

**ARRÊT
N°002/2018
DU 09 MAI 2018**

**Recours en annulation d'une Décision en
matière de droit de la concurrence**

**Les sociétés SUNEOR-SA,
SODEFITEX, SN-CITEC, NIOTO-SA,
SOCOMA-SA**

C/

**Les Sociétés UNILEVER CI (UCI),
SIFCA -SA, COSMIVOIRE, PALMCI,
NAUVU, SANIA**

Composition de la Cour :

- **Madame Joséphine Suzanne EBAH TOURE, Présidente ;**
- **M. Salifou SAMPINBOGO, Juge ;**
- **M. Daniel Amagoïn TESSOUGUE, Juge Rapporteur, Juge;**
- **M. Euloge AKPO, Juge ;**
- **M. Augusto MENDES, Juge ;**

- **M. Yaya Bawa ABDOULAYE, Premier Avocat Général ;**

- **Me Boubakar TAWEYE MAIDANDA Greffier.**

**EXTRAIT DES MINUTES DU GREFFE
COUR DE JUSTICE DE L'UNION
ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST
AFRICAIN (UEMOA)**

AUDIENCE PUBLIQUE DU 09 MAI 2018

La Cour de Justice de l'UEMOA, réunie en audience publique ordinaire le neuf mai deux mil dix-huit, à laquelle siégeaient :

Madame Joséphine Suzanne EBAH TOURE, Présidente ;

Monsieur Salifou SAMPINBOGO, Monsieur Daniel Amagoïn TESSOUGUE, Juge Rapporteur, Monsieur Euloge AKPO, Monsieur Augusto MENDES, Juges ; en présence de Monsieur Yaya Bawa ABDOULAYE, Avocat Général ;

avec l'assistance de Me Boubakar TAWEYE MAIDANDA, Greffier ;

a rendu l'arrêt contradictoire dont la teneur suit :

ENTRE :

SUNEOR, Société de Développement des Fibres Textile (SODEFITEX), Société Nouvelle huilerie et Savonnerie (SN-CITEC), Nouvelle Industrie des oléagineux du Togo (NIOTO SA), Société Cotonnaire du Gourma (SOCOMA-SA) agissant par l'organe de leurs conseils Maître François SARR, avocat au barreau du Sénégal, Maîtres Mamadou TRAORE, Mamadou SAWADOGO, tous avocats à la Cour, Ouagadougou-Burkina Faso, maître Rasseck BOURGI, Avocat au Barreau de Paris ayant élu domicile au Cabinet François SARR

Demandereses, d'une part ;

ET

**UNILEVER CI (UCI), Société Ivoirienne de
Financement du Café et du Cacao,
COSMIVOIRE-SA (COSMIVOIRE), Palmier de
Côte d'Ivoire (PALMCI-SA), Nauvu Investment
Private Limited (NAUVU), SANIA et
Compagnie (SANIA)**

ayant pour conseil Maître Ibrahim B. BAH, Cabinet
LEX-WAYS Avocats à la Cour d'Appel d'Abidjan, Et
Maître Olivier Benoit et Pierre MARLY CMS, Bureau
Francis LEFEVRE Neuilly sur seine, France

Défenderesses, d'autre part ;

**Commission de l'Union Economique et Monétaire
Ouest Africaine (UEMOA)** représentée par Monsieur
Eugène KPOTA, Directeur des Affaires Juridiques de
la Commission ; assisté de Maître Harouna
SAWADOGO, Avocat à la Cour, Ouagadougou-
Burkina Faso ;

Partie intervenante

LA COUR

- VU** le Traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine en date du 10 janvier 1994, tel que modifié le 29 janvier 2003 ;
- VU** le Protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA ;
- VU** l'Acte additionnel n° 10/96 du 10 mai 1996 portant Statuts de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- VU** le Règlement n° 01/96/CM du 05 juillet 1996 portant Règlement de procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- VU** le Règlement n°01/2012/CJ du 21 décembre 2012 portant Règlement administratif de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- VU** le Procès-Verbal n°01/2016/CJ du 25 mai 2016 relatif à la désignation du Président de la Cour et à la répartition des fonctions au sein de la Cour ;
- VU** le Procès-Verbal n°02/2016/CJ du 26 mai 2016 relatif à la prestation de serment et à l'installation des membres de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- VU** l'ordonnance N°11/2018/CJ portant composition de la formation plénière devant siéger en audience publique ordinaire du 14 mars 2018 rectifiée par l'ordonnance N°13/2018/CJ ;
- VU** les convocations des parties ;
- VU** la requête en date du 02 juillet 2009, enregistrée au Greffe de la Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), le 06 juillet 2009, sous le numéro 06/09 par laquelle les sociétés SUNEOR SA, SODEFITEX, SN CITEC, NIOTO SA et SOCOMA, par l'entremise de leur conseil, Maître François SARR, Avocat à la Cour au barreau du Sénégal, ont introduit un recours en annulation de la décision n° 009/2008/COM/UEMOA du 22 octobre 2008, accordant une attestation négative aux défenderesses, comme étant entachée d'illégalité ;
- OUI** le Juge rapporteur en son rapport ;
- OUI** les Conseils des sociétés SUNEOR SA, SODEFITEX, SN CITEC, NIOTO SA et SOCOMA en leurs observations orales ;
- OUI** les Conseils de sociétés défenderesses UNILEVER-SA, SIFCA-SA, COSMIVOIRE-SA et NAUVU Investissement PTE-LTD, PALMCI -SA en leurs observations orales ;
- OUI** le Conseil de la Commission de l'UEMOA, partie intervenante, en ses observations orales ;
- OUI** Monsieur l'Avocat Général en ses conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément au droit communautaire :

I. FAITS ET PROCEDURE

Par requête en date du 02 juillet 2009 enregistrée au greffe de la Cour de Justice de l'UEMOA sous le numéro 06/09 du 06 juillet 2009, la société SUNEOR-SA, société anonyme avec Conseil d'administration, au capital de 22.626.570.000 FCFA et les sociétés SODEFITEX, SN-CITEC, NIOTO-SA, et SOCOMA-SA, par l'organe de leur conseil, Maître François SARR, Avocat à la Cour au barreau du Sénégal et Maître Rase Bourg, Avocat au Barreau de Paris, demandent l'annulation de la décision n° 009/2008/COM/UEMOA du 22 octobre 2008, accordant une attestation négative aux défenderesses, comme étant entachée d'illégalité.

La requête a été notifiée le 09 juillet 2009 aux sociétés défenderesses que sont UNILEVER-SA, SIFCA-SA, COSMIVOIRE-SA et NAUVU Investissement PTE-LTD, PALMCI -SA et à la Commission de l'UEMOA.

La société SUNEOR explique dans sa requête déposée le 06 juillet 2009, que la décision de la Commission de l'UEMOA, en date du 22 octobre 2008, accordant une attestation négative à UNILEVER et autres leur permettant de se concentrer, place ces dernières dans une situation de position dominante ayant pour conséquence d'affecter de manière significative la concurrence sur le marché de l'Union.

En effet, par décision n°009/2008/COM/UEMOA du 22 octobre 2008, la Commission de l'UEMOA a délivré une attestation négative concernant le projet de concentration entre les sociétés UNILEVER-SA, SIFCA-SA, COSMIVOIRE-SA, PALMCI – SA, NAUVU, PHCI, SHCI et SANIA. Cette attestation couvre toute l'opération de concentration ainsi que ses accessoires à l'exclusion du contrat de fourniture de stéarine entre UNILEVER-CI, SANIA et AFRICO-CI pour la fabrication d'emballages ; que selon les termes de la décision, l'accord objet de la demande, visait à réaliser une opération de concentration qui devrait permettre une spécialisation des parties prenantes, dans la filière de l'huile de palme en Côte d'Ivoire.

