup>12</sup> Les ententes verticales sont quant à elles des accords entre des entreprises situées à différents niveaux de production ou de distribution et liées entre elles par une chaîne de valeur (par exemple entre le fabricant et le distributeur). Il peut également s'agir de collusion entre producteurs et acheteurs qui, comme les ententes horizontales, sont jugées porter une atteinte intolérable au bien être social. En règle générale, l'entreprise concernée donne à la partie à l'accord une marge de manœuvre supplémentaire en améliorant son accès aux canaux de production ou de distribution concernés, tels que les marchés de vente, ce qui lui permet d'accroître son avance sur ses concurrents. Il s'agit de la pratique dite de prix de revente imposées, par laquelle des fournisseurs fixent directement ou indirectement le prix de revente de leurs distributeurs. Les prix de revente imposés aboutissent à une uniformisation des prix comparables à l'effet d'une entente au stade de la distribution. En la matière, les opérateurs économiques sous-estiment souvent le risque de violation du droit de la concurrence.<sup>13</sup> A titre d'exemple, concernant l'imposition de prix de revente, on peut citer l'affaire *SOBEBRA (Société béninoise de brasserie) contre détaillants* encore pendante devant la Commission de l'UEMOA. Des faits de l'espèce, il ressort que la SOBEBRA ayant le monopole dans le secteur de la brasserie au Bénin, impose aux grossistes et aux semi grossistes le prix de vente des produits de brasseries aux détaillants, ce qui s'est avéré non rentable pour ces derniers. Ils se sont plaints auprès la direction de la concurrence du Ministère du Commerce du Bénin, qui en 2009 a transmis l'affaire à la Commission de l'UEMOA, qui n'a pas encore statué sur la question.<sup>14</sup> En Europe, le fabricant d'instruments de musique Yamaha écopa par exemple d'une amende de 2,56 millions d'euros pour avoir de manière non délibérément infractionnelle réparti les marchés sur des bases nationales et imposé aux détaillants de son réseau de distribution sélective les prix de revente de divers instruments de musique.<sup>15</sup>

La législation UEMOA de la concurrence souligne l'importance de cette distinction et part du principe que les accords verticaux portent moins atteinte à la concurrence que les accords horizontaux. Tout d'abord, outre le manque de clarté quant aux causes et, en

12 Note n° 5 de l'annexe n° 1 au règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

13 Voir *Nicolas PETIT*, Droit européen de la concurrence, Montchrestien, Paris, 2013, p. 495.

14 *N'kouano A. N'TOUMON*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße nach dem Recht der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion (UEMOA). Ein gelungenes Rechtstransplantat aus dem Recht der Europäischen Union?, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 508.

15 Voir Décision de la Commission européenne du 16 juillet 2003, COMP/C-37.975 Yamaha, non publié au JO.

particulier, aux effets concrets des accords verticaux, certains éléments plaident en faveur de l'hypothèse selon laquelle, dans certaines conditions, de telles accords pourraient également présenter des risques pour la concurrence. Les accords verticaux peuvent entraîner ou renforcer une position dominante individuelle ou collective en donnant aux parties à la concentration le contrôle des étapes du processus de production ou de distribution, ce qui réduit les coûts de transaction ou de coordination et les libère de la plupart des incertitudes inhérentes à la conclusion de contrats ou au processus de distribution. Cela lui permettrait de renforcer de plus en plus sa position sur le marché face à des concurrents qui luttent avec cette préférence. En outre, ces accords verticaux ne peuvent qu'accroître la tendance aux fusions dites de suivi<sup>16</sup>, qui peuvent également conduire à ce que les entreprises indépendantes soient de moins en moins représentées sur les marchés concernés.<sup>17</sup> Néanmoins, en ce qui concerne les accords verticaux, le législateur de l'UEMOA n'a pas suivi la voie de la sanction stricte qu'il a prise à l'égard des accords horizontaux. Bien que les accords verticaux soient potentiellement anticoncurrentiels, ils peuvent également avoir des effets positifs sur la concurrence. Toute entrée sur le marché nécessite des investissements importants et comporte des risques. Des accords entre fabricants pour intégrer les distributeurs locaux dans un nouveau marché faciliteraient leur accès au marché. L'efficacité de la distribution est également un élément du marché libre qui peut aussi conduire à des avantages pour les consommateurs. Par conséquent, une politique de concurrence indulgente en faveur des accords verticaux est appropriée.<sup>18</sup>

Ces considérations se reflètent dans le fait que les ententes verticales sur la concurrence ne relèvent pas, en principe, du champ d'application de l'article 88.a) TUEMOA. Toutefois, il existe des exceptions lorsque les effets restrictifs de ces accords menacent de l'emporter sur l'effet positif sur la concurrence. C'est le cas, d'une part, des accords qui ont pour objet la protection absolue du territoire et, d'autre part, de la fixation du prix de revente.<sup>19</sup> Les ententes horizontales et autres ententes caractérisées ont toujours été couvertes par l'article 88.a) TUEMOA, car leurs effets sur le marché sont par nature restrictifs. Toutefois, ces pratiques peuvent être exemptées par la loi ou l'autorité.

## 2. Exemptions individuelles et par catégorie

Le dispositif d'exemption des ententes anticoncurrentielle mis en place en droit UEMOA permet de justifier certaines pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit des faits justificatifs des

16 Sur les effets des accords verticaux dans le droit européen de la concurrence cf. *Volker EMME-RICH*, Kartellrecht, 13. éd., Ch. Beck, München, 2014, p. 431 ; *Nicolas PETIT*, Droit européen de la concurrence, Montchrestien, Paris, 2013, p. 495.

17 Sur le contexte européen, voir. *Ulrich IMMENGA*, Mittelstandsschutz und Fusionskontrolle, dans: *Otmar Issing* (Ed.), Zukunftsprobleme der sozialen Marktwirtschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 134.

18 Voir la Note 5 de l'Annexe 1 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA.

19 Voir la Note 5 de l'Annexe 1 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA.

pratiques anticoncurrentielles. En effet, de façon générale, il n'est pas rare que le législateur adopte une règle générale et l'assortisse d'exceptions destinées à éviter que l'application intransigeante de celle-ci n'aboutisse à des résultats déraisonnables et préjudiciables à la société, au vu de la spécificité de certaines situations, même si dans la plupart des cas le recours à la règle générale est jugé bénéfique. C'est en empruntant une technique semblable que le législateur de l'UEMOA va régir les pratiques économiques que sont les ententes, à travers l'édiction d'un principe d'interdiction de celles-ci et l'acceptation subséquente d'exceptions à ce principe afin de tenir compte des exigences du développement des pays membres de l'espace communautaire. En droit UEMOA, les exemptions au principe de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles sont soit individuelles ou par catégories. Selon l'article 7 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA, le législateur de l'UEMOA prévoit des exemptions individuelles et par catégorie aux règles de concurrence pour les accords de concurrence dans la mesure où ils ont pour objet l'amélioration des échanges et l'économie dans la zone UEMOA en garantissant aux entreprises concernées un meilleur accès aux circuits de production ou de distribution qui ne désavantage pas de façon déraisonnable les concurrents sur le marché. D'un point de vue économique, la décision d'accorder des exemptions peut être justifiée par l'objectif de promouvoir une économie de marché et le commerce. L'article 89.3 TUEMOA permet en effet au Conseil des Ministres de prévoir des limites au principe de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles dans la perspective de tenir compte des situations spécifiques.<sup>20</sup>

## II. *L'abus de position dominante*

L'article 88.b) TUEMOA interdit l'abus de position dominante dans l'espace UEMOA. Le traité de l'UEMOA n'interdit alors pas la position dominante en soi, mais vise plutôt l'interdiction de l'abus, qui est une condition préalable à l'infraction. Il s'agit d'une condition préalable car, dans le cadre de la libre concurrence, chaque acteur du marché est en principe libre d'acquérir une position forte sur le marché commun grâce à des stratégies de marché particulièrement performantes, telles qu'une fidélisation appropriée de la clientèle ou un haut degré d'innovation, qui lui confèrent une plus grande marge de manœuvre vis-à-vis de ses concurrents. Atteindre ou conserver une position dominante sur le marché est inhérent à la libre concurrence et ne devrait pas être empêché par le droit de la concurrence.<sup>21</sup> Toutefois, si l'acteur du marché en question utilise cette position pour influencer le marché commun de telle manière que la concurrence soit entravée d'une manière contraire à la libre concurrence, cela constitue un abus de position dominante et permet aux entreprises ou associations d'entreprises de se soustraire aux lois du marché, telles que celles résultant du principe de l'offre et de la demande ou de la pression concurrentielle en général, et de

20 Vor art. 89.3 TUEMOA.

21 Voir *N'kouano A. N'TOUMON*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße nach dem Recht der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion (UEMOA), *op.cit.*, p. 205 et s.

s'affranchir des conditions normales du marché en raison de leur position de monopole<sup>22</sup>, consolidant ainsi une position dans le segment du marché concerné qui déplace d'autres concurrents et qui peut à son tour restreindre le commerce entre Etats membres. Par conséquent, l'article 88.b TUEMOA et l'article 4 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA<sup>23</sup> incriminent l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché commun ou une partie délimitée de celui-ci, afin de protéger le libre-échange entre les États membres.

Conformément à l'article 4, paragraphe 1, troisième phrase, du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA, les fusions d'entreprises peuvent également constituer des infractions si elles créent ou renforcent une position dominante susceptible de restreindre la libre concurrence. Afin de déterminer s'il y a abus de position dominante la Commission de l'UEMOA applique différents critères pour déterminer si des accords anticoncurrentiels ont été conclus. Ainsi, afin d'apprécier l'existence d'une position dominante, la part de marché détenue par l'opérateur en question doit d'abord être déterminée en tenant compte des ventes de l'entreprise ou des associations d'entreprises concernées et de leurs concurrents

22 Voir *Frédéric STASIAK*, Droit pénal des affaires, LGDJ, Paris, 2009, p. 338.

23 En vertu de l'article 4 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA : « 1) Est incompatible avec le Marché Commun et interdit, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché Commun ou dans une partie significative de celui-ci.

Sont frappées de la même interdiction, les pratiques assimilables à l'exploitation abusive d'une position dominante, mises en œuvre par une ou plusieurs entreprises. Constituent une pratique assimilable à un abus de position dominante les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante, détenue par une ou plusieurs entreprises, ayant comme conséquence d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du Marché Commun.

