UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE

La Commission

DECISION N° 08 /2019/COM/UEMOA
RELATIVE A DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES MISES EN ŒUVRE DANS LE SECTEUR DU GAZ PETROLE LIQUEFIE AU BURKINA FASO

La Commission de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine

VU le Traité modifié de l'UEMOA, notamment en ses articles 88, 89 et 90 ;

VU l'Acte additionnel n° 05/2017/CCEG/UEMOA du 03 mai 2017 portant nomination d'un Membre de la Commission de l'UEMOA ;

VU l'Acte additionnel n° 06/2017/CCEG/UEMOA du 03 mai 2017 portant nomination du Président de la Commission de l'UEMOA ;

VU l'Acte additionnel n° 07/2017/CCEG du 03 mai 2017 portant nomination des Membres de la Commission de l'UEMOA ;

VU l'Acte additionnel n° 03/2018/CCEG/UEMOA du 22 novembre 2018 portant nomination d'un Membre de la Commission de l'UEMOA ;

VU le Règlement n° 02/2002/UEMOA du 23 mai 2002, relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine;

VU le Règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine;

Prenant en compte la lettre en date du 06 mai 2014 par laquelle, le Groupement Professionnel des Pétroliers (GPP) a saisi la Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation (CNCC) du Burkina Faso pour dénoncer des « pratiques anticoncurrentielles dans le secteur du Gaz Pétrole Liquéfié (GPL) ;

Prenant en compte le courrier n° 15.067/MICA/SG/CNCC/SP du 07 août 2015 par lequel la CNCC a transmis le dossier relatif à l'affaire à la Commission de l'UEMOA pour suite à donner ;

Prenant en compte la lettre N° 00760/PC/DMRC/DCONC du 07 février 2019

transmettant, à la société SONABHY, la Communication de griefs relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié au Burkina Faso ;

Prenant en compte la lettre N° 00762/PC/DMRC/DCONC du 07 février 2019 transmettant, à la société SODIGAZ, la Communication de griefs relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié au Burkina Faso ;

Prenant en compte le procès-verbal en date du 13 juin 2019 relatif à l'audition de la société SODIGAZ pour des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur du Gaz de Pétrole Liquéfié (GPL) au Burkina Faso;

Prenant en compte le procès-verbal en date du 14 juin 2019 relatif à l'audition de la société SONABHY pour des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur du Gaz de Pétrole Liquéfié (GPL) au Burkina Faso ;

Considérant l'avis N° 07/2019/CCC/UEMOA du 11 octobre 2019 du Comité Consultatif de la Concurrence relatif au projet de Décision portant sur des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié au Burkina Faso ;

Considérant les délibérations du Collège des Commissaires en date du 29 octobre 2019 ;

Prenant en compte les autres pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

I- CONTEXTE ET PROCEDURE

1. Par lettre n° 15.067/MICA/SG/CNCC/SP du 07 août 2015, la Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation (CNCC) du Burkina Faso a transmis, à la Commission de l'UEMOA, un dossier portant sur la saisine du Groupement Professionnel des Pétroliers (GPP) relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur du Gaz de Pétrole Liquéfié (GPL).

2. En effet, le Groupement Professionnel des Pétroliers a saisi la CNCC, par lettre n° OL/OJ/281/DG/14/BF du 06 mai 2014, pour dénoncer l'existence de pratiques anticoncurrentielles dans le domaine du GPL.

3. Ce Groupement constitué de plusieurs distributeurs de produits pétroliers considère que, depuis plus d'une dizaine d'années, ses membres sont victimes d'un traitement discriminatoire dans le processus de remboursement de la subvention du gaz butane. Cette discrimination résulte du fait que la subvention de la Société de Distribution de

Gaz (SODIGAZ APC) est directement supportée par la Société Nationale Burkinabè des Hydrocarbures (SONABHY) contrairement aux autres distributeurs qui doivent supporter le coût de la subvention et attendre ensuite de longs mois, voire des années avant d'être remboursés.

4. Ainsi, les membres du GPP souhaitent, à travers la saisine, qu'il soit mis fin au traitement discriminatoire, dont ils seraient victimes, par l'application d'un traitement égalitaire dans la prise en charge de la subvention pour tous les acteurs du marché.

5. La CNCC, après en avoir délibéré, a conclu à l'existence de pratiques anticoncurrentielles et a décidé de porter l'affaire devant la Commission de l'UEMOA, compétente en la matière.

6. Dans le cadre du traitement de cette saisine, la Commission, suite à l'examen préliminaire du dossier, a rencontré les opérateurs du secteur du GPL.

7. En outre, en application des dispositions de l'article 3.4 de la 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, la Commission de l'UEMOA a tenu une séance de travail avec la CNCC.

8. Les renseignements collectés ont fait ressortir des indices concordants d'un dysfonctionnement de la concurrence sur le marché du GPL. Ceux-ci nécessitent d'être approfondis pour permettre à la Commission de disposer d'éléments de preuve pouvant lui permettre, éventuellement, d'engager une procédure contentieuse contre les acteurs ayant enfreint les règles de concurrence dans l'exercice de leurs activités.

9. Pour ce faire, la Commission de l'UEMOA a organisé, du 18 au 29 avril 2017, une mission d'enquête dans le secteur du GPL à Ouagadougou, Bobo Dioulasso et Ouahigouya, au Burkina Faso. Elle a été appuyée par les enquêteurs nationaux désignés par le Ministère en charge du Commerce.

