

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Forum mondial sur la concurrence**

**Perspectives judiciaires sur le droit de la concurrence**

**Note par M. Mouhamadou DIAWARA**

**7-8 décembre 2017**

Ce document par Mouhamadou DIAWARA, Président, Commission de la Concurrence du Sénégal, est soumis au titre de la session 2 de la 16ème réunion du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE tenue les 7-8 décembre 2017.

Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur la page web [oe.cd/jpcl](http://oe.cd/jpcl).

Document existant uniquement au format pdf.

**JT03424434**



**PERSPECTIVES JUDICIAIRES SUR  
LE DROIT DE LA CONCURRENCE.**

**Mouhamadou Diawara  
Ancien Président des Chambres civile,  
commerciale et administrative  
de la Cour suprême du Sénégal  
Président de la Commission de la concurrence**

# SOMMAIRE

I. Introduction («la question du judiciaire») .....	4
II. La mise en œuvre du droit de la concurrence dans la région ouest-africaine et la part du judiciaire : les exemples du Sénégal, de l'Union Economique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA-WAEMU) et de la Communauté des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO-ECOWAS). .....	6
2.1. L'exemple du Sénégal .....	7
2.2.1. Les décisions du Conseil d'Etat sénégalais en matière de pratique anticoncurrentielles .....	8
a) La décision du Conseil d'Etat rendue dans l'affaire SACA et CIBA contre la FSSA .....	8
Observations : .....	9
b) La décision du Conseil d'Etat dans l'affaire « Syndicat des Agences de Voyages et de Tourisme du Sénégal" (SAVTS) contre la «Compagnie Air France».....	10
2.1.2. La saisine des tribunaux judiciaires pour l'allocation de dommages-intérêts.....	11
Observations.....	12
2.2. La mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions des espaces communautaires UEMOA - CEDEAO et le rôle des juridictions nationales.....	13
2.2.1. Le contrôle exercé par les juridictions communautaires .....	14
a. Le contrôle de légalité de la Cour de justice de l'UEMOA.....	14
b. La compétence de pleine juridiction .....	15
2.2.2. Le rôle des juridictions nationales dans la mise en œuvre du droit de la concurrence dans les espaces UEMOA/CEDEAO. ....	16
III. Le juge communautaire face aux problèmes économiques du droit de la concurrence.....	18
3.1. Position du problème.....	18
3.2. Perspectives inévitables : la confrontation nécessaire et attendue des juges communautaires de l'UEMOA et de la CEDEAO avec les règles économiques et l'application de la règle de droit. ....	19

a) La problématique de l'application des théories et règles économiques en droit de la concurrence : quelle confiance accorder aux théories économiques ? .....	20
b) Nécessité de l'application des théories et règles économiques : l'intégration du raisonnement économique au raisonnement juridique .....	20
3.3. Le problème des contrôles : la question de la preuve en droit de la concurrence et l'office du juge .....	21
3.3.1. La question de la preuve en droit de la concurrence .....	22
a) Quelles règles et quels principes appliquer (charge de la preuve...risque de la preuve ...)	22
b) Quels principes respecter ou utiliser dans le contrôle de la preuve ? .....	23
– le principe de proportionnalité	
– le principe de loyauté probatoire	
– le droit à la preuve	
– l'égalité des armes	
– la présomption d'innocence («in dubio pro reo»)	
– le principe du contradictoire et la loyauté des débats	
3.3.2. L'office du juge (prévisibilité de ses décisions, respect du principe dispositif et du principe de sécurité juridique...)	24
IV. CONCLUSION : Que, Qui choisir ? Juges généralistes ou Juges spécialisés ? (brève esquisse) .....	26
4.1. Problèmes d'expertise	
4.2. Amicus curiae (exemple de la Cour suprême du Sénégal)	
4.3. Enseignement du droit de la concurrence	
4.4. L'exemple du Sénégal dans la spécialisation des magistrats dans le domaine économique	
4.5. Appel en faveur de juges spécialisés	

## **I. INTRODUCTION («la question du judiciaire»)**

Pour un juge de nos pays aux ressources humaines, matérielles, financières fort limitées et fonctionnant suivant le principe de l'unité de juridiction, le thème, «Perspectives judiciaires sur le droit de la concurrence», pourrait paraître étrange. Comment ce juge, de l'ordre judiciaire, aux possibilités nombreuses, habitué à juger ou à trancher des questions de fait et de droit relevant de tous les domaines de la science juridique, du droit civil au droit des affaires (droit commercial, droit bancaire, droit maritime et fiscal) en passant par le droit pénal, le droit social et même, parfois, le droit administratif au titre du plein contentieux ou contentieux de pleine juridiction, pourrait-il avoir d'autres perspectives ou des conceptions différentes dans sa manière d'appréhender les questions soulevées par l'application du droit de la concurrence ? Dans l'exercice de son office, ne rencontre-t-il pas et ne résout-il pas toujours, à l'aide d'expertise, des questions techniques ardues et complexes dans des «secteurs» qui ne sont pas les siens comme, par exemple, en matière de construction.

L'initiative à l'origine d'un tel thème ne cacherait-elle pas la controverse sur la compétence du juge judiciaire à appliquer à bon escient le droit de la concurrence ou ne serait-elle que la manifestation d'un «léger mal être» ou d'une incompréhension «réelle ou latente» entre, selon les mots de Max Weber, les tenants (juges et économistes) de deux ordres différents : «un ordre juridique au caractère normatif, logique et systématique» et un ordre économique fondé sur la répartition, la circulation, la distribution des biens et services. Alors, au «droit abstrait qui théorise» serait opposée une «économie pragmatique qui part des faits». Des conséquences, tirées sur leur différence de logique, de méthode et de raisonnement, conduiraient, «au fin du fin», à l'idée du juge Spence selon laquelle «un tribunal n'avait pas la préparation nécessaire pour arbitrer les questions d'ordre économique» (texte de William P. Mc Keown et Marshall E. Rothstein, séminaire du comité du droit et de la politique de la concurrence OCDE).