Après l'opération, devraient rester en activité la société UNILEVER-CI qui se consacrerait exclusivement aux activités relatives à la savonnerie, les sociétés SIFCA et NAUVU se spécialisant dans la production et l'exploitation de l'huile brute et raffinée.

La Commission, pour soutenir sa décision faisait valoir que concernant la production d'huile de palme brut (CPO) à partir de laquelle sont obtenus l'huile raffinée et le savon,

une définition restrictive du marché géographique pourrait limiter l'analyse au seul marché de la Côte d'Ivoire qui concentre environ 89% du total régional.

De plus, la production ivoirienne étant en bonne partie consommée localement par les industriels et les transformateurs artisanaux, les échanges intracommunautaires sur le produit brut (CPO) seront moindres. Les parties à l'opération notifiée occupant environ 70% de cette production, soit par des plantations exploitées en propre, soit par des plantations villageoises encadrées.

Les demanderesses expliquaient que la Commission a estimé à tort que les sociétés SIFCA et NAUVU n'étaient pas leaders sur le marché et n'a pas considéré que la concentration envisagée permettrait de déduire une position dominante pour les raisons selon lesquelles, qu'en tenant compte des importations d'huile de palme, d'huile de soja et d'autres corps gras dans la région, il est peu probable que les parties à l'opération de concentration puissent se soustraire des contraintes de la concurrence et cela d'autant plus que la filière oléagineuse de la région affiche une faible compétitivité vis-à-vis des importations venant d'Asie notamment.

Ainsi, même si la Commission a considéré au regard de l'ensemble des documents qui lui ont été communiqués, que la concentration envisagée ne plaçait pas les entreprises parties à l'opération de concentration individuellement ou collectivement en position dominante dans les branches de l'huilerie et de la savonnerie, sa décision est entachée d'illégalité, car l'opération de concentration qui était envisagée constitue une pratique assimilable à un abus de position dominante qui a pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence à l'intérieur du Marché Communautaire de l'UEMOA.

Par conséquent, elles s'estiment victimes d'un abus de position dominante de la part des sociétés défenderesses ce qui fonde leur demande d'annulation de la décision du 22 octobre 2008, dans la mesure où cette décision leur fait grief et qu'elle est entachée d'illégalité.

En réalité, cette attestation a pour effet d'écarter du marché des oléagineux de l'espace communautaire, toutes les entreprises du secteur d'huile végétale raffinée, ainsi que celles du savon.

Le 08 juillet 2009, la Cour par ordonnance n° 12/09/CJ fixait le cautionnement à la somme de 100.000 FCFA qui a été payée.

La requête a été signifiée le 09 juillet 2009 à la commission de l'UEMOA et aux Sociétés défenderesses.

Par lettre en date du 21 juillet 2009, la Commission de l'UEMOA a désigné Monsieur Eugène KPOTA, Directeur des Affaires Juridiques comme Agent de l'UEMOA chargé de la représenter.

Suite à la signification de la requête, la société UNILEVER-CI et autres ont déposé un mémoire en défense le 06 octobre 2009, par l'entremise de leur conseil, LEX-WAYS, Cabinet d'avocats, suivi du mémoire en défense de la Commission de l'UEMOA produit par Maître SAWADOGO Harouna, Avocat constitué pour assister l'Agent de l'Union, le 08 septembre 2009.

Le 28 octobre 2009, la société demanderesse SUNEOR a déposé un mémoire en réplique au mémoire en défense de la Commission, suivi d'un autre mémoire en réplique aux écritures d'UNILEVER déposé le 17 novembre 2009.

Le 23 décembre 2009 Maître Harouna SAWADOGO a déposé un mémoire en réplique au nom de la Commission en réponse aux différentes écritures des demanderesses.

Le 10 février 2010, les sociétés défenderesses, UNILEVER-CI et autres ont déposé un mémoire en duplique, suivi le 12 mars 2010 par un mémoire récapitulatif déposé par Maître TRAORE Mamadou, Avocat, constitué en cours de procédure, le 02 février 2010.

Notification de ce mémoire récapitulatif a été faite aux parties les 15 et 18 mars 2010, entraînant une réaction des défenderesses qui ont déposé des écritures le 21 juillet 2010. Ces dernières écritures ont mis fin aux échanges et ont marqué la clôture de la procédure écrite.

Par ordonnance n° 07/2016/CJ du 07 septembre 2016, le Juge Daniel Amagoin TESSOUGUE a été désigné Juge rapporteur.

II. PRESENTATION DES PRETENTIONS DES PARTIES

A. Demandes et arguments des requérantes

Au soutien de leur demande, les sociétés SUNEOR et autres, expliquent que la décision de la Commission de l'UEMOA conforte la position dominante des sociétés UNILEVER-CI et de ses partenaires dans le marché communautaire, puisqu'aux termes de l'article 4 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA, « 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 ». Toujours selon le même article, « ...constituent une pratique anticoncurrentielle, 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 » ;

Pour délivrer l'attestation, la Commission n'a pas initié une procédure contradictoire conformément aux dispositions des articles 13 et 16 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 et n'a pas donné suite aux réserves émises par la société SUNEOR quant à la concentration envisagée.

Malgré lesdites réserves et bien d'autres émises par des Etats ou des parties, la Société SUNEOR a pris connaissance de ce que le 06 mai 2009 la Commission a pris une décision accordant une attestation négative.

Que pour obtenir cette attestation, les entreprises parties de l'opération de concentration ont fait valoir l'absence de position dominante ante et post concentration, en se fondant sur les parts de marché respectives dans le secteur de l'huile alimentaire où SIFCA et NAUVU n'auront que 13% et dans le secteur de la savonnerie où UNILEVER aura 24% de part de marché.

Mais selon les demanderesse, la position dominante des défenderesse peut être démontrée par plusieurs arguments. :

1. D'abord par l'analyse des parts de marché des huiles raffinées.

Cette analyse du marché des huiles montre que de 2002 à 2006, le marché est essentiellement composé d'huile végétale raffinée de soja produite par les industries locales et d'huile raffinée de palme importée.

Si la première catégorie a toujours occupé près de 70% du marché, elle a perdu 33% de parts de marché entre 2003 et 2005 au profit des importations d'huile de palme dont les parts de marché sont passées de 12 à 53% entre 2002 et 2005.

Les autres huiles, principalement composées d'huiles de table, représentent 5 à 7% et les huiles d'arachide 2% à l'exception de l'année 2002, au cours de laquelle en raison de la baisse des prix mondiaux d'huiles brutes d'arachide, 20.000 tonnes d'huiles raffinée d'arachide ont été commercialisées au Sénégal.

2. Ensuite par les importations et exportations intra-UEMOA.

En effet, le marché intracommunautaire de l'huile végétale raffinée est dominé de façon monopolistique par la Côte d'Ivoire qui dispose en quantité suffisante de la matière première, à savoir l'huile de palme brute produite notamment par la société PALM-CI ;

Les exportations ivoiriennes sont réalisées par les sociétés défenderesse (UNILEVER et COSMIVOIRE, à travers leurs marques DINOR et PALM d'OR).

Les pratiques auxquelles se livrent les sociétés défenderesse ont pour effet de restreindre et de fausser le libre jeu de la concurrence et de détruire la filière agro-industrielle des oléagineux basée pour la plupart dans les pays membres de l'UEMOA.

Et dans la mesure où le coût de production de l'huile de palme brute est largement inférieur en Asie du sud-est et en Côte d'Ivoire, les pays membres de l'Union sont tentés d'importer de l'huile de palme qui coûte moins cher que les huiles d'arachide et de coton.