10. Les investigations ont été menées auprès des acteurs du secteur, notamment, les structures de l'Administration publique intervenant dans le secteur, la Société Nationale Burkinabè des Hydrocarbures (SONABHY), la Société de Distribution de Gaz African Petrolum Compagny (SODIGAZ APC), les autres distributeurs (marketers), les revendeurs, ainsi que les consommateurs.

11. Au terme de cette enquête et de l'examen des informations complémentaires recueillies et des pièces du dossier, la Commission a, en application de l'article 16 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 22 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante, engagé la procédure contradictoire ;

12. Ainsi, par lettres N° 00760/PC/DMRC/DCONC et N° 00762 du 07 février 2019, elle a notifié, respectivement aux sociétés SONABHY et SODIGAZ APC, des griefs de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur du GPL au Burkina Faso ;

13. Elle a également transmis, par lettre n° 00761/PC/DMRC/DCONC du 07 février 2019, aux autorités compétentes du Burkina Faso, la communication de griefs adressée aux

sociétés sus-citées à titre d'information et pour recueillir leurs éventuelles observations.

14. En réponse à la communication de griefs, la SONABHY a, par lettre en date du 21 mars 2019, formulé ses observations tout en informant la Commission des dispositions prises par le gouvernement du Burkina Faso pour mettre en place un mécanisme qui garantirait un traitement équitable des acteurs, sans compromettre la qualité de l'approvisionnement du consommateur final du produit.

15. Quant à SODIGAZ APC, après consultation des pièces du dossier, elle a également, par correspondance en date du 08 avril 2019, transmis un mémoire en défense dans lequel sont formulés ses moyens et prétentions.

16. Suite à ces observations écrites, la Commission a, par lettre n° 03127/DMRC/DConc/ du 07 mai 2019, réceptionnée par les services de la société SODIGAZ le 08 mai 2019 et N° 03125 DMRC/DConc/ du 07 mai 2019 réceptionnée par les services de la société SONABHY le 10 mai 2019, convoqué lesdites sociétés à une séance d'audition relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur du Gaz de Pétrole Liquéfié au Burkina Faso, programmée du 11 au 14 juin 2019.

17. Sur la base d'un questionnaire d'audition, les sociétés SONABHY et SODIGAZ ont été entendues et ont eu l'occasion de faire valoir à nouveau leurs arguments et observations sur la procédure ainsi que sur les griefs qui leur ont été notifiés.

18. L'audition de chaque société a été sanctionnée par un procès-verbal d'audition.

II. SECTEUR D'ACTIVITES

II.1. Le produit

19. Le produit en cause dans la présente procédure est le Gaz de Pétrole Liquéfié (GPL) qui est un sous-produit de la famille des hydrocarbures. Il fait l'objet d'une subvention à la consommation.

II.2. Les acteurs du secteur

II.2.1 Les entreprises du secteur

II.2.1.1 La SONABHY

20. La Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbures (SONABHY) est une société d'Etat au capital social de trois (3 000 000 000) milliards de francs CFA créée par KITI N°85-035 CNR/PRES/PRECO du 09 octobre 1985. Elle a hérité des actifs nets de la SEBHY (Société d'Entreposage Burkinabè l'Hydrocarbures) de Ouagadougou et de la SEB (Société d'Entreposage de Bobo).

21. Pour la réalisation de son objet social, l'Etat du Burkina Faso lui a accordée le monopole de droit pour l'importation, le stockage et le conditionnement des hydrocarbures liquides et gazeux sur l'ensemble du territoire.

6

22. Elle est placée sous la tutelle technique du Ministère en charge de l'énergie, la tutelle financière du Ministère en charge des finances et la tutelle de gestion du Ministère en charge du commerce.

23. Elle est administrée par un conseil d'Administration de neuf (09) membres dont sept (07) représentants de l'Etat, un (01) représentant du personnel et un (01) observateur représentant le service chargé de l'inspection des entreprises publiques et parapubliques (service étatique également).

II.2.1.2 SODIGAZ APC

24. SODIGAZ APC, autrefois dénommée « Société de Transport Divers » (STD), a été créée le 17 février 1977 sous forme de Société à Responsabilité Limitée (SARL) au capital de un million cinquante mille (1 050 000) F.CFA, et avait pour principale activité le transport des produits pétroliers.

25. Elle a connu plusieurs mutations et changements de dénomination, passant de STD à SODIGAZ APC en passant par STD SODIGAZ.

26. En 1984 elle prendra la forme d'une Société Anonyme (SA) avec un capital de dix millions cinq cent mille (10 500 000) F.CFA. Ce capital a été porté de nos jours à un (01) milliard de Francs CFA.

27. Elle devient, en 1988, la première société burkinabè à obtenir l'agrément et à exercer effectivement l'activité de distribution du gaz butane. De 1988 à 2006, ses activités se sont articulées autour de deux (02) pools que sont :

- la commercialisation de gaz butane et de produits pétroliers liquides mélangeurs 2 temps à travers son réseau de revendeurs;

- le transport international des produits pétroliers liquides et gazeux au profit de la SONABHY à partir des ports de la Côte d'Ivoire, du Togo, du Bénin et du Ghana ;

28. A partir de 2007, la société connaîtra une restructuration majeure qui a abouti à la création du Groupe SODIGAZ. Cette restructuration se traduira notamment par son désengagement du transport international des produits pétroliers et la cession de l'ensemble de son parc de camion-citerne à sa filiale nouvellement créée sous la dénomination de Compagnie Africaine de Transport Bolaro en abrégé CATB.