Mais, force est de reconnaître qu'il n'en est rien des craintes exprimées. Il existe une théorie juridique comme une théorie économique. Le juge juge des faits, des hommes, des comportements en prise avec la réalité. Son rôle est résumé par l'ancienne règle «jura novit curia» même si, de nos jours, les parties doivent formuler les moyens de droit sur lesquels elles fondent leurs prétentions et, selon leur position processuelle, prouvent les faits qu'elles allèguent.

Certes, les affirmations précédentes, qui ne sauraient être rejetées à priori ou d'un bloc, sont contrebalancées par les constatations faites selon lesquelles le droit de la concurrence pourrait être appliqué efficacement aussi bien par des juges spécialisés que par des juges généralistes. Il existe des juges judiciaires bien au fait des problèmes de concurrence.

Par contre, il faut aussi bien reconnaître que le droit de la concurrence est un droit spécifique et, comme le dit le professeur Champaud (in « Caractères du droit de la concurrence»), est le «véritable laboratoire du droit économique». C'est un droit, inspiré des théories économiques, qui véhicule des concepts «particuliers», adopte un raisonnement qui lui serait propre (appelé raisonnement économique) et propose et/ou établit, à partir de ce raisonnement, des faits et des preuves qui peuvent être soumis au juge dans les infractions d'ententes illicites ou d'abus de position dominante et dans le contrôle des opérations de concentration.

Ce type de raisonnement et ces modalités de preuve seraient porteurs de lourdes conséquences et pourraient modifier les termes d'un procès. C'est pourquoi, leur nécessaire intégration au raisonnement juridique du juge chargé de donner une solution au litige qui lui est soumis en matière de pratiques anticoncurrentielles, devrait être fait avec beaucoup de prudence et être attentive au respect des principes directeurs du procès. Les idées ainsi exprimées impliquent, en conséquence, un véritable contrôle du juge dans son office (III).

Mais, au préalable, il faudra encore lever une autre équivoque ou étrangeté. En effet, comme il sera dit à la deuxième partie de cette étude, le thème retenu peut être «étranger» à ce même juge judiciaire pour la raison qu'il semble lui être fait peu de place, lorsqu'une fenêtre lui est ouverte, à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, celle-ci revenant à des juridictions de type administratif (II).

Dans une conclusion (IV), l'idée de la nécessité de juridictions spécialisées et d'une collaboration de tous les instants entre différentes institutions et l'appel à des ressources variées seront proposés et défendus.

## **II. La mise en œuvre du droit de la concurrence dans la région ouest-africaine et la part du judiciaire : les exemples du Sénégal, de l'Union Economique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA-WAEMU) et de la Communauté des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO-ECOWAS).**

Pourquoi la part du judiciaire alors qu'il s'agit de «perspectives judiciaires sur le droit de la concurrence» et que cette perspective judiciaire devrait traverser de part en part le sujet ?

Pour s'en limiter au «Vocabulaire juridique» de Gérard Cornu, le judiciaire, c'est ce «qui appartient à la justice par opposition à législatif et administratif» et, dans un sens précis, ce qui concerne la justice rendue par les tribunaux judiciaires.

Or, les juridictions communautaires, la Cour de justice de l'UEMOA et celle de la CEDEAO, chargées de connaître des recours en matière anticoncurrentielle dirigés contre les décisions de la Commission de l'UEMOA et de l'Autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO, sont de type administratif. Il en est de même de l'ancien Conseil d'Etat du Sénégal, juridiction administrative suprême chargée de connaître des recours pour excès de pouvoir et, entre autres, des recours contre les décisions de la Commission de la concurrence du temps où celle-ci pouvait encore prendre des décisions contre les pratiques anticoncurrentielles.



Cependant, bien que de nature administrative, les juridictions communautaires, à l'image de l'ancien Conseil d'Etat du Sénégal, sont composées, pour l'essentiel, de «juges judiciaires» ayant une ancienneté certaine et provenant des plus hautes juridictions de leurs pays<sup>1</sup>. Nul doute, comme cela a été noté dans l'application des règles administratives au début des indépendances, qu'ils garderont, au moins pour un temps, les reflexes de juges judiciaires.

Au plan des textes, une portion congrue dans l'application du droit de la concurrence semble être laissée aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Quant aux décisions, en dehors de deux arrêts du Conseil d'Etat du Sénégal, désormais supprimé et intégré à la Cour suprême, il n'en est pas émanant des Cours communautaires de justice de l'UEMOA et de la CEDEAO. Il s'agira alors, après avoir étudié le cas du Sénégal (2.1), d'examiner, au regard des textes communautaires, ce que les organes de la justice communautaire pourraient apporter au droit de la concurrence dans leur mission de contrôle des décisions des autorités de concurrence régionales de l'UEMOA et de la CEDEAO (2.2.) et le rôle dévolu aux tribunaux de l'ordre judiciaire (2.3.).

## **2.1. L'exemple du Sénégal**

Le Conseil d'Etat étant supprimé et la compétence en matière de pratiques anticoncurrentielles étant entièrement dévolue à la Commission de l'UEMOA, ce sont, pour les besoins de cette étude et à titre purement didactique, que les deux décisions de cet organisme sénégalais (2.1.1.) sont, ici, rappelées. Le rôle du judiciaire, à proprement parler, au Sénégal, trouvera aussi sa place dans cette partie (2.1.2.).

