

**AVIS N°01/2020**

**du 07 juillet 2020**

**Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA sur l'avant-projet  
de Règlement relatif au partage des compétences et à la coopération  
entre la Commission de l'UEMOA et les autorités nationales  
de concurrence des Etats membres pour l'application  
des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA**

Le Président de la Commission a saisi la Cour de Justice de l'UEMOA par lettre n° 07865/PC/DMRC/DCONC/ du 11 octobre 2019 dont la teneur suit :

*« Monsieur le Président,*

*Conformément à l'article premier du protocole additionnel n°1 relatif aux Organes de contrôle de l'UEMOA qui donne mandat à la Cour de Justice pour veiller « au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du Traité de l'Union », j'ai l'honneur de solliciter un avis complémentaire de la Cour de Justice sur la portée des articles 88, 89 et 90 du Traité relatifs aux règles de concurrence.*

*En effet, suite à des divergences intervenues entre la Commission de l'UEMOA et les experts des Etats membres, au sujet de la compétence exclusive ou non de l'Union, pour légiférer dans les trois domaines couverts par les articles 88, 89 et 90 du Traité, à savoir les ententes, les abus de position dominante et les aides d'Etat, la Commission a, par courrier n°18886/PC/DPCD/DCC/499 du 26 mai 2000 sollicité l'avis de la Cour de Justice.*

*En réponse, l'avis référencé n°2003/2000 du 20 juin 2000, rendu par la Cour, avait souligné :*

- *« que les dispositions des articles 88, 89 et 90 du Traité constitutif de l'UEMOA relèvent de la compétence exclusive de l'Union » ;*
- *« Qu'en conséquence, les Etats membres ne peuvent exercer une partie de la compétence en ce domaine de la concurrence ».*

*Nonobstant cet avis, des divergences dans l'interprétation des dispositions susmentionnées notamment celles relatives aussi bien à l'exclusivité pour les organes de l'Union de légiférer mais surtout à leur compétence exclusive pour mettre en œuvre ce droit matériel demeurent.*

*Ces préoccupations sont régulièrement soulevées par les représentants des Etats membres, dans le cadre des travaux du Conseil des Ministres de l'UEMOA, de la réunion des Ministres du Commerce de l'UEMOA, du Comité des experts statutaires de l'UEMOA et du Comité Consultatif de la Concurrence de l'UEMOA.*

*En outre, aux termes de l'examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal réalisé lors de la 8ème session du Groupe Intergouvernemental d'Experts du Droit et de la Politique de la Concurrence (GIE) de la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED), du 17 au 19 juillet 2007, au Palais des Nations, à Genève, les recommandations suivantes, visant à assurer une application efficace des règles de concurrence ont été adoptées :*

- développer la culture de la concurrence dans l'espace UEMOA par des actions médiatiques appropriées et des séminaires d'information et de formation à l'intention des acteurs de la vie économique et du grand public ;*
- aménager les institutions de la concurrence dans les Etats membres par des réformes tendant à affirmer leur indépendance ;*
- aménager des procédures pour permettre un partage plus équitable des compétences.*

*Sur la base des recommandations de cet examen, la Commission a fait réaliser une étude sur la révision du cadre institutionnel de mise en œuvre des règles communautaires de concurrence de l'UEMOA.*

*Les grandes lignes de réforme et recommandations proposées par cette étude ont fait l'objet de séminaires nationaux de concertation dans les Etats membres, lesquels ont clairement exprimés leur volonté d'aboutir à un rééquilibrage des compétences en cette matière.*

*A l'issue de cette étude et des séminaires nationaux de concertation, plusieurs projets de textes qui couvrent aussi bien le droit matériel et procédural ainsi qu'institutionnel ont été élaborés.*

*L'un de ces avant-projets de texte porte sur le partage des compétences et la coopération entre la Commission et les Autorités nationales de concurrence des Etats membres, pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA et soulève, de ce fait, la question de sa conformité avec les dispositions du Traité constitutif de l'UEMOA, notamment les dispositions des articles 88, 89 et 90 qui avaient été interprétées dans l'avis n°2003/2000 du 20 juin 2000 de la Cour de Justice de l'UEMOA, comme relevant de la « compétence exclusive de l'Union ».*

*Cet avant-projet a été examiné par le Comité Consultatif de la Concurrence lors de sa 12ème session, tenue à Ouagadougou, du 9 au 12 juin 2014.*

*A l'issue de cet examen, le Comité Consultatif de la Concurrence a, dans son Avis n°01/2014/CCC/UEMOA du 12 juin 2014 :*