2) Les pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

3) Constituent une concentration au sens de l'article 4.1 alinéa 2 du présent Règlement :

- a) la fusion entre deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes ;
- b) l'opération par laquelle une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou une ou plusieurs entreprises, acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises ;
- c) la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. »

respectifs.<sup>24</sup> La part de marché pertinente est déterminée sur la base du produit et du marché géographique concernés, de sorte que, l'étendue géographique d'une partie du marché affecté, indépendamment de son poids économique, peut déjà conduire à qualifier d'importante une atteinte au marché liée à la pratique anticoncurrentielle.<sup>25</sup>

Si l'existence d'une position dominante ne peut être aisément déduite de la part de marché, d'autres critères, tels que la solidité financière de l'acteur du marché concerné ou l'existence de fusions verticales supplémentaires, doivent être pris en compte afin d'évaluer si une position indûment dominante, qui pourrait avoir un effet restrictif sur le marché commun a été atteinte. Il en est ainsi de la création de barrières à l'entrée qui, bien qu'elles puissent être inhérentes à des barrières juridiques fondées sur le traité ou les règlements de l'UEMOA, ainsi qu'à des caractéristiques spécifiques du marché en cause, telles que la complexité technique d'un marché de produits concerné ou la difficulté générale d'obtenir les matières premières nécessaires à la production malgré les restrictions imposées par les fournisseurs, peuvent également être causées par l'abus d'une position dominante. Dans le cadre de la détermination de la position dominante sur le marché, la concurrence affectée par le comportement de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernée est également définie de manière plus précise, ce qui est indispensable pour contrôler les pratiques anticoncurrentielles. La distinction entre les accords restrictifs et l'abus de position dominante résulte déjà du fait qu'une position dominante, de par sa nature, ne peut exister que par rapport à l'ensemble du marché, alors que les accords violant la loi sur les ententes ne sont pas nécessairement accompagnés d'une définition du marché. Il est nécessaire d'identifier la part du marché dans laquelle la concurrence est affectée par l'effet d'un tel accord anticoncurrentiel.<sup>26</sup> La justification de la pénalisation des pratiques anticoncurrentielles ne repose donc pas tant sur le fait qu'une pratique dans le marché commun est, par sa nature même, contraire au droit, mais sur le fait que les pratiques en question ont des effets graves dans un secteur particulier de l'économie et parce qu'elles restreignent la libre concurrence. Par conséquent, l'identification nécessaire de la part du marché affectée dans le cadre de l'évaluation de l'impact sur la concurrence fournit des arguments fondamentaux permettant de déterminer si une infraction au droit de la concurrence a été commise ou non. En outre, la nécessité d'une analyse du marché illustre le fait que le droit de la concurrence concerne principalement le fonctionnement du marché commun et est appliqué par les autorités publiques dont la fonction est d'assurer la régulation du marché.

24 Sur le contexte européen, cf. *CJUE*, 29.02.1968, Rs. 24-67 ; *CJUE*, 18.02.1971, Rs. 40/70 ; *CJUE*, 08.06.1971, Rs. 78/70 ; *CJUE*, 06.04.1995, verb. Rs. C-241/91 P. und C-242/91 P. ; voir aussi, *Gerhard DANNECKER, Jutta FISCHER-FRITSCH*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, *op.cit.*, p. 23 et s. ; *Georges DÉCOCQ*, Regard, sur le droit des abus de position dominante, [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2006/AFEC\\_regards\\_droit\\_abus\\_position\\_dominante\\_decocq.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/AFEC_regards_droit_abus_position_dominante_decocq.pdf), accédé dernièrement le 18.01.2017.

25 Voir *CJUE*, 14 février 1978, Chiquita Bananas, affaire 27/76, Recueil 1978, p. 207.

26 *Mbissane NGOM*, Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA, Thèse, Nantes, Saint-Louis, 2007, p. 331.

Il convient de noter que la détermination de l'ampleur de la restriction de concurrence, qui ne peut se faire que par rapport à un marché spécifique, facilite l'accomplissement de la charge de la preuve inhérente à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où des indices clairs et concordants doivent ressortir du comportement en cause, susceptibles de révéler une infraction au droit de la concurrence.

## B. Les sanctions prévues par le droit UEMOA de la concurrence

Les pratiques anticoncurrentielles peuvent être sanctionnées par des amendes (I) en application du droit UEMOA de la concurrence, selon lequel les pratiques interdites sont nulles et de nuls effets. La Commission dispose de la compétence exclusive pour infliger des sanctions d'amendes aux entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles qui sont les destinataires des sanctions (II).

### I. Les amendes

La Commission peut infliger des amendes en vertu du droit communautaire aux entreprises reconnues coupables d'infractions, mais aucune sanction n'est prévue à l'encontre des personnes physiques agissant pour le compte de l'entreprise. Ce qui n'est pas sans poser le problème de la nature juridique de l'amende (1). Le fondement juridique de l'amende est l'article 22.2 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA, selon lequel la Commission peut infliger aux entreprises et associations d'entreprises qui enfreignent de manière coupable le droit matériel des ententes des amendes allant de 500 000 francs CFA à 100 millions de francs CFA ou, au-delà, jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice précédent par chaque entreprise ayant participé à l'infraction. Il convient alors de s'interroger sur la détermination du montant de l'amende et le risque de la dualité des sanctions (2) pour mieux comprendre la nature des atteintes (3).

#### 1. Nature juridique de l'amende

L'article 22. 4 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA dispose explicitement que la nature de l'amende n'est pas pénale. Malgré cette négation, la question de la nature juridique de l'amende reste toujours posée, car elle a une fonction répressive intrinsèque lui conférant une nature pénale.<sup>27</sup> La question de la nature de la sanction des pratiques anticoncurrentielles trouve son fondement dans le silence du Traité UEMOA et de ses règlements

27 Au sujet de la législation allemande et européenne en matière d'ententes, voir *Gerhard DANNECKER*, Nadja *MÜLLER*, Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht, dans: *Heinz-Bernd WABNITZ/Thomas JANOVSKY* (Ed.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 5. éd., C.H. Beck, München, 2020, pp. 1173-1333; *Gerhard DANNECKER*, Jörg *BIERMANN*, V. Abschnitt. Vor Art. 23–26 VO 1/2003, dans: *Ulrich IMMENGA/Ernst-Joachim MESTMÄCKER* (Ed.), *EU-Wettbewerbsrecht*, Band 2, 5. éd., C.H. Beck, München, 2014, p. 56 et s.

d'application sur la nature des sanctions qu'ils prévoient en vue de punir les infractions au droit de la concurrence. Ce même silence s'observe en Europe où le caractère pénal ou administratif de ces sanctions reste discuté.<sup>28</sup> La négation textuelle de cette nature pénale permet de ne pas faire bénéficier aux entreprises des protections classiques s'attachant à la loi pénale, notamment les principes de légalité et d'interprétation stricte, principes qui auraient pu être un obstacle majeur à la mise en œuvre par la Commission de son pouvoir de régulation de la concurrence. C'est donc le défaut de clarté dans la rédaction du texte de l'article 24 du Règlement n°03 qui permet à la Commission d'administrer des sanctions lorsque les entreprises se rendent coupables de pratiques anticoncurrentielles. En vertu du silence de l'article 24 du Règlement N°03, la Commission, ne pouvant mettre en œuvre les principes du droit pénal est ainsi autorisée à faire preuve de souplesse, à contourner les principes de légalité d'interprétation stricte.

La nécessité de déterminer le montant de l'amende en tenant compte de la gravité et de la durée de l'infraction conformément à l'article 22 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA confirme cette approche. En outre, l'amende est infligée dans un rapport de subordination, en ce sens que la Commission agit uniquement sur la base de ses pouvoirs souverains et qu'un rapport de droit privé avec l'entreprise n'est pas nécessaire, puisque ce n'est pas le manquement à une obligation qui est sanctionné mais une infraction. Il est donc évident que l'amende n'est pas uniquement une sanction administrative, mais comporte des éléments de droit pénal.<sup>29</sup>

En droit UEMOA, la nature des sanctions prévues étant imprécise, les pratiques anticoncurrentielles sont principalement sanctionnées par des amendes; le Règlement n°03 niant formellement le caractère pénal des amendes prévues et permettant de croire que les Etats membres n'ont pas entendu transférer leur compétence pénale à la Communauté. Elles ont cependant un caractère punitif certain, renforcée par la nécessité de tenir compte de la gravité et de la durée de l'infraction, de l'existence de circonstances atténuantes ou aggravantes de même que les similitudes terminologiques. Les amendes n'auraient donc pas une nature pénale mais plutôt un caractère pénal avéré. Cela ressort la fiction de l'affirmation expresse du caractère non pénal des amendes parce que par nature les amendes ne sont pas

28 *Gerhard DANNECKER, Nadja MÜLLER, Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht, op.cit., pp. 1173-1333; Jean PRADEL, La pénalisation du droit des affaires, Colloque, Fondation pour le droit continental, le Caire, octobre 2009, pp.1-8; Claude LOMBOIS, Droit pénal international, Dalloz, Paris, 1979, p. 180; Gerhard DANNECKER, Jutta FISCHER-FRITSCH, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, op.cit., p. 6; Jean PRADEL, Geert CORSTENS, Gert VERMEULEN, Droit pénal européen, Dalloz, Paris, 2009, pp. 718-723.*

29 *Claude LOMBOIS, Droit pénal général, Dalloz, Paris, 1994, p. 180; sur le droit européen cf. Gerhard DANNECKER, Jutta FISCHER-FRITSCH, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, op.cit., p. 6; Jean PRADEL, Droit pénal général, CUJAS, Paris, 2016, p. 154 et s.; Jean PRADEL, La pénalisation du droit des affaires, op.cit., p. 2; Jean PRADEL, Geert CORSTENS, Gert VERMEULEN, Droit pénal européen, Dalloz, Paris, 2009, p. 718 et s.; Gerhard DANNECKER, Nadja MÜLLER, Täterschaft und Teilnahme im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht, KSzW 2015, p. 281.*

civiles mais pénales. En effet, on y retrouve d'une part, des caractéristiques du droit pénal à travers le fait qu'elles sanctionnent des actions interdites et non l'inexécution d'une simple obligation. Elles s'adressent d'autre part, à toute personne qui à l'intérieur ou à l'extérieur, porte atteinte à l'intérêt que le droit pénal protège. Les amendes et astreintes prévues ont pour but de punir et de réparer, elles répondent ainsi bien à la définition de la peine. Il ne s'agit pas d'une sanction civile parce que l'amende est perçue par la communauté, dans l'exercice de ses attributions de puissance non dans le cadre d'une relation privée avec une entreprise. Il en est ainsi surtout parce que les comportements prohibés apparaissent bien, tant dans les textes qui les énoncent que dans la jurisprudence qui les a appliqués, comme de véritables infractions, avec un élément légal, un élément moral et un élément matériel.<sup>30</sup>

Il convient toutefois de noter que les entreprises sanctionnées en vertu de la législation sur les ententes et les abus de position dominante devraient être empêchées de bénéficier involontairement des mécanismes de protection de l'Etat de droit, qui s'appliquent principalement au droit pénal, par la classification (à première vue inhabituelle) de l'amende en tant que sanction administrative. Il en est ainsi, lorsque la pleine application du principe de légalité (*nulla poena sine lege scripta*) ou l'interdiction de la double peine (*ne bis in idem*) pourraient constituer un obstacle à l'application de la réglementation de la concurrence par la Commission de l'UEMOA. Dans ces conditions, les principes du droit pénal n'ont qu'une application limitée dans le droit UEMOA de la concurrence, malgré la proximité de l'amende avec le droit pénal. Selon le principe de légalité, une infraction ne peut être punie que si son caractère punissable ou son incrimination a été déterminé par la loi avant que l'infraction ne soit commise.<sup>31</sup> Dans le droit de la concurrence de l'UEMOA, on constate un affaiblissement de ce principe en ce sens qu'il n'est pas nécessaire que la règle d'interdiction protégeant la concurrence soit elle-même suffisamment définie par la norme communautaire, mais il suffit que l'obligation à laquelle se rapporte l'infraction soit réglementée par une loi ou un règlement.<sup>32</sup>

Le principe de légalité n'est donc appliqué que sous une forme affaiblie.<sup>33</sup> L'interdiction de la double peine<sup>34</sup>, selon laquelle nul ne peut être puni plus d'une fois pour la même

30 Dans le même sens, *cf.*, Helmut FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, 6. éd., München, 2013, pp. 90-91 ; Claude LOMBOIS, *Droit pénal général*, *op.cit.*, p. 180.

