

**LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE OUEST
AFRICAIN**

PAR COULIBALY Abou Saïb,

Docteur en droit, maître-assistant,

Unité de formation et de recherche en Sciences juridiques et politiques,

Université de Ouagadougou.

Revue burkinabbe de droit, n° 43-44, 1^{er} et 2^{ème} semestres 2003

Introduction

Créée le 10 janvier 1994 par le Traité de Dakar, l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) se fixe un certain nombre d'objectifs fondamentaux dont en particulier le renforcement de la compétitivité des activités économiques et financières de ses États membres¹ dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé². Cet objectif est poursuivi en relation avec la création d'un marché commun basé entre autres sur la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux entre les États membres et sur l'institution d'un tarif extérieur commun (TEC) et d'une politique commerciale commune dans les rapports avec les pays tiers³.

Ainsi, la concurrence apparaît d'entrée de jeu comme l'un des principes clés du processus d'intégration enclenché par l'UEMOA. Dans la suite logique des objectifs proclamés, ledit Traité indique également que, pour la mise en place du marché commun, l'Union œuvre pour l'institution de règles communes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques⁴.

Ces règles de concurrence retiendront l'attention, en raison notamment de la place capitale qu'elles occupent dans le schéma d'intégration mis en chantier par l'UEMOA, et du grand intérêt qu'elles revêtent en cette époque de mondialisation et de libéralisation où la survie des acteurs économiques dépend en grande partie de leur capacité à résister à la concurrence. De surcroît, du fait qu'elles sont destinées à orienter et à façonner profondément les actions des États et des entreprises qui déterminent l'environnement économique et social de tous les acteurs de la région concernée, ces règles de concurrence ont de lourdes répercussions sur la vie quotidienne de ces derniers.

Le concept de concurrence auquel fait allusion le Traité de l'UEMOA a surtout vu le jour à partir du 18^e 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 individuelles⁵. En ce sens, la concurrence se présente comme un des principes fondamentaux des économies libérales.

Sous un tel angle, la concurrence peut être sommairement définie comme la compétition entre entreprises ou commerçants qui se disputent une clientèle⁶. Dans cette optique, la libre concurrence est le régime qui laisse à

¹ Au nombre actuel de huit, ces États membres comprennent les sept États fondateurs de l'UEMOA, à savoir le Bénin, le Burkina Faso, la Côte-d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo qui seront rejoint par la Guinée-Bissau le 2 mai 1997.

² Article 4 du Traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994. Ce traité a été publié dans le Bulletin Officiel de l'UEMOA, n° 5, édition spéciale, p. 2-14.

³ Article 4 du Traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994. Les autres objectifs définis par le même article dudit Traité sont : la convergence des performances et des politiques économiques des États membres (par l'institution d'une procédure de surveillance multilatérale), la coordination des politiques sectorielles nationales (dans le domaine des ressources humaines, de l'aménagement du territoire, des transports et télécommunications, de l'environnement, de l'agriculture, de l'énergie, de l'industrie et des mines), l'harmonisation des législations des États membres dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun.

Pour une vue générale sur l'UEMOA, voir notamment Etienne CEREXHE et Louis le HARDY de BEAULIEU, « Introduction à l'union économique ouest africaine », CEEI-De Boeck, Bruxelles, 1997, 157 p.

⁴ Article 76 alinéa c) du Traité de l'UEMOA.

⁵ Voir notamment : - Ahmed SILEM et Jean-Marie ALBERTINI (sous la direction de), « Lexique. Economie », Dalloz, Paris, 1995, 5^e éd., p. 345 ; - Didier LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in Jean-Marie RAINAUD et René CRISTINI (sous la direction de), « Droit public de la concurrence », Economica, Paris, 1987, p. 9-20 ; - Bernard ASSO, « Inégalité compensatrice et droit de la concurrence », in Jean-Marie RAINAUD et René CRISTINI (sous la direction de), « Droit public de la concurrence », op. cit., p. 21-47.

⁶ Pour cette définition, voir notamment : - Paul ROBERT et alii, « Le Petit Robert (Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française) », Dictionnaires Robert, Paris, 1976, 30^e éd., p. 322 ; - Jean-Marc MOUSSERON et Véronique SELINSKY, « Le droit français nouveau de la concurrence », Litec, Paris, 1988, 2^e éd., p. 7-8 ; - Yves SERRA, « Le droit français de la concurrence », Dalloz, Paris, 1993, p. 1-2.

chacun des acteurs économiques la possibilité de produire, de vendre ce qu'il veut, aux conditions qu'il choisit. Plus précisément, dans leur effort de conceptualisation, les économistes distinguent entre plusieurs types de concurrence dont, d'une part, la concurrence pure et parfaite, et d'autre part, la concurrence imparfaite, praticable et réaliste⁷.

La concurrence pure et parfaite apparaît comme un modèle de référence, une notion d'économie construite pour les besoins de l'analyse. Ce type de concurrence impliquerait l'atomicité et l'autonomie des différents vendeurs et acheteurs, la transparence totale du marché caractérisé par l'information constante et parfaite de tous les agents économiques (producteurs et consommateurs), l'homogénéité des produits et la fluidité, c'est-à-dire la possibilité immédiate pour les acheteurs et les vendeurs d'entrer librement en rapport les uns avec les autres⁸.

Mais une telle concurrence n'existe pas dans la pratique. En effet, la concurrence que l'on retrouve au quotidien ou en d'autres termes la concurrence effective et praticable est une concurrence imparfaite, une concurrence à laquelle manque une ou plusieurs conditions de la perfection caractéristiques de la notion de concurrence pure et parfaite, telle que l'atomicité des offreurs et des demandeurs ou l'homogénéité des produits⁹.

La concurrence réaliste est plutôt fondée sur les trois concepts que sont la liberté, l'égalité et la loyauté. Ce type de concurrence est d'abord conçue pour que la liberté soit garantie à tous les niveaux de la production, de la circulation et de la consommation des biens et des services, notamment par la présence d'une pluralité d'offeurs et de demandeurs de tailles différentes avec des produits hétérogènes pour la satisfaction du même besoin.

Ensuite, cette concurrence nécessite que les entreprises se trouvent dans des conditions de concurrence plus ou moins égales. Ainsi, la situation de certaines de ces entreprises ne doit pas être favorisée de manière artificielle, notamment par des aides d'État ou par une législation nettement plus avantageuse.

Enfin, cette concurrence réaliste implique que la loyauté ou, en d'autres mots, l'honnêteté et la bonne foi existent entre les différents professionnels et que, par conséquent, certains d'entre eux n'aient pas recours à des procédés déloyaux pour prospérer au détriment des autres. C'est également à cette concurrence réaliste que font allusion la plupart des juristes lorsqu'ils parlent de concurrence.

Pour les partisans de la politique de concurrence, la compétition entre les entreprises pour s'attirer le plus grand nombre de clients entraîne un certain dynamisme et la recherche de l'innovation technique et de la nouveauté afin d'offrir aux consommateurs des produits compétitifs, c'est-à-dire des produits de qualité et à moindre coût¹⁰. De la sorte, aux dires de ces partisans, la concurrence entraîne une allocation maximale des moyens mis en œuvre par les entreprises et contribue à la satisfaction optimale des besoins de l'individu et de la collectivité, et permet en définitive de meilleurs résultats sur le plan économique.

Seulement, dans les faits, on observe que les choses ne se passent pas souvent aussi bien que prévues théoriquement, et que bon nombre de pratiques tendent à fausser le jeu de la concurrence, qu'il s'agisse des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence, qu'il s'agisse des pratiques illicites ou des pratiques déloyales¹¹.

Les pratiques anticoncurrentielles sont généralement 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 concurrence¹². Les ententes et les abus de position dominante sont des exemples typiques de pratiques anticoncurrentielles auxquelles sont fréquemment rattachées les aides d'État et la création de monopoles et d'entreprises publiques¹³.

⁷ Voir notamment : - Bernard CLEMENT, « La libre concurrence », P.U.F., Coll. Que Sais-je ?, Paris, 1977, 1^{er} éd., p. 3-8 ; - Yves SERRA, « Le droit français de la concurrence », op. cit., p. 1-2.

⁸ Pour plus de précisions, voir notamment Ahmed SILEM et Jean-Marie ALBERTINI (dir.), « Lexique. Economie », op. cit., p. 148-150.

⁹ Idem.

¹⁰ Voir notamment : - Yves SERRA, « Le droit français de la concurrence », op. cit., p. 4-5 ; - 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 » élaborée à l'occasion de la Réunion du Conseil des ministres du 22 novembre 2000 à Ouagadougou, doc. dact., sans date, p.1.

Par exemple, dans les visas du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine, le Conseil des ministres de l'UEMOA considère que « le libre jeu de la concurrence est le cadre idéal pour l'épanouissement des entreprises opérant sur le marché communautaire ».

¹¹ En guise d'illustration de l'existence de telles pratiques dans un pays de l'espace UEMOA, voir notamment : COMMISSION NATIONALE DE LA CONCURRENCE ET DE LA CONSOMMATION, « Rapport sur l'état de la concurrence et de la consommation au Burkina Faso : 1999 », IPN, Ouagadougou, sans date, en particulier p. 41-64.

¹² Voir notamment Yves SERRA, « Le droit français de la concurrence », op. cit., p. 4-5, 79-80.

¹³ L'article 2 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 procède à une sorte de définition extensive des pratiques anticoncurrentielles en disposant que constituent des pratiques anticoncurrentielles les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante, les aides d'État qui faussent ou qui sont susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou productions et, enfin, les pratiques des États consistant à édicter ou maintenir, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux et exclusifs, de même que les entreprises privées, quelque mesure contraire à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Nous reviendrons sur ces différentes notions au cours de nos développements.

A la différence des pratiques anticoncurrentielles, 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 sauvages¹⁴.

Les pratiques illicites, génératrices de concurrence illicite ou illégale, désignent les comportements prohibés par les lois et règlements¹⁵. Les pratiques déloyales, créatrices de concurrence déloyale, sont les comportements contraires aux usages loyaux du commerce¹⁶, tels que la création d'une confusion entre entreprises ou produits concurrents et le dénigrement des entreprises et des produits rivaux.

Face à l'existence ou 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 concurrence comprend l'ensemble des dispositions juridiques qui régissent les rapports entre les professionnels dans leur activité concurrentielle pour réguler la concurrence »¹⁷. De surcroît, dans le cadre d'un processus d'intégration régionale, le droit de la concurrence, en interdisant certaines pratiques comme les ententes et les abus de position dominante, empêche que des opérateurs économiques ne constituent des barrières à la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes ; de la sorte, le droit communautaire de la concurrence contribue à l'unification du marché commun.

Concernant justement l'espace UEMOA, c'est surtout à partir des années 1990 que l'on notera l'émergence d'un véritable droit autonome de la concurrence, non seulement dans les différents pays membres pris individuellement, mais également au niveau de l'organisation supranationale qu'est l'UEMOA.

S'agissant plus particulièrement du niveau communautaire, dans sa conception pleine et entière, le droit communautaire de l'UEMOA sur la concurrence devait normalement comporter dès le démarrage du processus d'intégration deux grands volets, à savoir, d'une part, le droit primaire englobant les principes et les règles posés par le Traité constitutif de l'UEMOA du 10 janvier 1994, à travers précisément ses articles 76, 83, 88 à 90, et, d'autre part, le droit dérivé comprenant les règlements devant être pris par le Conseil des ministres de l'UEMOA dès l'entrée en vigueur du Traité, afin de faciliter l'application et de préciser des dispositions dudit Traité¹⁸.

Si ledit Traité est effectivement entré en vigueur très rapidement dès le 1^{er} août 1994, il a fallu attendre le 23 mai 2002, soit plus de sept ans après le démarrage du processus d'intégration en question, pour assister à l'édiction du droit dérivé en matière de concurrence sous forme de règlements et de directives du Conseil des ministres de l'UEMOA¹⁹. Ainsi, le droit communautaire de la concurrence issu de l'UEMOA comprend à l'heure actuelle aussi bien du droit primaire que du droit dérivé.

Plus précisément, les textes de droit dérivé du 23 mai 2002, constitués de trois règlements et de deux directives, sont les suivants :

- 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 ;

¹⁴ Voir notamment : - Marie-Chantal BOUTARD LABARDE et Guy CANIVET, «Droit français de la concurrence », Paris, L.G.D.J., 1994, p. 154 ; - Yves SERRA, « Le droit français de la concurrence », op. cit., p. 105-115.

¹⁵ Yves SERRA, « Le droit français de la concurrence », op. cit., p. 59.

¹⁶ Idem, p. 29.

¹⁷ Ibidem, p. 9.

¹⁸ Article 89 du Traité de l'UEMOA.

¹⁹ En ce qui concerne la genèse de ce droit, celui-ci passera d'abord par une longue phase de projet avant de devenir réalité. A cet égard, la Commission de l'UEMOA nous indique que le texte du projet communautaire sur le droit de la concurrence commencera surtout à voir le jour à partir de décembre 1999, après que la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union à Lomé ait prescrit "l'adoption diligente et l'application effective d'une réglementation communautaire sur la concurrence, de manière à conforter l'union douanière et la politique commerciale commune" (Commission de l'UEMOA, « Note de présentation du projet de législation communautaire sur la concurrence à l'intérieur de l'Union », op. cit., p.1). Dans cette perspective, "la Commission a entrepris, depuis 1999, avec le concours de l'Union européenne, d'élaborer des projets de textes législatifs et réglementaires, en vue de fixer le cadre d'exercice de la concurrence au sein de l'Union" (Idem, p. 1, in fine). C'est ainsi qu'elle rédigera un premier projet qui sera soumis à discussion et amendements en avril 2000 au cours d'un atelier d'experts nationaux. D'après la Commission, le principal point de divergence enregistré au cours dudit atelier et qui portera sur la question de la coexistence des législations nationales et de la législation communautaire de la concurrence et qui sera soumise à la Cour de justice de l'UEMOA fera l'objet de l'avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 de cette juridiction (Ibidem, p. 2). La Commission tiendra compte de cet avis pour finaliser son projet initial sur le droit de la concurrence. C'est en définitive le 23 mai 2002 que l'ensemble des textes de ce projet sera adopté quasiment en l'état par le Conseil des ministres de l'UEMOA.

- 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'UEMOA²⁰.

L'entrée en vigueur des trois règlements a été fixée pour le 1^{er} janvier 2003 tandis que celle des deux directives l'a été pour plus tôt, à savoir, le 1^{er} juillet 2002, étant entendu qu'un délai de six mois s'étalant jusqu'au 31 décembre 2002 a été laissé aux États membres pour conformer leur législation interne à ces deux directives²¹.

La question fondamentale que pose l'existence du droit de la concurrence de l'UEMOA est avant tout celle de la connaissance de son contenu exact. Dans cette optique, une première interrogation consiste à se demander quelles sont les règles de fond édictées par l'UEMOA pour garantir la libre concurrence et plus précisément quelles sont les interdictions et les obligations imposées aux différents protagonistes de la lutte concurrentielle ou, en d'autres termes, quelles sont les pratiques prohibées et quelles sont les comportements autorisés dans le domaine de la compétition économique ? Une seconde interrogation amène à se demander comment s'opère la mise en œuvre des règles de fond ou plus précisément quels sont les mécanismes prévus pour l'application de ces règles, qu'il s'agisse des organes chargés de cette application ou des procédures et sanctions destinées à garantir le respect de ces règles, et quels sont les éventuels rapports ou problèmes de compatibilité entre le droit de la concurrence de l'UEMOA et les autres droits de la concurrence applicables ou ayant vocation à s'appliquer dans l'espace UEMOA, que ce soit les droits nationaux ou les droits émanant d'autres organisations internationales ou supranationales ?