Les requérantes poursuivent en indiquant que la Côte d'Ivoire où sont installées les sociétés défenderesse importe de l'huile de palme raffinée de pays tiers pour de

faibles valeurs avec une pointe de 1,1 milliard de FCFA au cours de l'année 2006. Elles citent également des exemples de pratiques des sociétés défenderesses comme SANIA qui pratique des sous-facturations de leurs produits au Burkina, au Niger et au Mali, avec pour conséquence le risque de mettre fin aux activités industrielles et commerciales des sociétés burkinabé comme SN-CITEC et autres avec toutes les répercussions sociales qui en découleraient. A titre d'exemple : Au Burkina Faso, le bidon d'huile de palme en provenance de la Côte d'Ivoire rentre au cordon douanier burkinabé à 5.000 FCFA, alors que le prix de départ usine se situe entre 9.500 et 10.000 FCFA. De tels agissements pénalisent fortement la filière nationale du coton au Burkina.

Les sociétés requérantes estiment que les pratiques de sous-facturation outre qu'elles coûtent aux Etats comme le Burkina Faso au moins 50% de recettes douanières, placent de facto la société SANIA en position dominante sur le marché burkinabé.

Les requérantes estiment ainsi que l'importation massive d'huile de palme et une politique de prix intentionnellement anticoncurrentielle ont donné aux défenderesses une position dominante dans le marché UEMOA et la concentration litigieuse ne vise qu'à renforcer cette position dominante dans le but d'accroître encore les possibilités de contrôle du marché.

C'est pourquoi elles demandent à la Cour de prononcer l'annulation de la décision de la Commission du 22 octobre 2008, en ce qu'elle leur fait grief, après les avoir reçus en action en annulation, et condamner les sociétés défenderesses aux dépens.

En conclusion, les sociétés SUNEOR et autres sollicitent qu'il plaise à la Cour :

- in limine litis : se déclarer compétente ;
- constater que le recours a été introduit dans les délais et par conséquence rejeter tous les moyens d'irrecevabilité soulevés par la Commission et les défenderesses ;
- constater que le recours est dirigé contre l'acte attaqué ;
- constater que le greffier a notifié la requête à la Commission de l'UEMOA ;
- constater que la Commission est intervenue volontairement dans le procès ;

- recevoir les demandeurs en leur action en annulation de la décision n° 009/2008 du 22 octobre 2008 et par conséquent :
 - prononcer l’annulation de la décision ;
 - condamner les défenderesses aux dépens ;
- très subsidiairement, désigner un expert afin d’établir l’évidence de la position dominante des sociétés défenderesses par l’opération de concentration projetée.

B. Demandes et arguments des défenderesses

En réponse à cette requête, les sociétés SIFCA-SA, UNILEVER-CI SA, COSMIVOIRE-SA, PALMCI -SA et NAUVU Investissement Private Limited par l’entremise de leur conseil Maître Ibrahim BAH, Cabinet LEX-WAYS, ont dans leur mémoire en défense du 06 octobre 2009, rejeté les arguments des requérantes et soulevé l’incompétence de la Cour de Justice de l’UEMOA, l’irrecevabilité de la requête en la forme, le rejet au principal du recours exercé ;

L’Accord conclu par UNILEVER-CI d’une part et SIFCA et NAUVU d’autre part a visé à restructurer l’industrie de l’huile de palme et du savon en Côte d’Ivoire. A l’issue de l’opération de concentration, les activités industrielles et commerciales des sociétés liées aux plantations de palmier à huile et à l’extraction de l’huile de palme brute seront exploitées par PALMCI, celles relatives à son raffinage ainsi qu’à l’obtention de stéarine seront exploitées par SANIA, tandis que celles relatives à la fabrication et à la commercialisation de savon seront exploitées par UNILEVER-CI.

A cette fin, plusieurs fonds de commerce et des participations détenues dans les filiales ont été vendues entre UNILEVER-CI d’une part, et SIFCA et NAUVU d’autre part.

Huit (8) sociétés industrielles ont ainsi été substantiellement impliquées dans l’opération : UCI, SIFCA, COSMIVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI, SHCI et SANIA.

L’une des conditions suspensives de la réalisation de l’opération étaient l’obtention d’une autorisation par les autorités de la concurrence de l’UEMOA.

Ainsi, en vertu du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l’intérieur de l’Union,

l'opération a été notifiée par les sociétés mises en cause à la Commission le 25 juillet 2008, aux fins d'obtenir une attestation négative, ou à défaut, une décision d'exemption individuelle.

Dans le cadre de cette notification, les sociétés mises en cause exposent que sur la base des observations du marché, étayées par des études économiques indépendantes, que l'opération ne conduirait pas à la création d'une position dominante sur aucun des marchés pertinents concernés, à savoir :

- Le marché communautaire de l'huile alimentaire, sur lequel l'opération a une part de marché de 13% ;
- Le marché communautaire du savon, sur lequel l'opération, conduirait à une part de marché cumulée à 24%.

En août 2008, la Commission publiait sur son site internet et dans l'ensemble des journaux d'annonces légales de chaque Etat membre, d'abord le 12 août, puis le 21 août 2008, une communication relative à cette demande d'attestation négative ou d'exemption, contenant une brève description de l'opération et invitant les tiers intéressés à soumettre leurs observations à la Commission avant le 10 septembre 2008, conformément aux dispositions de l'article 28.4 du règlement n°03/2002 relatif aux ententes et abus de position.

Parmi les tiers intéressés, seuls trois (3) soumettaient leurs observations, à savoir le Togo, par lettre du 05 septembre 2008 ; la société SUNEOR par lettre du 09 septembre 2008 et le Niger par lettre du 10 septembre 2008.

Et comme l'exige l'article 28.4 du Règlement n° 03/2002 précité, le Comité consultatif de la concurrence a été consulté par la Commission. Celui-ci, dans son avis n° 01/2008/CM/UEMOA rendu le 10 octobre 2008, a considéré que la Commission pouvait délivrer une attestation négative dès lors que l'opération ne conduisait pas à la création ou au renforcement d'une position dominante sur les marchés concernés.

Le Comité a estimé que l'attestation négative à délivrer devrait couvrir les accords accessoires, à l'exception de deux clauses de ces accords considérées comme susceptibles de restreindre la concurrence.

La Commission de l'UEMOA a donc pris la décision attaquée, parce qu'elle a considéré que l'article 88 du Traité n'était pas applicable, dans la mesure où l'opération ne conduisait pas à la création ou au renforcement d'une position dominante. La décision ainsi prise a été publiée au Bulletin Officiel de l'Union au numéro 64 du quatrième trimestre 2008, et prévoit qu'il sera procédé à l'évaluation de la mise en œuvre des accords accessoires couverts par la décision, au terme d'une période de cinq (5) ans à compter de la date de notification de la décision aux destinataires.

En soutien de leurs arguments, les défenderesses exposent plusieurs moyens de défense que sont :

1. L'incompétence de la Cour

Selon les sociétés défenderesses, il n'est pas de la compétence de la Cour de Justice de l'UEMOA de connaître des questions de « prétendues fraudes sur les prix et autres prétendus actes de concurrence déloyale ». Les questions de fraude sont de la compétence exclusive des juridictions de droit commun. C'est pourquoi elles estiment qu'à supposer que l'adoption de la décision de la Commission ait eu pour effet de faire naître des fraudes sur les prix et une concurrence déloyale, ces faits, dont la preuve n'est pas rapportée par les requérants, seraient sans incidence sur la légalité de la décision qui ne saurait être remise en cause pour ce motif.

