

# UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR



**U.F.R** des Sciences Economiques et Sociales

**Département** des Sciences Juridiques



**Spécialité** : Droit Privé Fondamental

MEMOIRE de MASTER

## **Thème : L'effectivité du droit communautaire UEMOA de la concurrence**

Présenté par :

**SIDY NIABALY**

Sous la direction du :

**Dr Dielya Yaya WANE**

Enseignante chercheure à l'Université Assane Seck de Ziguinchor

**Année Universitaire 2016-2017**

## REMERCIEMENTS

✓ **A notre directrice de Mémoire, Dr. Dielya Yaya WANE, Enseignante chercheuse au département des Sciences juridiques de l'UASZ**

Pour avoir accepté de diriger ce travail, pour votre disponibilité constante malgré vos multiples et lourdes charges, mais aussi pour le soutien apporté tout au long du processus de réalisation de ce travail. Vos sages conseils et orientations nous ont été fondamentalement utiles.

*Nos profondes gratitudees ;*

✓ **A l'ensemble du corps professoral du département de Droit des Affaires de l'UASZ ainsi qu'à tous les intervenants dans ledit département**

Très chers professeurs, vous avez bien voulu, à travers de riches enseignements, nous laisser une bonne part de vos connaissances professionnelles. Ce qui a fait de nous ce que nous sommes devenus aujourd'hui.

*Pour ce, recevez ici notre très vive reconnaissance, notre profond respect et nos très sincères remerciements ;*

✓ **Aux membres du Jury**

Monsieur le Président, Messieurs les Membres du jury, vous avez accepté de consacrer votre précieux temps à l'appréciation de ce modeste travail.

*Nous vous en rendons chaleureusement hommage ;*

✓ Enfin, à tous ceux qui ont, de près ou de loin, contribué à la réalisation de ce mémoire.

*Nous vous en savons gré.*

## DEDICACES

*A mon Feu père, Ibou NIABALY.*

*J'aurais bien aimé, dans cette étape aussi importante de ma vie, ta présence à mes côtés mais le tout puissant en a décidé autrement et nous ne pouvons que nous réjouir de la volonté divine.*

*A ma bien aimée maman, Fatou CISSE.*

*Merci encore pour les efforts et sacrifices renouvelés à mon encontre. Cette dédicace est symbole de reconnaissance et non de contrepartie de vos actes. Je vous en remercie infiniment.*

*A mes frères et sœurs.*

*Vos soutiens de tout genre, vos sages conseils et orientations ont été déterminants dans la poursuite de nos études. Nous vous en remercierons jamais assez.*

*A mes amis et camarades de promotion*

*Merci pour ces bons moments passés ensemble. C'est gravé à jamais dans les esprits.*

## LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

AAI : Autorité Administrative Indépendante

Al : Alinéa ;

Art : Article ;

AU : Acte Uniforme ;

BAD : Banque Africaine de Développement ;

CAN : communauté Andine des Nations ;

CCC : Comité Consultatif de la Concurrence ;

CCJA : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ;

CE : Communauté Européenne ;

CECA : Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier ;

CEDEAO : Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest ;

CEE : Communauté Economique Européenne ;

CEMAC : Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale ;

CJ/UEMOA : Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest ;

CJCE : Cour de Justice de la Communauté Européenne ;

CM : Conseil des Ministres ;

CNUCED : Conseil des Nations Unies sur le Commerce et le Développement ;

Commission : Commission de l'UEMOA ;

Ed : Edition ;

Ibid : ibidem, au même endroit ;

Infra : Ci-dessous ;

J.O : Journal Officiel ;

JOCE : Journal Officiel de la Communauté Européenne ;

N° : Numéro ;

OAPI : Organisation Africaine de la Propriété Industrielle ;

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

OUA : Organisation pour l'Unité Africaine ;

P. : Page ;

P.U.F. : Presse Universitaire de France ;

REC : Réseau Européenne de la Concurrence

RIDE : Revue Internationale de Droit Economique ;

TUE : Traité sur l'Union Européenne ;

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne ;

UA : Union Africaine ;

UE : Union Européenne ;

V. : Voir.

## SOMMAIRE

Introduction .....	1
Titre I : Le cadre institutionnel comme obstacle à l'application effective de la législation UEMOA de la concurrence .....	10
Chapitre I : Le principe d'exclusivité dans la logique d'articulation des ordres juridiques nationaux et communautaires .....	11
Section I : La compétence exclusive de l'Union en droit matériel de la concurrence.....	12
Section II : La compétence exclusive de la Commission dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence.....	22
Chapitre II : Les répercussions du principe d'exclusivité sur l'effectivité du droit UEMOA de la concurrence .....	35
Section I : Les répercussions au niveau communautaire.....	35
Section II : Les répercussions au niveau des Etats membres de l'Union.....	43
Titre II : Une redéfinition nécessaire de l'orientation institutionnelle UEMOA pour plus d'effectivité .....	50
Chapitre I : Les exigences de la régionalisation de la concurrence dans les pays en développement .....	51
Section I : La promotion de la culture de concurrence dans les Etats membres de l'UEMOA.....	51
Section II : Les approches appropriées du droit matériel dans les pays en développement.....	64
Chapitre II : Une nécessaire répartition des compétences entre la commission et les Etats membres .....	76
Section I : L'organisation du partage de compétence entre la Commission et les structures nationales de concurrence.....	77
Section II : Les modalités techniques de l'exercice des compétences.....	85
Conclusion générale .....	93
BIBLIOGRAPHIE .....	98
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>103</b>

## Introduction

Les organisations d'intégration régionale bien qu'entamées en Europe, se ressentent avec beaucoup d'acuité en Afrique, notamment dans la période de la décolonisation. La première organisation après les indépendances fut l'Organisation pour l'Unité Africaine (OUA) remplacée ultérieurement par l'Union Africaine (UA)<sup>1</sup>. Cette organisation est d'échelle continentale et ne s'est préoccupée que des problèmes politiques du continent dans ses premières années d'existence. L'insuffisance des moyens financiers permettant de mener des actions rigoureuses en faveur de la paix, de la stabilité et du développement du continent est un des facteurs explicatifs de l'échec de sa mission et posant ainsi la problématique de l'ordre de priorité devant être accordé aux regroupements africains.

Sur la question de l'ordre de priorité des regroupements en Afrique, le panafricaniste Kwame Nkrumah, répond qu'il s'agissait, avant, pendant ou à travers l'OUA d'essence politique, de préparer aussi la coopération économique du continent.

C'est ainsi qu'en dépit de quelques divergences de vue sur la dimension continentale, régionale ou sous-régionale des nouveaux regroupements africains, la majorité s'est dégagée pour des regroupements sous-régionaux, d'obédience essentiellement économique<sup>2</sup> comme l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA).

L'intégration économique sous régionale voire régionale constitue « une tendance lourde de la mondialisation »<sup>3</sup> ; elle répond à la fois au souci des Etats d'être compétitifs<sup>4</sup> dans les échanges commerciaux mais aussi d'aménager un contrôle efficace du marché<sup>5</sup> pour juguler les effets nuisibles de la mondialisation économique.

Il est apparu que l'intégration économique dans les pays en développement s'est accompagnée d'un mouvement parallèle et concomitant de régionalisation de leurs politiques

---

<sup>1</sup> La convention créant l'Union Africaine a été signée le 11 juillet 2000 au Tchad lors du sommet des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA. Au départ, 25 Etats ont effectivement signé ladite Convention le 21 février 2001 en Libye. Elle est actuellement signée par 53 Etats et ratifiée par 48 d'entre eux. Elle est donc logiquement entrée en vigueur étant donné que le nombre de ratifications requises à cet effet est déjà atteint.

<sup>2</sup> FIPA N. J. « Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de L'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les Etats membres », Thèse de doctorat en droit communautaire comparé le 04 juillet 2011, 488 p.

<sup>3</sup> SALAH M.M.M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, 2001, p. 258.

<sup>4</sup> GOVAERE I., « L'établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux : de l'État régulateur souverain aux organisations d'intégration régionales promotrices, protectrices et intermédiaires », *RIDE*, 2003, p. 328.

<sup>5</sup> J.V. LOUIS, « Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation ? », *RIDE*, 2002, p. 533.

de la concurrence. La politique de concurrence affichée par l'UEMOA est avant tout de protéger le consommateur, de promouvoir l'efficacité économique, de lutter contre l'inflation et de promouvoir la compétitivité internationale ; ces objectifs traditionnels sont complétés par celui de jouer sur les structures du marché et de diffuser le pouvoir économique.<sup>6</sup> Cette politique est véhiculée et rendue facile par son droit communautaire de la concurrence, le droit apparaissant alors comme un instrument au service de l'économie.

Après plus d'une décennie de l'entrée en vigueur de la réglementation sur la concurrence, il convient en toute logique de jauger l'effectivité de ce cadre normatif.

L'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a été créée le 10 janvier 1994 par le Traité de Dakar. Ce Traité a été signé par les Chefs d'État et de Gouvernement des sept (7) pays de l'Afrique de l'Ouest ayant en commun l'usage d'une monnaie commune, le franc CFA. Il s'agit du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte-d'Ivoire, du Mali, du Niger, du Sénégal et du Togo. Le Traité est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994, après sa ratification par les États membres. Les sept Etats fondateurs de l'UEMOA seront rejoints par la Guinée-Bissau le 2 mai 1997. L'UEMOA consacre une intégration économique définie de façon générale (droit communautaire des affaires) comme le support juridique d'une communauté qui a pour mission l'établissement d'un marché commun et d'une union économique et monétaire, de promouvoir dans l'ensemble de la communauté notamment, un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques et qui suppose un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les pays membres, des obstacles fiscaux et douaniers à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux et en définitive, un régime assurant le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun.<sup>7</sup>

Ainsi, en signant le Traité de Dakar, les Parties contractantes ont affirmé leur détermination à mettre tous les moyens en œuvre pour favoriser le développement économique et social des Etats membres. Le passage de la coopération monétaire (par l'U.M.O.A.) à l'intégration économique et monétaire (par l'U.E.M.O.A.) montre une ambition de ne pas se limiter à la libéralisation des marchandises mais de réaliser la libéralisation des capitaux, des

---

<sup>6</sup> Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, 2007.

<sup>7</sup> V. en ce sens l'article 4 du Traité UEMOA révisé.

services, la libre circulation des personnes, l'harmonisation des politiques économiques et tout en maintenant la monnaie commune.

Afin d'atteindre ses objectifs, l'UEMOA, en tant qu'organisation d'intégration régionale, s'est dotée d'un ensemble de règles de fonctionnement. A cet effet, différents organes sont institués<sup>8</sup>. Certains de ces organes jouent un rôle important en matière de concurrence. Nous y reviendrons dans nos développements.

C'est à travers l'organisation d'intégration régionale que le droit communautaire est fondamentalement appréhendé. Le droit communautaire est aujourd'hui une branche bien distincte du droit international public, or il apparaît clairement que cette discipline n'existait pas au début du siècle dernier.

Au sens littéral du terme, l'adjectif communautaire désigne « ce qui relève de la communauté<sup>9</sup> », la communauté étant « l'état ou le caractère de ce qui est commun<sup>10</sup> ». Le droit communautaire participe donc de ce phénomène d'internationalisation du droit.

Le droit communautaire comprend l'ensemble des règles de droit applicables dans l'ordre juridique communautaire. Il est à la base du système institutionnel. Il régit les rapports entre les institutions communautaires et définit leurs procédures décisionnelles. Il leur donne le pouvoir d'agir par des règlements, des décisions générales, des directives, des recommandations et des décisions individuelles, qui peuvent avoir des effets contraignants à l'égard des États membres et de leurs ressortissants. Le droit communautaire détermine également les rapports entre l'organisation régionale et ses États membres : ces derniers doivent prendre toutes les mesures appropriées pour satisfaire aux obligations qui leur incombent en vertu des traités ou des actes des institutions communautaires. Il leur appartient d'aider l'organisation à mener à bien sa mission et de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs des traités.<sup>11</sup>

La spécificité du droit communautaire est d'être « un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des États membres », « le Traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures

---

<sup>8</sup> Voir en ce sens les articles 16 à 41 du Traité modifié de l'UEMOA.

<sup>9</sup> Le petit LAROUSSE, Larousse-Bordas, Paris, 2005, p.239.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> MBAYE M. N., Initiation au droit communautaire, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Licence1 sciences juridiques et politiques-Semestre 2, année universitaire 2010-2011, inédit.

nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle. »<sup>12</sup> Le droit communautaire acquiert automatiquement le statut de droit positif dans les Etats membres, il est susceptible de créer, par lui-même, des droit et obligations pour les particuliers et en même temps de prendre place, avec un rang de priorité sur toute norme nationale.<sup>13</sup>

Sur la base de tous ces éléments caractéristiques, on peut affirmer sans doute que l'UEMOA produit un droit communautaire.

La concurrence apparaît d'entrée de jeu comme l'un des principes clés du processus d'intégration enclenché par l'UEMOA. La politique économique mise en œuvre à un niveau sous-régional ou national constitue un tout dont la politique de la concurrence forme un pilier essentiel parmi d'autres pôles d'action.

La concurrence est une donnée économique, une liberté, qui permet à des opérateurs économique de s'affronter dans la conquête d'une clientèle sur un marché. Le concept de concurrence auquel fait allusion le Traité de l'UEMOA a surtout vu le jour à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle avec l'avènement du libéralisme économique, cette doctrine qui prône en matière économique la libre entreprise et la libre concurrence et qui est fondée sur la conviction qu'il existe un ordre naturel réalisé par des mécanismes d'ajustement qui ne peuvent jouer que dans un contexte de libre jeu des initiatives individuelles.<sup>14</sup>

Ainsi, un marché où le jeu de la concurrence est libre est un marché où les entreprises indépendantes les unes des autres, exerçant la même activité rivalisent pour attirer les consommateurs. Autrement dit, c'est un marché où chaque entreprise est soumise à la pression concurrentielle des autres.

On observe que bon nombre de pratiques tendent à fausser le jeu de la concurrence et face à la menace permanente des pratiques portant atteinte à la concurrence, il s'avère nécessaire d'élaborer et de mettre en œuvre un corps de règles les réprimant, un ensemble de règles régulant ou disciplinant la concurrence, ou en d'autres termes, un droit de la concurrence. Plus précisément, comme nous l'indique le Professeur Yves SERRA, « le droit de la

---

<sup>12</sup> CJCE, Arrêt Costa contre ENEL du 15 juillet 1964 qui consacre le principe de primauté du droit communautaire sur les législations nationales. Au sujet de la nature juridique de la CEE, la Cour déclara qu' « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE (aussi appelé traité CE ou Traité de Rome) a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres [...] et qui s'impose à leur juridiction. En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et ont créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ».

<sup>13</sup> Les principes inhérents de droit communautaire à savoir l'applicabilité immédiate, l'effet direct et la primauté du droit communautaire sur le droit national.

<sup>14</sup> « Lexique. Economie », Dalloz, Paris, 1995, 5e éd., p. 345.

concurrence comprend l'ensemble des dispositions juridiques qui régissent les rapports entre les professionnels dans leur activité concurrentielle pour réguler la concurrence ».<sup>15</sup>

Il s'agit d'abord de protéger la concurrence, c'est-à-dire de protéger le marché. Ce sont des règles qui s'inscrivent dans un ordre public économique de direction. Les règles prohibant par exemple les pratiques anticoncurrentielles n'interdisent pas un comportement en tant que tel, mais un comportement en tant qu'il porte atteinte au marché.

En termes de pratiques ou de comportements visés, le droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA s'intéresse exclusivement aux pratiques anticoncurrentielles, considérées comme des comportements souvent durables d'entreprises qui cherchent à organiser les marchés sur lesquels elles interviennent, à faire régner dans les relations qu'elles nouent avec leurs partenaires un ordre qui favorise leurs intérêts particuliers, en bloquant ou en faussant gravement la concurrence<sup>16</sup>, que sont les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante, et les interventions publiques.

Il est à rappeler que le Traité de l'UEMOA pose succinctement en ses articles 88 et 89 un principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles qui est toutefois assorti d'exceptions en tenant compte des situations spécifiques. Cependant ces dispositions susmentionnées sont rendues explicites par le droit dérivé : pour les ententes et abus de position dominante, ce sont les règlements n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et aux abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et pour les interventions publiques comprenant les aides publiques et pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats ce sont le règlement n° 04/2002/CM/UEMOA, la directive n° 01/2002/CM/UEMOA relative à la transparence des relations financières d'une part entre les Etats membres et les entreprises publiques et d'autre part entre les Etats membres et les organisations internationales ou étrangères et l'article 6 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

Ce droit matériel sommairement décrit sera appréhendé facilement plus bas lorsque nous verrons le droit processuel de la concurrence. Mais dès à présent, il s'avère nécessaire de se pencher sur son caractère effectif.

---

<sup>15</sup> Y. SERRA, « Le droit français de la concurrence », Dalloz, Paris, 1993 p. 9.

<sup>16</sup> Ibid. p. 4-5, 79-80.

L'effectivité est définie de manière très générale comme « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »<sup>17</sup>, ou encore comme « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »<sup>18</sup>. Ne constituant pas à proprement parler une notion juridique, elle « n'appartient pas à la définition de la règle de droit », elle ne qualifie pas une situation juridique et elle n'entraîne pas par elle-même d'effets juridiques. L'effectivité désigne d'une part un « fait » vérifiable, voire mesurable, celui de l'application, susceptible de degrés (car l'effectivité n'est jamais totale) d'une règle de droit, d'autre part les effets réels de la règle sur les comportements sociaux.<sup>19</sup>

Cette définition minimale étant admise, il faut toutefois constater qu'il ne règne aucun accord sur la signification précise, la portée et le statut de cette notion. A une conception restrictive de l'effectivité, défendue principalement par les juristes, s'oppose une conception extensive illustrée par les travaux de sociologie du droit. La première approche inscrit la question de l'effectivité dans le cadre des rapports droit/application du droit, alors que la seconde l'élargit aux relations droit/société. Dans le premier cas l'effectivité est conçue de manière normative : le droit ayant par nature vocation à être appliqué, l'effectivité traduit une application correcte du droit, conforme à sa lettre ou du moins à son esprit, c'est-à-dire à l'intention de son auteur, l'ineffectivité exprimant au contraire un échec, une lacune, un défaut du droit. Dans le second cas, l'effectivité résulte essentiellement de l'acceptation de la règle de droit par ses destinataires, par opposition à l'ineffectivité qui exprime un refus de la règle ou un désintérêt à son égard. Dans les deux hypothèses l'effectivité s'analyse par contraste avec l'ineffectivité.<sup>20</sup>

C'est la première acception de l'effectivité qui va retenir notre attention tout au long de notre travail. L'effectivité, qui mesure les écarts entre le droit et son application, tend alors à se confondre avec l'efficacité, qui permet d'évaluer les résultats et les effets sociaux du droit, et avec l'efficience, qui consiste à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints au meilleur coût.<sup>21</sup>

Si l'effectivité se conçoit comme l'appréciation a posteriori de l'application faite de la règle de droit, elle désigne forcément les modalités de mise en œuvre du droit. Dans sa vocation

---

<sup>17</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, P.U.F., 1987 cité par F. RANGEON « réflexion sur l'effectivité du droit », [www.persée.fr](http://www.persée.fr), consulté dernièrement le 15 juin 2017 à 12h 05.

<sup>18</sup> LASCOUMES P., « Effectivité » cité par A.J. ARNAUD, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J. et Story-scientia, 1988.

<sup>19</sup> RANGEON F., *op cit*, note 17.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

pratique elle vise à évaluer les degrés d'application du droit, à préciser les mécanismes de pénétration du droit dans la société.

Ainsi dans le cadre de ce sujet, l'évaluation de l'application du droit communautaire UEMOA de la concurrence nous invite à nous intéresser tout d'abord aux modalités de mise en œuvre dudit droit. A notre niveau, une telle évaluation implique de déceler les facteurs qui limitent ou amoindrissent l'application souhaitée du droit. Au nombre de ceux-ci, l'orientation institutionnelle de mise en œuvre de la législation communautaire de la concurrence occupe une place centrale. L'UEMOA a adopté une démarche toute particulière, à savoir la centralisation des compétences au profit de l'Union. La réglementation des pratiques anticoncurrentielles relève de la compétence exclusive de l'Union et la Commission bénéficie d'une compétence exclusive pour la mise en œuvre du droit communautaire. Dès lors, nous notons un problème de cohérence dans la démarche communautaire. L'UEMOA préconise l'harmonisation des politiques économiques. Cependant en matière de concurrence, c'est l'unification qui est préférée, mais une unification par substitution qui a pour effet de neutraliser les législations nationales de la concurrence, refusant ainsi toute cohabitation des normes nationales et communautaires. Cette forte centralisation des compétences limite considérablement l'effectivité de ce droit de la concurrence.

S'il est démontré que le cadre institutionnel est un facteur limitatif de l'effectivité du droit communautaire de la concurrence, il s'avère nécessaire, ensuite de réfléchir sur une redéfinition du cadre institutionnel pour plus d'effectivité du droit communautaire de la concurrence. Un cadre institutionnel prenant en compte le défi de la conciliation ou d'un équilibrage des compétences et du partage du pouvoir de contrôle entre le niveau communautaire et les niveaux nationaux.

Cette étude peut être facilitée ou affinée par le recours au droit comparé, et en particulier au droit européen de la concurrence. En effet, selon les indications des promoteurs de l'UEMOA et des rédacteurs de la législation communautaire sur la concurrence, l'expérience communautaire européenne a servi et continue de servir de référence, sinon de source d'inspiration majeure, à l'organisation d'intégration ouest-africaine<sup>22</sup>. Concrètement, ce recours au droit communautaire européen de la concurrence consistera quelquefois à se référer

---

<sup>22</sup> Voir notamment : Commission de l'UEMOA, « L'Union économique et monétaire ouest-africaine : Un traité pour l'avenir », A.D.E., Louvain-La-Neuve, 1995, p.22-23 ; Commission de l'UEMOA, « Note présentation du projet de législation communautaire sur la concurrence à l'intérieur de l'Union », à l'occasion de la Réunion du Conseil des ministres du 22 novembre 2000 à Ouagadougou, doc. dact., sans date, p.1.

utilement aux Traités de la Communauté Economique Européenne (CEE) et de l'Union Européenne (UE)<sup>23</sup>, aux règlements européens et à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) dans le domaine de la concurrence.

Aux termes de toutes ces précisions terminologiques il conviendrait de s'interroger sur la problématique de l'effectivité du droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA. En termes autres, il est question de s'intéresser au degré d'application du droit communautaire de la concurrence. Y a-t-il une application souhaitée du droit communautaire UEMOA de la concurrence ?

L'importance de l'étude d'un tel sujet apparait tout d'abord dans la démarche originale adoptée par le législateur UEMOA en matière de concurrence. Bien que le modèle de référence reste le droit européen, le droit UEMOA de la concurrence s'en démarque marquant ainsi un apparemment différent au système européen. En effet dans la logique d'articulation des ordres juridiques nationaux et communautaire, le législateur UEMOA a consacré le principe d'exclusivité de la compétence communautaire en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles. Ce principe va à l'encontre de l'un des principes qui caractérisent le droit communautaire à savoir le principe de primauté consacré à l'article 6 du Traité UEMOA. Ce principe admet la coexistence de normes nationales et communautaire. Il a notamment pour fonction de neutraliser les dispositions du droit interne, présentes et à venir, ayant le même objet que celles édictées au niveau communautaire et qui leur seraient contraires par sa lettre ou par son esprit.

Par ailleurs l'application de plusieurs règles supranationales de concurrence dans un même espace comme celui de l'UEMOA pouvant déboucher sur les conflits de normes et de compétences, est envisageable. Les pays membres de l'UEMOA sont aussi membres d'autres

---

<sup>23</sup> Les règles communautaires européennes en droit de la concurrence ont surtout été établies par le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (encore appelé Traité CEE) et le Traité de Maastricht du 7 février 1992 sur l'Union Européenne. Ce Traité sur l'Union européenne qui reprend pour l'essentiel les règles de concurrence posées par le Traité de Rome (qui s'appelle aussi dorénavant Traité instituant les Communautés européennes - Traité CE -) opère surtout un changement de numéros des anciens articles de ce dernier consacrés à la concurrence. Ainsi, l'ancien article 37 (l'ex-article 37) consacré aux monopoles nationaux à caractère commercial devient le nouvel article 31 du Traité CE ; l'ancien article 85 traitant des ententes correspond désormais au nouvel article 81 du Traité CE ; l'ancien article 86 portant sur les abus de position de position dominante est désormais devenu le nouvel article 82 du Traité CE ; l'ancien article 90 relatif aux entreprises publiques correspond maintenant au nouvel article 86 du Traité CE) ; les anciens articles 92, 93 et 94 consacrés aux aides d'Etat deviennent respectivement les nouveaux articles 87, 88 et 89 du Traité CE.

organisations d'intégration régionale, lesquelles ont ou envisagent un droit communautaire de la concurrence. C'est respectivement l'exemple de la CEDEAO<sup>24</sup> et de l'OHADA<sup>25</sup>.

Enfin ce sujet nous permet d'observer que souvent les règles proposées en matière de concurrence ne sont pas en phase avec la réalité des pays membres de l'UEMOA, marquée notamment par le sous-développement économique, la faiblesse de l'entrepreneuriat privé et moderne local, l'excroissance du secteur informel, l'analphabétisme de bon nombre de professionnels. Par exemple, dans un tel contexte, l'interdiction de la plupart des aides publiques et une politique fortement restrictive en matière d'entente ne risquent-elles pas de compromettre le développement de bon nombre d'entreprises et d'industries naissantes de la sous-région ?

Pour une démarche dynamique de cette étude, hormis l'approche comparative, il conviendrait d'emprunter une analyse systémique et prospective afin de saisir l'effectivité de ce droit. Ainsi en se référant respectivement à ces analyses on s'aperçoit que le cadre institutionnel constitue un obstacle à l'application effective de la législation communautaire de la concurrence (Titre I) et une redéfinition de l'orientation institutionnelle UEMOA pour plus d'effectivité est nécessaire (Titre II).

---

<sup>24</sup> L'Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO du 19 décembre 2008 pour ce qui concerne sa partie substantielle. Le droit processuel de la concurrence est partiellement régi par l'Acte additionnel A/SA.2/12/08 portant création, attributions et fonctionnement de l'Autorité Régionale de la Concurrence de la CEDEAO.

<sup>25</sup> L'OHADA envisage d'autres harmonisations juridiques, en particulier dans le domaine du droit de la concurrence, comme l'a laissé entendre son Conseil des ministres qui s'est tenu les 22 et 23 mars 2001 à Bangui.

## **Titre I : Le cadre institutionnel comme obstacle à l'application effective de la législation UEMOA de la concurrence**

Les législations de portée générale et/ou sectorielle sur la concurrence afin de protéger l'intérêt des consommateurs et promouvoir l'efficacité économique ont été adoptées suite aux réformes économiques d'orientation libérale intervenues à partir de la décennie 1990. Les réformes économiques d'orientation libérale font suite au "consensus de Washington" qui, à partir des années 1980, prescrivait aux pays de la sous-région qui composent actuellement l'UEMOA, la mise en œuvre progressive des réformes dites "de l'offre" dans le cadre des programmes d'ajustement structurel (PAS). Ces réformes ont consisté d'une part à écarter l'État de la sphère productive par la privatisation de nombreux secteurs économiques et, d'autre part, à faire reposer l'allocation des ressources dans l'économie sur les mécanismes de marché par la libéralisation de leur fonctionnement.<sup>26</sup>

La concurrence est un élément, si ce n'est l'élément fondamental de la politique économique des pouvoirs publics. L'UEMOA, lors de sa constitution a pris en compte les avantages de la concurrence dans le processus d'intégration adopté par les pays membres. L'UEMOA ayant par ailleurs, compris que, dans un contexte de libéralisation et de mondialisation, la survie des acteurs économiques est subordonnée à leur capacité de résistance face à une concurrence de plus en plus ardue, elle a tenté de définir la règle de jeu en instituant des normes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques<sup>27</sup>.

Le droit UEMOA de la concurrence est original. Une originalité qui se matérialise par le principe d'exclusivité dans la logique d'articulation des ordres juridiques nationaux et communautaires correspondant à la politique de centralisation (Chapitre I). Le droit UEMOA de la concurrence bien que s'inspirant de l'expérience européenne, observe une démarcation qui tiendrait compte des spécificités de la région. Cette démarche préconisée au niveau communautaire en matière de concurrence connaît des répercussions qui s'analysent comme des conséquences du système institutionnel qui limitent l'effectivité de la législation communautaire UEMOA de la concurrence (Chapitre II).