- *invité la Commission à poursuivre les travaux en tenant compte des propositions d'amélioration formulées ;*
- *souhaité que des solutions soient trouvées pour lever les obstacles juridiques liées aux dispositions du Traité et à son interprétation par la Cour de Justice afin d'adopter des projets de textes qui tiennent compte des orientations définies par les Etats membres concernant la compétence décisionnelle des autorités nationales de concurrence.*

*A cet effet, je sollicite l'avis de la Cour sur la conformité de l'avant-projet de Règlement relatif au partage des compétences et à la coopération entre la Commission et les Autorités nationales de concurrence des Etats membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA, ci-joint.*

*Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma parfaite considération.*

*Pour le Président de la Commission  
Le Commissaire chargé de l'intérim  
Essowe BARCOLA*

**P.J.** : *Avant-projet de Règlement et sa note de présentation »*

La Cour, siégeant en Assemblée Générale Consultative sous la Présidence de **Monsieur Daniel Amagoïn TESSOUGUE, Président de la Cour de Justice de l'UEMOA**, sur le rapport de **Monsieur Ervé DABONNE, Auditeur** à ladite Cour, en présence de Messieurs :

- **Monsieur Salifou SAMPINBOGO, Juge;**
- **Madame Eliane Victoire ALLAGBADA Jacob, Avocat général;**
- **Monsieur Bawa Yaya ABDOULAYE, Premier Avocat général ;**
- **Monsieur Euloge AKPO, Juge ;**
- **Monsieur Augusto MENDES, Juge ;**
- **Madame Joséphine Suzanne EBAH TOURE, Juge ;**
- **Monsieur Sangoné FALL, Auditeur à la Cour ;**

Avec l'assistance de **Maître Boubakar TAWEYE MAIDANDA, Greffier** assurant le secrétariat, a examiné en ses séances du 16 juin 2020, 24 juin 2020 et 07 juillet 2020 la demande ci-dessus exposée.

## **L'ASSEMBLEE GENERALE CONSULTATIVE,**

- 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°I 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, notamment en son article 7 ;
- VU** le Règlement n°01/2012/CJ du 21 décembre 2012 relatif au Règlement administratif de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- 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** le Procès-Verbal n°2019-08/AI/02 du 28 mai 2019 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°2019-09/AP/07 du 03 juin 2019 relatif à l'installation du Président de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- VU** la Décision n°001-2013/CJ du 21 juin 2013 portant Statut des Auditeurs de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- VU** l'Ordonnance N°021/2019/CJ du 20 novembre 2019 portant fixation des jours des Assemblées de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- VU** la demande d'avis de la Commission de l'UEMOA, en date du 11 octobre 2019, enregistrée au Greffe de la Cour de céans le 16 octobre 2019 sous le n°19 DA 006
- VU** les observations écrites de la République du Sénégal en date du 18 décembre 2019 ;
- VU** les observations écrites de la République Togolaise en date du 19 décembre 2019 ;
- VU** les observations écrites de la Cour des comptes de l'UEMOA en date du 24 décembre 2019 ;
- VU** les observations écrites de la République du Bénin en date du 26 décembre 2019 ;
- VU** les observations écrites de la République de Côte d'Ivoire en date du 27 décembre 2019 ;
- VU** l'Ordonnance n°001/2020/CJ du portant désignation d'un Rapporteur ;
- VU** les pièces du dossier ;

La requête a été introduite conformément aux dispositions de l'article 27 deuxième alinéa de l'Acte Additionnel n°10/96 portant statuts de la Cour de Justice. Cet article dispose que : « *La Cour peut émettre des avis et des recommandations sur tout projet de textes soumis par la Commission.* »

Il convient donc de la déclarer recevable.

## **I. EXPOSE DE L'OBJET DE LA CONSULTATION**

La lettre de demande d'avis du Président de la Commission vise à obtenir de la Cour une interprétation complémentaire des dispositions des articles 88, 89 et 90 du Traité relatifs aux règles de la concurrence, au regard des divergences persistantes intervenues dans leur interprétation, nonobstant l'avis N° 003/2000 émis par la Cour le 27 juin 2000 (au lieu de l'avis N° 2003/2000 du 20 juin 2000 mentionné dans la demande du Président de la Commission).

Ce faisant, il ressort de cette correspondance que les différentes préoccupations qui sont régulièrement soulevées par les représentants des Etats membres portent notamment sur :

- L'exclusivité pour les Organes de l'Union de légiférer ;
- La compétence exclusive des mêmes organes pour mettre en œuvre le droit matériel.