Si les réponses à ces différentes questions passent avant tout par l'interrogation profonde des textes constitutifs du droit de la concurrence de l'UEMOA et par l'examen de l'embryon de jurisprudence de la Cour de justice de l'UEMOA²², cette réponse peut également 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-africaine²³. Concrètement, ce recours au droit communautaire européen de la concurrence consistera quelquefois à se référer utilement aux traités de la Communauté économique européenne (CEE) et de l'Union européenne (UE)²⁴, aux règlements européens et à la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) et de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans le domaine de la concurrence.

²⁰ Ces trois règlements et ces deux directives qui n'avaient pas encore été publiés au Bulletin Officiel de l'UEMOA au moment de la finition du présent article se trouvent sur le réseau Internet, au site « <http://www.uemoa.int> », en cliquant sur l'item « actes » de la page d'accueil.

²¹ Dans la suite de nos développements, par souci d'allègement et de clarté du présent écrit, ces différents textes du 23 mai 2002 seront fréquemment désignés par les abréviations suivantes :

- « règlement n° 02/2002/CM/UEMOA » pour « règlement n° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine » ;

- « règlement n° 03/2002/CM/UEMOA » pour « règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine » ;

- « règlement n° 04/2002/CM/UEMOA » pour « règlement n° 04/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité » ;

- « directive n° 01/2002/CM/UEMOA » pour « 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 » ;

- « directive n° 02/2002/CM/UEMOA » pour « directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des Etats membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA ».

²² Voir en particulier, sur cette jurisprudence embryonnaire, COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, « Recueil de la jurisprudence de la Cour », Cour de justice, Ouagadougou, janvier 2002, 172 p. Parmi les cinq avis et six arrêts contenus dans ce recueil et rendus par la Cour de justice de l'UEMOA depuis son installation officielle le 27 janvier 1995, seul un avis concerne à proprement parler le droit de la concurrence, à savoir l'« avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 relatif à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du Traité sur les règles de concurrence de l'Union ».

²³ Voir notamment : - Commission de l'UEMOA, « L'Union économique et monétaire ouest-africaine : Un traité pour l'avenir », op. cit. ; - Commission de l'UEMOA, « Note présentation du projet de législation communautaire sur la concurrence à l'intérieur de l'Union », op. cit., p.1.

²⁴ 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 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.

Suivant une telle optique méthodologique, afin d'avoir une vue d'ensemble du droit de la concurrence de l'UEMOA, il convient d'abord d'examiner, dans un premier volet, l'ensemble des règles de fond édictées en la matière, avant de voir, dans un second volet, leur mise en œuvre.

I - LES REGLES DE FOND

Parmi les comportements généralement considérés comme les plus nuisibles à la concurrence et devant être combattus en priorité, figurent en tête les pratiques anticoncurrentielles, par opposition aux pratiques restrictives de concurrence. C'est donc en toute logique que le droit de la concurrence de l'UEMOA va s'atteler à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles en édictant un ensemble de règles relatives aux entreprises et aux États. Plus précisément, ces règles se résument en la régulation des pratiques anticoncurrentielles des entreprises et en la forte limitation des interventions des États.

A - La régulation des pratiques anticoncurrentielles des entreprises.

Les ententes et les abus de position dominante qui constituent les pratiques anticoncurrentielles les plus courantes au niveau des entreprises sont celles habituellement visées par les législations de la concurrence. L'UEMOA s'attaque particulièrement à de telles pratiques, à travers l'interdiction de principe des ententes et la prohibition des abus de position dominante.

1 - L'interdiction de principe des ententes.

Dans bien de matières du droit, il n'est pas rare que le législateur adopte une règle générale et l'assortisse d'exceptions destinées à éviter que l'application intransigeante de celle-ci n'aboutisse à des résultats déraisonnables et préjudiciables à la société, au vu de la spécificité de certaines situations, même si dans la plupart des cas le recours à la règle générale est jugé bénéfique. C'est en empruntant une technique semblable que le législateur de l'UEMOA va régir les pratiques économiques que sont les ententes, à travers l'édition d'un principe d'interdiction de celles-ci et l'acceptation subséquente d'exceptions à ce principe afin de tenir compte des exigences du développement des pays membres de l'espace communautaire, en vertu d'une sorte de « règle de raison ».

a) L'édition d'un principe d'interdiction des ententes.

Le Traité de l'UEMOA se borne pour l'essentiel à indiquer en son article 88, alinéa a, que les accords, les associations et les pratiques concertées entre entreprises sont interdits de plein droit, lorsque ceux-ci ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union, et à disposer en son article 89 que le Conseil des ministres arrête par voie de règlement dès l'entrée en vigueur du traité la procédure, les sanctions et les exceptions applicables à cette interdiction.

Les dispositions susmentionnées consistent en réalité à poser le principe d'interdiction des ententes, à l'image notamment du droit européen et de différents droits nationaux de la concurrence²⁵, puisque l'entente est classiquement définie comme un concours de volonté entre entreprises autonomes, tel un accord, une décision d'association, ou une pratique concertée, qui a pour objet ou pour effet de fausser ou d'entraver le jeu de la concurrence.

²⁵ Sur le droit communautaire européen des ententes, principalement régies par l'article 81 (ex-article 85) du Traité CE, voir notamment : - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », Lamy, Paris, 1995, p. 595-629 ; - Henri CHAVRIER et al., « Chronique générale de jurisprudence communautaire : janvier 1997-décembre 1998. Troisième partie : Les règles de concurrence applicables aux entreprises », Revue du Marché Commun et de l'Union européenne, n° 436, mars 2000, p. 179-196 ; - Jean-Michel COUMES et Jérôme BROCHE, « La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence : le principe et ses conséquences », Revue du Marché Commun et de l'Union européenne, n° 451, septembre 2001, p. 546-552 ; - Jean-Pierre DENIZARD et Céline DELACROIX, « La modernisation du droit communautaire des ententes. Le point de vue des chefs d'entreprise », Revue du Marché Commun et de l'Union européenne, n° 451, septembre 2001, p. 553-559 ; - Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 177-179 ; - Françoise HAUTFENNE, « Approche comparative des concepts d'entente et d'abus de position dominante dans le cadre de l'U.E. et de l'U.E.M.O.A. », Revue Burkinabè de Droit, n° 34, 2^e semestre, 1998, p. 177-199 ; - Jean-Marc THOUVENIN, « Chronique de concurrence - Ententes - Jurisprudence de l'année 1999 », Revue du Marché Commun et de l'Union européenne, n° 441, septembre 2000, p. 551-561 ; - Jean-Marc THOUVENIN, « Chronique de la concurrence : jurisprudence de l'année 2000 », Revue du Marché Commun et de l'Union européenne, n° 455, février 2002, p. 104-111.

Sur le droit français des ententes, voir notamment : - Marie-Chantal BOUTARD LABARDE et Guy CANIVET, « Droit français de la concurrence », Paris, L.G.D.J., 1994, p. 37-64, 103-109 ; - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 173-203, 219-229.

Sur certains droits nationaux des ententes au sein de l'espace UEMOA, voir notamment, en ce qui concerne la législation : - Pour le Burkina Faso, l'article 5 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso (Journal officiel du Burkina Faso du 21 juillet 1994, p. 1292 et suivantes) ; pour la Côte-d'Ivoire, l'article 7 de la loi n° 91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence ; pour le Sénégal, l'article 24 de la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique. En ce qui concerne la doctrine, voir notamment : - TOE Jean Yado, « Le droit de la concurrence au Burkina Faso », communication au colloque organisé par le Centre d'études européennes et de l'intégration (CEEI) de l'UFR/Sciences juridiques et politiques (UFR/SJP) de l'Université de Ouagadougou sur « Le droit de la concurrence et de la consommation dans l'espace UEMOA », Ouagadougou, 5-8 février 2002 (publication prévue dans le cadre des actes dudit colloque) ; - Pr. Joseph ISSA-SAYEGH, « Le droit ivoirien de la concurrence »,

Ce sont surtout l'article 3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA et l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 qui apportent les plus grandes précisions quant au contenu exact de la notion d'entente prohibée contenue dans le Traité de l'UEMOA²⁶.

A cet égard, l'entreprise, sans laquelle la notion d'entente prohibée n'existe pas, est définie comme une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, exerçant une activité économique, à titre onéreux, de manière durable, indépendamment de son statut juridique, public ou privé, et de son mode de financement, et jouissant d'une autonomie de décision²⁷.

A travers une telle définition, on retrouve donc une notion d'entreprise s'appuyant davantage sur un critère fonctionnel (la nature de l'activité effectuée par l'entité dont il est question) que sur un critère institutionnel (la forme juridique de ladite entité), à l'image de la solution qui s'est progressivement dessinée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, dans un contexte marqué par une absence de définition élaborée par le législateur européen²⁸. Ainsi, l'entreprise dont il est ici question peut être une personne physique, une société civile ou commerciale ou encore une entité juridique ne revêtant pas la forme d'une société²⁹.

De surcroît, il apparaît que la notion d'entente doit être entendue de la façon la plus large³⁰, à l'instar de l'interprétation déjà faite par le juge européen. En ce sens, l'existence d'un accord entre entreprises au sens de l'article 88, alinéa a, du Traité n'implique pas nécessairement un contrat écrit³¹. Les décisions d'associations d'entreprises se manifesteront notamment sous la forme de délibérations des associations professionnelles. Enfin, de simples comportements parallèles pourront constituer un accord ou une pratique concertée³².

Même si le législateur de l'UEMOA n'insiste pas sur le fait qu'il faut que ce concours de volonté existe entre au moins deux entreprises autonomes, cela paraît s'imposer de façon logique. A ce propos, à défaut d'indications fournies par les textes de l'UEMOA, se pose en particulier le problème de savoir si un accord conclu entre une société-mère et sa filiale peut être qualifié d'entente. En guise de réponse, à titre comparatif, la Cour de justice des Communautés européennes estime que le concept d'entente ne s'applique pas aux relations entre une société-mère et sa filiale³³.

communication au colloque précité du CEEI, document dactylographié (publication prévue dans le cadre des actes dudit colloque) ; - Pr. Abdoulaye SAKHO, « Aperçu sur le droit de la concurrence au Sénégal », communication au colloque précité de CEEI, document dactylographié (publication prévue dans le cadre des actes dudit colloque).

²⁶ Aux termes de l'article 32 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, l'annexe n° 1 relative aux « notes interprétatives de certaines notions » fait partie intégrante dudit règlement et revêt par conséquent la même force obligatoire que ce dernier.

²⁷ Note 1 de l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

²⁸ Sur cette jurisprudence européenne relative à la notion d'entreprise, voir en particulier : C.J.C.E. 23 avril 1991, aff. 41/90, Höfner, Rec., 1991, p. 179 ; C.J.C.E. 17 février 1993, aff., 159 et 160/91, Poucet, Rec., 1993, p.637 ; C.J.C.E., 19 janvier 1994, aff.364/92, Sat/ Eurocontrol, Rec., 1994, p.43. La Commission européenne va dans le même sens que ces arrêts de la C.J.C.E., à travers une série de décisions, dont par exemple : - la décision de la Commission du 2 décembre 1975, AOIP / Beyrard, J.O.C.E. n° L6 du 13 janvier 1976, p.8 (relativement à inventeur) ; - la décision de la Commission du 15 décembre 1982, Toltecs / Dorcet, J.O.C.E. n° L379 du 31 décembre 1982, p.19 (relativement à un homme d'affaire) ; - la décision de la Commission du 30 juin 1993, CNSD, J.O.C.E. n° L203 du 13 août 1993.

²⁹ Note 1 de l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

³⁰ Note 2 de l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

³¹ Idem. Sur la jurisprudence européenne suivant laquelle l'accord en question peut seulement consister en une convention verbale, en un accord simplement tacite, voir notamment TPI, 7 juillet 1994, aff. 43/92, Dunlop Slazenger International c. Commission, Rec., 1992, I, p.441 ; TPI, 24 octobre 1991, aff. 1/89, Rhône Poulenc, Rec., 1991,II, p.867.

³² Note 2 de l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

Sur le droit communautaire européen concernant ce point, voir en particulier C.J.C.E. 14 juillet 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commission, Rec., 1972, p. 619.

³³ C.J.C.E. 25 novembre 1971, aff. 22/71, Béguelin Import c. GL Import/ Export, Rec., 1971, p.949 ; C.J.C.E. 14 juillet 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commission, Rec., 1972, p.619 ; C.J.C.E. 6 mars 1974, aff. jointes 6 et 7/23, Istituto Chemioterapico Italiano SpA et Commercial Solvents c. Commission, Rec., 1974, p.223 ; C.J.C.E., 31 octobre 1974, aff. 15/74, Centrafarm BV et Adriaan De Peijper c. Sterling Drug Inc., Rec., 1974, p. 1147.

Comme nous le laisse clairement apparaître la législation de l'UEMOA, la seule existence d'un concours de volonté entre entreprises autonomes ne suffit pas pour qu'il y ait entente prohibée. Il faut en plus que ce concours de volonté ait pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur de l'Union³⁴. L'évaluation de cet effet anticoncurrentiel, notamment par la Commission de l'UEMOA, doit être faite en utilisant le critère de la part de marché détenue par les parties à la pratique³⁵. Plus précisément, la détermination de cette part de marché nécessite au préalable la définition précise du "marché en cause" qui apparaît comme le résultat de la combinaison entre "le marché de produits en cause" et le "marché géographique en cause"³⁶.

Comme exemples d'ententes prohibées, l'article 3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA mentionne : les accords limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; les accords visant à fixer directement ou indirectement le prix, à contrôler le prix de vente, et de manière générale, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; les répartitions des marchés ou des sources d'approvisionnement ; les accords ou pratiques visant à limiter ou à contrôler la production, les débouchés, le développement technique et les investissements ; les discriminations entre partenaires commerciaux au moyen de conditions inégales pour des prestations équivalentes ; les subordinations de la conclusion des contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

A l'inverse de ces ententes prohibées, d'autres ententes peuvent être autorisées ou exemptées par les textes de l'UEMOA qui admettent l'existence d'exceptions au principe d'interdiction des ententes.

b - L'existence d'exceptions au principe d'interdiction des ententes.

L'article 89, § 3, du Traité de l'UEMOA laisse au Conseil des ministres la possibilité de prévoir des exceptions limitées à l'interdiction de principe des ententes afin de tenir compte de situations spécifiques. Mais c'est surtout le règlement n° 02/2002/CM/UEMOA qui viendra préciser le contenu de ces dispositions.

Dans cet esprit, il apparaît que la Commission peut autoriser de façon individuelle ou par catégories les ententes qui non seulement 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, mais également n'imposent pas aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, et ne donnent pas à ces entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause³⁷. Ces quatre conditions générales des exemptions se retrouvent d'ailleurs au niveau des règles de concurrence de l'Union européenne et de certains pays de l'espace UEMOA³⁸.

De façon plus précise, il ressort que la Commission de l'UEMOA peut adopter par voie de règlement d'exécution des exemptions par catégories, notamment en ce qui concerne les accords de spécialisation, les accords de recherche et de développement et les accords de transfert de technologie³⁹.

³⁴ A la différence de l'article 88, alinéa a, du Traité de l'UEMOA, l'article 81 (ex-article 85) du Traité CE parle d'ententes «qui sont 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 ». Ainsi, le droit communautaire européen des ententes a un champ d'application limité par la condition d'affectation du commerce entre les États membres ; dès lors que la pratique en question n'affecte que le commerce d'un seul Etat membre, le droit communautaire des ententes ne s'applique guère. Comme nous le verrons ultérieurement en abordant les problèmes de compatibilité, une telle disposition va justifier au niveau européen la coexistence des droits nationaux des ententes et du droit communautaire en la matière, contrairement au cas ouest-africain où l'absence de cette condition d'affectation du commerce entre les Etats membres va laisser le champ libre à l'application totale du droit communautaire et condamner à la disparition les droits nationaux des ententes.

