

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT

**EXAMEN COLLEGIAL VOLONTAIRE DES POLITIQUES DE CONCURRENCE DE
L'UEMOA, DU BENIN ET DU SENEGAL**



NATIONS UNIES
New York et Genève, 2007

Note

C'est la CNUCED qui, au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, est responsable de toutes les activités relatives à la politique et au droit de la concurrence et du concours qu'ils apportent au développement et à l'instauration d'un environnement propice au fonctionnement efficace des marchés. L'action de la CNUCED prend forme de délibérations intergouvernementales, de création de capacités, de conseil en matière de politiques, de séminaires, d'ateliers et de conférences.

Les cotes des documents de l'organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Le texte de la présente publication peut être cité ou reproduit sans autorisation, sous réserve qu'il soit fait mention de ladite publication et de sa cote et qu'un justificatif soit adressé au secrétariat de la CNUCED.

Le rapport de synthèse est également publié en tant que partie du Rapport sur l'examen collégial volontaire par les pairs des politiques de concurrence de L'UEMOA, du Bénin et du Sénégal (UNCTAD/DITC/CLP/2007/1(Overview))

UNCTAD/DITC/CLP/2007/1

Remerciements

La publication des rapports de l'Examen collégial volontaire de la politique de concurrence de L'UEMOA, le Bénin et le Sénégal ont été réalisés grâce au travail du Service des politiques de concurrence et des consommateurs de la CNUCED, dirigé par. M. Hassan Qaqaya.

Ce rapport a été préparé par Messieurs Guy CHARRIER¹ et Abou Saïb COULIBALY², consultants de la CNUCED et de l'UEMOA, sur la base des informations recueillies lors de missions conduites par la CNUCED en janvier 2007, respectivement au siège de la Commission de l'UEMOA à Ouagadougou (Burkina Faso), Dakar (Sénégal) et Cotonou (Bénin), avec le concours de MM. Théophile ODOUNLAMI et François-Xavier LOKO du ministère de l'industrie et du commerce du Bénin et de M. Abdoulaye FALL du ministère du commerce du Sénégal.

Nous tenons à remercier tous ceux qui ont contribué à la collecte des informations, la rédaction et publication de ces rapports, à savoir: MM. Amadou DIENG et Adama DIOMANDE de la Commission de l'UEMOA, M. Yves KENFACK et Mlle Mispa EWENE du secrétariat général de la CNUCED.

De même, très respectueusement, sont remerciés M. le Président Yves YEHOUESSI, président de la Cour de justice, MM. les Commissaires El Hadj Abdou SAKHO et Christophe Marie DABIRE, M. Moudjaïdou SOUMANOU, Ministre du commerce et de l'industrie du Bénin ainsi que M. Mouhamadou DIAWARA, Président de la Commission nationale de la concurrence du Sénégal.

Nous remercions enfin le gouvernement français dont l'appui financier a permis la réalisation de ce rapport.

¹ M. Guy Charrier est Conseiller juridique d'une entreprise publique en France, ancien membre du Service juridique de la Commission européenne, ancien rapporteur permanent du Conseil de la concurrence français.

² M. Abou Saïb Coulibaly est enseignant chercheur, maître assistant, UFR Sciences juridique et politiques à l'université de Ouagadougou

INTRODUCTION GENERALE.....	1
PREMIERE PARTIE : EXAMEN DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE DE L'UEMOA.....	3
I. CONTEXTE ET HISTORIQUE.....	3
A. NAISSANCE ET OBJECTIFS DE L'UEMOA: LE TRAITÉ DE DAKAR.....	3
1. Le contexte de la création de l'UEMOA	3
2. Les objectifs de l'UEMOA.....	6
3. Les organes de l'UEMOA	7
4. Le système juridique de l'UEMOA.....	8
5. Le régime financier de l'UEMOA.....	8
6. Les actions et les politiques mises en œuvre par l'UEMOA	9
7. Les entraves au processus d'intégration	13
B. LE CODE COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE COMME INSTRUMENT DE CRÉATION ET DE CONSOLIDATION D'UN VÉRITABLE MARCHÉ COMMUN....	14
1. L'adoption par l'UEMOA d'un « code » communautaire de la concurrence	14
2. La notion de concurrence selon le Traité, les règlements et les directives.....	15
3. Les objectifs de la politique de concurrence de l'UEMOA.....	16
4. La cohérence de la politique de concurrence de l'UEMOA avec les autres politiques.	17
II. LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE.....	19
A. PROBLEMATIQUE DU DROIT APPLICABLE	19
1. Le principe de l'exclusivité du droit communautaire par rapport aux droits nationaux	19
2. La prise en compte des autres droits transnationaux régionaux (OHADA, CEDEAO)	22
3. La conformité avec les principes édictés par les organisations internationales (OMC, CNUCED)	25
B. LES RÈGLES MATERIELLES DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE	27
1. Les ententes anticoncurrentielles.....	27
2. Les abus de position dominante.....	30
3. Les interventions publiques (pratiques imputables aux Etats)	32
C. REGLES DE CONCURRENCE ET REGLEMENTATIONS SECTORIELLES DANS L'UEMOA.....	35
III. LE CADRE INSTITUTIONNEL.....	37
A. LES ORGANES COMMUNAUTAIRES	38
1. Le Conseil des ministres	38
2. La Commission de l'UEMOA.....	38
3. La Cour de Justice de l'UEMOA	41
4. Le Comité consultatif de la concurrence	42
B. LES STRUCTURES NATIONALES DE CONCURRENCE ET LES JURIDICTIONS DES ETATS MEMBRES.....	42
1. Les autorités administratives	42
2. Les autorités indépendantes généralistes de la concurrence.....	44
3. Les autorités sectorielles de régulation.....	47
4. Les juridictions administratives, civiles ou commerciales	48
C. LA COOPERATION ENTRE LA COMMISSION ET LES STRUCTURES NATIONALES DE LA CONCURRENCE DES ETATS MEMBRES	49
1. Les motifs et les conditions de mise en œuvre de la coopération.....	49
2. Les domaines de la coopération.....	51

IV. LES REGLES DE PROCEDURE	51
A. LES PRINCIPES GENERAUX ET LES DIFFERENTS TYPES DE PROCEDURES...	52
1. Principes généraux de la garantie des droits.....	52
2. Les différents types de procédures	54
B. LA PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION.....	55
1. La saisine de la Commission	56
2. Les pouvoirs d'enquête de la Commission.....	56
3. La procédure d'instruction devant la Commission.....	57
4. La consultation des Etats membres (le Comité consultatif)	58
5. La décision de la Commission.....	59
C. LE CONTROLE DE L'ACTION DE LA COMMISSION.....	60
1. Les conditions d'introduction de recours	60
2. Les modalités de recours	61
V. LA MISE EN ŒUVRE EFFECTIVE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE	62
A. L'ACTIVITE LEGISLATIVE	62
B. LES ACTIVITES RELATIONNELLES.....	63
1. Les travaux du Comité consultatif de la concurrence.....	64
2. Les séminaires et conférences	65
C. ACTIVITES CONSULTATIVES ET CONTENTIEUSES.....	66
1. Devant la Commission.....	66
2. Devant la Cour de justice.....	68
VI. CONCLUSIONS: UN BILAN LIMITE	69
1. L'existence probable de dysfonctionnements de la concurrence	69
DEUXIEME PARTIE : EXAMEN DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AU SENEGAL	73
INTRODUCTION	73
I. CONTEXTE ET HISTORIQUE.....	74
A. <i>UNE NOUVELLE POLITIQUE ECONOMIQUE</i>	74
B. <i>UNE REDÉFINITION DU RÔLE DE L'ETAT ET DE L'INITIATIVE PRIVÉE</i>	77
II. CONDITIONS POUR UNE CONSOLIDATION D'UNE ECONOMIE DE MARCHÉ AU SENEGAL	78
A. ENVIRONNEMENT JURIDIQUE.....	78
1. Le Droit des affaires	78
2. Les règles portant encadrement administratif de l'accès au commerce et de l'industrie.....	80
3. La réglementation sur la distribution.....	80
4. La concurrence déloyale.....	84
5. La réglementation des marchés publics.....	85
6. Les mécanismes d'encouragement des investissements.....	88
B. ASPECTS ÉCONOMIQUES – LES MESURES DE LIBÉRALISATION DANS CERTAINS SECTEURS.....	90
1. Le secteur des hydrocarbures	90
2. Le secteur des télécommunications	91
3. Le secteur de l'électricité.....	92
4. Le secteur agricole.....	93
5. L'économie informelle	95

III. LE CADRE JURIDIQUE DE LA CONCURRENCE	96
A. IDENTIFICATION DES PRATIQUES POUVANT PORTER ATTEINTE À LA CONCURRENCE	97
1. Pratiques et mesures gouvernementales	97
2. Pratiques des entreprises.....	97
3. Pratiques d'origine étrangère,	98
B. LE DROIT MATERIEL FIXE PAR LA LOI N° 94-63 DU 22 AOÛT 1994	98
1. Présentation générale de la loi	98
2. Les principales règles	99
C. L'INTRODUCTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'UEMOA	101
1. Les règles de l'UEMOA	101
2. Les conséquences de l'exclusivité des règles de l'UEMOA pour l'application du droit national	102
3. Les réactions face à la conception d'exclusivité au profit de la Commission de L'UEMOA.....	103
IV. LES MECANISMES INSTITUTIONNELS ET PROCEDURAUX POUR LA MISE EN APPLICATION DES REGLES DE LA CONCURRENCE AU NIVEAU NATIONAL.....	104
A. LES INSTITUTIONS CHARGÉES DE FAIRE APPLIQUER LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE	104
1. Les organes communautaires.....	104
2. Les structures nationales de la concurrence	105
3. Les autorités spécialisées de régulation.....	108
B. LES PROCÉDURES	110
1. Les principes généraux	110
2. La procédure devant l'administration et la saisine de la Commission nationale de la concurrence.....	111
3. Les pouvoirs:	111
4. Le contrôle des décisions en matière de concurrence.....	112
V. APPLICATION EFFECTIVE	112
A. LE BILAN DU MINISTÈRE DU COMMERCE (DIRECTION DE LA CONCURRENCE).....	113
1. les affaires traitées dans le domaine de la concurrence	113
2. Les affaires traitées dans les domaines connexes	114
3. Les Notifications à la Commission de l'UEMOA.....	115
4. Les relations avec les autres acteurs de la politique de la concurrence.....	116
B. Le bilan de la Commission nationale de la concurrence	116
1. Les saisines et les décisions.....	116
2. Les relations avec les autres acteurs du droit de la concurrence	119
C. LES RAISONS D'UN BILAN LIMITE	119
VI. ASPECTS RELATIFS A LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR	120
1. Quelques règles de droit matériel	120
2. Une organisation institutionnelle,.....	120
VII. CONCLUSIONS POUR LA PROMOTION D'UNE POLITIQUE DE LA CONCURRENCE.....	121
1. Renforcement de la culture concurrence	121
2. Adaptations et précisions de quelques règles de fond	122
3. Un aménagement des institutions de la concurrence.....	124
4. Un aménagement des procédures	124

