

LIBRE CONCURRENCE ET SES LIMITES

Me ABDOUL BAGUI KARI
Membre de la Commission Nationale de
Concurrence (2001/2014)

Introduction

- **Concept**

La concurrence est, à l'origine, une notion économique.

Au plan littéraire, elle est une rivalité entre plusieurs personnes ou plusieurs forces poursuivant un même but ;

Sur le plan économique, elle est un rapport de compétition entre producteurs, commerçants qui se disputent la même clientèle ;

C'est donc une situation de compétition économique entre plusieurs entreprises distinctes et rivales qui offrent de produits ou de services tendant à satisfaire des besoins équivalents, avec une chance égale de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle.

- **Objectifs**

A travers le processus de sélection qui peut aboutir à retenir les meilleurs, la concurrence vise :

- À accroître l'efficacité des marchés en favorisant le progrès économique, (une entreprise qui n'a pas de concurrent dans ce qu'elle propose n'innove pas et ne se remet pas en cause ses stratégies commerciales),
- À maximiser le bien-être des consommateurs qui peuvent choisir entre les différents produits proposés au juste prix dont elle est la source.

La conquête de la clientèle est donc libre, d'où le principe de la libre concurrence, corollaire du principe de la liberté du commerce dans un système d'économie libérale ;

La libre concurrence est ainsi le régime qui laisse à chacun des acteurs économiques la possibilité de produire et de vendre ce qu'il veut comme il l'entend aux conditions et procédés qu'il définit lui-même ;

C'est à ce niveau qu'intervient le droit de la concurrence pour baliser le terrain et poser les limites à la libre concurrence ;

- **Droit de concurrence**

Entendu comme *"l'ensemble des règles qui s'appliquent aux entreprises dans leur activité sur le marché et qui sont destinées à réguler la compétition à laquelle elles se livrent"*, le droit de la concurrence ne vise pas à protéger les concurrents, ni à empêcher leur disparition, mais plutôt à contrôler les moyens utilisés par les entreprises pour parvenir à leurs fins, c'est-à-dire pour définir les seuils d'un jeu « normal » de la concurrence.

Ce droit détermine donc les attitudes qui faussent le jeu normal de la concurrence et prévoit les mécanismes de leur prévention ou de leur sanction ; Il a donc un rôle soit de prévention, soit de répression.

I - détermination des pratiques qui faussent la concurrence

Nombreuses sont les attitudes des acteurs économiques qui peuvent fausser la concurrence sur le marché. Le marché est ainsi défini comme le lieu géographique sur lequel sont offerts tous les produits ou services que le consommateur considère interchangeables en raison des caractéristiques, du prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

A. Les pratiques déloyales

Elles sont à l'origine, une création de la doctrine et de la jurisprudence ;

La concurrence déloyale consiste dans le fait d'utiliser des moyens contraires aux usages honnêtes en matière de commerce dans le but de détourner la clientèle du concurrent.

La jurisprudence a joué un rôle important dans l'identification de ces pratiques dont certaines ont été parfois consacrées par la loi plus tard (telle que la publicité mensongère consacrée par la loi camerounaise sur l'activité commerciale de décembre 2015) ;

Le concurrent procède par des agissements déloyaux tels que la confusion, le dénigrement, le parasitisme, la désorganisation, etc...

- **La confusion** : C'est l'état d'une situation pas claire, embrouillée ; elle peut être réalisée par plusieurs moyens : imitation d'enseigne, de nom commercial, de produits. V. sur ce point l'accord de Bangui du 2 mars 1977 modifié, en son annexe 8 sur la protection contre la concurrence déloyale.
- **Le dénigrement** : Il consiste à jeter publiquement le discrédit sur la personnalité, les produits et services, le fonctionnement, le personnel ou les méthodes commerciales du concurrent dans le but de lui nuire.
- **La désorganisation du concurrent** : Elle peut se traduire par le débauchage du personnel, le détournement de commandes du concurrent, le détournement des fichiers de l'entreprise concurrente, etc.
- **Le parasitisme** : C'est la situation d'une entreprise qui utilise la réputation d'une autre sans forcément vouloir créer la confusion ; elle se comporte en parasite à l'égard d'une autre entreprise en vivant dans l'ombre de celle-ci et profitant des efforts et de la notoriété de cette dernière. Les agissements parasitaires concernent des parties qui ne sont pas nécessairement en situation de concurrence et dont l'une entend tirer profit de la notoriété ou des efforts de l'autre.