³⁵ Note 4 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

³⁶ Aux termes de la note 4 susmentionnée, le marché de produits en cause englobe tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Le marché géographique en cause correspond quant à lui au territoire sur lequel les entreprises concernées contribuent à l'offre de produits et de services, ce marché devant présenter des conditions de concurrence suffisamment homogène et pouvoir être distingué des territoires limitrophes, notamment par des conditions de concurrence sensiblement différentes, en prenant en compte des facteurs comme la nature et les caractéristiques des produits ou des services en question, l'existence de barrières à l'entrée, des différences appréciables de parts de marché ou des écarts substantiels de prix.

³⁷ Article 7 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

³⁸ En ce sens, voir notamment l'article 81, § 3 (ex-article 85, § 3) du Traité de Rome ou l'article 8, § 2 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso. Ces articles sont rédigés dans des termes quasiment identiques à ceux de l'article 7 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

³⁹ Article 6 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

Sur les exemptions en droit européen, voir notamment Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 177-178.

En matière d'exemptions, le législateur de l'UEMOA estime qu'il faut distinguer les accords entre entreprises en deux catégories que sont respectivement les accords verticaux et les accords horizontaux⁴⁰. Les accords verticaux sont définis comme les accords conclus entre deux ou plusieurs entreprises, dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles ces entreprises peuvent acquérir, vendre ou revendre certains biens ou services⁴¹. Les accords horizontaux sont appréhendés en tant qu'accords conclus à un même niveau de production ou de distribution ou, en d'autres termes, en tant qu'accords entre producteurs ou accords entre détaillants⁴².

Pour le législateur de l'UEMOA, les accords verticaux sont moins restrictifs de la concurrence que les accords horizontaux. Aussi estime-t-il que la Commission de l'UEMOA doit avoir une politique plus souple à l'égard des accords verticaux en les laissant hors du champ d'interdiction des ententes, à l'exception de deux types d'accords dont les effets anticoncurrentiels sont jugés plus importants que leurs effets positifs, à savoir, d'une part, les accords comportant une protection territoriale absolue et, d'autre part, les accords portant sur la fixation du prix de revente⁴³. De même, la Commission est invitée à exercer un contrôle strict sur tous les accords verticaux entre parties occupant une position dominante sur le marché en cause⁴⁴. Cette dernière recommandation est à relier à la prohibition des abus de position dominante formulée par les textes de l'UEMOA, en plus de l'interdiction de principe des ententes.

2) *La prohibition des abus de position dominante.*

Comme dans le domaine des ententes, le Traité de l'UEMOA se limite à poser de façon très succincte le principe d'interdiction des abus de position dominante. A cet égard, l'article 88, alinéa b, dudit Traité dispose que sont interdits de plein droit 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. Ce sont surtout les dispositions du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA et celles du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA qui viennent préciser le contenu de cette interdiction de principe des abus de position dominante⁴⁵.

A travers de telles dispositions, la législation de l'UEMOA sur le droit de la concurrence met en exergue le fait que pour qu'il y ait abus de position dominante, il faut d'abord que l'entreprise en question soit en position dominante, et qu'ensuite cette entreprise exploite de façon abusive une telle position.

a - L'existence préalable d'une position dominante

⁴⁰ Note 5 de l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Une pareille interdiction des abus de position dominante est également faite en droit européen de la concurrence et dans des droits nationaux de la concurrence de pays membres de l'espace UEMOA.

Sur le droit communautaire des abus de position dominante, principalement régis par l'article 82 (ex-article 86) du Traité de Rome, voir notamment : - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 630-646 ; - Henri CHAVRIER et al., « Chronique générale de jurisprudence communautaire : janvier 1997-décembre 1998. Troisième partie : Les règles de concurrence applicables aux entreprises », op. cit., p. 179-196 ; - Jean-Michel COUMES et Jérôme BROCHE, « La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence : le principe et ses conséquences », op. cit., p. 546-552 ; - Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 179-181 ; - Françoise HAUTFENNE, « Approche comparative des concepts d'entente et d'abus de position dominante dans le cadre de l'U.E. et de l'U.E.M.O.A. », op. cit., p. 177-199 ; - Jean-Marc THOUVENIN, « Chronique de la concurrence : jurisprudence de l'année 2000 », op. cit., p. 104-111.

Sur le droit français des abus de position dominante, voir notamment : - Marie-Chantal BOUTARD LABARDE et Guy CANIVET, « Droit français de la concurrence », op. cit., p. 65-109 ; - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 204-229.

Sur certains droits nationaux des abus de position dominante au sein de l'espace UEMOA, voir notamment, en ce qui concerne la législation : - Pour le Burkina Faso, l'article 6 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso ; pour la Côte-d'Ivoire, l'article 8 de la loi n° 91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence ; pour le Sénégal, l'article 27 paragraphe 1 de la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique. En ce qui concerne la doctrine, voir notamment : - Jean Yado TOE, « Le droit de la concurrence au Burkina Faso », op. cit. ; - Pr. Joseph ISSA-SAYEGH, « Le droit ivoirien de la concurrence », op. cit. ; - Pr. Abdoulaye SAKHO, « Aperçu sur le droit de la concurrence au Sénégal », op. cit.

⁴⁵ Voir notamment : - Marie-Chantal BOUTARD LABARDE et G. CANIVET, « Droit français de la concurrence », op. cit., p. 37 ; Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, « Lexique (termes juridiques) », op. cit., p. 238.

Plus précisément, la position dominante est définie comme la situation où une entreprise a la capacité, sur le marché en cause, de se soustraire d'une concurrence effective, de s'affranchir des contraintes du marché, en y jouant un rôle directeur⁴⁶. De nombreux critères sont prévus pour déterminer l'existence d'une position dominante. Le critère le plus déterminant pour évaluer l'existence d'une telle position est la part de marché qu'occupe une entreprise sur le marché en cause⁴⁷. Cette part de marché se calcule en tenant compte des ventes réalisées par l'entreprise concernée et de celles réalisées par ses concurrents⁴⁸. Lorsque la part de marché ne suffit pas à elle seule pour établir l'existence d'une position dominante, les instances communautaires doivent recourir à des critères supplémentaires pour juger de celle-ci, tel le degré d'intégration verticale de l'entreprise, la puissance financière de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient, l'existence de barrières à l'entrée⁴⁹. Ces barrières à l'entrée peuvent résider dans des obstacles législatifs et réglementaires ou dans les caractéristiques propres au fonctionnement du marché en cause, dont par exemple la complexité technologique propre au marché de produit, la difficulté d'obtenir les matières premières nécessaires ainsi que les pratiques restrictives des fournisseurs déjà établis⁵⁰.

La notion de position dominante est rapprochée de celle de concentration par le législateur de l'UEMOA. A ce propos, il ressort que les faits suivants constituent une concentration : la fusion entre deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes ; l'opération par laquelle une ou plusieurs personnes (détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins) ou une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement (que ce soit par prise de participation au capital, achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen) le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises ; la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome⁵¹.

La seule existence d'une position dominante ne suffit pas pour qu'une entreprise tombe sous le coup de l'interdiction des abus de position dominante. Pour ce faire, il faut que cette entreprise exploite abusivement ladite position dominante.

b - L'exploitation abusive de cette position dominante

Les textes de l'UEMOA indiquent avant toute chose que le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci est incompatible avec le marché commun et est interdit⁵². Sont également frappées de cette interdiction les pratiques assimilables à un abus de position dominante dont en particulier les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante détenue par une ou plusieurs entreprises, et qui ont comme conséquence d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché commun⁵³.

La législation de l'UEMOA mentionne comme comportements constitutifs d'abus de position dominante les pratiques consistant à : imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ; limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par des partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats⁵⁴. Sont également assimilées à des comportements constitutifs d'abus les opérations de concentrations qui créent ou renforcent une position dominante détenue par une ou plusieurs entreprises⁵⁵.

⁴⁶ Note 3 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

A travers ces dispositions, les textes communautaires reprennent à leur compte une définition de la position dominante que l'on retrouve en droit communautaire européen. Voir sur cette notion de position dominante rappelée dans Etienne CEREXHE et Louis le HARDY de BEAULIEU, « Introduction à l'union économique ouest africaine », op. cit., p. 79, voir en particulier la jurisprudence suivante qui l'a progressivement forgée et établie : - C.J.C.E., 21 février 1973, aff. 6/72, Continental Can, Rec., 1973, p. 215 ; - C.J.C.E., 14 février 1978, aff. 22/76, United Brands, Rec., 1978, p. 207 ; - C.J.C.E., 2 mars 1994, aff. 53/92P, Hilti c. Commission, Rec., 1994, p. 667 ; - TPI, 12 décembre 1991, aff. 30/89, Hilti AG c. Commission, rec., 1991, II, p. 1439.

⁴⁷ Note 3 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

Sur le droit communautaire européen qui va dans le même sens, voir en particulier : - C.J.C.E., 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffman Laroche, Rec., 1979, p. 461 ; - TPI, 12 décembre 1991, aff. 30/89, Hilti AG c. Commission, rec., 1991, II, p. 1439 ; - TPI, 6 octobre 1994, aff. 83/91, Tetra Pak II c. Commission, Rec., 1994, II, p. 755 ; - C.J.C.E., 14 février 1978, aff. 22/76, United Brands, Rec., 1978, p. 207 ; - C.J.C.E., 3 juillet 1991, aff. 62/86, Akzo Chemie BV c. Commission, Rec., 1991, p.3359.

⁴⁸ Note 3 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁴⁹ A titre comparatif et convergent, voir notamment en ce qui concerne l'Union européenne : Voir not. TPI, 6 octobre 1994, aff. 83/91, Tetra Pak II c. Commission, Rec., 1994, II, p. 755.

⁵⁰ Note 3 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁵¹ Article 4 paragraphe 4.3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁵² Article 4 paragraphe 4.1 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Article 4 paragraphe 4.2 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA. L'article 82 (ex-article 86) du Traité de Rome renvoie en des termes quasiment identiques aux mêmes exemples.

⁵⁵ Article 4 paragraphe 4.1 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

Ainsi, la législation de l'UEMOA sur la concurrence fait de ces opérations de concentration une sorte de sous-catégorie, de variante des abus de position dominante, alors que le droit européen a tendance à distinguer fréquemment les concentrations des ententes et des abus de

La seule existence de ces comportements abusifs ne suffit pas pour qu'il y ait abus de position dominante prohibé par le droit de la concurrence de l'UEMOA. Encore faut-il, en second lieu, que de tels comportements aient pour objet ou pour effet d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché commun⁵⁶.

A l'image de la démarche et des critères utilisés pour apprécier l'effet anticoncurrentiel d'une entente, ici également sera par excellence utilisée comme critère principal, en particulier par la Commission de l'UEMOA, la part de marché détenue par les parties en cause, après avoir préalablement défini avec précision le marché en cause en tant que résultat de la combinaison entre le marché de produits en cause et le marché géographique en cause⁵⁷. Dans cette optique, par exemple le territoire géographique d'un État membre, quel que soit le poids économique de celui-ci, pourra être considéré comme une partie significative du marché commun⁵⁸.

Enfin, on peut noter que la législation de l'UEMOA sur le droit de la concurrence n'énonce pas directement d'exemptions au principe de l'interdiction des abus de position dominante. Il est seulement indiqué à l'article 89 §3 du Traité de Dakar que le Conseil des ministres "peut également édicter des règles précisant les interdictions énoncées dans l'article 88 ou prévoyant des exceptions limitées à ces règles afin de tenir compte de situations spécifiques", étant entendu que les interdictions énoncées dans l'article 88 sont celles relatives aux ententes, aux abus de position dominante et aux aides publiques. Mais de telles exceptions ne sont point prévues dans les textes de droit dérivé du 23 mai 2002 sur la concurrence, en ce qui concerne les abus de position dominante⁵⁹.

A l'analyse, on s'aperçoit donc que les solutions retenues par les textes de l'UEMOA sur le droit de la concurrence reprennent pour l'essentiel celles que l'expérience européenne a pu progressivement dégager quant à la régulation des pratiques anticoncurrentielles des entreprises. Une remarque semblable peut être faite à propos de la forte limitation des interventions des États à laquelle procède également le droit de la concurrence de l'UEMOA.

B. La forte limitation des interventions des États

Les aides publiques et la création des monopoles et entreprises publiques, qui sont souvent considérées par les libéraux comme deux des formes les plus dangereuses de l'interventionnisme des États par rapport à l'existence d'une libre concurrence, sont généralement réduites de façon significative par les différents droits de la concurrence, à défaut d'être entièrement proscrites. L'UEMOA va justement tenter pour sa part de limiter fortement les interventions de ses États membres en matière économique, par l'interdiction de la plupart des aides publiques et par l'obligation de libéralisation et de transparence imposée à ces États par rapport aux monopoles et entreprises publiques.

1) L'interdiction de la plupart des aides publiques.

A l'instar des dispositions prises en matière d'ententes, le législateur de l'UEMOA va également faire preuve d'une certaine souplesse dans le domaine des aides publiques, puisque, après avoir proclamé l'incompatibilité de principe des aides publiques avec le marché commun, il acceptera quelques dérogations à ce principe, tolérant ainsi une certaine forme d'interventionnisme de l'État dans des situations où l'application implacable de l'idéologie de la libre concurrence pourrait conduire à des désastres économiques et sociaux.

a) L'incompatibilité de principe des aides publiques avec le marché commun

Aux termes de l'article 88, alinéa c, du Traité de l'UEMOA, sont interdites de plein droit les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, sous réserve d'exceptions limitées pouvant être prévues par le Conseil des ministres en vertu de l'article 89 du même traité. Ainsi est proclamée par ledit traité l'incompatibilité de la plupart des aides publiques avec le marché commun, puisque rares sont les aides susceptibles de favoriser toutes les entreprises ou toutes les productions⁶⁰. Poursuivant dans la voie tracée par le Traité de l'UEMOA, le règlement n° 04/2002/CM/UEMOA réitère une telle interdiction tout en apportant plus de précisions sur son contenu et sa portée.

position dominante. Sur les concentrations en droit communautaire européen, voir notamment : - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 647-677 ; - Henri CHAVRIER et al., « Chronique générale de jurisprudence communautaire : janvier 1997-décembre 1998. Troisième partie : Les règles de concurrence applicables aux entreprises », op. cit., p. 179-196 ; - Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 180-181 ; - Apollinaire KYELEM, « Le contrôle des concentrations d'entreprises en droit communautaire », Revue burkinabé de droit, n° 32, 2^e semestre 1997, p. 204-225.

⁵⁶ Voir article 88 alinéa b du Traité de l'UEMOA et article 4, paragraphe 4.1, du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁵⁷ Voir note 4 de l'annexe n° 1 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 économique et monétaire ouest africaine.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Il est à noter également que le droit européen de la concurrence, en particulier l'article 82 (ex-article 86) du Traité de Rome et les textes de droit dérivé, n'envisage ni exception, ni exemption à l'interdiction des abus de position dominante.

⁶⁰ Une semblable interdiction des aides publiques existe également au niveau des règles de concurrence de l'Union européenne. Sur le droit communautaire européen d'interdiction des aides publiques, principalement formulée par les articles 87 à 89 (ex-articles 92 à 94) du Traité CE, voir notamment : - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 679-693 ; - Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 181-182 ; - Christian GARBAR, « Aides d'Etat : pratique décisionnelle de la Commission de la Communauté européenne (1990-1994) », 2^e partie, in Revue du Marché Commun et

Au regard de ce dernier texte, la notion d'aide publique doit être entendue de la façon la plus large, aussi bien en ce qui concerne la forme de l'aide que la personne publique qui fournit l'aide. Ainsi, il apparaît que constitue une aide publique toute mesure qui entraîne un coût direct ou indirect, ou une diminution des recettes pour l'État, ses démembrements ou pour tout organisme public ou privé que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide, et confère ainsi un avantage sur certaines entreprises ou sur certaines productions⁶¹.

