

# RÉPARTITION ET EXERCICE DES COMPÉTENCES ENTRE L'UNION ET LES ÉTATS MEMBRES EN DROIT DE LA CONCURRENCE DANS L'UNION ECONOMIQUE ET MONÉTAIRE OUEST-AFRICAINE (UEOMA)

Mor Bakhoum

De Boeck Supérieur | « [Revue internationale de droit économique](#) »

2005/3 t. XIX, 3 | pages 319 à 354

ISSN 1010-8831

ISBN 2804147568

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2005-3-page-319.htm>  
-----

Pour citer cet article :

-----  
Mor Bakhoum, « Répartition et exercice des compétences entre l'union et les états membres en droit de la concurrence dans l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEOMA) », *Revue internationale de droit économique* 2005/3 (t. XIX, 3), p. 319-354.

DOI 10.3917/ride.193.0319  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour De Boeck Supérieur.

© De Boeck Supérieur. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

# RÉPARTITION ET EXERCICE DES COMPÉTENCES ENTRE L'UNION ET LES ÉTATS MEMBRES EN DROIT DE LA CONCURRENCE DANS L'UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE OUEST-AFRICAINE (UEMOA)

Mor BAKHOUM\*

***Résumé** : La mise en place d'un marché commun en UEMOA s'est accompagnée d'une réglementation de la concurrence. Le droit UEMOA de la concurrence est original en ce qu'il unifie la réglementation des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État qui devient applicable de manière exclusive et uniforme dans tous les États membres. Ceux-ci sont démis de toute compétence législative dans le domaine de compétence exclusive de l'Union.*

*Sur le plan procédural, le traité UEMOA reconnaît expressément à la Commission une compétence exclusive pour la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence. Cette centralisation matérielle et procédurale ne laisse aux États membres que des compétences résiduelles notamment pour la réglementation des pratiques restrictives et du droit pénal. Si la centralisation est justifiable par la jeunesse de l'institution et par un manque de pratique en matière de concurrence dans les États membres, elle risque néanmoins de compromettre sérieusement l'effectivité du droit communautaire de la concurrence. Dès lors une redéfinition des compétences entre l'Union et les États membres s'avère nécessaire. Dans cette optique, une redistribution souhaitable des compétences entre l'Union et les États membres devrait s'orienter vers la reconnaissance d'un réel pouvoir de décision à ceux-ci dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence.*

---

\* Doctorant en droit à l'Université de Lausanne. L'auteur voudrait exprimer sa reconnaissance et ses vifs remerciements au Pr Dr Andreas Heinemann de l'Université de Lausanne pour ses conseils avisés ainsi que son soutien infaillible. Il tient également à remercier le Pr Dr Josef Drexl du Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law de Munich et le Pr Dr Aminata Cissé Niang de l'Université de Dakar pour leurs pertinents points de vue. L'auteur exprime en outre sa gratitude au Max Planck Institut de Munich pour le financement du séjour de recherche dans le cadre duquel cet article fut rédigé.

- 1 Introduction
- 2 Des compétences fortement centralisées au niveau de l'Union
  - 2.1. L'étendue de la compétence matérielle de l'Union
    - 2.1.1 L'unification de la réglementation des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État
    - 2.1.2 Les motivations de l'unification : l'analyse de l'avis n° 003/2000/CJ/UEMOA
  - 2.2 La compétence exclusive de la Commission
    - 2.2.1 Le quasi-monopole dans le déroulement de la procédure
    - 2.2.2 Le monopole dans la prise de décisions
- 3 Des compétences résiduelles pour les États membres
  - 3.1 La survivance de compétences matérielles nationales
    - 3.1.1 Le domaine de compétence fortement limité
      - 3.1.1.1 Les compétences propres au droit national
      - 3.1.1.2 Les compétences en application du droit communautaire
    - 3.1.2 L'obligation de conformité du droit national au droit communautaire
      - 3.1.2.1 L'hypothèse de la préexistence d'une législation
      - 3.1.2.2 L'hypothèse de l'absence de législation
  - 3.2 Les compétences dans l'application du droit communautaire
    - 3.2.1 La mobilisation des autorités nationales au niveau des enquêtes préliminaires
      - 3.2.1.1 L'implication passive : l'information réciproque
      - 3.2.1.2 L'implication active : enquêtes, vérifications et assistance
    - 3.2.2 L'implication à travers le Comité consultatif de la concurrence
      - 3.2.2.1 Une composition ouverte à tous les États membres
      - 3.2.2.2 Une absence de pouvoir d'avis conforme
- 4 L'appréciation de la centralisation des compétences au niveau de l'Union
  - 4.1 Une centralisation justifiable...
    - 4.1.1 La jeunesse de l'UEMOA
    - 4.1.2 Un droit de la concurrence encore embryonnaire dans les États membres
  - 4.2 ... mais susceptible d'entacher l'effectivité du droit communautaire
    - 4.2.1 La possible réticence des autorités nationales à collaborer avec la Commission
    - 4.2.2 La protection des droits individuels diminuée
- 5 Pour une redéfinition des compétences entre l'Union et les États membres
  - 5.1 Un préalable : la promotion d'une « culture de la concurrence » dans les États membres...
    - 5.1.1 ... par la mise en place de législations nationales complémentaires
    - 5.1.2 ... par la mise en place d'autorités nationales compétentes
  - 5.2 Les modalités d'une redéfinition souhaitable des compétences
    - 5.2.1 Les compétences susceptibles d'être exercées par la Commission
      - 5.2.1.1 La compétence de principe pour les affaires ayant un intérêt communautaire
      - 5.2.1.2 Le maintien de la compétence exclusive pour les aides d'État et les exemptions
    - 5.2.2 Les compétences susceptibles d'être concurremment exercées par les États membres et par la Commission
      - 5.2.2.1 La compétence concurrente pour les ententes et les abus de position dominante
      - 5.2.2.2 L'aménagement technique de l'exercice des compétences
- 6 Remarques conclusives

*Summary*

## 1 INTRODUCTION

L'internationalisation croissante des échanges commerciaux rompt totalement avec le système commercial traditionnel parcellaire et autarcique. Sous l'effet conjugué de la mobilité des capitaux, conséquence du triomphe de la doctrine économique libérale, et du recul de l'interventionnisme étatique, nous assistons aujourd'hui à une ouverture croissante des marchés avec une forte interaction des économies.

Cette évolution économique est allée de pair avec la « recomposition de l'environnement juridique mondial sous les auspices des lois du marché »<sup>1</sup>. En effet, devant « l'affaiblissement de l'État nation face à l'accélération des flux d'échanges transnationaux »<sup>2</sup>, « la dynamique de construction de nouveaux paysages normatifs semble s'orienter vers une gestion communautaire des intérêts nationaux »<sup>3</sup>. Mais le droit, loin d'abdiquer face à la dématérialisation croissante des phénomènes économiques avec le « sentiment d'une désertification juridique » et « d'un vide du droit », a opéré une mutation par « le développement du droit international régional lié à la multiplication des Unions régionales, en réponse au progrès de la mondialisation économique »<sup>4</sup>. Ce phénomène qui constitue « une tendance lourde de la mondialisation »<sup>5</sup> répond à la fois au souci des États d'être compétitifs<sup>6</sup> dans les échanges commerciaux mais aussi d'aménager un contrôle efficace du marché<sup>7</sup> pour juguler les effets nuisibles de la mondialisation économique.

L'Afrique, pour ne pas être en reste dans ce mouvement, s'est résolument orientée dans l'intégration économique régionale avec la création d'organisations régionales et sous-régionales dans différents domaines liés au développement. Dans ce contexte, le 10 janvier 1994 a été signé à Dakar le traité de l'UEMOA<sup>8</sup>, révisé le

1. CISSÉ (A.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, 2004, p. 198.
2. BOY (L.), *Les réponses du droit à la mondialisation de l'économie*, disponible sur : <http://www.unice.fr/CREDECO/textes/mondialisation-boy.html>.
3. CISSÉ (A.), *op. cit.*, (note 1), p. 198.
4. SALAH (M.M.M.), « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, 2001, p. 258.
5. *Ibid.*
6. GOVAERE (I.), « L'établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux : de l'État régulateur souverain aux organisations d'intégration régionales promotrices, protectrices et intermédiaires », *RIDE*, 2003, p. 328.
7. LOUIS (J.-V.), « Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation ? », *RIDE*, 2002, p. 533. Selon l'auteur, « l'heure est au régionalisme et l'une des raisons d'être de son développement consiste précisément à tenter, mieux que ne pourraient le faire les États, de restaurer le pouvoir de l'autorité publique face au marché ». Toujours par rapport à ce renforcement de l'autorité publique au niveau régional, voir COURET (A.), « La structure juridique des entreprises (*corporate governance*) », *RIDE*, 2002, p. 341.
8. Le traité est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994. L'UEMOA compte à ce jour huit membres qui partagent l'usage du français en commun avec une même tradition juridique et une monnaie commune qu'est le franc de la Communauté financière africaine (CFA). Les membres originaires sont le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. La Guinée Bissau a intégré

29 janvier 2003<sup>9</sup>, avec principal objectif le renforcement de l'Union monétaire, déjà acquise dans le cadre de l'UMOA<sup>10</sup>, par une forte intégration économique.

D'autres organisations communautaires, comme la CIMA<sup>11</sup>, l'OAPI<sup>12</sup>, et la plus récente, l'OHADA<sup>13</sup>, cohabitent et sont à l'origine chacune dans leur domaine des normes juridiques applicables dans les États signataires. En Afrique centrale, la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale (CEMAC) est la sœur jumelle de l'UEMOA. La CEMAC vise l'instauration d'un marché commun entre ses États membres avec une réglementation de la concurrence<sup>14</sup>. Ce foisonnement institutionnel et normatif dans un espace géographique limité, faute d'une « organi-

---

l'organisation le 20 mai 1997. Le traité UEMOA est disponible sur le site de l'organisation : <http://www.uemoa.int>.

9. Les modifications apportées ne touchent pas les règles qui régissent le droit de la concurrence.
10. Il s'agit de l'Union monétaire ouest-africaine dont le traité constitutif a été signé le 14 novembre 1973. Il regroupe l'ensemble des pays membres de l'UEMOA et se caractérise par la reconnaissance d'une unité monétaire, le franc CFA dont l'émission est confiée à la Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO). Le traité UMOA est disponible sur : <http://www.afriqueweb.net/institutions/umoa/traite.php>.
11. Conférence interafricaine des marchés d'assurance. Cette organisation vise la mise en commun du droit des assurances dans les pays signataires (le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, la République démocratique du Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo) par la mise en place d'une législation unique appelée « Code des assurances CIMA ». Le traité constitutif a été signé le 10 juillet 1992 à Yaoundé et le code des assurances CIMA est entré en vigueur le 15 février 1995.
12. L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) est la structure qui s'occupe de la mise en commun dans les pays signataires des règles relatives à la propriété intellectuelle. Elle est née de la révision de l'Office africain et malgache de la propriété industrielle (OAMPI). La nouvelle convention a été signée à Bangui le 2 mars 1977. Le site de l'organisation est consultable sur : <http://www.oapi.wipo.net/fr/index.html>.
13. Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Elle est la plus récente et la plus proche de l'UEMOA. Regroupant l'ensemble des pays membres de l'UEMOA, elle vise l'harmonisation du droit des affaires. En réalité elle a procédé à une unification avec des actes uniformes applicables dans l'ensemble des pays membres. Des actes uniformes sont adoptés dans les domaines du droit commercial général, du droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, du droit des sûretés... L'acte fondateur de l'OHADA fut signé à Port-Louis en Île Maurice le 17 octobre 1993. Désormais depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998, date d'entrée en vigueur des actes uniformes, il existe une législation commune applicable directement dans les États signataires. Le site de cette organisation est : <http://www.ohada.com>.
14. La CEMAC regroupe les six pays d'Afrique centrale que sont le Cameroun, le Gabon, la Guinée équatoriale, la République démocratique du Congo, la République Centrafricaine, le Tchad. Le traité instituant la CEMAC a été signé le 16 mars 1994 à Ndjamena (Tchad) ; il est entré en vigueur en juin 1999 (Conférence des Chefs d'État de la CEMAC à Malabo). La CEMAC est composée de deux Unions : l'Union économique de l'Afrique centrale (UEAC) et l'Union monétaire de l'Afrique centrale (UEAC) qui sont régies par deux conventions séparées. Ce que l'UEMOA a regroupé dans une seule et même organisation à savoir l'unification économique et monétaire, la CEMAC l'a éclaté en deux mais au sein de la même organisation. Pour plus d'information consulter le site de l'organisation : <http://www.cemac.net>.

sation horizontale »<sup>15</sup>, n'est pas sans poser de réels problèmes de coordination, notamment lorsque deux droits communautaires sont en concurrence<sup>16</sup>.