B. Les pratiques illicites

1) Les pratiques restrictives de concurrence

Elles sont des attitudes ou comportements contraires à la loyauté et l'égalité dans la concurrence, des comportements **individuels** qui constituent des « *pratiques commerciales unilatérales* » et qui sont présumées porter atteinte à un acteur économique en position de faiblesse.

Elles sont fixées par un texte et renvoient à ce qu'on appelle le « *petit droit de la concurrence* » parce qu'elles n'ont pas d'effet sur le marché, mais plutôt sur le comportement des acteurs du marché ;

Au Cameroun, c'est la loi n°2015-18 en date du 21 décembre 2015 régissant l'activité commerciale assez élaborée en la matière qui établit la prohibition des pratiques restrictives telles que les ventes liées, la revente à perte, le refus de vente, la publicité mensongère.

- **Les ventes liées** : le fait de subordonner la vente d'un bien à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre bien ou d'un service ; (système d'exploitation et ordinateur¹)
- **La revente à perte : (dumping)** ; c'est une revente à un prix inférieur au prix de revient effectif ; elle vise la protection des détaillants contre les grandes distributions qui peuvent casser les prix d'un produit et compenser les pertes par des marges bénéficiaires sur d'autres articles ;
- **Le refus de vendre** : Le fait, sans raison légitime de refuser de vendre un bien ou d'offrir un service alors qu'ils sont disponibles et la demande ne présente pas un caractère anormal.
- **La publicité mensongère** : le fait pour un commerçant ou un industriel de diffuser des informations inexacts ou propres à tromper le public sur les produits ou les services qu'il met en vente, sur les engagements qu'il prend à l'égard de la clientèle ou sur les aptitudes et les qualités qu'il possède.

C. **Les pratiques anticoncurrentielles**

C'est le domaine du droit de la concurrence par excellence ; Ce sont des pratiques collectives de nature à faire obstacle au libre jeu de la concurrence sur le marché (empêcher, fausser, restreindre de manière sensible l'exercice de la concurrence) ;

Elles sont règlementées au niveau national et au niveau communautaire.

Au Cameroun, la loi n° 98/013 du 14 juillet 1998 relative à la Concurrence régit les pratiques anticoncurrentielles sur le marché intérieur causées par des entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national.

Ce sont :

- **Les accords anticoncurrentiels ou ententes illicites**

Les Ententes illicites sont généralement définies comme toutes actions concertées ou non, tous les accords exprès ou tacites, toutes coalitions ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher ou limiter l'accès au marché, de fausser le libre exercice de la concurrence d'autres personnes physiques ou morales, de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de l'offre

¹ La question des ventes d'ordinateurs avec des logiciels pré installés alimente de nombreuses polémiques et des décisions de condamnation sont intervenues (Microsoft c/ Commission UE à propos de Windows) bien que apportant d'utiles précisions sur les contours de cette pratique (saga judiciaire UFC Que Choisir c/ HP) ; La CA Versailles dans son arrêt du 5 mai 2011 indiquait ainsi que : « le logiciel préinstallé correspond bien à une prestation de service distincte de l'ordinateur et rien ne s'oppose techniquement à sa désactivation. Preuve en est que le même constructeur propose sur la partie réservée aux entreprises de son site des configurations nues ». D'autre part, la Cour estime que « ce logiciel a un coût substantiel ». Autant d'informations qui doivent selon elles être portées à la connaissance du consommateur dans le cadre d'une relation contractuelle loyale.

et de la demande, en favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix, d'entraver la production, les investissements ou le progrès technique.