TROISIEME PARTIE : EXAMEN DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AU BENIN.....	127
INTRODUCTION	127
I. CONTEXTE ET HISTORIQUE.....	128
A. LE CADRE DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE	128
1. Généralités	128
2. Les forces et faiblesses structurelles du Bénin	129
B. LE RÔLE DE L'ETAT DANS L'ÉCONOMIE BÉNINOISE	129
C. LES RÉFORMES ÉCONOMIQUES	130
1. Les modalités	131
2. Les secteurs concernés par les réformes structurelles	132
II. CONDITIONS GENERALES POUR LA CONSOLIDATION D'UNE ECONOMIE DE MARCHE AU BENIN	142
A. Environnement juridique	142
1. Le droit des affaires	142
2. Le droit foncier, la législation sur l'environnement	145
3. Les règles des marchés publics.....	146
4. Les autres règles	146
B. ASPECTS ÉCONOMIQUES	146
1. Monopole et concentration du pouvoir économique	146
2. Problématique de l'économie informelle	146
3. Le Port autonome de Cotonou	148
4. Les zones franches.....	149
III. LE CADRE JURIDIQUE DE LA CONCURRENCE	150
A. IDENTIFICATION DES PRATIQUES POUVANT PORTER ATTEINTE À LA CONCURRENCE	150
1. Pratiques et mesures gouvernementales	150
2. Pratiques des entreprises.....	151
3. Pratiques anticoncurrentielles d'origine étrangère.....	151
4. Le secteur informel et les pratiques déloyales.....	152
B. LES DISPOSITIONS LÉGALES ET RÉGLEMENTAIRES	153
1. L'absence de règles spécifiques relatives à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles.....	154
2. Les dispositions sur la concurrence déloyale	155
3. Le contrôle des prix	156
4. Les autres règles	159
C. L'INTRODUCTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'UEMOA	161
IV. LES MECANISMES INSTITUTIONNELS ET PROCEDURAUX POUR LA MISE EN APPLICATION DES REGLES DE LA CONCURRENCE AU NIVEAU NATIONAL.....	161
A. LES INSTITUTIONS CHARGÉES DE FAIRE APPLIQUER LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE.....	161
1. Les organes communautaires de l'UEMOA.....	161
2. Le rôle du Ministère de l'industrie et du commerce et de la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude	162
3. Les autorités de régulation sectorielle	164
4. Les juridictions civiles et commerciales.....	165
B. Les procédures	166
1. Les pouvoirs d'investigations	166
2. Les enquêtes	166

3. Les décisions, sanctions et réparations	167
V. APPLICATION EFFECTIVE	168
A. LES MOYENS ET LES RESSOURCES	168
1. Les ressources de l'administration	168
2. Les relations avec la Commission de l'UEMOA	169
3. Les relations entre les autorités nationales et les autres Etats membres de l'UEMOA	170
B. LES AFFAIRES RELATIVES AUX ATTEINTES À LA CONCURRENCE	170
1. Nombre de saisines de l'administration et typologie des affaires	170
2. Nombre de saisines de la Commission de l'UEMOA et typologie des affaires	171
3. Application des réglementations sectorielles	173
VI. ASPECTS RELATIFS A LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR	173
A. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES CONSOMMATEURS	173
B. INTÉRÊT D'INCLURE CERTAINES DISPOSITIONS RELATIVES À LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS DANS LA LOI	174
C. LES INSTITUTIONS ACTIVES EN FAVEUR DES CONSOMMATEURS	174
VII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS POUR LA PROMOTION D'UNE POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AU BENIN	176
A. DÉVELOPPEMENT DE LA CULTURE DE LA CONCURRENCE	176
B. CONSOLIDATION DES INSTITUTIONS DU BÉNIN ET DE LA LÉGISLATION SUR LA CONCURRENCE	177
C. RENFORCEMENT DES LIENS AVEC L'UEMOA	177
QUATRIEME PARTIE : ACTIONS A ENTREPRENDRE	179
A. DÉVELOPPEMENT D'UNE CULTURE DE LA CONCURRENCE	179
B. ADAPTATIONS ET PRÉCISIONS DE QUELQUES RÈGLES DE FOND	181
C. AMÉNAGEMENT DES INSTITUTIONS DE LA CONCURRENCE	183
D. AMÉNAGEMENT DES PROCÉDURES	183

SIGLES ET ACRONYMES

A

ACP	Afrique, Caraïbes, Pacifique
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AFACEB	Association des femmes d'affaires et chefs d'entreprise du Bénin
AGOA	African Growth and Opportunity Act
AIC	Association interprofessionnelle du coton
AMGI	Agence multilatérale de garantie des investissements
APE	Accords de partenariat économique

B

BAD	Banque africaine de développement
BCEOM	Bureau central des études d'outre-mer
BCEAO	Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest
BIC	Impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux
BID	Banque interaméricaine de développement

C

CAF	Coût, assurance et fret
CARDER	Centre d'action régional pour le développement rural
CCI	Chambre de commerce internationale
CCIB	Chambre de commerce et d'industrie du Bénin
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CDD	Contrat à durée déterminée
CDI	Contrat à durée indéterminée
CEB	Communauté électrique du Bénin
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
CENAPI	Centre national de la propriété industrielle
CET/BOT	Construire-Exploiter-Transférer/Build-Operate-Transfer
CFA	Communauté financière africaine
CFE	Centre de formalités des entreprises (dit «guichet unique»)
CI	Code des investissements
CIPB	Conseil des investisseurs privés au Bénin
CIRDI	Convention/Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
COBENAM	Compagnie béninoise de navigation maritime
CPI	Centre de promotion des investissements
CTD	Commission technique de dénationalisation
CTI	Commission technique des investissements

D

DASP	Direction d'appui au secteur privé
------	------------------------------------

E

ERSUMA	École régionale supérieure de la magistrature
EVP	Équivalent vingt pieds

F

FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FBCF	Formation brute de capital fixe

FCFA	Franc de la Communauté financière africaine
FFOM	Forces, faiblesses, opportunités et menaces
FIDA	Fonds international de développement agricole
FMI	Fonds monétaire international
FUPRO	Fédération des unions de producteurs
G	
GATS	Accord général sur le commerce des services
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GIE	Groupement d'intérêt économique
I	
IBCG	Industrie béninoise des corps gras
IED	Investissement étranger direct
IRVM	Impôt sur les revenus de valeurs mobilières
ISP	Internet Service Providers-Fournisseurs de services Internet
N	
NEPAD	Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
O	
OAPI	Organisation africaine de la propriété intellectuelle
OBOPAF	Observatoire des opportunités d'affaires du Bénin
OBRGM	Office béninois de recherches géologiques et minières
OCBN	Organisation commune Bénin-Niger des chemins de fer et des transports
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONU	Organisation des Nations Unies
OPT	Office des postes et télécommunications
P	
PAC	Port autonome de Cotonou
PADME	Projet d'appui au développement des microentreprises
PAG	Programme d'action du gouvernement
PIB	Produit intérieur brut
PMA	Pays les moins avancés
PME	Petite et moyenne entreprise
PMI	Petite et moyenne industrie
PNUD	Programme de Nations Unies pour le développement
PPTE	Initiative internationale pour l'allègement de la dette des pays pauvres très endettés
R	
RCCM	Registre du commerce et du crédit mobilier
R-D	Recherche et développement
RFU	Registre foncier urbain
S	
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SBEE	Société béninoise d'eau et d'électricité (anciennement); maintenant: Société béninoise d'énergie électrique

SCS	Société en commandite simple
SGP	Système généralisé de préférences
SNC	Société en nom collectif
SOBEMAP	Société béninoise des manutentions portuaires
SONACOP	Société nationale pour la commercialisation des produits pétroliers
SONAPRA	Société nationale pour la promotion agricole
SONEB	Société nationale des eaux du Bénin
SONICOG	Société nationale pour l'industrie des corps gras
STN	Société transnationale
SYSCOA	Système comptable ouest-africain
SYSCOHADA	Système comptable OHADA

T

TEC	Tarif extérieur commun
TFU	Taxe foncière unique
TPC	Taxe préférentielle communautaire
TPU	Taxe professionnelle unique
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée

U

UE	Union européenne
UEM	Union économique et monétaire
UEMOA	Union économique et monétaire ouest-africaine

V

VPS	Versement patronal sur salaires
-----	---------------------------------

INTRODUCTION GENERALE

L'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a pour objet de promouvoir des politiques communes en faveur du développement et de l'intégration économique de huit Etats. Parmi ces politiques figure celle relative à la concurrence qui est généralement considérée comme centrale dans le dispositif mis en place tant dans les regroupements régionaux comme l'UEMOA que dans les Etats.

Il est clair en effet que la politique économique mise en œuvre à un niveau sous-régional ou national constitue un tout dont la politique de la concurrence forme un pilier essentiel parmi d'autres pôles d'action. Ceci signifie que ces autres pôles d'action n'ont de portée, tout particulièrement dans les pays en développement, que si une politique de la concurrence les accompagne, pour orienter et encadrer certaines modalités. C'est le cas des politiques de libéralisation commerciales, de dérégulation, de privatisation, d'installation d'institutions de marchés et bien entendu de tout ce qui contribue à un état de droit.