---

<sup>26</sup> TCHAPGA F. « La politique de la concurrence dans la CEMAC et l'UEMOA : entre urgences économiques et contraintes budgétaires », *Concurrences N° 1-2013*, p. 238.

<sup>27</sup> SAKHO A. « La législation communautaire de la concurrence et les mécanismes alternatifs de règlement de conflits commerciaux » *Ohadata D-05-12*, p. 7.

## Chapitre I : Le principe d'exclusivité dans la logique d'articulation des ordres juridiques nationaux et communautaires

Les différents Etats reconnaissent depuis les années 1990 au marché un rôle privilégié pour assurer le développement économique. Le point structurant des politiques économiques des Etats est, désormais, la volonté de préserver et de garantir le respect du principe de libre concurrence qui s'instaure en raison de la libéralisation, de l'ouverture à l'économie du marché des différents pays africains<sup>28</sup>. La concurrence est un moyen d'accéder à une fin collective de progrès et de bonheur économique<sup>29</sup>.

Le droit de la concurrence apparaît comme un droit du marché et ses règles portent non sur les intérêts des concurrents mais sur un intérêt objectivé, le marché. Elles répondent donc à des « préoccupations essentiellement macro-économiques. Il s'agit de faire régner un certain ordre concurrentiel dans l'économie, non de protéger des intérêts privés »<sup>30</sup>. Ces règles comportent donc une forte dose d'économie car elles sont au service d'une finalité économique : la construction et la préservation d'une économie concurrentielle.

Cette approche finaliste du droit de la concurrence se matérialise d'abord à l'échelon national avec des législations qui interdisent soit les pratiques restrictives de concurrence ou des pratiques anticoncurrentielles soit cumulativement les deux (2). A titre illustratif, au Sénégal les autorités politiques ont adopté la loi n° 94-63 du 22 Aout 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique. Cette loi pose le principe de la liberté quant à la détermination des prix par le jeu de la concurrence et organise le contrôle de celui-ci. Au Burkina Faso c'est la loi n° 15/94/ADP du 05 mai 1994 portant organisation de la concurrence, modifiée par la loi n°033-2001/AN du 04 décembre 2001. Au niveau de l'UEMOA aussi, une prise de conscience de la menace que constituent les pratiques prohibées sur l'équilibre économique des pays qui la composent, elle édicte le principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles dans son traité constitutif et plus tard dans son code communautaire.

---

<sup>28</sup> NGOM M. « l'esprit du droit économique africain » *Annales africaines nouvelles série 2016*, p. 45.

<sup>29</sup> G. FARJAT, « le bonheur en droit économique », cité par NGOM M. « L'esprit du droit économique africain » *Annales africaines nouvelles série 2016*, p. 45.

<sup>30</sup> FONTAINE M., « la protection du consommateur en droit civil et en droit commercial belge », *RTD com.*, 1974, p.222 cité par M. NGOM, *op cit*, note 29.

Dès lors il apparaît une cohabitation des normes nationales et communautaire en matière de concurrence. Cependant le droit UEMOA de la concurrence a fortement altéré les législations nationales en consacrant au profit de l'union une compétence exclusive du droit matériel (Section I) et du droit processuel de la concurrence (Section II).

## **Section I : La compétence exclusive de l'Union en droit matériel de la concurrence**

Le droit matériel ou substantiel de la concurrence de l'UEMOA renvoie aux pratiques anticoncurrentielles. Les pratiques anticoncurrentielles annoncées de manière très succincte dans le Traité instituant l'Union, trouvent leur clarté au niveau des règlements édictés pour l'application du Traité. La législation communautaire de la concurrence distingue classiquement les règles applicables aux entreprises (ententes et abus de position dominante) et celles qui visent l'Etat (aides publiques et les pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats). Le contenu matériel de ces textes est largement inspiré du droit communautaire européen de la concurrence, même si le recours au mimétisme est opéré différemment. Si l'UE et la CEMAC ont érigé le principe de subsidiarité dans la logique d'articulation des normes communautaires et normes nationales, l'UEMOA, prône le principe d'exclusivité qui est d'origine jurisprudentielle (Paragraphe I). Si l'enjeu de l'articulation de l'ordre communautaire et de l'ordre national concerne la capacité à garantir la prise en compte des spécificités des économies nationales tout en permettant au droit de la concurrence de jouer pleinement son rôle, le principe d'exclusivité serait susceptible de vives controverses (Paragraphe II).

### **Paragraphe I : Une consécration jurisprudentielle du principe d'exclusivité**

Le principe d'exclusivité est consacré par un avis de la Cour de justice (A) qui se fonde sur un raisonnement très particulier (B).

#### **A : L'avis de la Cour de justice consacrant le principe d'exclusivité**

A s'en tenir à la lettre des dispositions de l'article 88 du Traité de l'UEMOA il n'y ressort pas expressément la compétence exclusive de l'Union pour légiférer en matière de concurrence. L'affirmation de cette exclusivité est d'origine jurisprudentielle. Elle ressort d'un avis de la

Cour de Justice de l'UEMOA. La compétence de la Cour de justice pour émettre des avis est incontestable. Cette compétence a pour base juridique l'article 27 de l'Acte additionnel portant Statut de la Cour de justice<sup>31</sup>. En substance la Cour peut émettre des avis et des recommandations surtout projet de textes soumis par la Commission ; sur la compatibilité d'un accord international existant ou en voie de négociation ; avec les dispositions du Traité de l'UEMOA ; sur toute difficulté rencontrée dans l'application ou l'interprétation des actes relevant du droit communautaire. Enfin, le règlement de procédure de la Cour de justice prévoit la même compétence en son article 15-7°.

L'avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 de la Cour de justice de l'UEMOA fut rendu lors de l'élaboration des règlements d'application des dispositions du Traité relatives à la concurrence suite à une divergence d'interprétation des articles 88, 89 et 90 entre la Commission et les experts des États. Se fondant sur la lettre de ces articles, la Commission soutenait que l'Union avait compétence exclusive pour légiférer dans les trois domaines visés par le traité en matière de concurrence, à savoir les ententes, les abus de position dominante et les aides d'État. En revanche, de l'avis des experts des États membres, la législation communautaire n'avait pas vocation à remettre en cause l'existence et l'application du droit national des États membres, qui doit cohabiter avec les règles communautaires. La seule exception serait la reconnaissance du principe de primauté du droit communautaire en cas de contradiction entre celui-ci et le droit national.

Saisie par le Président de la Commission<sup>32</sup>, la Cour de justice de l'UEMOA, siégeant en assemblée plénière consultative, a émis un avis<sup>33</sup>, sur cette question ainsi formulé en son dispositif :

*« -Le droit communautaire de l'UEMOA, en matière de concurrence, est un droit à vocation centralisateur qui intègre dans son champ d'application tous accords, associations ou pratiques concertées ou abus de position dominante ayant pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans l'espace communautaire. La seule exception résulte des prescriptions formelles des autorités communautaires associant les Etats à l'exercice de cette compétence qui leur est dévolue.*

*- Les articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA consacrent une compétence exclusive de l'Union.*

---

<sup>31</sup> Acte additionnel n°10/96 signé le 10 Mai 1996 par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement.

<sup>32</sup> Par lettre n°1886/PC/DPCD/DCC/499 du 26 mai 2000 du Président de la Commission de l'UEMOA.

<sup>33</sup> Avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 du 27 juin 2000.

- Les Etats membres ne sont compétents que pour prendre les dispositions pénales réprimant les pratiques concurrentielles, les infractions aux règles de transparence du marché et à l'organisation de la concurrence ».

## **B : le raisonnement de la Cour de justice dans l'avis**

Le juge communautaire, usant pleinement de la marge d'interprétation que lui reconnaît le traité, a fait une véritable œuvre législative en orientant de la sorte le droit communautaire. La Cour de justice de l'UEMOA a, dans son avis 003/2002, posé le principe de la centralisation des compétences. Elle fonde son raisonnement sur deux axes principaux. Elle procède d'une part à un examen comparatif des dispositions du traité UEMOA avec les dispositions du droit européen de la concurrence, d'autre part à l'analyse du système institutionnel de l'Union.

Sur l'examen comparatif des dispositions du traité de l'UEMOA et du traité de Rome (articles 85 et 86)<sup>34</sup>, la Cour de justice de l'UEMOA a en substance fondé son raisonnement sur le fait que l'application du droit européen était soumise à deux conditions cumulatives : d'une part il faut une « restriction volontaire et effective de la concurrence à l'intérieur du marché commun européen », d'autre part cette restriction doit être « susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire »<sup>35</sup>. C'est l'association de ces deux critères qui, selon la Cour, limite le champ d'application du droit européen de la concurrence.

Il ressort par contre de l'article 88 lettre a) du traité de Dakar que « les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de *fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union* » sont interdits de plein droit. Les abus de position dominante ne sont quant à eux sanctionnés que dans la mesure où ils sont localisés « *sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci* ». Le

---

<sup>34</sup> Pour rappel, les interdictions des ententes et abus de position dominante sont formulées en ces termes aux articles 85 et 86 :

Article 85 : « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises ou toutes pratiques concertées *susceptibles d'affecter le commerce entre États membres* et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...) ». (Nos italiques).

Article 86 : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, *dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté*, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. » (Nos italiques).

<sup>35</sup> Avis n°003/2002/CJ/UEMOA du 27 juin 2000.

juge conclut de cette comparaison textuelle et littérale<sup>36</sup> que, contrairement au droit européen où l'affectation du commerce intracommunautaire est une condition *sine qua non* d'application, le Traité de Dakar n'en fait pas une condition pour la simple raison que celui-ci n'en fait pas état expressément. Il en résulte que « le seul fait de restreindre la concurrence à l'intérieur de l'Union, et quels que soient le marché en cause et ses limites, constitue selon le traité de l'UEMOA, une infraction au droit communautaire »<sup>37</sup>.

Par ailleurs, toujours dans sa logique comparative, le juge fait appel, pour conforter sa position, à l'article 92 TCE relatif aux aides d'États qui reprend la notion constitutive « d'affectation du commerce entre États », alors que le point c) de l'article 88 du traité de Dakar qui régit la même matière « parle simplement d'aides susceptibles de fausser la concurrence »<sup>38</sup>.

En outre, le juge soutient que le Traité de Dakar, « contrairement à ce qui est prévu à l'article 87, paragraphe 2 e) du Traité de Rome, n'a pas cru devoir charger la Commission de définir les rapports entre les législations nationales et le droit communautaire de la concurrence, sans doute à cause de la compétence exclusive réservée à l'Union en matière de concurrence ».<sup>39</sup> La Cour tire de sa comparaison la conclusion que le Traité UEMOA a entendu donner une compétence exclusive à l'Union pour les aspects de la concurrence qu'elle a réglementés. Selon la Cour, « les rédacteurs du Traité de Dakar ont sans doute tiré les leçons des difficultés rencontrées dans l'expérience européenne de l'application de la théorie de la double barrière qui a été consacrée par un arrêt de la Cour de Justice de Luxembourg dans l'affaire 14/68 »<sup>40</sup>.

Sur le plan institutionnel, la Cour de justice, après avoir rappelé le flou qui entoure le Traité UEMOA, notamment en matière de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, a précisé que le Traité a mis à la disposition des organes de l'Union des techniques juridiques comme les prescriptions minimales, la compétence d'attribution ainsi que la directive qui doivent circonscrire l'action législative de l'Union<sup>41</sup>. Pourtant, contrairement à toute logique, elle fonde ensuite la compétence exclusive de l'Union sur les articles 89 et 90 qui « instituent un régime juridique propre à la compétence attribuée, déterminent les actes juridiques

---

<sup>36</sup> BAKHOUM M. « Répartition et exercice de compétences entre l'Union et les États membres en droit de la concurrence dans l'Union Economique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA), *RIDE* 2005/3, p. 330.

<sup>37</sup> Avis n° 003/2002/CJ/UEMOA du 27 juin 2000.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Avis précité. Dans l'arrêt européen évoqué par la Cour (*Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt* du 13 février 1969), la CJCE admet la compétence nationale dans la mesure où la mise en œuvre du droit national ne nuit pas à l'uniformité du droit communautaire.

<sup>41</sup> Avis n°003/2002/CJ/UEMOA.

utilisables à cette fin, organisent les mécanismes de l'exercice de la compétence qu'ils délimitent en définissant la matière sur laquelle elle porte et désignent les organes de l'Union chargés de la mise en œuvre de cette compétence »<sup>42</sup>.

Si la détermination de l'étendue de la compétence exclusive de l'Union est sans équivoque, sa motivation ainsi que son adaptabilité à la réalité économique de l'UEMOA soulèvent des interrogations.

## **Paragraphe II : Le caractère équivoque du principe d'exclusivité du droit matériel**

Le caractère équivoque du principe d'exclusivité du droit matériel se matérialise aussi bien sur la méthode d'interprétation de la Cour de justice (A) que sur la question de la pertinence l'avis (B).

### **A : Le caractère équivoque de la méthode d'interprétation**

L'avis de la Cour de justice consacrant le principe d'exclusivité et marquant un apparemment différent au système européen ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. MOR BAKHOUM, dans son article « *répartition et exercice des compétences entre l'Union et les Etats membres en droit de la concurrence dans l'UEMOA.* », fustige la méthode d'interprétation de la Cour de justice.

Pour BAKHOUM une motivation fondée sur une simple comparaison avec le droit européen pour en tirer des conséquences aussi fondamentales ne semble pas être une démarche convaincante. Certes, le droit communautaire UEMOA est très inspiré du modèle européen<sup>43</sup>, mais il entend mettre en place un ordre juridique autonome qui répond à ses spécificités et aux objectifs que se sont assignés les États.

Il poursuit en affirmant que cette surprenante méthode d'interprétation du juge communautaire qui ne répond en réalité à aucune des logiques d'interprétation<sup>44</sup> peut fortement

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> VIAUD P., « Union européenne et Union économique et monétaire de l'Ouest africain : une symétrie raisonnée », *RMCUE*, janvier 1998, p. 15.

<sup>44</sup> V. dans ce sens SACKER (F.-J.), *L'harmonisation du droit communautaire privé avec les droits privés nationaux et les méthodes classiques de l'interprétation juridique*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2004, p. 38, cité par BAKHOUM M. *op cit*, note 36.

entacher la recherche de la volonté réelle du législateur communautaire qui doit être « le point de départ de l'interprétation de la loi »<sup>45</sup>. Dans cette optique, un raisonnement fondé sur les principes directeurs et l'option de politique législative dégagée dans le Traité UEMOA aboutiraient à un résultat différent. L'article 4 du traité UEMOA dispose dans ce sens que l'Union poursuit un certain nombre d'objectifs « dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un *environnement juridique rationalisé et harmonisé* ». Le point e) de la même disposition corrobore cette orientation d'harmonisation en soulignant que « l'Union a pour objectif *d'harmoniser, dans la mesure du nécessaire au bon fonctionnement du marché commun*, les législations des États membres et particulièrement le régime de la fiscalité ».

Par ailleurs, l'article 5 pose le principe de l'approbation de prescriptions minimales et de réglementations cadres. Ce principe qui « est l'expression parfaite de la réticence des États à se laisser dépouiller d'une parcelle de leur souveraineté (...) met davantage l'accent sur l'aspect limitation de l'exercice des compétences »<sup>46</sup>.

L'Union n'a pas une compétence législative générale et absolue. Elle bénéficie d'une compétence d'attribution qui doit s'exercer dans le respect des principes dégagés par le législateur communautaire. Comme on l'a souligné avec raison, « le droit communautaire issu du traité de Dakar ignore jusque-là la notion de compétence exclusive, ce qui signifie que le principe qu'il postule a une portée générale et est donc apte à s'appliquer à tous les cas où l'Union a compétence pour agir »<sup>47</sup>. L'article 4 du traité UEMOA qui privilégie l'option d'harmonisation plutôt que l'unification conforte la thèse selon laquelle l'Union n'a pas entendu dessaisir les États membres de leurs compétences en matière de concurrence.

Curieusement la notion d'« affectation du commerce entre États membres » est expressément employée dans la directive n° 02/2002/CM/UEMOA qui régit la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres. Son article 5, consacré au rôle de la Commission, dispose que celle-ci a compétence exclusive pour connaître des « *pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'avoir un effet sur les échanges entre États membres* ». Bien qu'elle ait été adoptée après l'avis de la Cour et qu'elle soit de valeur juridique supérieure, cette disposition conforte la thèse d'une coexistence harmonieuse entre droit communautaire et droit interne de la concurrence. Techniquement

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>46</sup> IBRAGA L.M. et MAYER P., « La place du droit communautaire-UEMOA dans le droit interne des États membres », *Revue Burkinabé de Droit*, 2000, p. 43.

<sup>47</sup> *Ibid.*

possible et économiquement souhaitable, une cohabitation entre droit interne et droit communautaire de la concurrence n'est nullement en contradiction avec l'esprit du traité UEMOA.<sup>48</sup>

Pour nous, en marge de la technique d'interprétation, la condition d'applicabilité du droit communautaire UEMOA de la concurrence consistant à la localisation de la pratique incriminée (ententes, abus de position dominante et les aides publiques) au sein du marché de l'Union entraînant automatiquement la compétence de la Commission, reste insuffisante. Une insuffisance qui se justifie par l'état du marché de l'Union. Le marché intérieur ou marché unique est théoriquement la fusion des marchés nationaux des Etats membres de l'Union. Cependant un marché intérieur ouvert et concurrentiel où biens, services, personnes et capitaux circulent librement reste un objectif au sens du Traité qui n'est pas encore atteint. Le marché est en cours d'ouverture, les échanges intracommunautaires sont faibles, les marchés nationaux se distinguent par leurs spécificités, ainsi l'interrogation sur l'opportunité de l'exclusivité de la compétence communautaire dans les domaines d'intérêt à priori local trouve toute sa pertinence.

## **B : Le manque de pertinence de l'avis de la Cour de justice**

Après la méconnaissance exprimée de la méthode d'interprétation faite par la Cour de justice, les professeurs comme Joseph ISSA-SAYEGH et Michel SAWADOGO, conjointement ont fait des observations qui vont dans le sens de la pertinence de l'avis. Ils reconnaissent le plein pouvoir de la Cour de justice à émettre des avis. Pour eux la Cour de justice n'a pas rendu un avis pertinent pour deux raisons essentielles : « la motivation de cet avis n'emporte pas la conviction, la rédaction de son dispositif est maladroit. »<sup>49</sup>

Sur la maladresse de la motivation de l'avis, ces professeurs avancent qu'aucun article (88, 89 et 90) ne justifie la compétence exclusive de l'Union pour légiférer dans le domaine des ententes, des abus de position dominante et les aides d'Etat, peut-être aurait-elle (la Cour de justice) pu rechercher les fondements d'une compétence exclusive dans d'autres articles plus pertinents bien, comme leur analyse le démontrera, ceux-ci ne sont pas d'un plus grand secours (art. 43 et 76 du Traité)<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

<sup>49</sup> Cour de justice, avis n°3/2000 du 27 juin 2000, Observations de Joseph ISSA-SAYEGH et Michel Filiga SAWADOGO, Professeurs agrégés, *Ohadata. J-02-03*, P.11.

<sup>50</sup> Cour de justice, avis n°3/2000 du 27 juin 2000, *op cit.*, note 49.

L'article 88 est le siège du principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. L'article 88 dispose que « *sont interdits, de plein droit :*

- a) les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union ;*
- b) toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ;*
- c) les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »*

Ces professeurs font deux observations à la lecture de cet article :

- En premier lieu seule la prohibition des abus de position dominante est soumise à précision lorsqu'ils concernent le marché commun ou une partie significative de celui par contre les ententes sont prohibées 'à l'intérieur de l'Union' sans aucune autre précision et l'impact territorial requis pour justifier leur interdiction n'est pas aussi précisé. « Si bien qu'il est bien audacieux, comme le fait la cour de justice, dans sa motivation, d'inférer de cette rédaction la signification que l'article 88 donne compétence à l'Union pour légiférer exclusivement aussi bien en droit national qu'en droit communautaire dans le domaine des ententes illicites, des abus de position dominante et des aides publiques »<sup>51</sup>.
- En second lieu, « ces interdictions étant faites en des termes très généraux, aucun de ces textes ne peut se suffire à lui-même pour produire un effet direct et immédiat. D'où le recours nécessaire aux articles 89 et 90.»<sup>52</sup>

Les articles 89 et 90 donnent respectivement compétence réglementaire au Conseil des ministres et pouvoir de contrôle à la Commission en matière d'ententes, d'abus de position dominante et d'aides publiques.

La prohibition des pratiques anticoncurrentielles de manière très succincte dans le Traité justifie le pouvoir réglementaire du Conseil des ministres (article 89) pour :

- faciliter l'application des interdictions énoncées à l'article 88 ;
- préciser ces interdictions (il est nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par restreindre ou fausser la concurrence, des pratiques assimilables à un abus de position dominante ou favoriser certaines entreprises ou productions. Il en est de même pour déterminer la portée territoriale de ces interdictions) et leurs exemptions ainsi que leurs sanctions (amendes, astreintes) ;

---

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid.

- déterminer les règles à suivre par la Commission dans l'exercice du contrôle de l'application de ces règlements.

Quant à l'article 90, il attribue compétence à la Commission, sous le contrôle de la Cour de justice, pour veiller à la bonne application de réglementation édictée par le Conseil des ministres et de prendre des décisions.

« Nulle part, dans ces deux textes, on ne trouve la trace d'un pouvoir réglementaire communautaire exclusif de tout pouvoir normatif national dans les domaines du droit de la concurrence visés par l'article 88 »<sup>53</sup>

Pourtant ils estiment que l'article 15-3 du règlement de procédure de la Cour de justice incline à penser que ce texte consacre deux types de contentieux en matière d'ententes illicites et d'abus de position dominante : l'un national, lorsque ces pratiques concernent le marché national, l'autre communautaire, lorsqu'elles touchent « le marché de l'Union ». « Cette expression employée dans le texte tend nettement à faire croire que la cour de justice est compétente uniquement pour connaître des décisions et sanctions prononcées par la Commission en vertu des articles 89 et 90 du Traité. A moins qu'on admette qu'il n'y ait qu'une législation communautaire et deux procédures de contrôle administratif et judiciaire, l'un national et l'autre communautaire. C'est dire que ces textes sont loin d'être univoques comme veut bien le croire la Cour »<sup>54</sup>

A notre niveau nous pensons également que la compétence exclusive communautaire est loin d'être univoque. L'article 5 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA qui régleme la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États ci-dessus cité réfute la compétence exclusive communautaire.

Toujours dans la démonstration de la maladresse de la motivation de l'avis de la Cour de justice, ces professeurs se disent être étonnés en ce que la Cour n'ait pas recours aux articles 76 et 43 du Traité qu'ils disent avoir une portée plus générale que les articles 88 à 90, même s'ils n'avaient pas permis d'aboutir à un résultat différent (la justification de la compétence exclusive de légiférer en matière de concurrence).

L'article 76 du Traité vise, en vue de l'institution du marché commun prévu à l'article 4 du Traité, la réalisation de cinq objectifs dont : « c) *l'institution de règles Communes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques* » « dont les articles 88 à 90 ne sont que l'explicitation et l'application... certes, l'existence de

---

<sup>53</sup> Cour de justice, avis n°3/2000 du 27 juin 2000, *op cit.*, note 49.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 13.

règles communes implique des règles communautaires mais ne signifie pas obligatoirement des règles communautaire exclusives de tout droit national ayant le même objet comme en témoignent d'autres organisations d'intégration juridique (OAPI, OHADA) »<sup>55</sup>

L'article 43 du Traité qui définit le règlement communautaire ne permet malheureusement pas de conclure qu'il consacre la compétence exclusive de l'UEMOA. Ils concluent qu'aucun texte fondant le pouvoir réglementaire général ou spécial du Conseil des ministres n'autorise à dire que le Traité de l'UEMOA consacre un pouvoir normatif communautaire exclusif de tout droit national en quelque domaine que ce soit, y compris en matière d'ententes illicites, d'abus de position dominante ou d'aides publiques.

L'avis de la Cour de justice n'est pas pertinent selon ces professeurs parce que la rédaction du dispositif est aussi maladroite.

Le raisonnement de la Cour de justice s'est conclu par un dispositif articulé en deux propositions :

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

Sur le premier élément du dispositif disent-ils, la Cour de justice fait usage d'un pléonasme en employant le terme « dispositions » dans la mesure où ce mot désigne une norme ou un texte et non une matière juridique (cf. Avis de la CCJA de l'OHADA n ° 1/2001 du 30 avril 2001, particulièrement sur la deuxième question, première branche et la quatrième question, troisième branche. Selon la CCJA, « *la disposition peut désigner un article d'un texte, un alinéa de cet article ou une phrase de cet article* »).

Il eut été plus indiqué à la Cour de justice d'expliciter le dispositif de son avis en affirmant que les matières visées par les articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA (ou, mieux encore, que la réglementation de l'interdiction des ententes illicites, des abus de position dominante et aides publiques abusives ainsi que son application) relèvent de la compétence exclusive de l'UEMOA.

Ils rappellent par ailleurs que la compétence exclusive de l'UEMOA resterait opposable certainement aux seuls Etats membres et non aux autres organisations internationales telle que l'OHADA.

---

<sup>55</sup> Cour de justice, avis n°3/2000 du 27 juin 2000, *op cit.*, note 49.

Sur le deuxième élément du dispositif. La phrase qui exprime le deuxième élément du dispositif, « outre le fait qu'elle est grammaticalement maladroite (pourquoi « la » et non « leur » compétence), elle n'utilise pas le terme juridique approprié en ce qui concerne la « compétence » des Etats membres. En effet ce qui en cause, ici, n'est pas une question de compétence mais de souveraineté »<sup>56</sup>.

L'exclusion cette souveraineté des Etats membres ne vaut que pour le domaine de la concurrence visé par les articles 88, 89 et 90 du Traité.

L'exclusivité du droit processuel de la concurrence suit spontanément celle du droit matériel.

## **Section II : La compétence exclusive de la Commission dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence**

La mise en œuvre des règles de fond en toutes matières est la phase décisive qui permet de rendre effective ces règles en recourant à un ensemble de mécanismes englobant aussi bien des institutions que des procédures et sanctions, tout en veillant à apporter des réponses adéquates aux écueils susceptibles d'entraver la bonne application de ces règles, au regard de la spécificité du contexte dans lequel se déroule cette mise en œuvre. Dans le cadre de l'UEMOA, la mise en œuvre du droit matériel de la concurrence est à la charge de Commission sous le contrôle de la Cour de justice<sup>57</sup>. Avec la vocation centralisatrice du droit UEMOA de la concurrence qui ressort de l'avis de la Cour de justice ci-dessus étudié, l'interprétation de l'article 90 érigerait la Commission de l'UEMOA en commission communautaire de la concurrence en dépouillant les structures nationales de la concurrence de leurs pouvoirs de contrôle et de décision.

Cet avis de la Cour de justice de l'UEMOA a été pris en compte dans son principe par le législateur de l'UEMOA dans les règles de concurrence édictées le 23 mai 2002, plus particulièrement par la directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, dans son aménagement concret, un tel principe a été amené à connaître quelques assouplissements du fait du souci du législateur de l'UEMOA de concilier la compétence exclusive de la Commission et la nécessité de permettre une

---

<sup>56</sup> Cour de justice, avis n°3/2000 du 27 juin 2000, *op cit.*, note 49.

<sup>57</sup> Art. 90 du Traité UEMOA.

surveillance efficace des marchés par les structures nationales de concurrence. Cependant si la prise de décision est du monopole de la Commission (Paragraphe II), on note un quasi-monopole dans le processus décisionnel avec le système de collaboration (Paragraphe I).

## **Paragraphe I : Un quasi-monopole dans le processus décisionnel**

La législation communautaire de la concurrence prévoit différents types de procédures d'adoption des décisions selon leur nature et leurs effets. Outre la procédure gracieuse (A), il y a la procédure contentieuse relative aux cas d'ententes et d'abus de position dominante (B).