Bâtie sur les fondements de l'UMOA, l'UEMOA poursuit des objectifs qui entrent en droite ligne avec ceux de l'Union monétaire<sup>17</sup>. Il faut dire que ce schéma d'intégration grâce à sa stratégie rompt totalement avec les méthodes utilisées jusqu'ici. En effet, « la tendance avait toujours été, sans un véritable bilan, de faire table rase de l'existant avec le secret dessein que l'érection d'une institution nouvelle pourrait conjurer le sort de la précarité et de l'échec »<sup>18</sup>, ce qui ne se révèle pas toujours être une bonne stratégie législative. La démarche entreprise avec la constitution de l'UEMOA est empreinte de pragmatisme et de réalisme puisqu'il n'a pas été question de remplacement ni de substitution mais de transformation, d'approfondissement et d'extension.

L'UEMOA s'appuie sur une architecture institutionnelle qui prévoit des organes de direction composés de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, du Conseil des ministres, de la Commission, ainsi que des organes de contrôle juridictionnel avec la Cour de justice et la Cour des comptes, et des organes de contrôle démocratique avec un parlement de l'Union. Des institutions spécialisées comme la BCEAO et la BOAD concourent en outre à la réalisation de ses objectifs<sup>19</sup>. L'UEMOA poursuit, entre autres objectifs, la mise en place d'un marché commun ouvert et concurrentiel basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux<sup>20</sup>.

15. DELMAS-MARTY (M.) dir., *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, Société de législation comparée, 2001, p. 11. Il s'agit d'organiser ces ensembles les uns par rapport aux autres en vue d'une cohérence non seulement dans l'émission des normes mais aussi pour leur mise en œuvre. En guise d'exemple on peut dire qu'il y a une certaine complémentarité entre l'UEMOA et l'OHADA dans le sens où la réglementation de la concurrence en UEMOA s'applique de droit dans tous les pays membres de l'OHADA puisque ceux-ci sont tous membres de l'UEMOA. Il y a un partage horizontal de fait des compétences.
16. Pour plus de développement sur la problématique de la coexistence entre différentes organisations communautaires et les problèmes de rationalité qu'elle pose, voir TOE (J.-Y.), « Quel ordre juridique dans les États de l'Afrique de l'Ouest ? », *Actes du séminaire sous-régional de sensibilisation sur le droit communautaire UEMOA* tenu à Ouagadougou le 6 octobre 2003, disponible sur : <http://droit.francophonie.org/doc/html/znao/doc/dcum/fr/2003/2003dfznaodcum16.html>.
17. Le traité de l'UEMOA indique dans son préambule que les États membres de l'UMOA sont « désireux de compléter l'UMOA par de nouveaux transferts de souveraineté et de transformer cette Union en Union économique et monétaire ouest-africaine, dotée de nouvelles compétences ». Il n'y a pas encore de fusion entre l'UMOA et l'UEMOA, celle-ci a révisé celle-là. L'art. 113 du traité de l'UEMOA qui a modifié l'art. 1 du traité de l'UMOA dispose : « Le traité constituant l'Union monétaire ouest-africaine (UMOA) est complété par le traité de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) (...) ».
18. IBRAGA (L.M.) et MAYER (P.), « La place du droit communautaire-UEMOA dans le droit interne des États membres », *Revue Burkinabé de Droit*, 2000, p. 28.
19. Article 16 du traité UEMOA.
20. Article 4 du traité UEMOA.

Dans le cadre de l'Union européenne le droit de la concurrence est plus qu'un objectif, c'est un pilier fondamental de la mise en place du marché unique<sup>21</sup>. Ce rôle central dans la construction communautaire a conduit, en doctrine, à l'analyser en tant que « droit constitutionnel substantiel de la communauté européenne »<sup>22</sup>. Pursuivant les mêmes objectifs, le législateur UEMOA s'est doté, à l'instar de son homologue européen, de textes de droit dérivé en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003<sup>23</sup>.

Les articles 88, 89 et 90 du traité posent les principes de base du droit communautaire de la concurrence par l'interdiction des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État. Ils font de la Commission l'organe central de la mise en œuvre de règles communautaires par la compétence exclusive qui lui est reconnue.

Si l'UE a choisi de décentraliser très largement l'application du droit communautaire de la concurrence en attribuant un réel pouvoir de décision aux juridictions nationales, le législateur UEMOA semble s'orienter vers une centralisation avec la reconnaissance d'une compétence exclusive de la Commission pour l'application des règles. Cette compétence exclusive de la Commission est cohérente avec celle reconnue par la Cour de justice UEMOA à l'Union pour légiférer pour tout ce qui est entente, abus de position dominante et aide d'État. En effet, dans son avis n° 003/2000<sup>24</sup>, la Cour de justice de l'UEMOA, par une interprétation discutable<sup>25</sup> des articles 88, 89 et 90 du traité de l'UEMOA, a conclu à une compétence exclusive de l'Union pour légiférer pour tout ce qui est entente, abus de position dominante et aide d'État. Les États membres n'ont dès lors de compétence législative que pour les domaines non couverts par le droit communautaire.

21. MÉLÉDO-BRIAND (D.), « Droit de la concurrence, droit constitutionnel substantiel de l'Union européenne », *RTD com.*, avril-juin 2004, p. 205.

22. *Ibid.*

23. Il s'agit essentiellement des :

- règlement n° 2/2002/UEMOA du 23 mai 2002 *relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union*, [http://www.uemoa.int/actes/2002/reglement\\_2\\_2002\\_CM\\_UEMOA.htm](http://www.uemoa.int/actes/2002/reglement_2_2002_CM_UEMOA.htm) ;
- règlement n° 3/2002/UEMOA *relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest-africaine*, [http://www.uemoa.int/actes/2002/reglement\\_3\\_2002\\_CM\\_UEMOA.htm](http://www.uemoa.int/actes/2002/reglement_3_2002_CM_UEMOA.htm) ;
- règlement n° 4/2002/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*, [http://www.uemoa.int/actes/2002/reglement\\_4\\_2002\\_CM\\_UEMOA.htm](http://www.uemoa.int/actes/2002/reglement_4_2002_CM_UEMOA.htm) ;
- directive n° 0/2002/CM UEMOA *relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du traité de l'UEMOA*, [http://www.uemoa.int/actes/2002/directive\\_02\\_2002\\_cm.htm](http://www.uemoa.int/actes/2002/directive_02_2002_cm.htm) ;
- Directive n° 1/2002/UEMOA *relative à la transparence des relations financières entre d'une part les États membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les États membres et les organisations internationales ou étrangères*, [http://www.uemoa.int/actes/2002/directive\\_01\\_2002\\_cm.htm](http://www.uemoa.int/actes/2002/directive_01_2002_cm.htm).

24. L'avis est disponible sur : <http://droit.francophonie.org/doc/orig/znao/jug/jdum/fr/2000/2000dfznaojdum2/2000dfznaojdum2.pdf>.

25. À ce propos voir le point 2.1.2.

Cette vocation centralisatrice est pour le moins surprenante de la part des pays membres de l'Union qui ont toujours adopté, avec quelques aménagements, les principes du droit européen. Cette politique concurrentielle axée sur le principe de la centralisation au niveau de l'Union suscite des enjeux énormes sur la viabilité et le succès de la mise en place d'un marché commun. La pérennité de celui-ci dépend de l'efficacité du système mis en place.

Maillon essentiel de la stratification juridique constituée du national, du régional et de l'international, le droit communautaire doit faire face à deux défis majeurs. En effet à l'ère de la concurrence entre systèmes juridiques, le droit de la concurrence doit répondre aux besoins du marché. Pour ce faire, le principe de la libre concurrence doit s'accompagner d'une organisation procédurale qui doit assurer célérité, visibilité et sécurité juridique aux investisseurs. Certes le droit de la concurrence vise d'abord à appréhender les comportements anticoncurrentiels des multinationales qui s'adonnent, impunément (du fait de l'absence de législation), à des pratiques anticoncurrentielles dans les pays en développement<sup>26</sup>, mais il doit le faire tout en prenant en compte les besoins de sécurité juridique et judiciaire de ces dernières.

Sur le plan national, le droit communautaire, loin de constituer un ordre juridique lointain, éloigné et inaccessible aux particuliers, doit être en mesure de faire partie du quotidien des entreprises. Celles-ci doivent pouvoir l'invoquer afin d'obtenir une protection efficace. Aussi, le droit de la concurrence doit-il être un droit de promotion des petites et moyennes entreprises dans les pays en développement. En effet, une application rigoureuse du droit des ententes et des concentrations<sup>27</sup> pourrait être un facteur de blocage pour les industries naissantes. Cet impératif que doit prendre en compte toute œuvre législative dans un pays en développement semble inconciliable avec le principe sacro-saint du traitement national de l'OMC. Quelle doit être la solution face à ce dilemme ?

Ces interrogations entrent dans le cadre plus général du débat international relatif au contenu des législations de concurrence que les pays en développement sont encouragés à adopter<sup>28</sup> en vertu du lien étroit qui existe entre concurrence, compéti-

26. CNUCED, *Liens entre la concurrence, la compétitivité et le développement*, TD/B/COM.2/CLP/30, Genève, 23 mai 2002, disponible sur : <http://www.unctad.org>. Selon cette étude, en 1997, les pays en développement auraient importé des biens d'une valeur comprise entre 42,2 milliards et 81,1 milliards de dollars US achetés auprès d'industriels qui avaient conclu des ententes sur les prix dans les années 1990.

27. En UEMOA les opérations de concentration ne sont interdites que dans la mesure où elles « créent ou renforcent une position dominante », comme le prévoit l'article 4 alinéa 1 du règlement n° 2/2002/CM/UEMOA (précité note 23). Il n'y a pas en réalité une réglementation détaillée des opérations de concentration. Le règlement n° 2/2002 se borne à poser l'interdiction de principe et à donner une définition large de la notion de concentration (article 4 alinéa 3 du règlement).

28. La CNUCED a, dans ce cadre, adopté une loi type dont les pays en développement peuvent s'inspirer pour légiférer en matière de concurrence. Voir CNUCED, *Loi type sur la concurrence, projet de commentaire d'éléments pour les articles d'une loi ou de loi type*, TD/RBP/CONF.5/7, Genève, 2000, disponible sur : <http://www.unctad.org>. Même dans l'UE les candidats à l'adhésion sont soumis à l'exigence de l'adoption d'une réglementation sinon « d'une politique de la concurrence ».



tivité et développement<sup>29</sup>. Une controverse persistante est apparue à ce sujet entre l'approche de développement (*development approach*) et l'approche de concurrence (*competition approach*)<sup>30</sup>. A. Heinemann présente ces deux approches de la manière suivante : « Selon l'approche de développement, les effets de la législation sur l'évolution du pays doivent être pris en considération, tandis que selon l'approche de concurrence il faut procéder à une application plus ou moins classique du droit de la concurrence. »<sup>31</sup> Doit-on dans ce contexte aménager des exceptions pour les industries naissantes afin de créer de nouveaux pôles industriels ou doit-on procéder à une application stricte des règles de concurrence ?

Loin d'être rigide dans ses principes, « le droit de la concurrence est parfaitement capable de s'adapter aux particularités d'un pays déterminé » compte tenu de la souplesse dont il dispose « sous forme d'exceptions et de règles spéciales applicables à des secteurs économiques particuliers »<sup>32</sup>. Du reste, sans remettre en cause le principe du traitement national, les pays en développement ont toujours bénéficié d'exceptions dans les relations commerciales multilatérales, notamment dans le cadre du commerce des biens, des services et de l'assistance au développement justifiées par leur niveau de développement économique<sup>33</sup>. Dès lors, la question se pose de savoir si le droit de la concurrence en UEMOA tient compte de la réalité économique caractérisée par une pléthore de petites et moyennes entreprises qui doivent faire face aux multinationales. En d'autres termes, la question de l'adéquation des règles communautaires de concurrence « 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 »<sup>34</sup> se pose.

C'est à l'aune de ces deux défis majeurs (national et international) que nous allons essayer d'apprécier la politique centralisatrice du droit de la concurrence en UEMOA. Différentes interrogations transparaissent à cet égard. Est-ce que la méconnaissance des spécificités des marchés nationaux correspond à la réalité économique des pays membres de l'UEMOA ? Est-on arrivé à un degré d'intégration économique homogène qui permet d'avoir une législation communautaire unifiée

Voir IDOT (L.), « La concurrence, condition d'adhésion à l'Union européenne : l'exemple des pays d'Europe centrale et orientale », in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud. Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 1997, p. 361-381.