Bien que de création relativement récente (en 1994), l'UEMOA détient une certaine expérience en la matière. La singularité des dispositions relatives à la politique de la concurrence introduites dans le Traité et découlant du droit dérivé mérite d'ores et déjà un examen d'ensemble. Cet intérêt est amplifié par le fait que les Etats membres de l'Union n'ont pas eu jusqu'à l'avènement de ces dispositions communautaires et encore à ce jour la même orientation : certains détiennent un droit de la concurrence d'autres non.

Cette volonté de procéder à un bilan pouvant déboucher sur des actions s'est exprimée à plusieurs reprises³ et il a finalement été décidé et confirmé de procéder à « un examen collégial volontaire » lors de travaux de la Cinquième Conférence d'examen de la politique de la concurrence, Groupe intergouvernemental d'experts (31 octobre – 2 novembre 2006) de la CNUCED auxquels participaient les Etats membres de l'UEMOA ainsi que des représentants de la Commission de cette Union.

Il s'agit d'examiner comment fonctionne le droit et la politique de la concurrence dans un pays donné, et en particulier d'étudier quels arrangements institutionnels existent pour faire appliquer le droit de la concurrence, comment sont réglementés les différents secteurs et quelles mesures des pouvoirs publics pourraient avoir des incidences sur le commerce.

Une fois élaboré, le rapport sur l'examen collégial est soumis à des experts de pays en développement et de pays développés qui examinent certains aspects de l'application du droit de la concurrence. La dernière étape consiste à débattre des mesures à prendre, notamment des activités de renforcement des capacités et de l'assistance technique qui pourraient être proposées à l'autorité nationale chargée de la concurrence.

Les examens collégiaux n'ont pas seulement pour fonction de répondre aux besoins du pays étudié mais aussi d'aider les États membres intéressés à vérifier l'application de leurs propres

³ « Dans toutes les régions du monde, nous assistons à des regroupements économiques régionaux qui se dotent d'une politique communautaire sur la concurrence. L'objectif visé dans ces espaces économiques unifiés est entre autres, l'uniformisation de la législation sur la concurrence en vue de garantir la transparence entre les Etats constituant la communauté. Pour garantir une application harmonisée de la politique et du droit communautaire de la concurrence, il est indispensable de mettre en place un mécanisme d'examen par les pairs pour apprécier l'état de leur application dans chaque pays membre » (M. Moudjaïdou SOUMANOU, « Contribution de la République du Bénin », Réunion du Groupe intergouvernemental d'experts sur le droit et la politique de concurrence, « L'examen par les pairs des politiques et du droit de la concurrence », 15 et 16 juillet 2004, p. 2-5).

normes ainsi que de leur droit et de leur politique de la concurrence⁴.

La présente évaluation couvre non seulement les institutions de la concurrence de l'UEMOA, mais également celles de deux Etats, le Sénégal et le Bénin, l'un disposant d'un droit et d'une politique élaborée de la concurrence au sens de l'Ensemble des Principes de la CNUCED, l'autre ne disposant que d'une législation partielle en ce domaine.

Qu'il dispose ou non d'une législation sur la concurrence, les avantages de l'évaluation par d'autres Etats, du dispositif de l'UEMOA et de celui des pays concernés, en l'occurrence le Sénégal et le Bénin, sont évidents pour les huit Etats de l'Union.

En particulier, cela devrait permettre :

- une identification des dysfonctionnements éventuels dans la mise en œuvre de la politique et du droit de la concurrence dans chacun des pays de l'Union, qu'il s'agisse de l'application des règles communautaires ou de celles de législations nationales voisines en vigueur dans les différents Etats membres, les deux pays témoins et les autres;
- l'échange d'expériences entre tous les pays participant à l'examen collégial ;
- l'identification des besoins en renforcement des capacités : l'examen constitue une sorte d'audit permettant de déterminer les forces et les faiblesses à la fois du dispositif législatif, réglementaire, institutionnel et organisationnel.
- une élaboration de propositions de mesures pour permettre aux pays concernés de mieux s'adapter à l'environnement institutionnel et réglementaire nouveau de l'UEMOA.

La présente étude se compose de quatre parties :

- la première concerne l'UEMOA en tant qu'organisation qui détient un droit de la concurrence prévu dans le Traité et promeut une politique à cet égard depuis plusieurs années, au moins depuis 2000 ;
- la deuxième concerne le Sénégal, Etat membre qui détient une législation moderne de la concurrence depuis 1994 et des institutions chargées de sa mise en œuvre ;
- la troisième concerne le Bénin, Etat membre qui ne possède pas de droit de la concurrence proprement dit mais des législations, et des organes chargés de les appliquer, dont il est généralement reconnu qu'elles ont un rapport et des synergies avec les règles de la concurrence ;
- la quatrième en guise de conclusion générale récapitulera des observations transverses et des recommandations pour une amélioration des dispositifs en place ou à mettre en place, au niveau communautaire et au niveau national.

⁴⁴ Cf Site web de la CNUCED XI, Cinquième Conférence d'examen de la politique de la concurrence, Groupe intergouvernemental d'experts (31 octobre – 2 novembre 2006)

PREMIERE PARTIE :

EXAMEN DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE DE L'UEMOA

L'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) a été créée le 10 janvier 1994 par le Traité signé à Dakar par les Chefs d'État et de Gouvernement des sept pays de l'Afrique de l'Ouest ayant en commun l'usage d'une monnaie commune, le franc CFA. Il s'agit du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte-d'Ivoire, du Mali, du Niger, du Sénégal et du Togo. Le Traité est entré en vigueur le 1^{er} août 1994, après sa ratification par les États membres. Les sept États fondateurs de l'UEMOA seront rejoint par la Guinée-Bissau le 2 mai 1997.

Ainsi, l'UEMOA regroupe actuellement huit pays membres sur une superficie totale d'environ 3 509 600 km² pour une population totale estimée à environ 80 340 000 habitants, avec un taux de croissance estimé à 3% . Son produit intérieur brut (PIB) réel (à prix constant) est de 18 458,8 milliards de F CFA, avec un taux de croissance du PIB réel de 4,3% et un taux d'inflation annuel de 4,3%⁵.

I. CONTEXTE ET HISTORIQUE

A. NAISSANCE ET OBJECTIFS DE L'UEMOA: LE TRAITÉ DE DAKAR

1. Le contexte de la création de l'UEMOA

La création de l'UEMOA le 10 janvier 1994 ne peut être pleinement appréhendée sans la prise en considération du contexte de l'époque, historique et économique.

Contexte historique

Du point de vue historique, la création de l'UEMOA correspond avant toute chose à la relance de l'idée d'intégration régionale dans la sous-région ouest africaine, à la suite

d'expériences précédentes fondées sur les vertus attachées à une telle idée.

L'idée fondamentale est que face à la fragmentation de l'Afrique en près d'une cinquantaine de pays et d'États fréquemment qualifiés de « micro-États » en situation de sous-développement et confrontés à de multiples crises, seules l'intégration régionale et l'unité constituent une alternative pour un développement harmonieux et équilibré des activités économiques des États membres et une certaine indépendance économique, en vue de parvenir à une amélioration aussi rapide que possible du niveau de vie de leurs populations.

Ces différents États pris isolément se caractérisent généralement par leurs faibles capacités de mobilisation et de valorisation de leurs potentialités économiques dans le cadre des marchés nationaux exigus et cloisonnés, par leur dépendance de l'extérieur et en particulier des pays du Nord, par leur place et leurs capacités de négociation et de résistance réduites sur l'échiquier mondial.

A l'inverse, l'intégration régionale représente pour ces pays par de larges perspectives pour le renforcement des capacités productives dans le cadre d'un plus grand marché sous-régional synonyme d'économies d'échelle, le développement du commerce entre les pays membres équivalant à la création ou à l'extension de commerce et à la réorientation des courants commerciaux.

De surcroît, cette intégration est porteuse d'un positionnement plus significatif des pays africains sur la scène mondiale, de la diminution de leur dépendance vis-à-vis des pays du Nord et du renforcement des relations Sud-Sud, de l'annulation des frontières artificielles occasionnées par la colonisation et du rétablissement des liens naturels préexistants, liens qui sont basés sur la

⁵ [, selon les chiffres disponibles sur le Site de l'UEMOA www.uemoa.int consulté le 5 mars 2007].

complémentarité des économies, les communautés culturelles, linguistiques ou ethniques.

L'intensification des échanges commerciaux est, sur le plan global, facteur de plus de développement et de prospérité pour les pays concernés, à travers notamment la réalisation d'économies d'échelle pour les entreprises compétitives, la possibilité d'accès à plus de sources de matières premières et à un plus grand marché pour ces entreprises, l'émulation et le dynamisme provoqués par la compétition entre les entreprises. Tous ces éléments sont favorables au progrès technique et à l'innovation, à la réorientation du commerce au profit des échanges et des entreprises intra-communautaires, à la baisse des prix des produits et services et la possibilité de plus de choix de ceux-ci pour les consommateurs.

Cette intégration devenait donc une nécessité dans un contexte global où à l'heure de la mondialisation de grands blocs ou regroupements sous-régionaux tentent de se constituer ou de se consolider dans les diverses régions du monde, tels que l'Union européenne, l'Accord de libre échange nord-américain (A.L.E.N.A.), le MERCOSUR en l'Amérique latine, l'ASEAN en Asie du sud-est, l'APEC en Asie-Pacifique, pour en partie faire face à un tel phénomène, à la compétition économique accrue provoquée par l'ouverture de plus en plus grande des frontières nationales (des barrières tarifaires et non tarifaires) ou pour mieux coopérer avec d'autres régions et sous-régions du globe.

D'emblée est apparue plus raisonnable une intégration surtout économique à l'échelle sous-régionale, étant entendu que la réussite de cette dernière pourrait servir de tremplin pour étendre le processus d'intégration aux autres domaines, pays et sous régions du continent africain.