Elles estiment que la légalité de la décision repose sur deux points cumulatifs que sont :

- la vérification de l'existence d'une position dominante à naître ou susceptible d'être renforcée consécutivement à la mise en œuvre de l'opération ;
- la vérification de l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective à l'intérieur du Marché commun consécutivement à la naissance ou au renforcement d'une position dominante.

La Cour ne peut donc être appelée à exercer sa compétence qu'autour de ces deux points. En s'abstenant de démontrer en quoi la Commission n'aurait pas dû prendre la décision à raison de l'existence d'une position dominante ou du renforcement d'une telle position du fait de l'opération, les requérantes ne permettent pas à la Cour de procéder à un examen des faits relevant de sa compétence, d'où, elle devrait se déclarer incompétente.

2. L'irrecevabilité de la requête.

Les défenderesses estiment que la requête est irrecevable pour plusieurs raisons ;

- **La requête a été introduite tardivement** : sur ce point, les défenderesses expliquent, qu'en vertu des dispositions de l'art. 8 du Protocole Additionnel n°01 relatif aux Organes de contrôle juridictionnel et en application de l'art. 29 du Règlement n° 03/2002, la publication de la décision au Bulletin Officiel n° 64 du quatrième trimestre 2008 a fait courir le délai du recours, en l'absence de date précise, au plus tard, le jour de la livraison à la Commission, c'est-à-dire le 16 février 2009. Ce délai expirait le 1er mars 2009 ou au plus tard le 17 avril 2009. En introduisant leur recours le 06 juillet 2009, les requérantes sont hors délai. De surcroît, la société SUNEOR qui a participé à l'élaboration de la décision à la Commission ne pouvait pas ignorer qu'une décision serait rendue dans les délais prescrits par le Règlement et textes régissant la concurrence.
- **La requête a été mal dirigée.** Les défenderesses estiment que la requête en tant qu'elle a été portée contre « les sociétés concernées par l'attestation négative » est purement et simplement mal dirigée. En effet, l'article 15 paragraphe 2, alinéa 1^{er} du Règlement n° 01/96 CM portant Règlement de procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA, dispose que « le recours en appréciation de légalité est dirigé contre les actes communautaires obligatoires : les règlements, les directives ainsi que les décisions individuelles prises par le Conseil et la Commission... ». En outre, il est de principe de droit que les recours en appréciation de légalité doivent être portés contre l'institution qui a adopté la mesure contestée et que de tels recours sont irrecevables dès lors qu'ils sont dirigés contre une autre institution ou contre une autre personne, a fortiori contre les personnes qui sont destinataires de la décision. Cette règle de droit se fonde sur le fait que seule l'institution qui a édicté la décision querellée est en mesure de la défendre.

Le recours en annulation aurait dû être dirigé contre la Commission. A défaut d'avoir été porté contre l'Organe qui a pris la décision, le recours doit être déclaré irrecevable en ce qu'il est mal dirigé.

- **La requête ne contient aucun motif.** Cet argument est soutenu par les défenderesses du fait qu'en dehors de la vague allégation selon laquelle la décision de la Commission serait « entachée d'illégalité », la requête n'est fondée sur aucun moyen d'annulation précis. Les sociétés concluantes estiment que la requête est totalement dépourvue de base légale. En effet, il ressort des textes régissant la Cour, notamment ceux organisant le recours en annulation qu'une telle requête, pour être conforme à l'art. 26 alinéa 1 et 2 du Règlement n° 01/96/CM, doit contenir un exposé, fut-il sommaire des moyens d'annulation sur lesquels elle s'appuie et sur lesquels la Cour doit se fonder pour se prononcer.

Plus que la simple pétition de principe figurant sur leur requête, les demanderesses auraient dû qualifier les éléments de la décision susceptibles de constituer selon eux un vice de forme, un vice d'incompétence, un détournement de pouvoir ou encore une violation du Traité ou des actes pris en application de celui-ci. La requête est donc irrecevable parce qu'elle ne contient aucun moyen d'annulation, donc dépourvue de base légale.

A partir de ces arguments, les sociétés SIFCA et autres, défenderesses, concluent à ce qu'il plaise à la Cour :

- in limine litis : se déclarer incompétente pour connaître du recours ;
- rejeter le recours des sociétés SUNEOR et autres en ce qu'il est irrecevable ;
- constater que les Sociétés SODEFITEX, SN-CITEC, NIOTO et SOCOMA n'ont pas d'intérêt pour agir ;
- rejeter le recours en ce qu'il est mal fondé ;
- rejeter la demande d'expertise;
- condamner les sociétés demanderesses à une amende de folle action.

Par mémoire en défense daté du 07 septembre 2009, la Commission de l'UEMOA quant à elle, répondait à la requête en concluant au rejet de la demande au fond et à son irrecevabilité en la forme.

Sur l'irrecevabilité, la Commission indique que la requête est irrecevable parce que d'une part, elle a été introduite hors délai, le 09 juillet 2009, contre une décision prise

le 22 octobre 2008 et publiée au Bulletin officiel de l'Union en décembre 2008, d'autre part la requête est irrecevable pour défaut de mise en cause de la Commission de l'UEMOA.

La Commission souligne qu'il est de principe cardinal en droit procédural administratif et communautaire, qu'un recours en annulation doit viser principalement l'auteur de l'acte dont l'annulation est poursuivie.

La mise en cause des sociétés défenderesses par les requérantes, pour un recours en annulation d'un acte dont elles sont destinataires rend irrecevable la requête.

3. Le mal fondé de la requête

Les défenderesses et la Commission de l'UEMOA concluent subsidiairement, au fond au rejet de la requête, au motif que la décision attaquée est bien fondée tant sur le plan juridique qu'économique puisqu'au regard de l'ensemble des documents qui lui ont été communiqués, la concentration envisagée ne placerait pas les entreprises parties à l'opération de concentration individuellement ou collectivement en position dominante dans les branches de l'huilerie et de la savonnerie.

En conclusion, la Commission demande ainsi à la Cour de :

- déclarer au principal irrecevable le recours pour cause de forclusion et défaut de sa mise en cause ;
- et subsidiairement au fond, rejeter toutes les prétentions et moyens des requérants comme étant mal fondés ;
- les condamner aux dépens.

C. Réplique des demanderesses

Le 28 octobre 2009, les sociétés demanderesses déposaient un mémoire en réplique où elles maintenaient leur requête en annulation et où elles répondaient aux arguments des défenderesses, sur l'incompétence de la Cour et l'irrecevabilité de la requête et au fond sur son mal fondé.

Sur l'irrecevabilité, les requérants, SUNEOR et autres, répondent au moyen de forclusion soulevée par les défenderesses (UNILEVER et autres) et la Commission, en expliquant que selon l'article 8 alinéa 3 du Protocole additionnel n° 1 et l'article 15

du règlement de procédure, trois conditions doivent être remplies par une requête pour être dans les délais : « le recours doit être formé dans un délai de deux (2) mois à compter de la publication de la décision, de sa notification au requérant ou à défaut, du jour où celui-ci en eu connaissance ».

Ces trois conditions sont alternatives et non cumulatives, si bien que la Commission oublie de souligner que la décision n'a jamais été notifiée aux demanderessees or à défaut de signification, les articles 8 et 15 susvisés prévoient dans ce cas que le requérant doit former son recours à partir du jour où il en a eu connaissance. Les défenderesses allèguent qu'elles n'ont eu connaissance de cette décision que le 06 mai 2009. En déposant leur requête le 02 juillet de la même année, elles sont dans les délais. La requête est recevable.