Dans cette optique, à l'image des solutions retenues en droit communautaire européen, aussi bien les subventions aux entreprises que les prêts, les exonérations fiscales, la gratuité des biens ou des services mis à leur disposition doivent logiquement être considérés comme des aides publiques⁶². De même, l'aide dont il s'agit peut a priori émaner non seulement d'une autorité centrale, mais également de toute autre autorité décentralisée, c'est-à-dire de tout autre organisme ou collectivité publique, tel une province ou une commune⁶³.

Plus précisément, les aides suivantes sont considérées comme des aides interdites de plein droit, sans qu'un examen par la Commission ne soit nécessaire : les aides publiques subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation vers les autres États membres ; les aides subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés des autres États membres⁶⁴.

S'inspirant apparemment du droit communautaire européen, le législateur de l'UEMOA accepte, à travers l'article 89, alinéa c, du Traité de Dakar et le règlement n° 04/2002/CM/UEMOA, l'idée de quelques dérogations à ce principe d'interdiction de la plupart des aides.

b) L'acceptation de quelques dérogations

A cet égard, il ressort que dans le cadre de son examen de l'impact des aides publiques sur le jeu de la concurrence, la Commission doit tenir compte des besoins des États membres en ce qui concerne leur développement économique et social, dans la mesure où les échanges entre les États membres et l'intérêt de la Communauté d'atteindre son objectif d'intégration ne sont pas mis en échec⁶⁵.

Ainsi, les six catégories suivantes d'aides sont considérées comme compatibles avec le marché commun, sans qu'un examen préalable par la Commission ne soit nécessaire :

- les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits ;
- les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ;
- les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt communautaire ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ;
- les aides à des activités de recherche menées par des entreprises ou par des établissements d'enseignement supérieur ou de recherche ayant passé des contrats avec des entreprises, si l'aide couvre au maximum 75 % des coûts de la recherche industrielle ou 50 % des coûts de l'activité de développement pré-concurrentielle ;
- les aides visant à promouvoir l'adaptation d'installations existantes à de nouvelles prescriptions environnementales imposées par la législation et/ou la réglementation qui se traduisent pour les entreprises par des contraintes plus importantes et une charge financière plus lourde, à condition que cette aide soit une mesure ponctuelle, non récurrente, et soit limitée à 20 % du coût de l'adaptation ;
- et, enfin, les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles ne restreignent pas la concurrence dans une partie significative du marché commun⁶⁶.

De même, la Commission peut, après consultation du Comité consultatif en matière d'aides, définir par voie de règlement d'exécution (conformément au pouvoir qui lui est accordé en vertu de l'article 24 du Traité de l'UEMOA) d'autres catégories d'aides publiques susceptibles d'être autorisées de plein droit⁶⁷.

En plus de l'interdiction de la plupart des aides publiques, le droit de la concurrence de l'UEMOA comporte également, au titre des règles relatives aux États, une obligation de libéralisation et de transparence par rapport aux monopoles et entreprises publiques.

de l'Union Européenne, n° 384, janvier 1995, p. 36-45 ; - Jean-Paul KEPPELNE, « Guide des aides d'Etat en droit communautaire (Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission) », Bruylant, Bruxelles, 1999, 693 p.

⁶¹ Article 1 alinéa b du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁶² Voir notamment, pour ce qui concerne la large définition de la notion d'aide publique en droit communautaire européen : - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 680-681 ; - CJCE, 23 févr. 1961, aff. 30/59, Steenkolenmijnen Limburg, Rec., p. 39.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Article 4 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁶⁵ Article 2 paragraphe 2.2 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁶⁶ Article 3 paragraphe 3.1 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁶⁷ Article 3 paragraphe 3.2 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

En matière d'exceptions au principe d'interdiction des aides publiques, comme nous l'indique C. GARBAR, l'expérience européenne nous révèle surtout « une pratique restrictive d'autorisation des dérogations » à l'incompatibilité de principe de ces aides avec le marché commun (C. GARBAR, « Aides d'Etat : pratique décisionnelle de la Commission de la Communauté européenne (1990-1994) », op. cit.).

2) *L'obligation de libéralisation et de transparence par rapport aux monopoles et entreprises publiques.*

Avant la phase actuelle de libéralisation et de désétatisation qui s'est amplifiée dans les pays membres de l'UEMOA depuis les années 1990, les monopoles et les entreprises publiques occupaient dans ces pays une place considérable du fait des politiques interventionnistes que pratiquaient alors les États en question. A défaut de pouvoir interdire purement et simplement les monopoles et entreprises publiques souvent issus de cette époque, les textes de l'UEMOA imposent aux États une obligation de libéralisation de ceux-ci et exigent de ces États une plus grande transparence dans leurs relations financières avec les entreprises publiques et les organisations internationales.

a) *L'obligation de libéralisation des monopoles et des entreprises publiques.*

Aux termes du droit communautaire de l'UEMOA, conformément aux objectifs du Traité de l'UEMOA⁶⁸, les États membres doivent en premier lieu soumettre les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux et exclusifs aux règles de concurrence et d'interdiction des ententes, des abus de position dominante et des aides publiques⁶⁹.

Pour le législateur de l'UEMOA, il faut entendre par entreprise publique toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent⁷⁰. Ainsi, l'influence dominante est présumée lorsque dans une entreprise les pouvoirs publics, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital souscrit, ou disposent de la majorité des voix attachées aux actions ou parts émises par cette entreprise, ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance.

A la différence de la notion d'entreprise publique qui est définie, les textes de l'UEMOA sur le droit de la concurrence ne nous donnent aucune définition des droits exclusifs et spéciaux. Toutefois, on peut estimer que cette expression fait avant tout allusion au cas des monopoles, que ceux-ci soit publics ou privés.

En effet, à titre comparatif, en se référant au droit européen et au droit français, la notion d'exclusivité renvoie à l'hypothèse où un État ou une collectivité locale confie à une seule entreprise sur un territoire déterminé l'accomplissement d'une mission, étant entendu que ce territoire ne sera pas nécessairement l'entièretereté de cet État ou de cette collectivité, mais pourra être seulement une partie de celui-ci ou de celle-ci ; dès lors, on peut bien concevoir une juxtaposition de droits exclusifs dans un même pays⁷¹.

La notion de droits spéciaux, qui est un peu plus floue même en droits européen et français, semble logiquement requérir que deux entreprises au moins soient chargées par un État membre de l'UEMOA de l'accomplissement d'une mission sur le même territoire (sinon il s'agirait d'un droit exclusif), et que l'accès à ce marché ne soit pas ouvert à tous les opérateurs économiques : seuls ceux choisis par l'État membre peuvent exercer cette activité sur la base d'un acte de l'autorité publique.

En tout état de cause, tout en affirmant également le principe général de libéralisation pour les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal, le droit de la concurrence de l'UEMOA permet néanmoins des exceptions pour ces dernières⁷². Plus précisément, il ressort des textes communautaires que dans l'hypothèse où l'application des règles de concurrence fait échec à

⁶⁸ Voir article 4 du Traité de l'UEMOA.

⁶⁹ Article 6.1 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

On peut également souligner ici une similitude des règles de l'UEMOA et de celles établies par l'Union européenne, à travers les articles 31 (ex-article 37) et 86 (ex-article 90) du Traité CE. Pour une vue plus détaillée du droit communautaire européen sur la question des entreprises publiques, des services d'intérêt économique et des monopoles publics, voir notamment : - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 465-470 ; - Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 182-185 ; - SEMAINE DE BRUGES (1968), « L'entreprise publique et la concurrence : les articles 90 et 37 du Traité CEE et leurs relations avec la concurrence », Bruges : De Tempel, 1969.

Sur la question des entreprises et monopoles publics en relation avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit français, voir notamment : - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 452-465 ; - Yves CHAPUT, « Le droit de la concurrence », P.U.F., Paris, 1988, p. 12-24.

⁷⁰ Article 1 de la directive n° 01/2002/CM/UEMOA. Cette définition se retrouve également en droit européen, en des termes voisins, dans la directive n° 80/723 du 25 juin 1980 de la Commission sur la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

⁷¹ Sur la similitude de la notion de monopole et de droit exclusif de certaines entreprises publiques en droit français, voir notamment Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 453 où il apparaît que « sur le plan juridique, le critère déterminant du monopole dont elles jouissent réside dans l'élément d'exclusivité (en ce sens, De Laubadère A., note sous CE, 19 juin 1964, SDU des pétroles Shell-Berre, AJDA 1964, p. 442) : le monopole, c'est le privilège exclusif que possède une personne de vendre un bien, de fabriquer un produit, de gérer un service ; nul autre organisme ou entreprise ne doit être capable d'offrir dans le même espace géographique les mêmes biens ou services (Chevallier J., Le pouvoir de monopole et le droit administratif français, RD pub. 1974, p. 23) ».

⁷² Les textes de l'UEMOA ne précisent pas cette notion d'entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère de monopole fiscal. Sur cette notion en droit européen, voir notamment Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 184. Selon Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, les monopoles fiscaux sont des « monopoles d'Etat portant sur la production ou le commerce de certains produits de large consommation, comme le tabac, créés pour permettre au budget de bénéficier des "surprix" pratiqués par les services du monopole » (GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean (dir.), « Lexique : Termes juridiques », op. cit., p. 366).

l'accomplissement de la mission particulière impartie à cette catégorie d'entreprises, la Commission peut octroyer des exemptions à l'application de la règle d'interdiction des ententes, et le cas échéant, à l'application de la règle de prohibition des abus de position dominante, après que les parties intéressées et/ou les Etats membres auxquels elles sont rattachées lui aient notifié les pratiques en question⁷³.

De façon plus globale, la Commission doit veiller à l'application de l'obligation de libéralisation des monopoles et entreprises publiques, en adressant aux Etats membres, au Conseil des ministres de l'UEMOA, ainsi qu'aux autres institutions de l'Union, des avis et recommandations relatifs à tous projets de législation nationale ou communautaire susceptibles d'affecter la concurrence à l'intérieur de l'Union, en proposant les modifications opportunes⁷⁴. Si un Etat membre concerné ne se conforme pas aux propositions faites par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de Justice de l'UEMOA à ce propos⁷⁵.

La conséquence de l'existence de ces dispositions est l'obligation de libéralisation, sinon une certaine ouverture à la concurrence, des secteurs traditionnellement monopolisés par les entreprises publiques des États de l'espace UEMOA, dont en particulier les secteurs de la poste, des télécommunications et de l'électricité. A cet égard, il convient d'ailleurs de noter que préalablement à ces dispositions, les différents États membres de l'UEMOA avaient largement entamé un tel processus de libéralisation au niveau notamment de leurs législations nationales respectives, dans un contexte marqué par la mise en oeuvre de programmes d'ajustement structurel, en accord avec le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque mondiale⁷⁶.

En complément de l'obligation de libéralisation des monopoles et entreprises publiques, le droit de la concurrence de l'UEMOA exige des États une plus grande transparence dans leurs relations avec ces entreprises et les organisations internationales.

b) *L'exigence d'une plus grande transparence dans les relations financières des États avec les entreprises publiques et les organisations internationales.*

C'est surtout la directive n° 01/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 qui exige des États une plus grande transparence dans leurs relations financières avec les entreprises publiques et les organisations internationales⁷⁷.

En effet, en considération du rôle important des entreprises publiques dans l'économie nationale des États membres, de la complexité des relations financières des pouvoirs publics nationaux avec ces entreprises et du rôle important des avantages financiers accordés par les organisations internationales ou étrangères à certains États pour le compte de leurs agents économiques, la directive n° 01/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 va exiger dans ce domaine une plus grande transparence dans le souci d'éviter de graves distorsions à la concurrence⁷⁸. Une telle exigence a pour but immédiat de permettre à la Commission d'apprécier les effets de ces relations et avantages ou de ces aides d'un genre spécial sur la concurrence et de les réglementer à l'avenir.

Dans ce sens, les États doivent faire ressortir : les mises à disposition de ressources publiques effectuées directement par les pouvoirs publics au profit des entreprises publiques concernées, et toute mesure qui entraîne une diminution des recettes pour l'État ou pour tout organisme public ou privé que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide ; les mises à disposition de ressources publiques effectuées par les pouvoirs publics notamment par l'intermédiaire d'entreprises publiques ou d'institutions financières ; l'utilisation effective de ces ressources⁷⁹.

Ces prescriptions doivent être respectées dans les relations entre les pouvoirs publics et les entreprises, spécialement dans les cas suivants : la compensation des pertes d'exploitation ; les apports en capital ou en dotation ; les apports à fonds perdus ou les prêts à des conditions privilégiées ; l'octroi d'avantages financiers sous forme de la non-perception de bénéfices ou du non-recouvrement de créances ; la renonciation à une rémunération normale des ressources publiques engagées ; la compensation de charges imposées par les pouvoirs publics⁸⁰.

⁷³ Article 6, paragraphe 6.2. alinéa 2 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁷⁴ Article 6 paragraphe 6.3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁷⁵ Article 6 paragraphe 6.4 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁷⁶ Voir notamment Filiga Michel SAWADOGO, « La privatisation des entreprises publiques au Burkina Faso », Revue burkinabé de droit, n° 27, janvier 1995, p. 9-38.

⁷⁷ A titre comparatif, il faut noter le fait que la Commission européenne avait auparavant adopté un texte semblable, à savoir la directive n° 80/723 du 25 juin 1980 sur la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques.

⁷⁸ Voir à ce propos les visas de la directive n° 01/2002/CM/UEMOA.

⁷⁹ Article 2 paragraphe 2.1 de la directive n° 01/2002/CM/UEMOA.

⁸⁰ Article 3 de la directive n° 01/2002/CM/UEMOA.

Toutefois, le droit de l'UEMOA sur la concurrence crée des sortes d'exceptions ou d'exemptions en indiquant que l'exigence de transparence susmentionnée ne concerne pas : les entreprises publiques, en ce qui concerne les prestations de services qui ne sont pas susceptibles de restreindre la concurrence dans une partie significative du marché commun ; la Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BECEAO) et la Banque ouest africaine de développement (BOAD) ; les établissements de crédit publics, en ce qui concerne les dépôts par les pouvoirs publics de fonds publics aux conditions normales du marché ; les entreprises publiques dont le chiffre d'affaires hors taxes n'a pas atteint un montant annuel de un milliard de francs CFA pendant les deux exercices annuels précédant celui de la mise à disposition ou de l'utilisation des ressources susmentionnées⁸¹. Ce seuil est de 10 % du total du bilan pour les entreprises de crédit publics⁸². De façon plus générale, les seuils sus-indiqués peuvent être révisés par la Commission, par voie de règlement d'exécution, après avis du Comité consultatif de la concurrence⁸³.

L'exercice d'un tel pouvoir de révision par la Commission nous renvoient justement à la question fondamentale de la mise en œuvre des règles de fond qu'il convient d'examiner à présent.

II. LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES DE FOND

La mise en œuvre des règles de fond en toutes matières est la phase décisive qui permet de rendre effectives 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 cas de l'UEMOA, la mise en œuvre des règles de concurrence se caractérise surtout, d'une part, par l'institution d'un mécanisme à deux étages, et, d'autre part, par le souci de compatibilité avec les autres droits de la concurrence applicables dans l'espace UEMOA.

A. L'institution d'un mécanisme à deux étages pour la mise en œuvre des règles de l'UEMOA.

Du point de vue purement théorique, on peut a priori penser que la mise en œuvre de règles édictées par une organisation d'intégration régionale dans certains domaines peut être exclusivement faite par les organes communautaires à l'aide de procédures et de sanctions définies par cette organisation. Mais une telle conception des choses n'est pas toujours réalisable, du fait notamment du manque de moyens en tous genres de ces organes pour être physiquement présents dans tous les points de l'espace communautaire et de leurs difficultés à connaître la situation concrète de chaque pays membre. C'est pour cette raison que, pour la mise en œuvre de ses règles de concurrence, l'UEMOA va plutôt instituer un double mécanisme communautaire et national se caractérisant par le rôle primordial des organes communautaires dans les procédures prévues à cet effet et par la coopération des structures nationales de concurrence.