L'entente peut donc résulter d'une action concertée ou d'une convention expresse ou tacite, écrite ou non. L'entente doit porter atteinte à la concurrence par exemple en cas de répartition du marché (ententes horizontales entre agents économiques situés au même niveau de la chaîne économique ou des ententes verticales entre producteurs et distributeurs). Il y a également atteinte en cas d'entrave à la production, aux investissements ou au progrès technique. C'est le cas lorsque du fait de l'entente, une partie choisit de limiter volontairement son volume de production. C'est cette atteinte à la concurrence qui rend l'entente illicite. (L'entente est aussi sanctionnée quand elle vise à fixer les prix, s'entendre sur les conditions de vente, les quotas de production, se répartir le marché).

Ces accords illicites procèdent par des stratégies d'étouffement² du concurrent ou des stratégies de cloisonnement³ du marché.

Illustration : TRADEX c/ADC et pool HRS

Dans le marché de soutage d'avions, ADC a signé une convention d'occupation et d'exploitation des aéroports avec le pool HRS qui contient une clause d'exclusivité au profit des membres de ce pool que sont TOTAL et OIL LYBIA ;

TRADEX a demandé la création d'un second pool pour rentrer dans le marché mais la clause d'exclusivité du 1^{er} contrat ne l'a pas permis ; La CNC a reconnu l'entente anticoncurrentielle entre ADC et le pool HRS, a prononcé l'annulation de la clause et a condamné ADC : (D 2011/02 du 17 août 2011)

Il y a des possibilités d'exemptions individuelles ou par catégories lorsque l'entente permet par exemple un transfert de technologie, améliore la production ou la distribution, répond aux exigences du progrès technique.

L'exemption vise à autoriser une pratique pourtant anticoncurrentielle au regard des effets positifs qu'elle comporte pour l'économie ou les consommateurs.

- Abus de position dominante

Une entreprise ou un groupe d'entreprises abuse de sa position dominante sur le marché lorsqu'elle s'adonne aux pratiques ayant pour effet de restreindre d'une manière sensible la concurrence sur ledit marché ;

Pour comprendre l'abus de position dominante, il faut partir de la notion de position dominante. La position dominante est définie comme le fait, pour un opérateur économique ou un groupe d'opérateurs économiques d'occuper sur le marché une position de monopole ou de concentration économique. Autrement dit, c'est la situation dans laquelle une entreprise, du fait de son poids sur un marché (un secteur de vente ou de distribution) a la capacité de se soustraire à la concurrence des autres opérateurs économiques en jouant sur ce marché un rôle directeur. La domination ou la position dominante peut résulter de deux critères : la part qu'occupe

² Illustration affaire Express Exchange c/ EU et EMI Money ; CNC rapportée.

³ Illustration affaire TRADEX c/ ADC ; CNC rapportée.

l'entreprise sur le marché (la réglementation communautaire CEMAC parle de 30% de part de marché) ou son avance technologique sur les concurrents.

Ce qui est interdit ce n'est pas la position dominante mais le fait pour les entreprises qui se trouvent dans cette situation, d'en abuser. L'abus résulte des obstacles de tout genre que pose l'entreprise en position dominante pour déséquilibrer la concurrence, à travers :

- L'adoption des mesures ayant pour effet soit d'empêcher une entreprise concurrente de s'établir dans le marché, soit d'évincer un concurrent (prix prédateurs⁴, prix discriminatoires⁵)
- L'exercice des pressions sur les distributeurs à l'effet d'empêcher l'écoulement des produits des concurrents ;
- La pratique des actions ayant pour effet l'augmentation des coûts de production des concurrents.

Illustration : Express Union et EMI Money c/ Express exchange (marché de transfert électronique d'argent « Considérant que l'attitude de EU permet de toute évidence à EMI Money de minorer les charges de production du service et permet de constater que ce comportement vise à conforter EMI Money dans la mise en œuvre de la stratégie d'étouffement du concurrent Express Exchange à travers l'installation de ses agences toujours plus près de celles du concurrent et la pratique des prix toujours plus bas » ; (D 2013/01 du 09 avril 2013 et D 2013/02 du 11 juin 2013).