29. Désormais sous la dénomination SODIGAZ APC, elle consacre exclusivement son activité à la distribution de produits pétroliers liquides et gazeux à travers son réseau de stations-service et de revendeurs.

II.2.1.3. TOTAL BURKINA

30. TOTAL BURKINA SA est une Société Anonyme de droit burkinabè créée en 1954. Son capital social est détenu à 77,69% par TOTAL OUTREMER et à 22,31% par TOTAL AFRICA. Elle a pour objet la distribution de produits pétroliers.

31. Pour la distribution de ses produits, TOTAL dispose d'un important réseau constitué d'une part de stations-service (plus d'une centaine de stations-service à travers tout le territoire national) et d'autre part, de grossistes et revendeurs indépendants.

II.2.1.4 La pétrolière du Faso (PETROFA)

32. La Pétrolière du Faso (PETROFA S.A.), société de droit burkinabé, a été créée en mai 2004 avec la reprise du réseau de distribution de Mobil Oil Burkina.

33. Les produits offerts par PETROFA en matière de gaz sont conditionnés en bouteilles de deux (02) contenances distinctes, en l'occurrence, les bouteilles de 12,5 kg et celles de 6 kg, toutes de couleur marron.

II.2.1.5 ORYX Energy

34. Oryx Energy s'est installée sur le marché Burkinabè depuis 2003. Elle exerce dans la distribution d'hydrocarbures en gros, exploite un réseau de stations-service et met sur le marché des lubrifiants.

35. En réponse au défi écologique et dans le cadre de la lutte contre la désertification, Oryx Energy a lancé en 2003 un vaste chantier dans le domaine du Gaz de Pétrole Liquéfié.

36. L'entreprise dispose d'un stock de plusieurs milliers de bouteilles de couleur rouge arborant la marque Oryx Energy.

II.2.1.6 Vivo Energy

37. Vivo Energy Burkina Faso est une société anonyme de droit burkinabè exploitant la licence de la Société SHELL au Burkina Faso.

II.2.1.7 ECO OIL BURKINA

38. ECO OIL BURKINA est une société de droit burkinabè créée en 2015 avec un capital social de cent millions (100 000 000) de francs CFA.

39. Elle a pour objet, entre autres, la distribution des produits pétroliers. Elle met sur le marché du GPL conditionné dans les emballages estampillés de la marque ECOGAZ.

II.2.1.8 P-gaz

40. P-gaz est une société anonyme de droit burkinabè créée en 2015 et qui a pour activité, la distribution du GPL sous la marque P-gaz.

II.2.1.9 Les revendeurs

41. Les revendeurs sont des commerçants indépendants qui assurent la distribution des produits des distributeurs cités plus haut.

II.2.2 Les structures administratives

42. Il s'agit des services de l'administration publique ou parapublique (Ministère en charge du commerce, Ministère en charge des finances, Ministère en charge de l'énergie etc.) qui interviennent, notamment, dans les systèmes de délivrance des agréments pour la distribution des produits pétroliers, de comptabilisation et de paiement de la subvention.

III. CONSTATATIONS SUR LE MARCHE

III.1. Le marché en cause

43. La note interprétative 4 de l'annexe n° 1 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 précité, relative à la notion de " marché en cause ", souligne que, pour apprécier l'effet anticoncurrentiel d'une pratique et notamment, pour identifier une position dominante, la Commission utilisera comme critère la part de marché détenue par les parties à la pratique. Pour pouvoir déterminer cette part de marché, il est nécessaire d'avoir préalablement défini, avec précision, le " marché en cause ". Ce marché est le résultat de la combinaison entre" le marché de produits en cause " et "le marché géographique en cause".

44. Les besoins du Burkina Faso en produits pétroliers sont couverts à 100% par les importations.

45. L'importation et le stockage des hydrocarbures font l'objet d'un monopole conféré à la SONABHY par son acte de création, en l'occurrence, le KITI n° 85-035 CNR/PRES/PRECO du 09 octobre 1985 portant création de la société nationale burkinabè d'hydrocarbures. En outre, ce monopole de droit est réaffirmé par l'article 3 des statuts de la Société.

46. Le marché de la distribution du gaz butane est animé par sept (7) sociétés de distribution nationales et multinationales qui disposent chacune d'un réseau de revendeurs indépendants.

47. Sur cette base, le marché de l'importation et de la distribution du Gaz Pétrole Liquéfié (GPL) peut être défini comme le marché des produits.

48. Quant à la définition du marché géographique, elle se fera à la lumière de l'annexe n° 1 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, en sa « Note 4 » relative à la notion de « marché en cause », qui précise que : « dans l'appréhension du marché en cause dans une affaire d'abus de position dominante, le territoire géographique d'un Etat membre, quel que soit le poids économique de celui-ci, pourra être considéré comme une partie significative du marché commun », au sens de l'article 4.1 du Règlement N°02/2002/CM/UEMOA, relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA.

49. Sous ce rapport, le marché géographique est le territoire du Burkina Faso, qui constitue une partie significative du marché commun de l'UEMOA.

50. Cette délimitation du marché en cause, qui constitue une spécificité de l'espace communautaire UEMOA, permet, nonobstant l'existence de barrières à l'entrée du marché d'un pays membre par le système de concession de service public, comme c'est le cas en l'espèce, d'apprécier les incidences des pratiques aussi bien sur le territoire géographique de l'Etat membre concerné directement que sur le marché commun, le territoire de l'Etat membre concerné étant une partie significative de celui-ci.