---

<sup>1</sup> Au sein de la CEDEAO, il existe un «Conseil judiciaire de la Communauté», composé des Présidents des juridictions suprêmes des Etats Membres, chargé du processus de recrutement des juges et investi de pouvoirs disciplinaires sur ceux-ci. Des professeurs de droit d'une ancienneté de 20 ans peuvent être membres de la cour. Le représentant actuel du Sénégal est un professeur d'université.

### **2.1.1. Les décisions du Conseil d'Etat sénégalais en matière de pratique anticoncurrentielles**

Le Conseil d'Etat a pris deux décisions dans les affaires suivantes :

- «Syndicat des Assurances Conseils Africains» (SACA) et «Central Insurance Broker Agency» (CIBA) contre «Fédération Sénégalaise des Sociétés d'Assurances» (FSSA) ;
- «Syndicat des Agences de Voyages et de Tourisme du Sénégal» (SAVTS) contre la «Compagnie Air France».

#### **a) La décision du Conseil d'Etat rendue dans l'affaire SACA et CIBA contre la FSSA**

A la suite d'un différend opposant «Central Insurance Broker Agency» (CIBA), cabinet spécialisé dans le courtage en assurances et membre du «Syndicat des Assurances Conseils Africains» (SACA), aux sociétés d'assurances dénommées «Assurances Générales du Sénégal» (AGS) et «SOSAR Al Amane», celles-ci saisirent la «Fédération Sénégalaise des sociétés d'assurances» (FSSA, organisation professionnelle de syndicats) qui, à la suite de réunions, intimèrent à tous ses membres, de rompre toutes relations d'affaires avec la société de courtage (CIBA).

Saisie des faits, la Commission de la concurrence du Sénégal, après avoir caractérisé d'entente illicite les accords des sociétés d'assurances regroupées au sein de la FSSA, énonça qu'il s'agit, en l'espèce, «d'une mise à l'index ou boycottage décidé de manière collective et concertée et destinée à exclure la CIBA du marché des assurances dès lors que la quasi totalité des compagnies d'assurances ont signé la lettre du 22 décembre 1997, acquiesçant ainsi au mot d'ordre de la FSSA alors surtout que certaines d'entre elles n'avaient aucun

contentieux avec la CIBA, ou, ce qui est plus inexplicable, n'ont jamais eu de relations de travail avec elle».

Ainsi, des sanctions furent prononcées contre la Fédération Sénégalaise des sociétés d'assurances pour entente illicite (article 24 de la loi 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique).

A rebours, le Conseil d'Etat prit une décision inverse.

Pour le Conseil d'Etat, aussi bien la concurrence que des pratiques anticoncurrentielles n'étaient en cause dans cette affaire et la Commission de la concurrence était incompétente pour en connaître.

Le Conseil d'Etat motive ainsi qu'il suit son arrêt : la décision de la FSSA «...traduit une réaction d'une nature spécifique, dans le cadre d'un litige en extranéité par rapport tant à la concurrence qu'aux pratiques anticoncurrentielles en raison de la circonstance qu'elle ne tend aucunement à susciter, sous quelque forme que ce soit, une évolution concertée ou parallèle des prix, des marges ou de toutes conditions de vente à caractère discriminatoire».

En définitive, pour le Conseil d'Etat, la décision de la FSSA ne pouvait entrer dans le champ d'application des pratiques anticoncurrentielles parce que n'ayant, ni pour objet, ni pour effet de fausser les prix de prestations fournies par les courtiers en matière d'assurances.

**Observations** : Mais, en réalité, le boycott n'était-il pas suffisant en lui-même? Quels que soient les reproches faits à CIBA, le boycott ne devrait-il pas constituer une pratique anticoncurrentielle par son objet indépendamment des effets sur le marché?

**b) La décision du Conseil d'Etat dans l'affaire « Syndicat des Agences de Voyages et de Tourisme du Sénégal" (SAVTS) contre la «Compagnie Air France».**

Sur le fondement de l'article 27 de la loi sénégalaise n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique prohibant les abus de position dominante et d'un état de dépendance économique, le Syndicat des Agences de Voyages et de Tourisme du Sénégal (SAVTS) et agences affiliées se sont plaints de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par la Compagnie Air France qui, faisant obstacle à la libre fixation du taux des commissions par le libre jeu du marché et profitant de leur situation de dépendance économique à son égard, a réduit le taux de commission qu'elle leur versait de 9 à 7%.

La Commission de la concurrence a constaté qu'avec la disparition d'Air Afrique et pour différentes raisons dont certaines «d'ordre psychologique et historique», Air France, qui avait une très grande part de marché sur la ligne Dakar-Paris-Dakar, occupait une position dominante.

De même, tenant compte des chiffres d'affaires réalisées par les agences de voyages auprès d'Air France, la Commission de la concurrence a ajouté «qu'en usant de sa puissance économique pour imposer à des agences, qui n'ont aucun autre recours de même qualité, une mesure, au surplus, de nature à restreindre le libre jeu de la concurrence avec l'alignement amorcé par d'autres compagnies, la Compagnie Air France a contrevenu aux dispositions de l'article 27 alinéa 2 de la loi n° 94-63 du 22 août 1994».

Le Conseil d'Etat, après un recours préjudiciel devant la Cour de justice de l'UEMOA (les textes communautaires étaient déjà entrés en vigueur), a rejeté le

recours en annulation formé contre la décision de la Commission de la concurrence par la Compagnie Air France.