Les représentants des Etats membres ont donc souhaité obtenir un rééquilibrage des compétences par le biais de réformes conséquentes du droit communautaire de la concurrence, aux fins d'améliorer le niveau de mise en œuvre de la législation en la matière. L'objectif serait, en définitive, d'aboutir à un système de compétences partagées à tous les stades de la procédure, à savoir, l'enquête, l'instruction et la décision.

La Commission dans son rôle d'organe principal de la Concurrence de l'Union, et, sensible aux différentes préoccupations exprimées, dit avoir préalablement commandité en 2011 une « étude sur la révision du cadre institutionnel de mise en œuvre des règles communautaires de concurrence de l'UEMOA ». Les conclusions de cette étude recommandaient qu'un certain nombre de réformes soient initiées par la Commission pour créer une nouvelle architecture institutionnelle et législative au niveau régional et national, afin d'assurer l'effectivité de la mise en œuvre de la politique communautaire de concurrence.

Pour donner suite aux différentes recommandations et après avis du Comité consultatif de la Concurrence, la Commission dit avoir conçu un avant-projet de texte portant sur le partage des compétences et la coopération entre la Commission et les Autorités nationales de concurrence des Etats membres, pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA.

L'avant-projet de Règlement est constitué de trois chapitres et de douze articles.

Le chapitre 1 qui comprend les articles 1 à 5, détermine la compétence de la Commission, des autorités nationales et des juridictions nationales et les critères de répartition. A cet égard, une distinction est désormais faite entre les effets des pratiques anticoncurrentielles sur les échanges entre Etats et les questions d'intérêt communautaire.

Ainsi donc, l'article 4.1 dispose que : « *Lorsque les pratiques visées par l'article 88 a) et b) du Traité de l'UEMOA sont susceptibles d'avoir un effet sur les échanges entre les Etats membres, la Commission a une compétence exclusive... »*

Et l'article 4.2 de renchérir que « *Lorsque les pratiques visées par l'article 88 a) et b) du Traité de l'UEMOA n'ont d'effet que sur le territoire d'un Etat membre, l'autorité nationale de la concurrence de cet Etat membre a la compétence de décision pour la contestation, la cessation et la sanction éventuelle des infractions.*

*Toutefois, la Commission est compétente lorsque se pose une question de principe ou d'intérêt communautaire dans une affaire de dimension nationale »*

Le chapitre 2 intitulé « coopération », comprend les articles 6 à 11, et définit le cadre de coopération entre les différents acteurs de la concurrence, notamment le Comité consultatif, les juridictions nationales et les autorités de régulations sectorielles.

Les structures nationales de concurrence seront constituées sous forme d'autorité administrative indépendante. Elles seront habilitées dorénavant à prendre des décisions et à les faire homologuer par la Commission. Après cette homologation, ces décisions pourront faire l'objet de recours devant la Cour de Justice de l'UEMOA.

Enfin, les juridictions nationales seront compétentes pour connaître des demandes en réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles. Elles pourront coopérer avec la Commission en sollicitant des avis circonstanciés sur la question.

Le dernier chapitre, qui comprend un article unique, est consacré aux dispositions transitoires, modificatrices et finales, prévoyant, du reste, une période transitoire de 12 mois avant l'entrée en vigueur des nouvelles modalités de répartition de compétence.

Dans le cadre de cette procédure, la Commission a initié la présente demande d'avis qui porte essentiellement sur la vérification de la conformité de cet avant-projet avec les dispositions du Traité constitutif de l'UEMOA.

## **II. DISCUSSIONS**

### **A. Sur la portée des articles 88, 89 et 90 du Traité**

Les points de divergences soulevés par la Commission dans sa requête et portant sur la compétence exclusive des organes de l'Union en matière de concurrence ont déjà fait l'objet d'un avis motivé de la Cour en date du 27 juin 2000. Le Président de la Commission a fait allusion au début de sa lettre, à l'idée d'un avis complémentaire sur le même objet en relation certainement avec la notion de partage de compétences insérée dans l'avant-projet de Règlement.

Toutefois, le réexamen de la question relative à l'exclusivité de la compétence des organes de l'Union en matière de concurrence est inopportun, étant entendu que depuis l'avis du 27 juin 2000, aucune nouveauté normative ou jurisprudentielle pas plus qu'aucun événement communautaire n'a remis en cause l'interprétation donnée par la Cour des articles 88, 89 et 90 du Traité relativement à leur portée.