Plusieurs options et expériences d'intégration régionale verront le jour en Afrique de l'Ouest⁶. Ces premières tentatives avaient

⁶ A cet égard, on peut citer, au titre des organisations d'intégration régionale dans la sous-région, l'Union

surtout pour fondement la protection d'un appareil de production ayant pour vocation de substituer les produits locaux à ceux importés. L'évaluation du coût social des choix antérieurs ainsi que les contre-performances observées au niveau de l'appareil de production ont conduit les initiateurs de l'UEMOA à changer de vision dans la définition des objectifs assignés à la Communauté.

douanière de l'Afrique de l'Ouest (U.D.A.O.) créée le 9 juin 1959. L'U.D.A.O. a été conçue comme une sorte de reconstitution de la Fédération de l'A.O.F. dissoute le 3 mars 1959 ; elle comprend à l'origine la Côte-d'Ivoire, le Dahomey (actuel Bénin), la Haute-Volta (actuel Burkina Faso), le Niger, la Mauritanie, la Fédération du Mali (englobant le Sénégal et le Mali). Les marchandises devaient circuler en franchise totale de tous droits et taxes, mais en fait cela n'a jamais été le cas.

L' U.D.A.O. a été réaménagée en 1966 en U.D.E.A.O. (Union Douanière des Etats de l'Afrique de l'Ouest) avec les mêmes pays. L' U.D.E.A.O. conçue comme un instrument de coopération commerciale approfondie n'a pas réussi à fonctionner comme zone de libre échange, chaque pays membre continuant à taxer les importations en provenance de ses partenaires, en contradiction avec le traité. C'est cette situation qui en 1970 amènent les gouvernements des pays concernés à repenser le modèle de coopération avec la Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest (C.E.A.O.) le 17 avril 1973 par le Traité d'Abidjan et regroupant le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

Quelques temps après, un certain nombre d'Etats de la sous-région tenteront de dépasser ce cadre de la C.E.A.O. par la mise en place d'un ensemble plus élargi, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (C.E.D.E.A.O.), par un traité signé à Lagos (Nigeria) le 28 mai 1975 entre les chefs d'Etat de 15 pays, dont les six pays de la CEAO, le Togo, le Bénin, la Guinée, tous de langue française, cinq pays anglophones, à savoir la Gambie, la Sierra Leone, le Libéria, le Ghana, le Nigeria, et deux pays de langue portugaise, à savoir la Guinée Bissau et le Cap-Vert. Le traité de la CEDEAO a été révisé en 1993 par le Traité de Cotonou.

Contexte économique

A la fin des années 1980 et au début des années 1990, conçu dans une optique libérale et axé sur la suprématie du marché, le processus de mondialisation a largement abouti à la marginalisation de l'Afrique dans les échanges mondiaux et la faible compétitivité de son économie et de ses entreprises.

L'Afrique se présente comme la région où le degré d'insertion dans l'économie mondiale est le plus faible : non seulement sa part dans le commerce international est inférieure à 2% du volume des exportations (1% pour l'Afrique subsaharienne), mais également sa part des flux financiers internationaux et des flux de services est négligeable. Par exemple, alors que les échanges commerciaux mondiaux de biens ont connu, pendant les années 1980-1990, un rythme de croissance annuelle dépassant les 6%, les exportations africaines ont diminué en moyenne de 1% par an au cours de la même période, tandis que l'Asie et l'Amérique latine connaissaient des taux de croissance respectifs de 7% et de 5%.

L'UEMOA est apparue dès lors comme une réponse compte tenu du constat que les économies ouvertes ont tendance à croître plus rapidement que les économies fermées et qu'une concurrence renforcée sur des marchés plus étendus peut, stimuler ces pays en mettant leurs exportateurs de biens manufacturés en contact avec des techniques, des conceptions et des produits nouveaux, ainsi qu'avec des techniques de gestion plus perfectionnées, en donnant un meilleur accès à des produits importés qui incorporent des techniques nouvelles et encouragerait le transfert de technologies, en aidant à avoir un meilleur accès aux ressources étrangères en général. Les nouvelles possibilités ainsi offertes peuvent, à leur tour, favoriser une allocation plus efficace des ressources, permettre des gains de productivité et contribuer à des taux de croissance plus élevés.

Toutefois, la persistance d'obstacles tarifaires et non tarifaires importants, mais aussi d'autres facteurs comme l'instabilité politique que connaissent de nombreux Etats, et l'inadéquation des politiques nationales nuisent aux résultats.

Il est à noter que concomitamment à la création de l'UEMOA, les Etats de la zone franc, sous la conduite de la BCEAO⁷, ont procédé à la dévaluation du franc CFA de moitié par référence à la parité qui l'unissait au franc français, inscrivant cette création des objectifs structurels forts.

⁷ la BCEAO est l'institution commune d'émission monétaire de l'UEMOA et l'organe de gestion de la politique de la monnaie et du crédit, qui, dans le cadre des politiques d'ajustement, tant au niveau national que régional, est chargé de veiller au respect des grands équilibres macro-économiques que sont en particulier l'équilibre budgétaire, l'équilibre de la trésorerie publique, l'équilibre monétaire, l'équilibre financier, l'équilibre des paiements extérieurs, à travers l'équilibre de la balance des paiements, l'équilibre de la balance commerciale, la gestion équilibrée de la dette.

La dévaluation

Au début des années 1990, la plupart des pays de la zone CFA ont connu une profonde récession économique.

Les Gouvernements ont lutté, dans le cadre d'un régime de taux de change fixe, pour adapter leurs économies à la détérioration des termes de l'échange et à la faiblesse des principaux marchés d'exportations.

Pourtant, certains d'entre eux avaient hésité à abandonner le taux de change fixe auquel ils avaient longtemps tenu pour hausser leur prix : ils ont douté de la capacité d'une dévaluation à stimuler l'offre et à relancer la croissance.

Ils avaient des incertitudes quant à la réaction politique de ceux qui perdaient leur pouvoir d'achat et surtout de leur lutte pour les augmentations de salaire.

A mesure que la crise économique et financière prenait de l'ampleur, les institutions multilatérales telles que le FMI et la BM ainsi que les donateurs ont intensifié les pressions qu'ils exerçaient sur les gouvernements de la Zone CFA pour dévaluer leur monnaie, en leur promettant un appui technique et un ensemble de mesures d'allègement de la dette et de financement à décaissement rapide.

La décision a été prise en janvier 1994 et les pays de la zone ont donc fait face à une dévaluation de 50% F. CFA.

Cette mesure a été accompagnée d'un programme de stabilisation axé sur l'ajustement fiscal, et d'un programme de réforme structurelle destinées à améliorer la flexibilité du marché, à développer le secteur privé, à libéraliser l'économie et à réduire l'importance du secteur public.

2. Les objectifs de l'UEMOA

Au-delà des objectifs généraux recherchés à travers tout processus d'intégration régionale (vaste marché impliquant des économies d'échelles, meilleure allocation des ressources au sein des entreprises et de façon globale au niveau de toute la société, meilleure compétitivité des entreprises...), l'UEMOA poursuit un certain nombre d'objectifs spécifiques auxquels les États membres ont souscrit, après avoir dans le Préambule du Traité de Dakar affirmé entre autres leur fidélité aux objectifs de la Communauté économique africaine et de Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (C.E.D.E.A.O).

Ces objectifs sont inscrits dans l'article 4 du Traité de Dakar:

- a) *renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé ;*
- b) *assurer la convergence des performances et des politiques économiques des Etats membres par l'institution d'une procédure de surveillance multilatérale ;*
- c) *créer entre les Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale commune ;*

d) instituer une coordination des politiques sectorielles nationales, par la mise en œuvre d'actions communes et éventuellement de politiques communes, notamment dans les domaines suivants : ressources humaines, aménagement du territoire, transport et télécommunication, environnement, agriculture, énergie, industrie et mines ;
e) harmoniser dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun, les législations des Etats membres et particulièrement le régime de la fiscalité.

Ainsi, en signant le Traité de Dakar, les Parties contractantes ont affirmé leur détermination à mettre tous les moyens en œuvre pour favoriser le développement économique et social des Etats membres.

Le passage de la coopération monétaire (par l'U.M.O.A.) à l'intégration économique et monétaire (par l'U.E.M.O.A.) montre une ambition de ne pas se limiter à la libéralisation des marchandises mais de réaliser la libéralisation des capitaux, des services, la libre circulation des personnes, l'harmonisation des politiques économiques et tout en maintenant la monnaie commune.

Dans cette optique, le marché commun apparaît comme une priorité ; il est conçu comme ouvert et concurrentiel, caractérisé par un protectionnisme minimal et dont l'un des moteurs, des éléments clés est la concurrence.

3. Les organes de l'UEMOA

Afin d'atteindre ses objectifs, l'UEMOA, en tant qu'organisation d'intégration régionale, s'est doté d'un ensemble de règles de fonctionnement dans lequel se coule le dispositif relatif à la concurrence. A cet effet, différents organes sont institués qui tous jouent un rôle dans la détermination de la politique de la concurrence.

La Conférence des chefs d'État et de gouvernements, en tant qu'organe supérieur, définit les grandes orientations de la politique de l'Union et désigne les membres et le Président de la Commission.

Le Conseil des Ministres assure la mise en œuvre des orientations générales définies par la Conférence des chefs d'État et de gouvernements. A ce titre, il arrête le budget de l'Union, édicte des règlements, des directives et des décisions. Il peut déléguer à la Commission l'adoption de règlements d'exécution. Regroupant les Ministres de tutelle des huit Etats membres de l'Union, le Conseil se réunit au moins deux fois par an.

La Commission est l'organe exécutif de l'Union. A ce titre, elle exécute le budget, prend toutes décisions pour l'application des actes du Conseil des Ministres. Elle est composée de huit membres à raison d'un par État, pour un mandat de quatre ans renouvelable. La Commission a son siège à Ouagadougou au Burkina Faso.

La Cour de justice veille au respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité de l'Union et des dispositions juridiques communautaires. Elle comprend huit membres nommés à raison d'un par Etat membre, pour un mandat de six ans renouvelable. Le siège de la Cour de justice est à Ouagadougou.