### **A : La procédure gracieuse**

Pour ce qui est de la procédure gracieuse, elle concerne essentiellement trois domaines que sont :

- Procédure d'adoption de l'attestation négative et de l'exemption individuelle

La demande d'attestation négative vise à faire constater par la Commission qu'il n'y a pas lieu pour elle d'intervenir à l'égard des pratiques mises en œuvre tandis que la notification a pour objet d'exonérer une pratique illicite de l'application des dispositions de l'article 88 a du Traité du fait de ses effets bénéfiques. Pour bénéficier d'une exemption individuelle ou d'une attestation négative, les entreprises sont tenues d'en faire la demande ou de notifier la pratique en cause au moyen du formulaire (N) qui fournit toute une série d'informations concernant les parties, les accords, le marché considéré et les raisons pour lesquelles la demande de la notification est présentée.<sup>58</sup>

Partant de l'étape précédente, la procédure décisionnelle se présente comme suit :

Dès réception de la demande, ou de la notification, la Commission publie une brève communication qui reproduit le résumé non confidentiel joint au formulaire (N). Cette publication a pour but d'inviter les parties tierces à formuler leurs observations sur l'accord, la décision d'association ou la pratique concertée ; dans les six mois à compter de la notification ou du dépôt de la demande, la Commission peut décider d'octroyer une attestation négative ou une exemption individuelle dans des conditions précises ;

---

<sup>58</sup> Voir annexe n° 2 au règlement n°3/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'union économique et monétaire ouest africaine.

Pour ce faire, elle transmet sans délai aux autorités des États membres copie des demandes ou des notifications, ainsi que les pièces les plus importantes qui lui sont adressées. Au cours de cette période, la Commission peut négocier avec les parties intéressées afin de rendre leurs pratiques compatibles avec le Marché commun. À cette fin, elle conclut un accord informel ; lorsque la Commission, après réception de la notification ou de la demande d'attestation négative, émet des doutes quant à la compatibilité d'une pratique avec le Marché commun, elle engage la procédure contradictoire. Dans ce cas, la Commission communique aux parties intéressées les griefs mis à leur charge, les met en mesure de faire connaître leurs observations avant d'adopter une décision définitive dans un délai de 12 mois. Si aucune décision n'est prise au-delà de ce délai, à compter de l'ouverture de la procédure contradictoire, ce silence des autorités communautaires équivaut à une décision implicite d'attestation négative ou d'exemption.<sup>59</sup>

- La procédure d'adoption des règlements d'exécution aux fins d'exemption

L'exemption est une procédure par laquelle la Commission reconnaît implicitement que l'accord considéré comme restrictif peut néanmoins être autorisé, compte tenu du contexte et du caractère nécessaire de l'accord, malgré la restriction qu'il entraîne.

L'article 6, paragraphe 7, du Règlement n° 02/2002 du 23 mai 2002 prévoit que, lorsque la Commission se propose d'arrêter un règlement d'exécution aux fins d'exemption, elle doit publier le projet afin de permettre à toutes les personnes et organisations intéressées de lui faire connaître leurs observations.

Avant cette publication, la Commission doit consulter le Comité consultatif de la concurrence. Elle doit également consulter le Comité avant d'adopter définitivement le règlement d'exécution.

- Les procédures de traitement des aides publiques

En matière d'aides publiques, les textes de l'UEMOA sur la concurrence envisagent quatre sortes de procédures : la procédure concernant les aides notifiées, la procédure en matière d'aides illégales, la procédure en cas d'application abusive d'une aide et enfin la procédure relative aux régimes d'aides existantes.

---

<sup>59</sup> Art. 15 du règlement n°3/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

Dans la procédure concernant les aides notifiées, tout projet d'octroi d'une aide nouvelle doit être notifié à la Commission par l'État membre concerné. Le projet en question n'est mis à exécution que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris une décision l'autorisant<sup>60</sup>.

La procédure en matière d'aides illégales est déclenchée lorsque la Commission a en sa possession des informations concernant une aide prétendue illégale. Pour clôturer la procédure, la Commission peut décider que l'État membre concerné doit prendre toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire<sup>61</sup>.

La procédure en cas d'application abusive d'une aide se ramène à la possibilité pour la Commission d'ouvrir une procédure semblable notamment à celle relative aux aides illégales.

Dans la procédure relative aux régimes d'aides existantes, la Commission procède avec les États membres à l'examen permanent de ces régimes, avec la possibilité de faire des recommandations proposant l'adoption de mesures utiles. Si l'État membre concerné ne se conforme pas à :

- *une décision conditionnelle,*
- *à une décision négative,*
- *à une injonction de suspension,*
- *à une injonction de récupération,*
- *à une décision de récupération,*
- *aux arrêts de justice y afférents,*

La Commission peut, après avoir invité l'État membre à faire ses observations, prendre des sanctions prévues<sup>62</sup>.

## **B : La procédure contentieuse**

Pour ce qui est de la procédure contentieuse, elle s'applique aux ententes et abus de position dominante. Cette procédure s'analyse à travers ses différentes étapes que sont la saisine, les phases d'enquête, d'instruction sans oublier l'étape de la consultation du Comité consultatif de la concurrence puis la décision de la Commission.

---

<sup>60</sup> Art. 5.1 et 6 du règlement n°4/2002/CM/UEMOA du 23/05/2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité.

<sup>61</sup> Art. 13.1, 16.1 dudit règlement.

<sup>62</sup> Les mesures graduelles prévues par l'art 74 du Traité.

- La saisine : Le droit de saisine appartient concurremment à la Commission qui peut s'autosaisir, à particulières victimes de pratiques anticoncurrentielles et aux États membres<sup>63</sup>.

La procédure contradictoire est initiée sur décision de la Commission de l'UEMOA avec communication de griefs, suite à une plainte, une notification émanant d'une ou plusieurs personnes intéressées, ou de sa propre initiative, en vue de l'obtention d'une décision d'attestation négative, d'exemption individuelle, ou de condamnation pour infraction à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. La communication des griefs est faite par la Commission de l'UEMOA qui transmet par écrit, à chacune des entreprises et associations d'entreprises ou à leur mandataire commun, les griefs retenus contre elles, en leur laissant la possibilité effective de présenter leur défense par écrit ou oralement lors d'auditions<sup>64</sup>.

- La phase d'enquête : Pour recueillir les informations relatives au fonctionnement des marchés dont elle a besoin pour l'exécution de sa mission, la Commission dispose, en vertu du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, d'un triple pouvoir d'enquête. Elle peut soit demander des renseignements aux entreprises, opérer des vérifications, ou encore effectuer des enquêtes sectorielles.

Les demandes de renseignements sont prévues par l'article 18 du règlement susvisé. Elles sont formelles ou informelles. Les demandes informelles n'obligent pas les entreprises concernées sous peines de sanctions mais les informations qu'elles fournissent à cette occasion peuvent entraîner des sanctions si elles sont fausses ou délibérément incomplètes.

Les demandes peuvent être adressées aux États membres ou aux entreprises et associations d'entreprises. En l'absence de réponse à une première demande de la part d'une entreprise ou association d'entreprises, la Commission sollicite les renseignements demandés par voie de décision.

Les États membres sur le territoire desquels se trouvent les entreprises en cause reçoivent copie des demandes de renseignements, qu'elles soient ou non effectuées par voie de décision. La demande doit indiquer les bases juridiques sur lesquelles la Commission se fonde et le but dans lequel les renseignements sont demandés, ainsi que les sanctions prévues au cas où un renseignement inexact serait fourni. Elle peut préciser, le cas échéant, le recours ouvert devant la Cour de Justice.

---

<sup>63</sup> Art. 3 et 4 du 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.

<sup>64</sup> Art. 16 dudit règlement.

Les vérifications : La Commission et les Etats membres ont le pouvoir de procéder à des vérifications sur place mais pas celui d'opérer des perquisitions.

Les vérifications auprès des entreprises peuvent être effectuées par la Commission ou par les autorités compétentes des États membres agissant sur demande de la Commission. Comme les demandes de renseignements, elles sont destinées à permettre l'accomplissement par la Commission des tâches qui lui sont assignées.

La vérification peut s'effectuer sur mandat délivré par la Commission, indiquant l'objet et le but de la vérification, ainsi que la sanction prévue au cas où les livres ou autres documents professionnels requis seraient présentés de façon incomplète. Elle peut, le cas échéant, être opérée par voie de décision.

Lorsque la vérification est opérée par les agents de la Commission, ceux-ci ont le pouvoir de contrôler les livres et autres documents professionnels ; prendre copie ou extrait ; demander sur place des explications orales et accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises. La vérification s'effectue en collaboration avec l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel elle s'effectue.

En contrepartie des pouvoirs importants d'enquête que cette législation confère à la Commission, il a été mis en place des procédures qui accordent une place privilégiée aux droits de la défense : principe du contradictoire, motivation des décisions, principe de proportionnalité. Ainsi le règlement n°03/2002 relatif aux procédures précise que *«les droits de la défense des intéressés sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure»*.<sup>65</sup>

- L'instruction : La procédure d'instruction devant la Commission revêt trois caractères : elle est contradictoire, elle garantit le respect des secrets d'affaires et enfin, elle est menée en étroite collaboration avec les États membres.

En vertu de l'article 16 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA, la Commission peut se saisir d'office ou être saisie par un plaignant. Les plaignants peuvent être soit des États membres soit des personnes physiques ou morales. La procédure contradictoire comporte deux phases : la phase écrite (communication de griefs) et la phase orale.

La phase écrite comporte entre autres la communication des griefs, l'accès au dossier et les observations écrites des parties. La procédure débute par la communication de griefs. La notification des griefs est une décision formelle de la Commission, prise pour informer les entreprises des faits qu'elle a relevés pour fonder ses poursuites.

---

<sup>65</sup> Art. 17.8 du 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.

Après la réunion, par la Commission des éléments qui lui permettent d'établir les indices suffisants de l'existence d'une infraction, elle ouvre les débats écrits en communiquant aux entreprises les griefs qu'elle retient contre elles.

L'objet de cette communication est de mettre les entreprises en mesure de présenter leurs observations sur ces griefs.

La communication de griefs est un acte préparatoire à la décision qui, le cas échéant, sera adoptée. Mais cet acte revêt une importance particulière dans la mesure où la Commission ne peut retenir que des griefs au sujet desquels les entreprises ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue.

Afin de mieux formuler ses observations, les parties intéressées ont la possibilité d'avoir accès au dossier.

Pour la phase orale, Aux termes de la communication de griefs, la Commission doit procéder à une audition des parties contre lesquelles elle a retenu des griefs en vue de l'adoption d'une décision.

La Commission doit donner aux personnes qui l'ont demandé dans leurs observations écrites, l'occasion de développer verbalement leur point de vue. Cette disposition vise tant les entreprises en cause que les tiers justifiant d'un intérêt suffisant.

Les auditions ne sont pas publiques. Elles se font en principe à huis clos. La Commission a la faculté d'entendre les personnes séparément ou en présence d'autres personnes convoquées à condition qu'il soit tenu compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires et autres informations confidentielles ne soient divulgués.

La procédure contradictoire dont l'objet est d'assurer les droits de la défense des entreprises mises en cause, en leur permettant de faire leurs observations, est suivie immédiatement de la consultation du Comité Consultatif de la Concurrence lorsque la Commission envisage de prendre une décision d'interdiction ou des sanctions pécuniaires.

- La consultation du Comité Consultatif de la concurrence : elle est obligatoirement consultée avant toute décision d'interdiction concernant les ententes et les abus de position dominante. La consultation a lieu au cours d'une réunion sur invitation de la Commission.

À la lettre d'invitation sont annexés l'exposé de l'affaire avec indication des pièces les plus importantes et un avant-projet de décision pour chaque cas à examiner. La Commission émet un avis, à condition qu'au moins la moitié des membres, au nombre de seize, soit présente. Cet avis est consigné par écrit et joint au projet de décision. L'avis du Comité ne lie pas la Commission dans sa prise de décision.

Un constat s'impose d'emblée : c'est la prépondérance du rôle de la Commission dans ces différentes procédures qui aboutissent à une décision qui est de son ressort exclusif mais sous contrôle de la Cour de justice. Dans la procédure contentieuse interviennent les structures nationales et le comité consultatif de la concurrence. Cependant on note un domaine d'intervention limité des structures nationales. Ces dernières n'interviennent que dans la phase d'enquête. La consultation du comité consultatif de la concurrence par la Commission est obligatoire mais son avis ne lie pas cette dernière. La procédure contentieuse est du domaine exclusif de la Commission.

## **Paragraphe II : Le monopole de la Commission dans la prise de décision**

La prise de décision est du ressort exclusif de la Commission(A) toutefois les décisions prises par cette dernière sont sous contrôle de la cour de justice de l'UEMOA (B).

### **A : Les différents types de décision de la Commission**

Dans le domaine de la concurrence les décisions se rapportent à des sanctions. Les sanctions sont de deux ordres : les décisions constatant des infractions et les décisions infligeant des sanctions pécuniaires (amendes ou des astreintes).

En outre les mesures provisoires ne peuvent être adoptées par la Commission que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave, immédiate et irrémédiable à l'économie générale, à celle d'un secteur ou à l'intérêt des consommateurs.<sup>66</sup> Il s'agit de toutes mesures nécessaires afin d'assurer l'efficacité d'une éventuelle décision ordonnant au terme de la procédure la cessation d'une infraction. La validité des mesures provisoires ne peut excéder un délai de six (6) mois et expire en tout état de cause lors de l'adoption d'une décision définitive par la Commission<sup>67</sup>.

Comme mesures provisoires on peut citer notamment :

- L'injonction de revenir à l'état antérieur ;
- La suspension de la pratique concernée ;
- L'imposition de conditions nécessaires à la prévention de tout effet anticoncurrentiel potentiel etc.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Art. 5.3 du 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.

<sup>67</sup> Art. 5.7 du 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.

<sup>68</sup> Art. 5.4 dudit règlement.

La liste de mesures provisoires n'est pas limitative. La commission peut à tout moment modifier, suspendre ou abroger les mesures provisoires. Les mesures provisoires peuvent être prononcées au plus tard 05 jours après l'audition des parties concernées.

Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 88 paragraphe (a) ou (b) du Traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée.<sup>69</sup>

La décision d'interdiction est obligatoire pour les entreprises destinataires, sous réserve de leur recours devant la Cour de Justice. Elle est immédiatement exécutoire. La nullité peut être prononcée aussi après constatation de l'infraction.

L'article 2 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA qualifie, par application de l'article 88 du Traité de l'UEMOA, les pratiques visées aux articles 3, 4, 5 et 6 dudit règlement de pratiques anticoncurrentielles et interdites, sans qu'aucune décision préalable ne soit nécessaire.

Il ajoute en conséquence que les accords ou décisions ayant ces pratiques pour objet, ne sont déclarés nuls de plein droit. Etant de plein droit, la nullité de l'article 2 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA peut être invoquée par toute personne intéressée sans avoir à justifier d'un grief. Elle peut être soulevée d'office par le juge.

De même lorsque la Commission constate d'office ou sur demande d'un Etat membre ou de toute personne physique ou morale que des accords ou pratiques concertées visées par un règlement d'exécution aux fins d'exemption par catégorie, sont incompatibles avec les conditions prévues par la législation en vigueur, elle peut retirer le bénéfice de l'exemption. S'agissant des exemptions individuelles, elles peuvent également être révoquées par la Commission.

Les sanctions infligées contre les Etats membres pour cause de pratiques anticoncurrentielles ne sont pas d'ordre pécuniaire.

En vertu de l'article 5 du Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'UEMOA et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité « tout projet d'octroi d'une aide nouvelle est notifiée à la Commission par l'Etat membre concerné ».

L'aide en question n'est mise à exécution que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris une décision l'autorisant en vertu des articles 7.6 et 10.6 dudit Règlement.

---

<sup>69</sup> Art. 4 dudit règlement.

Si donc la Commission constate, après un examen préliminaire que la mesure notifiée suscite des doutes quant à sa qualité d'aide et/ou sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'ouvrir la procédure formelle d'examen.<sup>70</sup>

Dans toutes les situations où la procédure aboutit à une décision négative concernant une aide illégale, la Commission décide que l'Etat membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire : c'est la décision de récupération.<sup>71</sup>

Les sanctions pécuniaires sont l'amende et l'astreinte et concernent essentiellement les ententes et abus de position dominante, exceptionnellement les aides publiques.

Pour les amendes il résulte de l'article 22 du Règlement n° 03/2002/ CM/UEMOA que la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant maximum de 500 000 FCFA, lorsque, de manière délibéré ou par négligence elles violent certaines dispositions règlementaires.

L'article 22 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA indique également que la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes de 500 000 FCFA à 100 000 000 de FCFA, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent (10%) 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 (10%) des actifs de ces entreprises.

Il y a lieu d'ajouter que la Commission peut, en vertu de l'article 14, sanctionner sous forme d'amende comprise entre 1 000 000 de francs CFA et 5 000 000 de francs CFA, toute plainte jugée abusive car fondée intentionnellement sur des informations inexacts ou erronées.

Elle peut également infliger une amende pouvant aller jusqu'au double du montant de l'aide octroyée à toute entreprise qui continue de bénéficier d'une aide en dépit d'une décision de la Commission.<sup>72</sup>

Le montant des amendes est fixé compte tenu de la gravité de l'infraction et de sa durée. Les recettes provenant des amendes sont versées au budget de l'UEMOA.

L'astreinte constitue la deuxième catégorie de sanctions pécuniaires prévues par le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA. L'article 23 de ce règlement indique que la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes à raison de 50 000 F à 1 000 000 F par jour de retard, pour les contraindre à mettre fin à une

---

<sup>70</sup> Art. 9 du Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA du 23/05/2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité.

<sup>71</sup> Art. 16 dudit règlement.

<sup>72</sup> Art. 24.2 du Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA du 23/05/2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité.

infraction à la législation communautaire de la concurrence, à toute action interdite, à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé, et enfin à se soumettre à une vérification qu'elle a ordonnée.

Ce texte ne prévoit aucun critère ou élément de détermination de l'astreinte. Il laisse donc à la Commission de l'UEMOA une liberté d'appréciation qui a pour seule limite le minimum et le maximum de l'astreinte qu'il détermine. A noter que, outre la modicité de ces sommes l'astreinte n'est pas définitive. En effet l'astreinte n'est définitive et ne confère à la menace un caractère extrêmement grave que lorsque la condamnation à tant par jour de retard et accompagnée d'une impossibilité de toute révision ultérieure.

## **B : le contrôle des décisions de la Commission par la Cour de justice**

Les décisions de la Commission sont sous contrôle de la Cour de justice de l'UEMOA. Le contrôle de l'action de la Commission est institué par l'article 90 du Traité.

À cet égard, il sera précisé, d'une part, les conditions dans lesquelles le recours peut être formé devant le juge communautaire et, d'autre part, les modalités de ce recours.

Les conditions d'introduction du recours : Tous les actes adoptés par la Commission à l'occasion de l'instruction d'une affaire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Un tel recours n'est possible que si l'acte attaqué est susceptible de produire des effets juridiques et de modifier la situation juridique ou matérielle des requérants.

Les actes susceptibles de recours peuvent être repartis en deux catégories, à savoir; les actes mettant fin à une procédure et les actes pris en cours d'instruction.

Les entreprises qui sont destinataires d'une décision de la Commission peuvent se pourvoir contre une décision d'exemption.

Il en est de même pour les opérations de concentration constituant une pratique assimilable à un abus de position dominante.

Le recours est également ouvert à l'encontre d'un certain nombre d'actes de la Commission qui peuvent intervenir au cours de l'instruction d'une affaire, dès lors qu'ils sont susceptibles de produire des effets juridiques.

Le recours est également possible à l'encontre d'une décision visant à demander des renseignements ou à procéder à une vérification dans les conditions prévues respectivement par les articles 18, 19 et 21 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA.

De même, les décisions d'organisation de l'audition qui normalement ne peuvent faire l'objet d'un recours indépendamment de celui contre la décision finale, le peuvent, lorsque l'acte de la Commission entraîne une atteinte injustifiée aux droits de la défense.

Ces droits, comme la protection des secrets des affaires, ne pouvant être réparés par l'annulation de la décision définitive, peuvent faire l'objet d'un recours immédiat.

Enfin, les mesures provisoires, prises dans les cas de préjudices graves et irréparables ou d'une atteinte intolérable à l'intérêt général sont susceptibles de recours.

Le recours, n'est pas possible contre les actes qui présentent un caractère purement préparatoire (une décision de la Commission d'engager la procédure, ou la communication à l'entreprise des griefs retenus contre elle).

Il importe aussi de se pencher sur les modalités du recours.

Les modalités du recours : Les recours contre les décisions de la Commission peuvent être exercés selon les modalités suivantes : *le recours en annulation; le recours de plein contentieux; le recours en manquement; les autres recours.*

Le recours en annulation : en règle générale, le juge communautaire statue sur des conclusions tendant à l'annulation totale ou, le cas échéant, partielle de la décision de la Commission, auxquelles il fait droit ou qu'il rejette.

Dans le cadre de ce contrôle, le juge peut se prononcer sur la régularité de la communication des griefs, le déroulement régulier de l'audition, et, plus généralement, le respect des droits de la défense, la régularité de la consultation du Comité consultatif de la concurrence.

En ce qui concerne le fond du litige, le contrôle juridictionnel consiste à s'assurer que la décision ne repose pas sur une erreur de droit.

Le recours de plein contentieux : Le juge communautaire dispose d'un pouvoir plus étendu lorsqu'une sanction financière a été infligée. Dans une telle situation, le juge dispose d'un pouvoir de réformation de la décision quant au montant de l'amende ou de l'astreinte, de réduction de leur montant ou de l'augmentation ou de l'imposition des obligations nouvelles.

Le recours en manquement : Il se situe dans le domaine du contrôle des pratiques anticoncurrentielles imputables aux États membres et des aides publiques.

À cet effet, l'article 6, paragraphe 4, du règlement n°02/2002 dispose que « si l'État membre concerné ne se conforme pas à une décision de la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de Justice suivant les articles 5 et 6 du Protocole additionnel n° 1 du Traité ».

Il en est de même pour les aides publiques. Dans ce cas, lorsqu'un État membre ne respecte pas les décisions prises selon les dispositions du règlement n°04/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, la Commission saisit la Cour de Justice.

Ainsi, le recours en manquement appartient à la Commission. Si elle estime qu'un État membre ne s'est pas conformé aux obligations communautaires, elle adresse à cet État un avis motivé, après l'avoir mis en mesure de présenter ses observations. Au cas où l'État en cause ne se conformerait pas à cet avis dans le délai imparti par la Commission, elle peut saisir la Cour de Justice d'un recours en manquement. Cette procédure est également ouverte à chaque État membre après saisine préalable de la Commission.

Si la Commission n'émet pas d'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'affaire peut être directement portée devant la Cour de Justice.

Par contre, si la Cour estime le recours fondé, elle constate le manquement et tous les organes de l'État membre concerné doivent assurer, dans les domaines de leurs pouvoirs respectifs, l'exécution de l'arrêt.

En cas d'abstention de l'État membre dont le manquement a été constaté, la Commission a la faculté de saisir la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement afin qu'elle invite l'État membre défaillant à s'exécuter sans préjudice des sanctions prévues à l'article 74 du Traité relatif à l'exercice de la surveillance multilatérale.

Autres recours : la compétence consultative de la Cour de Justice. La compétence consultative de la Cour de Justice découle de l'article 27 de l'Acte additionnel n°10/96 portant Statuts de la Cour de Justice et de l'article 15 du Règlement n°01/96/CM portant règlement de procédures de la Cour de Justice.

Cette forte centralisation du droit matériel de la concurrence ainsi que son droit processuel limite l'effectivité de ce dernier. C'est ce que nous allons démontrer dans la section suivante.

## **Chapitre II : Les répercussions du principe d'exclusivité sur l'effectivité du droit UEMOA de la concurrence**

L'architecture institutionnelle de mise en œuvre de la politique régionale de concurrence est incohérente. Une incohérence qui prend sa source de l'avis de la Cour de justice discutable (ci-dessus cité) consacrant le principe d'exclusivité au profit de l'Union du droit matériel ainsi que la mise en œuvre de ce droit. Il est question dans cette partie de voir l'impact du principe d'exclusivité choisi par l'UEMOA sur l'effectivité même de son droit de concurrence. Ces impacts se traduisent à deux niveaux : d'abord au niveau communautaire (Section I) ensuite au niveau des Etats membres de l'Union (Section II).

## **Section I : Les répercussions au niveau communautaire**

Si l'effectivité d'une norme se mesure par rapport à son application, nous concluons qu'au niveau communautaire l'activité pratique de la législation communautaire en matière de concurrence est limitée. La Commission chargée de l'application des normes en matière de concurrence se trouve être inefficace dans l'exercice de sa mission (Paragraphe I). Par ailleurs l'effectivité d'une norme peut être appréhendée à travers sa pratique judiciaire, sa jurisprudence. Nous constatons à cet effet que la jurisprudence communautaire de la concurrence est en construction (Paragraphe II).

### **Paragraphe I : L'inefficacité de la Commission dans l'exercice de sa mission**

L'inefficacité de la Commission dans l'exercice de sa mission est due, d'une part à des problèmes structurels (A) et d'autre part, à la non garantie des droits individuels des justiciables à raison des procédures instituées (B).

#### **A : les problèmes structurels**

La Commission est avant tout chargée de la mise en œuvre de la politique de concurrence telle que définie dans l'Union. Elle est la pièce maîtresse de l'application du droit communautaire de la concurrence en UEMOA. Cependant un certain nombre d'interrogations s'avère nécessaire. Ces interrogations ont comme point commun la problématique de l'efficacité de la Commission dans l'exercice de sa mission : La Commission de l'UEMOA a-t-elle les moyens de sa politique ? En d'autres termes, est-ce que la Commission de l'UEMOA a les capacités, les ressources matérielles et humaines et la flexibilité nécessaires pour mettre en œuvre efficacement le droit communautaire de la concurrence ? Les procédures communautaires garantissent-elles une intervention efficace de la Commission sur le marché ? Nous tenterons d'apporter des réponses à ces questions.

Les services de la Commission de l'UEMOA sont organisés en départements<sup>73</sup> qui s'articulent autour de la présidence de la Commission. Chaque département est dirigé par un commissaire. À leur tour, les départements sont éclatés en directions.

C'est le *département du marché régional, du commerce, de la concurrence et de la coopération*<sup>74</sup> qui coiffe la Direction de la concurrence en charge de la mise en œuvre de la politique communautaire de la concurrence. C'est seulement en 2007 que la Direction de la concurrence a été créée. Avant cette date, le contentieux concurrentiel était traité au sein du département du marché régional, du commerce, de la concurrence et de la coopération. Aucune particularité n'était accordée au contentieux concurrentiel. Le département de la concurrence manquait de visibilité<sup>75</sup>.

Par ailleurs, une certaine lourdeur administrative limite l'effectivité de l'action de la Direction de la concurrence. Comme dans une administration classique, toutes les actions de cette dernière doivent au préalable recevoir l'aval de la hiérarchie. En guise d'exemple, toutes les enquêtes et vérifications au niveau des États membres doivent préalablement être autorisées par le président de la Commission. Avant toute vérification dans un État membre ou une entreprise, la Direction de la concurrence doit introduire une demande auprès du président qui juge de l'opportunité du déplacement avant de signer un ordre de mission. Ces contraintes procédurales internes limitent considérablement la flexibilité de la Commission dans la conduite des enquêtes.<sup>76</sup> C'est également le président de la Commission qui signe tous les actes de procédure (demandes de renseignements, communications avec les parties, etc.).

En termes de personnel, la Direction de la concurrence fait face aux mêmes difficultés qu'une structure nationale de la concurrence. Seules trois personnes s'occupent de l'ensemble du contentieux communautaire ; cette Direction n'étant étoffée que de trois agents. Il faut rappeler que la Commission est également compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles dans les États membres.

Certes, il est demandé à ceux-ci de collaborer avec la Commission et de lui fournir du personnel si nécessaire lors des enquêtes dans les États membres. Cet appui national, qui du reste est limité, ne comble pas le déficit en personnel de la Commission.

---

<sup>73</sup> Voir Décision n° 0157/2007/PCOM/UEMOA portant création et organisation des services de la Commission de l'UEMOA, inédit.

<sup>74</sup> Voir Décision n° 345/2008/PCOM/UEMOA portant organisation du département du marché régional, du commerce, de la concurrence et de la coopération, inédit.

<sup>75</sup> BAKHOUM M. « Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA) », *RIDE 2011/3 (t.XXV)*, p. 312.

<sup>76</sup> Ibid.

Créer une structure forte et dotée de moyens suffisants au niveau régional en lieu en place de structures nationales de la concurrence faibles et sans moyens est un argument souvent avancé à l'appui de la régionalisation des politiques de la concurrence dans les pays en développement. Dans le cas de l'UEMOA, on retrouve au niveau communautaire les mêmes contraintes auxquelles les structures nationales de la concurrence font face.