En tout état de cause, la question de l'exclusivité de compétence des organes de l'Union en matière de droit de la concurrence telle que développée dans l'avis précité de la Cour reste d'actualité; c'est pourquoi, il n'y a donc pas lieu de rediscuter des contours établis.

### **B. Sur l'avant-projet de Règlement relatif au partage des compétences et à la coopération entre la commission et les autorités nationales**

L'avant-projet a pour objet selon son article 1 « *de déterminer les domaines respectifs d'intervention de la Commission de l'UEMOA et des autorités nationales des Etats membres ainsi que les modalités de leur coopération pour l'application des règles de la concurrence dans l'Union* ».

A l'analyse des dispositions de l'avant-projet de Règlement, notamment l'ensemble des considérants et le chapitre premier, il est effectivement envisagé un partage de compétences entre la Commission et les Etats membres dans l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité.

D'un point de vue terminologique, les compétences partagées peuvent se définir comme étant des domaines où, aussi bien l'Union que les Etats membres peuvent agir, ces derniers pouvant toutefois exercer leur compétence uniquement dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne.

Le fondement juridique de cet avant-projet de partage de compétences, reposerait selon la Commission sur les dispositions suivantes du Traité : les articles 4a), 5, 26, 76 c), 88, 89 et 90.

Cependant, les fondements énoncés pour donner une assise juridique au principe du partage de compétences appellent plusieurs observations.

**La première** consiste dans le fait qu'il ne peut y avoir partage de compétences dans le domaine de la concurrence sans une disposition expresse du Traité eu égard au principe de l'exclusivité déjà énoncée dans l'avis du 27 juin 2000.

A titre de droit comparé, on peut citer le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne qui a prévu en son article 4, non seulement le principe du partage de compétences entre l'Union et les Etats membres, mais aussi les domaines précis de l'exercice de ce partage. Bien avant cet instrument, il convient de rappeler que des dispositions d'autres Traités antérieurs, notamment le Traité de Rome (articles 85 et 86) et celui de Maastricht (articles 81 et 82) et la jurisprudence de la Cour de justice Communautaire (cf. affaire 14/68 Walt Wilhelm C/Bundeskartellamt du 13 février 1969, Rec. 1) avaient également contribué à régler la question de la distinction de la compétence de l'Union et des Etats en matière de concurrence en se fondant notamment sur le marché géographique en cause.

Cette distinction a permis aux Etats d'avoir leur droit interne de la concurrence qui cohabite avec le droit communautaire et sous sa dépendance relativement au champ d'application, au contenu et à l'inspiration. L'évolution du processus a été consolidé à travers l'édiction de règles de droit dérivé qui autorisent désormais la décentralisation de l'application du droit de la concurrence communautaire pour permettre la mise en œuvre des sanctions communautaires, immédiatement applicables par les autorités et les juridictions nationales.

A l'analyse, cette situation est différente de celle qui prévaut dans l'espace UEMOA où le Traité a été interprété dans le sens de l'exclusivité conférée aux organes de l'Union en matière de concurrence ; d'où, il s'ensuit que les règles de droit dérivé, destinées à la mise en œuvre de cette matière, doivent suivre le même régime.

Ce faisant, le principe de subsidiarité suppose à l'origine l'existence et la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres et permet dès lors de déterminer si une compétence existante peut ou non être exercée à l'échelon communautaire. En tout état de cause, ce principe ne s'applique que pour les compétences concurrentes, c'est-à-dire les compétences partagées entre l'UEMOA et les Etats. Le fondement de son extension est donc contestable dans le champ des compétences exclusives.

C'est pourquoi, les articles 5 et 26 du Traité ne peuvent pas servir de fondement au partage de compétences dans le domaine de la concurrence entre les organes de l'Union et les Etats membres de l'UEMOA.

**La seconde** observation a trait au sens des dispositions de l'article 90 du Traité, s'agissant de l'habilitation de la Commission à prendre des décisions en matière d'application des règles de concurrence.

On ne saurait considérer que cette disposition permet à la Commission de décider du partage de ses prérogatives exclusives en matière de concurrence avec les autorités nationales de la Concurrence.

Dans le cas d'espèce, le Traité n'a pas conféré ce type de pouvoir de décision à la Commission compte tenu de l'exclusivité de compétences des organes de l'Union dans le domaine.

Le pouvoir de décision conféré à la Commission et mis en exergue dans l'article 90 établit uniquement en sa faveur un pouvoir d'application de la législation prévue à l'article 89. Autrement dit, la Commission dispose d'un pouvoir de contrôle en matière d'entente, d'abus de position dominante et d'aide publique. Il s'agit d'un pouvoir administratif et non législatif utilisable dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure en matière de concurrence.