29. CNUCED, *op. cit.* (note 26) et LACHMANN (W.), *The Development Dimension of Competition Law and Policy*, Genève, CNUCED, 1999, disponible sur : <http://www.unctad.org>.

30. HEINEMANN (A.), « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, 2004, p. 316.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. Pour une étude plus approfondie de cette question et notamment la « radioscopie des textes » consacrant la prise en compte de la situation des pays en développement et leurs fondements juridiques, voir DAVID (R.-G.), « Le principe du respect de la situation particulière des pays en développement et de l'assistance au développement », *RIDE*, 2003, p. 373-386.

34. COULIBALY (A.-S.), « Le droit communautaire de la concurrence », *Actes du séminaire sous-régional de sensibilisation sur le droit communautaire UEMOA tenu à Ouagadougou le 6 octobre 2003*, p. 22, disponible sur : <http://droit.francophonie.org/doc/html/znao/doc/dcum/fr/2003/>.

pour les ententes et les abus de position dominante ? Le droit communautaire de la concurrence est-il en mesure d'appréhender toutes les ententes et abus de position dominante susceptibles d'apparaître en droit interne dans le contexte d'une économie fortement informelle ? L'espace ouest-africain de la concurrence mis en place par le traité est-il adapté à son faible niveau d'intégration économique ?

En outre, la compétence exclusive de la Commission pour l'application du droit communautaire de la concurrence ne va-t-elle pas se répercuter sur son effectivité ? Les autorités nationales vont-elles véritablement collaborer à la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence ?

Par ailleurs, dans un contexte de mise en concurrence des systèmes juridiques pour l'attrait des investisseurs, la question de l'adaptabilité du droit UEMOA de la concurrence à cette donne va également nous préoccuper. C'est à la lumière de l'ensemble de ces interrogations que nous essayerons de dégager des pistes de réflexion sur la formule juridique optimale qui permettrait au droit de la concurrence en UEMOA de jouer pleinement son rôle.

Nous allons pour ce faire analyser le droit centralisé de la concurrence en UEMOA en déterminant l'étendue respective des compétences de l'Union (2) et des États membres (3), avant de porter une appréciation sur ce système (4), pour essayer de réfléchir enfin sur une nouvelle orientation dans la répartition des compétences (5).

## 2 DES COMPÉTENCES FORTEMENT CENTRALISÉES AU NIVEAU DE L'UNION

La politique de concurrence en UEMOA s'est orientée vers une centralisation poussée des compétences au niveau de l'Union. L'option d'unification législative prise en droit matériel de la concurrence qui « suppose des règles précises auxquelles les États sont tenus de se conformer »<sup>35</sup> ôte toute marge d'appréciation aux États membres. Outre le droit matériel, la centralisation se manifeste au niveau de la procédure avec la compétence exclusive de la Commission.

### 2.1 L'étendue de la compétence matérielle de l'Union

Le traité de l'UEMOA ne donne pas expressément compétence exclusive à l'Union pour légiférer en matière de concurrence. L'affirmation de cette exclusivité est d'origine jurisprudentielle. Si la détermination de l'étendue de la compétence exclusive de l'Union est sans équivoque, sa motivation ainsi que son adaptabilité à la réalité économique de l'UEMOA soulèvent des interrogations.

35. DELMAS-MARTY (M.) et IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation », in DELMAS-MARTY (M.) dir., *op. cit.* (note 15), p. 77.

### 2.1.1 L'unification de la réglementation des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État

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

Après interprétation du traité, la Cour a conclu que « les dispositions des articles 88, 89 et 90 du traité constitutif de l'UEMOA relèvent de la compétence exclusive de l'Union »<sup>36</sup>. L'affirmation est sans équivoque. Contrairement à l'UE qui reconnaît le principe de l'application parallèle du droit national et du droit communautaire en matière de concurrence, le droit UEMOA ne reconnaît aucune compétence législative aux États membres pour ce qui est de la réglementation des ententes, abus de position dominante et aides d'État. Les États membres sont ainsi dessaisis de leurs compétences et doivent apporter les réformes nécessaires<sup>37</sup> pour supprimer toute législation nationale qui empiéterait dans le domaine de la compétence exclusive de l'Union. Le juge communautaire, usant pleinement de la marge d'interprétation que lui reconnaît le traité, a fait une véritable œuvre législative<sup>38</sup> en orientant de la sorte le droit communautaire.

En posant le principe de la compétence exclusive de l'Union, « le traité de Dakar consacre ainsi un nivellement par le haut du marché de l'Union où les différents marchés nationaux sont confondus dans un marché unique qui ignore toute stratification des marchés nationaux et communautaires ; en somme, il s'est produit en quelque sorte un processus de phagocytose du droit national de la concurrence par le droit communautaire qui exerce la plénitude de sa primauté par pure substitution »<sup>39</sup>.

36. Avis n° 003/2000/CJ/UEMOA (précité note 24).

37. L'article 6 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA oblige les États membres à prendre « toutes les dispositions pour adapter leurs droits nationaux de concurrence, y compris les droits sectoriels, à la législation communautaire ».

38. M. DEMAS-MARTY distingue, dans un système juridique supranational entre le « "normateur", sorte de "législateur supranational" qui émet la norme, le "juge supranational" qui peut être simple récepteur, mais peut disposer aussi d'une marge d'interprétation de la norme et devient alors également émetteur, et le destinataire final qui est l'État (en réalité plusieurs États) ». Voir DELMAS-MARTY (M.) et IZORCHE (M.-L.), *op. cit.* (note 35), p. 85.

39. Avis n° 003/2000/CJ/UEMOA (site à la note 24).

*De facto*, l'unification du droit communautaire de la concurrence comble un vide juridique pour les États membres qui n'avaient pas jusque-là de législation de la concurrence, du moins pour ce qui est des interdictions des ententes, abus de position dominante et des aides d'État. Cette substitution fait jouer au droit communautaire de la concurrence le rôle d'instrument de régulation tant du marché communautaire que du marché national. Son application n'est pas soumise, comme en droit européen, à la condition de « l'affectation du commerce entre États membres »<sup>40</sup>. Celle-ci n'est pas une condition *sine qua non* d'applicabilité du droit communautaire de l'UEMOA. Il suffit que la pratique incriminée soit localisée à l'intérieur de l'Union pour que le droit communautaire s'applique. Naturellement le droit communautaire s'applique en outre aux affectations du commerce entre États membres.

Par l'unification juridique qu'il a opérée, le législateur UEMOA a, en pratique, « décrété » une unification économique de fait du marché national et du marché communautaire. L'unification d'un marché ne se « décrète » toutefois pas. Elle reste un objectif permanent de toute construction communautaire. Une parfaite intégration du marché commun suppose que toute pratique anticoncurrentielle qui affecte le droit national, aussi minime soit-elle, ait une répercussion sur le commerce entre États membres. Toutefois en UEMOA, la fluidité limitée des échanges intracommunautaires rend compte d'une réalité économique marquée par des marchés nationaux distincts ayant chacun leurs réalités propres.

L'unification des règles de concurrence peut être par ailleurs analysée comme un facteur de visibilité et de sécurité juridique pour les entreprises étrangères aussi bien pour le droit substantiel que pour les règles de procédure. Les incertitudes et l'*imbroglio* pouvant résulter de la coexistence de différentes législations ainsi que de différentes autorités sont désormais résolues *ipso iure*. Sous cet angle, l'unification du droit de la concurrence est un facteur de développement par les investissements qu'elle est susceptible d'attirer dans l'Union. C'est toutefois au prix d'une interprétation contestable du traité que le juge communautaire est arrivé à la conclusion de l'unification des règles de concurrence dans l'Union.

### **2.1.2 Les motivations de l'unification :**

#### **l'analyse de l'avis n° 003/2000/CJ/UEMOA**

Comme on l'a dit, la Cour de justice de l'UEMOA a, dans son avis 003/2002, posé le principe de la centralisation des compétences. Elle fonde son raisonnement sur deux axes principaux. Elle procède d'une part à un examen comparatif des dispositions du traité UEMOA avec les dispositions du droit européen de la concurrence, d'autre part à l'analyse du système institutionnel de l'Union.

---

40. Les art. 81 et 82 TCE font de l'affectation du commerce entre États membres une condition d'application du droit communautaire de la concurrence, ce qui n'est pas le cas pour les art. 88 et 89 du traité de l'UEMOA.

Sur l'examen comparatif des dispositions du traité de l'UEMOA et du traité de Rome (articles 81 et 82)<sup>41</sup>, la Cour de justice de l'UEMOA a en substance fondé son raisonnement sur le fait que l'application du droit européen était soumise à deux conditions cumulatives : d'une part il faut une « restriction volontaire et effective de la concurrence à l'intérieur du marché commun européen », d'autre part cette restriction doit être « susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire »<sup>42</sup>. C'est l'association de ces deux critères qui, selon la Cour, limite le champ d'application du droit européen de la concurrence.

Il ressort par contre de l'article 88 lettre a) du traité de Dakar que « les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de *fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union* » sont interdits de plein droit. Les abus de position dominante ne sont quant à eux sanctionnés que dans la mesure où ils sont localisés « *sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci* ». Le juge conclut de cette comparaison textuelle et littérale que, contrairement au droit européen où l'affectation du commerce intracommunautaire est une condition *sine qua non* d'application, le traité de Dakar n'en fait pas une condition pour la simple raison que celui-ci n'en fait pas état expressément. Il en résulte que « le seul fait de restreindre la concurrence à l'intérieur de l'Union, et quels que soient le marché en cause et ses limites, constitue selon le traité de l'UEMOA, une infraction au droit communautaire »<sup>43</sup>.

Par ailleurs, toujours dans sa logique comparative, le juge fait appel, pour conforter sa position, à l'article 92 TCE relatif aux aides d'États qui reprend la notion constitutive « d'affectation du commerce entre États », alors que le point c) de l'article 88 du traité de Dakar qui régit la même matière « parle simplement d'aides susceptibles de fausser la concurrence »<sup>44</sup>.

En outre, le juge soutient que le traité de Dakar, « contrairement à ce qui est prévu à l'article 87, paragraphe 2 e) du traité de Rome, n'a pas cru devoir charger la Commission de définir les rapports entre les législations nationales et le droit communautaire de la concurrence, sans doute à cause de la compétence exclusive réservée à l'Union en matière de concurrence »<sup>45</sup>. La Cour tire de sa comparaison la

41. Pour rappel, les interdictions des ententes et abus de position dominante sont formulées en ces termes aux articles 81 et 82 :

Article 81 : « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises ou toutes pratiques concertées *susceptibles d'affecter le commerce entre États membres* et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...) ». (Nos italiques.)

Article 82 : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, *dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté*, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. » (Nos italiques.)

42. Avis n° 003/2002/CJ/UEMOA.

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

conclusion que le traité UEMOA a entendu donner une compétence exclusive à l'Union pour les aspects de la concurrence qu'elle a réglementés.

Cette confrontation textuelle, bien qu'aboutissant à un résultat limpide, semble inconciliable avec l'affirmation de la personnalité juridique de l'Union<sup>46</sup>. En effet, une motivation fondée sur une simple comparaison avec le droit européen pour en tirer des conséquences aussi fondamentales ne semble pas être une démarche convaincante. Certes, le droit communautaire UEMOA est très inspiré du modèle européen<sup>47</sup>, mais il entend mettre en place un ordre juridique autonome qui répond à ses spécificités et aux objectifs que se sont assignés les États.

Cette surprenante méthode d'interprétation du juge communautaire qui ne répond en réalité à aucune des logiques d'interprétation<sup>48</sup> peut fortement entacher la recherche de la volonté réelle du législateur communautaire qui doit être « le point de départ de l'interprétation de la loi »<sup>49</sup>. Dans cette optique, un raisonnement fondé sur les principes directeurs et l'option de politique législative dégagée dans le traité UEMOA aboutiraient à un résultat différent. L'article 4 du traité UEMOA dispose dans ce sens que l'Union poursuit un certain nombre d'objectifs « dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un *environnement juridique rationalisé et harmonisé* »<sup>50</sup>. Le point e) de la même disposition corrobore cette orientation d'harmonisation en soulignant que « l'Union a pour objectif *d'harmoniser, dans la mesure du nécessaire au bon fonctionnement du marché commun*, les législations des États membres et particulièrement le régime de la fiscalité »<sup>51</sup>.