La Cour des comptes assure le contrôle des comptes des organes de l'Union. Elle est également compétente pour connaître de la fiabilité des données figurant dans la loi de finances des Etats membres lorsque ceux-ci la saisissent à cet effet. Elle est composée de trois membres, des conseillers nommés par la Conférence selon l'ordre alphabétique des Etats membres, pour un mandat de six ans renouvelable. Elle a son siège à Ouagadougou.

Le Parlement est chargé du contrôle démocratique des organes de l'Union et participe au processus décisionnel de l'Union. Le Parlement peut être consulté sur les projets d'actes additionnels, de règlements et de directives. Cette consultation est obligatoire dans les domaines suivants : l'adhésion de nouveaux Etats membres, les

accords d'association avec des États tiers, les budgets de l'Union, les politiques sectorielles communes, le droit d'établissement et la libre circulation des personnes, la procédure de l'élection des membres du Parlement, les impôts, taxes et tous prélèvements communautaires. Les membres du Parlement seront élus au suffrage universel direct, pour une durée de cinq ans, selon une procédure électorale qui sera déterminée par un acte additionnel de la Conférence (dans l'attente, ils sont désignés par l'organe législatif de chaque Etat membre).

La Chambre consulaire régionale est le principal organe consultatif de l'Union, lieu privilégié de dialogue avec les principaux opérateurs économiques, en vue de l'implication effective du secteur privé dans le processus d'intégration de l'UEMOA. Elle comprend 56 membres représentant les chambres consulaires nationales et les associations patronales des huit Etats membres à raison de sept représentants par Etat. Elle a son siège à Lomé.

La BCEAO est l'institution commune d'émission monétaire de l'UEMOA et l'organe de gestion de la politique de la monnaie et du crédit ; elle assure le contrôle de l'exercice des activités bancaires de l'Union. Elle a son siège à Dakar.

La BOAD est chargée de promouvoir le développement équilibré des Etats membres et de réaliser l'intégration économique de l'Afrique de l'Ouest en finançant des projets prioritaires de développement. Son siège est à Lomé.

4. Le système juridique de l'UEMOA

Pour réaliser ses objectifs, l'UEMOA dispose d'instruments ou d'actes juridiques constitutifs du droit communautaire : le Traité et protocoles additionnels (droit primaire), des actes additionnels, règlements, directives, décisions, recommandations et avis (droit dérivé).

L'article 6 dudit traité précise que les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du Traité, conformément aux règles et procédures instituées

par celui-ci, sont appliqués dans chaque État membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure.

De ces dispositions du Traité se dégagent deux principes fondamentaux :

- le principe de l'applicabilité immédiate et directe

Une norme de droit communautaire est incorporée dans l'ordre interne dès sa publication régulière par les organes de l'organisation supranationale et n'impose aucune norme nationale complémentaire de la part des autorités législatives ou administratives. Les particuliers peuvent s'en prévaloir directement⁸.

- le principe de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux

En cas de contrariété entre une norme communautaire et une norme nationale, c'est la première qui prime sur la seconde

Au total, ces deux principes donnent à l'UEMOA un caractère supranational, les Etats membres abandonnant une partie de leur souveraineté (notamment dans les domaines visés par le Traité de Dakar) au profit de l'organisation sous régionale, et qui différencie celle-ci d'une simple organisation de coopération régionale ; c'est le cas des règles de la concurrence.

5. Le régime financier de l'UEMOA

Aux termes de l'article 49 du Traité de Dakar, l'UEMOA est dotée de ressources propres pour le financement régulier de son fonctionnement, à travers notamment son

⁸ C'est en particulier le cas des règlements ; en principe, les directives ne sont pas directement applicables. Elles nécessitent donc de la part des Etats membres des mesures de réception dans leur ordre juridique interne, avant qu'elles ne puissent produire leurs pleins effets et que les particuliers n'aient la possibilité de s'en prévaloir directement de façon certaine.

budget que le Conseil arrête chaque année sur proposition de la Commission.

Les ressources de l'Union proviennent notamment d'une fraction du produit du tarif extérieur commun (TEC) et des taxes indirectes perçues dans l'ensemble de l'Union. Ces ressources sont perçues directement par l'Union; l'Union peut avoir recours aux emprunts, subventions et aides extérieures compatibles avec ses objectifs (Article 54 du Traité de Dakar).

A terme, une taxe à la valeur ajoutée (TVA) de l'Union sera instituée et se substituera à la fraction du produit des taxes indirectes nationales indiquée à l'article 54 du Traité. Au besoin, des taxes additionnelles pourront être introduites par l'Union (Article 55 du Traité).

Le Traité prévoit un mécanisme de compensation des moins-values de recettes douanières pour une période transitoire. Le bénéfice de ce dispositif automatique de compensations financières a été conditionné par la mise en place progressive par les États membres concernés d'une nouvelle assiette et d'une nouvelle structure de leurs recettes fiscales⁹. De surcroît, le Traité a prévu que des fonds structurels pouvaient être prévus en vue du financement d'un aménagement équilibré du territoire communautaire (exemple, le Fonds d'Aide à l'Intégration Régionale (FAIR) en vue de la réduction des disparités régionales).

De surcroît, l'organisation a constamment bénéficié et continue à bénéficier de l'appui d'un certain nombre d'organisations internationales dont l'Union européenne et la CNUCED, notamment pour le financement

⁹ Un Prélèvement Communautaire de Solidarité (PCS) a été mis en place par l'article 16 de l'Acte Additionnel n°04/96 du 10 mai 1996 instituant un régime tarifaire préférentiel transitoire des échanges au sein de l'UEMOA et son mode de financement. Ce taux a été relevé, à compter du 1er janvier 2000, de 0,50 à 1% . Le taux du PCS, constitue la seule ressource propre de l'Union mise en œuvre, depuis juillet 1996.

Au 31 décembre 2003, le montant du PCS reversé à l'Union par les États membres s'élève à 140 milliards de F CFA.

de ses actions et politiques dans le domaine de la politique de la concurrence.

La Commission Européenne a adopté un document de stratégie de coopération et de programme indicatif entre l'UE et la région. La stratégie proposée est de favoriser la convergence à long terme des deux processus d'intégration et la CEDEAO.

Par ailleurs, l'adoption de l'important Programme économique régional (PER) 2004-2008 le 29 mars 2003 ouvre des perspectives d'acquisition de nombreux financements pour les projets et actions prioritaires identifiés dans ledit programme.

De même, la Banque régionale de solidarité (BRS) a pour objet de promouvoir l'emploi indépendant en faveur des populations traditionnellement exclues du système bancaire. La mission assignée à cette structure financière consiste, de manière générale, à financer toutes les micro-entreprises agricoles, industrielles, artisanales et les petits métiers. Elle vise ainsi, l'insertion des jeunes, la réinsertion des travailleurs et plus globalement, le développement d'activités génératrices d'emplois et de revenus.

6. Les actions et les politiques mises en œuvre par l'UEMOA

Dans la suite logique des objectifs proclamés, des actions sont entreprises dans divers domaines : l'harmonisation des législations, les politiques communes (politique monétaire, politique économique, libre circulation des marchandises, politique commerciale commune, règles de concurrence, libre circulation des personnes, des services et des capitaux), les politiques sectorielles.

- L'harmonisation des législations

Des directives ont été prises portant harmonisation du cadre juridique, comptable et statistique des finances publiques, puis d'un Code de transparence dans la gestion des finances publiques dans l'UEMOA, ainsi que d'une décision portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics.

Ainsi par exemple :

- la réforme des marchés publics est entrée dans sa phase opérationnelle en 2003, avec le recrutement d'un spécialiste en passation des marchés publics, en qualité d'Assistant technique auprès de la Commission dans le cadre de la première phase du Programme de Réforme des Marchés Publics (PRMP), l'organisation de réunions périodiques de concertation avec la Banque Mondiale et la BAD;
- la mise en œuvre du programme d'harmonisation des fiscalités indirectes intérieures s'est poursuivie jusqu'en 2003, avec la finalisation de l'étude sur les modalités de contrôle et de gestion des exemptions fiscales;
- les actions aussi bien dans le cadre de la consolidation de l'Union douanière, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, que dans la mise en œuvre de la politique commerciale commune; l'harmonisation des instruments douaniers avec la nouvelle version du Système Harmonisé adoptée par le Conseil de l'Organisation Mondiale des Douanes (OMD) en juin 1999.
- pour les études et statistiques, l'Union s'est dotée d'instruments novateurs dont les suivants : l'Indice Harmonisé des Prix à la Consommation (IHPC), les notes mensuelles sur l'Indice Harmonisé des Prix à la Consommation (IHPC) publiées sur le site de l'UEMOA, l'annuaire statistique de l'UEMOA, les bulletins de conjoncture.
- le programme d'harmonisation des fiscalités directes intérieure, avec l'harmonisation de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) avec la directive relative à la taxation des produits pétroliers au sein de l'UEMOA et de la directive portant régime harmonisé de l'acompte sur impôts assis sur les bénéficiaires;
- en prélude à l'union douanière, un régime préférentiel transitoire a marqué un progrès important dans la relance de l'économie des Etats en favorisant les échanges intra-communautaires ; outre les produits du cru et de l'artisanat traditionnel qui circulent en toute franchise des droits et taxes, des milliers de produits agréés fabriqués par des centaines d'entreprises des pays membres

circulent sur le territoire de la communauté sous le régime de la taxe préférentielle communautaire (TPC) avec une réduction de 5%.

- la mise en œuvre, depuis le 1er janvier 1998, du Système Comptable Ouest Africain (SYSCOA) ;
- l'adoption de différentes mesures visant à l'harmonisation de la comptabilité (institution d'un Conseil Comptable Ouest Africain et un Conseil Permanent de la profession comptable; d'un régime juridique des Centres de Gestion Agréés;
- l'adoption d'une Nomenclature Budgétaire et Plan comptable de l'Etat ;
- l'adoption d'une directive portant harmonisation des droits d'accises ;
- l'adoption d'un règlement facilitant la libre circulation des capitaux ;
- l'adoption d'un Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA ;
- l'adoption de mesures relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ;
- la création du Conseil Régional de l'épargne Publique et des Marchés Financiers et la Bourse Régionale des Valeurs Mobilières (BRVM) à Abidjan.