1) Le rôle primordial des organes communautaires dans les procédures de mise en œuvre des règles de l'UEMOA.

Ce sont surtout les organes de régulation de la concurrence de l'UEMOA qui jouent un rôle primordial dans la mise en œuvre des règles de concurrence en suivant un certain nombre de procédures. Aussi, on peut d'abord identifier ces organes de régulation de la concurrence de l'UEMOA et leurs rôles respectifs avant d'examiner les procédures communautaires de mise en œuvre des règles de concurrence de cette organisation.

a) Les organes de régulation de la concurrence de l'UEMOA.

Aux termes du Traité de l'UEMOA et des textes de droit dérivé du 23 mai 2002, les principaux organes communautaires chargés de discipliner la concurrence au sein de l'UEMOA sont essentiellement le Conseil des ministres, la Commission, la Cour de justice et, dans une certaine mesure, le Comité consultatif de la concurrence.

⁸¹ Article 4 de la directive n° 01/2002/CM/UEMOA.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*.

Parmi ces organes, un rôle directeur est attribué au Conseil des ministres⁸⁴. L'article 89 du Traité de l'UEMOA dispose que le Conseil, statuant à la majorité des deux tiers (2/3) de ses membres et sur proposition de la Commission, arrête dès l'entrée en vigueur du Traité, par voie de règlements, les dispositions utiles pour faciliter l'application des interdictions énoncées à l'article 88 dudit Traité. De même, il appartient au Conseil de fixer, selon la même procédure, les règles à suivre par la Commission dans sa mission d'application des règles de concurrence, ainsi que les amendes et astreintes destinées à sanctionner les violations des interdictions énoncées, en ce qui concerne en particulier les ententes, les abus de position dominante et les aides publiques susceptibles de fausser le jeu de la concurrence. Le Conseil peut aussi édicter des règles précisant les interdictions susmentionnées ou prévoyant des exceptions limitées à ces règles d'interdiction afin de tenir compte de situations spécifiques.

C'est justement en s'appuyant sur de telles dispositions que le Conseil des ministres édictera les trois règlements et les deux directives du 23 mai 2002 sur la concurrence. A ce sujet, on peut a priori s'étonner de l'existence de deux directives parmi les textes de l'UEMOA sur le droit de la concurrence, alors même que l'article 89 du Traité de Dakar ne mentionne que des règlements, contrairement au Traité de Rome qui prévoit au profit du Conseil de semblables pouvoirs par voie de règlements ou de directives⁸⁵. Pour bon nombre d'auteurs, le recours au règlement, par l'effet direct qui s'y rattache, conduit plus facilement à la pleine primauté du droit communautaire, puisqu'il permet d'éviter une certaine inertie des États que rend possible la directive qui, tout en liant les États membres quant aux buts à atteindre, leur laisse le choix des moyens pour y parvenir⁸⁶. C'est aussi cette liberté de choix qui fait la souplesse de la directive, par opposition à la rigidité du règlement.

Toujours au niveau communautaire, au-delà du Conseil des ministres qui assure un rôle directeur en matière de concurrence, le rôle principal est confié à la Commission dans la mesure où celle-ci est chargée de l'application des règles de concurrence, en disposant, dans le cadre de cette mission, du pouvoir de prendre des décisions⁸⁷.

A cet égard, la Commission a le droit d'être saisie, selon les cas, par voie de notification d'un accord, d'une décision, d'une pratique, d'une aide, par le biais d'une demande d'exemption, de dérogation ou d'attestation négative⁸⁸, par le canal d'une plainte⁸⁹ émanant d'une ou de plusieurs personnes intéressées, ou d'office⁹⁰. Une fois saisie, elle a le pouvoir de faire un classement sans suite, d'ouvrir des enquêtes et de procéder à une instruction, en recourant à des auditions⁹¹, à des demandes de renseignements et à des vérifications⁹², et le pouvoir de prendre des décisions finales, sous forme par exemple d'autorisations⁹³ ou d'exemptions⁹⁴, d'injonctions et de mesures provisoires⁹⁵, d'amendes et d'astreintes⁹⁶. De surcroît, la Commission peut, par voie de règlements d'exécution, définir non seulement de nouvelles catégories d'aides publiques susceptibles d'être autorisées de plein droit, mais également des catégories d'ententes exemptées⁹⁷.

En plus de la Commission, un autre organe communautaire a un rôle essentiel à jouer en matière de concurrence : il s'agit de la Cour de justice de l'UEMOA qui doit surtout en ce domaine contrôler l'application des règles de concurrence par la Commission⁹⁸.

⁸⁴ Voir notamment Etienne CEREXHE et Louis le HARDY de BEAULIEU, « Introduction à l'union économique ouest africaine », op. cit., p. 77.

⁸⁵ Article 83 (ex-article 87) du Traité de Rome.

⁸⁶ Voir notamment Françoise HAUTFENNE, « Approche comparative des concepts d'entente et d'abus de position dominante dans le cadre de l'U.E. et de l'U.E.M.O.A. », op. cit.

⁸⁷ Article 90 du Traité de l'UEMOA. Voir notamment en ce sens : - Etienne CEREXHE et Louis le HARDY de BEAULIEU, « Introduction à l'union économique ouest africaine », op. cit., p. 77 ; - Jean-Paul KEPPELNE, « Le rôle respectif des autorités (administratives et juridictionnelles) communautaires et nationales dans la mise en oeuvre d'un droit communautaire de la concurrence : l'expérience européenne et les projets de l'UEMOA », communication au colloque organisé par le Centre d'études européennes et de l'intégration (CEEI) de l'UFR/Sciences juridiques et politiques (UFR/SJP) de l'Université de Ouagadougou sur « Le droit de la concurrence et de la consommation dans l'espace UEMOA », Ouagadougou, 5-8 février 2002 (publication prévue dans le cadre des actes dudit colloque), p. 12.

⁸⁸ Voir en particulier les articles 8 à 11 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante, l'article 5 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA pour les aides d'Etat, l'article 6 paragraphe 6.2 alinéa 3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA pour les monopoles et entreprises publiques, l'article 2 de la directive n° 01/2002/CM/UEMOA pour la transparence des relations entre les Etats et les entreprises publiques.

⁸⁹ Voir en particulier les articles 12 à 14 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante, l'article 22 paragraphe 22.2 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA pour les aides d'Etat.

⁹⁰ Voir notamment l'article 3 paragraphe 3.1 et l'article 4 paragraphe 4.1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante.

⁹¹ Article 17 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante, article 23 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA pour les aides d'Etat.

⁹² Articles 18 à 21 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante, articles 13 et 23 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA pour les aides d'Etat.

⁹³ Voir notamment l'article 3 paragraphe 3.1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante, l'article 7 paragraphes 7.2, 7.3 et 7.6, l'article 10 paragraphes 10.2 et 10.3 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA pour les aides d'Etat.

⁹⁴ Articles 6 et 7 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante,

⁹⁵ Voir notamment l'article 5 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante, les articles 14 et 16 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA pour les aides d'Etat.

⁹⁶ Article 22 et 23 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA pour les ententes et les abus de position dominante.

⁹⁷ Voir les articles 24 et 89 du Traité de l'UEMOA et les articles 3 et 6 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁹⁸ Article 90 du Traité de l'UEMOA.

Ainsi, la Cour de justice apprécie la légalité des décisions prises par la Commission en matière d'ententes et d'abus de position dominante, sur recours d'un Etat membre ou du Conseil, ou de toute personne physique ou morale intéressée⁹⁹. De même, la Cour de justice statue, avec compétence de pleine juridiction, sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte, en ayant la possibilité de modifier ou d'annuler les décisions prises, de réduire ou d'augmenter le montant des amendes et des astreintes ou d'imposer des obligations particulières¹⁰⁰.

En outre, relativement à l'obligation de libéralisation des monopoles et entreprises publiques, la Cour de justice peut être saisie par la Commission lorsqu'un Etat membre ne se conforme pas à un avis ou une recommandation de cette dernière proposant des modifications à un projet de législation nationale susceptible d'affecter la concurrence à l'intérieur de l'Union¹⁰¹.

A ces organes principaux prévus par le Traité pour réguler la concurrence, on peut également ajouter le Comité consultatif 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 Etat membre. Le Comité consultatif de la concurrence est consulté par la Commission de l'UEMOA par avis, préalablement à toute décision en matière d'entente et d'abus de position dominante¹⁰² et avant certaines décisions en matières d'aides publiques dont, en particulier, les décisions conditionnelles et les décisions négatives¹⁰³.

Les différents organes de concurrence de l'UEMOA exercent leurs rôles respectifs à travers les procédures de mise en œuvre des règles de concurrence de cette organisation.

b) *Les procédures de mise en œuvre des règles de concurrence de l'UEMOA*

Ces procédures se déroulent essentiellement auprès de la Commission de l'UEMOA, de façon semblable à la situation ayant cours au niveau de l'Union européenne¹⁰⁴.

En matière d'entente et d'abus de position dominante, deux sortes de procédures sont prévues : la procédure non contradictoire et la procédure contradictoire¹⁰⁵.

Dans la procédure non contradictoire, dès réception d'une notification ou d'une demande émanant d'une ou de plusieurs personnes intéressées¹⁰⁶, la Commission publie une brève communication sur l'accord, la décision ou la pratique en question, l'objet de cette communication étant d'inviter les parties tierces à faire des observations sur ceux-ci¹⁰⁷. Dans les six mois à compter de la notification ou de la demande, la Commission peut décider d'octroyer une attestation négative ou une exemption individuelle¹⁰⁸, si aucun grief n'est retenu contre une des parties intéressées. Lorsque la Commission émet des doutes sur la compatibilité des accords, décisions et pratiques concertées avec le marché commun, elle peut alors décider d'initier la procédure contradictoire¹⁰⁹.

⁹⁹ Article 31 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹⁰⁰ Idem. Sur le rôle du juge communautaire dans l'application des règles de concurrence, voir notamment Etienne CEREXHE, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine de la concurrence », in Centre d'études européennes et de l'intégration (CEEI), « Actes du colloque de Ouagadougou des 16 et 17 décembre 1999 portant sur le thème "La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA" », Imprimerie Presses Africaines, Ouagadougou, 2001, p. 85-96.

¹⁰¹ Article 6 paragraphe 6.4. du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

¹⁰² Article 28 paragraphe 28.4 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹⁰³ Article 29 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

¹⁰⁴ Sur les procédures communautaires européennes en matière de pratiques anticoncurrentielles, voir notamment : - Ivo Van BAEL et Jean-François BELLIS, « Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne », Bruxelles, Bruylant, 1991 ; - Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit., p. 623-629 pour les ententes, p. 638-640 pour les abus de position dominante, p. 658-665 pour les concentrations et p. 689-693 pour les aides d'Etat ; - Jean-Michel COUMES et Jérôme BROCHE, « La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence : le principe et ses conséquences », op. cit., p. 546-552 ; - Jean-Pierre DENIZARD et Céline DELACROIX, « La modernisation du droit communautaire des ententes. Le point de vue des chefs d'entreprise », op. cit., p. 553-559 ; - Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 176-186 ; - Jean-Paul KEPPELNE, « Le rôle respectif des autorités (administratives et juridictionnelles) communautaires et nationales dans la mise en oeuvre d'un droit communautaire de la concurrence : l'expérience européenne et les projets de l'UEMOA », op. cit. ; - Jean-Paul KEPPELNE, « Guide des aides d'Etat en droit communautaire (Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission) », op. cit. ; - Philippe LAURENT., « La politique communautaire de concurrence », Paris, Sirey, 1993.

A ce niveau, on peut mentionner en priorité le règlement n° 17 du Conseil des Communautés européennes du 6 février 1962 (JOCE, 21 février 1962) qui définit les règles de procédures relatives aux règles de concurrence du Traité de Rome. Ce règlement est complété par toute une série d'autres règlements et directives qui peuvent être aisément retrouvés sur le site Internet « <http://europa.eu.int> » de l'Union européenne ou dans les différentes éditions du « Lamy droit économique » telle que : Gérard CAS, Roger BOUT, Etienne PETIT, « Lamy droit économique (1996) : concurrence, distribution, consommation », op. cit.

¹⁰⁵ Voir les articles 6 et 7 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA et le règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et aux abus de position dominante.

¹⁰⁶ Pour les précisions sur ces demandes et notifications, voir les articles 8 et 9 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹⁰⁷ Article 15 paragraphe 15.1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹⁰⁸ Article 15 paragraphe 15.2 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹⁰⁹ Article 15 paragraphe 15.3 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

La procédure contradictoire est initiée sur décision de la Commission de l'UEMOA avec communication de griefs, suite à une plainte¹¹⁰, 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 dominante¹¹¹. 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 elles¹¹², en leur laissant la possibilité effective de présenter leur défense par écrit ou oralement lors d'auditions¹¹³.

Comme décision définitive, la Commission peut d'abord accorder une exemption individuelle¹¹⁴. A l'opposé de la décision d'exemption individuelle, la Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes et/ou des astreintes si elle estime qu'il y a un acte ou un comportement prohibé par rapport à l'interdiction des ententes ou des abus de position dominante, ou une entrave aux contrôles qu'elle effectue dans le cadre de l'application des règles d'interdiction de ces pratiques¹¹⁵. Ces décisions n'ont pas un caractère pénal¹¹⁶. Les sanctions prononcées par la Commission sont sans préjudice des recours devant les juridictions nationales relatifs à la réparation des dommages subis. Ces juridictions nationales peuvent demander des informations à la Commission en vue d'apprécier ces dommages.

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 existantes¹¹⁷.

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 concerné¹¹⁸. Le projet en question n'est mis à exécution que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris une décision l'autorisant¹¹⁹.

La procédure en matière d'aides illégales est mise en branle lorsque la Commission a en sa possession des informations concernant une aide prétendue illégale¹²⁰. 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 bénéficiaire¹²¹.

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 illégales¹²².

Dans la procédure relative aux régimes d'aides existants, 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 utiles¹²³. Si l'État membre concerné ne se conforme pas à une décision conditionnelle ou à une décision négative ou à une injonction de suspension ou à une injonction de récupération ou à une décision de récupération ou aux arrêts de justice y afférents, la Commission peut, après avoir invité l'État membre à faire ses observations, prendre des mesures graduelles¹²⁴.

¹¹⁰ Pour de plus amples informations sur les conditions d'introduction de ces plaintes, voir les articles 12 et 13 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹¹¹ Article 16 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹¹² Article 16 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹¹³ Article 17 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA. Plus précisément, la Commission peut infliger aux entreprises ou associations d'entreprises des amendes de 500 000 F CFA à 100 000 000 F CFA, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction ou dix pour cent des actifs de ces entreprises lorsque, par exemple, elles commettent une infraction à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. De même, la Commission peut infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes à raison de 50 000 F CFA à 1 000 000 F CFA par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre par exemple à mettre fin à une infraction aux règles d'interdiction des ententes et des abus de position dominante.

¹¹⁴ Article 7 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹¹⁵ Articles 22 et 23 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹¹⁶ Article 22, paragraphe 22.4 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

¹¹⁷ Dans ce domaine également, les solutions retenues ressemblent aux solutions du droit européen. Pour plus d'informations allant dans ce sens, voir notamment : Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 182 ; - Jean-Paul KEPPENNE, « Le rôle respectif des autorités (administratives et juridictionnelles) communautaires et nationales dans la mise en oeuvre d'un droit communautaire de la concurrence : l'expérience européenne et les projets de l'UEMOA », op. cit., p. 27-30 ; - Jean-Paul KEPPENNE, « Guide des aides d'Etat en droit communautaire (Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission) », op. cit.