Par ailleurs, l'article 5 pose le principe de l'approbation de prescriptions minimales et de réglementations cadres. Ce principe qui « est l'expression parfaite de la réticence des États à se laisser dépouiller d'une parcelle de leur souveraineté

46. Article 9 du traité UEMOA. L'aspect international de cette personnalité est affirmé à l'article 12 du traité.

47. VIAUD (P.), « Union européenne et Union économique et monétaire de l'Ouest africain : une symétrie raisonnée », *RMCUE*, janvier 1998, p. 15.

48. SACKER (F.-J.), *L'harmonisation du droit communautaire privé avec les droits privés nationaux et les méthodes classiques de l'interprétation juridique*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2004, p. 38. Cet auteur distingue entre « l'interprétation dite logique-grammaticale » qui privilégie l'examen du sens du mot dans son aspect sémantique, « l'interprétation historique » qui vise à déterminer le sens que le législateur a voulu donner à la disposition (interprétation historique dans laquelle les travaux préparatoires prennent une grande place), « l'interprétation systématique » qui a pour but de rechercher l'interprétation permettant de donner à toutes les règles applicables à un cas concret un sens dépourvu de contradiction et présentant, dans son ensemble, le plus de cohérence possible. Elle obéit à la maxime générale que la norme inférieure doit être interprétée conformément à la norme de rang supérieur. Enfin, « l'interprétation en fonction du but poursuivi par la loi » privilégie l'esprit du texte avec comme objectif la réalisation de l'objectif poursuivi par le texte. De ces différentes méthodes, l'interprétation historique pourrait être d'un grand apport pour le juge communautaire.

49. *Ibid.*, p. 33.

50. Nos italiques.

51. Nos italiques.

(...) met davantage l'accent sur l'aspect limitation de l'exercice des compétences »<sup>52</sup>. L'Union n'a pas une compétence législative générale et absolue. Elle bénéficie d'une compétence d'attribution qui doit s'exercer dans le respect des principes dégagés par le législateur communautaire. Comme on l'a souligné avec raison, « le droit communautaire issu du traité de Dakar ignore jusque-là la notion de compétence exclusive, ce qui signifie que le principe qu'il postule a une portée générale et est donc apte à s'appliquer à tous les cas où l'Union a compétence pour agir »<sup>53</sup>. L'article 4 du traité UEMOA qui privilégie l'option d'harmonisation plutôt que l'unification conforte la thèse selon laquelle l'Union n'a pas entendu dessaisir les États membres de leurs compétences en matière de concurrence.

Quant à l'article 76 du traité, il fait de « l'institution de règles communes de concurrence applicables aux entreprises publiques ainsi qu'aux aides publiques » un objectif dont la réalisation est inscrite dans le temps. La poursuite de cet objectif ne contraste nullement avec la survivance des règles nationales applicables dans le même domaine. En effet, « le droit communautaire et le droit national en matière d'ententes considèrent celles-ci sous des aspects différents »<sup>54</sup>.

Curieusement la notion d'« affectation du commerce entre États membres » est expressément employée dans la directive n° 02/2002/CM/UEMOA qui régit la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres. Son article 5, consacré au rôle de la Commission, dispose que celle-ci a compétence exclusive pour connaître des « pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'avoir un effet sur les échanges entre États membres ». Bien qu'elle ait été adoptée après l'avis de la Cour et qu'elle soit de valeur juridique supérieure, cette disposition conforte la thèse d'une coexistence harmonieuse entre droit communautaire et droit interne de la concurrence. Techniquement possible<sup>55</sup> et économiquement souhaitable<sup>56</sup>, une cohabitation entre droit interne et droit communautaire de la concurrence n'est nullement en contradiction avec l'esprit du traité UEMOA.

Sur le plan institutionnel, la Cour de justice, après avoir rappelé le flou qui entoure le traité UEMOA, notamment en matière de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, a précisé que le traité a mis à la disposition des organes de l'Union des techniques juridiques comme les prescriptions minimales, la compétence d'attribution ainsi que la directive qui doivent circonscrire l'action

52. IBRAGA (L.-M.) et MAYER (P.), *op. cit.* (note 18), p. 43.

53. *Ibid.*

54. CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. C-14/68, *Rec.*, p. 1.

55. Certes, les niveaux de développement économique ne sont pas les mêmes mais il est constant que l'aménagement de la coexistence entre droit interne et droit communautaire peut être harmonieusement organisée avec notamment l'affirmation de la primauté du droit communautaire en cas de litige. Voir à ce propos l'arrêt *Walt Wilhelm* précité (note 54).

56. La reconnaissance d'un droit national qui va s'appliquer aux restrictions de concurrence localisées dans les limites géographiques des États membres permet un contrôle de proximité que le droit communautaire ne peut pas faire. Ce dernier ne devrait en réalité s'intéresser qu'aux pratiques qui affectent le commerce entre États membres.

législative de l'Union<sup>57</sup>. Pourtant, contrairement à toute logique, elle fonde ensuite la compétence exclusive de l'Union sur les articles 89 et 90 qui « instituent un régime juridique propre à la compétence attribuée, déterminent les actes juridiques utilisables à cette fin, organisent les mécanismes de l'exercice de la compétence qu'ils délimitent en définissant la matière sur laquelle elle porte et désignent les organes de l'Union chargés de la mise en œuvre de cette compétence »<sup>58</sup>.

Ce raisonnement qui entre en contradiction avec les principes que la Cour a elle-même énoncés semble peu convaincant. Il n'est pas inconnu du droit communautaire d'aménager un certain domaine avec une véritable organisation de l'exercice de sa compétence sans en faire un domaine exclusif. L'argument de la comparaison avec le système UE de la concurrence<sup>59</sup> peut valablement être retourné au juge.

## 2.2 La compétence exclusive de la Commission

Organe politique<sup>60</sup>, la Commission est avant tout chargée de la mise en œuvre de la politique de concurrence<sup>61</sup> telle que définie dans l'Union. Dans ce cadre, l'option prise en vue de la réalisation des objectifs économiques détermine l'étendue de ses compétences. Dès lors, avec la centralisation de l'essentiel des compétences matérielles au niveau de l'Union, il n'est pas surprenant que la Commission soit la pièce maîtresse de l'application du droit communautaire de la concurrence en UEMOA.

En Afrique centrale, on retrouve ce système centralisé d'application du droit communautaire avec un organe de contrôle régional et une Cour arbitrale<sup>62</sup>. La compétence incontestable de la Commission, qui lui est reconnue par le traité<sup>63</sup>, se manifeste à tous les stades de la procédure de mise en œuvre du droit communautaire.

57. Avis n° 003/2000/UEMOA.

58. *Ibid.*

59. Le TCE a aménagé et défini la compétence de la Communauté avec le rôle de la Commission sans remettre en cause le principe de la coexistence des deux ordres concurrentiels.

60. Il faut préciser que les membres de la Commission sont désignés par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement comme le prévoit l'article 27 du traité UEMOA. Pour ce qui est de la composition, des compétences, de la nomination et de la révocation des membres de la Commission, voir les articles 26 à 34 du traité UEMOA.

61. CHÉROT (J.-Y.), « Les bases de l'application décentralisée du droit de la concurrence », in Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, *Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 109.

62. Le droit de la concurrence de la CEMAC sera mis en œuvre par un organe de contrôle régional et une Cour arbitrale. L'organe de contrôle régional est constitué de l'Organe de surveillance de la concurrence (OSC) qui regroupe en son sein le Secrétariat général de l'UDEAC et le Conseil régional de la concurrence (CRC). La Cour arbitrale a pour mission d'examiner les recours exercés contre les décisions du Conseil régional de la concurrence. Voir à ce sujet KENFACK (Y.), *Réglementation communautaire de la concurrence et processus d'intégration économique en Afrique centrale*, Genève, CNUCED, UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.15, 2000, p. 20, disponible sur : <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/afriquecent.pdf>.

63. Article 90 du traité UEMOA.



### 2.2.1 Le quasi-monopole dans le déroulement de la procédure

L'analyse du règlement n° 3/2002/UEMOA qui régit les procédures applicables aux ententes et abus de position dominante montre que la Commission joue un rôle central dans la conduite des enquêtes. Ce quasi-monopole se manifeste sous différents aspects.

Le droit de saisine appartient concurremment à la Commission qui peut s'autosaisir, aux particuliers victimes de pratiques anticoncurrentielles et aux États membres<sup>64</sup>. Ces derniers, dans le cadre de leur mission générale de « veille permanente sur le fonctionnement du marché »<sup>65</sup>, peuvent saisir directement la Commission ou lui transmettre les plaintes des personnes physiques habilitées à la saisir.

Une fois saisie, la Commission, seule ou avec l'appui des autorités internes, procède à des enquêtes avec demandes de renseignement adressées aux entreprises en cause ou à des vérifications dans les États membres pour établir la véracité des faits<sup>66</sup>. Elle doit, dans l'exercice de ses compétences, « veiller à respecter les droits fondamentaux des entreprises » et notamment le principe du contradictoire dans la phase de l'instruction<sup>67</sup>.

On constate que, dans cette phase essentielle d'enquête et d'instruction, la Commission rassemble l'essentiel des pouvoirs. La monopolisation des compétences en UEMOA contraste avec la décentralisation de l'application du droit de la concurrence en UE avec un véritable pouvoir d'instruction et de décision reconnu aux autorités nationales en application du droit communautaire<sup>68</sup>.

Cette spécificité du droit ouest-africain pose la question de l'effectivité du droit de la concurrence dans l'Union. En effet, compétente pour toute pratique concurrentielle localisée à l'intérieur de l'Union, la Commission aura la charge d'instruire tous les dossiers, y compris les pratiques ayant un aspect minime et qui ne concernent qu'une partie infime du marché d'un État membre.

Avec le caractère informel d'une frange importante de l'économie des États de l'Afrique de l'Ouest, seule une surveillance et des enquêtes de proximité peuvent permettre une appréciation concrète de la réalité économique du marché en cause afin de déceler les pratiques susceptibles de se produire. Dans ce contexte, on ne voit pas comment la Commission peut mener à bien sa mission. Avec des ressources

64. Articles 3 et 4 du règlement n° 3/2002/CM/UEMOA.

65. DIENG (P.-A.), « Les procédures contentieuses dans la législation communautaire de l'UEMOA », *Actes du séminaire sous-régional de sensibilisation sur le droit communautaire UEMOA*, Ouagadougou, 6 octobre 2003, disponible sur : <http://droit.francophonie.org/doc/html/znao/doc/dcum/2003dfznaodcum12.html>.

66. Articles 19, 20 et 21 du règlement n° 3/2002/CM/UEMOA. Pour une étude approfondie des procédures devant la Commission, voir COULIBALY (A.-S.), *op. cit.* (note 34).

67. Le principe est posé et explicité à l'article 16 du règlement n° 3/2002/CM/UEMOA.

68. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des interdictions prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, 4 janvier 2003, n° L 1, p. 1.

matérielles et humaines limitées, seule une collaboration franche des États membres pourra l'aider dans ce sens. Ce problème sera accentué dans les États qui n'ont pas légiféré en matière de concurrence et ne disposent donc pas d'autorités de concurrence, censées aider la Commission dans sa mission. Dans ces États, le risque est patent de voir le droit de la concurrence inappliqué faute d'autorités pour assurer la surveillance des marchés et assurer le lien entre les particuliers et la Commission. Celle-ci s'appuie sur les autorités nationales pour mener à bien sa mission, mais le droit communautaire ne fait pas obligation aux États membres d'en créer ou d'améliorer le fonctionnement de celles qui existent.

### 2.2.2 Le monopole dans la prise de décisions

Cette phase qui vise à sanctionner positivement ou négativement les acteurs du marché suivant le respect ou la violation des règles est tout aussi essentielle que l'existence de ces dernières. Comme le rappelle S. Mail-Fouilleul, « l'effectivité de la règle de droit ne pouvant d'ailleurs être évaluée qu'à la lumière des contrôles et des sanctions la soutenant »<sup>69</sup>. Maître de la procédure, la Commission monopolise le pouvoir de décision. Ce monopole n'est en réalité pas surprenant puisqu'il n'est que la conséquence logique de la politique centraliste véhiculée aussi bien par les règles matérielles que par la procédure<sup>70</sup>. La Commission est par conséquent le seul organe habilité en dernier ressort à interdire une pratique ou à accorder une exemption individuelle ou par catégorie<sup>71</sup> en vertu du droit communautaire de la concurrence.