III.2. L'application discriminatoire d'un mécanisme de subvention par la SONABHY

III.2.1. Description du mécanisme de subvention

51. Au Burkina Faso, les prix des produits pétroliers sont fixés par les pouvoirs publics à travers des textes réglementaires. Ces textes précisent en outre que les prix et marges ressortant des structures de prix s'entendent des prix et marges impératifs. Des prix de cession détaillant sont appliqués par la SONABHY à la vente des produits pétroliers aux sociétés de distribution de produits pétroliers, y compris le gaz butane.

52. Dans le cadre de sa politique de vulgarisation du GPL, le Gouvernement du Burkina Faso a décidé d'apporter un soutien à la consommation au moyen d'une subvention. En effet, depuis 2001, l'Etat du Burkina Faso a mis en place une politique de lutte contre la désertification en subventionnant les achats ménagers de gaz, par la prise en charge d'une partie du prix de vente du GPL.

53. Cette subvention est, en principe, supportée par les sociétés de distribution à l'occasion des achats. Ainsi un mécanisme de remboursement de cette subvention, par le Trésor Public, aux sociétés de distribution a été mis en place.

54. Avant février 2001, la gestion de ce soutien se faisait par un système de subventions croisées. Le processus consistait à faire des prélèvements sur le prix de certains produits (essence, super, gasoil) pour compenser les réductions accordées sur le prix des produits bénéficiant de subvention.

55. Pour des raisons de gestions de finances publiques, il a été mis fin au système des subventions croisées et à partir de février 2005, un nouveau mécanisme de tarification a été institué avec deux évolutions majeures :

- Le prix d'importation n'est plus fixé sur la base des coûts réels d'importation de la SONABHY, mais par la méthode dite de la parité importation. Cela a conduit à la détermination du prix d'importation sur la base des cours mondiaux et d'une prime destinée à la couverture de tous les frais additionnels (fret, assurances, inspections, pertes maritimes, etc.) ;

- La périodicité de la révision des structures des prix devient mensuelle.

56. Concrètement, ce nouveau système consistait pour le Trésor Public à inclure les subventions sur le bulletin de liquidation des droits et taxes de douanes y compris les Taxe sur les Produits Pétroliers (TPP) et Taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Ainsi, il revenait au Trésor Public d'effectuer désormais le remboursement des subventions.

57. Deux difficultés ont fait échouer ce mécanisme :

- Le logiciel de l'Administration de la douane n'autorisait pas de soustraction ; les montants des subventions, au lieu d'être déduits, s'ajoutaient aux montants des droits et taxes;

- Les montants de droits et taxes de douane (TPP et TVA) à payer par la SODIGAZ APC, qui était le plus grand acteur de la distribution du gaz *(à l'époque SODIGAZ APC ne commercialisait que du gaz),* se seraient trouvés inférieurs aux montants des subventions à rembourser.

58. Un autre mécanisme a alors été adopté. Pour les produits bénéficiant de subvention, il a été établi pour chaque société de distribution, une demande de titre de subvention, selon un modèle de document arrêté et sur la base des quantités portées sur les déclarations en douanes validées par l'Administration des douanes. Cette demande est soumise à la validation de cette même administration avant d'être transmise aux services du Trésor public pour paiement par des chèques exclusivement utilisables pour des paiements auprès des services de recettes de l'Etat (douanes, impôts, etc.).

III.2.2. Les pratiques abusives de la SONABHY dans la mise en œuvre du mécanisme de subvention

59. Les investigations ont permis de relever, que dans la gestion du remboursement de la subvention, un traitement de faveur est exclusivement accordé à SODIGAZ-APC.

60. Sur la base d'une convention de préfinancement de la subvention conclue sur instruction du Ministère de l'Economie et des Finances, entre SODIGAZ-APC et la SONABHY, cette dernière applique à la première des prix amputés du montant de la subvention.

61. En effet, il ressort de l'article 1 de la convention que « la SONABHY consent à préfinancer, en faveur de STD-SODIGAZ, les subventions sur le gaz butane destinées à satisfaire ses besoins sur le marché intérieur du Burkina Faso ».

62. L'article 2 précise que « le préfinancement se fera au moment de la facturation des ventes de gaz butane à STD-SODIGAZ. Pour ce faire, les prix applicables par la SONABHY à la facturation sont les prix sortie- dépôt de la structure du gaz butane homologués par les pouvoirs publics **hors droits et taxes de douane et hors subventions** ».

63. Concernant le remboursement, l'article 3 de la convention stipule que « STD-SODIGAZ s'engage à rembourser à la SONABHY le montant intégral des subventions dont elle va bénéficier du Trésor Public dès payement, dans un délai de trois (3) jours suivant la réception du chèque ».

64. Ce régime privilégié n'est pas accessible aux autres acteurs du secteur. Ces derniers doivent, à l'approvisionnement, payer plein pot (prix incluant le montant de la subvention) et attendre de longs mois, voire des années pour se faire rembourser.

65. Ces pratiques de la SONABHY, société détenant le monopole de l'importation des hydrocarbures au Burkina Faso sont de nature à affecter l'efficacité commerciale des distributeurs non bénéficiaires de cette mesure et de restreindre le bon fonctionnement de la concurrence entre les distributeurs.

III.2.3. L'objet ou l'effet anticoncurrentiel de l'accord entre la SONABHY et STD-SODIGAZ

66. Au-delà de leur caractère abusif, les pratiques susmentionnées comportent également des indices d'ententes anticoncurrentielles.