En termes de ressources financières, la Commission est en principe dotée de suffisamment de moyens. Toutefois, la Direction de la concurrence n'a pas la flexibilité nécessaire dans leur utilisation<sup>77</sup>.

## **B : La non garantie des droits individuels des justiciables**

Les procédures communautaires ne garantissent pas non seulement une intervention efficace de la Commission sur le marché mais diminuent la protection des droits individuels. L'effectivité des règles de concurrence sera mesurée, pour notre propos, à l'aune du degré de protection que ces règles sont censées apporter aux justiciables. Sous ce registre il faut noter d'emblée un problème d'accès à la Commission pour les potentiels justiciables. En effet, n'étant pas en mesure de s'adresser à l'autorité nationale pour obtenir une décision, toute personne qui veut ester en justice sur la base des articles 88 et 89 du traité de l'UEMOA est obligée de plaider sa cause à Ouagadougou (capitale du Burkina Faso) où siège la Commission. En effet, les autorités nationales ne peuvent que transmettre la plainte. Ce problème d'accès n'est pas minime puisqu'il peut conduire les justiciables potentiels à renoncer simplement à leurs prétentions. La proximité géographique et l'accessibilité de l'autorité de contrôle ne sont pas un facteur négligeable quand on sait qu'en Afrique de l'Ouest les moyens de communication ne sont pas aussi développés qu'en Europe et qu'aller plaider sa cause au niveau du siège de la Commission peut entraîner des coûts exorbitants que seules les grandes entreprises sont en mesure de supporter.<sup>78</sup>

Par ailleurs, la procédure, telle qu'elle est organisée par le règlement 3/2002/UEMOA peut être longue et lourde. En effet, la Commission peut mettre beaucoup de temps pour recueillir les informations nécessaires à la solution du litige du fait de son éloignement du territoire national. Se pose ainsi le problème de la rapidité dans le traitement des dossiers, notamment quand il s'agit de prendre des mesures provisoires.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

<sup>78</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

<sup>79</sup> *Ibid.*

La concurrence étant dans le domaine du droit des affaires, la célérité est requise. La célérité ou encore diligence constitue une des garanties du droit à un procès équitable. L'article 7 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples garantit le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Toutefois, l'appréciation du caractère raisonnable ou non du délai de jugement n'est pas facile car elle se fait sur le fondement des critères tels que la nature de l'affaire, le comportement des parties et celui des autorités judiciaires. La célérité dans le traitement des affaires par la Commission fait défaut. Nous verrons ultérieurement des affaires pendantes devant la Commission ou la Cour de justice pendant plus de 3 années.

En UEMOA on note en outre un éclatement du contentieux de la concurrence pour la victime qui doit d'abord s'adresser à la Commission pour obtenir le principe de la condamnation avant de recourir au juge national pour obtenir la réparation effective de son préjudice<sup>80</sup>. En effet, « les sanctions prononcées par la Commission sont sans préjudice des recours devant les juridictions nationales relatifs à la réparation des dommages subis »<sup>81</sup>. Mesurons maintenant l'effectivité de la législation communautaire de la concurrence par sa pratique judiciaire.

## **Paragraphe II : Une jurisprudence communautaire de la concurrence en construction**

Les instances communautaires ont dans les faits, trois types d'actions. Elles ont une activité législative, une activité relationnelle avec les autorités nationales et elles ont une activité consultative et décisionnelle, essentiellement contentieuse. C'est ce dernier type d'action qui nous intéresse ici.

Pendant les premières années de fonctionnement de l'UEMOA, l'essentiel des actions en matière de concurrence a porté sur l'activité législative et les actions de vulgarisation. Le nombre de saisines pour avis ou pour traitement contentieux était relativement faible. Mais depuis les différentes actions de formation et de sensibilisation entreprises par la Commission et la Cour de justice afin de faire connaître cette législation, la Commission a reçu plusieurs dossiers et par ricoché la Cour de Justice aussi, surtout à partir de 2006<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Ibid. p. 346-347.

<sup>81</sup> Article 22.4 du règlement 3/2002/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.

<sup>82</sup> FOFANA R. « Droit communautaire de la concurrence, un nouveau chantier d'exercice », séminaire organisé par l'Union Internationale des Avocats (UIA) en collaboration avec l'Ordre des Avocats de Bénin, 22 et 23 mars 2013.

Il convient de voir d'abord les affaires traitées par la Commission (A) et ensuite celles traitées par la Cour de justice (B).

## **A : Les affaires traitées par la Commission**

Selon un bilan présenté par les services de la Concurrence de l'UEMOA, plus d'une douzaine d'affaires ont été identifiées depuis 2003, date d'entrée en vigueur de la réglementation.

Des affaires concernant :

- Une « concentration » par prise de participation. Cette affaire opposait TOTAL à l'Etat du Togo. Il résulte des faits que Total Outremer projette d'acquérir les actions détenues par Mobil International Petroleum Corporation dans le capital de Mobil Oil Togo. La Commission en date du 17 Novembre 2005 prend la décision d'une attestation négative;
- Des aides d'Etat, respectivement en 2003 (SOCOCIM c/Etat du Sénégal et CIMENTS du Sahel, la SOCOCIM se plaignait de distorsions de concurrence dues aux exonérations accordées à sa concurrente les CIMENTS du Sahel sur ses importations de clinker, en date du 09 avril 2003, la décision de la Commission concerne Injonction et interdiction d'exonérer le clinker à l'importation) et 2004 (l'affaire GAZODUC de L'AFRIQUE DE L'OUEST, Les Etats du Bénin et du Togo ont conclu une Convention Internationale avec le Ghana et le Nigéria pour mettre en place un Gazoduc financé et exploité par des multinationales Pétrolières organisées en consortium, la Commission accorde une Attestation négative pour la création d'entreprises communes et décision de ne pas soulever d'objection pour les exonérations fiscales en date du 06 Mai 2004);
- des « pratiques imputables aux Etats », en 2006 (B.A.T Burkina et B.A.T Bénin contre Etat du Burkina du 24 et 25 Janvier 2006, Ministère des Finances et de l'Economie du Bénin contre Etat du Burkina du 30 janvier 2006, il est reproché à l'Etat du Burkina de restreindre illégalement les importations de tabac produit par BAT Bénin au motif que le distributeur local des cigarettes n'a pas respecté la réglementation instituant un monopole de tabacs au Burkina, Injonction de la Commission invitant l'Etat du Burkina à lever les restrictions aux exportations de B.A.T ;  
Distribution Alimentaire du Faso (DAF) contre Etat du Niger du 09 Mai 2006, Ministère de l'Economie et des Finances du Bénin contre Etat du Niger du 06 Juin 2006, Il est reproché à l'Etat du Niger de soumettre les importations de farine de blé à des

restrictions quantitatives pour favoriser la production locale, Injonction de la Commission invitant l'Etat du Niger à lever la mesure de restriction.)

- une pratique de fraude (SONACOS c/ COSMIVOIRE et UNILEVER, il résulte des faits que la SONACOS se plaint des prix anormalement bas pratiqués sur le marché sénégalais par ses concurrents ivoiriens COSMIVOIRE et UNILEVER qui se livreraient à du dumping et à de la fraude sur les règles d'origine. (une attestation négative au profit d'UNILEVER et autres)
- Une (1) décision accordant une attestation négative a été prise en 2008 (décision n°09\2008 du 22 Octobre 2008. Cette décision a été attaquée devant la Cour de justice. Le dossier est pendant.

En termes de secteurs d'activité, les dossiers ont concerné l'énergie (pétrole et gaz) le ciment, l'agroalimentaire et le tabac les huiles alimentaires, le savon....

Des entreprises de presque tous les Etats de l'UEMOA ont été visées : le Bénin, le Burkina, la Cote d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

Depuis 2006, la commission, à la suite de plaintes portées par des entreprises, a ouvert les enquêtes dans les secteurs de l'audiovisuel, de la distribution de la farine au Mali et de l'huilerie au Sénégal. Beaucoup d'affaires sont pendantes devant la Commission en attente de décision. On peut citer quelques unes.

- Une enquête portant sur une saisine émanant des diffuseurs d'images qui se sont plaints de pratiques abusives exercées par CANAL OVERSEAS AFRICA qui, entre autres, leur refuse l'accès à certaines chaînes dites attractives ;
- Une deuxième enquête porte sur la plainte de l'entreprise de droit burkinabé SENISOT qui conteste la procédure d'attribution, par le Ministère de la Santé du Burkina Faso d'un marché de motocycles ;
- Une troisième enquête est relative à la transmission à la Commission de l'UEMOA, par la Commission de Concurrence du Burkina Faso, en application des dispositions du Règlement 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes ;
- une plainte contre la SONAPOST du Burkina pour abus de position dominante, dont le monopole et les pratiques dans la distribution du courrier postal sont dénoncés par certains opérateurs ; (*deux décisions sont intervenues dans ce dossier*)
- une quatrième enquête porte sur une plainte de la Société de droit sénégalais West African Commodities qui met en cause l'application discriminatoire d'une subvention

accordée par l'Etat sénégalais aux opérateurs de l'huilerie pour faire face à la vie chère ; *(une décision a été rendue)* ;

- la cinquième enquête concerne la distribution de la farine au Mali, au sujet de laquelle des importateurs locaux et des industriels sénégalais et ivoiriens se sont plaints de restrictions apportées par le Ministère du Commerce aux importations de farines d'origine communautaire ;
- et enfin l'affaire concernant la compagnie aérienne ASKY, au sujet de laquelle l'Etat du Sénégal a demandé à la Commission la suspension de l'accord de siège signé entre la compagnie aérienne communautaire dénommée ASKY et le gouvernement de la République de Togo au motif qu'il est contraire aux règles communautaires sur le transport aérien et à celles sur la concurrence ; la Commission en date du 29 Aout 2011 déclare l'incompatibilité de l'accord aux règles communautaires de concurrence.<sup>83</sup>

## **B : Les affaires traitées par la Cour de justice**

La Cour a reçu en cette matière cinq (05) dossiers.

- Le premier concerne une affaire Ciment du Togo c/ la Commission de l'UEMOA, mais la Cour a jugé par arrêt du 20 juin 2001 que le recours était irrecevable pour violations des formes substantielles prescrites par le Règlement de procédure.
- La deuxième concerne l'affaire GDEIRI SA c/ Commission de l'UEMOA, (une société burkinabè qui demandait à la Commission d'enjoindre à l'Etat du Niger de respecter ses obligations contractuelles relatives à un marché de construction de logements sociaux, le refus des pouvoirs publics du Niger s'apparentant selon elle à un abus de position dominante.

Il s'agissait en réalité d'une rupture d'un contrat ordinaire qui comportait d'ailleurs une clause attributive de juridiction.

- La troisième affaire est en cours et est relative au recours en annulation introduit par la société SUNEOR et autres contre la décision de la Commission accordant une attestation négative à la société UNILEVER et autres.
- Une quatrième affaire, concernant Etat du Sénégal contre Commission de l'UEMOA.
- Et un recours préjudiciel émanant du Conseil d'Etat du Sénégal dans l'affaire Compagnie Air France c/ le Syndicat des Agents de Voyage et de Tourisme du Sénégal.

---

<sup>83</sup> FOFANA R., *op cit*, note 82.

Dans cette affaire se posait le problème de l'application des règles de concurrence dans le temps.

La Cour a rendu un arrêt suite au recours préjudiciel (Arrêt N°02/2005 – 12- 02- 2005 Recours préjudiciel 519-5) ;

Et un arrêt avant dire droit (ADD) ordonnant une expertise dans l'affaire SUNEOR C/ UNILEVER.<sup>84</sup>

Ce bilan concernant la poursuite des pratiques anticoncurrentielles étant encore faible au niveau communautaire, les raisons doivent évidemment en être recherchées. Au demeurant, le bilan est également limité dans les Etats membres pour des raisons analogues.

Au Sénégal le bilan de l'activité du ministère et de la Commission apparaît comme ayant été enrayé par l'interdiction des nouvelles règles communautaires. Même limité à ses débuts, sur la base de la loi de 1994, le bilan était prometteur. Cette difficulté de conversion trouve des explications internes à ces deux corps des acteurs de la concurrence, le ministère du commerce et la Commission, mais aussi externes.

Parmi les raisons internes, peut-être l'une est liée à la formation de tous ceux qui concourent aux travaux du ministère et de la Commission qui aurait mérité d'être consolidée.

La loi sur la concurrence puis de la législation communautaire ont été mises en vigueur sans une préparation suffisante, en particulier les agents chargés des enquêtes. La Commission de la concurrence, tout comme d'ailleurs la Direction du commerce intérieur chargée des enquêtes en matière de concurrence n'ont pas reçu de dotations adéquates pour faire face à leurs dépenses d'équipement et de fonctionnement. Aussi, les structures sont à l'heure actuelle à un niveau d'activités minimales. Il est clair que ses moyens doivent être renforcés (dotations budgétaires, locaux, documentation...)

S'agissant des raisons externes, il convient de remarquer que ni les associations de consommateurs, ni les syndicats de professionnels n'ont perdu l'habitude de faire intervenir l'administration pour réguler le marché. Et à la place de la saisine de la Commission de la concurrence, la plupart d'entre eux choisissent de s'adresser directement aux autorités supérieures (Président de la République, Ministre du commerce, etc.). De même, il est fréquent qu'à la suite d'une variation du prix d'un produit en régime de liberté, les autorités soient interpellées en vue d'une intervention contre les entreprises concernées<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> FOFANA R., *op cit*, note 82.

<sup>85</sup> Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, *op. cit*, note 6.

Les répercussions ne se limitent pas au niveau communautaire, elles se manifestent également au niveau des Etats membres de l'union.

## **Section II : Les répercussions au niveau des Etats membres de l'Union**

Le principe d'exclusivité des compétences au profit de l'Union entraîne une certaine résistance de la part des Etats composant l'Union, une résistance qui débouche d'abord sur l'ineffectivité des réformes institutionnelles (Paragraphe I) et ensuite sur l'ineffectivité de la collaboration des structures nationales de la concurrence (Paragraphe II).

### **Paragraphe I : L'ineffectivité des réformes institutionnelles au niveau des Etats membres**

Une certaine léthargie dans le fonctionnement des structures nationales de la concurrence (A) et un ralentissement de la dynamique législative nationale (B) ont suivi l'entrée en vigueur du droit communautaire de la concurrence à vocation centraliste.

#### **A : Une léthargie dans le fonctionnement des structures nationales de la concurrence**

Avant l'entrée en vigueur du droit communautaire de la concurrence, certaines structures nationales de la concurrence ont tant bien que mal essayé d'être actives dans le contrôle des marchés internes. Souvent, le cas de la Commission nationale de la concurrence du Sénégal est cité comme référence du dynamisme dont les structures nationales de la concurrence peuvent faire preuve dans le contrôle du marché.<sup>86</sup>

La structure a rendu quelques décisions<sup>87</sup> dont la plus médiatisée fut l'affaire *Air France*<sup>88</sup> dans laquelle la compagnie aérienne a été condamnée pour abus de dépendance économique. On a même soutenu dans la doctrine que l'entrée en vigueur du droit

---

<sup>86</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

<sup>87</sup> Ces affaires sont disponibles dans le rapport 2002-2003 de la Commission nationale de la concurrence du Sénégal.

<sup>88</sup> *Ibid.*

communautaire a entraîné un recul de la compétence nationale. Il est certes vrai que le droit communautaire a fortement limité les activités des structures nationales de la concurrence.

Toutefois, le cas du Sénégal, à lui seul, ne devrait pas conduire à une généralisation de l'impact négatif de l'entrée en vigueur du droit communautaire sur le fonctionnement de ces structures. En réalité, la léthargie des structures nationales de la concurrence est endémique et congénitale<sup>89</sup>. En effet, avant l'entrée en vigueur du droit communautaire, elles avaient toute la latitude de mettre en œuvre leur politique nationale de concurrence. Toutefois, aucune d'entre elles n'a effectivement mis en œuvre son droit de la concurrence. Même dans le cas de la Commission nationale de la concurrence du Sénégal, il y a une certaine exagération de son dynamisme dans le contrôle des marchés nationaux. En effet, à l'instar des autres structures nationales de la concurrence des pays membres de l'UEMOA, la Commission nationale de la concurrence du Sénégal fait face à des contraintes qui limitent son action.<sup>90</sup>

Il faut noter qu'en général les structures nationales de la concurrence se sont conformées à leur obligation d'abstention<sup>91</sup> : celle de ne pas connaître du contentieux concurrentiel suite à l'entrée en vigueur du droit communautaire. Certes, on peut soutenir que le droit communautaire a eu un impact négatif sur la culture de la concurrence dans les États membres et le développement potentiel d'une expertise nationale pour les structures nationales de la concurrence. Toutefois, il est douteux de soutenir que l'entrée en vigueur du droit communautaire a entraîné un recul de l'expertise nationale. À part le Sénégal et la Côte d'Ivoire, cette expertise était déjà limitée dans la plupart des États membres.<sup>92</sup>

En outre se pose cette dialectique de la centralisation des compétences et réformes des droits nationaux de la concurrence.

## **B : L'ineffectivité des réformes des législations nationales de concurrence**

Les droits nationaux de la concurrence ne sont pas encore mis en conformité avec le droit communautaire malgré l'obligation faite aux États membres de réformer leurs législations

---

<sup>89</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

<sup>90</sup> Ces contraintes sont liées à la disponibilité des ressources aussi bien matérielles qu'humaines. Voir sur ces aspects le rapport 2002-2003 de la Commission nationale de la concurrence. La Commission n'a pas de locaux propres et son personnel n'est pas permanent.

<sup>91</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

<sup>92</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

suite à l'entrée en vigueur de ce droit<sup>93</sup>. En effet, aucun pays membre de l'UEMOA n'a à ce jour mis en conformité son droit national avec le droit communautaire. Au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Niger, au Burkina Faso et au Bénin, des projets de réforme des droits nationaux de la concurrence sont en cours. Toutefois, ils ne sont pas encore effectifs. L'ineffectivité des réformes résulte d'un certain désintérêt des États membres de poursuivre l'œuvre législative et de doter les structures nationales de la concurrence de moyens. En effet, dépossédés de toute compétence pour la réglementation des pratiques anticoncurrentielles, les États membres ne voient pas nécessairement l'opportunité d'investir dans les réformes des législations nationales de la concurrence. Pour les États qui n'avaient pas de structures nationales de la concurrence, le besoin ne s'est pas fait sentir de légiférer en droit de la concurrence. C'est le cas de la Guinée-Bissau qui n'a à ce jour pas de droit de la concurrence. Ce recul de la dynamique législative interne a des conséquences sur la culture de la concurrence des États membres<sup>94</sup>.

L'obligation de réforme s'étend également aux législations sectorielles qui, elles aussi, doivent s'abstenir de réglementer les pratiques anticoncurrentielles ou de donner compétence aux autorités de régulation pour connaître du contentieux.

Dans le domaine des télécommunications, par exemple, où il est plus fréquent de voir les législations nationales réglementer les pratiques anticoncurrentielles dans la loi sectorielle, les approches diffèrent d'un État à un autre. Si certains États, comme le Mali, renvoient à la législation nationale de la concurrence générale et reconnaissent une compétence exclusive à l'autorité de la concurrence (ou les tribunaux) pour connaître du contentieux concurrentiel dans ledit secteur, d'autres réglementent spécifiquement les pratiques anticoncurrentielles dans la loi sectorielle et donnent expressément compétence à l'autorité de régulation pour connaître du contentieux.

C'est le cas du Sénégal où les pratiques anticoncurrentielles sont expressément réglementées dans le Code des télécommunications. Il est reconnu à l'Agence de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP), en dérogation à la loi de 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique, la compétence pour connaître des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des télécoms. Cette approche n'est pas conforme au droit communautaire qui reconnaît une compétence exclusive à la Commission.

---

<sup>93</sup> Voir en ce sens l'art. 6 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA.

<sup>94</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

Au Togo, bien que les pratiques anticoncurrentielles soient réglementées dans la loi sur les télécommunications, leur mise en œuvre est portée devant les juridictions compétentes.

Au Bénin également, la loi sur les télécommunications réglemente les pratiques anticoncurrentielles ; toutefois, leur mise en œuvre est portée devant les juridictions compétentes. L'autorité de régulation ne connaît pas de litiges. La même approche est adoptée au Niger. Les pratiques anticoncurrentielles sont réglementées dans la loi sur les télécommunications ; toutefois, leur mise en œuvre est portée devant les juridictions compétentes. En Côte d'Ivoire par contre, la loi sur les télécommunications ne réglemente pas spécifiquement les pratiques anticoncurrentielles et l'Agence des Télécommunications de Côte d'Ivoire (ATCI) ne connaît pas du contentieux concurrentiel.<sup>95</sup>

## **Paragraphe II : L'ineffectivité de la collaboration des structures nationales de la concurrence**

L'ineffectivité de la collaboration des structures nationales de la concurrence se traduit d'une part, par une résistance de ces dernières (A) et d'autre part, sur le plan pratique, ces structures nationales de concurrence sont caractérisées par leur faiblesse (B).

### **A : La résistance des structures nationales de concurrence dans la collaboration avec la Commission**

Les structures nationales sont dépourvues de toute compétence de prise de décision. Ainsi nous nous demandons si elles accepteront d'être des structures au service de la Commission, autrement dit des structures relayeuses de plaintes afférentes à la législation communautaire. La réponse est négative, par conséquent le risque d'ineffectivité de la collaboration s'est réalisé.

Les structures nationales de la concurrence se sont toujours opposées à la centralisation de la prise de décision. On se rappelle des divergences entre les experts des États membres et la Commission lors de l'adoption des textes. En pratique, ces divergences sur l'approche

---

<sup>95</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

institutionnelle se sont traduites par une résistance de certaines structures nationales de la concurrence qui encore refusent de collaborer avec la Commission. Cette résistance s'est traduite non seulement par une passivité dans la collaboration avec la Commission, mais également par une certaine mise en œuvre orientée du droit national de la concurrence de manière à, intelligemment, éviter le domaine de compétence communautaire<sup>96</sup>. Il est fréquent dans les États membres que les agents de contrôle requalifient certains faits de sorte à échapper au domaine de compétence exclusive de l'Union. Un certain flou dans la répartition des compétences matérielles donne aux structures nationales de la concurrence cette possibilité de mise en œuvre orientée. On sait par exemple que la notion d'abus de position dominante qui relève de la compétence communautaire est très proche de la notion d'abus de dépendance économique qui est de la compétence des États membres<sup>97</sup>.

Cette résistance était prévisible<sup>98</sup>. Les structures nationales de la concurrence n'exercent pas leur rôle de veille concurrentielle des marchés nationaux ; les cas de transmission des plaintes à la Commission de l'UEMOA sont limités ; et dans certains cas, il y a une absence totale de collaboration lors des enquêtes (C'est le cas de la collaboration de la Commission nationale de la concurrence du Sénégal avec la Commission de l'UEMOA. C'est plutôt avec la Direction du Commerce Intérieur (DCI) que la Commission travaille lors de ses enquêtes sur le terrain). À part l'autorité de la concurrence du Burkina Faso qui s'est montrée très coopérante avec celle-ci, les structures nationales de la concurrence ne sont en général pas enclines à collaborer avec la Commission<sup>99</sup>.

## **B : La faiblesse des structures nationales de concurrence**

Sur le plan pratique, un constat s'impose : les structures nationales de concurrence sont faibles. Le système institutionnel communautaire s'appuie, pour son effectivité, sur les institutions nationales. Certes, les structures nationales de la concurrence sont dépourvues de pouvoir de décision. Toutefois, elles sont mobilisées en tant que relais dans la surveillance des marchés nationaux. Cet appui sur les institutions nationales suppose que les structures nationales de la concurrence existent et qu'elles disposent de moyens conséquents. La Guinée-Bissau n'a pas de structure nationale de la concurrence, encore moins de droit de la concurrence.

---

<sup>96</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

Théoriquement, cet appui sur les institutions nationales n'existe pas dans cet État. Dans les États où elles existent, les structures nationales de la concurrence n'ont pas les ressources nécessaires pour jouer leur rôle.

À l'instar des pays en développement, c'est à la faveur de l'ouverture au marché que les pays membres de l'UEMOA ont commencé à adopter des politiques de la concurrence ou à mettre à jour leurs législations. Toutefois, ces législations n'ont pas eu les moyens nécessaires pour leur mise en œuvre. Les contingences structurelles limitant l'effectivité de l'action des structures nationales de la concurrence sont partagées par tous les pays membres de l'UEMOA. Nous allons donner dans cette partie un aperçu des difficultés auxquelles celles-ci sont confrontées.

Il y a d'abord la problématique de l'indépendance des structures nationales de la concurrence. Certaines structures nationales de la concurrence sont organisées sous forme d'Autorité Administrative Indépendante (AAI) alors que d'autres sont directement rattachées à l'administration. Dans les deux approches, on note une forte influence de l'administration dans leur fonctionnement.<sup>100</sup>

Au Bénin, au Mali, au Niger et au Togo, les structures en charge de la mise en œuvre des droits nationaux de la concurrence sont directement rattachées à l'administration dont elles dépendent. Elles constituent souvent des directions dans les ministères du Commerce qui cumulent contrôle de la législation sur les prix, protection des consommateurs et application de la législation sur la concurrence *stricto sensu*. Il faut noter que ces différents pays ont des législations de la concurrence. Le rattachement des structures de contrôle à l'administration réduit considérablement leur indépendance.

Les États comme le Sénégal, le Burkina Faso et la Côte d'Ivoire ont pris l'option de créer des structures nationales de la concurrence « indépendantes » sous forme d'AAI. Le détachement de celles-ci de l'appareillage administratif est supposé être un gage d'indépendance. Est-ce le cas en pratique ? Le cadre opérationnel de ces structures commande de nuancer cette indépendance supposée. En effet, malgré leur indépendance structurelle affirmée, celles-ci dépendent encore fortement de l'administration. Cette dernière est souvent représentée dans la structure par un commissaire du gouvernement qui est en réalité l'œil de l'Exécutif. Elle lui fournit du personnel et lui garantit, à sa discrétion, ses moyens de fonctionnement en termes de dotation budgétaire. Ces caractéristiques sont visibles au Sénégal, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire. Dans les cas du Sénégal, du Bénin et du Mali, les

---

<sup>100</sup> Ibid.

enquêteurs des Commissions de la concurrence sont des agents de la Direction du Commerce Intérieur (DCI). Dans le cas de la Côte d'Ivoire, la Commission de la concurrence n'a pas en réalité de pouvoir de décision. Elle ne peut que rendre des Avis contentieux qui sont ensuite confirmés ou infirmés, à sa guise, par le ministre du Commerce.<sup>101</sup>

Il y a ensuite la problématique de la disponibilité des ressources. La disponibilité des ressources humaines et matérielles est une contrainte partagée par toutes les structures nationales de la concurrence de l'UEMOA. Celles-ci ne sont pas dotées de moyens suffisants et leur personnel manque souvent de qualification en droit de la concurrence.<sup>102</sup>

## **Titre II : Une redéfinition nécessaire de l'orientation institutionnelle UEMOA pour plus d'effectivité**

Nous avons pu démontrer dans la première partie du travail que le cadre institutionnel adopté par l'UEMOA dans la mise en œuvre de la législation communautaire en matière de concurrence a fini par montrer ses limites. La coopération des structures nationales de la concurrence avec la Commission n'est pas effective, ce qui limite considérablement l'effectivité du droit communautaire. La centralisation excessive a mis en léthargie les structures nationales de la concurrence, bloqué le processus législatif interne et réduit la culture de la concurrence dans les États membres. Ces derniers, n'ayant jamais accepté la compétence exclusive de la Commission, ont toujours réclamé une redéfinition des compétences entre la

---

<sup>101</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

<sup>102</sup> Ibid.