¹¹⁸ Article 5 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

¹¹⁹ Article 6 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

¹²⁰ Article 13 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

¹²¹ Article 16 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

¹²² Article 18 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

¹²³ Article 20 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

¹²⁴ Article 24, paragraphe 24.1, du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA. Il s'agit des mesures suivantes : la publication, sur recommandation au Conseil, d'un communiqué, éventuellement assorti d'informations supplémentaires sur la situation de l'État concerné ; le retrait, annoncé publiquement, des mesures positives dont bénéficie éventuellement l'État membre ; la recommandation à la Banque ouest africaine de développement (BOAD) de revoir sa politique d'intervention en faveur de l'État membre concerné ; la suspension partielle ou totale des aides financières et concours de l'Union à l'État membre concerné. De même, la Commission peut infliger à l'entreprise qui continue de bénéficier de l'aide en dépit d'une décision de la Commission une amende allant jusqu'au double du montant de l'aide octroyée (Article 24, paragraphe 24.2, du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA).

Même si le rôle des organes communautaires dans les procédures de mise en œuvre des règles de concurrence de l'UEMOA est primordial, néanmoins l'application de ces règles nécessite également la coopération des structures nationales de concurrence dans ces procédures.

2) *La coopération des structures nationales de concurrence dans les procédures de mise en œuvre des règles de l'UEMOA*

Dans le cadre des mécanismes mis en place par l'UEMOA se dégage une obligation de coopération entre les autorités politiques, administratives et juridictionnelles des différents pays de l'UEMOA et les organes communautaires pour la pleine application du droit communautaire, dans les différents domaines¹²⁵. Plus particulièrement, dans le domaine de la mise en œuvre des règles de concurrence de l'UEMOA, les textes du 23 mai 2002 et, de façon plus spécifique, la directive n° 02/2002/CM/UEMOA instituent une coopération entre, d'une part, les organes communautaires de concurrence dont en particulier la Commission et, d'autre part, les structures nationales de concurrence. A cet égard, il convient d'examiner d'abord la notion de structures nationales de concurrence, ensuite le contenu et les modalités de la coopération entre celles-ci et les organes communautaires dont en particulier la Commission.

a) *Les structures nationales de concurrence.*

Aux termes de l'article 1^{er} in fine de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA, il faut entendre par structure nationale de concurrence « toute institution nationale, à compétence générale ou sectorielle, intervenant dans le domaine du contrôle de la concurrence ». En dehors de cette définition sommaire, les textes de l'UEMOA ne fournissent pas d'indications concrètes sur les structures nationales de concurrence. En l'absence également, jusque-là, d'une détermination concrète de ces structures nationales de concurrence par la Cour de justice de l'UEMOA, on peut dans un premier temps se référer au droit communautaire européen pour tenter de préciser davantage la notion de structures nationales de concurrence¹²⁶. Dans une optique semblable, on peut alors identifier concrètement ces structures nationales de concurrence, en se référant en priorité aux droits de la concurrence des différents pays membres de l'UEMOA. Ces droits mettent en place ou désignent un certain nombre d'organes nationaux chargés de la mise en œuvre des règles nationales de concurrence.

Par exemple, au Burkina Faso, les structures nationales de concurrence englobent non seulement les autorités spécialement chargées d'appliquer le droit de la concurrence que sont la Commission nationale de la concurrence et de la consommation, certaines administrations comme l'Inspection générale des affaires économiques, la Cour d'appel de Ouagadougou, mais également les autres cours et tribunaux pouvant intervenir dans la mise en œuvre de ce droit de la concurrence¹²⁷.

La situation de ces organes se caractérise avant tout par le rôle phare de la Commission nationale de la concurrence et de la consommation sur toutes les questions concernant le droit de la concurrence et de la consommation, notamment sur les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de la concurrence, à travers notamment les avis qu'elle émet, les injonctions qu'elle peut donner et les sanctions pécuniaires qu'elle peut infliger sous forme d'amendes et d'astreintes aux entreprises¹²⁸.

A côté de cette commission, il y a également le rôle clé de la Cour d'appel de Ouagadougou (et plus particulièrement sa chambre commerciale), auprès de laquelle les décisions de la Commission nationale de la concurrence et de la consommation peuvent être attaquées en appel¹²⁹. De même, il y a lieu de mentionner le rôle très important de certaines administrations dont en particulier l'Inspection générale des affaires économiques qui a pour mission de faire respecter les règles de concurrence et de contrôler la qualité des produits et des services. Cette inspection peut notamment entreprendre des contrôles et des enquêtes et dresser des procès-verbaux de constatation d'infractions qui pourront donner lieu au dépôt de plaintes auprès des tribunaux, à défaut de

¹²⁵ Par exemple, selon l'article 7 du Traité de l'UEMOA, « les Etats membres apportent leur concours à la réalisation des objectifs de l'Union en adoptant toutes mesures générales ou particulières, propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent Traité. A cet effet, ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de faire obstacle à l'application du présent Traité et des actes pris pour son application ».

¹²⁶ A ce propos, comme nous l'indique Jean-Claude GAUTRON, « la Cour de justice (30 janvier 1974 BRT/SABAM) a établi une distinction entre les "autorités des États membres", à savoir les organes administratifs ou juridictionnels spécialement chargés d'appliquer le droit de la concurrence, et les juridictions ordinaires, que le règlement n° 17 n'affirmait pas clairement. En France sont "autorités" la direction générale de la concurrence, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris (en appel du précédent), voire la Cour de Cassation » (Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 179). Voir également, sur les structures nationales de concurrence en France, Gérard FARJAT, « Les organes de gestion », in Jean-Marie RAINAUD et René CRISTINI (sous la direction de), « Droit public de la concurrence », op. cit., p. 48-65.

¹²⁷ Voir en particulier : - la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso ; - le décret n° 96-64/PRES/PM/MICIA du 14 mars 1996 portant organisation et fonctionnement de la Commission nationale de la concurrence et de la consommation (J.O.B.F. du 28 mars 1996, p. 653), modifié par le Décret n° 97-421 du 13 octobre 1997 (J.O.B.F. du 30 octobre 1997, p. 2869) ; - la loi n° 033-2001/AN du 4 décembre 2001 portant modification de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹²⁸ Articles 2 et 3 et 3 bis nouveaux de la loi n° 033-2001/AN du 4 décembre 2001 portant modification de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹²⁹ Article 3 ter nouveau de la loi n° 033-2001/AN ci-dessus citée.

transactions avec les auteurs des faits en cause¹³⁰. Les tribunaux pourront éventuellement prononcer des sanctions en cas de plainte des administrations ou des personnes intéressées par ces violations des règles de concurrence¹³¹.

Ce sont justement le contenu et les modalités de la coopération entre ces structures nationales de concurrence et les organes communautaires de concurrence que la directive n° 02/2002/CM/UEMOA vient indiquer.

b) Le contenu et les modalités de la coopération des structures nationales de concurrence.

Sur ce sujet, il apparaît que les structures nationales de concurrence doivent assurer une mission générale d'enquête, sur initiative nationale ou sur mandat exprès de la Commission, conformément aux pouvoirs et aux procédures d'investigation prévus par le droit communautaire et les droits nationaux, en menant notamment une activité permanente de surveillance du marché afin de déceler les dysfonctionnements liés aux pratiques anticoncurrentielles¹³².

Dans cet ordre d'idées, les structures nationales de concurrence sont chargées : de recevoir et de transmettre à la Commission les demandes d'attestation négative, les notifications pour exemption et les plaintes des personnes physiques ou morales ; d'élaborer et de transmettre trimestriellement à la Commission, des rapports ou des notes d'information sur la situation de la concurrence dans les secteurs économiques ayant fait l'objet d'enquêtes ; de suivre, en collaboration avec toute autre administration habilitée, l'exécution des décisions qui comportent à la charge des personnes autres que l'Etat, une obligation pécuniaire et en faire un rapport périodique à la Commission ; de procéder au recensement des aides d'Etat et en faire trimestriellement rapport à la Commission ; de produire un rapport annuel sur l'état de la concurrence dans le pays¹³³. Enfin, les structures nationales doivent prêter assistance aux agents de la Commission lorsque celle-ci conduit elle-même les enquêtes¹³⁴.

L'institution d'un mécanisme à deux étages que traduit entre autres cette obligation d'assistance des structures nationales de concurrence ne suffit pas à caractériser le système adopté pour la mise en œuvre des règles de concurrence de l'UEMOA, dans la mesure où celui-ci se distingue également par un souci de compatibilité avec les autres droits de la concurrence applicables dans l'espace UEMOA.

B. Le souci de compatibilité avec les autres droits de la concurrence applicables dans l'espace UEMOA.

A part le droit de la concurrence de l'UEMOA, il existe d'autres droits de la concurrence actuellement ou potentiellement applicables au sein de cet espace communautaire, dont principalement les droits nationaux des différents États membres de l'UEMOA et certains droits « transnationaux »¹³⁵. L'existence de plusieurs droits de la concurrence dans un même espace peut être porteuse de multiples problèmes de compatibilité. Dans le cas de l'UEMOA se dégage un souci d'éviter de tels problèmes à travers la consécration du principe d'exclusivité du droit de l'UEMOA par rapport aux droits nationaux dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles et la prise en compte des droits « transnationaux » de la concurrence, en dépit de la subsistance de quelques problèmes potentiels de compatibilité dans ce dernier cas.

1) La consécration de l'exclusivité du droit de l'UEMOA par rapport aux droits nationaux dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles.

La situation juridique au sein de l'espace UEMOA se caractérise, entre autres, par l'existence d'un droit national de la concurrence dans les différents pays membres de l'UEMOA. Face à une telle situation, les textes de concurrence de cette organisation supranationale vont consacrer l'exclusivité du droit de l'UEMOA dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles.

a) L'existence d'un droit national de la concurrence dans les différents pays membres de l'UEMOA

¹³⁰ Voir notamment les articles 40 à 45, 48 à 51 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹³¹ Voir notamment les articles 46, 47 et 52 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹³² Article 3 paragraphe 3.1 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

¹³³ Article 3 paragraphe 3.3 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

¹³⁴ Article 3 paragraphe 3.4 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

Sur le « partage complexe de compétences entre institutions communautaires et organes nationaux » au niveau de l'Union européenne en matière de concurrence, par exemple en matière d'entente, voir notamment : Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 178-179.

¹³⁵ Ici, le terme de droits « transnationaux » est pris au sens de droits qui émanent de plusieurs États et dont les champs d'application dépassent le cadre d'un seul pays. Dans cet esprit, ce terme englobe aussi bien les droits provenant d'organisations intergouvernementales comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC) que ceux issus d'organisations supranationales ou d'harmonisation juridique comme l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

A la faveur d'un mouvement généralisé de libéralisation durant les années 1990 dans les pays africains, on a assisté au sein de l'espace UEMOA à l'émergence ou à la consolidation de véritables droits nationaux de la concurrence, à travers l'adoption par la plupart des États membres d'une législation plus ou moins étoffée¹³⁶.

Dès lors, avec l'édiction des règles de concurrence de l'UEMOA, se réalise dans chacun de ces pays une situation de coexistence d'un droit national et d'un droit communautaire de la concurrence issu de l'UEMOA. Cette situation pose des problèmes de compatibilité, cette dernière pouvant être définie comme la qualité des personnes ou des choses qui peuvent demeurer ou subsister ensemble, aussi bien au niveau des règles de fond que dans la mise en œuvre de celles-ci par le biais des structures et des procédures et sanctions prévues pour cela. Plus précisément, les aspects visés par les droits nationaux de la concurrence peuvent, en partie, différer de ceux visés par le droit communautaire de la concurrence ou les recouper sur certains points, aussi bien au niveau des règles de fond, que dans la mise en œuvre de celles-ci.

Ainsi par exemple, la loi burkinabé n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence s'intéresse à la quasi-totalité des aspects courants du droit de la concurrence, aussi bien les pratiques anticoncurrentielles des entreprises (ententes et abus de position dominante)¹³⁷ et des États (réglementation des prix)¹³⁸ que les pratiques restrictives de concurrence des entreprises (comme par exemple le refus de vente ou l'imposition de prix de revente)¹³⁹. De façon fréquemment différente du droit communautaire de l'UEMOA, la loi burkinabé sur la concurrence institue également, hormis les structures précédemment mentionnées, des procédures et des sanctions en vue d'assurer l'application des règles édictées¹⁴⁰ relatives notamment aux ententes et aux abus de position dominante.

Si en ce qui concerne les règles de fond régulant les ententes et les abus de position dominante (domaines d'interférence du droit de l'UEMOA et du droit national burkinabé), une très grande ressemblance existe¹⁴¹, c'est surtout au niveau des mécanismes de mise en œuvre de ces règles que des différences apparaissent. A cet égard, plusieurs scénarios possibles se dégagent de la procédure mise en place par le droit burkinabé de la concurrence.

Dans un premier scénario, une administration compétente telle que l'Inspection générale des affaires économiques, notamment après dénonciation par toute personne, peut, après enquête et constatation d'une infraction en matière de concurrence, dresser un procès-verbal constatant l'infraction, engager une transaction avec l'agent économique ou les agents concernés et, en cas d'échec, transmettre le procès-verbal à la juridiction compétente pour que cette dernière prononce des sanctions si l'infraction est confirmée ; avant le jugement définitif, la procédure peut être suspendue et la possibilité laissée aux parties de faire une transaction¹⁴². Dans un second scénario, toute personne intéressée, notamment une entreprise justifiant d'un préjudice, peut intenter une action civile en réparation pour infractions aux règles de concurrence par un concurrent, par exemple en ce qui concerne l'interdiction des ententes et des abus de position dominante¹⁴³.

Les procédures engagées pourront donner lieu à différentes sanctions, dont par exemple une amende de un million (1 000 000) à vingt cinq millions (25 000 000) de franc CFA et un emprisonnement de deux (2) mois à deux (2) ans ou une de ces deux peines seulement, toute personne qui commet une entente ou un abus de position

¹³⁶ Comme le notait déjà en novembre 2000 la Commission de l'UEMOA, après une étude de l'existant réalisée en 1998 dans tous les États membres, à l'exception de la Guinée-Bissau, et appuyée en avril 2000 par un atelier de délégués des États concernés, de l'analyse du dispositif existant, il ressortait clairement que trois pays, à savoir le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, et le Sénégal, disposaient déjà d'une législation nationale sur la concurrence, « complète, élaborée et au champ d'application large », les autres États étant alors engagés dans un processus d'élaboration ou d'adoption d'une législation nationale plus étoffée et complète en matière de concurrence.

Le droit interne de la concurrence est principalement régi au Burkina Faso par la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso, en Côte-d'Ivoire par la loi n° 91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence, au Niger par l'ordonnance n° 92-025 du 7 juillet 1992 portant réglementation des prix et de la concurrence, au Sénégal par la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique.

Pour plus de précisions sur ces différents pays de l'espace UEMOA, voir notamment : - Jean Yado TOE, « Le droit de la concurrence au Burkina Faso », op. cit. ; - Pr. Joseph ISSA-SAYEGH, « Le droit ivoirien de la concurrence », op. cit. ; - Amadou TANKOANO, « Le droit de la concurrence au Niger », communication au colloque organisé par le Centre d'études européennes et de l'intégration (CEEI) de l'UFR/Sciences juridiques et politiques de l'Université de Ouagadougou sur « Le droit de la concurrence et de la consommation dans l'espace UEMOA », Ouagadougou, 5-8 février 2002, document dactylographié (publication prévue dans le cadre des actes dudit colloque) ; - Pr. Abdoulaye SAKHO, « Aperçu sur le droit de la concurrence au Sénégal », op. cit.