- La coordination des politiques macro-économiques nationales à travers la mise en place d'un dispositif de surveillance multilatérale, en complément de la politique monétaire préexistante

Pour cette coordination des politiques macro-économiques, l'Union a fixé des critères de premier et second rang que les Etats membres doivent respecter pour une meilleure convergence des performances et des politiques économiques¹⁰.

¹⁰ Les critères de premier rang sont :

- le ratio solde budgétaire de base rapporté au PIB nominal ;
- le taux d'inflation annuel moyen qui ne doit pas dépasser 3% ;
- le ratio de l'encours de la dette intérieure et extérieure rapporté au PIB (moins de 80%) ;
- le sous-critère de non-accumulation des arriérés de paiement intérieurs sur la gestion de la période courante ;

Les critères de second rang sont :

L'institution de la surveillance multilatérale permet aux Etats membres d'exercer leur droit de regard mutuel sur leurs politiques économiques en vue de faire face, à temps, aux graves déséquilibres macro-économiques éventuels préjudiciables à la stabilité monétaire.

Le renforcement institutionnel des Instituts Nationaux de Statistique, l'adoption d'un Indice Harmonisé des Prix à la Consommation (IHPC), la publication de l'indice régional des prix à la consommation, sous forme de notes mensuelles et semestrielles, l'élaboration et publication de rapports semestriels d'exécution de la surveillance multilatérale (huit rapports ont été élaborés depuis juillet 1997), l'adoption d'un Pacte de convergence, de stabilité, de croissance et de solidarité au sein de l'UEMOA, l'adoption et l'évaluation de programmes pluriannuels de convergence des Etats membres et des modalités de calcul du produit Intérieur brut (PIB) constituent également des avancées notables.

- La mise en place d'un marché commun

Le marché commun se caractérise par la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la communauté et l'existence d'un tarif extérieur commun (TEC).

Entré en vigueur depuis le 1er janvier 2000 le TEC est la somme de trois droits permanents : le droit de douane, la redevance statistique au taux unique de 1% sans exonération, le prélèvement communautaire de solidarité au taux unique de 1%. Il poursuit trois objectifs principaux à savoir la volonté d'ouverture de l'espace UEMOA

- le ratio de la masse salariale sur les recettes fiscales pour une norme communautaire de 35,0% maximum ;

- le ratio des investissements publics financés sur ressources internes rapportés aux recettes fiscales (norme communautaire de 20% minimum) ;

- le ratio du solde extérieur courant hors dons rapporté au PIB pour une norme communautaire d'un déficit ne devant pas dépasser 5% ;

- le taux de pression fiscale pour une norme communautaire de 17% minimum.

vers l'extérieur, la protection de la production communautaire, la lutte contre le détournement de trafic .

- La mise en œuvre de politiques sectorielles

Les politiques sectorielles prévues par le Traité traduisent la volonté des Autorités de l'Union d'assurer les conditions d'un développement équilibré et durable des Etats membres. Les politiques communautaires adoptées concernent spécifiquement les domaines de l'industrie, des mines, de l'artisanat, des transports, de l'agriculture, de l'énergie et de l'aménagement du territoire communautaire. Leur mise en œuvre s'effectue progressivement en concertation avec les Etats membres. Il en est ainsi des politiques ci-après.

- La politique des télécommunications de l'UEMOA repose sur cinq axes majeurs définis dans la recommandation¹¹ n°3/200/CM/UEMOA relative à la mise en œuvre d'un programme d'actions pour l'amélioration des télécommunications dans l'UEMOA. Il s'agit pour l'UEMOA de:

poursuivre la libéralisation progressive du secteur des télécommunications;

harmoniser des cadres législatifs et réglementaires;

moderniser des liaisons inter-états pour améliorer de l'interconnexion au sein de l'espace communautaire;

développer les ressources humaines;

développer le cadre institutionnel.

- Pour la mise en œuvre de lettre recommandation l'UEMOA a adopté un certain nombre de textes notamment:

la Directive n° 01/2006/CM/UEMOA relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de

¹¹ Commission de l'UEMOA

régulation du secteur des télécommunications;

la directive n° 2/2006/CM/UEMOA relative à l'harmonisation des régimes applicables aux opérateurs des réseaux et fournisseurs de services;

la Directive n°3/2006/CM/UEMOA, relative à l'interconnexion des réseaux et services de télécommunications;

la Directive n°4/2006/CM/UEMOA, relative au service universel et aux obligations de performance du réseau;

la Directive n°5/2006/CM/UEMOA, relative à l'harmonisation de la tarification des services de télécommunications;

la Directive n°3/2006/CM/UEMOA, organisant le cadre général de coopération entre les autorités nationales de régulations en matière de télécommunications.

- La politique minière commune. La politique minière commune suivant l'Acte additionnel N° 01/2000 de décembre 2000 fixe notamment les objectifs généraux suivants: l'émergence d'entreprises communautaires performantes aptes à satisfaire la demande intérieure et à affronter la concurrence internationale, la valorisation des ressources agricoles, pastorales, halieutiques et minières, la diversification de la production minière, la transformation sur place des substances minérales.

Pour atteindre ses objectifs, la Politique Minière Commune s'appuie notamment sur l'émergence encouragée d'entreprises privées locales performantes

- Le Programme Énergétique Communautaire (PEC)

Le premier Conseil des Ministres chargés de l'Énergie des pays

membres de l'UEMOA s'est réuni en avril 1997 à Bamako (Mali) et a adopté un Programme Énergétique Communautaire (PEC) s'articulant autour des axes suivants principaux: l'harmonisation des cadres législatifs et réglementaires régissant le secteur de l'énergie en vue d'atteindre les objectifs de l'Union, notamment en matière de compétitivité et d'unification des espaces nationaux, la mise en place d'un système de planification énergétique intégrée, l'accélération de l'interconnexion des réseaux électriques, la promotion des Énergies Nouvelles et Renouvelables, l'utilisation rationnelle de l'énergie, la mise en place d'un système communautaire d'approvisionnement de produits pétroliers liquides et gazeux, le changement dans les modes de production et de consommation d'énergie pour la préservation de l'environnement et un développement durable, l'amélioration de la gestion des entreprises du secteur ainsi que les systèmes organisationnels pour favoriser l'accès aux marchés financiers.

- Politique Industrielle Commune (PIC)

Les axes directeurs de cette politique ont été ainsi arrêtés pour dégager une vision commune de l'avenir industriel de la sous-région fondée sur l'espoir qu'à long terme, les pays de l'Union seront capables de devenir ensemble des " *acteurs significatifs de la mondialisation* " à travers un développement industriel durable.

A cet égard, un accent a été mis sur la concurrence: en matière de "concurrence", il s'agit d'exploiter pleinement l'impulsion donnée par l'établissement d'un marché commun régional pour créer un climat favorable au libre jeu d'une concurrence loyale ;

Le principe de la solidarité est invoqué: l'UEMOA comprend huit pays dont le développement

industriel est inégal. Il convient donc que soient mis en place des instruments d'actions spéciales en faveur des pays les plus défavorisés (infrastructures, aménagement du territoire). Une coopération entre les États et les entreprises doit stimuler des partenariats entre opérateurs économiques et faciliter des accords commerciaux et financiers avec d'autres entreprises africaines, avec les multinationales opérant en Afrique et avec des investisseurs étrangers. Elle doit aussi contribuer à améliorer l'image internationale des pays de l'UEMOA. Il est indispensable pour cela d'améliorer la qualité des services et produits, voie obligatoire pour un accès réussi des économies africaines aux marchés internationaux de plus en plus concurrentiels et exigeants. Ceci passe par une utilisation accrue de la certification et de l'accréditation.

7. Les entraves au processus d'intégration

Malgré les nombreuses réalisations et acquis incontestables au niveau des différentes politiques mises en œuvre par l'UEMOA, tel qu'il ressort de l'examen de chacune d'elles, un certain nombre d'obstacles, de difficultés ou de lenteurs entravent actuellement le processus d'intégration en cours.

C'est ce que révèlent par exemple les entraves ou difficultés dans la construction du marché commun et dans la convergence et la compétitivité des activités économiques et financières des États membres.

- Des entraves dans la construction du marché commun

La libre circulation des biens et des personnes au sein de l'espace communautaire n'est pas encore satisfaisante en raison de l'existence fréquente de contrôles intempestifs et d'extorsions de fonds.

S'agissant des obstacles au commerce, malgré l'application du désarmement tari-

faire intégral, il subsiste encore des entraves tarifaires et non tarifaires.

Ainsi, il est constaté fréquemment que même si le TEC est appliqué, les tarifs de certains États comportent toujours des lignes tarifaires en plus de celles du TEC, ne représentent pas toutes les lignes du TEC, affectent à certains produits une catégorie différente de celle fixée dans le TEC, comportent toujours des droits et taxes d'entrée qui ne relèvent pas du TEC.

Il a également été noté la survivance d'autres entraves tarifaires, telles que certaines redevances perçues uniquement sur des produits communautaires importés d'États membres de l'Union, alors que les produits équivalents fabriqués localement en sont dispensés. De même, est relevée la persistance d'entraves non tarifaires consistant en l'institution de normes techniques empêchant l'importation de produits communautaires, en l'érection de multiples barrages sur les corridors de l'Union ou en l'exigence de marquage des produits industriels originaires agréés même lorsque ceux-ci sont accompagnés de certificats d'origine authentiques.

En outre, selon des acteurs économiques entendus, perdurent des rentes de protection d'entreprises historiques vis-à-vis d'entreprises étrangères, y compris d'autres pays engagés dans le même processus d'intégration régionale. Ainsi, il est allégué que ces entreprises ont tendance à vouloir garder leurs parts de marché initialement acquises avant la libéralisation des échanges intra-communautaires, en abusant de leurs positions dominantes nées de la taille réduite des marchés nationaux et des systèmes de protections administratives antérieures à l'intégration ou grâce à des ententes de répartition de marchés entre concurrents (souvent deux ou trois par secteur).

De même, on constate également des interventions des personnes publiques ayant un effet de distorsion sur la concurrence.