Contre le deuxième argument d'irrecevabilité, SUNEOR et autres rétorquent que selon les dispositions du Protocole additionnel n° 1 et du règlement de procédure de la Cour, les recours en annulation sont dirigés contre les actes communautaires obligatoires faisant grief à toute personne physique ou morale. Nulle part, il n'est écrit que le recours est dirigé contre l'auteur de l'acte. En intervenant volontairement dans le procès, en prenant des écritures tant en la forme qu'au fond, la Commission de l'UEMOA entend être partie au procès. L'argument est donc inopérant.

Pour ce qui est du fond, les demanderessees persistent et affirment que la décision de la Commission de l'UEMOA conforte la position dominante des sociétés défenderesses dans le marché de l'UEMOA, face aux preuves rapportées de leur domination sur le marché des oléagineux, qui fait que la concentration autorisée par la Commission les place en une position dominante, ayant pour effet d'affecter de manière significative la concurrence sur le marché de l'UNION et de détruire les autres activités industrielles et commerciales (notamment le marché de l'huile de coton, d'arachide et de soja).

Par mémoire récapitulatif en date du 07 novembre 2009 les demanderessees confirment leurs arguments déjà exposés dans la requête et le mémoire en défense.

Le 23 décembre 2009, la Commission de l'UEMOA par un mémoire en réplique au récapitulatif des demanderessees maintien ses arguments sur la compétence de la Cour, sur la prescription de l'action des requérantes et subsidiairement au fond, sur le rejet de la requête comme étant mal fondée.

Le 11 février 2010, par un mémoire en duplique, les défenderesses concluent à l'irrecevabilité du recours et à l'incompétence de la Cour et au mal fondé de la requête.

Le 19 juillet 2010, dans un mémoire en duplique, UNILEVER-CI, conteste la recevabilité de la « nouvelle seconde réplique des demandeurs » intervenue après la clôture de la procédure, au motif que les articles 29 et 30 du règlement de procédure prévoient deux séries d'échanges qui auraient dû clôturer la procédure.

Par conséquent, cette deuxième réplique des requérantes doit être déclarée irrecevable.

III. DISCUSSIONS

1°) Sur la compétence de la Cour :

In limine litis, les sociétés défenderesses soulèvent l'incompétence de la Cour de Justice. Selon elles, il n'est pas de la compétence de la Cour de Justice de l'UEMOA de connaître des questions de « prétendues fraudes sur les prix et autres prétendus actes de concurrence déloyale ». Les questions de fraude sont de la compétence exclusive des juridictions de droit commun.

C'est pourquoi elles estiment qu'à supposer que l'adoption de la décision de la Commission ait eu pour effet, de faire naître des fraudes sur les prix, et une concurrence déloyale, ces faits, dont la preuve n'est pas rapportée par les requérants, seraient sans incidence sur la légalité de la décision qui ne saurait donc être remise en cause pour ce motif.

En s'abstenant de démontrer en quoi la Commission n'aurait pas dû prendre la décision à raison de l'existence d'une position dominante ou du renforcement d'une telle position du fait de l'opération, les requérants ne permettent pas à la Cour de procéder à un examen relevant de sa compétence, elle devrait se déclarer incompétente.

Mais si les arguments d'incompétences soulevés par les défenderesses pourraient être compris, s'il s'agissait effectivement d'une action dirigée contre les pratiques de concurrence déloyale, ils ne sauraient prospérer dans le cas d'espèce, parce que l'objet du recours est une demande en annulation d'une décision rendue par un Organe de l'Union qui porterait préjudice à une des parties.

Il s'agit en l'occurrence d'une décision individuelle destinée à une personne qui a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts d'une autre personne. C'est donc un recours direct en annulation qui entre dans le champ de compétence de la Cour de Justice de l'UEMOA.

Cet argument d'incompétence doit donc être rejeté, sans même qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence de pratiques anticoncurrentielles telles que l'abus de position dominante. La Cour est bien compétente, au regard des articles 8 du protocole additionnel n° 1 et 27 de l'Acte additionnel n° 10/96 portant statuts de la cour de Justice de l'UEMOA.

2°) Sur la recevabilité :

Les défenderesses soulèvent l'irrecevabilité de la requête pour trois motifs :

Premièrement : - La requête a été introduite tardivement ;

Deuxièmement : - La requête a été mal dirigée ;

Troisièmement : - La requête ne contient aucun moyen d'annulation.

Sur le premier argument d'irrecevabilité, les défenderesses estiment que la requête est introduite tardivement, puisqu'en vertu des dispositions de l'art. 8 du Protocole additionnel n°1 et en application de l'article 29 du Règlement n°03/2002, la publication de la décision au B.O n°64 de décembre 2008 a fait courir le délai du recours, en l'absence de date précise, au plus tard, le jour de la livraison du Bulletin Officiel de l'Union à la Commission, soit le 16 février 2009. Ce délai expirait le 1^{er} mars 2009 ou tout au plus, le 17 avril 2009.

En introduisant leur recours le 06 juillet 2009, les requérants sont hors délai. De surcroît, la société SUNEOR qui a participé à l'élaboration de la décision à la Commission ne pouvait pas ignorer qu'une décision serait rendue dans les délais prescrits par le Règlement et textes régissant la concurrence.

Mais, il faut noter qu'aux termes de l'article 8 alinéa 3 du Protocole additionnel n°1 relatif aux Organes de contrôle, ainsi que l'article 15 du Règlement de procédure, une des trois conditions devrait être remplie par une requête pour être dans les délais « le recours doit être formé dans un délai de deux mois à compter de la publication de la

décision, de sa notification au requérant ou à défaut, du jour où celui-ci en a connaissance ».

En l'espèce, si l'on se réfère aux dispositions de l'article 8 du Protocole additionnel n° 1 relatif aux Organes de contrôle de l'Union, le délai de 2 mois court soit au jour de la publication, soit à défaut de la notification, ou à défaut de tout cela, du jour où le requérant a eu connaissance de la décision.

N'étant pas destinataire de ladite décision, les sociétés requérantes ne pouvaient en avoir notification.

Mieux, si le fait pour la société SUNEOR, d'avoir participé à l'élaboration de la décision, en apportant sa contradiction à l'octroi de l'autorisation, devrait la conduire à connaître la décision prise, il est de jurisprudence constante et de doctrine unanime, que les actes individuels ne portent effet, qu'à partir de la notification.

N'étant plus question de notification, reste à analyser les deux autres variantes, à savoir la date de la publication au bulletin officiel de l'Union, ou à défaut, du jour où le requérant a eu connaissance de la décision.

Quelles conséquences tirer de la pertinence de ces deux alternatives ?

La publication au Bulletin officiel de l'UEMOA emporte quelle valeur juridique ?

L'article 26 modifié du Traité, fixe comme entre autres missions de la Commission la publication du bulletin officiel de l'Union.

Au chapitre III, intitulé « du Régime juridique des actes pris par les organes de l'Union » les différentes valeurs données aux actes en vigueur dans l'Union, sont déterminées.

Ainsi, l'article 43, alinéa 3, dispose : « les décisions sont obligatoires dans tous leurs éléments pour les destinataires qu'elles désignent ».

Fort de cette prescription, l'obligation de motivation des actes fait à l'article 44 va être en quelques sortes consacrée par l'article 45 qui tire une conséquence de la publication au Bulletin : « les actes additionnels, les règlements, les directives et les décisions sont publiés au Bulletin officiel de l'Union. Ils entrent en vigueur après leur publication à la date qu'ils fixent.

Les décisions sont notifiées à leurs destinataires et prennent effet à compter de leur date de notification ».

A l'article 15, paragraphe 2, alinéa 3^{ème} du Règlement n° 01/CM/UEMOA du 05 juillet 1996 portant règlement de procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA, « le recours en appréciation de la légalité doit être formé dans un délai de deux (2 mois) à compter de la publication de l'acte ; de sa notification au requérant, ou à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance ».