Cette affaire ne s'arrêta pas là. Elle eut une suite judiciaire. Fort de «l'arrêt confirmatif» du Conseil d'Etat, selon les énonciations de la Cour d'Appel de Dakar dans sa décision du 24 avril 2012, le syndicat des agences de voyages et de tourisme et, à titre personnel, certaines agences de voyages, introduisirent une demande de dédommagement qui ne connaîtra son épilogue qu'au niveau de la Cour suprême.

### **2.1.2. La saisine des tribunaux judiciaires pour l'allocation de dommages intérêts.**

Le problème posé était, tout d'abord, de savoir, quelle autorité pouvait avoir la décision de la Commission de la concurrence, qui avait constaté et sanctionné l'existence de pratiques anticoncurrentielles, sur le juge civil. La règle de l'autorité du criminel sur le civil ne pouvait pas jouer. Les sanctions de l'autorité de la concurrence sont administratives et non pénales. Mais la décision de la Cour d'Appel conférait à la décision de la Commission l'autorité de la chose jugée et énonçait même «qu'en l'espèce, la faute d'Air France est établie au regard des décisions de la Commission et du Conseil d'Etat susvisées».

La Cour d'Appel allait-elle, dès lors, confirmer le jugement du Tribunal régional de Dakar qui, dans sa décision du 16 mars 2010, a alloué aux agences de voyages, à titre de réparation, la somme d'un milliard cent quatre vingt treize millions huit cent quatre vingt treize mille six cent quatre vingt quinze francs CFA (1.193.893.695 F CFA)<sup>2</sup>.

Un tel pas ne fut pas franchi puisque la Cour d'Appel, se fondant sur les dispositions de l'article 118 du code des obligations civiles et commerciales (pendant de l'article 1382 du Code civil français) et de l'article 134 alinéa 2 du

---

<sup>2</sup> 1 Euro égale environ 657 F cfa.

même code relatives aux conditions pour fixer le montant de la réparation, a, infirmant le jugement attaqué, débouté les agences de voyages et de tourisme qui « n'ont produit que des états chiffrés, des différentiels de commission sans déclarations fiscales, ni documents comptables régulièrement tenus, conformément à l'article 69 de l'Acte uniforme sur le droit comptable, attestant de la réalité de leurs ventes brutes de billet d'avion au profit de Air France, au taux de 7% au cours des années 2002-2008, de nature à prouver la réalité de leur préjudice financier; Que c'est à bon droit, qu'Air France leur a fait remarquer, qu'elles ne procèdent que par voie de projection de gains, alors qu'elles devraient justifier de la réalité de leur perte de gains à travers les billets vendus ;»

L'arrêt de rejet n° 02 du 2 janvier 2014 de la chambre civile et commerciale de la Cour suprême a rendu irrévocable cette décision en exerçant, au regard des moyens qui étaient posés, plus un contrôle disciplinaire qu'un contrôle normatif.

### **Observations.**

- L'arrêt de la Cour d'Appel de Dakar n'est pas, en définitive, favorables aux victimes d'Air France. Mais, elle peut appeler notre attention. En effet, bien que pris le 16 mars 2010, c'est à dire avant le point de vue exprimé par l'Union européenne, elle est à rapprocher, dans certains de ses aspects, avec l'article 9 de la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 de l'Union européenne qui édicte : « les Etats membres veillent à ce qu'une infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou par une instance de recours soit considérée comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts devant leurs juridictions nationales au titre de l'article 101 ou 102 du TFUE ou du droit national de la concurrence».
- Sur cette question, une présomption de préjudice n'est pas établie comme dans l'Union Européenne.

Les juges communautaires de l'UEMOA et de la CEDEAO auront un rôle important dans tous les domaines et voies ouverts par la mise en œuvre du droit de la concurrence.

## **2.2. La mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions des espaces communautaires UEMOA - CEDEAO et le rôle des juridictions nationales.**

Sous réserve d'une étude comparative plus détaillée des textes de l'UEMOA et de la CEDEAO, cette étude<sup>3</sup>, loin de revendiquer une quelconque prétention scientifique, n'a d'autres buts que de «titiller» les esprits pour un débat qui sera surtout celui de nos hauts magistrats très qualifiés et expérimentés des juridictions communautaires, lesquels, selon les expressions du professeur Tropper, sont, en définitive, les véritables créateurs de la norme juridique en ce qu'ils sont détenteurs du monopole de l'interprétation authentique, celle qui produit des effets juridiques<sup>4</sup>.

De fait, l'article 14 du Règlement n° 01/96/CM portant règlement de procédures de la Cour de justice de l'UEMOA décide que «la Cour de justice assure le respect du droit relativement à l'interprétation et l'application du Traité». Les dispositions de la CEDEAO lui font écho : «The Mandate of the Court is to ensure the observance of law and of the principles of equity and in the interpretation and application of the provisions of the revised treat and all other subsidiary legal instruments adopted by community».

---

<sup>3</sup> Ce travail est un essai ou une propédeutique limitée pouvant donner lieu à une œuvre plus poussée, plus rigoureuse et plus critique sur les textes de l'Uemoa et de la CEDEAO.

<sup>4</sup> C'est à dessein que nous utilisons la formule forte séduisante mais critiquable et critiquée du professeur Tropper.

L'examen sommaire des textes révèle que les juridictions communautaires exercent un contrôle de légalité et de plein contentieux sur les décisions des autres organes communautaires, notamment ceux qui ont en charge la concurrence (2.2.1.) et que les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas laissées en rade (2.2.2).