La centralisation du pouvoir de décision ne permet pas de faire cesser les infractions au droit de la concurrence aussi rapidement que ne pourraient le faire les autorités nationales. Cette préoccupation, la Commission de l'UE l'a prise en compte dans sa communication de 1993 lorsqu'elle soutint que « les juridictions nationales peuvent (...) ordonner de mettre fin aux infractions plus rapidement que la Commission n'est en mesure de le faire »<sup>72</sup>. Il y a par conséquent en UEMOA le risque de voir perdurer des infractions au droit de la concurrence dans l'attente d'une décision de la Commission.

---

69. MAIL-FOUILLEUL (S.), *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2002, p. 1.

70. La dimension politique du droit communautaire est dans une large mesure mise en œuvre par la Commission à travers l'interprétation, au cas par cas, qu'elle donne au traité ainsi qu'aux règlements d'application. Par une certaine marge de manœuvre qu'elle s'aménage, la Commission a le loisir, suivant les objectifs et les priorités, de donner une appréciation différente des dispositions. Voir à ce sujet MAIL-FOUILLEUL (S.), *op. cit.* (note 69), p. 3.

71. La Commission peut en outre délivrer une attestation négative, après notification par les intéressés (articles 8 à 11 du règlement n° 3/2002), faire cesser les opérations de concentration lorsqu'elles sont assimilables à des positions dominantes (article 4 alinéa 3 du règlement n° 3/2002), prendre des mesures provisoires (article 5 du règlement n° 3/2002) ou des mesures concernant les aides publiques (régies par le règlement n° 04/2002/UEMOA).

72. Voir Commission européenne, *Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE*, JOCE n° C-039 du 13 février 1993, p. 6, point 16.

Le pouvoir de décision de la Commission n'est pas sans limites : « tout pouvoir doit trouver son juge »<sup>73</sup>. La « nécessité de protéger au mieux les intérêts des entreprises tout en laissant à la Commission les moyens de mettre en œuvre sa politique »<sup>74</sup> est tout le dilemme du contrôle juridictionnel de l'action de la Commission qui est exercé par la Cour de justice de l'UEMOA<sup>75</sup>, à travers le contentieux en annulation<sup>76</sup> ou le contentieux de pleine juridiction<sup>77</sup>.

### 3 DES COMPÉTENCES RÉSIDUELLES POUR LES ÉTATS MEMBRES

Les États membres de l'UEMOA n'ont plus les coudées franches pour légiférer en droit de la concurrence. Ils ne disposent plus que d'une compétence législative résiduelle. À cette compétence législative résiduelle s'ajoute une implication limitée des autorités nationales dans l'application du droit communautaire.

#### 3.1 La survivance de compétences matérielles nationales

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

73. DELICOSTOPOULOS (C.S.), *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire : contentieux de la concurrence et de la bourse*, Paris, LGDJ, 2002, p. 277.

74. MAIL-FOUILLEUL (S.), *op. cit.* (note 69), p. 557.

75. C'est l'article 90 du traité de l'UEMOA qui fixe le principe du contrôle en ces termes : « La Commission est chargée, sous le contrôle de la Cour de justice, de l'application des règles de concurrence prescrites par les articles 88 et 89. Dans le cadre de cette mission, elle dispose du pouvoir de prendre des décisions. » (Nos italiques.)

76. Le contentieux en annulation est ouvert aux États membres, au Conseil ainsi qu'à toute personne physique ou morale contre tout acte lui faisant grief (article 31 du règlement 3/2002/CM/UEMOA). L'article 8 du *protocole additionnel I relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA* ([http://www.uemoa.int/actes/1996/Protocole\\_additionnel\\_I.htm](http://www.uemoa.int/actes/1996/Protocole_additionnel_I.htm)) définit les titulaires du recours dans les mêmes termes. Comparé au recours de plein contentieux, le recours en annulation est minimaliste puisqu'il ne se limite qu'à l'annulation de l'acte. Toutefois le traité UEMOA oblige l'organe de l'Union dont émane l'acte annulé à prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice, celle-ci ayant la faculté d'indiquer les effets des actes annulés qui doivent être considérés comme définitifs (article 10 du protocole additionnel I).

77. Article 31 alinéa 2 du règlement n° 3/2002/CM/UEMOA. Ce recours est ouvert contre les décisions de la Commission qui fixent une amende ou une astreinte. Ce contentieux étend et approfondit les pouvoirs de la Cour de justice, puisqu'il lui donne le pouvoir, au-delà de la simple déclaration d'illégalité, de réformer la décision attaquée. Elle peut ainsi modifier ou annuler les décisions prises, réduire ou augmenter le montant des amendes et des astreintes ou imposer des obligations particulières.

### 3.1.1 Le domaine de compétence fortement limité

Aux compétences propres au droit national s'ajoutent celles reconnues en application du droit communautaire.

#### 3.1.1.1 *Les compétences propres au droit national*

Confirmant la position de la Commission, la Cour de justice de l'UEMOA a admis que le « principe exclusiviste de la compétence ne permet pas aux États membres de légiférer de plein droit dans les matières de l'article 88 du traité »<sup>78</sup>.

Démis ainsi de toute compétence pour les ententes, abus de position dominante et aides d'État, les États membres, s'ils légifèrent en matière de concurrence, doivent respecter le domaine de compétence exclusive de l'Union. Certaines pratiques non prévues par le droit communautaire peuvent ainsi être interdites en droit national en toute conformité avec la législation communautaire.

La loi 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique<sup>79</sup>, qui est (était) la pierre angulaire de la politique de concurrence du Sénégal, prévoit des interdictions qui vont plus loin que celles prévues par le droit communautaire. Il en est ainsi du refus de vente<sup>80</sup>, de l'abus de dépendance économique<sup>81</sup>, des conditions de vente discriminatoires<sup>82</sup>, de la revente à perte (dumping interne)<sup>83</sup> ainsi que de l'imposition d'un prix minimum<sup>84</sup>. La concurrence déloyale n'est pas expressément prévue par la loi sénégalaise de 1994, toutefois un État membre peut valablement légiférer dans ce domaine. Comme on le constate, le droit national « occupe le terrain » laissé libre par le droit communautaire. Mais dès 1969, la CJCE avait prévenu que, si elle était claire en apparence, la délimitation entre domaine de compétence nationale et communautaire n'est toutefois pas aisée à établir « en raison de l'interdépendance éventuelle des phénomènes économiques et des situations juridiques considérées »<sup>85</sup>. En effet, aussi bien le refus de vente, la revente à perte que les conditions de vente discriminatoires peuvent être l'expression d'un abus de position dominante. Lorsque le refus de vente résulte d'agissements de plusieurs acteurs, il est assimilable à une entente. Dans ces hypothèses, un flou s'installe dans la détermination de la ligne de démarcation du droit communautaire et du droit national, ce qui provoque le risque d'une application simultanée du droit national et du droit communautaire.

78. Avis 003/2000/CJ/UEMOA.

79. Publiée au *Journal Officiel de la République du Sénégal (JORS)*, 27 août 1994, p. 384. Le texte est aussi disponible sur le site de l'Agence de régulation des télécommunications (ART) du Sénégal sur : <http://www.art-telecom-senegal.org/telecharger/loin9463dudu22aout1994surlesprixlaconcurrenceetlecontentieuxéconomique.pdf>.

80. Article 26, loi 94-63 du 22 août 1994 précitée (note précédente).

81. Article 27.

82. Article 28.

83. Article 30.

84. Article 29.

85. CJCE, *Walt Wilhelm* (cité note 54), point 3.

### 3.1.1.2 Les compétences en application du droit communautaire

En matière pénale, les États membres sont « compétents en toute exclusivité, pour prendre toutes les dispositions pénales réprimant les pratiques anticoncurrentielles, les règles de transparence du marché et même l'organisation de la concurrence »<sup>86</sup>. Par conséquent, « le droit pénal de la concurrence des États membres devra s'adapter au droit communautaire pour caractériser les infractions pénalement punissables »<sup>87</sup>. Aussi bien la détermination des infractions que la fixation des sanctions est de la compétence des États membres qui l'exercent en fonction de leurs valeurs de références respectives.

De cette compétence déléguée aux États membres peuvent résulter « un risque d'hétérogénéité des sanctions encourues » et « une concurrence des justices des États membres »<sup>88</sup> dans l'optique d'attirer les investisseurs. Ce « risque de voir se multiplier les "forum shopping" »<sup>89</sup> ne peut être jugulé qu'avec un rapprochement des infractions punissables ainsi que des sanctions pénales à travers la création de vecteurs communs de détermination des infractions et de fixation des peines encourues.

### 3.1.2 L'obligation de conformité du droit national au droit communautaire

L'obligation de conformité est la traduction concrète de la nécessaire harmonie dans la cohabitation entre droit national et droit communautaire. Il est en effet évident que « pour qu'un système juridique puisse prétendre, sinon à l'harmonie, du moins à la cohérence, il doit répondre à quelques conditions élémentaires. Les normes qui y sont édictées – par des autorités publiques distinctes – ne se contredisent pas »<sup>90</sup>. Ainsi confirmant les principes d'effet direct et de primauté des normes communautaires<sup>91</sup>, la directive n° 02/2002/UEMOA fait obligation aux États membres de prendre « toutes les dispositions pour adapter leurs droits nationaux de concurrence, y compris les droits sectoriels, à la législation communautaire »<sup>92</sup>. Les structures nationales de concurrence, du moins celles qui existent, doivent aussi voir leurs compétences limitées aux fonctions qui leur sont dévolues par le droit communautaire<sup>93</sup>.

Deux hypothèses peuvent dès lors se présenter : d'une part « celle où il a préexisté un droit national, civil ou commercial de la concurrence dans l'État membre antérieur à la mise en vigueur du droit communautaire », d'autre part « celle où le

86. Avis 003/2000/CJ/UEMOA.

87. *Ibid.* Nos italiques.

88. CISSÉ (A.), *op. cit.* (note 1), p. 224.

89. *Ibid.*

90. IBRAGA (L.-M.) et MAYER (P.), *op. cit.* (note 18), p. 38.

91. Principes expressément posés par l'article 6 du traité UEMOA.

92. Article 6 alinéa 1 de la directive n° 2/2002/CM/UEMOA.

93. Article 6 alinéa 2 du même texte.

droit national, civil ou commercial de la concurrence n'existe pas ou est en cours d'élaboration »<sup>94</sup>.

### 3.1.2.1 *L'hypothèse de la préexistence d'une législation*

Dans ce cas, la législation préexistante devient inapplicable, dans la mesure où ses dispositions sont désormais régies par le droit communautaire. Selon la Cour, « il se produit un mécanisme de substitution en faveur du droit communautaire applicable de façon uniforme dans tous les États membres »<sup>95</sup>. Les États membres sont ainsi soumis à l'obligation positive de réformer les droits matériels nationaux ainsi que les compétences des autorités internes pour les rendre conformes aux compétences qui leur sont reconnues par le droit communautaire. Cette exigence est par ailleurs soumise à une exigence temporelle puisqu'elle doit se faire dans un délai de six mois après l'entrée en vigueur de la directive n° 02/2002/UEMOA, comme le prévoit son article 3. Cette réforme devrait à l'heure actuelle être achevée. Mais est-ce le cas en réalité ? Au Sénégal par exemple, aucune disposition n'a été prise pour mettre la loi de 1994 en conformité avec les exigences communautaires.

### 3.1.2.2 *L'hypothèse de l'absence de législation*

Dans pareille hypothèse, la Cour de justice estime qu'« il n'y a aucune raison d'envisager ou de poursuivre l'élaboration d'un tel droit, dès lors que le droit communautaire en vigueur est venu régir de façon impérative et uniforme ce domaine devenu du reste de la compétence exclusive de l'Union »<sup>96</sup>, du moins dans les domaines couverts par le droit communautaire. Les États membres sont par conséquent soumis à une obligation de ne pas faire en vertu de l'article 7 du traité qui prescrit aux États de s'abstenir de toutes mesures faisant obstacle à l'application du traité de l'Union. Le risque d'une abstention totale est réel pour les États membres qui ne verront pas l'opportunité de légiférer, encore moins de créer des autorités de contrôle qui n'auront qu'à exercer des compétences résiduelles.

L'obligation de loyauté envers le droit communautaire s'impose aussi bien au législateur qu'au juge. Si celui-ci doit, dans son office, s'abstenir d'appliquer toute disposition en contradiction avec le droit communautaire, celui-là doit apporter les réformes nécessaires pour rendre le droit national conforme au droit communautaire. En effet, le droit communautaire joue « le rôle de dénominateur commun pour l'harmonisation, tant du point de vue législatif qu'en ce qui concerne l'interprétation du droit national »<sup>97</sup>.