- Fusions et acquisitions ou concentrations économiques

La concentration économique résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie de biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet ou pour effet de permettre à une ou à un groupe d'entreprises d'exercer une influence déterminante sur une ou plusieurs autres entreprises.

L'opération de concentration emprunte diverses techniques juridiques connues du droit des sociétés telles que fusions, absorptions, prises de participations, création de filiales communes, etc.

Les opérations de concentrations économiques ne sont pas interdites a priori. Elles font seulement l'objet d'un contrôle qui peut aboutir à leur interdiction ou non. Au Gabon par exemple, le contrôle est de la compétence du ministre de l'économie qui se prononce après avis de la commission de la concurrence. Au Cameroun, c'est la Commission Nationale de Concurrence qui émet l'avis sur toute opération de fusion ou d'acquisitions d'entreprises pour

⁴ Les **prix prédateurs** sont le fait d'une entreprise qui pratique des **prix** de vente très bas en vue de protéger (situation défensive) ou d'étendre (situation offensive) sa part de marché au détriment de concurrents potentiels ou existants.

⁵ La **discrimination par les prix** désigne la modulation des prix en fonction des caractéristiques connues ou supposées de la demande. **Aff / ADIC c/ SOSUCAM et FERMACAM** : ADIC qui fait dans la distillerie d'alcool était liée à CAMSUCO par un contrat de fourniture de la mélasse qui est une matière première indispensable à son fonctionnement ; Après la fermeture de CAMSUCO, elle s'est retournée vers SOSUCAM qui est en monopole dans le secteur mais qui vend à ADIC cette matière première 40% plus cher que le prix offert à FERMACAM, une entreprise concurrente dans la distillerie, sans compter les autres facilités telles que les délais de paiement dont bénéficiait le concurrent. La CNC a reconnu contre SOSUCAM, la pratique anticoncurrentielle d'abus de position dominante par pratique des prix discriminatoires et condamné celle-ci à une amende de 175.000.000 FCFA (D2009/01 du 12 novembre 2009 et D2010/01 du 14 janvier 2010)

donner ou pas, suite au projet de concentration en demandant le rétablissement de la situation de droit antérieure ou la modification de l'opération en cours à l'effet de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou à apporter une contribution suffisante au progrès économique en vue de compenser les atteintes à la concurrence⁶. L'idée n'est pas nécessairement celle d'une sanction. Les décisions doivent être motivées.

Au niveau communautaire⁷, l'étude des opérations de concentration est de la compétence de la commission (en droit de l'UEMOA ou de la CEMAC) ou de celle de l'autorité de régulation de la concurrence dans la CEDEAO. En général, les opérations de concentrations ne sont prises en compte qu'autant qu'elles créent ou renforcent une position dominante entre les entreprises parties à l'opération⁸.

Dans les trois cas, lorsque les pratiques ont pour objet **d'améliorer l'efficacité économique** notamment par une réduction des coûts de production ou de distribution, l'amélioration sensible de la qualité dudit bien ou service, le gain d'efficacité dans la production ou la distribution de ce bien ou service, ces pratiques ne peuvent pas être considérées comme abusives même si elles ont pour conséquences l'élimination des concurrents. (Le droit de la concurrence ne protège pas les concurrents, mais le marché).

- **Les aides d'Etat** : Une dernière catégorie de pratique anticoncurrentielle prévue par les textes communautaires (CEMAC, UEMOA) ; Le Règlement n°04/99/UEAC – CM-639 du 18 août 1999 portant sur les pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres prohibe les aides directes accordées par l'Etat ou octroyées au moyen des ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit (subventions, exonérations d'impôts, garanties de prêt à des conditions favorables, couvertures des pertes d'exploitation) qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions⁹.

La commission de la CEMAC est notifiée et examine le projet pour apprécier sa compatibilité ou non avec le marché commun.