31 Institué par l'article 16 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 ; Article 7, paragraphe 2, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et article 8 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; voir également l'article 7, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

32 Louis VOGEL, *Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ?*, *Concurrences* n° 1-2013, p. 14.

33 *Cf.* Gerhard DANNECKER, Nadja MÜLLER, *Täterschaft und Teilnahme im europäischen Kartell-ordnungswidrigkeitenrecht*, *op.cit.*, p. 281, 286; Gerhard DANNECKER, Nadja MÜLLER, *Kartell- straf- und -ordnungswidrigkeitenrecht*, *op.cit.*, pp. 1173-1333.

34 En droit européen voir, Gerhard DANNECKER, *Der Grundsatz „ne bis in idem“ im deutschen und europäischen Kartellrecht*, dans: Wolfgang WEISS (Ed.), *Die Rechtsstellung Betroffener im*

infraction que l'on retrouve aussi bien dans le système juridique béninois<sup>35</sup> que dans le système allemand<sup>36</sup>, est également contournée d'une certaine manière. En matière de droit des cartels de l'UEMOA, la compétence de la Commission diffère de celle des juridictions pénales nationales des Etats membres de l'UEMOA, qui, contrairement à la Commission, seraient tout à fait habilitées à prendre des mesures pénales. Par conséquent, la Commission, en tant qu'autorité administrative, n'est pas directement soumise à l'interdiction de la double incrimination.<sup>37</sup>

Le droit des entreprises à un procès équitable conformément à l'Etat de droit doit également être pris en compte lors de la conclusion d'un accord sur l'issue d'une procédure visant à sanctionner des infractions à la concurrence.<sup>38</sup> Si une amende doit être infligée, la Commission doit également être guidée par l'idée de justice en tant qu'élément essentiel de l'Etat de droit lorsqu'elle détermine la sanction. En règle générale, toutes les garanties du droit pénal doivent être prises en compte.

## 2. Le problème de la détermination du montant de l'amende et la dualité des sanctions

Selon l'article 22.1 du Règlement n° 03/2002, lorsqu'il y a violation du droit de la concurrence, la Commission peut infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes de 500.000 FCFA à 100.000.000 FCFA, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent (10%) du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent pour chacune des entreprises ayant participé à l'infraction ou dix pour cent (10%) des actifs de ces entreprises.<sup>39</sup> L'amende infligée est l'obligation pour l'entreprise condamnée pour des pratiques anticoncurrentielles, de verser à la communauté à titre de sanction pénale une somme d'argent. D'une part, conformément au Règlement n°03 l'infliction

modernisierten EU-Kartellverfahren, 2010, p. 115 et s.; *Marc HENZELIN*, „Ne bis in idem“, un principe à géométrie variable, *Revue Pénale Suisse*, Vol. 123, 2005, p. 345 et s.

35 Art. 363 Code de Procédure Pénale du Bénin (CPP).

36 Art. 103 (3) Grundgesetz (Constitution allemande).

37 *Mbissane NGOM*, Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA, *op.cit.*, p. 383.

38 *Gerhard DANNECKER, Jutta FISCHER-FRITSCH*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, *op.cit.*, p. 352.

39 Article 22.2 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA. Cependant, il est à noter que la commission peut prononcer des amendes en cours de procédure pour défaut de diligence des parties. Ces amendes doivent être distinguées de celles que la Commission en vue de la répression de l'infraction des pratiques anticoncurrentielles inflige. Il en va de même lorsqu'une entreprise bénéficie de l'aide publique en dépit d'une Décision de la Commission interdisant l'aide, l'entreprise peut être contraint à payer aux termes de l'article 24.2 du Règlement n° 04/2002 une amende allant jusqu'au double du montant de l'aide octroyée. Voir dans ce sens l'article 24.2 du 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 (c) du traité.

d'amende doit respecter le principe de proportionnalité.<sup>40</sup> D'autre part, pour déterminer le montant de l'amende, il doit être pris en compte, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci. Le montant de l'amende doit être proportionnel à l'impact du comportement anticoncurrentiel à la hauteur du préjudice causé et aux circonstances individuelles des entreprises participantes afin de réprimer efficacement l'infraction. La détermination du montant de l'amende n'est donc pas automatique<sup>41</sup>, mais doit se fonder sur une analyse de la situation concernant la nature de l'infraction à la concurrence, le rôle joué par les opérateurs économiques et les effets (dommageables) de l'infraction. Il pèse sur la Commission dans l'exercice de son pouvoir répressif, une obligation de motivation pour indiquer la méthode suivie pour fixer le montant d'une amende. Cette exigence ne garantit pas seulement la protection juridictionnelle de l'entreprise concernée, mais aussi permet à la Cour de Justice de l'UEMOA d'exercer son contrôle de légalité conformément à l'article 31 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.<sup>42</sup>

La Commission dispose de deux modes de calculs dans la détermination du montant de l'amende. D'une part, un niveau de sanction en corrélation avec le dommage causé par l'infraction peut être fixé. Celle-ci doit ensuite être répartie entre les acteurs du marché à sanctionner sur la base de critères objectifs, tels que la part de marché de l'entreprise concernée ainsi que l'importance et la durée de la participation respective.<sup>43</sup> En revanche, le montant de la sanction peut être déterminé par référence au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise à sanctionner sur le marché affecté par l'infraction au droit des ententes. A partir de là, un pourcentage est fixé comme amende, qui est censé résulter de la gravité de la participation respective à l'infraction. Alors que la première méthode de calcul est axée sur la gravité de l'infraction, la deuxième est fortement liée au comportement de l'entreprise à sanctionner. Dans les deux cas, cependant, il n'est pas clair si et dans quelle mesure la volonté de coopération d'une entreprise sanctionnée peut être prise en compte pour déterminer le montant de la sanction. Le législateur n'a pas pris position sur ce point.

L'infliction de l'amende en vertu de l'article 22 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA soulève un certain nombre de problèmes. D'abord, il convient de noter que, si l'analyse de la gravité de l'infraction requise pour le calcul du montant de la sanction ne peut être effectuée qu'en tenant compte du dommage causé à l'économie, aucune disposition ni du Traité ni des Règlements ne fait référence à l'impact de l'infraction sur l'économie dans

40 Dans le même sens, cf., *Mbissane NGOM*, Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA, *op.cit.*, p. 384.

41 Voir CJUE, 04.09.2014, Rs. C-408/12 P.; CJUE, 08.02.2007, Rs. C-3/06 P.; *VOGEL, Louis* : Code de la concurrence, droits européen et français, 2<sup>ème</sup> éd., 2018/2019, pp. 73-150.

42 Selon l'article 31 du Règlement N°03 « La Cour de Justice de l'UEMOA apprécie la légalité des décisions prises par la Commission en vertu du présent règlement dans les conditions prévues au Protocole Additionnel N°1 relatif aux Organes de contrôle de l'Union (...) ». Article premier du Protocole additionnel N°1 relatif aux Organes de contrôle de l'UEMOA « La Cour de Justice veille au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du Traité de l'Union ».

43 Voir *Gerhard DANNECKER, Jutta FISCHER-FRITSCH*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, *op.cit.*, p. 134 et s.

la détermination du montant de l'amende dans le calcul du montant de la sanction. Mais pour des raisons d'efficacité l'amende doit prendre en compte cet impact. La méthode de détermination du montant des amendes doit donc s'appuyer sur la gravité de l'infraction en prenant en compte sa nature et son impact sur le marché. Il est possible de retenir que l'analyse de la gravité de l'infraction qui est exigée ne peut se faire qu'au regard du dommage causé à l'économie. Dès lors, la limitation du montant de l'amende à un maximum de 100.000.000 FCFA peut paraître rigide. Il est possible que les dommages soient supérieurs à cette somme ou que le surprofit tiré de la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle dépasse cette somme.

A l'observation, il est généralement difficile de sanctionner efficacement l'abus de position dominante. Les autorités compétentes recourant dans ce cas à des sanctions extraordinairement élevées en vue d'atteindre probablement un effet dissuasif réel nécessaire sur les entreprises disposant des profits du marché à grande échelle par le biais d'ententes anticoncurrentielles.

La question de la dualité des sanctions se pose également dans l'espace UEMOA. A la lumière de ce qui précède, il apparaît nécessaire de compléter la sanction des actes anticoncurrentiels par des sanctions pénales.<sup>44</sup> Contrairement au modèle européen, qui repose sur le modèle du pluralisme économique<sup>45</sup>, le traité de l'UEMOA est fondé sur une politique de concurrence centralisée et l'idée d'intégration économique.<sup>46</sup> Pour atteindre ces objectifs, la législation sur la concurrence doit toutefois favoriser les petites et moyennes entreprises (PME) et sanctionner efficacement les violations au droit de la concurrence en imposant des amendes. Sans la coopération des Etats membres à travers la prise des mesures nationales nécessaires et ceci conformément aux dispositions de l'article 5 TUEMOA<sup>47</sup>, le risque de voir deux procédures indépendantes visant la sanction de la même infraction subsistera et conduira à l'inefficacité de l'interdiction de la double sanction. On peut toutefois se demander si un cumul de sanctions administratives et pénales pourrait être accepté car, bien qu'elles soient fondées sur deux règles différentes et ayant différentes natures juridiques, elles visent toutes deux à punir les fautes commises et aboutiraient probablement l'interdiction de la double incrimination entre droit communautaire et droit national, qui est une condition classique en droit pénal international, que l'on trouve formulée dans les instruments normatifs relatifs à la coopération pénale internationale, ainsi que dans ceux

44 Jean-Bernard BLAISE, La sanction pénale, Concurrences N°1, 2013, p. 25.

45 André-Jean ARNAUD, Pour une pensée juridique européenne, Droit et Société N°20-21, 1992, p. 57 ; Laurence BOY, Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ?, Revue internationale de droit économique, N° 3, 2011, 2011, p. 268 et s.