En rappel, suite à l'avis émis le 27 juin 2000, la Commission avait fait adopter trois règlements et deux directives conformément à l'article 89 et 90 du Traité. Ces instruments devaient permettre de renforcer l'efficacité et la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et dans une perspective de coopération encadrée avec les organes de l'Union.

En outre, et contrairement à l'avis de la Cour en date du 27 juin 2000, l'avant-projet de Règlement fait une distinction dans l'application des règles de la concurrence entre l'espace national et l'espace communautaire (cf. art.4 précité).

Le sixième considérant l'exprime en ces termes : « *Considérant qu'il est toutefois possible de conférer aux autorités nationales de concurrence de connaître des pratiques anti-concurrentielles lorsque celles-ci n'affectent pas les échanges entre les Etats membres sans préjudice de la compétence de la Commission concernant les affaires soulevant des questions de principe ou d'intérêts communautaire.* »

Or, selon l'avis précité, « *le Traité de Dakar, contrairement à ce qui est prévu à l'article 87, paragraphe 2 e) du Traité de Rome, n'a pas cru devoir charger la Commission de définir les rapports entre les législations nationales et le Droit communautaire de la concurrence, sans doute à cause de la compétence exclusive réservée à l'Union en matière de Droit de la concurrence compris comme partie intégrante du Marché Commun de l'UEMOA.* »

De ce fait, l'avant-projet de Règlement empiète sur le domaine du Traité, alors qu'en aucun cas, un Règlement ne saurait se substituer au Traité, mais plutôt le compléter dans son application sans le modifier dans sa lettre et dans son esprit. Autrement dit, le Règlement en tant qu'acte de droit dérivé inférieur au Traité, ne peut disposer dans un domaine réservé à celui-ci. Il ne peut qu'appliquer les principes que ces normes ont déjà dégagés.

Enfin, le partage de compétence telle qu'envisagé dans l'avant-projet de Règlement aura fondamentalement pour effet de redéfinir les contours de la base institutionnelle et du dispositif procédural du droit de la concurrence de l'Union.

Il n'est pas à priori concevable d'envisager une réforme de cette envergure si elle n'a pas été formellement prévue par le Traité.

Car, une telle passerelle permettra non seulement d'opérer une entorse au principe de l'exclusivité, mais aussi le viderait de son contenu au regard des prérogatives concédés aux organes de l'Union dans le domaine du droit de la concurrence.

Une pareille réforme nécessiterait en l'état actuel du droit UEMOA, une modification des dispositions pertinentes du Traité pour y inclure expressément le principe du partage de compétences ainsi que les domaines concernés.

### **III. CONCLUSIONS**

Les compétences dévolues par le Traité aux organes communautaires pour légiférer et mettre en œuvre le droit matériel dans l'espace de l'Union demeurent des compétences d'attribution.

Elles impliquent que l'Union et ses organes ne peuvent agir que dans le cadre des habilitations qui leur ont été respectivement attribuées.

C'est dans cette logique que l'article 90 du Traité a sur le plan procédural, expressément chargé la Commission de la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence, étant entendu que cette dernière peut définir des mécanismes de coopération avec les autres acteurs au sein de l'Union (*cf. Directive n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des Etats membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du traité de l'UEMOA*).

Dès lors, dans le but d'assurer un renforcement du rôle des autorités nationales de la concurrence aux fins d'optimiser l'application des règles de la concurrence dans l'Union, il conviendrait d'opérer des réformes structurelles en amont au sein du droit primaire. En d'autres termes, la redéfinition des compétences entre la Commission et les États membres, requiert une révision préalable du Traité.

**Compte tenu des considérations qui précèdent, la Cour est d'avis que :**

- **L'avant-projet de Règlement élaboré par la Commission et relatif au partage de compétences et à la coopération entre la Commission et les Autorités nationales de concurrence des Etats membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA n'est pas conforme en l'état aux dispositions dudit Traité.**
- **Qu'en conséquence, une révision préalable des dispositions pertinentes susmentionnées du Traité s'avère nécessaire pour lever les obstacles juridiques inhérents.**

**Et ont signé le Président, le Rapporteur et le Greffier.**

**Suivent les signatures illisibles.**

**Pour expédition certifiée conforme**

**Ouagadougou, le 09 juillet 2020**

**Le Greffier**

**Boubakar TAWEYE MAIDANDA**