94. Avis n° 003/2000/CJ/UEMOA.

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*

97. PAPPALARDO (A.), « Les relations entre le droit communautaire et les droits nationaux de la concurrence », *RIDE*, 1995, p. 139.

## 3.2 Les compétences dans l'application du droit communautaire

La compétence exclusive de la Commission dans l'application du droit communautaire ne peut être mise en œuvre efficacement qu'avec l'appui des autorités internes. C'est la raison pour laquelle le droit communautaire a institué une collaboration obligatoire avec les autorités nationales au niveau des enquêtes préliminaires, tout en leur reconnaissant un pouvoir d'avis à travers le Comité consultatif de la concurrence.

### 3.2.1 La mobilisation des autorités nationales au niveau des enquêtes préliminaires

L'implication des autorités nationales peut, suivant sa nature et son intensité, être qualifiée d'active ou de passive.

#### 3.2.1.1 *L'implication passive : l'information réciproque*

La Commission doit, dans le cadre de l'exercice de ses compétences, tenir les autorités nationales informées des enquêtes en cours. Ainsi, lorsqu'elle adresse une demande de renseignement, soit par ordinaire<sup>98</sup> ou par voie de décision<sup>99</sup>, à une personne, à une entreprise ou à une association d'entreprises, elle adresse simultanément une copie de cette demande à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se trouve le domicile de la personne ou le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises<sup>100</sup>.

Par ailleurs, lorsqu'elle projette d'effectuer une vérification dans un État membre, elle doit aviser « en temps utile avant la vérification » l'autorité compétente de l'État membre ; elle doit en outre lui communiquer le procès-verbal ainsi qu'une liste de tous les documents provisoirement retenus<sup>101</sup>.

La Commission peut en retour recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des gouvernements ainsi que des autorités compétentes des États membres. Lorsqu'elles sont sollicitées, les autorités internes doivent, en vertu de l'obligation de collaboration qui leur est imposée par l'article 7 du traité de l'UEMOA, mettre à la disposition de la Commission tous les renseignements utiles sous peine de

98. Ces demandes qu'on peut qualifier d'informelles sont adressées aux entreprises lorsque la Commission décide de procéder à la collecte d'informations lui permettant de se prononcer sur une demande ou une situation.

99. Ces demandes par voie décisionnelle interviennent dans l'hypothèse où la personne morale mise en cause dans le cadre d'une procédure ne fournit pas tous les renseignements nécessaires à la Commission ou les fournit de manière incomplète. Dans cette hypothèse la Commission adresse à l'entreprise en cause une demande par voie de décision. Celle-ci précise les renseignements demandés, fixe un délai approprié dans lequel les renseignements doivent être fournis, indique les sanctions prévues ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision (voir article 18.5 du règlement n° 3/2002/UEMOA).

100. Article 18 alinéas 2 et 6 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

101. Article 21 alinéas 1 et 2 du même texte.

manquement à leurs obligations. Cette phase d'information est nécessaire à la poursuite des enquêtes.

### **3.2.1.2 L'implication active : enquêtes, vérifications et assistance**

Les structures nationales de concurrence sont investies d'une mission générale d'enquête, sur initiative nationale ou sur mandat exprès de la Commission. Elles mènent une activité permanente de surveillance du marché afin de déceler les dysfonctionnements liés aux pratiques anticoncurrentielles. Dans ce cadre, les structures nationales sont chargées de transmettre des rapports semestriels ou des notes d'information sur la situation de la concurrence dans les secteurs économiques ayant fait l'objet d'enquête, de procéder au recensement des aides d'État et d'en faire un rapport trimestriel à la Commission, de produire un rapport annuel sur l'état de la concurrence dans le pays<sup>102</sup>. Elles doivent en outre prêter assistance aux agents de la Commission lorsque celle-ci conduit elle-même les enquêtes et suivre, en collaboration avec toute administration habilitée, l'exécution des décisions de la Commission<sup>103</sup>.

Telle qu'elle est réglementée par les textes, la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence devrait permettre une surveillance effective des marchés. On constate que les enquêtes préliminaires sont du ressort des structures nationales alors que la Commission concentre les pouvoirs d'instruction et de décision. En pratique, toutefois, ce schéma en deux étapes peut ne pas fonctionner, puisque les structures nationales, lorsqu'elles existent, ne vont pas se sentir impliquées dans l'application du droit communautaire. En effet, les États membres ne verront pas l'intérêt de financer la mise en place d'une structure nationale de concurrence qui ne serait qu'au service de la Commission.

## **3.2.2 L'implication à travers le Comité consultatif de la concurrence**

Le traité UEMOA a créé un Comité consultatif de la concurrence. Le règlement n° 3/2002/UEMOA régit les modalités d'organisation et de fonctionnement de cet organe qui constitue un prolongement de la coopération entre les États membres et la Commission. Ouvert à tous les États membres, le Comité a des compétences limitées.

### **3.2.2.1 Une composition ouverte à tous les États membres**

Le Comité est exclusivement composé de fonctionnaires des États membres compétents en matière de concurrence. « Lorsque le comité est amené à statuer dans un secteur d'intérêt économique général, la délégation de chaque État membre devra comprendre un représentant de l'agence nationale de régulation du secteur concerné ou à défaut un représentant de l'association professionnelle dudit secteur. »<sup>104</sup> Cette

102. Article 3 alinéa 3 lettre b de la directive n° 2/2002/CM/UEMOA.

103. Article 3 alinéa 3 lettre c du même texte.

104. Article 28.3 du règlement n° 3/2002/CM/UEMOA.



composition ciblée reflète la volonté de connaître de manière approfondie le secteur d'activité en cause afin de rendre une décision appropriée.

### **3.2.2.2 Une absence de pouvoir d'avis conforme**

Avant toute décision, la Commission est tenue de recueillir l'avis du comité consultatif. Aussi bien pour les décisions concernant les entreprises (attestation négative, constatation des infractions, décision d'exemption individuelle) que les aides d'État, l'avis du Comité est nécessaire. Il est en outre consulté pour la fixation des amendes et astreintes prévues par le règlement n° 3/2002 en ses articles 22 et 23 lorsque les entreprises ne satisfont pas à leurs obligations découlant des enquêtes et vérifications.

Cette consultation, qui a lieu sur initiative de la Commission lors d'une réunion avec le Comité, est certes une bonne initiative dans le cadre de la collaboration entre autorités nationales et autorités communautaires, néanmoins l'avis du Comité n'a en réalité aucun effet contraignant. La Commission n'est en effet pas liée par cet avis.

Il apparaît ainsi que l'implication des autorités nationales n'est en pratique pas poussée puisqu'en dernier ressort c'est la décision de la Commission qui va primer. Théoriquement, l'avis du Comité est pris en compte, mais en pratique il peut y avoir un véritable décalage entre la décision prise et l'avis du Comité. Tout au plus, comme le prévoit l'article 28.7 du règlement n° 3/2002, sur recommandation du Comité, la Commission peut procéder à la publication de la décision.

Cependant, force est de reconnaître que, même si le Comité n'a que des pouvoirs très limités, symboliquement, son existence dénote une réelle volonté d'associer les autorités des États membres à la prise de décisions.

## **4 L'APPRÉCIATION DE LA CENTRALISATION DES COMPÉTENCES AU NIVEAU DE L'UNION**

Un regard critique sur la politique centraliste de la concurrence (centralisation matérielle et procédurale) en UEMOA révèle que, même si la centralisation est justifiable à plusieurs égards, elle ne garantit pas de manière suffisante la protection des droits individuels des particuliers.

### **4.1 Une centralisation justifiable...**

À la jeunesse de l'institution, qui vient à peine de dépasser dix ans d'existence, s'ajoute un droit de la concurrence naissant dans les États membres.

#### **4.1.1 La jeunesse de l'UEMOA**

Bien qu'étant le prolongement d'une longue Union monétaire dans le cadre de l'UMOA, les objectifs économiques de l'UEMOA et notamment la politique de

concurrence sont relativement nouveaux. Les principales interdictions basiques adoptées depuis 1994 avec la signature du traité ne sont effectives que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, date d'adoption des règlements d'application. Cette jeunesse de l'organisation peut justifier la mise en place d'un organe unique de décision ainsi que des règles uniformes applicables dans tous les États membres.

Dans un marché commun en construction et dans un contexte de libéralisation, la Commission devrait mettre l'accent sur la lutte contre les pratiques susceptibles d'entraîner le cloisonnement des marchés nationaux afin d'augmenter leur degré de « contestabilité »<sup>105</sup>. Elle doit être en outre vigilante à l'égard des comportements restrictifs émanant des grandes entreprises des États membres, surtout celles bénéficiant d'un monopole ainsi que les multinationales<sup>106</sup> dont les pratiques peuvent être nuisibles à la compétitivité des petites et moyennes entreprises. Celles-ci devraient en outre bénéficier d'une application « clémente » de l'interdiction des ententes dans l'optique d'assurer leur survie. En effet, la politique communautaire doit aller dans le sens de l'autorisation de certains accords ainsi que la promotion de la coopération entre les *infant industries* pour assurer leur développement<sup>107</sup>. L'avance technologique des multinationales, en leur permettant de minimiser leurs coûts de production, rend toute perspective de concurrence difficile pour les *infant industries*. Cette situation doit justifier, en faveur de celles-ci, une exception mesurée dans l'application des interdictions. Cette politique n'est possible qu'en fonction des compétences reconnues aux autorités communautaires. Ces dernières doivent déterminer des priorités et orienter, en fonction de celles-ci, l'action de l'Union par une interprétation uniforme des règles communautaires.

En outre, la centralisation du pouvoir décisionnel au niveau de l'Union est un gage de transparence dans la mise en œuvre du droit communautaire. En effet, l'indépendance de la Commission vis-à-vis des États membres permet d'affranchir le droit communautaire de l'influence des pouvoirs privés locaux ainsi que des

---

105. La notion de « contestabilité » fait référence à l'augmentation du degré d'ouverture des marchés pour les pays qui se sont engagés dans un processus de libéralisation et de déréglementation de leur économie. Cet objectif doit figurer en bonne place dans la réglementation de la concurrence des pays qui ont engagé un processus d'ouverture de leur marché. Voir CURIEL LEIDENZ (C.), *Élaboration d'un modèle de promotion de la concurrence dans le cadre de la mise en place de politiques de concurrence en Amérique latine*, UNCTAD/ITCD/CPL/Misc.12, Genève, CNUCED, 2002, p. 2, disponible sur : <http://www.unctad.org>.

106. La prise en compte de la dimension du développement dans l'élaboration d'une législation sur la concurrence doit se matérialiser par la possibilité non seulement de lutter contre les pratiques restrictives de concurrence des grandes entreprises nationales mais aussi de limiter les abus de monopole créés par les concentrations internationales. Voir à ce sujet SINGH (A.), *Competition and Competition Policy in Emerging Markets : International and Developmental Dimensions*, UNCTAD/GDS/MDPB/G24/18, Genève, CNUCED, 2002, p. 15, disponible sur : <http://www.unctad.org>.

107. Comme dans l'UE (Commission européenne, *Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne* (de minimis), JOCE n° C 368 du 22 décembre 2001 p. 13), la Commission de l'UEMOA devrait exempter non seulement les accords d'importance mineure mais aussi ceux qui permettent aux PME de se regrouper afin de créer des pôles industriels capables de supporter la concurrence.

intérêts sectoriels nationaux qui pourraient porter atteinte à sa mise en œuvre uniforme dans l'Union.

Par ailleurs, la reconnaissance d'une compétence exclusive à un organe supranational chargé d'opérer la surveillance dans tous les pays membres est une option justifiable par le besoin, pour des pays en développement, de « procéder à une allocation commune de leurs ressources »<sup>108</sup>. En effet, « face à la pénurie des moyens, une telle concentration des ressources au niveau régional semble une option convaincante, toujours à condition que l'on réussisse à établir une administration supranationale efficace »<sup>109</sup>.

Il faut souligner enfin que, dans un marché commun en gestation, le critère de l'affectation du commerce entre États membres pourrait ne pas être opérationnel compte tenu du faible degré de fluidité des échanges intracommunautaires.