Le Bulletin de l'Union dont il est question ici, est le n° 64 du 4^{ème} trimestre 2008.

Dès l'instant où le moyen de publication des actes administratifs pris par Un des Organes de l'Union est le Bulletin officiel, il est clairement dit à l'article 45, alinéa 1^{er} du Traité modifié que « les actes additionnels, les règlements, les directives, et les décisions sont publiés au Bulletin officiel de l'Union. Ils entrent en vigueur après leur publication à la date qu'ils fixent ».

On ne saurait à partir de cet instant, arguer de l'imprécision de la date de publication du Bulletin officiel dans les Etats membres, étant entendu qu'il s'agit du territoire de l'Union, dont les caractéristiques et les principes fondateurs font l'objet du titre I du Traité modifié.

L'article 5 de la décision n° 009/2008/COM/UEMOA portant attestation négative à l'égard du projet de concentration entre les sociétés UNILEVER-CI, SIFCA, COSMIVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI, SHCI et SANIA en date du 12 octobre 2008, précise bien : « la présente décision qui entre en vigueur à sa date de signature sera publiée au Bulletin officiel de l'Union », ce qui est conforme à l'esprit et à la lettre de l'article 45, alinéa 1^{er} du Traité modifié, qui dispose clairement que les actes additionnels, les règlements, les directives et les décisions sont publiés au Bulletin officiel de l'Union.

Ils entrent en vigueur après leur publication à la date qu'ils fixent.

Ainsi, si l'entrée en vigueur spécifiée dans la décision est le 12 octobre 2008, conformément à l'article 45 du Traité, qui est une norme supérieure à la décision, le bulletin officiel n° 64 du quatrième trimestre, a paru le 28 mars 2009.

C'est donc après cette parution, que la décision est entrée en vigueur, et c'est à partir de cette date, que le délai de deux mois a commencé à courir.

Les destinataires dont il s'agit à l'alinéa 2^{ème} de l'article 45, sont ceux intéressés par l'acte et non à l'égard de tous auquel cas, la publication aurait eu pour effet de faire courir le délai de recours « erga omnes ».

Il est de doctrine et de jurisprudence constante de classer les actes administratifs unilatéraux en deux grandes catégories :

- Les actes réglementaires, qui ont une portée générale et impersonnelle. Ils entrent en vigueur dès leur publication et s'imposent erga omnes ;
- Les décisions individuelles, actes par lesquels une autorité administrative décide d'octroyer ou de refuser un avantage à une personne, nommément désignée.

Le régime desdits actes est sensiblement différent de celui des actes réglementaires.

S'ils doivent faire l'objet d'une mesure de publicité, ils doivent être notifiés à la personne intéressée.

Donc, si pour les décisions réglementaires, la faculté d'intenter un recours pour excès de pouvoir est largement ouverte, pour le cas d'une décision individuelle, les conditions de recevabilité sont plus strictes, le requérant devant se prévaloir d'un intérêt à agir individualisé.

Telle est l'hypothèse dont se prévaut SUNEOR, laquelle ayant fait des observations, entendait être tenue informée des suites. Ceci n'ayant pas été fait, la publication ne saurait lui être opposée.

SUNEOR, ayant émis une réserve sur l'attestation négative à l'égard du projet de concentration, aurait dû recevoir notification de la décision.

A défaut, les demandeurs dont SUNEOR sont éligibles à se prévaloir du départ du délai relatif à celui « du jour où celui-ci en a eu connaissance ».

Dès lors, ce moyen évoqué par la défenderesse quant à la forclusion de la requête est inopérant.

Sur le second argument d'irrecevabilité de la requête pour défaut de mise en cause de la Commission, les défenderesses développent l'argument selon lequel la Commission de l'UEMOA qui a pris la décision critiquée n'a jamais été citée dans la requête, alors qu'il est de principe cardinal en droit procédural tant administratif que communautaire, qu'un recours en annulation doit être porté contre l'institution qui a adopté la mesure contestée et que des recours dirigés contre une autre personne, a fortiori contre les personnes qui sont destinataires de la décision querellée, sont irrecevables.

Le recours devrait être dirigé contre la Commission de l'UEMOA. A défaut il doit être déclaré irrecevable pour violation de l'art. 10 du Protocole additionnel n°1, relatif aux Organes de contrôle.

Mais si comme l'affirment les requérantes, selon les dispositions de l'article 15, paragraphe 2 du Règlement n°1/96/CM/UEMOA portant règlement de procédure de la Cour de Justice de l'UEMOA, le recours en appréciation de légalité est ouvert contre tout acte d'un Organe de l'Union qui lui fait grief, s'il est évident que c'est l'auteur de l'acte qui doit être attrait devant les juridictions en cas de violation des droits d'une personne physique ou morale, le recours en légalité est un procès fait à un acte administratif, par opposition à un recours de plein contentieux, lequel est fait à une personne publique, dans le but d'obtenir une indemnisation en se basant sur sa responsabilité pour faute ou pour risque.

Or il apparait nettement de la requête en annulation devant la cour de justice de l'UEMOA des requérantes, que si les sociétés bénéficiaires ont été citées nommément, il est nettement noté « que la décision de la Commission est entachée d'illégalité, car contrairement à l'attestation négative qu'elle a délivrée, l'opération de concentration qui était envisagée constitue une pratique assimilable à un abus de position dominante qui a pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence à l'intérieur du marché commun de l'UEMOA ».

Dans l'exposé de leurs motifs, les requérantes en se fondant sur l'article 15.2 du règlement n°1/96 qui ouvre les cas de recours en appréciation de légalité, demande l'annulation de la décision n°009/2008/COM/UEMOA du 22 octobre 2018 du fait de son illégalité et en ce qu'elle consacre la position dominante des sociétés UNILER-CI ;

SIFCA ; COSMIVOIRE ; PALMCI ; NAUVU ; PHCI ; SHCI et SANIA ; ce qui apparaît nettement dans la requête en annulation devant la cour de Justice de l'UEMOA.

En outre, au regard des grands principes directeurs qui commandent le procès, en matière civile notamment, lesquels ont inspiré fortement la matière administrative, l'instance est introduite par les parties, le Juge jamais ne s'autosaisissant pas. Le principe du dispositif commande de reconnaître que la qualification juridique ressort de l'office du Juge et enfin, l'autre versant de cet office est que les éléments de faits sont portés par les parties, lesquels fixent le cadre du procès (règle de l'immutabilité) d'une part, laquelle règle d'autre part, impose au Juge de se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé, d'où la formule « le Juge ne peut statuer et seulement sur ce qui est demandé », autrement dit, le Juge ne pourra accorder plus que ce qui lui est demandé.

De l'analyse des pièces de procédure produites par les requérantes, il est constant que le recours en appréciation de la légalité a été formulé contre la décision n°009/2008/COM/UEMOA du 22 octobre 2008

C'est donc à bon droit que la Commission a été saisie par la Cour de Justice, et qu'elle est intervenue dans la procédure, suite à la notification faite par le greffe de la Cour qui a entraîné la prise d'écriture et de conclusions tant sur la recevabilité de la requête que sur le fond. Cette intervention en plus de ce qui est énoncé ci-dessus, vaut reconnaissance de la Commission à être la défenderesse principale, appelée à défendre la légalité de l'acte incriminé.

La Commission a pris des conclusions au principal pour soulever l'irrecevabilité de la requête parce qu'elle l'estime mal dirigée. Les conclusions au fond ont été faites subsidiairement. Sans juger ni infra petita ni ultra petita, il s'agit bien d'un recours en légalité contre un acte de la Commission. De ce fait s'agissant d'un recours en légalité, contre un acte de la Commission, ledit recours doit être déclaré recevable.