- Des difficultés au niveau de la convergence et de la compétitivité des activités économiques et financières des États membres

Par exemple, l'analyse de la situation économique des Etats membres révèle qu'annuellement, la moitié des pays n'arrive pas à remplir totalement les quatre critères de premier rang auxquels pourtant tous les pays doivent satisfaire.

Au total, qu'il s'agisse de taux d'inflation annuel moyen, de non-accumulation d'arriérés de paiement extérieurs, de non-accumulation d'arriérés de paiement intérieurs, de ratio de la masse salariale par rapport aux recettes fiscales, la situation d'ensemble des pays de l'UEMOA montre des faiblesses.

Une telle situation est inséparable de l'existence dans certains pays membres de tensions socio-politiques qui limitent l'amélioration du cadre macroéconomique et la convergence des économies de l'Union.

B. LE CODE COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE COMME INSTRUMENT DE CRÉATION ET DE CONSOLIDATION D'UN VÉRITABLE MARCHÉ COMMUN

1. L'adoption par l'UEMOA d'un «code» communautaire de la concurrence

Dans la suite logique des objectifs proclamés, le Traité indique en son article 76, alinéa c, que, pour la mise en place du marché commun, l'Union œuvre pour l'institution de règles communes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques.

Ces dispositions sont complétées par celles des articles 88 à 90 portant sur les règles de concurrence à mettre en œuvre dans le cadre de la construction du marché commun.

Plus précisément, l'article 88 dudit Traité dispose que sont interdits de plein droit :

- a) les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union ;*
- b) toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à*

un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ;

c) les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

L'article 89 ajoute que le Conseil, statuant à la majorité des deux tiers (2/3) de ses membres et sur proposition de la Commission, arrête par voie de règlements les dispositions utiles pour faciliter l'application des interdictions énoncées à l'article 88.

Il fixe, selon cette procédure, les règles à suivre par la Commission dans l'exercice du mandat que lui confère l'article 90 ainsi que les amendes et astreintes destinées à sanctionner les violations des interdictions énoncées dans l'article 88. Il peut également édicter des règles précisant les interdictions énoncées dans l'article 88 ou prévoyant des exceptions limitées à ces règles afin de tenir compte de situations spécifiques. L'article 90 poursuit en indiquant que 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.

Si ledit Traité est effectivement entré en vigueur très rapidement dès le 1er août 1994, il a fallu attendre le 23 mai 2002, soit plus de sept ans après le démarrage du processus d'intégration en question, pour assister à l'édiction du droit dérivé en matière de concurrence sous forme de règlements et de directives du Conseil des ministres de l'UEMOA¹².

¹² En ce qui concerne la genèse de ce droit, celui-ci passera d'abord par une longue phase de projet avant de devenir réalité. A cet égard, la Commission de l'UEMOA nous indique que le texte du projet communautaire sur le droit de la concurrence commencera surtout à voir le jour à partir de décembre 1999, après que la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union à Lomé ait prescrit "l'adoption diligente et l'application effective d'une réglementation communautaire sur la concurrence, de manière à conforter l'union douanière et la politique commerciale commune" (Commission de l'UEMOA, « Note de présentation du projet de législation communautaire sur la concurrence à l'intérieur de l'Union », op. cit., p.1). Dans cette perspective, "la Commission a entrepris, depuis 1999, avec le concours de l'Union européenne, d'élaborer des projets de textes

Aussi, le droit communautaire de la concurrence issu de l'UEMOA comprend à l'heure actuelle aussi bien du droit primaire que du droit dérivé.

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

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

législatifs et réglementaires, en vue de fixer le cadre d'exercice de la concurrence au sein de l'Union'' (Idem, p. 1, in fine). C'est ainsi qu'elle rédigera un premier projet qui sera soumis à discussion et amendements en avril 2000 au cours d'un atelier d'experts nationaux. D'après la Commission, le principal point de divergence enregistré au cours dudit atelier et qui portera sur la question de la coexistence des législations nationales et de la législation communautaire de la concurrence et qui sera soumise à la Cour de justice de l'UEMOA fera l'objet de l'avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 de cette juridiction (Ibidem, p. 2). La Commission tiendra compte de cet avis pour finaliser son projet initial sur le droit de la concurrence. C'est en définitive le 23 mai 2002 que l'ensemble des textes de ce projet sera adopté quasiment en l'état par le Conseil des ministres de l'UEMOA.

rence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA.

L'entrée en vigueur des trois règlements a eu lieu le 1er janvier 2003 tandis que celle des deux directives l'avait été le 1er juillet 2002, étant entendu qu'un délai de six mois jusqu'au 31 décembre 2002 avait été laissé aux États membres pour conformer leur législation interne à ces deux directives.

2. La notion de concurrence selon le Traité, les règlements et les directives

A l'instar de la plupart des législations des États et des organisations internationales, les textes de l'UEMOA ne définissent pas directement et dans une perspective globale les notions de concurrence et, subséquemment, les concepts de pratiques portant atteinte à la concurrence, de droit de la concurrence et la politique de concurrence, probablement en raison du fait que ces notions ont déjà été définies dans le cadre d'organisations auxquelles adhèrent les États membres de l'UEMOA, telle que la CNUCED, et qu'elles sont partagées par la plupart de ces acteurs.

C'est ce que révèlent notamment les communications des représentants de l'UEMOA ou de ses États membres lors de différentes sessions du Groupe intergouvernemental d'experts sur le droit et la politique de concurrence organisées par la CNUCED ou encore l'utilisation du « *Manuel sur la mise en application des règles de la concurrence* » de cette organisation lors des séminaires nationaux ou régionaux d'information et de formation organisés par l'UEMOA, étant entendu que ce manuel se fonde sur les documents fondamentaux de la CNUCED en matière de concurrence, dont en particulier *l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, la loi type sur les pratiques commerciales restrictives et le Manuel des législations appliquées en*

matière de pratiques commerciales restrictives.

Malgré l'absence de définitions directes, il ressort que conformément à l'option libérale prise par l'UEMOA, le concept de concurrence repose sur le principe de liberté laissée à chacun des opérateurs économiques la possibilité de produire, de vendre ce qu'il veut, aux conditions qu'il choisit. Cette conception et les instruments mis en place s'inscrivent dans la notion de concurrence praticable par opposition à la conception de la concurrence pure et parfaite. Ainsi, un marché où le jeu de la concurrence est libre est un marché où les entreprises, indépendantes les unes des autres, exerçant la même activité rivalisent pour attirer les consommateurs. Autrement dit, c'est un marché où chaque entreprise est soumise à la pression concurrentielle des autres.

Dans la suite logique de cette approche, des actes peuvent porter gravement atteinte à la concurrence. Il est ainsi des accords horizontaux tels que les cartels, les abus de positions dominantes.

Face à l'existence ou à la menace permanente des pratiques portant atteinte à la concurrence, il s'avère nécessaire d'élaborer et de mettre en œuvre un corps de règles les réprimant, un ensemble de règles régulant ou disciplinant la concurrence, ou, en d'autres termes, un droit de la concurrence s'inscrivant dans une politique de la concurrence.

La politique de concurrence peut être définie comme la gamme de mesures gouvernementales qui peuvent être employées pour promouvoir des structures et un comportement concurrentiel sur les marchés, y compris et sans exclure d'autres éléments, les lois de portée générale qui s'appliquent aux pratiques anticoncurrentielles des entreprises.

Ceci signifie que la politique de la concurrence est constituée de deux grandes composantes :

- les mesures structurelles, notamment la libéralisation de l'économie et des échanges,

la privatisation et la réforme de la réglementation de certains secteurs d'activités ;

- la mise en application d'une législation sur la concurrence.

3. Les objectifs de la politique de concurrence de l'UEMOA

Les objectifs de la politique de concurrence de l'UEMOA résident, non seulement dans les objectifs habituels de toute politique de concurrence, qu'elle soit nationale ou communautaire, mais également des objectifs spécifiques à une politique communautaire de la concurrence liée à la mise en œuvre d'un processus d'intégration régionale caractérisé par la construction d'un marché commun.

L'UEMOA recherche à protéger le consommateur, lutter contre l'inflation et promouvoir la compétitivité internationale, et les orientations actuelles, à savoir jouer sur les structures du marché et diffuser le pouvoir économique.

De ce point de vue, il apparaît entre autres que le jeu normal de la concurrence entre les opérateurs économiques a un double avantage pour les pays africains : la satisfaction optimale des consommateurs et le dynamisme qu'elle influe à l'économie. Dans ce cas, elle protège les intérêts des consommateurs et les intérêts des producteurs et ceux de l'économie. Ainsi, la politique de la concurrence assure aux consommateurs un vaste choix de produits à des prix compétitifs et en même temps favorise les gains de productivité.

Mais en plus de ces objectifs généraux, le droit communautaire de la concurrence vise à faciliter le processus d'intégration au sein des économies régionales et mondialisées qui se traduit par :

- l'élargissement du marché de l'Union dû au décloisonnement des marchés nationaux et à l'intensification des courants d'échanges ;
- la réallocation des ressources à l'intérieur de l'espace communautaire ;

- la modification des conditions d'offre.

A cet effet, il vise à empêcher que des opérateurs économiques ne constituent des barrières à la libre circulation des biens, des services et des capitaux.

La politique de la concurrence de l'UEMOA joue également un rôle important dans la mise en œuvre des politiques sectorielles et notamment dans la libéralisation des industries de réseaux en contribuant à leur ouverture à la concurrence.

4. La cohérence de la politique de concurrence de l'UEMOA avec les autres politiques

A l'instar de toute politique de la concurrence, il est également acquis que celle communautaire de l'UEMOA entretient des liens et des interactions avec les autres politiques, en particulier dans le domaine économique.

De ce dernier point de vue, il ressort que la politique économique constitue un tout dont la politique de la concurrence forme un pilier essentiel parmi d'autres pôles d'action. Ceci signifie que ces autres pôles d'action n'ont de portée, tout particulièrement dans les pays en développement, que si une politique de la concurrence les accompagne, pour orienter et encadrer certaines modalités.

En particulier à l'époque actuelle où la plupart des Etats et des organisations ont opté pour le libéralisme économique sur le plan macro-économique, une interaction nécessairement joue entre les politiques de privatisation d'entreprises étatiques, de libéralisation des prix, la politique des investissements directs étrangers, la politique fiscale, la politique de déréglementation des secteurs d'activités en réseaux, notamment les postes et télécommunications, l'énergie, l'eau...