II – Sanction des pratiques qui faussent la concurrence

⁶ Au Cameroun, l'arrêté n°003/MINCOMMERCE du 16 février 2010 fixant les seuils, les conditions et les modalités de déclaration des fusions et acquisitions d'entreprises à la CNC fixe les critères parmi lesquels le chiffrer d'affaires conjoints des entreprises parties à la concentration au cours de l'année précédant doivent être d'au moins 4 milliards de FCFA et les parts de marché détenues égale ou supérieure à 30%. Le texte communautaire exige juste un milliard de chiffre d'affaires conjoint et la même part de marché de 30%.

⁷ La Commission CEMAC a saisi la CNC d'une notification de concentration pour avis, lequel a été favorable (Affaire TAM OIL AFRICA et MOBIL OIL CAMEROUN) ;

⁸ Il faut signaler quelques cas des concentrations notifiées à la CNC et validées par celle-ci ; (D2009/FUSAC-01 du 08 octobre 2009 : SIACK ISENBECK et SABC ; D2009/FUSAC-02 du 08 octobre 2009 ; TEXACO Cameroun et CORLAY GLOBAL ; D2010/FUSAC – 01 du 27 juillet 2010 : SAGA Cameroun et SDV Cameroun ; D2011/FUSAC -01 du 31 mars 2011 : TOTAL Cameroun et Sté des Bitumes et Cut Backs du Cameroun ; D2001/FUSAC – 01 du 15 novembre 2011 : TRACTAFRIC MOTORS et Sté de Distribution Africaine ; D2012/FUSAC – 01 du 1^{er} mars 2012 : TOTAL Cameroun et PERNCO OIL & GAS International Ltd).

⁹ La Cour de l'UE a indiqué que les régimes fiscaux conçus pour donner à certaines entreprises - au cas d'espèce les sociétés offshore -, un avantage constituent pour les bénéficiaires une aide d'Etat. Dans ces conditions, la Cour décide d'annuler l'arrêt du Tribunal et, estimant que l'affaire est en l'état d'être jugée, de confirmer la décision de la Commission selon laquelle le projet de réforme fiscale constitue un régime d'aides d'Etat que le Royaume-Uni n'est pas autorisé à mettre en œuvre. Arrêt du 15 novembre 2011 : Royaume Uni c/ Commission, sur la réforme fiscale concernant les entreprises offshores à Gibraltar.

II.1. Sanction des pratiques de concurrence déloyale

Elle relève du droit commun de la responsabilité civile et donc des tribunaux judiciaires.

Il faut donc une faute, un préjudice et un lien de causalité. Le préjudice est en principe matériel et correspond à la perte de la clientèle. La sanction en matière de concurrence déloyale consiste en l'attribution de dommages et intérêts qui sont calculés selon les principes de l'action en responsabilité civile.

II.2. Sanction des pratiques restrictives de concurrence

La législation camerounaise prévoit des sanctions administratives prononcées par le Ministre du Commerce portant soit sur une condamnation pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires annuel du commerçant contrevenant, soit sur une suspension d'activités pouvant aller jusqu'à 6 mois ; cette dernière mesure est susceptible de recours devant le Tribunal administratif ;

II.3. Sanction des pratiques anticoncurrentielles

Le contrôle et la mise en œuvre des règles de la concurrence relève généralement de certaines autorités investies de compétence particulière en matière de concurrence. (Conseils ou Commissions de concurrence selon les pays). Ces autorités cumulent très souvent des pouvoirs d'enquête, d'instruction et de sanction. Ce sont des autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir quasi-juridictionnel.

La compétence pour connaître des questions de concurrence peut être aussi dévolue à des organes sectoriels (électricité - ARSEL, télécommunications - ART, Hydrocarbures- CSPH, Ports-APN, marchés publics-ARMP, etc.) qui connaissent des pratiques anticoncurrentielles relevant de ces secteurs précis.

a) L'organe compétent

➤ Législation nationale

Au Cameroun, la loi a mis sur pied un organe de régulation générale et des organes de régulation sectorielle qui ont pouvoir d'enquêter et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles.