Commission et les structures nationales de la concurrence. A titre d'exemple le Sénégal était l'un des premiers Etats d'Afrique à élaborer une législation de la concurrence et depuis la nouvelle loi de 1994 s'était attaché à développer cette législation et l'activité des autorités chargées de sa mise en œuvre. Geler l'action naissante tant du ministère du commerce pour ces tâches que celle de la Commission de la concurrence pose en soi une difficulté «psychologique» de frustration.<sup>103</sup>

Dès lors une redéfinition de l'orientation institutionnelle pour plus d'effectivité de la législation communautaire de la concurrence s'avère nécessaire. La réflexion est déjà engagée sur une possible réforme du cadre institutionnel de mise en œuvre des règles communautaires de la concurrence. Une étude est commanditée dans ce sens par la Commission de l'UEMOA.<sup>104</sup>

Si la nécessité de réformer se justifie pour plus d'effectivité du droit communautaire de la concurrence, la question de savoir dans quel sens réformer est tout à fait aussi intéressante. Nous pensons que pour une meilleure effectivité du droit communautaire de la concurrence, la répartition des compétences entre la commission et les structures nationales de concurrence des Etats membres s'impose (Chapitre II). Il convient cependant d'observer au préalable les exigences de la régionalisation de la concurrence dans les pays en développement qui ont un impact soit direct ou indirect dans la répartition des compétences entre les instances communautaires et nationales (Chapitre I).

## **Chapitre I : Les exigences de la régionalisation de la concurrence dans les pays en développement**

Les Etats membres de l'UEMOA sont classés parmi les pays en développement. A cela s'ajoute dans le domaine de la concurrence, les pays membres de l'UEMOA ont une expérience différenciée. Si certains d'entre eux disposent d'une loi ainsi que d'une autorité chargée de la mettre en œuvre, d'autres tardent à légiférer dans le domaine. Quand elles existent, ces législations ainsi que les autorités chargées de les mettre en œuvre ne répondent pas toujours efficacement à leur mission de surveillance des marchés.

---

<sup>103</sup> Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, *op. cit.*, note 6.

<sup>104</sup> BAKHOUM M., *op cit.*, note 75.

Un manque de culture de la concurrence peut servir d'explication de l'absence de structures chargées d'appliquer le droit de la concurrence dans certains pays de l'Union. Nous pensons qu'entreprendre des actions pour promouvoir la culture de la concurrence dans les Etats membres de l'Union sera une bonne mesure (Section I). L'unification du droit matériel de la concurrence ne participe pas à la promotion de la culture de concurrence au niveau des Etats de l'Union, dès lors le recours aux approches appropriées du droit matériel se justifie (Section II).

## **Section I : La promotion de la culture de concurrence dans les Etats membres de l'UEMOA**

Face à la jeunesse de l'organisation d'intégration économique et un marché commun en construction permanente, la Commission devrait s'atteler, non pas à simplement sanctionner des pratiques anticoncurrentielles affectant le marché commun, mais à véhiculer « une culture de la concurrence »<sup>105</sup>. L'expression « culture de la concurrence » est de la Commission européenne. Cet objectif, qui doit être pris en compte dans toute réglementation nouvelle de la concurrence, passe par la mise en place d'un « système culturel qui institutionnalise le principe de la concurrence dans la société, afin que les consommateurs et les citoyens deviennent les principaux garants de ces institutions dans la société.»<sup>106</sup>. Il se matérialisera par les recours que citoyens et consommateurs vont faire sur le fondement de ces règles.

La première préoccupation est de développer un environnement favorable à la concurrence pour que les citoyens, les opérateurs économiques ainsi que les représentants des pouvoirs publics aient une bonne compréhension des enjeux, des exigences et des droits issus des principes juridiques et économiques de la concurrence.

À terme, les règles communautaires devraient faire partie de chaque ordonnancement juridique étatique et recevoir une pleine application comme les dispositions nationales. Cet objectif ne peut être atteint que par l'encouragement à la mise en place de législations nationales complémentaires de concurrence (Paragraphe I) ainsi que d'autorités aptes à les appliquer (Paragraphe II).

---

<sup>105</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

<sup>106</sup> Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE, *JOCE*, n° C 132 du 15 mai 1999.

## **Paragraphe I : La mise en place de législations nationales complémentaires**

Les États membres de l'Union disposent d'une compétence législative résiduelle (A) se limitant aux pratiques imprévues par le droit communautaire, qui aussi, sont nuisibles à la concurrence (B).

### **A : Une compétence législative résiduelle des États membres de l'Union**

Confirmant la position de la Commission, la Cour de justice de l'UEMOA a admis que le « principe exclusiviste de la compétence ne permet pas aux États membres de légiférer de plein droit dans les matières de l'article 88 du traité ».<sup>107</sup>

Les États membres de l'UEMOA ne disposent que d'une compétence législative résiduelle. La compétence législative des États membres s'exerce par défaut. Elle ne peut couvrir que les domaines non réglementés par le droit communautaire. Cette limitation législative leur impose d'apporter les réformes nécessaires pour adapter leurs législations aux exigences communautaires.

Les États membres, s'ils légifèrent en matière de concurrence, doivent respecter le domaine de compétence exclusive de l'Union. Certaines pratiques non prévues par le droit communautaire peuvent ainsi être interdites en droit national en toute conformité avec la législation communautaire. De ce fait la réglementation nationale servirait de relais et prendrait en compte les infractions que le droit communautaire ne régleme pas et qui sont aussi nuisibles à la concurrence et à la protection des consommateurs que les ententes et abus de position dominante. Les pays membres qui ont déjà réglementé doivent juste opérer un « toilettage » de leur législation pour la rendre conforme au droit communautaire, alors que ceux qui ne disposent pas encore de législation sur la concurrence devraient légiférer dans ce domaine. C'est seulement de cette manière qu'on pourra avoir une réglementation de la concurrence stratifiée et complète qui pourra appréhender toutes les pratiques pouvant porter atteinte aussi bien au marché commun qu'au marché national.<sup>108</sup>

L'économie des pays en développement est duale, c'est-à-dire qu'il coexiste d'une manière juxtaposée deux secteurs : l'économie traditionnelle ou archaïque avec des moyens de production peu productifs. Elle est souvent dominée et renfermée sur elle-même. Son principal

---

<sup>107</sup> Avis 003/2000/CJ/UEMOA du 27 juin 2000.

<sup>108</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

but est la satisfaction des besoins domestiques ; et l'économie moderne qui utilise des technologies étrangères et exporte une grande partie de ses produits. Les moyens utilisés très productifs appartiennent en général à des privés étrangers.

Le secteur informel est une spécificité des économies africaines. Il représente une part considérable des économies soit près de 55% du produit intérieur brut (PIB) cumulé de l'Afrique subsaharienne selon la Banque Africaine de Développement (BAD). De manière plus détaillée, l'Agence française de développement a relevé en 2006, après enquête sur le terrain, que 90% des personnes actives exercent dans l'informel au Cameroun et au Sénégal.

Face à ces constats d'ordre général sur l'économie des pays en développement, ce sont surtout les pratiques restrictives et la concurrence déloyale qui risquent de se produire le plus.

## **B : Les pratiques nuisibles à la concurrence relevant de la compétence législative résiduelle des Etats membres**

Ces pratiques renvoient aux pratiques restrictives de concurrence et à la concurrence déloyale qui constituent le droit secondaire de la concurrence.

Les pratiques restrictives de concurrence sont, au sens strict, des comportements souvent moins durables dont le but est de restreindre la concurrence dans les relations entre professionnels. En guise d'exemples de pratiques restrictives de concurrence, on peut citer l'imposition de prix de revente, le refus de vente, la vente à des prix ou à des conditions discriminatoires, la revente à perte et le paracommercialisme ou les ventes sauvages.<sup>109</sup>

Les pratiques restrictives de concurrence sont des agissements abusifs qui engagent la responsabilité civile et pénale de leur auteur. Elles sont réprimées dès leur constatation et indépendamment de leur incidence sur la concurrence. Leur interdiction a pour but de protéger l'entreprise.<sup>110</sup> Cette particularité distingue les pratiques restrictives de concurrence des pratiques anticoncurrentielles telles que les ententes et abus de position dominante qui, elles, portent atteinte au jeu de la concurrence et au marché.

En droit français elles sont de deux ordres. Certaines sont constitutives d'infraction pénale, d'autres sont des fautes civiles. Les infractions pénales vont être sanctionnées par une juridiction répressive et les fautes civiles sont jugées par les juridictions civiles. La pénalisation des pratiques restrictives de la concurrence est fondée sur la loi du 15 mai 2001 relative aux

---

<sup>109</sup> Marie-Chantal BOUTARD LABARDE et Guy CANIVET, «Droit français de la concurrence », Paris, L.G.D.J., 1994, p. 154.

<sup>110</sup> [www.scolcast.tv](http://www.scolcast.tv), consulté le 02 Aout 2017 à 23h 15.

nouvelles réglementations économiques dont le but est de moraliser les pratiques commerciales et garantir un climat de saine concurrence

Pour les pratiques constitutives d'infraction pénale on peut citer :

- La vente à perte : c'est le fait pour un commerçant de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. C'est une infraction punie d'une amende de 750000 euro et on peut être condamné à afficher la condamnation.

La vente à perte peut être autorisée dans certains cas : pour les produits qui présentent un caractère saisonnier ; quand on se réapprovisionne du même produit entre temps le prix a baissé donc on peut aligner le premier stock suivant même si c'est à perte ; un produit à faible durée de vie peut se revendre à perte ; en cas de changement ou cessation d'activité on peut revendre à perte notre stock.

- Les prix minimum imposés : le fait pour toute personne d'imposer directement ou indirectement un prix minimal pour la revente d'un produit ou pour une prestation ou pour une marge commerciale. A titre illustratif un fournisseur vous impose de revendre à un certain prix sous peine de ne plus vous fournir. Une amende de 15000 euro est prévue comme sanction avec la possibilité d'afficher la condamnation
- Les délais de paiements excessifs : c'est le fait pour tout producteur, revendeur ou prestataire de service de fragiliser la situation de ses fournisseurs, on leur impose des délais de paiements excessifs. Fragiliser la position du fournisseur s'explique comme suit : on reçoit tout de suite le prix de revente et on paie le fournisseur sur un délai de 200 jours. C'est une prohibition qui concerne certains produits pour lesquels la loi fixe des délais maximum. Dans l'alimentaire pour les produits périssables, le délai est 30 jours et en matière d'alcool c'est 75 jours
- La concurrence sauvage : ça recouvre deux pratiques. D'abord le fait pour une association ou une coopérative d'entreprise ou d'administration de pratiquer de manière habituelle la vente de produit ou de pratiquer des prestations de service lorsque ces activités ne figurent pas dans les statuts et ensuite le fait pour toute personne d'offrir des produits ou des services en utilisant dans des conditions irrégulières le domaine public de l'Etat ou des collectivités locales. Ceci revient à faire passer les avantages publics dans le privé.

La loi de modernisation de l'économie en 2009 a dépenalisé certaines pratiques restrictives de concurrence notamment le refus de vente entre professionnels.

Pour les pratiques constitutives de fautes civiles, on peut citer :

- Les pratiques discriminatoires : c'est le fait de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique des prix ou des délais de paiements, des conditions de vente qui seraient discriminatoires et non justifiées par une contrepartie. Cette pratique peut être soit de consentir à un avantage soit à un inconvénient.
- L'abus de dépendance économique : elle révèle des pressions abusives exercées par une entreprise sur ses partenaires en les rendant dépendants économiquement et donc vulnérables. Il s'agit d'une domination exercée sur les partenaires sans forcément disposer d'une position dominante sur le marché.<sup>111</sup> Elle trouve son fondement juridique dans les articles L420-2 et L442-6 du code de commerce. Elle est à distinguer de l'abus de position dominante, si cette dernière s'analyse comme une exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, l'abus de dépendance économique quant à lui consiste à une exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur.

Il y a abus de dépendance économique au sens de l'article L442-6 du Code de commerce lorsqu'existe une situation de dépendance économique et une exploitation abusive de cette situation. Voici quelques cas qui illustrent une telle dépendance :

- Obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu. Exemple : La relation producteur-distributeur, où ce dernier oblige ses fournisseurs à participer aux frais de publicité et de promotion
- Soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Exemple : Faire payer un partenaire pour pouvoir participer à une négociation commerciale.
- Obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné. Exemple : Menacer d'abandonner une commande si l'entreprise n'obtient pas un rabais, une remise ou une ristourne significative.
- Obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives. Exemple : Imposer des délais de paiement, des modalités de vente excessives ou abusives.

---

<sup>111</sup> [www.scolcast.tv](http://www.scolcast.tv), consulté le 02 Aout 2017 à 23h 15.

- Ne pas communiquer ses conditions générales de vente. Exemple : Le refus de communiquer de manière transparente les conditions qui s'appliquent à tous les partenaires
- Procéder au refus ou retour de marchandises pour non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant. Exemple : Une entreprise applique d'office des réductions ou des pénalités sur le montant de la facture établie par le fournisseur sous prétexte de non respect des délais.
- Refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant. Exemple : Les marques de distributeurs sont fabriquées par des producteurs souvent méconnus par les consommateurs car le distributeur ne souhaite pas mentionner le fabricant.

La concurrence déloyale est aussi susceptible de se produire le plus dans les marchés nationaux et au niveau du marché commun toujours en construction.

La théorie de la concurrence déloyale puise sa source dans le principe de la liberté de concurrence. Chacun est libre de concurrencer son voisin et de s'accaparer sa clientèle. Au principe de la liberté de la concurrence se joint d'ailleurs celui de la licéité du dommage concurrentiel : le fait qu'un commerçant s'approprie la clientèle d'autrui en lui causant ainsi un préjudice n'est pas en soi répréhensible. La clientèle est à celui qui sait la prendre répète-t-on à l'envi. Cependant, on ne saurait admettre une concurrence sauvage car la liberté ne se confond pas avec l'anarchie. Si l'objectif de la concurrence est louable, les moyens pour le mettre en œuvre ne doivent pas résulter de comportements déloyaux. Au demeurant, la jurisprudence apprécie toujours le caractère licite du dommage sous réserve « de respecter les usages loyaux du commerce ».<sup>112</sup>

L'acte de concurrence déloyale est défini comme « tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale »<sup>113</sup>. La concurrence déloyale ne vise pas à sanctionner un comportement prohibé par une loi mais le recours à des procédés illégaux contraires à la loyauté et aux usages commerciaux (manquer à une déontologie commerciale et à l'honnêteté professionnelle). Les procédés illégaux contraires à la loyauté et aux usages commerciaux sont entre autres selon Paul ROUBIER :

---

<sup>112</sup> Linda Arcelin-Lécuyer, « Droit de la concurrence », P.U.R., 2013, p. 10, [www.pur-editions.fr](http://www.pur-editions.fr), consulté le 26 juillet 08 :30.

<sup>113</sup> Art. 10 bis de la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle.

- Le dénigrement : il correspond à des agissements portant atteinte à l'image, à la réputation d'une entreprise ou de son produit. Le concurrent indélicat cherche à détourner la clientèle de son rival en jetant le discrédit sur lui. L'un des exemples caractéristiques est la publicité comparative.
- La désorganisation. Le concurrent va ici chercher à désorganiser la production, la commercialisation de l'entreprise voisine, ce qui peut passer par le débauchage de son personnel. Par exemple, il peut s'agir de divulguer un secret de fabrique qui est un moyen de fabrication ayant un caractère industriel et secret ou de la divulgation du savoir-faire.
- La confusion. C'est le cas le plus fréquent. Il s'agit de faire en sorte que le client confonde les deux entreprises ou les produits de ces entreprises pour retirer un bénéfice de la notoriété ou du succès de son concurrent. La théorie du rattachement indiscret à une entreprise rivale.

Mais la doctrine moderne y a ajouté une quatrième catégorie à savoir le parasitisme économique. La théorie du parasitisme économique est une construction prétorienne, que l'on retrouve exposée pour la première fois sous la plume d'Yves Saint-Gal en 1957. L'auteur la définit comme « le fait pour un tiers de vivre dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits ». Le parasitisme économique recoupe deux pratiques déloyales : la concurrence parasitaire et les agissements parasitaires compris, selon Yves Saint-Gal, comme « l'acte d'un commerçant ou d'un industriel qui, même sans avoir l'intention de nuire, tire ou s'efforce de tirer profit d'un renom acquis légitimement par un tiers, et sans qu'il y ait normalement risque de confusion entre les produits et les établissements ».<sup>114</sup>

Les Etats membres de l'UEMOA ont reçu tous, excepté la Guinée Bissau, une traduction juridique française. De ce fait la typologie des pratiques restrictives ainsi que la concurrence déloyale sont identiques.

Au Sénégal la loi 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique, qui est la pierre angulaire de la politique de concurrence du Sénégal, prévoit des interdictions qui vont plus loin que celles prévues par le droit communautaire. Il en est ainsi du refus de vente, de l'abus de dépendance économique, des conditions de vente discriminatoires,

---

<sup>114</sup> Linda Arcelin-Lécuyer, *op cit*, note 112.

de la revente à perte (dumping interne) ainsi que de l'imposition d'un prix minimum<sup>115</sup>. La concurrence déloyale n'est pas expressément prévue par la loi sénégalaise de 1994.

Au Mali l'Assemblée nationale a adopté une nouvelle loi sur l'organisation de la concurrence (Loi n°2016-006/ du 24 février 2016 portant organisation de la concurrence) qui élargit et précise les définitions des pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence, aggrave les sanctions et institue une commission nationale de la concurrence. Cette loi prévoit la vente à perte, des pratiques de prix imposés, imposition de délai de paiements excessifs, de l'exploitation abusive d'une position de dépendance économique et de la concurrence déloyale<sup>116</sup>.

En Cote d'Ivoire le texte de base en matière de concurrence est la loi n° 91-999 du 27 décembre 1991. Cette loi prévoit en son chapitre II dans les sections I et II, respectivement les pratiques restrictives de concurrence constitutives d'infraction pénale et celles constitutives de fautes civiles. C'est la même démarche en droit français mais cette loi ne prévoit pas la concurrence déloyale.

Au Burkina Faso c'est la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence. Elle prévoit les prix imposés, la revente à perte, des refus de vente à l'égard du consommateur, des pratiques discriminatoires entre professionnels et des ventes sauvages et du paracommercialisme<sup>117</sup>

Au Bénin à ce jour, à la différence de certains pays UEMOA comme le Sénégal ou le Burkina, ne dispose pas encore d'une loi nationale sur la concurrence, d'un réel droit national de la concurrence régulant, à travers des règles cohérentes et relativement complète, l'essentiel des aspects généralement visés par un tel droit, qu'il s'agisse en particulier des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence ou encore des pratiques déloyales, et se traduisant le plus souvent par la mise en place d'une autorité de concurrence relativement autonome de l'Administration en charge des questions de concurrence.

Dans un tel contexte d'absence d'une loi nationale d'ensemble sur la concurrence, ce sont surtout quelques textes nationaux disparates et incomplets qui régissent de façon indirecte et pas toujours cohérente certaines pratiques pouvant porter atteinte à la concurrence. C'est le cas de la loi n° 90-005 du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce

---

<sup>115</sup> Article 26 à 29 de la loi 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique.

<sup>116</sup> Article 13 à 17 de la loi n°2016-006/ du 24 février 2016 portant organisation de la concurrence précitée.

<sup>117</sup> Article 9, 10, 14,15 et 16 de loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence.

en République du Bénin et l'ordonnance n° 20/PR/MFAEP du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks.

A ces deux textes fondamentaux, s'ajoute la réglementation sectorielle relative en particulier aux domaines respectifs des télécommunications et des médias et communications : l'ordonnance n° 2002-002 du 31 janvier 2001 sur les principes fondamentaux du régime des télécommunications au Bénin et l'ordonnance n° 2002-003 du 31 janvier 2001 portant création et attributions de l'Autorité de régulation des postes et des télécommunications, et le décret n°2003-476 du 1er décembre 2003 sur l'organisation et la composition de l'Autorité de régulation des postes et des télécommunications, organe qui a récemment connu une mutation en un Conseil Transitoire de Régulation des Postes et Télécommunications.

Il convient d'ajouter à ces réglementations nationales, des textes internationaux qui font partie intégrante de l'ordre juridique béninois, dont en particulier le Code communautaire de la concurrence de l'UEMOA et l'Accord de Bangui instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle qui permettent de combattre respectivement les pratiques anticoncurrentielles et les actes de contrefaçon.

Un projet de loi sur la concurrence a été adopté par le Gouvernement du Bénin puis transmis à l'Assemblée nationale en 1997. Mais ce texte n'a pas pu être voté avant l'avènement en mai 2002 de la législation communautaire de l'UEMOA sur la concurrence.<sup>118</sup>

Au Niger c'est l'ordonnance n° 92-025 du 7 juillet 1992 portant réglementation des prix et de la concurrence qui est la pierre angulaire de la politique de la concurrence. Il y est prévu du refus de vente, jumelée, prix minimal, vente discriminatoire, publicité fausse, la spéculation illicite et détention illicite de stock<sup>119</sup>. La concurrence déloyale a fait l'objet d'une omission.

Au Togo c'est la loi n° 99-011 du 28 décembre 1999 Portant organisation de la concurrence qui est le texte de base. Les pratiques restrictives de concurrence sont présentées comme suit : les prix imposés, la revente à perte, des refus de vente à l'égard du consommateur, des pratiques discriminatoires entre professionnels, des ventes sauvages et du paracommercialisme et de la publicité mensongère ou trompeuse<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, *op. cit*, note 6.

<sup>119</sup> Article 17, 20, 21 et 22 de l'ordonnance n° 92-025 du 7 juillet 1992 portant réglementation des prix et de la concurrence.

<sup>120</sup> Article 16 à 21 de la loi n° 99-011 du 28 décembre 1999 Portant organisation de la concurrence.

La République de la Guinée Bissau ne dispose pas d'une loi interne des pratiques restrictives de concurrence. Les dispositions de l'accord de Bangui portant Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle sur la concurrence déloyale constituent le droit positif.

Comme on le constate, le droit national « occupe le terrain » laissé libre par le droit communautaire. Mais dès 1969, la CJCE avait prévenu que, si elle était claire en apparence, la délimitation entre domaine de compétence nationale et communautaire n'est toutefois pas aisée à établir « en raison de l'interdépendance éventuelle des phénomènes économiques et des situations juridiques considérées »<sup>121</sup>. En effet, aussi bien le refus de vente, la revente à perte ainsi que les conditions de vente discriminatoires peuvent être l'expression d'un abus de position dominante. Lorsque le refus de vente résulte d'agissements de plusieurs acteurs, il est assimilable à une entente. En termes simples les pratiques restrictives de concurrence peuvent constituer des pratiques anticoncurrentielles chaque fois qu'une telle pratique présente un effet sur la concurrence. Dans ces hypothèses, un flou s'installe dans la détermination de la ligne de démarcation du droit communautaire et du droit national, ce qui provoque le risque d'une application simultanée du droit national et du droit communautaire<sup>122</sup>.

La mise en place de législations complémentaires sera suivie d'actions ayant pour objectif de renforcer la compétence des autorités nationales chargées de mettre en œuvre le droit de la concurrence.

## **Paragraphe II : La mise en place d'autorités nationales compétentes**

La mise en place d'autorités nationales compétentes requiert tout d'abord la formation desdites autorités (A) mais elle implique aussi de revoir le mode de recrutement de ces autorités (B).

### **A : La formation des autorités nationales de concurrence**

Une délégation de certaines compétences aux autorités nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence doit être précédée d'actions visant à renforcer la

---

<sup>121</sup> CJCE, *Walt Wilhelm précité*.

<sup>122</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

compétence desdites autorités. L'accent doit être mis sur la formation et la spécialisation des autorités nationales parce qu'une application homogène du droit communautaire de la concurrence exige l'existence d'autorités de contrôle spécialisées dans le contentieux économique. À l'heure actuelle, on pourrait assister à une effectivité différenciée du droit communautaire de la concurrence compte tenu de l'inexistence, dans certains pays, d'autorités de contrôle sur lesquelles la Commission pourrait s'appuyer. On fait référence à la Guinée Bissau.

La formation des autorités nationales doit porter, au-delà de l'aspect de vulgarisation de la législation communautaire de la concurrence, sur les techniques de surveillance des marchés. Les autorités nationales doivent être en mesure de comprendre à l'issue de la formation, les enjeux juridiques et économiques de la régulation des marchés. La régulation de l'économie a vocation à être l'un des soucis majeurs des pays émergents ou en développement lors des années à venir. Ces pays sont en train de structurer leur économie, qui a dans de nombreux cas été brusquée par une croissance exponentielle et par un rythme de transformation du tissu des entreprises (secteur, taille, modes d'organisation) inédits, jamais connus chez les pays dits « du Nord » développés. Ces pays sont en demande de solutions, de recommandations, et de compréhension de leurs enjeux et difficultés propres. Le droit de la régulation économique se met en place, en grande partie sur les cendres de l'organisation économique construite autour de monopoles d'Etat en charge des services publics et dans la perspective de la mondialisation. La notion de régulation, dans l'acceptation juridique la plus partagée et popularisée dans la doctrine française par le professeur Marie-Anne Frison-Roche<sup>123</sup>, est une notion nouvelle qui envisage l'établissement ou le maintien des équilibres dans des domaines qui ne peuvent exister ou se maintenir par eux mêmes comme les secteurs de l'audiovisuel, de la finance, de la Banque, des télécommunications et qu'il faut soumettre à la concurrence. A cette notion, cette auteure reconnaît une pluralité de sens<sup>124</sup>. Ainsi elle l'a successivement définie comme étant « une technique d'intervention », « le garde-fou du fonctionnement spontané d'un secteur technique particulier », « un moyen dynamique » de transformation d'un secteur vers une structuration concurrentielle, un « moyen dynamique » de maintien des équilibres d'un secteur et enfin « l'art de donner à chacun des opérateurs la part qui lui revient et d'assurer l'équilibre en tous ». De cette énumération transparaît la conception définitive que Mme Frison-Roche retiendra comme

---

<sup>123</sup> « Les différentes définitions de la régulation », *Rev. Conc. Cons.*, mai-juin 1998, n°103, p.42, cité par M. NGOM, *op cit*, note 29.

<sup>124</sup> « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. P. 610, cité par M. NGOM, *op cit*, note 29.

significative de la régulation, c'est-à-dire d'une branche du droit dont l'objet est la construction et le maintien de la concurrence dans les secteurs autrefois monopolistiques.<sup>125</sup>

La nécessité de réguler la concurrence, en amont du fonctionnement libre du jeu des acteurs économiques, va par ailleurs de pair avec l'évolution de la théorie économique : une économie de marché n'accorde pas aux acteurs une liberté absolue, régulée par une main invisible, mais une liberté ordonnée, qui ne tolère pas les comportements anticoncurrentiels en quelque sorte, déloyaux par rapport aux règles du jeu, lesquels, en diminuant le bien-être des consommateurs, peuvent mener à une performance économique sous optimale.

L'acquisition d'une expertise multidisciplinaire des mécanismes et procédures de la régulation des marchés ne doit pas être méconnue des autorités nationales chargées de mettre en œuvre le droit communautaire de la concurrence ainsi que la maîtrise des instruments d'analyse de l'encadrement concurrentiel des marchés régulés, la compréhension des instruments de la régulation sectorielle, la gestion des aspects contentieux des marchés régulés et la prise en compte des cadres internationaux, communautaires et nationaux de la régulation des marchés.

Ces formations se déroulent dans le cadre des séminaires et conférences. Ces derniers doivent être multipliés. Pour nous, l'initiative de ces séminaires et conférences doit venir premièrement du Comité Consultatif de la concurrence, un organe principal de régulation de la concurrence créé par l'article 28, paragraphe 28.3, du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002. Ce Comité est composé de fonctionnaires compétents en matière de concurrence, à raison de deux représentants par État membre. Le Comité consultatif de la concurrence est consulté par la Commission de l'UEMOA pour avis, préalablement à toute décision en matière d'entente et d'abus de position dominante<sup>126</sup> et avant certaines décisions en matière d'aides publiques dont, en particulier, les décisions conditionnelles et les décisions négatives.<sup>127</sup> Ces fonctionnaires compétents en matière de concurrence doivent organiser périodiquement ces genres de rencontre à l'endroit des autorités nationales dans le but de contribuer au renforcement des connaissances en la matière.

Des séminaires se sont tenus en particulier dans le cadre du renforcement des capacités en matière de Droit et de Politique communautaire de la concurrence (sous l'égide du Comité de pilotage créé à cet effet en collaboration avec la CNUCED).

---

<sup>125</sup> « Le droit de la régulation », *op cit.* ; p.611, cité par M. NGOM, *op cit.*, note 29.

<sup>126</sup> Article 28 paragraphe 28.4 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA.

<sup>127</sup> Article 29 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

Enfin des réunions et conférences à l'échelon international et multilatéral appellent la participation du Commissaire chargé de la concurrence et de ses collaborateurs. Il en est ainsi notamment des conférences régionales (par exemple avec la CEDEAO et l'OHADA) et multilatérale (par exemple les conférences annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence auprès de la CNUCED).