67. En effet, la SONABHY, sur la base de la convention qui la lie à SODIGAZ-APC, lui applique des prix amputés du montant de la subvention et ne se fait rembourser que lorsque celui-ci a été reversé par le Trésor public dans les caisses de SODIGAZ-APC.

68. Cette convention de préfinancement, en date du 13 mars 2001, stipule que la SONABHY s'engage à supporter le coût de la subvention sur les commandes de SODIGAZ-APC, à charge pour cette dernière de récupérer cette subvention au niveau du Trésor public.

69. Les autres distributeurs quant à eux supportent la subvention et se font rembourser après plusieurs mois, voire des années. Ce traitement différencié engendre les conséquences suivantes :

- SODIGAZ-APC ne supportant pas la subvention, elle se trouve dans de meilleures dispositions pour investir dans le secteur et étendre son réseau ainsi que ses parts de marché ;

- Quant aux autres acteurs, qui doivent attendre de longs mois, voire des années pour se faire rembourser la subvention, ils se voient privés d'une partie substantielle de leurs ressources. En effet, l'immobilisation de la subvention sur une longue durée, au Trésor Public, occasionne pour eux des tensions de trésorerie et limite leurs capacités d'investissement et de conquête de parts de marché.

70. L'entente entre la SONABHY et SODIGAZ-APC est donc susceptible de limiter les capacités de conquête du marché des autres acteurs au regard des frais financiers supportés et de la tension de trésorerie qu'occasionnent les retards dans le remboursement de la subvention.

71. A contrario, cette situation permet à SODIGAZ-APC de disposer d'importantes ressources pour mettre en œuvre son plan de développement et maintenir sa position dominante sur le marché du GPL.

III.2.4. La gravité des faits et la période de leur mise en œuvre

71. Les pratiques sus-visées ont favorisé un acteur, en l'occurrence SODIGAZ APC, qui a pu accroître significativement son positionnement sur le marché tandis que les autres distributeurs sont soumis à un traitement moins favorable. Toute chose qui a occasionné un déséquilibre dans la concurrence sur le marché du GPL.

73. Les faits incriminés existent depuis la signature de la convention de préfinancement de la subvention conclue entre la SONABHY et SODIGAZ-APC c'est-à-dire en mars 2001 et se poursuivent.

74. Ainsi, dans le cadre de la présente procédure, ces faits seront appréciés sur la période allant de 2001 à 2018, lesdites pratiques ayant toujours cours.

IV. GRIEFS NOTIFIES

75. ***IL EST FAIT GRIEF A LA SONABHY D'AVOIR ABUSE DE SA POSITION DOMINANTE DANS LE SECTEUR DU GPL PAR LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRATIQUE ABUSIVE CI - APRES :***

76. Application à l'égard des autres distributeurs de conditions inégales à des prestations équivalentes, par le préfinancement exclusif de la subvention liée aux achats de SODIGAZ-APC, infligeant ainsi à ceux-ci, un désavantage dans la concurrence.

77. ***IL EST FAIT GRIEF A LA SONABHY D'AVOIR CONCLU AVEC SODIGAZ-APC UN ACCORD AYANT UN EFFET ANTICONCURRENTIEL DANS LE SECTEUR DU GPL PAR LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRATIQUE SUIVANTE :***

78. Conclusion et mise en œuvre d'une convention de préfinancement par laquelle la SONABHY s'engage à supporter le coût de la subvention sur les commandes de SODIGAZ-APC qui s'engage à la lui reverser une fois remboursée par le Trésor Public.

79. ***IL EST FAIT GRIEF A SODIGAZ-APC D'AVOIR CONCLU AVEC LA SONABHY UN ACCORD AYANT UN EFFET ANTICONCURRENTIEL DANS LE SECTEUR DU GPL PAR LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRATIQUE CI DESSOUS :***

80. Conclusion et mise en œuvre d'une convention de préfinancement par laquelle la SONABHY s'engage à supporter le cout de la subvention sur les commandes de SODIGAZ-APC qui s'engage à la lui reverser une fois remboursée par le Trésor public.

81. **Ces pratiques ayant un objet et un effet anticoncurrentiels se trouvent être prohibées par les dispositions des articles 3 et 4 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA.**

V- DISCUSSION

82. La présente analyse a pour but d'apprécier la compatibilité des faits relevés, notamment, la gestion de la subvention, avec les dispositions des articles 88, 89 et 90 du Traité.

V.1. Le droit applicable

83. Les articles 88, 89 et 90 du Traité et ses textes d'application, notamment le Règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à

l'intérieur de l'UEMOA, le Règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA et le Règlement n°04/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'UEMOA fixent les règles de concurrence applicables en la matière.

84. Aux termes de l'article 4 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, « est incompatible avec le marché commun et interdit, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci. Les pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ;

- limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;

- appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

- de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats».

85. Mieux, l'article 6 du même Règlement interdit aux Etats membres de prendre « des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par l'article 88 paragraphes (a) et (b) du Traité de l'UEMOA ».