#### 4.1.2 Un droit de la concurrence encore embryonnaire dans les États membres

Les pays membres de l'UEMOA ont une expérience différenciée en matière de concurrence. Si certains d'entre eux disposent d'une loi ainsi que d'une autorité chargée de la mettre en œuvre, d'autres tardent à légiférer dans le domaine. Quand elles existent, ces législations ainsi que les autorités chargées de les mettre en œuvre ne répondent pas toujours efficacement à leur mission de surveillance des marchés. Ce facteur peut être un élément justificatif de la centralisation des compétences au niveau de l'Union afin de ne pas courir le risque d'une mauvaise application ou d'une application différenciée du droit communautaire.

À part le Sénégal qui est très en avance dans ce domaine<sup>110</sup>, certains pays membres tardent à légiférer en droit de la concurrence. Le Mali s'est, à l'instar du Sénégal, doté d'une loi sur la concurrence et d'une autorité de la concurrence<sup>111</sup>, ainsi que la Côte d'Ivoire<sup>112</sup> et le Burkina Faso<sup>113</sup>. Le Bénin, quant à lui, ne dispose pas

108. HEINEMANN (A.), *op. cit.* (note 30) p. 320.

109. *Ibid.*

110. Le Sénégal s'est doté d'une législation dès 1964. Elle a été révisée par la loi de 1994 (note 79). Cette dernière loi a à la fois posé les interdictions et institué une Commission nationale de la concurrence.

111. Voir les articles de presse qui en ont fait état sur : [http://www.maliweb.net/news/news.php?postdate=2004-07-27&news\\_id=1723](http://www.maliweb.net/news/news.php?postdate=2004-07-27&news_id=1723).

112. La législation ivoirienne sur la concurrence date de décembre 1991 (Loi n° 91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence). Une Commission de la concurrence a également été créée. Elle donne son avis sur toutes les questions concernant la concurrence dont elle est saisie par le gouvernement ou dont elle se saisit elle-même. Voir OMC, *Examen des politiques commerciales : premier communiqué de presse, Résumé des rapports du secrétariat et du gouvernement*, Côte d'Ivoire, COMMUNIQUÉ DE PRESSE, PRESSE/TPRB/8, 27 juin 1995, disponible sur : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/tp\\_r\\_f/tp008\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/tp_r_f/tp008_f.htm) ; voir également le document de l'OCDE sur *Les objectifs du droit de la concurrence et la structure optimale d'une instance chargée de la concurrence au sein de l'Administration*, disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/58/27/2485915.pdf>.

113. Le droit de la concurrence au Burkina Faso est régi par la loi n° 15/94/ADP du 15 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina. Est aussi mise en place une Commission nationale de la

encore d'une législation sur la concurrence, encore moins d'une autorité chargée de la mettre en œuvre. Une loi serait toutefois en cours de finalisation<sup>114</sup>. Le Niger dispose d'un texte de loi sur la concurrence et les prix mais pas d'une autorité de concurrence investie d'une mission spécifique dans ce domaine<sup>115</sup>.

L'absence de structures chargées d'appliquer le droit de la concurrence dans certains pays peut s'expliquer par le manque de compétences appropriées, l'insuffisance de ressources financières pour former des cadres et pour créer de nouveaux organes et par l'inexistence d'une culture de la concurrence chez les opérateurs économiques.

L'unification des règles de concurrence permet par ailleurs de combler *de facto* le vide juridique dans les pays ne disposant pas de législation en la matière, ce qui permet d'assurer, dès lors, une surveillance uniforme des marchés internes dans un marché commun en construction.

## 4.2 ... mais susceptible d'entacher l'effectivité du droit communautaire

Même s'il comporte des avantages certains, le système centralisé des compétences en UEMOA est susceptible de révéler ses limites, notamment en cas de refus de collaboration des États membres. Cela peut porter atteinte à la protection des droits des particuliers.

### 4.2.1 La possible réticence des autorités nationales à collaborer avec la Commission

L'article 7 du traité de l'UEMOA oblige les États membres à collaborer sans réserve pour l'application du droit communautaire. La réalité peut toutefois être autre. Dessaisies de toute compétence dans la mise en œuvre du droit communautaire, les autorités des États membres pourraient s'abstenir de toute collaboration avec la

---

concurrence et de la consommation. Voir CNUCED, *Les besoins en matière de renforcement de capacité et d'assistance technique des pays en développement et des économies en transition : cas du Burkina Faso*, disponible sur : <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/IGE0702/BurkinaFaso.pdf>. La loi organisant la concurrence au Burkina a été modifiée en 2001 par la loi 033/2001/AN, disponible sur : <http://www.artel.bf/LOI033.html>.

114. Voir CNUCED, *L'examen par les pairs des politiques et du droit de la concurrence*, disponible sur : [http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/meet\\_july04/Contribution\\_Benin.pdf](http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/meet_july04/Contribution_Benin.pdf). Sur les dispositions législatives chargées de lutter contre certaines pratiques anticoncurrentielles, notamment les ententes sur les prix et les fraudes, voir CNUCED, *Renforcement des capacités de contrôle en matière de concurrence en République du Bénin*, disponible sur : <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/IGE0702/Benin.pdf>.

115. Le texte de base en matière de concurrence et de prix est l'ordonnance n° 92-025 du 7 juillet 1992, voir <http://www.investir-au-niger.org/fca-investir-niger-2.htm>.

Commission, notamment pour les enquêtes et pour l'exécution des décisions. Le risque est d'autant plus grand que les questions de souveraineté nationale peuvent bloquer toute initiative allant dans le sens d'une réelle collaboration pour l'application du droit communautaire. Cette situation peut déteindre sur l'effectivité du droit communautaire puisque, à elle seule, la Commission ne peut pas mettre efficacement en œuvre le droit communautaire de la concurrence. Le marché commun en construction pourrait en pâtir.

#### 4.2.2 La protection des droits individuels diminuée

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

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

En UEMOA on note en outre un éclatement du contentieux de la concurrence pour la victime qui doit d'abord s'adresser à la Commission pour obtenir le principe de la condamnation avant de recourir au juge national pour obtenir la réparation effective de son préjudice<sup>116</sup>. En effet, « les sanctions prononcées par la Commission

---

116. Dans l'UE, il existe un système de partage des compétences, en application du principe de subsidiarité, système en vertu duquel la Commission est chargée de la mise en œuvre de « l'orientation de la politique de la concurrence dans la communauté », alors que les juridictions nationales « ont vocation de sauvegarder les droits subjectifs des personnes privées dans leurs relations réciproques ». La Commission de l'UE, synthétisant la jurisprudence de la Cour et du Tribunal (en particulier les arrêts du 28 février 1991, *Delimitis c. Henninger Bräu*, affaire C-234/89, *Rec.*, I, p. 935, point 44 des motifs et du 18 septembre 1992, *Automec c. Commission*, affaire T-24/90, *Rec.*, II p. 2223, points 73 et 85 des motifs) l'a rappelé dans sa communication du 13 février 1993 précitée (note 72).

sont sans préjudice des recours devant les juridictions nationales relatifs à la réparation des dommages subis »<sup>117</sup>.

La reconnaissance d'un pouvoir de décision aux autorités nationales permettrait à la victime d'obtenir à la fois la condamnation et la réparation auprès du même juge. Le juge national, n'étant pas à l'origine de la condamnation de principe, risque d'avoir à faire face à un problème de preuve et d'évaluation du préjudice, même si la possibilité lui est donnée de demander des informations à la Commission en vue d'apprécier les dommages subis<sup>118</sup>.

Seule une redéfinition des compétences, avec la reconnaissance de réels pouvoirs de décision aux autorités nationales, pourrait rendre effectif le droit communautaire.

## 5 POUR UNE REDÉFINITION DES COMPÉTENCES ENTRE L'UNION ET LES ÉTATS MEMBRES

Si la centralisation matérielle, qui peut dans une certaine mesure être analysée comme un prolongement logique de l'unification du droit des affaires dans l'OHADA<sup>119</sup>, est justifiable et acceptable en UEMOA, la compétence exclusive de la Commission rend hypothétique l'effectivité du droit communautaire de la concurrence. À l'unification de l'essentiel des règles de fond devrait s'ajouter une *décentralisation contrôlée* de l'application du droit communautaire. La mise en œuvre de celle-ci devrait suivre certaines modalités, lesquelles ne peuvent être optimales que lorsqu'un nombre de préalables sont observés.

### 5.1 Un préalable : la promotion d'une « culture de la concurrence » dans les États membres...

Dans une organisation économique jeune avec un marché commun naissant, la Commission devrait s'atteler, non pas à simplement sanctionner des pratiques anticoncurrentielles affectant le marché commun, mais à véhiculer « une culture de la concurrence »<sup>120</sup>. À terme, les règles communautaires devraient faire partie de

117. Article 22.4 du règlement 3/2002/CM/UEMOA.

118. *Ibid.*

119. *Supra* (note 13).

120. L'expression est de la Commission européenne qui l'a employée dans son livre blanc sur la modernisation des règles d'application des art. 85 et 86 du traité CE, *JOCE*, n° C 132 du 15 mai 1999. Cet objectif, qui doit être pris en compte dans toute réglementation nouvelle de la concurrence, passe par la mise en place d'un « système culturel qui institutionnalise le principe de la concurrence dans la société, afin que les consommateurs et les citoyens deviennent les principaux garants de ces institutions dans la société ». Il se matérialisera par les recours que citoyens et consommateurs vont faire sur le fondement de ces règles. Voir CURIEL LEIDENZ (C.), *op. cit.* (note 107), p. 2.

chaque ordonnancement juridique étatique et recevoir une pleine application comme les dispositions nationales. Cet objectif ne peut être atteint que par l'encouragement à la mise en place de législations nationales de concurrence (pour les domaines non couverts par le droit communautaire) ainsi que d'autorités aptes à les appliquer.

### 5.1.1 ... par la mise en place de législations nationales complémentaires

L'unification des ententes et des abus de position dominante doit être complétée à l'échelon national par l'interdiction de certaines pratiques restrictives de concurrence comme les refus de vente, les ventes à perte, l'abus de dépendance économique ainsi que la concurrence déloyale<sup>121</sup>. Avec la configuration propre à chaque marché interne des pays membres, caractérisée par un large secteur informel<sup>122</sup> ainsi qu'une kyrielle de petites et moyennes entreprises, ce sont surtout ces pratiques restrictives qui risquent de se produire le plus. La réglementation nationale servirait de relais et prendrait en compte les infractions que le droit communautaire ne réglemente pas et qui sont aussi nuisibles à la concurrence et à la protection des consommateurs que les ententes et abus de position dominante. Les pays membres qui ont déjà réglementé doivent juste opérer un « toilettage » de leur législation pour la rendre conforme au droit communautaire, alors que ceux qui ne disposent pas encore de législation sur la concurrence devraient légiférer dans ce domaine. C'est seulement de cette manière qu'on pourra avoir une réglementation de la concurrence stratifiée et complète qui pourra appréhender toutes les pratiques pouvant porter atteinte aussi bien au marché commun qu'au marché national.

### 5.1.2 ... par la mise en place d'autorités nationales compétentes

Une application homogène du droit communautaire de la concurrence exige l'existence d'autorités de contrôle spécialisées dans le contentieux économique. À l'heure actuelle, on pourrait assister à une effectivité différenciée du droit communautaire de la concurrence compte tenu de l'inexistence, dans certains pays, d'autorités de contrôle sur lesquelles la Commission pourrait s'appuyer. L'unification du droit de la concurrence dans l'Union doit, pour être une réalité en pratique, être complétée par la mise en place d'autorités chargées de sa mise en œuvre au plan national.

Par ailleurs, l'accent doit être mis sur la formation des autorités des États membres aux techniques de contrôle et de surveillance des marchés. C'est de cette manière seulement qu'on pourrait envisager une délégation de certaines compétences aux autorités nationales pour l'application du droit communautaire de la concu-

121. Il faut préciser que ces pratiques peuvent en outre se retrouver sous le coup du droit communautaire, notamment lorsqu'elles traduisent une entente ou résultent d'une position dominante ; ce qui rend difficile la séparation des domaines du droit communautaire et du droit national.

122. Sur la place ainsi que les caractéristiques du secteur informel dans les pays membres de l'UEMOA, voir UEMOA, *Le secteur informel dans les principales agglomérations de sept États membres de l'UEMOA : performance, insertion, perspectives*, disponible sur : <http://www.uemoa.int/Publication/2004/RapSectInform2.pdf>.

rence. La reconnaissance d'un pouvoir de décision peut pousser les États à mettre en place des autorités de concurrence avec plus de probabilité que si leurs compétences restaient limitées à des actes matériels en faveur de la Commission.