### **2.2.1. Le contrôle exercé par les juridictions communautaires**

De la même façon que l'article 31 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'UEMOA dispose que : «la Cour de justice de l'UEMOA apprécie la légalité des Décisions prises par la Commission (...)» et «statue, avec compétence de pleine juridiction, sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte», l'article 7 de l'Acte Additionnel A/SA.2/12/08 portant création, attributions et fonctionnement de l'Autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO, décide : «Il peut être entrepris un recours contre la décision de l'Autorité devant la Cour de justice de la Communauté». Il existe un contrôle en appréciation de la légalité (a) combiné à une compétence de pleine juridiction (b).

#### **a. Le contrôle de légalité de la Cour de justice de l'UEMOA**

C'est l'article 8 du Protocole Additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA qui, en son alinéa 2, précise que «le recours en appréciation de la légalité est ouvert (...) à toute personne physique ou morale contre tout acte d'un organe de l'Union lui faisant grief». Ce recours entraîne, selon l'article 9 du même Protocole, «la nullité totale ou partielle des actes entachés de vice de forme, d'incompétence, de détournement de pouvoir, de violation du Traité de l'Union ou des actes pris en application de celui-ci».



C'est le lieu pour la Cour d'exercer un contrôle restreint en cas d'erreur manifeste d'appréciation. La Commission de l'UEMOA, disposant d'énormes pouvoirs, notamment pour constater ou accorder des attestations négatives, des exemptions individuelles, adopter des règlements d'exécution aux fins d'exemption par catégorie, notifier des griefs, prendre des mesures provisoires, des astreintes, ordonner des enquêtes, des enquêtes par secteurs économiques et des perquisitions, condamner à des amendes, la Cour de justice devrait, assurément, veiller à la régularité procédurale sur toutes ces questions en plus de son contrôle normatif.

La Cour de justice devrait ainsi veiller au respect du principe de la contradiction, des droits de la défense, de l'égalité des armes, de l'admissibilité et de l'administration des preuves, de la motivation, toutes choses qui seront débattues dans les paragraphes suivants, à commencer par le pouvoir de plein contentieux qu'elle détiendrait avec la Cour de justice de la CEDEAO.

Avant d'aborder ce point, il convient de rappeler que le contrôle de la motivation est très important, les autorités communautaires ou régionales devant donner les éléments de fait et de droit de leur décision et éviter les motifs contradictoires.

### **b. La compétence de pleine juridiction**

Les règlements de procédure de la Cour de justice de l'UEMOA et de la CEDEAO leur confèrent d'énormes pouvoirs pour parvenir à la manifestation de la vérité. Il ne semble point être fait de distinction entre les différentes matières qui peuvent être l'objet de leur saisine, qu'elles statuent en dernier ressort ou sur appel. En «matière de droit de la concurrence», outre les faits et les preuves fondant les décisions des autorités de concurrence et rassemblés à la suite de demandes de renseignements, de vérifications, d'enquêtes (y compris les enquêtes par secteurs économiques), d'auditions des parties, de témoins ou

même de tiers pouvant être utiles à la solution du litige, elles semblent disposer de pouvoirs propres pour ordonner de nouvelles mesures d'instruction, accepter de nouvelles preuves et, même, accepter un moyen nouveau au-delà des délais normaux de procédure avec la restriction suivante : la décision sur sa recevabilité «reste réservée à l'arrêt définitif» (art. 31 dernier alinéa du Règlement n° 01/96/CM portant règlement de procédure de la Cour de justice de l'UEMOA).

L'avantage de cette disposition ou de cette compétence est que le juge du recours ne va pas se «dispenser» dans les questions de fait et de droit. Il est juge du fait et du droit. En ce sens, l'article 31 du Règlement n° 02 du 23 mai 2002 de l'UEMOA dit qu'à ce titre, la Cour de justice peut «modifier ou annuler les décisions prises, réduire ou augmenter le montant des amendes et des astreintes ou imposer des obligations particulières». Ainsi, il pourra redresser une mauvaise interprétation des faits, une fausse interprétation ou une application erronée de la loi...

A notre avis, c'est au titre de cette compétence de pleine juridiction que devrait être rangé le pouvoir de la Cour de justice de la CEDEAO de connaître des recours contre les décisions de l'Autorité régionale de la concurrence statuant sur les demandes d'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles (art. 7).

Ce n'est pas le point de vue de l'UEMOA qui ouvre, sur ce plan, une porte aux juridictions nationales.

### **2.2.2. Le rôle des juridictions nationales dans la mise en œuvre du droit de la concurrence dans les espaces UEMOA/CEDEAO.**

Une première divergence vient d'être signalée entre les textes de l'UEMOA et de la CEDEAO. En effet, sur le plan de l'allocation des dommages

et intérêts, l'article 22-4 du Règlement n° 02 du 23 mai 2002 de l'UEMOA précise que «les sanctions prononcées par la Commission sont sans préjudice des recours devant les juridictions nationales relatifs à la réparation des dommages subis».

Une autre question subsiste : la Commission de l'UEMOA, après l'avis de la Cour de justice, est exclusivement compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles. Ce ne serait pas, aujourd'hui, le point de vue retenu s'agissant des textes de la CEDEAO.

Les ententes illicites et les abus de position dominante sont interdits au sein de l'UEMOA et les accords ou décisions interdits sont déclarés nuls de plein droit (art. 2 du Règlement n° 02 du 23 mai 2002). L'article 5 (2) de l'Acte Additionnel A/SA 1/12/08 de la CEDEAO prévoit les mêmes interdictions et nullités s'agissant des accords et pratiques concertées.