46 Josef L. DREX, Perspectives européennes sur la politique de la concurrence dans l'espace OHA-DA, Revue Internationale de Droit Economique, N° 3, 2011, p. 299.

47 L'art. 5 TUEMOA dispose : « Dans l'exercice des pouvoirs normatifs que le présent Traité leur attribue et dans la mesure compatible avec les objectifs de celui-ci, les organes de l'Union favorisent l'édiction de prescriptions minimales et de réglementations-cadres qu'il appartient aux Etats membres de compléter en tant que de besoin, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. »

consacrés aux compétences extraterritoriales.<sup>48</sup> Ce qui serait incompatible avec le principe de la double incrimination en droit pénale. Une fois que la Commission a infligé une amende à une entreprise qui ne s'exécuterait pas, elle peut être condamnée en plus à des astreintes.

### 3. Les astreintes

En vertu de l'article 23.1 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA, la Commission dispose du pouvoir d'infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes comprises entre 50.000 et 1.000.000 fcsfa par jour de retard dans le paiement des amendes prévues par une décision de la Commission. La Commission peut donc non seulement imposer le paiement de l'amende au moyen des mécanismes d'exécution prévus dans l'Etat membre concerné, mais aussi, si les conditions sont réunies, imposer des astreintes pour faire respecter l'amende et dissuader les entreprises sanctionnées de commettre de nouvelles infractions à la législation sur les ententes. L'astreinte est un instrument à la discrétion de la Commission visant à assurer le respect des règles et donc à garantir l'efficacité de la sanction. Elle est considérée à la fois comme un moyen d'exécuter la décision et comme un moyen de coercition pacifique, qui pourrait trop facilement être converti en une nouvelle condamnation<sup>49</sup>, transformant ainsi l'amende d'une simple mesure coercitive en une véritable peine. Comme le destinataire du paiement est la communauté, tout comme dans le cas de l'amende, il s'agit d'une sanction répressive, ce qui soulève la question de savoir si cela n'est pas problématique dans la mesure où la punissabilité semble se justifier précisément en raison des atteintes au patrimoine des victimes, mais que celles-ci ne sont pas prises en compte par la sanction répressive au sens d'une compensation délinquant-victime. Le droit UEMOA de la concurrence se concentre principalement sur les dommages causés à l'économie de la communauté, qu'il cherche à compenser en imposant des amendes. L'intérêt juridiquement protégé<sup>50</sup> est l'économie et non le patrimoine de la victime. Toutefois, dans le contexte du droit des ententes, c'est leur préjudice qui cause d'abord le dommage économique ; on peut supposer que celui-ci est largement couvert par les coûts supplémentaires subis par la victime et n'est déterminé que par ceux-ci. Par conséquent, il ne sera approprié de reconnaître les avoirs des victimes comme des biens juridiquement protégés et de les inclure dans la décision discrétionnaire de la Commission, au moins dans la mesure où les victimes, de par leur nature même, ne peuvent pas réclamer de dommages et intérêts en l'absence d'actions civiles ou si leurs demandes sont si difficiles à prouver qu'elles sont pratiquement sans objet.

48 *Altamimi MOHAMMAD*, La condition de la double incrimination en droit pénal international, Thèse, Poitiers, 2018, p. 3.

49 *André TOULEMON*, L'exécution des condamnations en paiement d'une astreinte, La Gazette du Palais, tome 2, Doctrine, 1950, p. 11-12.

50 Sur la notion d'intérêt juridiquement protégé, cf., Art. 33 CPCCSAC.

## II. *Les destinataires des sanctions*

La sanction en droit UEMOA de la concurrence s'adresse à l'entreprise. L'annexe 1 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA définit l'entreprise comme une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, exerçant une activité économique, à titre onéreux, de manière durable, indépendamment de son statut juridique, public ou privé, et de son mode de financement, et jouissant d'une autonomie de décision.<sup>51</sup> Les destinataires des sanctions répressives en droit UEMOA de la concurrence sont donc les entreprises et les associations d'entreprises qui se seraient rendus coupable d'ententes anticoncurrentielles. Les sanctions ne sont pas seulement dirigées surtout contre les entreprises en tant que personnes morales, telles que les sociétés commerciales, les sociétés de droit civil et les personnes morales qui n'ayant pas une forme juridique spécifique, mais aussi contre les personnes physiques. Il en est ainsi parce qu'en réalité, les personnes morales sont dans la société moderne une composante majeure et quotidienne, parce qu'elles constituent l'environnement économique, industriel et social. Leur montée en puissance dans la société a eu pour conséquence qu'elles ont développées tout comme les personnes physiques des comportements criminels.<sup>52</sup>

Ainsi, au regard de leur rôle de plus en plus dominant dans la vie quotidienne, il importe de les considérer comme une réalité criminologique à l'instar des personnes physiques. Mais en droit pénal, une telle constatation ne suffit pas car la commission de l'infraction doit être imputable à l'agent pénal, en l'occurrence à la personne morale. Cela pose le problème fondamental de l'imputabilité de l'infraction à la personne morale. La mise en œuvre de sanctions pénales contre les personnes morales dans les Etats membres de l'Union conformément à l'article 5 TUEMOA n'est pas encore une réalité car dans la plupart de ceux-ci la responsabilité pénale des personnes morales ne peut pas encore être mise en œuvre pour cause de défaut de mesures législatives appropriées. Malgré que le TUEMOA ait donné compétence exclusive aux Etats membres en matière pénales, les législations nationales ne s'y sont encore conformées en adoptant des mesures répressives contre les personnes morales. Le cadre juridique des Etats membres de l'UEMOA est donc actuellement inapproprié à la responsabilité pénale, le principe de la légalité pénale consacré en droit UEMOA de la concurrence est inefficace en raison du défaut de culpabilité de la personne morale.

## C. *Les institutions compétentes*

L'application du droit UEMOA de la concurrence est confiée à la Commission (I) sous le contrôle de la Cour de justice de l'UEMOA (II).

51 Note 1 de l'Annexe du Règlement N° 03/2002/CM/UEMOA.

52 Sofie *GEEROMS*, La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative, dans : *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 48, N° 3, Juillet-septembre 1996, pp. 534-535.

### *I. La Commission de l'UEMOA*

La Commission de l'UEMOA, pour atteindre les objectifs économiques de l'Union, s'est vue attribuer une compétence exclusive en matière de sanction des infractions au droit de la concurrence. L'article 90 TUEMOA habilite la Commission à faire respecter les règles de concurrence prévues aux articles 88 et 89 TUEMOA. Elle dispose dans ce sens du pouvoir de prendre des décisions. Cette compétence est confirmée par des règlements d'application adoptés le 23 mai 2002<sup>53</sup> et l'avis de la Cour de justice de l'UEMOA du 27 juin 2000.<sup>54</sup> Dans le cadre de la préparation des règles d'application, les Etats membres avaient demandé à la Cour de justice comment les articles 88, 89 et 90 d u TUEMOA devaient être interprétés à la lumière de la coexistence du droit communautaire avec le droit national de la concurrence des Etats membres. Dans son avis, la Cour a estimé que l'application des règles de concurrence relevait de la compétence exclusive de la Commission qui n'est pas sans créer des difficultés (1) en ce qu'elle retire toute compétence aux autorités nationales. En affirmant que les Etats membres n'ont aucune compétence dans ce domaine, elle s'est opposée à toute répartition des compétences entre la Commission et les autorités nationales de concurrence.

Les modalités d'application, notamment la directive n°02/2002/CM/UEMOA, donnent effet à cette interprétation et confèrent une compétence exclusive à la Commission de l'UEMOA, qui doit coopérer avec les autorités nationales de concurrence, limitant la compétence des Etats membres à une mission générale d'investigation et de surveillance du marché commun. Mais au regard des difficultés dans la mise en œuvre du droit UEMOA de la concurrence par la Commission la question se pose de savoir si le partage de compétence n'est pas nécessaire (2).

#### 1. Le problème de la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA

L'UEMOA considère la Commission comme une autorité autonome chargée de la mise en œuvre de la politique de concurrence. Elle est chargée de préparer et d'adopter des décisions et des recommandations et d'exercer ses larges pouvoirs pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Pour mettre en œuvre les sanctions contre les pratiques anticoncurrentielles, la Commission est subdivisée en sept départements conformément à l'art. 10 de la décision n° 305/2015/PCOM/UEMOA<sup>55</sup>, parmi lesquels le Département du

53 Voir notamment le règlement n° 02/2002/CM/UEMOA, le règlement n° 03/2002/CM/UEMOA et la directive n° 02 du Conseil des ministres de l'UEMOA du 23 mai 2002 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 (Directive n° 02/2002/CM/UEMOA).

54 Avis n° 03 de la Cour de Justice de l'UEMOA du 27 juin 2000 (Avis n° 03/2000/CJUEMOA).

55 Décision n° 305 du Président de la Commission de l'UEMOA de 2015 portant sur l'organisation de la Commission de l'UEMOA (Décision n° 305/2015/PCOM/UEMOA).

marché régional, du commerce, de la concurrence et de coopération<sup>56</sup>, qui s'est vu attribuer la compétence de faire appliquer la politique de concurrence. C'est plus précisément la direction chargée du droit de la concurrence qui est compétente pour appliquer le droit de la concurrence au sein du Département du marché régional du commerce, de la concurrence et de coopération. Depuis sa création en 2007, la direction de la concurrence reçoit toutes les affaires de concurrence de l'UEMOA et les traite jusqu'à la prise d'une décision. D'une part, il s'agit d'un service qui s'occupe principalement des pratiques anticoncurrentielles et des aides publiques. Elle détecte, entre autres, les ententes et les positions dominantes, contrôle les aides d'Etat et est chargée de mettre en œuvre des études générales ou sectorielles pour améliorer la connaissance du marché.<sup>57</sup> Un autre service est responsable de tous les litiges dans le domaine de la concurrence et des relations extérieures et coordonne les programmes de formation en coopération avec le département des affaires juridiques.<sup>58</sup> Compte tenu de cette structure organisationnelle, l'indépendance de la direction de la concurrence se trouve limitée.