La Cour de justice, elle-même a initié et a participé à plusieurs séminaires à l'intention de magistrats et fonctionnaires sur le droit communautaire en général et englobant les règles de la concurrence<sup>128</sup>.

## **B : Le recrutement des autorités nationales de concurrence**

En plus de la formation il y'a une autre question à résoudre. C'est la question du recrutement. La question du recrutement en cas de création d'une autorité de régulation de la concurrence est véritablement épineuse : comment faire émerger une catégorie d'agents suffisamment experts en matière de concurrence dans un pays qui était jusqu'alors vierge de cette compétence ? Les experts en la matière ne se décrètent pas. Ils doivent être donc recrutés dans les viviers pertinents et formés de manière suffisamment pointue. Ils doivent également être en nombre suffisants pour permettre un fonctionnement efficace de l'autorité de régulation (notamment en matière de déroulement des enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles) nouvellement créée.

Pour ce qui concerne les viviers pertinents, ceux-ci sont plutôt aisément identifiables. En France, certains membres du collège de l'Autorité de la concurrence sont issus de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. Les pays en pleine construction de leur système de régulation doivent se tourner vers les agents de leurs ministères de l'économie, mais surtout pour leur expérience d'indépendance et leurs connaissances techniques des mécanismes économiques, les agents des banques centrales.

Des critères clairs d'appréciation des candidatures peuvent également utilement être instaurés. Il peut être en effet regretté, dans l'UEMOA, l'absence de réglementation

---

<sup>128</sup> Le séminaire tenu du 22 au 24 novembre 2006 à Cotonou. Ce séminaire régional d'information et de sensibilisation sur la législation communautaire de la concurrence a été organisé par l'UEMOA dans le cadre du projet de renforcement des capacités des ressources humaines des Etats membres, avec l'appui technique de la CNUCED et financier de la Coopération française. , la Cour de Justice de l'UEMOA a organisé, en collaboration avec la Commission de l'UEMOA, un séminaire régional de vulgarisation du droit communautaire du 30 Novembre au 02 Décembre 2016.

communautaire clarifiant la base d'appréciation des critères de désignation des membres des structures nationales de concurrence.<sup>129</sup>

## **Section II : Les approches appropriées du droit matériel dans les pays en développement**

La problématique du droit applicable *stricto sensu* ne relève pas de la question des institutions. Toutefois, elle est liée à l'exercice de la compétence. Différentes approches sont identifiables quant au droit matériel. Il est concevable dans une organisation d'intégration économique d'avoir un droit matériel centralisé avec une législation unique applicable de manière uniforme dans tous les États membres, comme c'est le cas de l'UEMOA.

L'unification du droit communautaire de la concurrence comble un vide juridique pour les États membres qui n'avaient pas jusque-là de législation de la concurrence, du moins pour ce qui est des interdictions des ententes, abus de position dominante et des aides d'État. Cette substitution fait jouer au droit communautaire de la concurrence le rôle d'instrument de régulation tant du marché communautaire que du marché national<sup>130</sup>. Son application n'est pas soumise, comme en droit européen, à la condition de « l'affectation du commerce entre États membres ». Celle-ci n'est pas une condition *sine qua non* d'applicabilité du droit communautaire de l'UEMOA. Il suffit que la pratique incriminée soit localisée à l'intérieur de l'Union pour que le droit communautaire s'applique.

L'unification des règles de concurrence peut être par ailleurs analysée comme un facteur de visibilité et de sécurité juridique pour les entreprises étrangères aussi bien pour le droit substantiel que pour les règles de procédure. Les incertitudes et l'*imbroglia* pouvant résulter de la coexistence de différentes législations ainsi que de différentes autorités sont désormais résolues *ipso iure*. Sous cet angle, l'unification du droit de la concurrence est un facteur de développement par les investissements qu'elle est susceptible d'attirer dans l'Union<sup>131</sup>.

Cependant elle ne participe pas notamment à la promotion de la culture de concurrence. Ainsi le recours à l'harmonisation nous semble largement approprié (Paragraphe I) et dans une moindre mesure l'application directe du droit communautaire comme droit national (Paragraphe II).

---

<sup>129</sup> « Régulation de la concurrence à travers le monde : bonnes pratiques et enseignements », Observatoire International des Régulations Economiques (OIRE) 2015, p. 46.

<sup>130</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

<sup>131</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

## **Paragraphe I : L'harmonisation du droit matériel**

Il convient de voir sa signification et sa conformité à l'esprit du Traité UEMOA d'une part (A) et de montrer son acception différente dans le cadre l'UE d'autre part (B).

### **A : Signification et conformité à l'esprit du Traité UEMOA**

L'harmonisation du droit matériel de la concurrence signifie l'harmonisation des pratiques anticoncurrentielles à savoir les ententes, l'abus de position dominante et les aides d'Etat.

L'harmonisation est définie par le Professeur Antoine Jeammaud comme « la réalisation, dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une équivalence des règles nationales, ou plus précisément d'une équivalence des coûts et avantages socio-économiques ou des situations juridiques »<sup>132</sup>. L'harmonisation consiste donc en un rapprochement des législations appartenant à des systèmes juridiques différents sur la base d'un socle de normes communes dont la généralité permet aux Etats concernés d'évoluer dans un cadre souple. Des Etats disposent d'une marge d'appréciation. En raison de cette souplesse, les contenus des législations harmonisées peuvent différer, ils demeurent cependant équivalents au regard des principes qui leur sont communs. Cette équivalence est l'un des éléments de distinction, de différenciation avec l'unification. Dans ce dernier cas, il n'existe qu'un corps de règles alors qu'avec l'harmonisation, la pluralité de législations demeure. La directive, les principes directeurs et les recommandations sont les principaux instruments de l'harmonisation. La directive est un instrument privilégié dans la zone UEMOA, il a pour objet de favoriser le rapprochement des diverses législations nationales en fixant les résultats à atteindre mais en laissant les Etats libres de choisir les instruments juridiques appropriés. L'efficacité de l'harmonisation repose donc sur la loyauté des Etats concernés à respecter leurs engagements.

L'harmonisation du droit est en phase avec l'esprit du Traité de l'UEMOA. D'une manière spécifique, l'UEMOA entend favoriser le progrès économique de ses États membres à travers le renforcement de la productivité et de la compétitivité des économies dont les performances générales devront converger, et l'établissement d'un marché commun ouvert et

---

<sup>132</sup> JEAMMAUD A., « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », cité par M. NGOM, *op. cit.*, note 29.

concurrentiel. Dans ce marché, les activités économiques bénéficieraient d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé par l'entremise d'actions, voire de politiques communes, dans des domaines et secteurs d'activités qui servent de leviers à l'économie, aux ressources humaines, aux transports et télécommunications, aux industries etc., au travers de l'harmonisation des législations des États membres notamment celles relatives à la fiscalité. Pour donner de base juridique à ce qui est avancé il est important de parcourir les dispositions suivantes du Traité de l'UEMOA :

L'article 4 du traité UEMOA dispose dans ce sens que l'Union poursuit un certain nombre d'objectifs « dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un *environnement juridique rationalisé et harmonisé* ». Le point e) de la même disposition corrobore cette orientation d'harmonisation en soulignant que « l'Union a pour objectif *d'harmoniser, dans la mesure du nécessaire au bon fonctionnement du marché commun*, les législations des États membres et particulièrement le régime de la fiscalité ».

Par ailleurs, l'article 5 pose le principe de l'approbation de prescriptions minimales et de réglementations cadres. Cet article dispose : « *Dans l'exercice des pouvoirs normatifs que le présent Traité leur attribue et dans la mesure compatible avec les objectifs de celui-ci, les organes de l'Union favorisent l'édition de prescriptions minimales et de réglementations-cadres qu'il appartient aux États membres de compléter en tant que de besoin, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.* »

L'article 61 quant à lui prévoit les domaines de l'harmonisation des législations nationales en ces termes « *Dans le cadre des orientations prévues à l'article 8, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement établit des principes directeurs pour l'harmonisation des législations des États membres. Elle identifie les domaines prioritaires dans lesquels, conformément aux dispositions du présent Traité, un rapprochement des législations des États membres est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'Union. Elle détermine également les buts à atteindre dans ces domaines et les principes généraux à respecter.*

*Dans l'exercice de ces fonctions, la Conférence tient compte des progrès réalisés en matière de rapprochement des législations des États de la région, dans le cadre d'organismes poursuivant les mêmes objectifs que l'Union.* »

L'harmonisation passe par l'exigence de certains principes directeurs que les droits nationaux de la concurrence doivent inclure dans leurs législations. Ces principes pourraient concerner l'obligation d'interdire les pratiques anticoncurrentielles, de ne pas opérer de discriminations entre les entreprises publiques et les autres entreprises et l'octroi d'exemption.

Le droit communautaire peut également limiter les exemptions contenues dans les législations nationales et limiter les interventions étatiques dans le marché. On a constaté que, dans l'UEMOA, les États membres ont aménagé dans leurs législations nationales de la concurrence des réserves d'intervention qui leur permettent de fixer unilatéralement les prix de certains biens et services et d'accorder des exemptions à certains secteurs<sup>133</sup>. Cette intervention étatique dans le marché doit être régulée par des principes fixés au niveau communautaire. Comme on l'a soutenu dans la doctrine, contrairement au droit de l'UE, dans les pays en développement, le droit communautaire devrait se préoccuper de la qualité du droit matériel appliqué dans les États membres<sup>134</sup>.

## **B : l'acception différente de l'harmonisation dans le cadre de l'UE**

La notion d'« harmonisation » a des acceptions différentes dans le cadre de l'Union européenne, d'une part, et de l'OHADA, de l'autre. L'OHADA regroupe en son sein des pays de l'UEMOA.

Selon les articles 5 et 10 du traité OHADA, le but de l'organisation consiste en la création de lois uniformes qui sont directement applicables dans l'ordre juridique des États membres. Au sein de l'Union européenne, bien sûr, on connaît aussi des règles directement applicables. Elles se trouvent dans les traités fondateurs, donc dans le Traité sur l'Union européenne (TUE) et le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et dans les « règlements » du droit secondaire qui, selon l'article 288 TFUE, sont directement applicables dans les États membres.

Par contre, quand on parle de l'« harmonisation » dans l'Union européenne, on évoque principalement la politique du rapprochement des droits nationaux par le moyen des « directives ». Selon l'art. 288 TFUE, les directives sont exclusivement adressées aux États membres et obligent ceux-ci à transposer les règles supranationales des directives en droit national. En principe, c'est donc seulement la loi nationale qui s'applique aux citoyens.

Le droit de la concurrence européen, pour concrétiser les règles de la concurrence du TFUE, utilise surtout le mécanisme des règlements, y compris les importants règlements d'exemption par catégorie qui déclarent inapplicable l'interdiction des ententes anticoncurrentielles au sens de l'art. 101, paragraphe 1 TFUE. Mais ces règlements sont

---

<sup>133</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

<sup>134</sup> DREXL J., « Economic Integration and Competition Policy in Developing Countries », cité par BAKHOUM M., *op. cit.* note 75.

uniquement créés pour jouer un rôle dans le cadre juridique du droit de la concurrence européenne. Ils n'ont pas pour objectif d'harmoniser le droit de la concurrence national des États membres. En effet, le droit de l'Union européenne ne prévoit aucune obligation de la part des États membres d'introduire un droit de la concurrence national. De même, il n'y a pas d'obligation d'harmoniser le droit de la concurrence national avec le droit européen.

Cependant, tous les États membres disposent aujourd'hui d'un droit de la concurrence qui s'harmonise, dans la majorité des cas, largement avec les principes du droit européen. Ce fait s'explique par un processus que nous appellerons, dans le cadre de notre analyse, l'« harmonisation souple ».<sup>135</sup>

Il faut signaler que l'approche de l'UE pour une harmonisation du droit de la concurrence est aussi substantiellement différente de l'approche appliquée dans d'autres domaines du droit des affaires.

Les points majeurs sont les suivants :

D'abord, en droit des affaires, on préfère le rapprochement des droits nationaux en utilisant des directives, tandis que les règles sur la concurrence contenues dans le TFUE et dans les règlements d'application créent un droit de la concurrence supranationale et uniforme.

Ensuite, le rapprochement des droits nationaux dans le domaine du droit des affaires en général ne couvre pas seulement les situations transfrontalières, mais aussi les situations purement internes. Par contre, le droit européen n'oblige pas les États membres à harmoniser leur droit de la concurrence nationale avec les règles européennes. Les États membres restent libres de définir leur propre politique de la concurrence concernant la régulation des pratiques qui n'affectent pas le commerce entre les États membres.

Enfin, tandis que les directives se concentrent surtout sur le rapprochement des principes de droit substantiel et ne contiennent que très rarement des règles sur les procédures relatives à la mise en œuvre des droits nationaux harmonisés, en droit de la concurrence européenne, le règlement n° 1/2003 a créé, en tant qu'instrument d'une politique de décentralisation, un cadre institutionnel et procédural qui intègre les institutions nationales, les autorités de contrôle et les tribunaux dans le système d'application du droit de l'Union<sup>136</sup>.

Le règlement n° 1/2003 oblige les États membres à désigner l'autorité de la concurrence nationale qui aura les compétences nécessaires pour appliquer le droit de la concurrence européen selon les dispositifs du règlement. Cette réglementation mène à la situation un peu

---

<sup>135</sup> DREXL J. « Perspectives européennes sur la politique de la concurrence dans l'espace OHADA » *RIDE 2011/3* (t.XXV), p. 290.

<sup>136</sup> DREXL J., *op cit*, note 135.

contradictoire où le droit de l'Union requiert des États membres d'avoir des autorités de contrôle nationales, bien qu'ils ne soient pas obligés, par le droit européen, d'introduire un droit de la concurrence national. Toutefois, cette contradiction est seulement théorique puisque tous les États membres, y compris même les plus petits comme Malte, Chypre et le Luxembourg, ont aujourd'hui un droit de la concurrence national et des autorités de contrôle nationales<sup>137</sup>.

Ce qui importe, c'est que les règles substantielles comme les règles procédurales des droits de la concurrence dans les États membres s'harmonisent largement avec les règles de la concurrence au niveau de l'Union européenne.

De plus, la pratique des autorités et des tribunaux, en appliquant le droit national, suit normalement la pratique des institutions européennes, bien qu'il n'y ait pas d'obligation selon le droit européen à cet égard. C'est surtout le cas lorsque le droit européen et le droit national sont applicables en même temps. Selon l'article 3, paragraphe 1 du règlement n° 1/2003, les États membres sont autorisés à appliquer leur droit national aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres ; l'application « parallèle » du droit national et du droit européen est donc permise. Selon l'article 3 paragraphe 2 de ce règlement, on empêche seulement les États membres d'interdire des ententes qui sont permises selon l'art. 101 TFUE. Par conséquent, le règlement, concernant les ententes, ne poursuit qu'une « harmonisation des résultats » qui laisse toute la liberté aux législateurs, aux autorités et aux juges nationaux de définir leurs propres règles et concepts du droit de la concurrence. Par contre, certains États membres, comme l'Italie, garantissent sur la base d'une décision purement autonome, l'interprétation du droit national en conformité avec le droit européen, même au-delà du champ d'application du droit européen.<sup>138</sup>

La situation actuelle en Europe s'explique mieux dans une perspective historique. En effet, le processus d'harmonisation du droit de la concurrence en Europe s'est effectué en quatre phases.

La *première phase* est marquée par l'entrée en vigueur des traités fondateurs, notamment le traité sur la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) en 1951 et du traité sur la Communauté Économique Européenne (CEE) en 1957. Les deux traités incluaient des normes directement applicables dans l'ordre juridique des États membres. Quant au concept de l'harmonisation, cette première phase est caractérisée par l'existence d'une *loi uniforme inappliquée*, au moins pour le droit de la CEE. Les règles du Traité restaient largement

---

<sup>137</sup> Ibid. p. 291.

<sup>138</sup> DREXL J., *op cit*, note 135.

inappliquées étant donné qu'à l'époque, le législateur européen n'avait pas encore précisé quelle était l'institution compétente pour la mise en œuvre des règles de la concurrence. Ainsi, les règles incluses dans les traités étaient et sont limitées aux pratiques à portée communautaire. L'Allemagne était le seul État membre qui, à la même époque, a introduit sa première loi moderne contre les restrictions de la concurrence.

La *deuxième phase* commence en 1962 avec l'adoption du règlement n° 17/6236, qui a donné compétence à la Commission européenne pour la mise en œuvre des normes sur la concurrence contenues dans le Traité CEE. Avec cette deuxième phase, la Communauté est entrée dans la période d'*application centralisée de la loi uniforme*. Durant beaucoup d'années encore, la majorité des États membres sera restée sans droit de la concurrence national.

Le règlement n° 17/62 a conféré à la Commission un monopole de contrôle jusqu'en 2004, année de l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003. Mais on peut identifier une *troisième phase* qui a déjà commencé au début des années 1990. Après la chute du mur de Berlin, l'ancienne Communauté européenne a conclu une série d'« accords européens » avec d'anciens États socialistes de l'Europe centrale et orientale qui, en 2004, sont devenus États membres de l'Union européenne. Ces accords contenaient des obligations de la part des nouveaux États associés à introduire dans leurs législations des dispositifs sur la protection de la concurrence en conformité avec le droit de la concurrence européen. C'est donc par rapport à ces États que nous pouvons constater l'application du concept classique d'harmonisation du droit des affaires qui a mené au *rapprochement du droit de la concurrence national pour quelques États*.

En effet, la *quatrième phase*, qui subsiste encore aujourd'hui, a commencé le 1<sup>er</sup> mai 2004. C'est non seulement la date de l'élargissement de l'Union européenne avec 10 nouveaux États membres situés surtout en Europe de l'Est, mais aussi la date de l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, qui réalise le projet de décentralisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence européen. Du point de vue juridique, l'entrée en vigueur de ce règlement ne change pas l'approche européenne face à l'harmonisation du droit de la concurrence. Cependant, le projet de décentralisation a joué un rôle décisif dans l'« harmonisation souple » susmentionnée des droits de la concurrence nationaux.<sup>139</sup>

L'harmonisation souple n'est pas seulement opérée par l'action des États membres suite à la décentralisation de l'application des règles européennes. La Commission s'est également rendu compte que la centralisation pose des défis pour l'application uniforme du droit de l'UE.

---

<sup>139</sup> DREXL J., *op cit*, note 135.

Ce souci explique pourquoi la Commission a pris des mesures spécifiques pour garantir cette application uniforme qui, en même temps, favorise une harmonisation souple du droit de la concurrence dans l'Union européenne.

L'instrument le plus efficace est probablement l'établissement d'un Réseau Européen de la Concurrence (REC). Le REC garantit surtout une poursuite plus coordonnée des infractions dans le système décentralisé. Mais ce réseau a aussi un impact énorme sur l'harmonisation générale de la pratique des autorités nationales. On ne doit surtout pas sous-estimer les effets harmonisateurs des contacts étroits et des débats communs sur des thèmes multiples entre les autorités de contrôle des États membres et l'Union européenne. Il y a aussi des projets très concrets du réseau qui aboutissent instantanément à une harmonisation de la pratique. Le meilleur exemple est peut-être le programme modèle du REC qui a pour but d'harmoniser les régimes de clémence des autorités de contrôle.<sup>140</sup>

Si l'UE préconise l'harmonisation souple, l'UEMOA devrait au contraire promouvoir l'harmonisation des standards qui s'opère par une obligation faite aux États de prendre en compte un certain nombre de principes dans leurs droits nationaux ou d'intégrer par référence les principes posés par le droit communautaire.

## **Paragraphe II : L'application directe du droit communautaire comme droit national (downloading)**

Il importe de voir premièrement le contexte et son mode d'application (A) et deuxièmement la conséquence juridique de ce mode d'application du droit communautaire (B).

### **A : contexte et mode d'application**

La possibilité d'appliquer directement le droit communautaire comme droit national, plus connue dans la Communauté andine sous le terme « *downloading* », est également une option possible et recommandée comme telle par le professeur Josef DREXL pour les pays en

---

<sup>140</sup> Ibid. p. 295-296.

développement.<sup>141</sup> Dans les États qui n'ont pas de droit de la concurrence, comme la Guinée-Bissau, le droit communautaire devrait s'appliquer directement sans passer par un droit national, en attendant l'adoption d'une législation nationale. Cette option d'applicabilité du droit matériel de la concurrence est propre aux pays en pleine construction de leur système de régulation et pour nous c'est l'étape initiale des actions entreprises dans une dynamique de promouvoir la culture de concurrence. Elle se justifie par un manque de législation, un texte de base sur la concurrence ainsi que d'autorités chargées de mettre en œuvre ladite législation et par ailleurs la méconnaissance des règles du marché et l'absence notoire de formations y afférentes. Ainsi si, au niveau communautaire il existe des règles de concurrence, ces dernières vont s'appliquer. On se demande comment vont-elles s'appliquer ?

Le droit communautaire de la concurrence, précisément son droit dérivé relatif à la concurrence s'applique directement sans intervention d'une norme interne. En termes autres le droit communautaire s'applique immédiatement. L'application immédiate est un des caractères du droit communautaire. Dire que le droit communautaire est immédiatement applicable, c'est lui reconnaître un statut de droit positif dans l'ordre interne des États. En effet, au terme de la décision Costa, la CJCE estime qu' « en instituant une communauté de durée illimitée, dotée d'attributions propres, de la personnalité, de la capacité juridique ... et plus précisément de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissant et à eux-mêmes ». Cela veut dire que :

- le droit communautaire est intégré de plein droit dans l'ordre interne des États, sans qu'il soit nécessaire de prendre une quelconque formule spéciale d'introduction ; il n'y a ni réception ni transformation.
- les normes communautaires, prennent leur place dans l'ordre juridique interne en tant que droit communautaire. Il n'y a pas de nationalisation.
- les juges nationaux ont l'obligation d'appliquer le droit communautaire.

Si on reprend les différentes sources du droit communautaire, notamment dérivé, il apparaît que la réception des règlements est non seulement superflue mais interdite ; que si les directives et les décisions nécessitent des mesures nationales d'application, il s'agit de mesures

---

<sup>141</sup> DREXL J., « Economic Integration and Competition Policy in Developing Countries », cite par BAKHOUM M., *op cit*, note 75.

d'exécution et non de réception. En effet, les directives et les décisions bénéficient de l'applicabilité immédiate par le seul effet de leur publication communautaire<sup>142</sup>.

Le droit dérivé de la concurrence au sein de l'UEMOA comprend les règlements et directives pris par le Conseil des ministres afin de faciliter l'application et de préciser des règles et principes édictés par le Traité constitutif. Il se présente comme suit :

- le règlement n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- le règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et aux abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- le règlement n° 04/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité ;
- la directive n° 01/2002/CM/UEMOA relative à la transparence des relations financières d'une part entre les États membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les États membres et les organisations internationales ou étrangères ;
- et, enfin, la directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA.

L'entrée en vigueur des trois règlements a été fixée pour le 1er janvier 2003 tandis que celle des deux directives l'a été pour plus tôt, à savoir, le 1er juillet 2002.

Ce droit communautaire de la concurrence bien qu'indépendant du droit national, ait perçu, considéré comme droit national de concurrence en raison de l'absence de législation en la matière.

## **B : la conséquence juridique de ce mode d'application du droit communautaire**

La conséquence juridique de ce mode d'application du droit communautaire est sans doute l'effet direct. Cela signifie que, immédiatement intégré dans l'ordre interne des États membres, le droit communautaire possède une aptitude générale à y compléter directement le patrimoine juridique des particuliers. Autrement dit, « c'est le droit pour toute personne de

---

<sup>142</sup> MBAYE M. N., Initiation au droit communautaire, *op cit*, note 11.

demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève »<sup>143</sup>. C'est la capacité pour le droit communautaire à être une source de légalité en vigueur dans l'ordre juridique national.

Alors que « la notion d'applicabilité immédiate impose l'absence de toute exigence d'insertion formelle (acte de réception) de la norme internationale dans l'ordre interne », la notion d'effet ou d'applicabilité directe « est relative au caractère autosuffisant, *self executing* de la norme, à sa capacité intrinsèque à jouer dans l'ordre interne en l'absence de toute mesure de concrétisation »<sup>144</sup>. « Le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique »<sup>145</sup>

En droit communautaire UEMOA, l'effet direct n'est expressément reconnu qu'aux seuls règlements communautaires, tandis qu'il est implicitement reconnu aux directives. La règle communautaire est d'application directe dès lors qu'elle est, du point de vue de son contenu inconditionnel (application subordonnée à aucune mesure ultérieure comportant un pouvoir discrétionnaire) et suffisamment précise (règle assujettie à aucun terme ou réserve).

Le principe de l'applicabilité directe ne met pas en cause l'autonomie respective des ordres juridiques nationaux et communautaires. C'est aux juridictions nationales, juges de droit commun du droit communautaire comme elles le sont aussi du droit international qu'il appartient d'appliquer les règles de celui-ci, sinon exclusivement, du moins principalement. C'est donc à elles que revient la tâche de mettre en œuvre le principe de l'effet direct, sous le contrôle, certes, de la Cour de Justice, mais celle-ci n'a pas sur eux un quelconque pouvoir hiérarchique et, en assumant cette fonction, elles agissent « *en tant qu'organe[s] d'un Etat membre* ». <sup>146</sup>

Rappelons que l'application directe du droit communautaire comme droit national est marquée par sa précarité. C'est juste un passage avant l'adoption d'une législation au niveau national. Ce système appliqué dans la communauté andine des nations connaît une évolution.

Constituée, jusqu'au départ récent du Venezuela, de cinq pays andins outre le Venezuela, la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou, la Communauté andine des Nations

---

<sup>143</sup> LECOURT R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 248.

<sup>144</sup> De BECHILLON D., « L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat », RDP 1991, p. 760-761.

<sup>145</sup> CJCE, 5.2.1963, Van Gend et Loos, aff. 26/62, Rec. 1.

<sup>146</sup> Ganshof van der Meersch, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », 148 *RdC* (1975-V) 47 ; [www.Persée.fr](http://www.Persée.fr) consulté le 26 Aout 2017 à 08h:30.

(CAN, ex-Pacte andin) est l'une des plus anciennes instances d'intégration sous régionale de l'Amérique latine. Née à Carthagène (Colombie) le 26 mai 1969, la CAN est à l'heure actuelle une union douanière imparfaite.<sup>147</sup> Les pays qui composent la CAN se sont dotés d'une législation sur la concurrence au fil du temps (jusqu'en 2008 la Bolivie et l'Équateur ne se sont pas dotés de législations sur la concurrence). La CAN, la décision 608 de 2005, a établi des règles du droit de la concurrence économique ; décision qui interdit les pratiques restrictives de concurrence affectant la Communauté et qui sont pratiquées sur le territoire d'un ou de plusieurs États membres, ou d'un territoire d'un pays non membre, au moyen de la théorie des effets. Si l'origine des pratiques et leurs effets se produisent ou affectent un seul État serait résolu selon les règles internes de cet État.

Le Secrétariat général de la Communauté andine est l'organe compétent pour ouvrir l'enquête, qui peut être d'office ou à la demande des autorités nationales, les organisations nationales d'intégration, les personnes physiques ou morales de droit public ou privé, les organisations de consommateurs parmi d'autres. Au cours de l'enquête, le Secrétariat général de la Communauté andine doit demander aux autorités compétentes de la concurrence de vérifier l'existence de comportements considérés restrictifs.

Dans l'étape de l'enquête, sera applicable la législation de la concurrence du pays membre. Les règles nationales applicables sont celles qui déterminent la procédure en matière de compétence et de preuves. Dans tous les cas, la décision établit les délais pour chaque étape de la procédure.

## **Chapitre II : Une nécessaire répartition des compétences entre la commission et les États membres**

La répartition des compétences entre la Commission de l'Union et les structures nationales chargées de mettre en œuvre le droit communautaire de la concurrence est une question d'ordre institutionnel et en tant que telle, elle s'impose comme une nécessité pour l'effectivité dudit droit. Si au niveau communautaire, il est institué un dispositif permettant de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles affectant le commerce interétatique on ne doit pas perdre de vue la dimension nationale des pratiques anticoncurrentielles. Celles-ci sont

---

<sup>147</sup> QUENAN C., « La Communauté andine des nations : entre tentatives de relance et crises récurrentes ». Cahiers des Amériques Latines, Université Paris 3, Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine (IHEAL / Université Paris 3), 2005, p.89-103.

encore présentes et plus pernicieuses dans les marchés de faible dimension. La lutte efficace contre ces pratiques anticoncurrentielles nationales est, également, une préoccupation qu'il faut prendre en compte. La répartition de compétence entre autorités communautaires et celles nationales doit prendre en compte certains paramètres que M. BAKHOUM qualifie de « *contraintes concurrentielles* »<sup>148</sup>.