Toutes les deux institutions prévoient des moyens de collaboration avec les juges nationaux. En effet, certaines enquêtes ou perquisitions ne peuvent être menées que sous le contrôle du juge national qui peut recevoir des commissions rogatoires. La Cour de justice de l'UEMOA ajoute même : «la Cour peut s'adresser directement aux autorités judiciaires "lorsqu'elle désire procéder ou faire procéder sur place à des constatations ou recueillir des éléments de preuve... »

En tout état de cause, il appartient aux Cours de recours, dans le respect des règles de droit, de délimiter les pouvoirs qu'elles tiennent de la loi et les limites de leur contrôle des actes des autorités administratives investies d'une mission d'ordre public au service du bon fonctionnement du marché.

En conclusion de cette partie, il faut dire qu'il n'est pas interdit aux Etats de sanctionner pénalement les personnes auteurs de pratiques anticoncurrentielles. L'UEMOA n'interdit pas aux Etats de légiférer dans ce sens.

Mais, la mission de toute autorité de justice est, entre plusieurs autres, de révéler la vérité qui divise les parties au moyen de preuves fournies par elles ou obtenues suivant d'autres procédures ou procédés. Cette découverte de la vérité pour justifier les sanctions à prononcer, prend une tournure particulière en droit de la concurrence en raison de sa spécificité, de sa complexité et de sa nature de droit économique.

### **III. Le juge communautaire face aux problèmes économiques du droit de la concurrence**

Après avoir posé le problème actuel sur l'absence d'application du droit de la concurrence par les juridictions communautaires de l'UEMOA et de la CEDEAO (3.1.), il sera question des perspectives (3.2.) et des problèmes de contrôle auxquels ils seront confrontés (3.3.).

#### **3.1. Position du problème**

Les juges communautaires de l'UEMOA et de la CEDEAO n'ayant pas encore été confrontés, en l'état de nos informations et/ou recherches<sup>5</sup>, aux questions économiques suscitées par l'application du droit de la concurrence, il serait difficile de définir les standards de contrôle et de preuve qu'ils utiliseront pour contrôler les décisions des autorités administratives de concurrence dont ils constituent le dernier recours.

---

<sup>5</sup> En réalité, le seul dossier en cours au sein de la Cour de la justice de l'UEMOA porte sur une opération de concentration. Quant à celle de la CEDEAO, elle ne peut être saisie de pratiques anticoncurrentielles puisque son Autorité régionale de concurrence n'est pas encore créée

### **3.2. Perspectives inévitables : la confrontation nécessaire et attendue des juges communautaires de l'UEMOA et de la CEDEAO avec les règles économiques et l'application de la règle de droit.**

Des problèmes d'ordre économique, notamment quant au raisonnement et à la preuve, se poseront nécessairement à eux pour la simple raison qu'il est nettement établi que le droit de la concurrence a des fondements économiques, que des concepts comme le marché, la substitutivité des produits, la réduction substantielle de concurrence, le test d'élasticité croisée de la demande, le test du monopoleur hypothétique, les effets bénéfiques ou non de l'entente sur le marché, la question des gains d'efficacité dans le cadre d'abus de position dominante, les effets probables dans le futur d'une opération de concentration sur le marché et tutti quanti ne peuvent être réellement saisis qu'à travers les règles et théories économiques.

Mais, même si l'omniprésence économique est incontestable et incontestée, la confiance faite à l'économie dans la mise en œuvre du droit de la concurrence est-elle absolument fondée en sorte que le juge, dans l'exercice de son office, doive aveuglement ou docilement s'en remettre au raisonnement et à la preuve économiques. N'existe-t-il pas un problème économique en "droit économique de la concurrence"? (a). Mais, l'on verra, par la suite et de façon cursive en raison des limites de ce travail, comme l'ont dit le Premier Président M. Guy Canivet et le juge Potocki du tribunal de première instance de l'Union européenne, l'importante place de l'économie dans la «manipulation» du droit de la concurrence sans que le rôle du juge soit réduit à celui d'un «pantin». (b).

a) **La problématique de l'application des théories et règles économiques en droit de la concurrence : quelle confiance accorder aux théories économiques ?**

La question se ramène à celle-ci : pourquoi faire confiance à la science économique présentée comme non occulte mais incertaine et qui peut conduire, selon les conceptions retenues, à des résultats différents. M. Denis Clerc, cité par Michel Musolino (in «la Nouvelle Imposture Economique») écrit : «si l'on pendait les économistes qui se sont trompés, il n'en resterait pas un seul en vie, à commencer par le signataire de ces lignes».

Pour répondre à la boutade, disons que se tromper, attesté ou non, n'est ni un crime ni un délit. Il importe, à ce propos, de rappeler les mots de Bachelard : «il n'y a pas de vérités premières, il n'y a que des erreurs premières».

De toutes les façons, la réalité est que le droit de la concurrence actuel est largement gouverné par les règles de l'économie et, comme il est dit, «les solutions retenues sont directement commandées par des données économiques». C'est avec raison que le Président Guy Canivet affirme que «le raisonnement économique doit être intégré au raisonnement juridique».

b) **Nécessité de l'application des théories et règles économiques : l'intégration du raisonnement économique au raisonnement juridique**

L'analyse économique est une donnée essentielle et, à priori, ni l'analyse économique descriptive ni l'analyse économique prédictive ne sauraient constituer un problème pour le juge. L'économie positive qui décrit des faits et l'économie normative (qui décrit ce que devront être les choses) ont leur utilité.

C'est la fonction normative de l'économie considérant le droit comme un serviteur de l'économie et faisant du juge un «servant» destiné à appliquer, comme un automate, les solutions préconisées par l'analyse économique, qui poserait problème.