¹³⁷ Voir notamment le titre III « Des ententes et des abus de position dominante » (articles 5 à 8) de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹³⁸ Voir notamment le titre I « De la liberté des prix » (article 1^{er}) de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹³⁹ Voir notamment le titre IV « De la transparence du marché et des pratiques restrictives de la concurrence » (articles 9 à 34) de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹⁴⁰ Voir en particulier le livre II « Des pratiques illicites de la concurrence et de leurs sanctions » (articles 35 à 79) de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹⁴¹ Par exemple, dans le domaine des ententes, l'interdiction formulée par le droit de l'UEMOA se retrouve en des termes voisins dans l'article 5 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso, y compris des exemples quasiment identiques, et dans l'article 8 de ladite loi des conditions semblables d'exemption sont posées. De même, en matière d'abus de position dominante, la prohibition faite par les textes de l'UEMOA est également présente dans l'article 6 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹⁴² Voir notamment les articles 39 à 51 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹⁴³ Voir notamment l'article 52 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

dominante¹⁴⁴. En cas de récidive pour de telles infractions, le juge peut ordonner la cessation temporaire ou définitive de toute activité commerciale de son auteur sur l'ensemble du territoire national¹⁴⁵.

Au vu de la coexistence de droits nationaux et d'un droit communautaire de la concurrence et des problèmes de compatibilité qu'une telle situation peut générer, les textes de l'UEMOA vont consacrer l'exclusivité du droit de cette organisation dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles.

b) *L'exclusivité du droit de l'UEMOA dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles.*

Face à la coexistence des législations nationales et de la législation communautaire en matière de concurrence, deux camps ont commencé à s'affronter dès la phase d'élaboration des textes de l'UEMOA sur le droit de la concurrence, par exemple lors des travaux de « l'atelier sur le projet de législation communautaire de la concurrence à l'intérieur de l'Union » tenu au siège de la Commission de l'UEMOA, à Ouagadougou, du 10 au 14 avril 2000¹⁴⁶.

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'Union¹⁴⁷. 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 européen¹⁴⁸ (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'Union¹⁴⁹.

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 anticoncurrentielles¹⁵⁰. 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 surveillance efficace des marchés par les structures nationales de concurrence¹⁵¹.

Plus précisément, si l'édiction des règles de fond est réservée aux structures communautaires, on note dans la mise en œuvre des règles de fond un partage des fonctions d'enquête entre les structures nationales de concurrence et la Commission¹⁵², même si les fonctions d'instruction et de décision sont monopolisées par la Commission¹⁵³. Dans le cadre du partage des fonctions d'enquête entre les structures nationales de concurrence

¹⁴⁴ Article 53 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹⁴⁵ Article 73 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹⁴⁶ Voir notamment la « demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation des articles 88, 89 et 90 du Traité relatifs aux règles de concurrence dans l'Union », in COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, « Recueil de la jurisprudence de la Cour », Cour de justice, Ouagadougou, février 2002, p. 121.

¹⁴⁷ « Avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 relatif à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du Traité sur les règles de concurrence de l'Union », in COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, « Recueil de la jurisprudence de la Cour », op. cit., p. 119-132.

¹⁴⁸ A ce propos, comme le note Jean-Claude GAUTRON, « la notion de concurrence, au sens communautaire, est limitée aux actions des États et comportements des entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres ». Aussi, « le droit communautaire de la concurrence laisse subsister des droits nationaux de la concurrence qui s'appliquent aux actions et comportements n'ayant pas d'effet sur le commerce intra-communautaire, c'est-à-dire limités aux seuls marchés nationaux. Dans les autres cas, les législations nationales sont subordonnées aux règles communautaires (C.J.C.E., 15 févr. 1969, Walt Wilhem). En cas de conflit, le droit communautaire prévaut (C.J.C.E., 13 févr. 1969, Bayer A.G.) » (Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 176). Voir également, sur cette question, Joël RIDEAU, « Droit communautaire et droits nationaux de la concurrence », in Jean-Marie RAINAUD et René CRISTINI (sous la direction de), « Droit public de la concurrence », op. cit., p. 115-143.

¹⁴⁹ Selon la Cour de justice de l'UEMOA, « les États membres restent somme toute compétents en toute exclusivité, pour prendre toutes dispositions pénales réprimant les pratiques anticoncurrentielles, les infractions aux règles de transparence du marché et même à l'organisation de la concurrence ».

¹⁵⁰ Voir en particulier les références faites à cet avis dans les visas de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

¹⁵¹ Voir en particulier les motivations avancées par le législateur dans les visas de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

¹⁵² Voir en particulier l'article 3 et l'article 5 paragraphes 5.1, 5.2 et 5.3 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

¹⁵³ Article 5 paragraphe 5.4 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

et la Commission, seule cette dernière peut connaître des pratiques que sont les aides d'Etat, les pratiques anticoncurrentielles concernant les monopoles et entreprises publiques et les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'avoir un effet sur les échanges entre Etats membres¹⁵⁴. De même, la Commission doit informer les structures nationales de concurrence des Etats membres des procédures d'investigations concernant les entreprises situées sur leur territoire, en leur transmettant les copies de certains documents que sont notamment les pièces les plus importantes constatant les infractions, les demandes de renseignements adressées aux entreprises et les vérifications projetées auprès des entreprises en question¹⁵⁵.

Pour le Professeur Abdoulaye SACKO, « ce nouveau schéma de traitement du contentieux de la concurrence dans l'Union ne sera pas sans soulever quelques difficultés liées notamment à son efficacité »¹⁵⁶. Car, estime-t-il entre autres arguments, un tel schéma pourrait susciter des problèmes d'intendance étant donné que la dévolution exclusive à la seule Commission des pouvoirs d'instruction et de décision pour huit Etats favorisera un engorgement et des lenteurs procédurales, un éloignement géographique amenant à perdre de vue les spécificités locales et des surcoûts pour le règlement des litiges¹⁵⁷.

Dès lors, selon le Professeur Abdoulaye SACKO, un réaménagement du droit communautaire s'impose dans le sens de l'institution d'une procédure à double degré dans laquelle, à l'image du système OHADA, les litiges seront connus dans un premier temps par les autorités nationales (Commission de la concurrence) et dans un second temps par les autorités communautaires (Commission UEMOA), et la Cour de justice jouera le rôle de juridiction de recours pour annuler ou confirmer la décision de la Commission de l'UEMOA¹⁵⁸. Dans cet ordre d'idées, il reste entendu que, à l'image du système européen, les autorités nationales devront appliquer les règles de fond de l'UEMOA, et que les anciennes législations nationales devront être remplacées par de nouvelles au moment de l'entrée en vigueur du droit communautaire¹⁵⁹.

En attendant la pleine effectivité des dispositions susmentionnées pour éviter des problèmes de compatibilité, on constate également la prise en compte de droits « transnationaux » de la concurrence.

2) *La prise en compte de droits « transnationaux » de la concurrence*

La prise en compte de droits « transnationaux » de la concurrence résulte, d'une part, de l'adhésion du législateur de l'UEMOA aux règles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (ou General agreement on tariffs and trade, communément appelé GATT) à laquelle succèdera l'Organisation mondiale du commerce (OMC), et, d'autre part, de l'acceptation possible des futures règles de concurrence de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), malgré l'existence subséquente de quelques risques d'incompatibilité.

a) *L'adhésion aux règles de concurrence du GATT/OMC*

Selon l'article 83 du Traité de l'UEMOA, dans la réalisation des objectifs définis à l'article 76 dudit traité, dont en particulier la libéralisation des échanges intra-communautaires, l'institution d'un tarif extérieur commun (TEC) et de règles communes de concurrence, « l'Union respecte les principes de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) en matière de régime commercial préférentiel. Elle tient compte de la nécessité de contribuer au développement harmonieux du commerce intra-africain et mondial, de favoriser le développement des capacités productives à l'intérieur de l'Union, de protéger les productions de l'Union contre les politiques de dumping et de subventions des pays tiers ». En dehors de ces quelques mots contenus dans le Traité de Dakar, il n'est précisé nulle part le contenu de ces relations avec les pays tiers, et plus particulièrement le contenu de la politique anti-dumping et anti-subventions. Dès lors, il faut une fois de plus se référer à d'autres

¹⁵⁴ Article 5 paragraphe 5.2 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

¹⁵⁵ Article 5 paragraphe 5.3 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

¹⁵⁶ Pr. Abdoulaye SAKHO, « Observations sur le projet de loi communautaire de la concurrence », contribution à la journée d'« Informations et d'échanges sur le projet de loi communautaire de la concurrence dans l'UEMOA », organisée par le Ministère des PME et du Commerce, et le Conseil National du Patronat du Sénégal, Dakar, 19 février 2002, document dactylographié, p. 9.

¹⁵⁷ A ce propos, Jean-Paul Keppenne indique à juste titre que « ce système a fait l'objet de certaines critiques en Europe qui se sont focalisées en particulier sur le fait que la Commission disposerait de trop de pouvoir (elle est à la fois procureur, juge et jury), ce qui engendrerait une trop forte centralisation. Ces critiques ont joué un rôle dans la genèse de la réforme qui est actuellement en préparation en droit CE » (Jean-Paul Keppenne, « Le rôle respectif des autorités (administratives et juridictionnelles) communautaires et nationales dans la mise en oeuvre d'un droit communautaire de la concurrence : l'expérience européenne et les projets de l'UEMOA », op. cit., p. 12). La réforme susmentionnée a pour objectif principal une simplification et une décentralisation des procédures en matière d'ententes, au profit des structures nationales de concurrence alors compétentes pour recevoir les notifications et accorder les autorisations d'ententes, la Commission se concentrant sur les plaintes ou les cas réperés de sa propre initiative (Voir notamment sur cette réforme Jean-Paul Keppenne, idem, p. 22-24).

¹⁵⁸ Pr. Abdoulaye SAKHO, « Observations sur le projet de loi communautaire de la concurrence », op. cit., p. 10.

¹⁵⁹ Idem.

outils, et en particulier aux textes de l'OMC qui succède au GATT, pour tenter de préciser le contenu que peut prendre cette politique anti-dumping et anti-subsidies¹⁶⁰.

L'Accord général sur les droits de douane et le commerce, communément appelé GATT (Général Agreement on Tariffs and Trade), signé le 30 octobre 1947 et entré en vigueur en 1948, avait pour objectif de favoriser le commerce mondial par une libéralisation des échanges, à travers notamment la réduction, voire la suppression, des barrières tarifaires et non tarifaires, et l'instauration de règles communes garantissant la libre concurrence. A défaut d'avoir mis en place une structure institutionnelle bien étoffée, le GATT tentera d'atteindre ces objectifs en passant par une série de cycles de négociations qui aboutiront, entre autres, à l'adoption d'un accord ou d'un code anti-dumping et d'un accord ou d'un code portant sur les subventions et les droits compensateurs.

Le dernier cycle de négociations du GATT, l'Uruguay Round qui se déroulera de 1986 à 1994, aboutira à l'accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce qui désormais remplace le GATT¹⁶¹. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, l'OMC qui poursuit les mêmes objectifs globaux que le GATT de 1947 (la libéralisation du commerce mondial), cherche en particulier à promouvoir le libre jeu de la concurrence en imposant diverses obligations aux États et aux entreprises de ses pays membres dans leurs relations réciproques¹⁶². Dans cette optique, l'OMC, à travers ses différents accords, interdit ou limite fortement les politiques de dumping, les subventions des États à leurs entreprises exportatrices ou importatrices, et obligent ces États à soumettre les monopoles et entreprises publiques aux règles de concurrence de l'OMC¹⁶³.

Plus précisément, ces textes interdisent tout dumping, à savoir toute pratique consistant à vendre sur les marchés extérieurs à des prix inférieurs à ceux pratiqués sur le marché national, dans le but d'accaparer ces marchés en faisant disparaître les concurrents, lorsque ce dumping cause un préjudice à une branche de la production nationale du pays vers lequel les produits en question sont exportés¹⁶⁴.

Dans cette optique, la preuve de l'existence du dumping, du préjudice et du lien de causalité entre ceux-ci peut ouvrir la voie à la perception d'un droit anti-dumping égal à la marge entre le prix pratiqué dans le pays d'exportation et le prix auquel le produit est vendu dans son pays d'origine. De telles mesures administratives sont décidées et mises en oeuvre dans le cadre des règles et procédures prévues par les textes de l'OMC. Elles peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire par les entités juridictionnelles de l'État ayant pris ces mesures. Le code anti-dumping dispose que les parties ont la possibilité de procéder à des consultations et de demander à l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC l'établissement d'un groupe spécial pour régler les différends entre elles.

Par ailleurs, la réglementation du GATT/OMC distingue trois types de subventions accordées par les États tiers à leurs entreprises exportatrices. En premier lieu, on trouve les subventions à l'exportation et les subventions destinées à substituer des produits nationaux aux produits importés. Ces subventions sont fermement prohibées. En second lieu, il y a les subventions non spécifiques, c'est-à-dire disponibles automatiquement pour toute entreprise ou groupe d'entreprises répondant à certains critères précis, ainsi que, dans certaines limites, les autres subventions lorsqu'elles sont affectées à des activités de recherche, à des régions défavorisées ou à l'adaptation des entreprises à des prescriptions relatives à la protection de l'environnement. Ces subventions sont autorisées. En troisième lieu, il y a les autres subventions, telles que les subventions à une entreprise déterminée

¹⁶⁰ Sur la politique anti-dumping dans le cadre de l'Union européenne, voir not. : - Joël BOUDANT, « L'activité anti-dumping communautaire (janvier-octobre 1994) », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n° 387, avril 1995, p. 238-243 ; - Joël BOUDANT, « L'activité anti-dumping communautaire (1996) », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n° 410, juillet-août 1997, p. 470-475.

¹⁶¹ Plus précisément, comme l'indique Pierre DIDIER, « le GATT 1947 a été modifié au cours des années. En outre, des mémoranda d'interprétation, protocoles et décisions ont été adoptés à l'issue du Cycle de l'Uruguay. L'ensemble forme ce qu'il est convenu d'appeler le GATT 1994, en vigueur le 1.1.1995. L'Accord instituant l'OMC (...) est un accord distinct qui crée un cadre institutionnel chargé de faciliter la mise en oeuvre, l'administration et le fonctionnement des accords multilatéraux, dont le GATT de 1994, le GATS (l'accord sur les services) et les accords particuliers (multilatéraux et plurilatéraux) parfois appelés "Codes" » (Pierre DIDIER, « Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la communauté européenne (I) », Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 5). Voir également, sur les différends accords et règles du GATT et de l'OMC, Stéphane CHATILLON, « Droit des affaires internationales », Librairie Vuibert, Paris, 1999, 2^e éd.

¹⁶² Voir notamment, sur la nécessité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles à l'échelle internationale, Pierre ARHEL, « Dimension internationale du droit de la concurrence », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 410, juillet-août 1997, p. 492-495.

¹⁶³ Sur cette réglementation de l'OMC, voir notamment : - Pierre DIDIER, « Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la communauté européenne (I) », op. cit. ; - Stéphane CHATILLON, « Droit des affaires internationales », op. cit., p. 140-143 ; - Jean-Jacques REY et Eric ROBERT, « Institutions économiques internationales », Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 85-87. Plus précisément, la lutte contre le dumping est fondée sur l'article VI du GATT de 1994 et sur l'Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, généralement appelé code anti-dumping, adopté à Marrakech le 15 avril 1994 dans le cadre des accords issus du cycle de l'Uruguay round. Concernant les subventions, ce sont surtout les articles VI et XVI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994, également appelé Accord général sur le commerce des marchandises (AGCM), qui interdisent et, à défaut, limitent les subventions à l'exportation ou à l'importation accordée par les États contractants à leurs entreprises. Ces deux articles sont complétés et précisés par l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires faisant partie des accords conclus à l'issue du cycle de l'Uruguay Round. L'obligation de soumettre les monopoles et entreprises publiques aux règles de concurrence de l'OMC et à une certaine transparence dans leurs relations avec les États contractants résulte surtout de l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

¹⁶⁴ Sur la définition du dumping, voir en particulier : - l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ; - Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, « Lexique (termes juridiques) », op. cit., p. 225.

en vue de combler une perte d'exploitation. Ces subventions ne sont tolérées que dans certains cas ne faisant pas partie des hypothèses où elles sont considérées comme préjudiciables par l'Accord GATT-OMC.