Au plan structurel, la direction de la concurrence bénéficie d'une indépendance limitée. En effet, pour une autorité régionale de la concurrence en charge du contentieux de la concurrence dans l'espace communautaire, la Direction de la concurrence a un personnel très limité. La direction de la concurrence de l'UEMOA ne dispose que d'un nombre restreint de personnes chargées de mettre en œuvre l'ensemble des attributions de la direction qui est le contrôle de la libre concurrence dans tout le marché commun, incluant les pratiques anticoncurrentielles susceptibles de voir le jour dans les Etats membres.<sup>59</sup> Le personnel limité de la direction de la concurrence est chargé d'effectuer toutes les enquêtes non seulement pour les affaires touchant le commerce intra-communautaire, mais aussi pour toutes les pratiques anticoncurrentielles dont les effets sont localisés dans les Etats membres. Dans cette configuration, elle est chargée non seulement des enquêtes en matière de concurrence mais aussi de l'application du droit, doit surveiller l'ensemble de l'espace UEMOA et, en raison de la rigidité de la répartition des compétences, connaître des infractions à la concurrence tant au niveau communautaire que national.<sup>60</sup>

56 Selon la Décision N° 305/2015/PCOM/UEMOA, la Commission comprend: Département des Services Administratifs et Financiers, Département de l'Agriculture, des Ressources en Eau et de l'Environnement, Département de l'Aménagement du Territoire Communautaire et des Transports, Département du Développement Humain, Département du Développement de l'Entreprise, des Mines, de l'Energie et de l'Economie Numérique, Département du Marché Régional et de la Coopération, Département des Politiques Economiques et de la Fiscalité Intérieure.

57 Article 23 de la Décision n° 345 du Président de la Commission de l'UEMOA de 2008 portant organisation du Département du Marché Régional, du Commerce, de la Concurrence et de la Coopération (Décision n° 345/2008/PCOM/UEMOA).

58 Article 24 de la Décision n° 345/2008/PCOM/UEMOA.

59 *N'kouano A. N'TOUMON*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße nach dem Recht der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion (UEMOA), *op.cit.*, p. 513.

60 *Bakhoun MOR*, Etude sur la Révision du Cadre Institutionnel de Mise en Œuvre des Règles de Concurrence de l'UEMOA, 2011, p. 6. Une comparaison avec la Direction générale de la concu-

En outre, toutes les décisions de la Direction de la concurrence doivent être soumises et approuvées par le Président de la Commission de l'UEMOA.<sup>61</sup> Cela pose la question de l'indépendance fonctionnelle de la direction, car cette relation de subordination peut rapidement conduire à une procédure de plainte non souhaitée. L'obligation d'autorisation repose sur l'idée que la Commission doit justifier la nécessité d'une mesure d'enquête auprès de l'Etat membre ou de l'acteur de la pratique anticoncurrentielle concernée par l'infraction avant de pouvoir obtenir les ressources pour la mesure en question. Du fait que toutes les actions requises dans une procédure menée par la Direction, ainsi que toutes les actions requises avant une enquête et les demandes d'information, doivent être signées par le Président de la Commission, la prise de décision est centralisée entre les mains du Président de la Commission. La Direction des affaires juridiques, qui fait partie de la Présidence de la Commission, participe également à ce processus décisionnel<sup>62</sup>, ce qui alourdit la procédure décisionnelle centralisée, participant ainsi à l'inefficacité de mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UEMOA en ce que l'instruction et le traitement de plaintes en vue d'une décision exige un personnel conséquent.

## 2. Nécessité d'une répartition de compétence dans l'UEMOA

Une analyse de la politique de concurrence de l'UEMOA révèle que les difficultés de mise en œuvre efficace du droit de la concurrence sont principalement dus à la répartition rigide des compétences et la centralisation entre les mains de la Commission.<sup>63</sup>

Face à cette situation l'UEMOA pourrait suivre l'exemple de l'Union européenne en attribuant une compétence exclusive à la Commission de l'UEMOA uniquement ou seulement dans les cas où l'infraction à la concurrence est susceptible d'affecter le marché entre les Etats membres tout en confiant aux Etats membres la compétence en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles au niveau national. Cela incitera les législateurs nationaux à prendre les mesures législatives nécessaires pour sanctionner les entreprises et associations d'entreprises qui se rendraient coupables de pratiques anticoncurrentielles.

rence de la Commission européenne montre également le manque considérable de personnel. En 1989 déjà, ce dernier comptait environ 280 personnes, et le nombre d'employés a peut-être même augmenté entre-temps en raison de la charge de travail accrue. Voir *Gerhard DANNECKER, Jutta FISCHER-FRITSCH, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, op.cit., p. 38.*

61 *Bakhoun MOR, Etude sur la Révision du Cadre Institutionnel de Mise en Œuvre des Règles de Concurrence de l'UEMOA, op.cit., p. 22.*

62 *N'kouano A. N'TOUMON, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße nach dem Recht der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion (UEMOA), op.cit., p. 513.*

63 On peut établir un parallèle avec le droit européen de la concurrence, car même au début de l'Union européenne, la Commission européenne n'a pu mener à bien que quelques procédures antitrust, car la concentration des compétences entre les mains de la Commission a entraîné la longueur des procédures. Suite à des critiques de plus en plus vives, le droit de l'Union européenne a été développé en 2003. Une répartition des compétences entre les institutions de l'Union et les Etats membres a été convenue, ce qui a permis de lutter plus efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles.

Malgré le contrôle de la Cour de justice, la question de la compétence la Commission de l'UEMOA dans la l'application du droit de la concurrence sous son contrôle montre les limites de la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Ce qui nécessairement entraîne la répartition nécessaire de la compétence. Qu'en est-il de la Cour de justice de l'UEMOA ?

## II. La Cour de Justice de l'UEMOA

En vertu de l'article 90 TUEMOA, la Commission de l'UEMOA est soumise au contrôle de la Cour de justice lorsqu'elle applique les règles de concurrence énoncées aux articles 88 et 89 du Traité. A cet effet, la Cour procède à un contrôle de la légalité des décisions de la Commission. Dans certains cas, la Cour de justice, outre le contrôle général de légalité, est également habilitée à effectuer un contrôle illimité, c'est-à-dire un contrôle supplémentaire d'opportunité, afin de s'assurer que la Commission applique correctement les règles de concurrence. A cette fin, elle évalue la légalité des décisions prises par la Commission à la suite d'une plainte déposée par un Etat membre, le Conseil des ministres ou une personne physique ou morale contre des ententes anticoncurrentielles ou des abus de position dominante, et bénéficie d'un contrôle complet dans le cas des décisions infligeant des amendes et des astreintes.

En contrôlant la compatibilité de la décision de la Commission avec les dispositions du traité de l'UEMOA et les règles applicables dans le cadre du contrôle de légalité, la Cour de justice assure l'interprétation et l'application correctes du droit communautaire.<sup>64</sup> Les Etats membres, le Conseil des ministres et toute personne physique ou morale lésé par une décision de la Commission<sup>65</sup>, c'est-à-dire directement et individuellement concerné, ont le droit de former un recours devant la Cour de justice.<sup>66</sup> L'exigence d'un intérêt juridiquement protégé signifie qu'un plaignant ne peut faire appel que contre une décision la condamnant ou qui lui est défavorable. Un recours, contre une attestation négative favorable<sup>67</sup>, une exemption<sup>68</sup> ne pourrait être recevable.

La Cour de justice de l'UEMOA peut être ainsi saisie par un recours en annulation. Le recours en annulation vise à établir si la décision prise par la Commission est viciée et doit être distingué du recours en carence introduit en l'absence de décision de la Commission, c'est-à-dire lorsque la Commission de l'UEMOA ne donne pas de suite à une plainte.

Le contrôle de légalité est un contrôle purement juridique ne comportant pas sur l'examen des faits, de sorte que la situation découlant des circonstances économiques sur la base desquelles la Commission prend sa décision n'est pas réévaluée, la tâche de la Cour se

64 Art. 1 Protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA.

65 Art. 31 du Règlement N° 03/2002/CM/UEMOA.

66 En droit européen de la concurrence, il a également été décidé que les personnes physiques et morales peuvent faire appel des décisions de la Commission afin de protéger légitimement leurs intérêts ; voir CJUE, 25.10.1977, Rs. 26-76.

67 TUE, 17.11.1992, Aff. T-138/89.

68 En droit européen voir *SIMON, Denis* : Le système juridique communautaire, 1998, p. 372.

limitant au contrôle de la légalité matérielle de la décision faisant l'objet du recours. Toutefois, lorsqu'un recours est formé contre une décision par laquelle la Commission impose une amende ou une astreinte, c'est-à-dire une sanction financière, la Cour de justice a une compétence illimitée pour contrôler la décision.<sup>69</sup> Dans le cadre de ce contrôle de légalité et d'opportunité, il évalue les faits pertinents pour la décision ainsi que la proportionnalité de la sanction par rapport à l'infraction et peut, en conséquence, annuler, réduire ou même augmenter la sanction.

Mais il convient de se poser la question de savoir si en cas d'absence de décision de la Commission, les parties intéressées peuvent saisir la Cour de justice pour absence de décision.<sup>70</sup> En fait, l'absence de décision pose le problème de la carence et doit être analysée comme étant une décision de rejet. Les parties intéressées doivent pouvoir être autorisées à recourir contre le silence ou l'absence de décision de la Commission. Le Règlement n°03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante n'a prévu aucune solution en cas d'absence de décision ou de carence. L'article 31 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante prévoit simplement que la Cour de Justice de l'UEMOA apprécie la légalité des décisions prises par la Commission. Elle peut modifier ou annuler les décisions prises, réduire ou augmenter le montant des amendes et des astreintes ou imposer des obligations particulières. Mais l'article 31 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA n'a pas prévu ce qu'il en est au cas où la Commission, saisie d'une affaire ne rend aucune décision. Ailleurs, l'absence de décision s'assimile à une carence. Bien que le droit UEMOA ne mentionne pas expressément le recours en carence, cette voie de recours est possible en droit communautaire<sup>71</sup> et permet au plaideur en cas d'inaction de la Commission<sup>72</sup> de saisir la Cour de justice pour qu'elle constate la carence de la procédure. Ce recours autorise la Cour de justice à se prononcer sur la légalité de l'inaction de la Commission, laquelle inaction s'analyse en une décision de rejet.

En pratique, lorsque la Commission estime qu'il n'y a pas lieu de poursuivre l'action et d'engager une procédure décisionnelle dans le cadre du recours, elle en informe généralement les parties. Cette information permet à la partie intéressée d'exercer un recours en

69 Art. 31 du Règlement N°03/2002/CM/UEMOA ; Art. 15 para. 3 du Règlement N° 01 du Conseil des Ministres du 5. Juillet 1996 sur les procédures devant la Cour de justice (du Règlement N°01/1996/CM/UEMOA).

70 Cette situation est particulièrement préoccupante lorsque l'instance en charge de trouver une solution à un litige surtout en matière économique est saisie et qu'une dizaine d'années après elle ne donne aucune solution. Il en est ainsi par exemple de l'Affaire SOBEBRA contre détaillants dont la Commission est saisie depuis 2009.

71 Voir *Guy ISAAC, Marc BLANQUET*, Droit communautaire général, 10<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2012, p. 272.