Il est vrai que bien des choses ont été dites sur les obstacles à la réception par le juge du raisonnement économique, sur les différences de méthode entre la science juridique et la science économique, sur l'opposition entre le raisonnement déductif du juge fondé sur le syllogisme judiciaire et celui inductif de l'économiste. Mais, il est établi, d'une part, que le droit de la concurrence a des fondements économiques et que, d'autre part, objet juridique identifié ou non identifié, comme il a pu être soutenu, il est bien une branche du droit. C'est dans cette hybridité que le droit de la concurrence doit trouver sa voie et se faire. Ainsi, nous reviennent les mots justes de M. Canivet : «le juge doit conceptualiser les notions économiques pour les intégrer dans un raisonnement juridique» et ceux pertinents du juge Potocki : en droit de la concurrence, le «juge applique le droit à l'économie (...) la prohibition de l'abus de position dominante ne peut être comprise et appliquée que dans son sens économique. Mais, il faut souligner alors que ces concepts économiques deviennent des règles juridiques».

Le juge, dans l'exécution de son office, aujourd'hui démultiplié, a diverses préoccupations dont celles relatives à la preuve et aux éléments induits par le raisonnement économique intégré au raisonnement juridique.

### **3.3. Le problème des contrôles : la question de la preuve en droit de la concurrence et l'office du juge**

S'il est vrai que certains juges soutiennent que «les connaissances économiques sont parfois moins importantes que les règles de preuve», il n'en demeure pas moins, sans valider totalement cette proposition, que la preuve,

qu'elle soit économique ou autre (pourquoi d'ailleurs cette distinction, une preuve est une preuve quelle que soit sa nature), pose d'énormes et intéressantes questions quant à ses caractères, son admissibilité et son administration (3.3.1.) et que l'office du juge est, en tout état de cause, important (3.3.2.).

### **3.3.1. La question de la preuve en droit de la concurrence**

La question est complexe. Une brève étude des textes révèle qu'on se trouverait, en plus des questions économiques, au confluent de plusieurs droits et procédures (droit civil et procédure civile, droit pénal et procédure pénale, droit commercial et droit administratif ; plus généralement, le droit de la concurrence serait régi autant par des règles du droit privé que par celles du droit public.)

Cela entraîne les conséquences suivantes :

**a. Quelles règles et quels principes appliquer** tant en ce qui concerne la charge de la preuve que son admissibilité ? Nous savons que les modes de preuve diffèrent selon les matières. La preuve peut être littérale ou libre.

Quant à la charge de la preuve, la règle principale demeure : «Actori incumbit probatio» (la preuve incombe au demandeur) ou «ei incumbit probatio qui dicit non qui negat» (la preuve incombe à celui qui affirme, non à celui qui nie) mais «reus in excipiendo fit actor» (le défendeur en excipant devient demandeur).

A titre d'exemples, en matière d'entente, qui doit prouver un tel fait ou les comportements prohibés : la partie plaignante, l'autorité de concurrence ? Qui doit établir la restriction de concurrence ? Qui doit justifier les gains d'efficacité générés par les effets d'une pratique ou le bénéfice d'une exemption ? Comment établir l'existence de pratiques concertées ? Quels modes de preuve sont admissibles ? Tout dépend de la position occupée dans le procès et des allégations des uns et des autres. Celui qui allègue l'existence d'un droit à son



profit doit le justifier en fait et en droit sous peine de perdre le procès. Il y'a là un véritable risque de la preuve.

Dans les deux droits communautaires, les parties doivent apporter la preuve de leurs prétentions. Dans leurs requêtes et mémoires, répliques et dupliques, ils établissent les faits avec, à l'appui, leurs moyens de preuve et le fondement juridique de leurs prétentions. Rien ne leur interdit de se servir d'un expert. L'on sait aussi que les autorités de concurrence disposent d'énormes pouvoirs et de la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction surtout d'expertise. C'est le cas aussi des juges communautaires. Ceux-ci devraient veiller au respect de certains principes dans l'admission de la preuve.

Comme leurs autres collègues, face aux difficultés de la preuve directe, ils auront recours à des preuves indirectes résultant d'indices graves, précis et concordants. Ils feront appel aux présomptions simples ou irréfragables lorsqu'elles sont prévues ou celles qui pourraient s'induire d'analyses ou raisonnements économiques. Ils feront usage, au besoin, de règles d'inférence ou d'expérience. Mais, ils se doivent d'exercer un contrôle sur la preuve.

#### **b. Quels principes respecter ou utiliser dans le contrôle de la preuve ?**

Ils sont nombreux et même parfois complémentaires ou contradictoires. Peut-être que des choix devraient être opérés en tenant compte des difficultés à découvrir les infractions aux règles de concurrence. A titre d'exemples, sans faire de développement les concernant, il s'agit :

- du principe de proportionnalité
- du principe de loyauté probatoire
- du droit à la preuve
- de l'égalité des armes
- de la présomption d'innocence («in dubio pro reo»)
- du principe du contradictoire

Il appartiendra aux juges communautaires d'établir des standards de contrôle et de preuve.

Encore une fois, tout doit se faire dans le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire. Il en est ainsi de tous les éléments induits par le raisonnement économique que, dans son office, le juge intègre dans le raisonnement juridique comme il a été dit précédemment.

### **3.3.2. L'office du juge**

Dans cette sorte de transmutation par laquelle le raisonnement économique peut jouer un rôle important dans la détermination des faits pertinents, dans le passage du fait au droit qu'implique la qualification juridique de ces faits et dans la preuve, le juge doit toujours rester maître de son office qui inclut aussi la prévisibilité de ses décisions et le principe de sécurité juridique, normes fondamentales du droit de juger.