Le régulateur général, **la Commission Nationale de Concurrence** fait office de juridiction en la matière et rend des décisions ;

La décision de l'Autorité de concurrence est susceptible de recours devant le Tribunal de Première Instance du siège de celle-ci. (Au Burkina Faso, le recours se fait devant la chambre commerciale de la Cour d'Appel).

Les victimes des pratiques anticoncurrentielles peuvent demander des dommages intérêts dans le cadre de la saisine.

➤ Législation communautaire

Au niveau de la CEMAC, c'était d'abord le Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 modifié par le Règlement n°12/05-UEAC- 639/U-CM-SE du 27 juin 2005 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles qui permettait à la Commission de la CEMAC d'enquêter et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles ainsi prévues ;

cette législation a été abrogée et remplacée par le règlement n°6/19 du 07 avril 2019 relatif à la concurrence qui est plus élaboré.

La Cour de justice de la CEMAC connaît des recours contre les décisions de la Commission.

La même législation communautaire existe pour les pays de l'Afrique de l'Ouest au niveau de l'UEMOA (Règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mars 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA, le Règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mars 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA, le Règlement n°04/2002/CM/UEMOA du 23 mars 2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'UEMOA) et de la CEDEAO (Acte additionnel A/SA1/2008 du 19 décembre 2008 portant adoption des règles communautaires de concurrence et de leur modalité d'application au sein de la CEDEAO et Acte additionnel A/SA2/2008 du 19 décembre 2008 portant création, attribution et fonctionnement de l'autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO ;

Les autorités nationales peuvent collaborer à la mise en œuvre du droit communautaire. C'est en ce sens que la Directive UEMOA n°02/2002 23 mai 2002 relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales institue un mécanisme de coopération entre la Commission de l'UEMOA et les structures nationales de concurrence.

En droit de la CEDEAO, la législation communautaire ne s'applique que sur le marché commun autrement dit cette législation ne s'applique que pour les pratiques qui affectent la concurrence entre deux ou plusieurs Etats. Les pratiques qui n'ont d'effet qu'au sein d'un Etat membre sont de la compétence des autorités nationales.

b) La typologie des sanctions

- **Nullité de la pratique ou de la clause** : Cette sanction est surtout prononcée en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Le droit UEMOA (article 2 du Règlement n°2/2002) pose le principe de la nullité de plein droit des pratiques anticoncurrentielles qu'elles soient le fait des entreprises ou le fait des Etats. La nullité peut être éventuellement assortie d'une injonction qui permet efficacement de mettre fin à la pratique anticoncurrentielle dans un délai fixé par la décision.
- **Injonction** : L'injonction est un ordre donné par une autorité tendant à corriger, rétablir une situation, remettre en quelque sorte les intéressés dans la norme. C'est une sanction corrective.
- **Amende** : Prononcées contre les entreprises ayant participé à une pratique anticoncurrentielle ; 50% du bénéfice ou de 20% du chiffre d'affaires réalisé sur le marché national au cours de l'exercice précédant l'année de l'infraction selon le texte camerounais¹⁰.
- **Dommages intérêts**¹¹
- **Poursuites pénales** : En cas de non-paiement de l'amende, ordre de recettes est émis contre le contrevenant et le dossier transmis au parquet pour action publique en répression. Pour la législation CEMAC, les pratiques peuvent donner lieu à une peine

¹⁰ Il s'agit d'une amende de 5% du chiffre d'affaires réalisé dans le marché commun au cours du dernier exercice ou de 75% du bénéfice réalisé dans le cadre de l'opération litigieuse selon la législation communautaire.

¹¹ L'action en indemnisation est une action accessoire devant la Commission ; elle ne peut être conduite devant cette instance que concomitamment à l'action principale de sanction de la pratique anticoncurrentielle ; CAMSHIP c/ CIMENCAM, D 2012/01 du 11 décembre 2012

d'emprisonnement pour toute personne physique qui frauduleusement aura pris une part personnelle et déterminante dans leur conception ou leur mise en œuvre.

- **Peines complémentaires** (fermeture d'établissement, publication aux médias).