72 En droit européen voir *Jean GUYENOT*, Droit antitrust européen, Les presses de l'Université de Québec, 1973, p. 168 ; *Louis VOGEL, Bertrand GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN*, Droit commercial européen, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1994, p. 73.

annulation d'une décision implicite de refus<sup>73</sup>, au cours duquel la Cour réévalue les faits sur lesquels le refus était fondé.<sup>74</sup> Mais lorsque la Commission n'informe pas les parties qu'il n'y a pas lieu de poursuivre, son silence équivaut à une décision de rejet susceptible de recours devant la Cour de justice. Ce recours est souvent considéré comme un recours en carence.

Il est cependant surprenant que la Cour de justice soit jusqu'à présent pratiquement inactive dans le domaine du droit de la concurrence.<sup>75</sup> En dehors d'un avis relatif à la répartition des compétences entre la Commission de l'UEMOA<sup>76</sup> et les autorités nationales de concurrence et un recours contre la décision de la Commission n° 007/2010/COM/UEMOA<sup>77</sup>, la Cour de justice n'a pas encore pu prendre de décisions dans le domaine du droit de la concurrence. Au regard des pouvoirs étendus de la Cour de justice en tant qu'organe de contrôle, le développement d'une certaine expertise dans l'interprétation du droit UEMOA de la concurrence semble indispensable. Mais cette expertise fait défaut en raison de l'absence de recours en contestation des décisions de la Commission ou, compte tenu de l'architecture institutionnelle de l'UEMOA en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles.<sup>78</sup> Le faible nombre d'affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de justice s'explique par le fait que la Commission ne connaît jusqu'à présent que de quelques affaires, dans lesquelles elle n'a encore rendu aucune décision infligeant une amende ou sanction pécuniaire à des entreprises ou associations d'entreprises ayant violé le droit de la concurrence.

73 Voir *Guy ISAAC, Marc BLANQUET*, Droit communautaire général, *op.cit.*, p. 272.

74 En droit européen, le recours en carence n'est pas recevable en droit de la concurrence, la Commission européenne s'abstenant de créer une commission d'enquête à la suite d'un recours. La situation est toutefois différente si l'objet du recours est le retrait d'une exemption précédemment accordée par la Commission ; voir à cet égard CJUE, NJW 1980, 2014 ; TUE, 18.11.1992, Aff. T-24/90.

75 Il est utile de préciser que que de nombreuses décisions ont été rendues par la Cour de justice de l'UEMOA, en particulier en matière sociale. Mais en matière de droit de la concurrence, on note une absence de décision, traduisant l'inaction de la Cour en cette matière. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a pas de contentieux en droit de la concurrence, mais les parties préfèrent la plupart du temps régler leur différend dans la perspective de gagner du temps. Il en est ainsi parce que les dossiers pendant devant la Cour depuis plus de dix (10) ans n'ont pas encore connu un début de décision ou sont vidés de tout intérêts parce que les parties se sont désistées de leur action. Voir par exemple Etats du Sénégal et SPIA/Etats du Mali, de la Côte d'Ivoire et du Burkina ; OMA-Senisot c/Etat du Burkina ; Etat du Sénégal et les sociétés « Ba Négoce et Industrie », « Nima Sarl » « Etablissements Kouma » du Mali et les Grands Moulins de Dakar c/ l'Etat du Mali.

76 Avis N° 03/2000/CJUEMOA.

77 Décision N° 007 de la Commission-UEMOA du 4. Juin 2010 (Décision N° 007/2010/COM/UEMOA).

78 *Bakhoun MOR*, L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), Stämpfli Editions SA Bern, Bruylant S.A. Bruxelles, 2007, p. 30.

## **D. Obstacles à la mise en oeuvre de sanctions**

La question de l'inefficacité la Commission de l'UEMOA dans la mise en oeuvre des sanctions contre les auteurs des pratiques anticoncurrentielles se pose avec un intérêt particulier, en ce que plusieurs réponses peuvent être envisagées. L'inefficacité de la commission est-elle du fait de l'enchevêtrement du processus décisionnel interne (II), ou est-elle due aux structures nationales de concurrence (III) ? Les actions civiles entravent-elles aussi l'efficacité de la mise en œuvre de la répression des pratiques anticoncurrentielles (IV) ? avant de répondre à ces différentes questions il est utile de s'intéresser à l'inefficacité du fait de la durée de la procédure (I).

### *I. L'inefficacité du fait de la durée de la procédure*

Pour sanctionner efficacement les infractions d'ententes anticoncurrentielles et d'abus de position dominante, il faut avant tout un processus décisionnel rapide déterminé, encadré dans des délais de procédure. Les articles 22 et 23 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA ne fixent pas de délais à la Commission dans sa mission de sanction des infractions au droit de la concurrence conformément aux articles 88.a) et 88.b) TUEMOA. L'article 16, paragraphe 1, du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA prévoit que la Commission fixe des délais dans lesquels les entreprises ou associations d'entreprises concernées peuvent présenter des observations. Toutefois, la Commission n'est soumise à aucun délai pour rendre sa décision. Ce manque de précision quant au délai dans lequel la Commission doit agir contribue à ralentir la procédure et constitue un obstacle sérieux dans le cadre de mise en œuvre effective des sanctions. Le recours en annulation d'une attestation négative<sup>79</sup> accordée à Unilever et à d'autres entreprises en est une illustration. Dans son arrêt préjudiciel du 2 mars 2012, la Cour de justice a demandé à la Commission de lui fournir, dans un délai de deux mois, toutes les informations et tous les documents pertinents qui lui manquaient pour apprécier la légalité de la décision attaquée. La Commission n'ayant pas réagi jusqu'à expiration du délai de deux mois, La Cour a dû nommer un expert. L'affaire est toujours pendante devant la Cour de justice.

### *II. L'inefficacité du fait de l'enchevêtrement du processus décisionnel interne*

Le processus décisionnel de la Commission en vue de la sanction des pratiques anticoncurrentielles se trouve enchevêtré par une superposition d'organes compétents. En effet, au sein de la Commission de l'UEMOA, c'est la Direction de la concurrence qui est chargée de traiter les affaires d'ententes et de rédiger les décisions. Lorsqu'elle clôture une enquête préliminaire, elle doit, en application de l'article 28 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA, consulter le Comité consultatif avant de prendre une décision en matière de

79 Décision N° 009 de la Commission de l'UEMOA du 22 octobre 2008 (Décision N°009/2008/COM/UEMOA).

pratiques anticoncurrentielles ou d'imposition d'amendes ou d'astreintes. L'organisation et le fonctionnement de cet organe sont régis par l'article 28, paragraphe 3, du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA, selon lequel le comité consultatif est composé de deux représentants de chaque Etat membre désignés comme fonctionnaires chargés des questions d'entente et de monopole. Conformément à l'article 28, paragraphe 5, du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA, le comité consultatif émet son avis sur le projet de décision à lui soumis par la Commission dans un délai de 14 jours, sans que la Commission soit liée par cet avis en raison de sa fonction purement consultative. En outre, la Commission doit d'abord soumettre son projet de décision à la Direction des affaires juridiques pour avis, intégrer ses observations dans le projet et le soumettre au Président de la Commission pour signature avant que la Direction des affaires juridiques ne puisse à son tour confirmer la décision. Ces différents avis consultatifs alourdissent la processus décisionnel de la Commission et participent ainsi à l'inefficacité du système de sanction des pratiques anticoncurrentielles en UEMOA.

Par ailleurs, il s'observe dans la pratique un non-respect des délais au sein des différents organes compétents à l'interne qui entraîne ici aussi un rallongement du temps de traitement des affaires.<sup>80</sup> Cette complexité rend le processus décisionnel inefficace. L'approbation finale du projet de décision de la Direction de la concurrence par la direction des affaires juridiques trouve sa source dans le règlement intérieur de la Commission, qui considère cette direction comme un service de la présidence<sup>81</sup> et lui donne donc une position lui permettant de faire appel des décisions de la Commission.<sup>82</sup> Cette hiérarchie constitue une faiblesse de la structure procédurale qui, comme l'absence de délais, conduit à une procédure longue empêchant l'imposition effective de sanctions aux entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles.

### III. L'inefficacité due aux structures nationales de concurrence

Les structures nationales de concurrence n'ont pas le pouvoir de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles conformément à la directive n° 02/2002/CM/UEMOA. L'article 3, paragraphe 3, point e), de la Directive n° 02/2002/CM/UEMOA impose à cet effet aux structures nationales de concurrence de soumettre à la Commission un rapport annuel sur la situation nationale en matière de concurrence et en vertu de l'article 3, paragraphe 3, point b) des informations trimestrielles sur les secteurs économiques qui ont fait ou font l'objet d'une enquête de concurrence. Conformément au paragraphe 3, point c) du même article, les structures nationales de la concurrence doivent également soutenir la Commission dans son travail dans l'Etat membre concerné à travers des enquêtes et en

80 *Bakhoun MOR*, L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), *op.cit.*, p. 22.

81 Art. 8 de la Décision N° 305/2015/PCOM/UEMOA.

82 Ce qui n'est pas le cas au niveau de la Commission européenne, où le Service juridique ne dispose pas de tels pouvoirs.

fournissant des informations pertinentes ainsi qu'en surveillant la mise en œuvre des décisions de la Commission dans le domaine de la sanction des infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles en coopération avec les autres institutions nationales compétentes.

Le législateur UEMOA vise ainsi à garantir la mise en œuvre efficace du droit communautaire à travers la surveillance du marché de l'Union. La Commission devait être soutenue par les structures nationales de concurrence dans l'exercice de son pouvoir par des enquêtes préliminaires et accessoires menées par celles-ci. Cela n'est pas le cas dans la pratique du fait de deux problèmes principaux. D'une part, les structures nationales de concurrence reflètent dans une large mesure la faiblesse fondamentale de la Communauté, d'autre part, elles ne se sentent pas suffisamment impliquées dans l'application du droit communautaire.

Les structures nationales de la concurrence montrent peu d'intérêt dans l'application de la réglementation des pratiques anticoncurrentielles prévue par le Traité exprimant ainsi principalement leur résistance à la compétence exclusive de la Commission en matière de sanction des infractions au droit de concurrence. Pour la Commission les structures nationales de concurrence doivent être uniquement compétentes pour connaître des infractions à la concurrence non couverte par le droit communautaire, telles que la concurrence déloyale, alors que les Etats membres prônent une coexistence du droit national et du droit communautaire à condition que les législations nationales soient compatibles avec celui-ci. Dans son avis du 27 juin 2000, la Cour de justice de l'UEMOA s'est prononcée en faveur de la Commission<sup>83</sup>, consacrant ainsi la compétence exclusive de l'Union. Cela a finalement conduit au refus de coopération des autorités nationales de la concurrence de presque tous les Etats membres avec la Commission.<sup>84</sup> La passivité des autorités nationales de concurrence, qui se manifeste par un manque de soutien et d'assistance lors des enquêtes nécessaires à l'obtention d'informations, ainsi qu'une forte orientation vers le droit national de la concurrence dans le sens où celui-ci est appliqué de manière préférentielle en cas de manque de clarté dans la répartition des responsabilités entre la Commission et les autorités nationales, crée une distance problématique entre les Etats membres et les organes de l'UEMOA, ce qui entrave l'application effective de sanctions au niveau communautaire. Par exemple, l'Etat sénégalais a contourné la compétence exclusive de la Commission en imposant en 2002 des sanctions à Air France en constatant un abus de dépendance économique.<sup>85</sup> Il existe un risque de confusion entre les infractions d'abus de position dominante et d'abus de dépendance économique, car les deux terminologies ne peuvent pas être clairement distinguées l'une de l'autre et il n'est pas possible de dire avec certitude quels éléments de l'infraction relèvent de la compétence des Etats membres et lesquels doivent

83 Avis N°03/2000/CJUEMOA.

84 *Bakhoun MOR*, Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) *Revue Internationale de Droit Economique*, N° 3, 2011, p. 316 et s.