N'oublions pas que le juge est lié par le principe dispositif. Or, l'analyse ou le raisonnement juridique pourrait révéler des faits pertinents qui doivent être portés à la connaissance des parties. De même, la tendance actuelle notée dans le règlement des litiges place l'efficacité comme la finalité du droit de la concurrence. Dans cette mesure, ce n'est presque plus le comportement prohibé et connu des parties qui est sanctionné. L'autorité de concurrence recherche ou accorde beaucoup plus d'importance aux effets de la pratique sur le marché. C'est, explique-t-on, pour des raisons d'efficacité. Mais cela impacte aussi sur la prévisibilité des décisions et sur le principe de sécurité juridique.

Les deux juridictions communautaires (Cour de justice de l'UEMOA, Cour de justice de la CEDEAO) disposent, selon leurs règlements de procédures, d'importants pouvoirs aussi bien dans leur phase écrite que dans leur phase orale.

Il leur revient de définir, au travers des lois communautaires, les normes de contrôle qu'elles entendent utiliser pour censurer les décisions des autorités communautaires de concurrence et l'attitude à adopter face aux preuves complexes.

L'on sait déjà que les Cours de cassation exercent certains contrôles (que d'aucuns, à tort ou à raison, qualifient tantôt de lourd tantôt de léger). Ainsi, à la différence de la dénaturation des éléments de preuve, la matérialité des faits n'est pas contrôlée. De même, la valeur et la force probante des moyens de preuve sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le juge administratif exerce un contrôle restreint (s'agissant, notamment du pouvoir discrétionnaire) et un autre contrôle dit normal.

Les juges communautaires de l'UEMOA et de la CEDEAO apprécient la légalité des décisions qui leur sont soumises comme ils disposent de la possibilité de les «reformater», selon les cas, en usant de leur compétence de pleine juridiction.

Juges du droit et du fait, ils seront mieux à même, dans certaines circonstances, de moduler leur contrôle en fonction des buts à atteindre, notamment des objectifs et/ou finalités des politiques de concurrence définies par l'UEMOA et la CEDEAO, des moyens de l'Autorité administrative de concurrence (s'agissant des problèmes relatifs à la recevabilité des moyens de preuve avec l'existence des nouveaux moyens de la technologie et du numérique) et de la complexité des pratiques anticoncurrentielles qui ne sont pas faciles à détecter.

Utilisant et intégrant dans leur raisonnement des concepts juridiques, économiques, hybrides et se référant à des théories économiques établies pour motiver et justifier leurs décisions, ils ne sauraient, à notre avis, manquer de savoirs économiques. Ce savoir contribuera à la légitimité de leurs décisions.

Le professeur Jean-Louis Bergel exprime bien cette idée: «la décision du juge n'est en effet légitime qu'au terme de la procédure qu'il est contraint de respecter pour garantir la loyauté et la sécurité du procès. Elle ne mérite son autorité que dans la mesure où elle est conforme au droit, aussi bien au droit processuel qu'au droit substantiel. Le juge n'est finalement que le serviteur du droit et la garantie des plaideurs».<sup>6</sup>

#### **IV. CONCLUSION : Que, Qui choisir ? Juges généralistes ou Juges spécialisés ? (brève esquisse)**

**4.1.** Les juges communautaires ne sauraient manquer de connaissances économiques pour déterminer et contrôler la mission des experts qui, dans nos droits, n'émettent qu'un avis, lequel ne lie pas le juge.

Dans nos deux droits communautaires, l'expert travaille sous le contrôle du juge - rapporteur désigné. Quelle serait la valeur de ce contrôle si ce juge n'a aucune connaissance sur le travail de l'expert?

Mais le travail de l'expert doit être aussi «questionné». En droit de la concurrence, il ne s'agit pas de nommer n'importe quel expert. Il ne me semble point qu'en ce domaine, tout économiste puisse faire l'affaire.

L'expert, bien choisi en raison de ses qualités d'indépendance et d'impartialité, doit bien être au fait des questions de concurrence et doit pouvoir restituer, dans la simplicité et dans un langage clair et précis, les résultats de son expertise.

Il n'empêche aussi que les parties puissent avoir leur expert. Les droits communautaires le permettent<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Jean-Louis Bergel, l'office du juge, Actes, les Colloques du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, P 18.

<sup>7</sup> Le contrôle du juge doit être omniprésent pour éviter les manœuvres dilatoires

Tout doit être fait dans le respect de la loyauté des débats, du respect du principe de la contradiction et des droits de la défense.

**4.2.** La Cour suprême du Sénégal a déjà instauré un débat sur l' «Amicus curiae». La présence de cet ami de la cour, dans ses deux acceptions, me paraît acceptable en raison de la complexité du droit de la concurrence et de ses solutions. Cette question de l'Amicus curiae est proche des demandes d'avis qui peuvent lui être faites. Les années passées, la Cour suprême avait intégré un professeur de droit administratif à la chambre administrative.

**4.3.** Le droit de la concurrence est enseigné dans le cadre du droit économique, notamment à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis.

**4.4.** La loi sénégalaise n° 2017 - 24 du 28 juin 2017 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux et des chambres commerciales d'appel ouvre la voie en expliquant, dans ses motifs, que c'est: «un pas important vers une spécialisation des magistrats dans le domaine économique contribuant ainsi à une meilleure distribution de la justice dans cette matière».

**4.5.** Il n'est pas exigé que le juge soit un économiste. Mais, pour reprendre l'expression de Sartre, il doit se salir les mains, c'est à dire mettre la main à la pâte pour être à jour de toutes les «révolutions» de ce droit à l'évolution rapide qui exige un éveil de tous les instants. Une telle conception est une suggestion ou un appel à la formation de juges spécialisés pour traiter des questions de droit de la concurrence.

**Mouhamadou Diawara**