Un simple rappel dans le cadre de l'UE, au début de la mise en œuvre de sa politique communautaire de la concurrence, la Commission avait centralisé un certain nombre de compétences, notamment les exemptions, dans le dessein d'éviter une application éclatée du droit communautaire. La décentralisation de la mise en œuvre du droit communautaire dans l'UE, intervenue en 2004, a été opérée seulement après que la culture de la concurrence soit devenue une réalité dans les États membres).

Ainsi en se référant au droit de l'UE de la concurrence et tout en se conformant au contexte économique des États membres de l'Union, nous entendons faire des propositions d'abord sur l'organisation du partage de compétence entre la Commission et les structures nationales de concurrence (Section I) et ensuite, sur les modalités techniques de l'exercice des compétences (Section II).

## **Section I : L'organisation du partage de compétence entre la Commission et les structures nationales de concurrence**

A s'en tenir à l'impératif de l'effectivité du droit communautaire de la concurrence, le partage de compétences entre la Commission et les structures nationales de concurrence est indispensable. Ici nous allons nous appesantir sur l'aspect organisationnel du partage de compétences entre ces autorités. M. Bakhoum a proposé une esquisse de l'organisation du partage de compétences entre ces autorités ci-dessus citées<sup>149</sup> et certaines de nos conclusions vont dans le sens de ses observations. Ainsi si certaines compétences doivent être pleinement exercées par la commission (Paragraphe I) d'autres par contre doivent être concurremment exercées par la Commission et les structures nationales de concurrence (Paragraphe II).

---

<sup>148</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 75 : il s'agit de la dimension géographique de l'organisation d'intégration économique, du degré d'intégration du marché commun, de la fluidité des échanges entre État membre, l'identification des acteurs et la localisation des pratiques anticoncurrentielles, la problématique des capacités institutionnelles au niveau communautaire et au niveau national, l'existence d'une culture de la concurrence dans les États membres, la question d'existence d'une volonté politique de céder les compétences en matière de concurrence au profit de l'Union et l'aspect temporel.

<sup>149</sup> BAKHOUM M., *op. cit*, note 36.

## **Paragraphe I : Les compétences susceptibles d'être exercées pleinement par la Commission**

L'orientation de la politique de la concurrence peut justifier la reconnaissance de compétences exclusives à la Commission, notamment en ce qui concerne les exemptions et les aides d'État (A) ainsi qu'une compétence de principe pour les affaires ayant un intérêt communautaire (B).

### **A : une compétence exclusive de la Commission pour les exemptions et les aides d'Etat**

Les exemptions peuvent être comprises d'une manière générale comme des exceptions aux interdictions des actes qui faussent le libre jeu de la concurrence. Les exemptions sont prévues en ce qui concerne les ententes anticoncurrentielles. Toutes les ententes ne sont pas interdites. Seules le sont, celles qui portent atteinte à la concurrence. Dans certaines circonstances, une dérogation de l'application du droit de la concurrence peut être prononcée. Il en est ainsi lorsque, les pratiques en cause « qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »<sup>150</sup>

L'exemption peut être individuelle comme elle peut être collective. L'exemption individuelle lève la présomption de nocivité qui pèse sur l'entente anticoncurrentielle, par ce fait elle vaut reconnaissance de la licéité de l'entente.<sup>151</sup> L'exemption par catégorie se comprend comme l'inapplication des articles 88 (a) du Traité et du Règlement n° 2 à des catégories d'accords de décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées par l'adoption

---

<sup>150</sup> Article 7 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

<sup>151</sup> . WANE D., Cours de Droit Communautaire des Affaires, Master 2 Droit Privé Fondamental, Université Assane Seck de Ziguinchor 2016-2017, inédit.

d'un règlement d'exécution aux fins d'exemption par catégorie. Cette dernière pose un principe de présomption de conformité aux règles de la concurrence des ententes qui remplissent les conditions qu'il fixe. Ainsi pour une catégorie déterminée d'ententes l'interdiction ne joue pas.<sup>152</sup>

Les exemptions aux interdictions constituant un levier essentiel d'orientation de la politique de concurrence dans l'Union, doivent-elles continuer de faire l'objet d'une compétence exclusive de la Commission. En effet, ne devant être accordées qu'en fonction de l'effet bénéfique de la pratique incriminée sur le commerce intracommunautaire, la Commission doit être le seul organe compétent pour délivrer des exemptions en fonction d'une politique déterminée.<sup>153</sup>

Dans le cadre de l'UE le règlement n° 17/62 (premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité de la CE), le régime des exemptions faisait l'objet d'une centralisation au niveau de la Commission. Les décisions d'exemption ne pouvaient être prononcées que par la Commission. Sous réserve du contrôle de la décision par la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, inapplicables conformément à l'article 81, paragraphe 3, du Traité<sup>154</sup>. Il est à rappeler que le corollaire du régime d'autorisation retenu par le règlement n° 17/62 est bien son système de notification préalable, permettant aux entreprises souhaitant obtenir une attestation négative (au regard de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82) ou bénéficier d'une exemption conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité CE de notifier leurs accords à la Commission. La notification n'est pas une formalité imposée aux entreprises<sup>155</sup> or, pour permettre aux intéressés d'invoquer les dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du Traité, les accords visés à l'article 81, paragraphe 1, doivent être notifiés à la Commission.<sup>156</sup>

La Cour dans sa jurisprudence, a indiqué que l'application de l'article 81, paragraphe 3, requiert nécessairement une analyse économique complexe. En effet, dans le cadre de recours portant sur les décisions de la Commission dans des affaires d'entente, la Cour a considéré qu'il convient de relever, en premier lieu, que l'exercice des pouvoirs de la Commission dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du Traité repose nécessairement sur des appréciations économiques complexes, ce qui implique que le contrôle juridictionnel de ces appréciations

---

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

<sup>154</sup> Art.9 du règlement n° 17/62.

<sup>155</sup> Voir l'arrêt de la Cour dans les affaires jointes 100-103/80 (Musique Diffusion Française e.a. contre Commission), Rec. 1983, point 93.

<sup>156</sup> Voir l'arrêt de la Cour dans l'affaire 10/69 (Portelange), Rec. 1969, point 11.

doit se limiter, en particulier, à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Commission en déduit.<sup>157</sup>

Or, comme les juridictions nationales ne bénéficient pas du privilège de pouvoir fonder leurs décisions sur une analyse économique effectuée par les services de la Commission, se pose donc la question de savoir s'il est matériellement possible pour les juges nationaux d'appliquer pleinement l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE.

Il convient d'ajouter, à cet égard, que contrairement à la Commission et les juridictions communautaires, les juridictions nationales ne sont probablement pas en mesure de tenir dûment compte des liens de la politique de concurrence avec d'autres politiques communautaires, et ne peuvent pas davantage assurer la cohérence des objectifs poursuivis dans le domaine de la politique de concurrence avec d'autres objectifs du traité, lorsqu'elles sont appelées à appliquer son article 81, paragraphe 3. Cette tâche ne pourra être assurée convenablement que par la Commission, en tant que gardienne du Traité.

Cependant le nouveau règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE a instauré un système de compétences parallèles. Il en résulte le passage d'un régime d'exemption à un régime dit "d'exception légale", selon lequel tout accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE, qui satisfait aux conditions du paragraphe 3 de cet article, est à considérer comme valide *ab initio* et la suppression de la compétence exclusive de la Commission dans l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité et l'attribution aux autorités de concurrence et aux juridictions nationales du pouvoir d'appliquer non seulement l'article 81, paragraphe 1, et l'article 82, mais aussi l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE.

Si dans le cadre de l'UE, les juges nationaux peuvent connaître les exemptions c'est parce qu'ils ont acquis au fil des temps, une certaine expérience dans l'application de l'article 81 paragraphe 1. Une telle situation pour le moment ne doit pas être exportée dans l'UEMOA pour manque d'expertise.

La compétence exclusive de la Commission doit être maintenue en ce qui concerne les aides d'Etat. L'Etat est un acteur économique majeur en Afrique. Historiquement, la naissance de l'Etat s'est accompagnée de son intervention dans les activités à caractère économique. Celle-ci s'est inscrite dans deux optiques : la prise en charge directe de certaines activités par l'Etat ou ses démembrements et la définition d'un cadre juridique d'exercice des activités économiques. Au lendemain des indépendances et jusqu'au milieu des années 1980, l'Etat

---

<sup>157</sup> Cf. l'arrêt de la Cour du 13. juillet 1966 dans les affaires jointes 56/64 og 58/64 (Consten & Grundig contre la Commission), Rec. 1966, p. 429. Voir également l'arrêt du Tribunal de première instance du 18 septembre 2001 dans l'affaire T-112/99, Métropole télévision (M6) e.a. contre la Commission, Rec. 2001, p. 2459, point 156.

avait une place centrale, prépondérante dans l'économie. Il cumulait les fonctions de réglementation et d'exploitation, par la création d'entreprises publiques. Cette période a été celle de l'Etat interventionniste. Cependant les années 1990 ont vu le rôle de l'Etat dans l'économie formellement remis en cause par la mondialisation, la libéralisation et la privatisation.<sup>158</sup> Malgré les mouvements de privatisation, la culture interventionniste des États à travers la survivance de certains monopoles et de certaines entreprises publiques, est une réalité. Ces entreprises, souvent sous le couvert d'une mission de service public dont elles sont investies, ont toujours bénéficié d'un fort soutien étatique dans les périodes de difficultés qu'elles ont rencontrées, bien que ces difficultés soient surtout dues à une mauvaise gestion. Ce soutien s'est souvent exprimé par une injection d'aides d'État.

Les dispositions de l'UEMOA relatives aux aides d'État visent à remédier à cette situation avec pour objectif de maintenir la neutralité des États dans le jeu de la concurrence afin de garantir une concurrence non faussée. Dans ce contexte, la surveillance des aides d'État ne peut faire l'objet d'une délégation aux États membres qui sont les principaux acteurs de cette intervention.<sup>159</sup>

Dans le cadre de l'UE, seule la Commission est habilitée à connaître le contentieux relatif aux aides d'Etat.<sup>160</sup>

## **B : Une compétence de principe pour les affaires ayant un intérêt communautaire**

Une compétence de principe doit être reconnue à la Commission pour les affaires ayant un intérêt communautaire. Les pratiques anticoncurrentielles quelle que soit leur nature, si elles ont une dimension communautaire (des pratiques anticoncurrentielles qui affectent le marché commun et qui mettent aux prises des entreprises capables de s'établir et d'exercer leurs activités économiques dans deux ou plusieurs États membres), devraient relever en principe de la compétence de la Commission.

Cependant en faisant un repli sur la configuration de l'économie des pays qui composent l'Union, on constate généralement que les entreprises actives sur le marché sont de taille moyenne limitant ainsi leurs capacités à exercer leurs activités économiques en dehors de la sphère nationale. Les entreprises capables de s'établir et d'exercer leurs activités économiques

---

<sup>158</sup> NGOM Mb., *op cit*, note 29.

<sup>159</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

<sup>160</sup> Art 107§1 – TFUE.

dans deux ou plusieurs États membres ne sont pas nombreuses. Ceci est un des facteurs explicatifs de la faiblesse du contentieux au niveau communautaire. Les pratiques concurrentielles seraient beaucoup plus fréquentes dans les États membres.

La détermination du droit applicable en matière de concurrence dans l'UE aurait pour effet directe la détermination de l'autorité compétente pour connaître du contentieux. Le droit communautaire de la concurrence de l'UE s'applique qu'aux pratiques anticoncurrentielles qui affectent ou qui sont susceptibles d'affecter le marché intérieur, donc il reviendrait en principe aux autorités communautaires d'en connaître du contentieux sauf délégation de compétences. En matière de concentration un critère supplémentaire (les seuils du chiffre d'affaires de la transaction) est utilisé. Le Règlement du Conseil de l'Union européenne relatif au contrôle des concentrations entre entreprises<sup>161</sup> dispose que les concentrations qui atteignent certains seuils de chiffre d'affaires sont de dimension communautaire<sup>162</sup>. Les concentrations de cette nature sont du ressort exclusif de la Commission. Dans l'examen des concentrations dépourvues de dimension communautaire, les autorités nationales de concurrence appliquent la législation interne.

Le Règlement introduit un système de renvoi par lequel une concentration sans dimension communautaire qui est susceptible d'être examinée en vertu de la réglementation applicable aux concentrations d'au moins trois États membres peut être renvoyée à la Commission par les entreprises concernées<sup>163</sup>. Les États membres peuvent demander à la Commission d'examiner les concentrations qui affectent le commerce entre les États membres et menacent la concurrence sur leur territoire<sup>164</sup>. L'article 9 dispose que la Commission peut renvoyer un cas de concentration notifiée à un État membre lorsqu'il menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un «marché distinct» sur le territoire de cet État membre<sup>165</sup>. En vertu de l'article 4.4, les entreprises peuvent demander à la Commission de renvoyer l'affaire à l'État membre concerné.

## **Paragraphe II : Les compétences susceptibles d'être concurremment exercées par les États membres et la Commission**

---

<sup>161</sup> Règlement (CE) du Conseil n° 139/2004 daté du 20 janvier 2004, OJ L24, 29 janvier 2004.

<sup>162</sup> Art. premier dudit Règlement.

<sup>163</sup> Art. 4. 5) du Règlement (CE) du Conseil n° 139/2004 daté du 20 janvier 2004, OJ L24, 29 janvier 2004.

<sup>164</sup> Art. 22 dudit règlement.

<sup>165</sup> Art. 9 dudit règlement.

Il implique l'instauration d'un système d'application parallèle des ententes et abus de position dominante (A) et l'établissement de critères de répartition de compétences entre les autorités nationales de concurrence (B).

### **A : Un système d'application parallèle des ententes et abus de position dominante**

Du point de vue de l'organisation de la répartition de compétences, les ententes et l'abus de position dominante peuvent être mise en œuvre concurremment par la Commission et les Etats membres. Les interdictions d'ententes et d'abus de position dominante prévues au niveau communautaire par la décentralisation de la prise de décision peuvent être appliquées concurremment par la Commission et les Etats membres en tenant compte de la dimension communautaire comme critère de répartition de compétences. Les ententes et abus de position dominante localisés ou localisables dans la sphère nationale et qui n'ont pas une incidence sur le commerce entre Etats membres relèveraient de la compétence des autorités des Etats membres et les ententes et abus de position dominante de dimension communautaire pour la Commission.

Ce schéma non seulement garantit la célérité dans le traitement des affaires, mais incite les juridictions et les autorités nationales à la mise en œuvre du droit de la concurrence. Il permet en outre de prévenir deux conséquences négatives possibles de la centralisation, à savoir un engorgement de la Commission ou un désintérêt des justiciables à l'égard des règles de concurrence, ce qui pourrait lourdement compromettre son effectivité.<sup>166</sup>

Dans l'UE avec la modernisation de l'application des règles de concurrence intervenue avec le règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE, une prise de conscience du rôle des juridictions nationales pour rendre effectif le droit communautaire de la concurrence s'est vite manifestée. Les juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles communautaires de concurrence. Elles préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. Le rôle des juridictions nationales est, à cet égard, complémentaire de celui des

---

<sup>166</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

autorités de concurrence des États membres. Il convient dès lors de leur permettre d'appliquer pleinement les articles 81 et 82 du Traité.<sup>167</sup> Ces articles traitent respectivement les ententes et abus de position dominante. L'article 81, paragraphe 1 pose l'interdiction des ententes qui faussent le libre jeu de la concurrence et le paragraphe 3 traite des exemptions. Les juges nationaux appliquaient le paragraphe 1 de l'article 81 tandis que le paragraphe 3 était du ressort exclusif de la Commission sous l'ère de l'ancien règlement mais avec le nouveau règlement dans ses premiers considérants, il en ressort que le régime de notification et d'exemption instauré par le règlement n° 17/62 n'est plus en mesure de satisfaire aux conditions prévues à l'article 83, paragraphe 2, point b), du Traité CE selon lequel la Communauté doit tenir compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace, et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif.

Cette référence au double objectif prévu à l'article 83, paragraphe 2, point b), du Traité reflète avant tout le souci de la Commission de se libérer de la charge de travail qu'entraîne l'examen du grand nombre de notifications (environ 500) dont elle est saisie par an (et dont la plupart sont innocentes et ne posent aucun problème de concurrence) pour pouvoir en revanche recentrer son activité sur la lutte contre les restrictions les plus graves et cela par le biais d'une application décentralisée des règles de concurrence communautaires<sup>168</sup>.

Dès lors, le régime d'exemption existant sera remplacé par un système dit "d'exception légale" ci-dessus mentionné. Il ne sera donc plus nécessaire de notifier les accords à la Commission afin que celle-ci puisse procéder à un contrôle *ex ante* de leur validité. En revanche, les entreprises devront elles-mêmes, effectuer une appréciation de la compatibilité de leurs ententes avec le droit communautaire. Toutefois, il appartiendra à la Commission, dont les pouvoirs d'enquêtes viennent d'être renforcés considérablement par le nouveau règlement, et aux autorités de concurrence nationales de veiller à la bonne application du traité au sein d'un réseau de coopération, le cas échéant, avec le concours des juridictions nationales.

S'agissant des compétences des autorités de concurrence nationales, l'article 5 du règlement précise que celles-ci sont désormais compétentes pour appliquer l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, du Traité lorsque les conditions de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas remplies. Quant aux juridictions nationales, l'article 6 du règlement indique qu'elles sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité. Cela signifie dans la pratique que,

---

<sup>167</sup> Considérant 7 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE.

<sup>168</sup> Peter Goldschmidt et Jakob Thomsen, « Le règlement n° 1/2003 permet-il une application cohérente et uniforme des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE? », [www.eipa.nl](http://www.eipa.nl), consulté le 30 Aout 2017 à 10h :15.

lorsque l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, du Traité est invoquée devant les tribunaux nationaux, ces derniers sont désormais appelés à déterminer si un accord susceptible d'affecter le commerce entre les États membres est compatible avec le traité ou s'il contient des dispositions anticoncurrentielles et est à considérer, en tout ou en partie, comme nul en vertu de l'article 81, paragraphe 2, du Traité.

Avec un tel système d'application parallèle des articles 81 et 82 relatifs aux ententes et abus de position dominante, il n'est guère certain qu'une telle pratique permet d'éviter une augmentation importante du nombre de questions préjudicielles soumises à la Cour par les juges nationaux ou encore qu'elle soit le moyen le plus indiqué pour remédier aux problèmes d'engorgement des services de la Commission parce que la Cour dans son arrêt précité indique que l'application de l'article 81, paragraphe 3 requiert une analyse économique.

## **B : Etablissement de critères de répartition de compétences entre autorités nationales de concurrence**

Une autre question est à résoudre, celle de la répartition de compétences entre les autorités administratives (commissions nationales de concurrence et les ministères nationaux chargés du commerce) et judiciaires (les tribunaux et cours) chargées d'appliquer les règles de concurrence. Cette répartition doit être faite sur la base de critères en adoptant des dispositions claires relatives à l'organisation et le fonctionnement du réseau des autorités nationales. Les États membres désignent l'autorité ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité de telle sorte que les dispositions du présent règlement soient effectivement respectées. Lorsque l'application du droit communautaire en matière de concurrence est confiée à des autorités administratives et judiciaires nationales, les États membres peuvent assigner différentes compétences et fonctions à ces différentes autorités nationales, qu'elles soient administratives ou judiciaires.<sup>169</sup> C'est à l'autorité désignée par l'Etat membre quelle soit administrative ou judiciaire de coopérer avec la Commission dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence.

## **Section II : Les modalités techniques de l'exercice des compétences**

---

<sup>169</sup> Art. 35 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE.

Le régime centralisé de l'application des règles de concurrence au profit de la Commission dans l'UEMOA a fini par montrer ses limites. Non seulement il freine l'application des règles communautaires de concurrence par les juridictions et les autorités de concurrence des États membres mais entraîne des coûts importants pour les entreprises. Il convient dès lors de remplacer ce régime centralisé par celui dit décentralisé permettant aux autorités nationales et juridictions le pouvoir de prendre des décisions (Paragraphe I). Toutefois les autorités communautaires, soucieux de l'application uniforme du droit communautaire, doivent contrôler les décisions des autorités nationales (Paragraphe II).

## **Paragraphe I : La décentralisation de la prise de décision**

La décentralisation de la prise de décision revient à donner plein pouvoir aux autorités nationales de concurrence d'appliquer les pratiques anticoncurrentielles (A). La décentralisation de la prise de décision a pour corollaire la réforme des règles de procédure (B).

### **A : La mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles par les autorités nationales**

Décentraliser la prise de décision revient à donner pouvoir aux autorités nationales de concurrence d'appliquer les pratiques anticoncurrentielles interdites au niveau communautaire. Cependant le champ d'application du régime décentralisé est réduit il ne couvre pas toutes les pratiques anticoncurrentielles. Seules les pratiques anticoncurrentielles exercées concurremment par la Commission et les autorités nationales (ententes et abus de position dominante) peuvent relever du régime décentralisé. L'application des aides d'Etat relève du régime centralisé, au ressort exclusif de la Commission.

Dans le régime centralisé adopté par l'UEMOA, la mission de veiller au respect des normes de concurrence en vigueur est confiée à la Commission de l'UEMOA, plus outillée que les juges nationaux (notamment grâce à la collaboration qu'elle entretient avec les Structures Nationales de la Concurrence) et compte tenu de la complexité et des moyens que requiert ce contrôle. En dépit de l'exclusivité accordée aux organes communautaires, les juridictions nationales conservent des compétences résiduelles. Notamment dans deux domaines :

- La constatation des nullités : Les pratiques qualifiées anticoncurrentielles par application de l'article 88 du Traité et visées aux articles 3, 4, 5 et 6 du règlement n° 2/2002/CM/UEMOA sont interdites sans qu'aucune décision préalable ne soit nécessaire. En conséquence, le paragraphe 2 de l'article 2 déclare nuls de plein droit, les accords ou décisions dont elles sont l'objet. Le juge national a, à partir de ce moment et compte tenu de ce que les accords et décisions portant sur des pratiques anticoncurrentielles sont nuls de plein droit, le pouvoir de constater ou de prononcer cette nullité dont le caractère absolu fait qu'elle peut être soulevée d'office.
- Les actions en réparation : Elles sont également de la compétence du juge national et ont pour fondement l'article 22 du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA qui fixe les montants et les conditions dans lesquelles les amendes sont infligées aux entreprises. Le paragraphe 4 de cet article dispose que « . . . les sanctions prononcées par la Commission sont sans préjudice des recours devant les juridictions nationales relatifs à la réparation des dommages subis. . . »

La réparation des dommages subis par les victimes suppose, en général, que celles-ci rapportent la preuve d'une faute imputable à la personne poursuivie (le problème ne se pose pas s'il y a une décision de la Commission retenant l'existence de pratiques anticoncurrentielles), mais il faut surtout établir le lien entre cette faute et le dommage subi par le demandeur. L'existence d'une infraction à la réglementation ne suffit donc pas à elle seule à établir une faute.

La décentralisation de la prise de décision n'est acquise qu'après promotion d'une culture de concurrence chez les autorités nationales de concurrence auxquelles il revient la responsabilité d'appliquer le droit communautaire de la concurrence. La promotion d'une culture de concurrence est un préalable à observer.

Ainsi dans ce régime la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles de concurrence communautaire en étroite coopération. Ainsi les autorités nationales reçoivent plein pouvoir d'appliquer le droit communautaire, les juges nationaux deviennent des juges de droit commun de l'application des règles de concurrence communautaire. Ils disposent en effet de pouvoirs coercitifs visant à observer les pratiques anticoncurrentielles qui faussent le libre jeu de la concurrence dans le marché. Les autorités de concurrence des Etats ou les juridictions nationales peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes :

- Ordonner la cessation d'une infraction en effet elles peuvent constater l'existence d'une infraction relative aux ententes ou à l'abus de position dominante, elles peuvent obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. À cette fin, elles peuvent leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.
- Des mesures provisoires : Dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, les autorités de concurrence des Etats membres ou les juridictions nationales, agissant d'office, peuvent, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction, ordonner des mesures provisoires. Cette décision est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun.
- Infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national mais lorsqu'elles considèrent, sur la base des informations dont elles disposent, que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies, elles peuvent également décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir.

En droit européen de la concurrence les autorités de concurrence des Etats membres ou les juridictions nationales à l'instar de la Commission peuvent accepter des engagements. Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Ces décisions sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres de faire de telles constatations et de statuer sur l'affaire. De telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende.<sup>170</sup>

Avec ce système parallèle de compétences, attribuant aux autorités nationales de concurrence de réels pouvoirs de prendre des décisions, les risques de discrimination et de *forum shopping* (une pratique consistant pour les acteurs économiques à choisir la

---

<sup>170</sup> Considérant 13 et article 9 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE.

réglementation nationale qui leur est la plus avantageuse, p.ex. en recherchant la juridiction des Etats membres où les règles de procédure sont les plus favorables, sur la base de critères tels que les règles de preuve, *la rigidité ou la flexibilité* des autorités nationales, les systèmes de sanctions, ou encore la faculté d'obtenir des dommages et intérêts) sont forts probables. En effet les décisions des autorités nationales de concurrence sont limitées dans leur effet au territoire de l'État membre de l'autorité ayant adopté la décision. On pourrait s'imaginer par exemple qu'une entreprise, dont la plainte relative à un accord déterminé, pour être non fondée, a été rejetée par l'autorité de concurrence d'un État membre, "tenterait sa chance" une deuxième fois en saisissant l'autorité de concurrence d'un autre État membre au détriment des entreprises ayant conclu l'accord.

L'absence d'harmonisation des règles de procédure et de sanction constitue une source d'insécurité juridique et de forum shopping<sup>171</sup>.

## **B : La réforme des règles de procédure**

Il n'est pas évident de rappeler que la décentralisation de la prise de décision a pour corollaire une réforme des règles de procédure. Nous avons vu, plus haut que dans l'UEMOA, les structures nationales de concurrence sont des structures au service de la Commission, des structures relayeuses de plaintes afférentes à la législation communautaire. Elles sont dépourvues de compétence de prendre des décisions. Mais avec le régime de décentralisation de l'application du droit communautaire, les structures nationales de concurrence doivent recevoir des pouvoirs identiques, similaires à ceux de la Commission dans le processus décisionnel. Ainsi les règles de saisine et d'enquête doivent être revues. Il faut instituer des règles de saisine parallèles et de réels pouvoirs d'enquête sans aval de la Commission. L'implication poussée des autorités nationales de concurrence ne peut se matérialiser que par la décentralisation de la prise de décision qui renferme aussi des avantages. Premièrement, cette délégation permettra d'éviter un éventuel engorgement de la Commission qui pourra survenir avec une centralisation à outrance, ou une absence totale de contentieux. Deuxièmement, les risques d'empiètement entre compétence nationale et compétence communautaire seront réduits. Troisièmement, les coûts supportés par les entreprises en matière de contentieux seront réduits car les entreprises ne seront plus obligées de recourir obligatoirement à la Commission

---

<sup>171</sup> Peter Goldschmidt et Jakob Thomsen, *op cit*, note 168.

afin d'obtenir une décision. En outre, les entreprises pourront bénéficier d'un gain de temps considérable et obtenir rapidement une décision, notamment des mesures provisoires. Les petites et moyennes entreprises seront plus enclines à ester en justice sur le fondement de la violation du droit communautaire. Quatrièmement, la protection des droits des particuliers sera mieux garantie avec l'unification du contentieux au niveau du juge national qui pourra à la fois constater la nullité d'une entente ou d'un abus de position dominante et statuer sur une éventuelle action en réparation civile.<sup>172</sup>

Il faut aussi renforcer les règles de coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. A cette fin, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'information et de consultation. Il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve.

La décentralisation de la prise de décision requiert un contrôle par les autorités communautaires.

## **Paragraphe II : Un contrôle efficace des décisions nationales par les instances communautaires**

La décentralisation de la prise de décision dans le cadre de l'application du droit communautaire de la concurrence se révèle comme l'étape fondamentale rendant effectif ce dernier. Cependant l'application diversifiée est source d'insécurité juridique dès lors les autorités communautaires doivent veiller à l'application uniforme de la législation communautaire de la concurrence (A) en ayant un droit de regard sur les décisions prises au niveau des Etats membres (B).