85 Décision du Comité national de la concurrence du Sénégal du 27 décembre 2002 (Air France gegen SAVTS).

être sanctionnés par la Commission de l'UEMOA. Les Etats membres pourraient exploiter cette ambiguïté de terminologie et sanctionner l'abus de position dominante (qui relève de la compétence de la Commission) comme un abus de dépendance économique (qui relève de leur propre compétence) (et *vice versa*), puisque les abus de position dominante relèvent de la compétence de la Communauté, tandis que les abus de dépendance économique relèvent de la compétence des États membres.

En raison de ce conflit de compétence entre la Commission de l'UEMOA et les structures nationales de concurrence, les plaintes transmises à la Commission sont également moins nombreuses. Dans certains Etats membres, comme le Sénégal, on constate un manque constant de coopération, qui conduit parfois les autorités nationales à renvoyer les questions de droit de la concurrence à la Direction du commerce intérieur plutôt qu'à la Direction responsable du droit de la concurrence.<sup>86</sup>

#### IV. *Les actions civiles*

L'article 22.4, du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA dispose que, sans préjudice des amendes infligées par la Commission, des actions en dommages et intérêts peuvent être engagées devant les juridictions nationales. Les juridictions nationales peuvent demander des informations à la Commission afin d'évaluer le préjudice subi.<sup>87</sup> Cette mesure vise à permettre à ceux qui ont subi un préjudice du fait de pratiques anticoncurrentielles de demander réparation auprès des tribunaux nationaux. Elle jette un pont entre les procédures de réparation du dommage subi par l'économie de la communauté et les actions en dommages et intérêts intentées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cela paraît logique, puisque le droit de la concurrence ne vise pas en premier lieu à réparer les préjudices subis par les victimes, mais à garantir la liberté de concurrence.<sup>88</sup> S'il est possible de mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles à l'aide de la réglementation et de la menace des sanctions, les dommages subis par les personnes concernées doivent également être réparés. En conséquence, l'article 22.4 du Règlement N° 03/2002/CM/UEMOA fait référence aux mécanismes de protection dont disposent les concurrents lésés par des pratiques anticoncurrentielles<sup>89</sup>, car il vise également à protéger particulièrement les concurrents et le marché en général. Par contre, l'article 88 TUEMOA ne fait pas de distinction entre la

86 *Bakhoun MOR*, Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence, *op.cit.*, p. 316 et s.

87 L'art. 22. 4 du Règlement N° 03/2002/CM/UEMOA dispose : « [...] *Les sanctions prononcées par la Commission sont sans préjudice des recours devant les juridictions nationales relatifs à la réparation des dommages subis. Les juridictions nationales peuvent demander des informations à la Commission en vue d'apprécier ces dommages.* »

88 *Daniel FASQUELLE*, La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, *RTD com.* 1998, p. 763 et s.

89 *Phillip MALINVAUD*, *Droit des obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., Lexis Nexis (Litec), Paris, 2014, p. 111 ; *Mbissane NGOM*, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA*, *op.cit.*, p. 388.

protection des intérêts généraux et ceux des particuliers. Dans cette optique, il convient de voir dans quelle mesure les pratiques anticoncurrentielles pourraient être soumises à la responsabilité civile. On peut difficilement nier qu'au plan civil, un comportement anticoncurrentiel puisse causer des dommages élevés à un concurrent exclu de l'accord de cartel ou finalement aux consommateurs.

Si l'on ne permet pas à toute personne lésée par un comportement susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence d'obtenir des dommages-intérêts, l'efficacité des articles 88.a) et 88.b) TUEMOA et en particulier les interdictions qui y sont prévues s'en trouverait atteinte.<sup>90</sup> Le droit de la concurrence ouest-africain consacre ce principe en prévoyant à l'article 22.4 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA que, nonobstant les amendes infligées par la Commission, les actions en dommages et intérêts peuvent être portées devant les juridictions nationales compétentes. Il reconnaît d'abord la responsabilité des auteurs d'infractions au droit de la concurrence. La présomption plus large que ces violations auraient pu causer un dommage préjudiciable, ouvre la voie à une action en dommages et intérêts de la part de la victime. Il est également fait référence à la juridiction nationale, tenant ainsi compte de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats, qui définissent les modalités de l'indemnisation. Au Bénin, les conditions d'une action en dommages-intérêts sont énoncées à l'article 1382 du Code civil, qui exige la preuve d'un préjudice causé par une infraction. Dans l'espèce, le demandeur doit faire la preuve du préjudice souffert du fait de l'infraction au droit de la concurrence. Ainsi, l'action en dommages et intérêts dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles correspond à l'action délictuelle de droit commun<sup>91</sup> et le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA renforce la convergence du droit pénal et du droit de la procédure civile dans le droit de la concurrence de l'UEMOA par le biais de l'exécution dite civile.<sup>92</sup>

90 Voir également CJUE, 20.09.2001, affaire C-453/99, p. I- 6314.

91 Dans le droit européen également la « private enforcement » fixé à l'article 3 de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions au droit des États membres et de l'Union européenne en matière de concurrence. Celle-ci stipule que « les États membres veillent à ce que toute personne physique ou morale qui a subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence puisse demander et obtenir la réparation intégrale de ce préjudice ». En conséquence, les États membres de l'Union européenne sont tenus d'autoriser les actions en dommages et intérêts dans le cadre des infractions aux règles antitrust. La directive vise également à accroître l'effet dissuasif de la sanction des pratiques anticoncurrentielles et à harmoniser les règles de procédure dans le cadre de la responsabilité civile dans les Etats membres.

92 Voir *Thomas SCHRÖDER: Das Akteneinsichtsrecht im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren im Spannungsfeld nationaler, unionsrechtlicher und völkerrechtlicher Vorgaben*, dans: Mustafa Temmuz *OGLAKCIOGLU/ Jan SCHUHR/ Christian RÜCKERT* (Ed.), *Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts*, Baden-Baden, 2016, p. 143. Contrairement à l'Afrique de l'Ouest, les États européens « veillent à ce qu'une infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou d'une instance d'appel soit présumée irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts au titre de l'article 101 ou 102 du TFUE ou du droit national de la concurrence devant l'une de leurs juridictions

## E. Perspectives pour une sanction plus efficaces des infractions au droit UEMOA de la concurrence

Dans une perspective d'efficacité de la sanction des pratiques anticoncurrentielles dans l'espace UEMOA, il urge d'envisager certaines réformes. En effet, il est nécessaire d'envisager la restructuration de la direction de la concurrence (I). Il en va de même pour l'efficacité procédurale (II).

### I. Une nécessaire restructuration de la direction de la concurrence de la Commission

La nécessité d'une restructuration de la direction de la concurrence trouve ses raisons dans le fait qu'elle est débordée par la mission parce que disposant d'un personnel limité. L'UEMOA devrait prendre des mesures pour remédier à la charge de travail excessive de la direction de la concurrence de la Commission car le sous-effectif est un problème important au sein de la direction et nécessite une augmentation du personnel.

En outre, il devrait être assuré une indépendance financière et administrative à la direction afin de la soustraire du système actuel de contrôle hiérarchique alourdissant son processus décisionnel. Il serait utile de suivre le modèle de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), qui dès le départ a prévenu le risque d'inefficacité structurelle des institutions hiérarchisées dans la mise en oeuvre du droit de la concurrence et a créé une autorité régionale indépendante compétente pour les questions de concurrence.<sup>93</sup>

Compte tenu de l'importance de la Direction chargée du droit de la concurrence, il devrait être alors procédé à des réformes structurelles en rendant la Direction plus autonome, notamment en la soustrayant de la sphère d'influence de la Commission.

### II. Nécessité d'assurer une efficacité procédurale

Dans le but d'efficacité de la procédure de sanction des pratiques anticoncurrentielles, les règles de procédure prévues par le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA doivent être

nationales ». Voir à cet égard l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2014/104/UE. En Allemagne, une transposition complète de la directive n'était pas nécessaire, car le législateur allemand a déjà facilité l'application des demandes de dommages et intérêts pour une protection juridique plus efficace et plus forte des victimes d'une infraction à la concurrence en 2005 avec le septième amendement de la loi contre les restrictions de la concurrence. En vertu de l'article 33(4) GWB, « le tribunal est lié par la constatation de l'infraction telle que faite dans une décision définitive de l'autorité de concurrence, de la Commission européenne ou de l'autorité de concurrence ou du tribunal agissant en tant que tel dans un autre État membre de l'Union européenne [si] des dommages-intérêts sont demandés en raison d'une infraction à une disposition de la présente loi ou des articles 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. » Voir Bien, *Competition Law Journal* 2015, 14. Une telle déclaration de force obligatoire fait toujours défaut dans le droit de l'UEMOA.

93 Voir le Protocole additionnel A/SA.2/12/08 de la CEDEAO.

revisées en vue de déterminer clairement les délais de procédure. La structure juridique de la procédure d'enquête et de décision en vertu du droit de la concurrence implique la nécessité de fixer des délais, avec la possibilité de sanctions du non-respect de ceux-ci. Le fait que les parties concernées, ou la direction et les auxiliaires impliqués dans la procédure, sachent qu'elles seront sanctionnées si elles n'accomplissent pas une formalité ou un acte de procédure dans un délai donné renforce la validité des délais et facilite leur respect.

Dans ce contexte, il convient de clarifier les délais afin que les parties à la procédure sachent exactement quelle action elles doivent entreprendre et dans quel délai, et de préciser que le fonctionnaire responsable de l'action procédurale en question doit être identifié si le délai n'est pas respecté, afin qu'il puisse être tenu responsable du non-respect du délai. Bien que l'assistance des parties à la procédure permette d'accélérer la procédure, parce qu'elle élimine les principales causes de prolongation de la procédure, il semble essentiel pour l'efficacité de l'accélération de la procédure de sanctionner l'employé compétent pour son non-respect d'un délai.