Le moyen d'irrecevabilité tiré de la non mise en cause de la Commission devrait être rejeté ;

Sur le troisième moyen d'irrecevabilité fondé sur l'absence de moyen d'annulation :

Selon les défenderesses, la requête est totalement dépourvue de base légale car elle n'est fondée sur aucun moyen précis d'annulation, or pour être conforme aux

dispositions de l'article 26, alinéas 1^{er} et 2 du règlement n° 01/96/CM/UEMOA portant Règlement de procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA « la requête doit contenir l'indication des noms et prénoms et du domicile élu du requérant, le cas échéant, le nom et l'adresse de l'agent et de l'avocat constitué pour l'assister, les conclusions et un exposé sommaire des faits et moyens ».

Il ressort de cette disposition que cet exposé, même sommaire doit être suffisamment clair, précis et motivé pour permettre aux parties intéressées de préparer leur défense et soumettre à la Cour les éléments lui donnant la possibilité d'exercer son contrôle juridictionnel et de statuer sur le recours en constatant soit, un vice de forme, un vice d'incompétence, un détournement de pouvoir ou encore une violation du traité ou des actes pris en application de celui-ci.

Conformément aux dispositions des articles 26, alinéa 1^{er} et 2 du règlement n° 1/96, la requête déposée par les sociétés requérantes précise que l'annulation de la décision est demandée pour violation de l'article 88 du Traité et 4 du Règlement n° 02/2002 du 23 mai 2003, donc violation du Traité et des textes pris pour son application. Ces raisons dont elles se prévalent sont des moyens qui justifient une demande d'annulation.

Le moyen tiré de cette irrecevabilité est mal fondé.

Sur le quatrième argument, quant à l'absence d'intérêt à agir des sociétés SODEFITEX, NIOTO, SN-CITEC et SOCOMA :

Les défenderesses estiment que ces sociétés doivent être écartées du procès car elles sont mal venues à intervenir dans le cadre du présent contentieux dès lors qu'elles se sont abstenues de prendre part à la procédure devant la Commission comme le permettait l'article 15, paragraphe 1, du Règlement n° 03/2002 du 23 mai 2002.

Mais, vu que les sociétés SN-CITEC et NIOTO sont dotées d'usines de raffinage d'huiles végétales et de conditionnement d'huile raffinés, et que les sociétés SOCOMA et SODIFITEX commercialisent les graines de coton dont la valeur repose essentiellement sur leur trituration qui permet de produire de l'huile de coton et de l'aliment de bétail qui lui est associé, et que ces sociétés agissent également sur le marché de l'Union, la décision de concentration les concerne toutes. Et si cette décision conforte la position dominante des sociétés défenderesses, il va s'en dire que

l'abus de cette position dominante portera préjudice à toutes les sociétés agissant dans le même secteur, elles ont donc intérêt à agir, en application du principe juridique « pas d'intérêt, pas d'action ». En effet, la recevabilité de toute action en justice est subordonnée à la preuve de l'existence d'un intérêt qui doit être né et actuel. Aussi, même la simple menace d'un trouble ou d'une atteinte à un intérêt légitime suffit.

SUR LE FOND

Les demanderesses font valoir que la décision de la Commission de l'UEMOA conforte la position dominante des sociétés UNILEVER-CI et ses partenaires dans le marché communautaire puisqu'aux termes de l'article 4 du règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, « 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.... » Et selon l'article 88 du Traité de l'Union, constituent une pratique anticoncurrentielle, 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.

Les défenderesses qui réfutent les arguments des requérantes, se fondent sur divers éléments évoqués plus haut dans leurs argumentaires, à savoir que l'opération de concentration des activités industrielles et commerciales visées, étaient conditionnée à l'obtention de l'autorisation de l'autorité de la concurrence de l'UEMOA. Non seulement cela a été fait, mais les sociétés en cause ont sollicité l'attestation négative de la Commission de l'UEMOA. Pour ce faire, elles lui ont soumis des études économiques fiables, confirmant que :

- Le marché communautaire de l'huile alimentaire, sur lequel l'opération porte a une part de marché de 13 % ;
- Le marché communautaire du savon, sur lequel l'opération est projetée conduirait à une part de marché cumulée de 24 %.

Les conditions supplémentaires, relatives à l'information du public ont été satisfaites, par la publicité organisée en août 2008 par la Commission sur son site internet et dans l'ensemble des journaux d'annonces légales de chaque Etat membre, d'abord le 12

août, puis le 21 août 2008. La communication relative à cette demande d'attestation négative ou d'exemption, contenait une brève description de l'opération et invitait les tiers intéressés à soumettre leurs observations à la Commission avant le 10 septembre 2008, conformément aux dispositions de l'article 28.4 du règlement n°03/2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante.

Seulement trois (3) personnes morales ont soumis leurs observations, à savoir la République du Togo, par l'entremise du Ministère du Commerce, de l'Industrie, de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises, par lettre n° 909/MCIAPME/DC/C du 05 septembre 2008 du ministre en charge du secteur, laquelle transmettait l'observation dudit pays à la Commission.

La République du Niger, par le Ministère du Commerce, de l'Industrie et de la Normalisation, par lettre n° 0587/MCIN/DCI/C en date du 10 septembre 2008.

Ces deux Etats ayant répondu, n'ont émis aucune réserve quant à la délivrance de l'attestation négative, et par conséquent ne s'y sont pas opposés.

La société SUNEOR, par lettre n° MBD/ksb n° 49/08 en date du 09 septembre 2008, a émis son opposition à la concentration projetée, et s'est dit disposée « à fournir tout autre renseignement complémentaire souhaité en vertu de l'article 17.3 du Règlement précité ».

En application des exigences de l'article 28.4 du Règlement n° 03/2002 précité, le Comité consultatif de la concurrence a été consulté par la Commission. Celui-ci, dans son avis n° 01/2008/CM/UEMOA rendu le 10 octobre 2008, a considéré que la Commission pouvait délivrer une attestation négative dès lors que l'opération ne conduisait pas à la création ou au renforcement d'une position dominante sur les marchés concernés.

Ledit Comité a estimé que l'attestation négative à délivrer devrait couvrir les accords accessoires, à l'exception de deux clauses considérées comme susceptibles de restreindre la concurrence.

Fort de ces éléments, la Commission de l'UEMOA a pris la décision attaquée, qui en aucune façon n'était une violation de l'article 88 du Traité, dans la mesure où l'opération ne conduisait pas à la création ou au renforcement d'une position dominante. Ladite décision a été publiée au Bulletin Officiel de l'Union au numéro 64

du quatrième trimestre 2008, et a prévu qu'il sera procédé à l'évaluation de la mise en œuvre des accords accessoires couverts par la décision, au terme d'une position quasi monopolistique (70% de parts de marché), qui est loin d'être sans incidence sur le reste de la zone UEMOA dans son ensemble.

Ainsi, aux termes d'un examen précis et rigoureux de chacune des conditions posées par les textes applicables au sein de l'Union, la Commission a tiré la conclusion que l'opération n'entraînerait pas la création, encore moins le renforcement d'une quelconque position dominante et devrait donc être autorisée.

De l'analyse de l'ensemble du dossier de la procédure, il apparaît que l'appréciation du bien-fondé de la requête devrait se faire non seulement sur la base de critères juridiques mais également de critères économiques, qui entrent dans le cadre du contrôle des concentrations que la Commission devrait faire.

Contrairement à l'affirmation des défenderesses selon laquelle « la légalité de la décision doit être appréciée à la lumière des seuls critères juridiques posés par les textes applicables au contrôle des concentrations au sein de l'UEMOA », les critères économiques sont essentiels dans la détermination de la position dominante des entreprises, candidates à l'opération de concentration.