### **A : un contrôle de l'application uniforme de la législation communautaire de la concurrence**

Afin de garantir le respect des principes de la sécurité juridique et l'application uniforme des règles de concurrence communautaires dans un système de compétences parallèles, il faut éviter les conflits de décisions. Il convient donc de préciser les effets que les décisions et délibérations de la Commission comportent pour les juridictions et les autorités de concurrence des États membres.

---

<sup>172</sup> BAKHOUM M., *op cit*, note 36.

L'instauration d'un système de compétences parallèles nécessite une révision du Traité constitutif de l'Union du moins en ce qui concerne les règles de concurrence et l'adoption d'un règlement d'application des principes édictés dans le Traité, définissant clairement les règles de compétence de sorte à éviter les conflits de compétences entre les instances communautaires et celles nationales.

En droit européen de la concurrence, le règlement n° 1/2003 met l'accent sur la nécessité de garantir des conditions de concurrence homogène pour les entreprises sur le marché intérieur. En effet, l'application par les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales du droit national de la concurrence à des accords au sens de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE, ne peut pas entraîner l'interdiction de ces accords, s'ils ne sont pas également interdits en vertu du droit communautaire de la concurrence<sup>173</sup>. À l'article 16, nous trouvons l'une des dispositions essentielles du nouveau règlement qui prévoit que lorsque les juridictions nationales ou les autorités de concurrence des États membres statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du Traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, ces premières ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Cette disposition est renforcée par l'article 3 du règlement qui consacre, au moins de façon implicite, le principe de la primauté du droit communautaire dans le cadre de décisions portant sur des accords susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres<sup>174</sup>. Il ressort de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003 que les autorités de concurrence des États membres sont dessaisies de leur compétence pour appliquer les articles précités dès l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III du règlement : Il s'agit des décisions d'interdiction, des décisions sur les mesures provisoires, des décisions avec engagements et des décisions dites "positives" ou de constatation d'inapplication<sup>175</sup>

Les décisions dites "positives" ou de constatation d'inapplication, aux termes du considérant 14 du règlement, ont pour but de clarifier le droit et d'en assurer une application cohérente dans la Communauté, en particulier pour ce qui est des nouveaux types d'accords ou des pratiques au sujet desquels la Cour et les services compétents de la Commission ne se sont

---

<sup>173</sup> Voir considérant 8 ainsi que l'article 3 du règlement visant à définir le rapport entre les articles 81 et 82 du traité et les droits nationaux de la concurrence.

<sup>174</sup> Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 13 février 1969 dans l'affaire 14/68 (Walt Wilhelm contre Bundeskartellamt), Rec. 1969, p. 1.

<sup>175</sup> Voir les articles 7 à 10 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE.

pas encore prononcés. Il ressort des travaux préparatoires du règlement que ces décisions dites “positives” ou “décisions constatant l’absence d’infraction” arrêtées par la Commission diffèrent sensiblement des décisions d’exemption actuelles en vertu de l’article 81, paragraphe 3: Ces dernières créent des droits opposables *erga omnes* pour la durée de la décision, alors que l’effet juridique d’une décision positive serait plus limité<sup>176</sup>. Cela étant, il s’agira toujours des décisions au sens de l’article 249 du Traité CE qui, aux termes de l’article 16 précité du règlement, lient les autorités de concurrence et les juridictions nationales et pourront, de ce fait, contribuer de manière efficace à l’application uniforme des règles de la concurrence communautaires.

## **B : les différents types de contrôle des décisions nationales**

Pour asseoir le contrôle des décisions rendues par les autorités nationales de concurrence, il est possible d’aménager une procédure de contrôle desdites décisions. A cette fin plusieurs pistes s’offrent.

On peut dans un premier temps renforcer la coopération entre les juridictions nationales et la Commission comme c’est le cas actuellement en droit européen de la concurrence. Dans les procédures d’application de l’article 81 ou 82 du Traité, les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l’application des règles communautaires de concurrence. Les États membres transmettent à la Commission copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l’application de l’article 81 ou 82 du Traité. Cette copie est transmise sans délai lorsque le jugement complet est notifié par écrit aux parties. Les autorités de concurrence des États membres, agissant d’office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l’application de l’article 81 ou 82 du Traité. Avec l’autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l’application cohérente de l’article 81 ou 82 du Traité l’exige, la Commission, agissant d’office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l’autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales. Afin de leur permettre de préparer leurs observations, et à cette fin uniquement, les autorités de concurrence des États membres et la Commission peuvent solliciter

---

<sup>176</sup> Voir l’exposé des motifs de la proposition de la Commission (COM(2000) 582), p. 18-21.

la juridiction compétente de l'État membre afin qu'elle leur transmette ou leur fasse transmettre tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire<sup>177</sup>.

On voit nettement que la Commission contrôle les décisions des juridictions nationales dans l'application des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante. Parfois elle dicte voire influence même les décisions des juridictions nationales.

L'institution d'une procédure à double degré est aussi une solution très appréciée dans le processus de contrôle des décisions des juridictions nationales. Comme à l'image du système OHADA, Les autorités nationales et des tribunaux nationaux seraient compétents en première instance. La Commission comme organe d'appel sous le contrôle de la Cour de justice serait compétente en deuxième instance. La Cour de justice jouera le rôle de juridiction de recours pour annuler ou confirmer la décision de la Commission.

En droit OHADA, le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties<sup>178</sup>. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application commune du présent traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.<sup>179</sup> Il est à rappeler que les arrêts de la CCJA ont l'autorité de la chose jugée et force obligatoire dans les Etats Parties et n'admettent pas une décision contraire dans une même affaire sur le territoire d'un Etat Partie. Il y ressort un contrôle des décisions des Etats Parties dans un seul but d'assurer l'application uniforme du droit communautaire OHADA.

Par contre le processus de contrôle des décisions nationales en matière de concurrence dans l'UEMOA devrait ériger la Commission comme organe d'appel vue l'importance des pouvoirs qui lui sont conférés par le Traité constitutif. Elle sera sous contrôle de la Cour de Justice. Ce système permettrait au particulier d'avoir plus de garanties avec la possibilité de saisir la Commission en cas d'insatisfaction en droit interne.

---

<sup>177</sup> Article 15 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE.

<sup>178</sup> Article 13 du Traité OHADA.

<sup>179</sup> Article 14 du Traité OHADA.

## **Conclusion générale**

La réflexion sur l'effectivité du droit communautaire UEMOA de la concurrence demeure complexe. Au terme de cette analyse scientifique, il est permis de constater que le droit UEMOA de la concurrence se démarque de son droit de référence, sa source d'inspiration, qui se trouve être le droit européen de la concurrence et forge ainsi son originalité en ce qu'il ne s'intéresse qu'aux pratiques anticoncurrentielles (les ententes, abus de position dominante et les interventions publiques). Cette originalité se manifeste à travers l'approche centraliste de l'Union. Le droit matériel de la concurrence de l'UEMOA est un droit uniforme qui devient applicable de manière exclusive dans les Etats membres. Ceux-ci sont démis de toute compétence législative dans le domaine de compétence exclusive de l'Union. Cette compétence exclusive ne relève pas expressément du Traité de l'Union, elle est d'une consécration jurisprudentielle.

C'est un avis de la Cour de justice de l'UEMOA qui l'a consacrée. En effet deux camps s'affrontaient lors de l'élaboration des textes de l'UEMOA sur le droit de la concurrence. Pour le premier camp regroupant notamment les experts des pays membres de l'UEMOA, les législations nationales doivent continuer à coexister avec la législation communautaire, en

particulier dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles telles que les ententes et les abus de position dominante, en veillant à ce que les dispositions de ces législations nationales soient conformes au droit communautaire et que ce dernier prime en cas de conflit. Pour le second camp comprenant en particulier la Commission, l'UEMOA doit avoir une compétence exclusive pour légiférer dans le domaine des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État, afin d'éviter les conflits de normes et de procédures, les législations nationales ne pouvant porter que sur les autres domaines du droit de la concurrence qui appartiennent à la compétence résiduelle des États, telle que la concurrence déloyale.

Saisie à titre consultatif par la Commission de l'UEMOA de la divergence de vues qui l'opposait aux experts des États membres de l'UEMOA, la Cour de Justice de l'UEMOA a tranché en faveur de la Commission dans son avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 concernant l'interprétation des articles du Traité UEMOA relatifs aux règles de concurrence dans l'Union. En conséquence, estime la Cour, les États membres ne peuvent exercer de compétences partagées ou concurrentes dans ce domaine, comme le voudrait d'après ses analyses le principe de la double barrière appliqué en droit communautaire européen (par opposition au principe de la simple barrière choisi selon elle par le Traité de l'UEMOA), exception faite des prescriptions formelles des autorités communautaires associant ces États à l'exercice de cette compétence dévolue à l'Union.

Cet avis de la Cour de justice ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Les professeurs comme Joseph ISSSA-SAYEGH et Michel Filaga SAWADOGO ont conjointement émis des observations sur cet avis<sup>180</sup>. M. BAKHOUM, lui aussi, a émis des critiques<sup>181</sup> qui ne vont pas dans la même logique que les premiers.

Cet avis bien que critiqué, exerce son influence sur les règles de concurrence. En effet sur le plan procédural, il est reconnu à la Commission une compétence exclusive pour prendre des décisions en droit communautaire de la concurrence. Cependant ce principe est amené à connaître des assouplissements du fait du souci du législateur de l'UEMOA de concilier la compétence exclusive de la Commission et la nécessité de permettre une surveillance efficace des marchés par les structures nationales de concurrence<sup>182</sup>. Ces dernières n'interviennent que dans la phase d'enquête dans le processus décisionnel.

---

<sup>180</sup> Cour de justice, avis n°3/2000 du 27 juin 2000, *op. cit.*, note 49.

<sup>181</sup> BAKHOUM M., *op cit.*, note 36.

<sup>182</sup> Voir en particulier les motivations avancées par le législateur dans les visas de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

L'architecture institutionnelle mise en place dans l'UEMOA, du fait de la forte centralisation des compétences, compromet sérieusement l'effectivité du droit communautaire de la concurrence. Au niveau communautaire, les procédures communautaires ne garantissent pas non seulement une intervention efficace de la Commission sur le marché mais diminuent la protection des droits individuels. La Direction de la concurrence chargée de mettre en œuvre la politique communautaire de la concurrence n'est créée qu'en 2007 soit 4 ans après l'entrée en vigueur de la législation communautaire. La lourdeur administrative limite par ailleurs l'effectivité de l'action de la Direction de concurrence. Cette dernière fait face à un problème de personnel et de flexibilité dans l'utilisation des ressources financières jugées limitées. L'effectivité des règles de concurrence peut être mesurée, à l'aune du degré de protection que ces règles sont censées apporter aux justiciables. Il faut noter d'emblée un problème d'accès à la Commission pour les potentiels justiciables. La procédure telle qu'elle est organisée semble être longue et coûteuse.

L'effectivité de la législation communautaire de la concurrence peut se mesurer aussi par sa pratique judiciaire. Dans ce cas on peut conclure que la jurisprudence communautaire en matière de concurrence est en construction. Les affaires traitées par la Commission et la Cour de justice sont relativement faibles. Il est sûr néanmoins que le nombre réduit de décisions ne saurait refléter l'état de la concurrence sur le territoire de l'Union.

La forte centralisation des compétences, a provoqué des résistances au niveau des États membres qui non seulement tardent à mettre en conformité leurs droits nationaux au droit communautaire, mais également refusent de collaborer à la mise en œuvre de ce droit.

Dès lors une redéfinition de l'architecture institutionnelle pour plus d'effectivité du droit communautaire s'avère nécessaire. Cette redéfinition de l'architecture institutionnelle doit tenir compte des « exigences » de la régionalisation de la concurrence dans les pays en voie de développement.

Ces exigences se traduisent d'une part par la promotion d'une culture de concurrence dans les États membres de l'UEMOA. La première préoccupation est de développer un environnement favorable à la concurrence pour que les citoyens, les opérateurs économiques ainsi que les représentants des pouvoirs publics aient une bonne compréhension des enjeux, des exigences et des droits issus des principes juridiques et économiques de la concurrence. Cette préoccupation passera par la mise en place de législations nationales complémentaires et adaptées au droit communautaire. Le secteur informel occupe une place importante dans l'économie des pays en voie de développement, par conséquent les pratiques restrictives de concurrence et la concurrence déloyale risqueraient de se produire le plus.

La mise en place d'autorités nationales compétentes s'inscrit dans la promotion d'une culture de concurrence. La formation des autorités nationales doit être une activité régulière.

Les exigences de la régionalisation de la concurrence dans les pays en voie de développement se traduisent aussi par le recours aux approches appropriées du droit matériel applicable. Il apparaît que l'unification du droit matériel dans l'espace UEMOA a entraîné un recul de la dynamique législative nationale. Bien que présentant des avantages, elle ne favorise pas une culture de concurrence. C'est ainsi que l'harmonisation du droit matériel semble le plus approprié. C'est l'harmonisation des standards s'opérant par une obligation faite aux États de prendre en compte un certain nombre de principes dans leurs droits nationaux ou d'intégrer par référence les principes posés par le droit communautaire, qui convient le mieux dans l'espace UEMOA. Le recours à l'application directe du droit communautaire comme droit national (downloading) n'est envisageable que dans l'hypothèse de l'absence de textes au niveau interne comme c'est le cas de la Guinée Bissau.

Une fois l'observation faite des exigences de la régionalisation de la concurrence dans les pays en voie de développement, il s'avère utile voire nécessaire de procéder à la répartition des compétences entre la Commission et les structures nationales de concurrence. En effet ces dernières n'ont jamais accepté d'être des structures au service de la Commission.

Ainsi une organisation souhaitable et possible de répartition de compétences entre la Commission et les structures nationales peut être présentée comme suit : les compétences susceptibles d'être exercées pleinement par la Commission (notamment les exemptions et les aides d'État ainsi qu'une compétence de principe pour les affaires ayant un intérêt communautaire) et les compétences susceptibles d'être concurrentiellement exercées par les États membres et la Commission (ententes anticoncurrentielles et abus de position dominante).

Techniquement l'exercice concurrent de compétences implique d'abord une décentralisation de la prise de décision permettant aux autorités nationales de connaître le contentieux de la concurrence et ensuite un contrôle efficace des décisions nationales par les instances communautaires par souci d'application uniforme des règles de concurrence.

Hormis la question de l'effectivité des règles édictées, une réflexion plus profonde peut être menée sur l'efficacité ou l'adéquation des règles proposées par rapport au contexte des pays de la zone UEMOA. Il convient de rappeler que le droit UEMOA de la concurrence n'est pas en phase avec les réalités économiques des États de l'Union. Ne faut-il pas revoir la question des aides publiques ?

En outre, au titre de l'indépendance des ordres juridiques communautaires, le droit UEMOA de la concurrence, du moins son principe d'exclusivité ne serait-il pas source de conflit face à l'émergence d'autres ordres juridiques communautaires de concurrence dans une même zone ?

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I. Législation**

- Traité modifié de l'UEMOA, [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int), consulté le 12 mai 2017 à 12h:02.
- Acte additionnel n°10/96 signé le 10 Mai 1996 par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int), consulté le 12 mai 2017 à 12h :05.
- Traité de l'OHADA, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté 27 juillet 2017 à 07h:35.
- Traité de la Communauté Européenne (TCE)
- Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), J.O.U.E. C 115/47 du 09 mai 2008.
- Traité sur l'Union Européenne (TUE), J.O.U.E. C326/13 du 26 octobre 2012.
- Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int), consulté le 12 mai 2017 à 12h:07.
- Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et aux abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int), consulté le 12 mai 2017 à 12h:08.

- Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité, [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int), consulté le 12 mai 2017 à 12h :09.
- Directive n° 01/2002/CM/UEMOA relative à la transparence des relations financières d'une part entre les États membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les États membres et les organisations internationales ou étrangères, [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int), consulté le 12 mai 2017 à 12h :10.
- Directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA, [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int), consulté le 12 mai 2017 à 12h :10.
- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.
- Règlement n°17 du 6.02.1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 CE, JOCE L 204 du 21.02.1962, p. 204/62, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 121671999 du 10 juin 1999 (JOCE L 148 du 15.06.1999, p. 5).
- Règlement (CE) du Conseil n° 139/2004 daté du 20 janvier 2004, OJ L24, 29 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.
- Loi 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique au Sénégal, [www.gouv.sn](http://www.gouv.sn), consulté 20 mai 2017 à 09h.
- Loi n° 99-011 du 28 décembre 1999 Portant organisation de la concurrence, J.O. de la République Togolaise du 28 Décembre 1999
- L'ordonnance n° 92-025 du 7 juillet 1992 portant réglementation des prix et de la concurrence au Niger, JORN du 1<sup>er</sup> septembre 1992, p. 642.
- Loi n°2016-006/ du 24 février 2016 portant organisation de la concurrence au Mali.
- Loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.
- Loi n°91-999 du 27 décembre 1991, relatif à la concurrence en Cote d'Ivoire.
- Code de commerce français, *Dalloz*, 2003.

## **II- Ouvrages généraux.**

- Yves SERRA, « Le droit français de la concurrence », Dalloz, Paris, 1993
- Marie-Chantal BOUTARD LABARDE et Guy CANIVET, «Droit français de la concurrence », Paris, L.G.D.J., 1994

- G. Cornu, Vocabulaire juridique, P.U.F., 1987

### **III- Thèses, rapports et observations**

- FIPA Nguembo Jacques « Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de L'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les Etats membres ». Thèse en droit communautaire comparé soutenu le 04 juillet 2011, 488 p.
- Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, 2007.
- R. Fofana « Droit communautaire de la concurrence, un nouveau chantier d'exercice », séminaire organisé par l'Union Internationale des Avocats (UIA) en collaboration avec l'Ordre des Avocats de Bénin, 22 et 23 mars 2013.
- Cour de justice, avis n°3/2000 du 27 juin 2000, Observations de Joseph ISSA-SAYEGH et Michel Filiga SAWADOGO, Professeurs agrégés, *Ohadata. J-02-03*
- « Régulation de la concurrence à travers le monde : bonnes pratiques et enseignements », Observatoire International des Régulations Economiques (OIRE) 2015

### **IV- Articles et notes doctrinales**

- SALAH M.M.M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, 2001.
- GOVAERE I., « L'établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux : de l'État régulateur souverain aux organisations d'intégration régionales promotrices, protectrices et intermédiaires », *RIDE*, 2003.
- LOUIS J.V. « Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation ? », *RIDE*, 2002.
- RANGEON F., « réflexion sur l'effectivité du droit », [www.persée.fr](http://www.persée.fr), consulté dernièrement le 15 juin 2017 à 12h 05.
- TCHAPGA F. « La politique de la concurrence dans la CEMAC et l'UEMOA : entre urgences économiques et contraintes budgétaires », *Concurrences N° 1-2013*.
- SAKHO A. « La législation communautaire de la concurrence et les mécanismes alternatifs de règlement de conflits commerciaux » *Ohadata D-05-12*.
- NGOM Mb. « l'esprit du droit économique africain » *Annales africaines nouvelles série 2016*.

- BAKHOUM M. « répartition et exercice de compétences entre l'Union et les Etats membres en droit de la concurrence dans l'Union Economique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA), *RIDE 2005/3*.
- BAKHOUM M. « cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA) », *RIDE 2011/3 (t.XXV)*.
- DREXL J. « Perspectives européennes sur la politique de la concurrence dans l'espace OHADA » *RIDE 2011/3 (t.XXV)*.
- VIAUD P., « Union européenne et Union économique et monétaire de l'Ouest africain : une symétrie raisonnée », *RMCUE*, janvier 1998.
- IBRAGA L.M. et MAYER P., « La place du droit communautaire-UEMOA dans le droit interne des États membres », *Revue Burkinabé de Droit*, 2000.
- LECOURT R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 248.
- DE BECHILLON D., « L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat », *RDP 1991*, p. 760-761.
- QUENAN C., « La Communauté andine des nations : entre tentatives de relance et crises récurrentes ». *Cahiers des Amériques Latines*, Université Paris 3, Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine (IHEAL / Université Paris 3), 2005.
- GOLDSCHMIDT P. et THOMSEN J., « Le règlement n° 1/2003 permet-il une application cohérente et uniforme des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE? », [www.eipa.nl](http://www.eipa.nl), consulté le 30 Aout 2017 à 10h :15.

#### **V- Cours**

- WANE D., *Droit Communautaire des Affaires*, Master 2 Droit Privé Fondamental, Université Assane Seck de Ziguinchor 2016-2017, inédit.
- MBAYE Mayatta Ndiaye, *Initiation au droit communautaire*, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Licence1 sciences juridiques et politiques-Semestre 2, année universitaire 2010-2011, inédit.

#### **VI- Note de jurisprudence**

- CJCE, Arrêt Costa c/ ENEL du 15 juillet 1964.
- Avis n°003/2002/CJ/UEMOA du 27 juin 2000.

- Avis de la CCJA de l'OHADA n ° 1/2001 du 30 avril 2001.
- CJCE, Arrêt Walt Wilhelm et autres c/ Bundeskartellamt du 13 février 1969.
- CJCE, 5.2.1963, Van Gend et Loos, aff. 26/62, Rec. 1
- Commission/UEMOA, affaire SOCOCIM c/Etat du Sénégal et CIMENTS du Sahel du 09 Avril 2003.
- Commission/UEMOA, l'affaire GAZODUC de L'AFRIQUE DE L'OUEST du 06 Mai 2004.
- Commission/UEMOA, l'affaire SONACOS c/ COSMIVOIRE et UNILEVERS du 16 novembre 2006
- Commission/UEMOA, l'affaire B.A.T Burkina et B.A.T Bénin c/ Etat du Burkina du 24 et 25 Janvier 2006.
- Commission/UEMOA, Ministère des Finances et de l'Economie du Bénin c/ Etat du Burkina du 30 janvier 2006.
- CJ/UEMOA, arrêt Ciment du Togo c/ la Commission de l'UEMOA du 20 juin 2001
- CJCE, arrêt (Musique Diffusion Française e.a. contre Commission), aff. jointes 100-103/80, Rec. 1983, point 93
- CJCE, arrêt (Portelange), aff. 10/69, Rec. 1969, point 11.
- l'arrêt de la Cour du 13. juillet 1966 dans les affaires jointes 56/64 og 58/64 (Consten & Grundig contre la Commission), Rec. 1966, p. 429

## **VII- Webographie**

- [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int)
- [www.ohada.com](http://www.ohada.com)
- [www.persée.fr](http://www.persée.fr)
- [www.scolcast.tv](http://www.scolcast.tv)
- [www.pur-editions.fr](http://www.pur-editions.fr)
- [www.eipa.nl](http://www.eipa.nl)
- [www.cairn.info](http://www.cairn.info)

## TABLE DES MATIERES

<b>Introduction .....</b>	<b>I</b>
Introduction .....	I
Chapitre I : Le principe d'exclusivité dans la logique d'articulation des ordres juridiques nationaux et communautaires .....	11
Section I : La compétence exclusive de l'Union en droit matériel de la concurrence	12
Paragraphe I : Une consécration jurisprudentielle du principe d'exclusivité .....	12
<b>A : L'avis de la Cour de justice consacrant le principe d'exclusivité .....</b>	<b>12</b>
<b>B : le raisonnement de la Cour de justice dans l'avis.....</b>	<b>14</b>
Paragraphe II : Le caractère équivoque du principe d'exclusivité du droit matériel.....	16
<b>A : Le caractère équivoque de la méthode d'interprétation.....</b>	<b>16</b>
<b>B : Le manque de pertinence de l'avis de la Cour de justice.....</b>	<b>18</b>
Section II : La compétence exclusive de la Commission dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence	22
Paragraphe I : Un quasi-monopole dans le processus décisionnel .....	23
<b>A : La procédure gracieuse .....</b>	<b>23</b>
<b>B : La procédure contentieuse.....</b>	<b>25</b>
Paragraphe II : Le monopole de la Commission dans la prise de décision .....	29

<b>A : Les différents types de décision de la Commission.....</b>	<b>29</b>
<b>B : le contrôle des décisions de la Commission par la Cour de justice .....</b>	<b>32</b>
Chapitre II : Les répercussions du principe d'exclusivité sur l'effectivité du droit UEMOA de la concurrence.....	34
Section I : Les répercussions au niveau communautaire	35
Paragraphe I : L'inefficacité de la Commission dans l'exercice de sa mission .....	35
<b>A : les problèmes structurels .....</b>	<b>35</b>
<b>B : La non garantie des droits individuels des justiciables.....</b>	<b>37</b>
Paragraphe II : Une jurisprudence communautaire de la concurrence en construction .....	38
<b>A : Les affaires traitées par la Commission .....</b>	<b>39</b>
<b>B : Les affaires traitées par la Cour de justice .....</b>	<b>41</b>
Section II : Les répercussions au niveau des Etats membres de l'Union	43
Paragraphe I : L'ineffectivité des réformes institutionnelles au niveau des Etats membres .....	43
<b>A : Une léthargie dans le fonctionnement des structures nationales de la concurrence ...</b>	<b>43</b>
<b>B : L'ineffectivité des réformes des législations nationales de concurrence .....</b>	<b>44</b>
Paragraphe II : L'ineffectivité de la collaboration des structures nationales de la concurrence ...	46
<b>A : La résistance des structures nationales de concurrence dans la collaboration avec la Commission.....</b>	<b>46</b>
<b>B : La faiblesse des structures nationales de concurrence.....</b>	<b>47</b>
Titre II : Une redéfinition nécessaire de l'orientation institutionnelle UEMOA pour plus d'effectivité.....	49
Chapitre I : Les exigences de la régionalisation de la concurrence dans les pays en développement.....	50
Section I : La promotion de la culture de concurrence dans les Etats membres de l'UEMOA	51
Paragraphe I : La mise en place de législations nationales complémentaires .....	52
<b>A : Une compétence législative résiduelle des Etats membres de l'Union.....</b>	<b>52</b>
<b>B : Les pratiques nuisibles à la concurrence relevant de la compétence législative résiduelle des Etats membres .....</b>	<b>53</b>
Paragraphe II : La mise en place d'autorités nationales compétentes .....	60
<b>A : La formation des autorités nationales de concurrence .....</b>	<b>60</b>
<b>B : Le recrutement des autorités nationales de concurrence .....</b>	<b>63</b>
Section II : Les approches appropriées du droit matériel dans les pays en développement	64
Paragraphe I : L'harmonisation du droit matériel .....	65
<b>A : Signification et conformité à l'esprit du Traité UEMOA .....</b>	<b>65</b>
<b>B : l'acception différente de l'harmonisation dans le cadre de l'UE .....</b>	<b>67</b>

Paragraphe II : L'application directe du droit communautaire comme droit national (downloading) .....	71
<b>A : contexte et mode d'application</b> .....	<b>71</b>
<b>B : la conséquence juridique de ce mode d'application du droit communautaire</b> .....	<b>73</b>
Chapitre II : Une nécessaire répartition des compétences entre la commission et les Etats membres .....	75
Section I : L'organisation du partage de compétence entre la Commission et les structures nationales de concurrence       76	
Paragraphe I : Les compétences susceptibles d'être exercées pleinement par la Commission .....	77
<b>A : une compétence exclusive de la Commission pour les exemptions et les aides d'Etat</b> .....	<b>77</b>
<b>B : Une compétence de principe pour les affaires ayant un intérêt communautaire</b> .....	<b>80</b>
Paragraphe II : Les compétences susceptibles d'être concurremment exercées par les Etats membres et la Commission .....	81
<b>A : Un système d'application parallèle des ententes et abus de position dominante</b> .....	<b>82</b>
<b>B : Etablissement de critères de répartition de compétences entre autorités nationales de concurrence</b> .....	<b>84</b>
Section II : Les modalités techniques de l'exercice des compétences   84	
Paragraphe I : La décentralisation de la prise de décision.....	85
<b>A : La mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles par les autorités nationales</b> .....	<b>85</b>
<b>B : La réforme des règles de procédure</b> .....	<b>88</b>
Paragraphe II : Un contrôle efficace des décisions nationales par les instances communautaires	89
<b>A : un contrôle de l'application uniforme de la législation communautaire de la concurrence</b> .....	<b>89</b>
<b>B : les différents types de contrôle des décisions nationales</b> .....	<b>91</b>
Conclusion générale .....	93
BIBLIOGRAPHIE .....	97
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>102</b>