De surcroît, l'accès aux organes chargés de la mise en œuvre de la sanction au droit UEMOA de la concurrence doit être facilité afin que les personnes concernées ou intéressées puissent plus facilement trouver une audience légale. Les autorités nationales de la concurrence peuvent servir de premier point de contact et évaluer l'affaire. La Commission pourrait ensuite devenir un organe décisionnel communautaire garantissant l'application uniforme et efficace du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Pour la mise en œuvre de la sanction des pratiques anticoncurrentielles, la directive n° 02/2002/CM/UEMOA régit la coopération entre la Commission de l'UEMOA et les autorités nationales.<sup>94</sup> Ce système de coopération et d'échange d'informations entre les différentes autorités compétentes est conforme à la compétence exclusive de l'Union, puisqu'en vertu de l'article 3 de la directive N° 02/2002/CM/UEMOA, les autorités nationales de concurrence n'agissent qu'en tant qu'auxiliaires de la Commission et ne sont donc pas habilitées à prendre des décisions de manière autonome.<sup>95</sup> La mise en œuvre effective de la sanction des pratiques anticoncurrentielles nécessite également une bonne coopération entre les autorités nationales et celles de l'Union. Cela doit se faire au moyen d'un système de communication capable de faciliter l'échange d'informations entre les autorités compé-

94 Art. 2 de la Directive N° 02/2002/CM/UEMOA : « La présente Directive détermine les domaines d'intervention de la Commission et des structures nationales de concurrence, ainsi que les modalités de leur coopération dans la mise en œuvre des procédures de traitement des interdictions visées à l'article 88 du Traité ».

95 Art. 3 Directive No. 02/2002/CM/UEMOA.

„3.1 : Les structures nationales de concurrence assurent une mission générale d'enquête, sur initiative nationale ou sur mandat exprès de la Commission, conformément aux pouvoirs et aux procédures d'investigation prévus par le droit communautaire et les droits nationaux. A ce titre, elles mènent une activité permanente de surveillance du marché afin de déceler les dysfonctionnements liés aux pratiques anticoncurrentielles.

3.2 : Lorsque l'enquête émane de l'initiative des structures nationales de concurrence, elles en informent sans délai la Commission.

tentes aux différents niveaux. Les autorités nationales de concurrence doivent pouvoir informer la Commission de l'UEMOA de toutes les procédures de sanction des pratiques anti-concurrentielles au niveau national, afin qu'elle puisse exercer sa compétence dans les cas d'intérêt communautaire.

Afin d'assurer une communication efficace entre les autorités nationales de concurrence et les autorités communautaires, compte tenu des circonstances contextuelles et de la nécessité d'accélérer les procédures, il est nécessaire de remédier aux insuffisances de l'infrastructure de communication existante et de mettre en place un système de communication permettant aux différentes autorités de recevoir en temps utile des informations sur les affaires en cours. Dans l'espace UEMOA, il s'observe que l'infrastructure de communication (poste, téléphone et Internet) est déficitaire, de sorte que des améliorations doivent être apportées à cet égard. Par ailleurs, les employés sont tenus d'effectuer leur travail dans des délais précis. Jusqu'à présent, les fonctionnaires avaient tendance à prendre une décision en temps voulu lorsqu'ils étaient tenus de le faire dans un certain délai. Si, en revanche, aucun délai légal de décision n'est fixé, le traitement des affaires sera généralement long du fait du laxisme des autorités compétentes en la matière.<sup>96</sup>

3.3 : Dans l'accomplissement des missions visées à l'alinéa 3.1, les structures nationales de concurrence se chargent :

- a) de recevoir et de transmettre à la Commission, les demandes d'attestation négative, les notifications pour exemption et les plaintes des personnes physiques ou morales ;
- b) d'élaborer et de transmettre trimestriellement à la Commission, des rapports ou des notes d'information sur la situation de la concurrence dans les secteurs économiques ayant fait l'objet d'enquêtes ;
- c) de suivre, en collaboration avec toute autre administration habilitée, l'exécution des décisions qui comportent à la charge des personnes autres que l'Etat, une obligation pécuniaire et en faire un rapport périodique à la Commission ;
- d) de procéder au recensement des aides d'Etat et en faire trimestriellement rapport à la Commission ;
- e) de produire un rapport annuel sur l'état de la concurrence dans le pays.

3.4 : Les structures nationales prêtent assistance aux agents de la Commission lorsque celle-ci conduit elle-même les enquêtes. » ; *Abou Saïb COULIBALY*, Le droit de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest africain, *Revue burkinabè de droit*, N° 43-44, 2003, p. 38 ; *Mbissane NGOM*, Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA, *op.cit.*, p. 250 ; *Ayawa Améhia TSKADI*, De la compétence exclusive de l'union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA, Penant N° 873, 2010, p. 473 et s.

96 Dans le cas de la Cour constitutionnelle du Bénin, par exemple, la situation est la suivante : S'il existe une obligation légale pour les conseillers de prendre leur décision dans un certain délai (par exemple, trois jours dans le cas de litiges électoraux). Voir la décision du 6 mars 2016), ils sont très soucieux de parvenir à une décision dans ce délai ; mais s'il n'y a pas de délai pour une décision (par exemple, dans le cas de plaintes constitutionnelles), la procédure prend généralement beaucoup de temps.

### III. Conclusion

La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et les abus de position dominante peut être mise en œuvre plus efficacement par une seule autorité régionale dans le cadre d'une politique de concurrence régionale.<sup>97</sup> Toutefois, cette perception est erronée car la croyance qu'une seule autorité que ce soit au niveau régional ou communautaire pourrait effectivement suffire à sanctionner efficacement les infractions constitutives de pratiques anticoncurrentielles est utopique. En effet, la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA réduit l'efficacité de la sanction des pratiques anticoncurrentielles dans l'espace UEMOA. Un certain paradoxe se révèle lorsqu'on renvoie systématiquement les intéressés d'une pratique anticoncurrentielles, qu'il s'agisse des victimes ou des entreprises délinquantes devant la Commission UEMOA en tant qu'organe compétent au niveau communautaire, alors que les effets directs de l'infraction aux règles de concurrence se font sentir à l'intérieur du territoire national d'un Etat membre. La procédure souvent longue au niveau communautaire entraîne involontairement la poursuite de la pratique anticoncurrentielle, puisque les parties concernées poursuivent la commission de l'infraction conscient de ce que l'attente d'une décision de la Commission est longue. Enfin et surtout, ces circonstances limitent la protection que la Communauté à travers le droit de la concurrence de l'UEMOA recherche au profit des intéressés.

En théorie, on peut supposer que l'application des règles exclusivement par une institution communautaire pourrait conduire à une plus grande efficacité dans certains domaines.<sup>98</sup> Toutefois, cette thèse est contredite par le manque de ressources évoqué plus haut et par le fait que les institutions communautaires ne peuvent pas être présentes dans chaque domaine concerné dans chaque Etat membre alors qu'elles ne connaissent pas la situation spécifique de chaque Etat. La compétence exclusive de la Commission limite considérablement l'efficacité de la mise en œuvre de la sanction en droit UEMOA de la concurrence et limite ainsi la protection des droits individuels.

Le point de vue selon lequel l'UEMOA a développé un double mécanisme au niveau communautaire et national pour la mise en œuvre des règles de concurrence, caractérisé par la primauté des institutions communautaires<sup>99</sup> mais aussi par la coopération avec les structures nationales de concurrence, confond déconcentration et décentralisation. Dans le droit de la concurrence de l'UEMOA, il n'y a pas de compétence primaire de la Commission, mais une compétence exclusive.<sup>100</sup> Les autorités nationales de concurrence

97 N'TOUMON, N'kouano Anasthasie, Das kartellrechtliche Sanktionssystem der UEMOA, ZSTW 130 (3), 2018, p. 941.

98 Abou Saïb COULIBALY, Le droit de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest africain, *op.cit.*, p. 39 ; Mbissane NGOM, Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO, *op.cit.*, p. 333.

99 COULIBALY, Le droit de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest africain, *op.cit.*, p. 38.

100 Art. 90 TUEMOA.

n'agissent qu'en tant qu'organes auxiliaires de la Communauté et n'ont aucun pouvoir de décision.<sup>101</sup> La déconcentration se caractérise par le transfert de responsabilités de l'administration centrale vers d'autres branches afin de soulager l'administration centrale, alors que la décentralisation assure une plus grande autonomie de ces branches par rapport à l'administration centrale en transférant non seulement des tâches mais aussi des pouvoirs à des branches qui sont ainsi indépendantes de l'administration centrale. Les autorités nationales de la concurrence de l'espace UEMOA ne jouissent cependant d'aucune autonomie en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence. Au contraire, ils font partie d'une structure communautaire qui leur assigne le rôle d'assister la Commission dans sa prise de décision. Par conséquent, il ne serait possible de parler d'un système institutionnel dual dans l'UEMOA que si les autorités nationales de la concurrence étaient en mesure d'appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles indépendamment de la Commission et que les parties concernées avaient ensuite la possibilité d'agir contre ses décisions devant la Commission. Cependant, étant donné que les autorités de la concurrence dans les Etats membres respectifs de l'UEMOA ne sont pas compétentes pour sanctionner les violations au droit de la concurrence, la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UEMOA est largement inefficace en l'absence d'un double système institutionnel.

Il faudrait pour cela que le TUEMOA s'éloigne de la compétence exclusive de la Commission, afin que les autorités nationales de la concurrence et les tribunaux des Etats membres puissent également appliquer l'art. 88.a) et b) et l'art. 89 TUEMOA. Les Etats membres doivent être persuadés de développer des mesures nationales pour sanctionner les infractions à la concurrence qui soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire. Il faut également convaincre les tribunaux nationaux, qui jouent un rôle important dans l'application des règles de concurrence communautaires, puisqu'ils protègent les droits subjectifs, notamment en imposant des dommages et intérêts. De cette manière, le rôle des tribunaux compléterait celui des autorités de concurrence dans l'Etat membre concerné.

La mise en œuvre effective de la sanction des pratiques anticoncurrentielles nécessite également une bonne coopération entre les autorités nationales et celles de l'Union. La décentralisation, par laquelle les Etats membres sont tenus d'appliquer les articles 88 et 89 TUEMOA dans les cas relevant du droit de la concurrence qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres, serait un premier pas dans la bonne direction.

Enfin, il semble opportun que la Cour de justice de l'UEMOA puisse assurer en tant que juridiction supérieure une interprétation uniforme du droit de la concurrence.

101 Art. 3 de la Directive N° 02/2002/CM/UEMOA ; *COULIBALY*, Le droit de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest africain, *op.cit.*, pp. 37-77.

*COULIBALY*, Le droit de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest africain, *op.cit.*, p. 38 ; *Ayawa Améhia TSKADI*, De la compétence exclusive de l'union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA, Penant N° 873, 2010, p. 473 et s.