## 5.2 Les modalités d'une redéfinition souhaitable des compétences

Possible, souhaitable et nécessaire, la redéfinition des compétences entre la Commission et les États membres devrait concilier les exigences, *a priori* contradictoires, de donner à la Commission les moyens de mettre en œuvre la politique communautaire de concurrence d'une part, et de prendre en compte de manière suffisante l'impératif d'effectivité du droit communautaire de la concurrence d'autre part. Pour ce faire, l'application du principe de subsidiarité<sup>123</sup> qui requiert une décentralisation préalable du pouvoir de décision pourrait servir de critère de répartition des compétences entre la Commission et les États membres.

### 5.2.1 Les compétences susceptibles d'être exercées par la Commission

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

#### 5.2.1.1 *La compétence de principe pour les affaires ayant un intérêt communautaire*

Dans le schéma de répartition des compétences que nous envisageons, la mise en œuvre des ententes et des abus de position dominante devrait relever d'une compétence concurrente. Aussi bien la Commission que les autorités des États membres seraient compétentes pour appliquer le droit communautaire de la concurrence. Par la reconnaissance d'un pouvoir de décision aux autorités nationales, certaines pratiques sans intérêt communautaire seraient laissées aux États membres et la Commission se concentrerait sur les pratiques susceptibles d'affecter le marché commun. Certes, le contentieux communautaire n'est pas encore très développé en matière de concurrence<sup>124</sup>, cependant l'unification des règles entraîne *de facto* la

123. Ce principe, expressément posé dans l'UE par l'article 5 TCE, postule une intervention de la Communauté uniquement si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres. Pour son application au droit de la concurrence voir IDOT (L.), « L'application du "principe de subsidiarité" en droit de la concurrence », *D.*, 1994, Chron., p. 37.

124. À ce propos, le président de la Cour de justice de l'UEMOA affirmait en 2001 qu'à part un dossier « où deux grosses sociétés de l'Union sont entrées en conflit sur des questions de concurrence », « les affaires contentieuses sont rares ». Voir l'interview de M. Yves YEHOUSSE, président de la Cour



centralisation de l'ensemble des procédures au niveau de la Commission, ce qui risque à terme de l'engorger d'affaires qui n'ont aucune incidence sur le commerce interétatique.

Comme en UE<sup>125</sup>, la Commission de l'UEMOA ne devrait se concentrer que sur les affaires ayant un intérêt communautaire. Dans cette optique, elle devrait mettre l'accent sur la détection, la poursuite et la sanction des ententes, abus de position dominante et concentration des multinationales<sup>126</sup> dont les effets, plus que ceux des entreprises à dimension modeste, sont susceptibles de porter une atteinte grave au commerce intracommunautaire.

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

### **5.2.1.2 *Le maintien de la compétence exclusive pour les aides d'État et les exemptions***

En UEMOA, la culture interventionniste des États<sup>127</sup> à travers la survivance de certains monopoles et de certaines entreprises publiques, malgré les mouvements de privatisation, est une réalité. Ces entreprises, souvent sous le couvert d'une mission de service public dont elles sont investies, ont toujours bénéficié d'un fort soutien étatique dans les périodes de difficultés qu'elles ont rencontrées, bien que ces difficultés soient surtout dues à une mauvaise gestion<sup>128</sup>. Ce soutien s'est souvent exprimé par une injection d'aides d'État.

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

---

de justice de l'UEMOA dans *Le Soleil (quotidien sénégalais d'informations générales)*, édition spéciale UEMOA, août 2001, p. 34. La consultation du site de l'UEMOA ne révèle pas d'évolution.

125. Ce besoin est exprimé par le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 TCE (précité note 68).

126. SINGH (A), *op. cit.* (note 106), p. 12.

127. En Afrique de l'Ouest, l'accession des États membres à l'indépendance s'est traduite sur le plan économique par un interventionnisme à outrance dans le souci de « se substituer à l'ancienne métropole et développer des services publics ». On a ainsi assisté à la création de nombreux établissements dans les secteurs des services comme l'eau, l'électricité, les transports publics directement gérés par l'État. Voir à ce sujet CHAVANE (B.), *Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone : une étape de la démocratisation ?*, Genève, OIT, 1998, p. 2, disponible sur : <http://www.ilo.org/public/french/employment/ent/papers/ippred1.htm>.

128. *Ibid.*, p. 3.

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

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

Un domaine de compétence concurrente entre les États membres et la Commission pourrait être reconnu en droit communautaire suivant certaines modalités d'exercice.

### **5.2.2.1 La compétence concurrente pour les ententes et les abus de position dominante**

L'objectif ultime de mise en place d'un « espace ouest-africain de la concurrence »<sup>129</sup> avec une fluidité totale des échanges communautaires et la suppression de toutes les barrières devra s'accompagner d'une effectivité du contrôle des pratiques anticoncurrentielles au niveau national. Cet objectif passe nécessairement par la reconnaissance d'un pouvoir de décision aux autorités nationales dans l'application du droit communautaire. Cette reconnaissance d'un pouvoir de décision limité et contrôlé apparaît comme l'apprentissage nécessaire à une future décentralisation de l'application du droit communautaire. Certes, toute construction communautaire vise la mise en place d'un ordre juridique supranational distinct de celui des États membres mais sa matérialisation ne peut se concevoir sans la prise en compte effective de la dimension nationale. L'ordre juridique communautaire n'est pas une notion abstraite distincte de l'ordre juridique national : il n'a son sens que par l'existence de différents ordres juridiques nationaux qu'il doit intégrer. Cette implication des autorités nationales comporte un certain nombre d'avantages. Premièrement, cette délégation permettra d'éviter un éventuel engorgement de la Commission qui pourra survenir avec une centralisation à outrance, ou une absence totale de contentieux. Deuxièmement, les risques d'empiétement entre compétence nationale et compétence communautaire seront réduits<sup>130</sup>. Troisièmement, les coûts supportés par les entreprises en matière de contentieux seront réduits car les entreprises ne seront plus obligées de recourir obligatoirement à la Commission afin d'obtenir une décision. En outre, les entreprises pourront bénéficier d'un gain de temps considérable et obtenir rapidement une décision, notamment des mesures provisoires. Les petites et moyennes entreprises seront plus enclines à ester en justice

129. L'expression est empruntée à C. Babusiaux, qui plaide pour une unification du droit européen de la concurrence, conséquence, selon lui, logique du décloisonnement des marchés. BABUSIAUX (C.), « Pour un espace européen de la concurrence », *D.*, 1998, Chron., p. 249.

130. Il s'agit de l'hypothèse où les incriminations de droit interne (concurrence déloyale, refus de vente, pratiques discriminatoires) prennent une forme d'entente ou d'abus de position dominante.

sur le fondement de la violation du droit communautaire. Quatrièmement, la protection des droits des particuliers sera mieux garantie avec l'unification du contentieux au niveau du juge national qui pourra à la fois constater la nullité d'une entente ou d'un abus de position dominante et statuer sur une éventuelle action en réparation civile.

### **5.2.2.2 *L'aménagement technique de l'exercice des compétences***

L'aménagement de l'exercice des compétences doit répondre au double impératif de déléguer les pouvoirs nécessaires aux autorités nationales et d'assurer un contrôle efficace de la Commission. Pour ce faire, différentes pistes s'offrent. En premier lieu, on pourrait instaurer une procédure parallèle pour les ententes et les abus de position dominante entre la Commission et les autorités des États membres. Le particulier qui aura le choix entre une procédure interne et une procédure communautaire aura dans ce cas plus avantage à saisir l'autorité nationale que la Commission. Les États membres devront travailler en étroite collaboration avec la Commission et, au besoin, solliciter son avis pour des affaires pendantes. En deuxième lieu, on pourrait envisager l'hypothèse, toujours dans le cadre d'une compétence partagée, d'une centralisation des plaintes au niveau de la Commission. Celle-ci désignerait ensuite les affaires qu'elle va déléguer aux États membres. Ce système permet un contrôle en amont pour ne déléguer aux États membres que les affaires simples à régler et qui n'ont pas un grand intérêt communautaire. On risque certes des lenteurs de procédure avec l'aval requis de la Commission pour l'exercice de la compétence interne mais une fois le dossier transmis, l'autorité nationale pourra exercer pleinement sa compétence. Dans le même ordre d'idées, on pourrait instituer l'obligation, pour l'autorité interne qui applique le droit communautaire, de renvoyer la décision envisagée à la Commission pour que celle-ci puisse émettre son appréciation et donner une orientation à la solution du litige. En troisième lieu, un double degré de juridiction pourrait être envisagé. Les autorités nationales et des tribunaux nationaux seraient compétents en première instance. La Commission comme organe d'appel sous le contrôle de la Cour de justice serait compétente en deuxième instance<sup>131</sup>. Ce système permettrait au particulier d'avoir plus de garanties avec la possibilité de saisir la Commission en cas d'insatisfaction en droit interne.

---

131. Le système de double degré de juridiction n'est pas méconnu du droit communautaire ouest-africain. En effet, dans l'OHADA (note 13), le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États parties (art. 13 du traité OHADA). La Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) est un organe de cassation des décisions rendues en appel par les juridictions nationales en application des actes uniformes. Voir les arts. 13 à 20 du traité pour le contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des actes uniformes. Le traité est disponible sur : <http://www.ohada.com>. En droit UEMOA, il est parfaitement concevable de faire jouer ce rôle d'appel à la Commission et le rôle de cassation à la Cour de justice de l'UEMOA.

## 6 REMARQUES CONCLUSIVES

Dix ans après l'adoption des dispositions de base (janvier 1994) et deux ans après l'entrée en vigueur des règlements d'application (janvier 2003), on est toujours en attente de cas pratiques de mise en œuvre des règles communautaires de concurrence. Cette situation confirme-t-elle notre propos quant à l'impact négatif de la compétence exclusive de la Commission sur l'effectivité du droit communautaire ? Il peut être logique de le soutenir mais nous pensons qu'il est prématuré de tirer une telle conclusion. Seule l'activité de la Commission dans les années à venir permettra de mesurer le degré d'effectivité du droit communautaire de la concurrence. Néanmoins, on peut d'ores et déjà soutenir que la Commission peut buter sur une réticence aussi bien des particuliers que des autorités des États. La redéfinition des compétences entre la Commission et les États membres, que nous appelons de nos vœux, nécessite une réelle volonté politique puisqu'elle n'est envisageable que par une révision du traité qui a consacré la compétence exclusive de la Commission. Dès lors, il est nécessaire que les instances politiques soient informées des véritables enjeux du partage des compétences entre la Commission et les autorités des États membres. La présente contribution ne vise pas autre chose qu'à susciter information et réflexion sur la mise en place d'une réglementation concurrentielle adaptée à la vie économique de l'Afrique de l'Ouest.

### SUMMARY

#### COMPETITION LAW ALLOCATION OF COMPETENCIES BETWEEN THE WEST AFRICAN ECONOMIC AND MONETARY UNION AND ITS MEMBERS

*UEMOA's law provides for a number of rules on competition law aimed at setting up a common market in the Union. The principles of this market are set out in the UEMOA's Treaty and further developed by secondary legislation. The UEMOA's competition policy has been orientated towards an increasing centralization of competence within the Union by means of unified rules regarding agreement, abuse of dominant position and state aids. Accordingly, member states have been deprived of all their competence in these fields. When legislating in the field of competition law, member states must respect the scope of the Union's exclusive competence. Centralisation is also to be seen with regard to proceedings, which are an exclusive competence of the Commission.*

*A critical glance at the UEMOA's competition policy, both in material and procedural terms, reveals that even if this referred policy is justified, given both the youth of the organisation and the lack of a « competition culture » on the part of member states, centralisation nevertheless endangers the effectiveness of community law. Whereas a certain degree of unified legislation may be justified in the framework of UEMOA, it remains doubtful whether an exclusive competence on the part of the Commission contributes to better achieving of the goals of community competition law.*

*Accordingly, the distribution of competences between the Commission and the member*

*states calls for a redefinition which should increase the involvement of member states as far as decision-making is concerned. This allocation should reconcile two needs which, at first sight, may appear contradictory : On the one hand, the need to provide the Commission with the necessary means to fulfil its tasks ; on the other hand, the need to achieve a satisfactory degree of effectiveness regarding the application of community competition law, which appears to be strongly related to a higher involvement of member states in decision-making. In this connection, a proposal according to which member states should be allocated a number of competences which would coexist together with the competence acknowledged to the Commission is put forward.*

**Mots clés :** union économique régionale, droit de la concurrence, répartition des compétences entre les États membres et les organes supranationaux

**Key words :** regional economic integration, competition law, allocation of competencies between members states and supranational bodies

**Subject Descriptors (Econlit Classification System) :** F150, H770, L400