Sur ces aspects, il faut noter que la Commission de l'UEMOA est institutionnellement l'expert désigné en matière de concurrence dans l'UEMOA, et qu'elle a pris sa décision sur la base de l'ensemble des éléments pertinents et notamment sur les rapports d'études, les statistiques du commerce extérieur disponibles à la Commission, des informations obtenues des pays à l'issue de la publication par elle du projet de concentration et des éléments d'appréciation tirés du rapport d'étude de la Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD) d'avril 2008, de la consultation du Comité Consultatif de la concurrence.

La Commission de l'UEMOA, n'a pas l'obligation de procéder elle-même aux investigations nécessaires, pour vérifier les affirmations contenues dans le dossier des sociétés qui sollicitent la possibilité de mener des enquêtes. Elle en apprécie l'opportunité. Selon les dispositions régissant le contrôle des concentrations, la commission de l'UEMOA doit baser sa décision sur le dossier présenté par les sociétés mises en cause. En agissant comme elle l'a fait, elle n'a donc pas violé les obligations

qui découlent des dispositions communautaires en matière de contrôle des concentrations.

En effet, elle disposait d'éléments suffisants pour apprécier et déterminer la position dominante ou non des entreprises et sur l'incidence, ou l'atteinte significative de la concurrence au sein du marché commun de cette position dominante et surtout sur l'incidence de la concentration autorisée.

Il est établi que le contrôle des concentrations s'effectue a priori sur l'état futur du marché pour savoir si la concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante, ou par la création d'une puissance d'achat de nature à placer les fournisseurs en situation de dépendance économique, et également pour savoir si l'opération apporte au progrès économique, une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

L'argument selon lequel la décision devrait être annulée parce que la Commission n'a pas initié une procédure contradictoire conformément aux dispositions des articles 15.3 et 16 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA lorsque SUNEOR a émis des réserves, n'est pas opérant, car l'article 15.3 du règlement prévoit que **la Commission peut** si elle émet des doutes sur la compatibilité des accords et décisions aux pratiques concertées sur le marché commun, décider d'initier une procédure contradictoire. La procédure contradictoire prévue à l'article 16, n'est pas obligatoire. Elle n'est qu'une faculté laissée à l'appréciation de la Commission, laquelle ne la met en œuvre que lorsqu'elle a des doutes après l'examen des informations fournies dans le dossier. Dans le cas d'espèce, la Commission s'est entourée de garanties tant statistique, qu'économique, et que sur le fondement d'arguments juridiques, elle a pris sa décision, se conformant aux dispositions du règlement n°03/002/CM/UEMOA.

S'agissant de l'examen de la demande d'attestation négative déposée par les entreprises UNILEVER et autres, la Commission a procédé à la vérification des deux aspects fondamentaux du contrôle des concentrations à savoir l'existence d'une position dominante des entreprises parties à l'opération, et l'atteinte à une concurrence effective à l'intérieure du marché commun.

La décision de la Commission, se fonde objectivement sur des éléments d'appréciation pertinents fournis par les entreprises demanderesses ; le rapport BOAD 2008 et l'avis du

comité Consultatif de la Concurrence, composé des membres ressortissants des huit (8) Etats de l'Union à raison de deux (2) par Etat.

Pour leur part, les requérantes n'ont pas fourni d'éléments suffisants et différents de ce que la commission avait, et n'ont pas non plus apporté de motifs pertinents pour justifier l'annulation de la décision attaquée.

Dès lors, il apparaît que ladite décision a été prise en respect des dispositions communautaires régissant la concurrence et en particulier le Règlement n° 03/2002 du 23 mai 2002.

Enfin, la demande formulée quant à la nullité de l'expertise préalablement demandée par les requérantes et exécutée en vertu d'un arrêt avant dire droit, ou même la pertinence d'une contre-expertise n'a pas été démontrée à suffisance par les requérantes.

En effet, aux termes de la mission confiée au cabinet Lazareff le Bars, l'expert désigné par l'ordonnance du 19 octobre 2012, conclut :

«Il peut être indiqué :

- 1- sur les écarts de prix entre l'huile de palme et les autres huiles substituables : le prix de l'huile de palme est moins élevé que les autres substituables.
- 2- Sur la détermination de l'existence et l'importance des importations d'huile de palme d'Asie sur les prix pratiqués : les importations d'huile de palme d'Asie sont très importantes et majoritaires en Côte d'Ivoire ; toutefois ces importations resteront relatives au Sénégal. Il est difficile de mesurer l'impact de ces importations sur les prix pratiqués étant donné qu'il n'y a pas de traçabilité de l'huile de palme importée. En effet, il n'est pas indiqué si l'huile de palme en provenance d'Asie est le cas échéant raffinée pour vente au consommateur dans les pays concernés ou réexportée en direction d'autres pays de la zone UEMOA et à quel prix. L'expert ne peut donc pas sur la base des données communiquées, établir l'impact de ces importations, venant d'Asie sur les prix pratiqués.
- 3- Sur la détermination de l'existence d'une exploitation abusive de l'éventuelle position dominante des entreprises bénéficiaires : au vu de l'analyse de la part

de marché et des critères complémentaires, la création ou le renforcement d'une position dominante n'est pas caractérisée sur le marché de l'huile végétale alimentaire de l'UEMOA. Il n'existe pas d'entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective de la zone UEMOA ».

Cette conclusion, conforte toutes les écritures des défenderesses et du reste, satisfait le juge dans son appréciation des éléments de la cause qui lui est soumise.

Il est également de jurisprudence constante que « l'irrégularité d'une expertise (tenant aux conditions dans lesquelles elle a été ordonnée ou aux modalités de son exécution) ne fait pas obstacle à ce que le rapport de l'expert soit retenu par le Juge en tant qu'élément d'information ».

Le juge, par ailleurs n'est en rien lié par les résultats des mesures d'instruction et notamment par ceux des expertises, puisqu'il conserve sa liberté d'appréciation des faits.

Tant la doctrine que la jurisprudence s'accordent sur cette liberté d'appréciation du Juge.

Cette liberté, sans être arbitraire, impose au juge de se conformer à trois obligations :

- s'il n'est pas lié par le résultat des opérations, il ne saurait les rejeter en conséquence de leur fausse interprétation ou de leur dénaturation ;
- il doit ordonner les mesures nécessaires à assurer l'instruction complète de l'affaire ;
- il doit refuser ou s'abstenir d'ordonner les mesures et notamment les mesures d'expertises, qui seraient "frustratoires", en raison de leur inutilité.

Au regard de ces principes, les demandes formulées par les requérantes manquent de pertinence. Il y a lieu de ne pas y faire droit.

SUR LES DEPENS

Aux termes de l'article 60 du Règlement de Procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. Les requérantes ayant succombé, il y a lieu de les condamner aux dépens.

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement en matière de droit communautaire et en recours en annulation ;

En la forme :

- se déclare compétente ;
- déclare les requêtes des sociétés SUNEOR Sa, SODEFITEX SA, SN CITEC SA, NIOTO SA, SOCOMA SA recevables ;

Au fond :

- déclare que la requête est mal fondée ;
- met les dépens à la charge des sociétés requérantes en application des dispositions de l'article 60, alinéa 2 du règlement de procédures de la Cour.

Ainsi fait, jugé et prononcé en audience publique à Ouagadougou les jours, mois et an que dessus.

Et ont signé le Président et le Greffier.

Suivent les signatures illisibles.
Pour expédition certifiée conforme
Ouagadougou, le 03 octobre 2018
Le Greffier-Adjoint

Hamidou YAMEOGO