86. Par ailleurs, les stipulations de la convention entre la SONABHY SA et SODIGAZ pourraient être analysées à la lumière de l'article 3 du règlement n°02 qui énonce que : « sont incompatibles avec le Marché Commun et interdits, tous accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur de l'Union, et notamment ceux qui consistent en :

- des accords limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- des accords visant à fixer directement ou indirectement le prix, à contrôler le prix de vente et de manière générale, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; en particulier des accords entre entreprises à différents niveaux de production ou de distribution visant la fixation du prix de revente ;

- des répartitions des marchés ou des sources d'approvisionnement, en particulier des accords entre entreprises de production ou de distribution portant sur une protection territoriale absolue ;

- des limitations ou des contrôles de la production, des débouchés, du développement technique ou des investissements ;

- des discriminations entre partenaires commerciaux au moyen de conditions inégales pour des prestations équivalentes ;

- des subordinations de la conclusion des contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

V.2 De la position dominante de la SONABHY

87. L'annexe 1 du Règlement N°03/2002/CM/UEMOA définit la position dominante comme la situation où une entreprise a la capacité, sur le marché en cause de se soustraire à une concurrence effective, de s'affranchir des contraintes du marché en y jouant un rôle directeur. Cette annexe précise que, pour apprécier l'existence d'une position dominante, « le critère le plus déterminant sera la part de marché qu'occupe une entreprise sur le marché en cause ». Dans ce cadre, il est généralement admis que le cas le plus caractérisé de la position dominante est la position de monopole.

88. Par ailleurs, la part de marché n'étant pas considérée comme le seul critère pour apprécier la position dominante de l'entreprise, il y a également lieu de prendre en considération d'autres facteurs, notamment :

- l'existence de barrières à l'entrée : ces barrières peuvent résider dans des obstacles législatifs et réglementaires ou dans les caractéristiques propres au fonctionnement du marché en cause. Par exemple, peuvent constituer des barrières à l'entrée, la complexité technologique propre au marché du produit, la difficulté d'obtenir les matières premières nécessaires ainsi que des pratiques restrictives des fournisseurs déjà établis ;

- le degré de l'intégration verticale ;

- la puissance financière de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient.

89. Cette définition de la position dominante appliquée à la situation de la SONABHY en tant qu'unique opérateur habilité à importer du GPL permet d'affirmer que l'entreprise détient un pouvoir quasi-autonome sur le marché qui lui permet de s'imposer devant tous les autres acteurs.

90. En l'espèce, la société SONABHY, est en situation de monopole sur le marché de l'importation et du stockage du GPL.

91. SONABHY occupe une place incontournable sur ledit marché en raison du caractère exclusif des prestations dont elle a la charge sur le secteur.

92. Sous ce rapport, et se fondant sur l'exclusivité à lui offerte, SONABHY occupe une position dominante sur le marché des hydrocarbures, en général, et sur celui du gaz pétrole liquéfié, en particulier.

93. Toutefois, la position dominante en elle-même ne constitue pas un manquement car elle résulte du niveau de performance que toute entreprise doit chercher à atteindre. C'est plutôt l'abus de cette position à l'égard des autres acteurs qui est interdit par l'article 4 du Règlement N°02/2002/CM/UEMOA.

V.3. Des arguments des parties

- **Sur l'abus de position dominante**

94. SONABHY n'a pas contesté sa position dominante sur le marché du GPL. Cependant, pour ce qui est de l'abus, elle affirme n'avoir tiré aucun avantage de la pratique incriminée et qu'au contraire, il en a résulté pour elle, un impact négatif sur sa trésorerie.

95. Elle explique la mise en place de ce mécanisme par le fait que « l'objectif visé était d'éviter de très graves perturbations sur le marché de la distribution de gaz de pétrole liquéfié au Burkina, qui aurait inéluctablement provoqué le retrait de ce marché d'un acteur qui représentait au moment des faits, environ trois-quarts de part dudit marché et qui assure encore deux tiers de l'activité de distribution de ce produit ».

96. Les avantages octroyés à SODIGAZ-APC étaient, selon les autorités burkinabés, fondés sur le fait que cette entreprise, dont l'essentiel était lié au GPL, n'était pas en mesure de préfinancer le coût de la subvention sans que cela n'affecte son efficacité commerciale, ce qui n'était pas le cas des autres acteurs dont le GPL n'était pas l'activité principale.

97. Par ailleurs, elle considère que les pratiques ont cessé d'autant plus que depuis juin 2016, les membres du GPP ont décidé unilatéralement de payer les factures de la SONABHY amputées de ce qui correspond au montant de la subvention.

98. Enfin, elle soutient que le Gouvernement du Burkina Faso, dans le cadre de la réorganisation de la gestion de l'ensemble des subventions accordées sur les produits pétroliers, travaille à la mise en place d'un mécanisme qui garantirait un traitement équitable de l'ensemble des acteurs du marché de la distribution du GPL, sans compromettre la qualité de l'approvisionnement du consommateur final de ce produit.

99. En somme, la SONABHY ne conteste pas en réalité le grief d'abus de position dominante mais évoque plutôt les raisons qui justifient cette pratique et ses effets négatifs sur son fonctionnement.

100. Sur cette base, l'on peut considérer que les griefs d'abus de position dominante matérialisés par l'application à l'égard des autres distributeurs de conditions inégales à des prestations équivalentes, par le préfinancement exclusif de la subvention liée aux achats de SODIGAZ-APC, infligeant ainsi à ceux-ci, un désavantage dans la concurrence est fondé.

101. Par ailleurs, la SONHABY conteste la durée de l'infraction qui ressort de la communication de griefs (2001 à 2018). Elle considère que la différence de traitement a cessé depuis le mois de juin de l'année 2016, date à laquelle les membres du GPP ont décidé de ne plus payer le montant de la subvention avant de se faire livrer par la SONABHY.

102. Sur la base de cette information confirmée par d'autres acteurs du secteur, la période de leur mise en œuvre des pratiques abusives de la SONABHY est de 2001 à juin 2016.