Les subventions de la première et de la troisième catégories peuvent donner lieu à la perception de droits compensateurs à l'importation des produits subventionnés, dans le but de neutraliser les effets de ces subventions. Ici également, comme en matière de protection anti-dumping, les mesures prises par l'État d'importation pourront faire l'objet d'une révision judiciaire par les entités juridictionnelles dudit État et éventuellement d'un règlement des différends auprès de l'Organe de règlement des différends de l'OMC¹⁶⁵. Ces règles générales ne sont pas applicables aux subventions relatives aux produits agricoles. Ces dernières sont plutôt traitées à part dans l'Accord sur l'agriculture où il est prévu une réduction progressive des subventions¹⁶⁶.

En plus de l'adhésion aux règles de concurrence du GATT/OMC, les textes de l'UEMOA comportent la possibilité d'accepter les futures règles de l'OHADA sur la concurrence, malgré l'existence subséquente de quelques risques d'incompatibilité.

b) L'acceptation possible des futures règles de concurrence de l'OHADA et l'existence subséquente de quelques risques d'incompatibilité.

Signé le 17 octobre 1993 et entré en vigueur le 18 septembre 1995, le Traité de Port-Louis (en Ile-Maurice) a créé l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)¹⁶⁷. L'OHADA a pour objectif global de favoriser, au plan économique, le développement et l'intégration régionale ainsi que la sécurité juridique et judiciaire dans les affaires au niveau de ses seize États membres que sont les huit États de l'espace UEMOA, plus le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, le Gabon, la Guinée, la Guinée Équatoriale et le Tchad¹⁶⁸. Plus précisément, l'OHADA se propose comme objectifs particuliers de doter les États-parties d'un même droit des affaires, simple, moderne et adapté à la situation de leurs économies, de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels, tout en concourant à la formation et en assurant la spécialisation des magistrats et des auxiliaires de justice¹⁶⁹.

Concrètement, l'OHADA édictera une série d'actes uniformes dans divers domaines dont notamment ceux relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, au droit des sûretés, au droit des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, au droit des procédures collectives d'apurement du passif, au droit de l'arbitrage¹⁷⁰. Mais surtout, 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 Bangui¹⁷¹. Ainsi, il y a des risques de recoupement des droits de la concurrence de l'UEMOA et de l'OHADA, et en particulier des règles de fond émanant de ces deux organisations¹⁷².

Par ailleurs, il est prévu que le contentieux relatif à l'application des actes uniformes soit réglé en première instance et en appel par les juridictions des États parties¹⁷³. Afin de veiller à l'application uniforme des règles de l'OHADA dans les pays membres, le Traité de Port-Louis a instauré une Cour commune de justice et

¹⁶⁵ De façon générale, sur la pratique des différends de l'OMC en ces domaines susmentionnés, voir notamment : - Thiébaud FLORY et Nicolas LIGNEUL (dir.), « Chronique du règlement des litiges de l'OMC - I - (1^{er} juillet 1999- 31 décembre 1999) », Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 442, octobre-novembre 2000, p. 609-619 ; - Thiébaud FLORY et alii, « Chronique du règlement des litiges de l'OMC [1^{er} janvier 1995 au 30 juin 1997] », Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 425, février 1999, p. 121-127.

¹⁶⁶ Voir notamment : OMC, « Agriculture : des marchés plus équitables pour les agriculteurs », [[http : //www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm3_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm3_f.htm)], (30 janvier 2003) ; OMC, « (Résumé de l') accord relatif à l'agriculture », [[http : //www.wto.org/french/docs_f/legal_f/ursum_f.htm#aAgreement](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/ursum_f.htm#aAgreement)], (30 janvier 2003).

¹⁶⁷ Pour le texte du « Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », voir notamment : - le Journal officiel du Burkina Faso, spécial n° 5, 4 novembre 1997, p. 3-11 ; - le site Internet « www.ohada.com ». Sur l'OHADA, voir notamment : - Philippe TIGER, « Le droit des affaires en Afrique (OHADA) », PUF, collection Que sais-je, Paris, 2000, 2^e éd. ; - le site Internet « www.ohada.com » ; - la plaquette d'information Association pour l'Unification du droit en Afrique (UNIDA), « OHADA. L'harmonisation du droit des affaires en Afrique. En bref... », UNIDA, Paris, juillet 2001.

¹⁶⁸ Voir en particulier le préambule et les articles 1 et 2 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ En vertu de l'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, les actes uniformes sont directement applicables dans les États membres dès leur publication et priment sur leurs législations nationales. Les actes uniformes, par leurs effets, sont ainsi comparables aux règlements de l'UEMOA. De tels effets confèrent à ces actes, et par conséquent à l'OHADA, un caractère supranational. Voir dans ce sens, Djibril ABARCHI, « La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », Revue burkinabé de droit, n° 37, 1^{er} semestre 2000, p. 9-27.

¹⁷¹ Pour cette information concernant le projet d'harmonisation dans le domaine du droit de la concurrence, voir notamment : - Philippe TIGER, « Le droit des affaires en Afrique (OHADA) », op. cit., p. 29 ; - la plaquette d'information Association pour l'Unification du droit en Afrique (UNIDA), « OHADA. L'harmonisation du droit des affaires en Afrique. En bref... », op. cit., p. 3 ; - le site Internet « www.ohada.com ».

¹⁷² Sur la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA, voir notamment : Demba Boubacar BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », in Centre d'études européennes et de l'intégration (CEEI), « Actes du colloque de Ouagadougou des 16 et 17 décembre 1999 portant sur le thème "La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA" », op. cit., p. 157-195.

¹⁷³ Article du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

d'arbitrage, organe de contrôle juridictionnel qui a pour attributions essentielles : de connaître les pourvois contre les décisions des juridictions nationales rendues en dernier ressort et, en cas de cassation, de juger au fond ; de donner des avis sur l'interprétation et l'application commune du Traité, des règlements pris et des actes uniformes ; d'intervenir en matière d'arbitrage¹⁷⁴. Là aussi, on perçoit assez facilement les dangers d'un conflit entre les procédures judiciaires respectives de ces deux organisations pour l'application des règles de concurrence, dans la mesure où, hormis les juridictions nationales, la Cour de justice de l'UEMOA et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA sont toutes appelées à être compétentes dans une certaine mesure en matière de droit de la concurrence.

Partant, il est nécessaire d'envisager des solutions pouvant résoudre le conflit virtuel de normes et de procédures. De ce point de vue, on peut se tourner vers des solutions inspirées, d'une part, des règles contenues dans les traités UEMOA et OHADA et, d'autre part, des règles du droit international.

A ce niveau, on note surtout l'exploitation possible des articles 14 et 60, alinéa b, du traité de l'UEMOA. En effet, l'article 14 dispose que dès l'entrée en vigueur dudit traité, « les États membres se concertent au sein du Conseil afin de prendre toutes mesures destinées à éliminer les incompatibilités ou les doubles emplois entre le droit et les compétences de l'Union, d'une part, et les conventions conclues par un ou plusieurs États membres d'autre part, en particulier celles instituant des organisations économiques internationales spécialisées ». En outre, l'article 60, alinéa b, du même traité indique que dans l'exercice de ses fonctions, la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'UEMOA « 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 ». Comme résultante des dispositions de ces deux articles, on peut estimer que l'incompatibilité éventuelle des règles de concurrence des deux organisations susmentionnées pourra être résolue au sein de l'UEMOA par une mise en conformité des normes de cette dernière avec celles de l'OHADA¹⁷⁵.

Dans l'hypothèse où le conflit de normes viendrait à éclater devant le juge national ou le juge « communautaire » de l'UEMOA ou de l'OHADA sollicité pour trancher dans une affaire susceptible d'être soumise à des règles concurrentes ou antinomiques édictées par ces deux organisations, celui-ci pourra, comme moindre mal, faire prévaloir les règles de l'OHADA en raison du fait que cette dernière organisation qui englobe en son sein tous les États membres de l'UEMOA et d'autres États peut être considérée comme une organisation supérieure et inclusive du point de vue de sa composition.

Toutefois, il apparaît que le mieux par rapport à ces problèmes de compatibilité entre les droits de la concurrence de l'UEMOA et de l'OHADA est d'avoir à les prévenir plutôt qu'à les guérir. De ce point de vue, on peut envisager, comme solution de prévention de ces problèmes, le recours à la pratique systématique de la concertation et de la collaboration au cours des procédures d'élaboration et d'application des règles de l'UEMOA et de l'OHADA¹⁷⁶. Une telle remarque est d'ailleurs valable pour bien d'autres organisations d'intégration régionale ou génératrices de normes susceptibles d'entrer en conflit avec les normes de l'UEMOA : ce sont par exemple les cas de la CEDEAO et, dans une certaine mesure, de l'OMC.

Dans le cas d'espèce, il serait plus réaliste que le législateur de l'OHADA, à défaut de renoncer à son idée d'édicter un droit de la concurrence venant s'ajouter à celui des organisations « transnationales » existantes (en particulier l'UEMOA), s'inspire profondément des règles déjà établies au niveau de l'UEMOA. Dans cette optique, l'OHADA pourra se borner à énoncer quelques principes et règles générales en matière de concurrence, en laissant aux organisations régionales inférieures regroupant ses États membres (en particulier l'UEMOA et la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale - CEMAC -) l'adoption d'une législation plus détaillée dans ce domaine. Les États membres de l'UEMOA pourront peser de tout leur poids au sein de l'OHADA pour obtenir une telle solution.

Conclusion

Au terme de cette analyse du droit de la concurrence de l'UEMOA, le constat principal est que celle-ci reste éclairante en elle-même, même en l'absence d'une application effective suffisante de ce droit du fait de son caractère trop récent.

Ainsi, en ce qui concerne notre interrogation de départ sur les règles de fond adoptées par l'UEMOA, il ressort que le législateur communautaire a choisi de circonscrire son action à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des acteurs économiques de la sous-région. En ce sens, on note en premier lieu, la régulation des pratiques anticoncurrentielles des entreprises, à travers l'interdiction de principe des ententes et la prohibition des abus de position dominante. En second lieu, on observe la limitation des interventions des États, à travers l'interdiction de la plupart des aides publiques et l'obligation de libéralisation et de transparence pesant sur les États vis-à-vis des monopoles et entreprises publiques.

¹⁷⁴ Sur la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, voir notamment les articles 14 à 20 et les articles 31 à 39 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

¹⁷⁵ Voir en ce sens, Demba Boubacar BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », op. cit., p. 183-185.

¹⁷⁶ Idem.

S'agissant de la seconde interrogation portant sur la mise en oeuvre des règles de fond, il apparaît que le législateur communautaire a d'abord opté pour l'institution d'un mécanisme à deux étages pour l'application des règles de concurrence de l'UEMOA. Ce mécanisme est plus précisément basé sur la primauté des organes de concurrence de l'UEMOA et sur la coopération des structures nationales de concurrence dans les procédures de mise en oeuvre de ces règles. De surcroît, on aperçoit dans les solutions retenues pour cette mise en oeuvre un souci de compatibilité avec les autres droits de la concurrence applicables dans l'espace UEMOA, à travers la consécration de l'exclusivité du droit de l'UEMOA par rapport aux droits nationaux dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, et la prise en compte de droits « transnationaux » de la concurrence. Cette prise en compte se traduit, d'une part, par l'adhésion aux règles de concurrence du GATT/OMC et, d'autre part, par l'acceptation possible des futures règles de concurrence de l'OHADA, même si une telle acceptation comporte quelques risques d'incompatibilité.

Au vu des règles de concurrence édictées par l'UEMOA, quelques observations peuvent être faites. En particulier, on constate en définitive qu'un effort a été fait au niveau de l'UEMOA pour éviter certaines ambiguïtés ou lacunes qui avaient émaillé la construction européenne au niveau notamment du contenu précis de certaines notions, telles celles d'entreprise ou d'accord. Pour cela, le législateur de l'UEMOA s'est, selon ses dires précédemment mentionnés, profondément inspiré des solutions progressivement forgées par le juge communautaire européen, dans son rôle d'interprétation et d'application du Traité.

Malgré le caractère plus détaillé de la législation de l'UEMOA sur la concurrence et la ressemblance de ses règles avec celles adoptées au niveau communautaire européen, de grandes zones d'ombres demeurent encore quant à une série de questions concrètes que ne manqueront pas de soulever son application. Par exemple, peut-il exister une entente entre une société-mère et sa filiale ? Aussi, à défaut d'être directement complétée sur les différents points soulevant des questions sans réponses certaines, cette législation laisse une grande place au rôle d'interprétation, voire au rôle créateur du juge dans l'application des règles édictées, notamment en matière d'entente.

En tout état de cause, la lecture et l'interprétation du Traité et des textes de droit dérivé dévoilent déjà les grandes potentialités de la législation communautaire de la concurrence au sein de l'UEMOA. La pleine expression de ces fortes potentialités dépendra d'abord et avant tout de la forte implication des différents organes communautaires dont le rôle demeure primordial dans la mise en oeuvre effective des règles proposées.

Au-delà de cette implication des organes communautaires, l'effectivité du droit de la concurrence de l'UEMOA dépendra également de l'attitude des premiers acteurs que sont les entreprises, de leur connaissance des règles de fond édictées et des procédures et sanctions mises en place, et de leur volonté quotidienne d'utiliser les voies de droit tracées. Une telle perspective nécessitera à n'en pas douter une bonne information de ces acteurs par les autorités communautaires et nationales concernées par la mise en oeuvre du droit de la concurrence dans le cadre de l'UEMOA.

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, un contexte marqué 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 faire peser de lourdes hypothèques sur le développement de bon nombre d'entreprises et d'industries naissantes de la sous-région ?

Plus fondamentalement, certains acteurs sociaux s'interrogent sur l'efficacité même de la politique actuelle de concurrence et de libéralisation de l'économie. D'autres acteurs contestent cette politique en estimant que la concurrence excessive dont elle est porteuse selon eux provoque entre autres : les inégalités économiques qui existent au sein des pays et entre les pays, et le phénomène de marginalisation observé dans de nombreuses régions du globe ; la concentration du pouvoir entre les mains d'entités économiques comme les sociétés multinationales. Bon nombre de ces opposants à la politique de concurrence sont volontiers partisans d'un système économique caractérisé par une certaine dose d'interventionnisme des collectivités publiques et des institutions communautaires dans la production de biens et de services.

Les réguliers et concurrents sommets que sont, d'une part, le Forum économique mondial de Davos en Suisse, encore appelé sommet des « pro-mondialisation » (libérale), et, d'autre part, le Forum social mondial de Porto Alegre au Brésil, autrement dénommé sommet des « anti-mondialisation » (libérale) ou sommet des « alter-mondialisation », viennent constamment illustrer durant ce début de troisième millénaire (tel en janvier 2003) l'actualité et la vivacité d'une telle opposition. Alors que les partisans du premier forum sont fort convaincus des bienfaits de la libéralisation de l'économie à l'échelle mondiale et de la politique de concurrence qui l'accompagne, les tenants du second, parmi lesquels on compte des représentants de partis politiques et d'organisations non gouvernementales ou des personnalités de l'espace UEMOA, se présentent comme de farouches adversaires de cette libéralisation et de sa politique subséquente de concurrence.

Pour toutes ces raisons, il est à souhaiter que l'application effective des règles de concurrence sus-examinées se caractérise par une certaine souplesse de la Commission et de la Cour de justice de l'UEMOA, quant à l'interprétation des dispositions relatives notamment à l'exemption de certaines ententes et aides publiques. De la sorte, cette mise en œuvre effective du droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA pourra rencontrer l'assentiment et les aspirations du plus grand nombre des acteurs de l'espace UEMOA, gage de la pleine effectivité de ce droit et de la réalisation des objectifs déclarés.