➢ **Sur l'entente anticoncurrentielle**

103. Les mêmes arguments développés par SONABHY aux paragraphes 94 à 97 ont été soutenus par cette entreprise sur les griefs d'entente anticoncurrentielle avec SODIGAZ-APC.

104. Quant à SODIGAZ-APC, elle explique qu'avant l'année 2001, l'Etat burkinabè subventionnait le gaz par le système de subvention croisée, c'est-à-dire que les produits qui avaient une marge bénéficiaire finançaient les produits subventionnés.

105. A partir de 2001, l'Etat du Burkina Faso a mis en place une politique de lutte contre la désertification en subventionnant les achats ménagers de gaz par la prise en charge d'une partie du prix de vente aux ménages.

106. Ainsi, il a été mis en place, en 2001, une formule en application de laquelle, les marketers, clients de la SONABHY, paient le prix total du GPL hors subvention et se font rembourser ultérieurement par l'Etat sous forme de chèques verts.

107. Cette subvention, n'est cependant pas payée au moment de l'achat mais bien plus tard (plusieurs mois voire des années après la vente)

108. SODIGAZ-APC, a donc fait savoir qu'en tant que principal acteur du secteur, elle ne pouvait supporter les subventions sans compromettre son existence. Elle a avancé les raisons suivantes :

- l'activité de distribution de gaz constitue sa principale activité ;
- le système prévu mettait en danger sa capacité à fournir ses clients en butane et était susceptible, vu son rôle d'acteur majeur de la distribution, d'engendrer des pénuries artificielles en raison, notamment de l'importance de son implantation et de la non-interchangeabilité des bouteilles ;
- la prise en charge de la subvention par les chèques verts aurait des conséquences désastreuses sur son activité dans la mesure où elle ne pouvait pas utiliser tous les chèques représentant la subvention pour le paiement de ses impôts et taxes, ceux-ci étant largement inférieurs au montant de la subvention.

109. C'est donc ces raisons qui ont amené le Gouvernement burkinabè à donner instruction à la SONABHY de signer une convention de préfinancement de la subvention sur les achats de SODIGAZ-APC.

110. Elle considère qu'en réalité, il n'y a pas eu accord de volonté entre SONABHY et SODIGAZ, les deux entreprises n'ayant fait que respecter des instructions gouvernementales. Elle estime que l'intervention de l'Etat, à travers l'instruction donnée, ne permet pas de retenir l'entente.

111. En outre, elle estime que la convention n'avait pas un objet, ni un effet anticoncurrentiel car, elle n'avait pas pour objectif d'évincer les concurrents de SODIGAZ-APC ou d'apporter à cette dernière un avantage certain par rapport aux autres. Elle a donc négocié avec son partenaire commercial les conditions nécessaires pour assurer la survie de son activité.

112. Elle conclut en soulignant qu'elle n'avait aucune possibilité d'influencer l'octroi ou non de ces mêmes conditions aux autres acteurs du marché. Mieux, certaines entreprises (**PETROGAZ**) ont bénéficié de ces mêmes avantages.

112. Au regard des arguments avancés par SODIGAZ-APC, il convient de souligner que les dispositions de l'article 3 du Règlement n°02/2002/CM/UEMOA établissent deux critères pour apprécier l'existence d'une entente anticoncurrentielle. Le premier critère a trait à l'**objet** de l'accord, de la décision ou de la pratique concertée des entreprises ou associations d'entreprises mises en cause.

113. Le deuxième critère, quant à lui, est relatif à **l'effet potentiel ou réel** de l'accord, de la décision ou de la pratique concertée mises en œuvre par les entreprises ou associations d'entreprises.

114. La jurisprudence et la doctrine, il convient de le souligner, ont établi que ces deux critères sont **alternatifs et non cumulatifs**.

115. Aussi, s'agira-t-il de relever au prime abord, les éventuelles dispositions anticoncurrentielles contenues dans la convention de préfinancement entre SONABHY et SODIGAZ-APC. En l'absence de dispositions anticoncurrentielles, l'analyse consistera alors, dans un second temps, à faire ressortir s'il en existe, les effets anticoncurrentiels potentiels ou réels résultant du comportement des entreprises en cause.

116. Relativement à l'objet anticoncurrentiel, il convient de préciser que sa détermination est tributaire de trois facteurs établis par la jurisprudence. Il s'agit de :

- **la teneur des dispositions qui instaurent l'accord, la décision ou la pratique concertée ;**
- **les buts et objectifs visés ;**
- **le contexte économique et juridique dans lequel s'insèrent lesdites dispositions.**

117. En ce qui concerne le premier facteur, il faut noter que l'examen de la convention de préfinancement ne laisse pas apparaître de dispositions anticoncurrentielles. En effet, l'objet de ce contrat est précisé à l'article 1 de la convention qui dispose que « la SONABHY consent à préfinancer, en faveur de STD-SODIGAZ, les subventions sur le gaz butane destinées à satisfaire ses besoins sur le marché intérieur du Burkina Faso ».

118. En ce qui concerne les deux autres facteurs relatifs aux buts et objectifs visés ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel s'insèrent les dispositions, la rubrique préambule fournit les informations nécessaires.

119. En effet, les motifs et le contexte économique qui sous-tendent la conclusion de la convention sont évoqués. Il y est précisé que " Attendu qu'à l'examen de la structure de prix du gaz butane et vu le retard enregistré dans la mise en place du mécanisme de remboursement des subventions par le Trésor Public... Il est à craindre sérieusement une pénurie artificielle de gaz butane du fait que STD-SODIGAZ détient à elle seule ¾ de la distribution de ce produit..."

120. En outre, les autres dispositions de l'accord portent sur le préfinancement, le remboursement, la durée de la convention et les litiges.

121. En définitive, la teneur des dispositions, les buts et objectifs visés par la convention de préfinancement ne font pas ressortir de dispositions anticoncurrentielles.

122. La convention de préfinancement étant dépourvue d'un objet anticoncurrentiel, qu'en est-il des effets réels ou potentiels de cet accord sur le marché ?

123. Pour le grief d'entente anticoncurrentielle, la communication de griefs s'était fondée sur la conclusion et la mise en œuvre d'une convention de préfinancement par laquelle la SONABHY s'engage à supporter le coût de la subvention sur les commandes de SODIGAZ-APC qui s'engage à la lui reverser une fois remboursée par le Trésor public. L'action de SONABHY, société détenant le monopole de l'importation est constitutive de discriminations entre partenaires commerciaux au moyen de conditions inégales pour des prestations équivalentes ;

124. A l'analyse et sur la base des arguments de SODIGZ-APC, il ressort que la convention n'avait pas d'effet anticoncurrentiel. Elle traduit une relation commerciale normale entre deux acteurs du marché. C'est plutôt le refus de la SONABHY d'octroyer les mêmes avantages aux autres acteurs du marché qui est restrictif de concurrence.

125. Sur cette base, le grief d'entente anticoncurrentielle n'est pas fondé.

126. Enfin, SODIGAZ-APC et SONHABY contestent la durée de l'infraction qui ressort de la communication de griefs (2001 à 2018). Ces entreprises considèrent que la différence de traitement a cessé depuis le mois de juin de l'année 2016, date à laquelle les membres du GPP ont décidé de ne plus payer le montant de la subvention avant de se faire livrer par la SONABHY.

127. Le grief d'entente anticoncurrentielle n'ayant pas été retenu, il n'y a pas lieu d'apprécier cet argument.

VI- SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRECEDENT,

LA COMMISSION :

128. Considérant la position dominante de la SONABHY sur le marché en cause ;

129. Considérant les pratiques abusives de la société SONABHY caractérisées par l'application à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

130. Considérant que ces pratiques sont contraires aux dispositions de l'article 88 (b) du Traité de l'UEMOA et à l'article 4 du Règlement n°02/2002/CM /UEMOA ;

131. Considérant qu'aux termes de l'article 22.2 du Règlement n°03/2002/CM /UEMOA, « la Commission peut, par voie de Décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes de 500.000 F CFA à 100.000.000 F CFA, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction ou dix pour cent des actifs de ces entreprises, lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

    a. elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 88 (a), ou de l'article 88 (b) du Traité,

    b. elles contreviennent à une charge imposée en vertu de l'article 7, paragraphe 3, alinéa (a) du présent Règlement... ».

132. Considérant que, pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci ;

133. Considérant que l'importance du dommage causé à l'économie doit s'apprécier compte tenu de la nature et de l'étendue (temporelle et géographique) des pratiques, mais également de la position monopolistique de droit et de dominance détenue individuellement par la société SONABHY sur le marché en cause ;

134. Considérant en outre que, conformément à la pratique décisionnelle il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés, mais seulement qu'il tend à restreindre la concurrence ou qu'il est de nature à avoir ou susceptible d'avoir un tel effet ;

135. Considérant également que les pratiques ont été mises en œuvre par une entreprise d'Etat, sur qui pesait une responsabilité de veiller au bon fonctionnement du marché en cause ;

136. Considérant que la période de **2001 à juin 2016** a été retenue comme période de référence au cours de laquelle les pratiques incriminées ont été mises en œuvre.

137. Considérant toutefois la forte implication des autorités burkinabè dans la réalisation des pratiques incriminées ;

138. Considérant qu'il y'a lieu d'infliger une sanction pécuniaire d'un montant de **cinquante millions (50 000 000) francs CFA** pour ces pratiques abusives constituées ;

DECIDE :

Article premier : Il est établi que la société SONABHY a enfreint les dispositions de l'article 88 (b) du Traité de l'UEMOA et ses textes d'application.

Article 2 : Il est infligé à la société SONABHY une sanction pécuniaire d'un montant de **cinquante millions (50 000 000) francs CFA**.

Article 3 : Il est fait obligation à la SONABHY de mettre fin à la pratique discriminatoire instituée dans le cadre du remboursement de la subvention du gaz, notamment en traitant les différents marqueteurs exerçant dans le secteur de la distribution du gaz au Burkina Faso avec équité.

Article 4 : La Société SONABHY, la société SODIGAZ-APC, le Groupement Professionnel des Pétroliers (GPP) et les autorités compétentes du Burkina Faso sont destinataires de la présente décision.

Articles 5 : Le résumé de la présente décision fera l'objet de publication aux frais de la Commission dans une édition d'un journal de chaque Etat membre. Cette publication interviendra dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à trois millimètres sous le titre suivant, en caractère gras de même taille : « Communication de la Commission de l'UEMOA sur une décision **relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur du gaz pétrole liquéfié au Burkina Faso** ».

Article 6 : La présente Décision qui entre en vigueur à compter de sa date de signature, sera publiée au Bulletin Officiel de l'Union.

Fait à Ouagadougou, le 05 NOV. 2019
Pour la Commission,
le Président

UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE
LE PRESIDENT
COMMISSION

Abdallah BOUREIMA