Sur le plan sectoriel, il s'agit notamment des politiques suivantes: la politique industrielle, la politique minière, la politique énergétique, la politique dans le domaine des

télécommunications, la politique commerciale.

Dès lors, il s'avère nécessaire de mettre en cohérence la politique de la concurrence avec ces différentes politiques publiques, de les rendre compatibles entre elles, afin de leur donner à chacune des chances de succès, sinon de créer une synergie entre elles.

C'est justement l'un des objectifs de la législation communautaire de la concurrence de l'UEMOA, aussi bien en ce qui concerne les politiques communautaires que celles menées par les différents Etats membres, même si cela n'est pas toujours sans difficultés.

- Au niveau communautaire de l'UEMOA

Les autorités de l'Union ont choisi d'instituer les règles relatives à l'Union douanière et la politique commerciales avant les règles de concurrence conçues comme un instrument de consolidation du marché commun.

Cependant, il était aussi concevable et peut être même plus judicieux d'engager toutes ces réformes en même temps afin de s'assurer d'une plus grande cohérence des politiques. En effet, la mise en œuvre de la politique et du droit de la concurrence dans l'UEMOA peut poser par exemple le problème du maintien de certains mécanismes douaniers.

Mais malgré le fait que les différentes politiques de l'UEMOA n'aient pas toujours été adoptées au même moment et que ces politiques soient souvent élaborées et mises en œuvre par des départements différents au sein de la Commission, avec les risques d'une collaboration insuffisante, on constate un effort global de mise en cohérence de la politique communautaire de concurrence avec les différentes politiques communautaires.

C'est notamment le cas de la politique minière (basé sur l'adoption d'un Code minier communautaire), de la politique industrielle, de la politique des investissements, l'idée privilégiée à ces niveaux étant surtout de parvenir à mettre sur le même pied les entreprises d'un point à l'autre de l'espace communautaire. Par exemple, il ressort qu'une politique industrielle axée sur la garantie d'un traitement égal des investisseurs est préconisée.

- Au niveau des Etats membres

Au lendemain des indépendances, les pays de la sous-région avaient tous opté pour une politique d'industrialisation orientée essentiellement vers *l'import substitution*.

L'investissement public et la protection de l'industrie naissante ont constitué les principaux instruments mis en œuvre pour atteindre les objectifs que se sont fixés les premiers dirigeants. La crise des années et les résultats peu concluants obtenus ont conduit à repenser les options initiales.

La substitution des importations prend moins d'importance et les vertus de la protection sont fortement remises en question. Les nouvelles règles du commerce international ont aussi joué dans la définition de la nouvelle politique industrielle déterminée par l'idée de compétitivité vis-à-vis de la concurrence internationale.

La question centrale qui s'est posée est de savoir comment assurer le retrait de l'État des activités commerciales et industrielles tout en évitant la disparition des entreprises nationales sous la pression de la concurrence étrangère. Il fallait également combattre dans le processus les abus motivés par la recherche de rentes de situation.

Par ailleurs, pour participer de façon équilibrée aux échanges commerciaux internationaux, il faut disposer d'une offre compétitive que les États ont cherché à réaliser grâce aux protections et aux soutiens internes tels que les subventions et autres aides publiques.

Par exemple, bon nombre d'entreprises extra-communautaires s'orientent surtout vers les pays qui offrent le plus de faveurs pour accueillir leurs investissements.

En partant de ces considérations, les différents Etats membres ont souvent mis en œuvre des politiques minières, d'investissement ou d'industrialisation caractérisées par une série d'avantages fiscaux ou de subventions accordés à certaines entreprises, mis en place ou conservés des monopoles existant dans certains domaines jugés stratégiques.

De la sorte, on a assisté à une sorte de concurrence entre les Etats pour accorder le plus de faveurs afin d'attirer ou de maintenir le maximum d'investisseurs, et des disparités dans le traitement des entreprises dans l'espace UEMOA.

Ces différents instruments ou outils de la politique économiques viennent souvent entrer en contradiction avec ceux communautaires qui préconisent une égalité de traitement des entreprises sur tout l'espace communautaire.

Des lors, un important travail de mise en cohérence de ces différentes politiques avec la politique communautaire de la concurrence reste à faire au niveau des différents Etats.

De même, au niveau communautaire, un travail permanent de revue doit permettre une harmonisation des règles au sein de l'Union. Un recensement et un contrôle des mesures dérogatoires et des aides publiques s'avèrent également nécessaires au niveau notamment de la Commission de l'UEMOA.

Les entreprises concernées par la mise en cohérence de la politique de concurrence et la politique industrielle sont essentiellement: les entreprises publiques faisant l'objet de privatisation, les grandes entreprises exploi-

tant les principales ressources locales, les moyennes entreprises à économie mixte que les Etats avaient créées pour suppléer le déficit d'investissement privé et les entreprises installées en zone franche.

II. LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

Eu égard au contexte d'émergence du code communautaire UEMOA de la concurrence, le champ d'application peut être pour l'essentiel appréhendé sous trois angles : d'abord, sous l'angle de la problématique du droit applicable découlant de la coexistence actuelle ou virtuelle de plusieurs droits et politiques de la concurrence dans l'espace UEMOA, ensuite, sous l'angle des règles matérielles, c'est-à-dire des pratiques visées par ledit code et, enfin, sous l'angle d'un ensemble de questions soulevées par l'existence à côté dudit droit de réglementations sectorielles de la concurrence.

A. PROBLEMATIQUE DU DROIT APPLICABLE

A part le droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA, il existe d'autres droits de la concurrence actuellement ou virtuellement applicables au sein de cet espace communautaire, dont principalement les droits des différents Etats membres de l'UEMOA et certains droits «transnationaux»¹³, qu'il s'agisse de ceux émanant d'organisations d'intégration régionale ou d'harmonisation juridique que sont en particulier l'OHADA et la CEDEAO ou, dans une certaine mesure, de ceux provenant de l'OMC et de la CNUCED.

L'existence de plusieurs droits de la concurrence dans l'espace UEMOA soulève

¹³ Ici, le terme de droits « transnationaux » est pris au sens de droits qui émanent de plusieurs Etats et dont les champs d'application dépassent le cadre d'un seul pays. Dans cet esprit, ce terme englobe aussi bien les droits provenant d'organisations intergouvernementales comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC) que ceux issus d'organisations supranationales ou d'harmonisation juridique comme l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

un certain nombre de questions : quels sont les rapports de conformité, de compatibilité, de hiérarchie entre le droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA et ces différents droits, de collaboration ou de coopération, voire de compétition ou de conflit sinon de totale ignorance entre les institutions respectives dont elles émanent ou qui sont chargées de les mettre en œuvre ?

1. Le principe de l'exclusivité du droit communautaire par rapport aux droits nationaux

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

Comme le notait déjà en novembre 2000, la Commission de l'UEMOA, après une étude de l'existant réalisée en 1998 dans tous les Etats membres, à l'exception de la Guinée-Bissau, et confirmée en avril 2000 par un atelier de délégués des Etats concernés, trois pays, à savoir le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, et le Sénégal, disposaient déjà d'une législation nationale sur la concurrence¹⁴, « *complète, élaborée et au champ d'application large* », les autres Etats étant alors engagés dans un processus d'élaboration ou d'adoption d'une législation nationale plus étoffée et complète en matière de concurrence.

Dès lors, avec l'édiction des règles de concurrence de l'UEMOA, se réalise dans

¹⁴ Le droit interne de la concurrence est principalement régi au Burkina Faso par la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso, en Côte-d'Ivoire par la loi n° 91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence, au Niger par l'ordonnance n° 92-025 du 7 juillet 1992 portant réglementation des prix et de la concurrence, au Sénégal par la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique¹⁴.

chacun de ces pays une coexistence d'un droit national et d'un droit communautaire de la concurrence issu de l'UEMOA. Cette situation pose des problèmes de compatibilité entre les règles de fond et la mise en œuvre de celles-ci par le biais des structures et des procédures et sanctions prévues pour cela.

Plus précisément, les aspects visés par les droits nationaux de la concurrence peuvent, en partie, différer de ceux visés par le droit communautaire de la concurrence ou les recouper sur certains points, aussi bien au niveau des règles de fond, que dans la mise en œuvre de celles-ci.

Ainsi par exemple, la loi burkinabé du 5 mai 1994 s'intéresse à la quasi-totalité des aspects courants du droit de la concurrence, aussi bien les pratiques anticoncurrentielles des entreprises (ententes et abus de position dominante)¹⁵ et des États (réglementation des prix)¹⁶ que les pratiques restrictives de concurrence des entreprises (comme par exemple le refus de vente ou l'imposition de prix de revente)¹⁷. Si en ce qui concerne les règles de fond régulant les ententes et les abus de position dominante (domaines d'interférence du droit de l'UEMOA et du droit national burkinabé), une très grande ressemblance existe¹⁸, c'est surtout au niveau des mécanismes de mise en œuvre de ces règles (procédures et sanctions) que des différences apparaissent.

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

¹⁶ Voir notamment le titre I « De la liberté des prix » (article 1^{er}) de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹⁷ Voir notamment le titre IV « De la transparence du marché et des pratiques restrictives de la concurrence » (articles 9 à 34) de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

¹⁸ Par exemple, dans le domaine des ententes, l'interdiction formulée par le droit de l'UEMOA se retrouve en des termes voisins dans l'article 24 de la loi n° 94-63 du 22 août 1994 portant organisation de la concurrence au Sénégal, y compris des exemples quasiment identiques. De même, en matière d'abus de position dominante, la prohibition faite par les textes de l'UEMOA est également présente dans l'article 27 de la même loi.

Deux thèses se sont opposées dès la phase d'élaboration des textes de l'UEMOA sur le droit de la concurrence, par exemple lors des travaux de « l'atelier sur le projet de législation communautaire de la concurrence à l'intérieur de l'Union » tenu au siège de la Commission de l'UEMOA, à Ouagadougou, du 10 au 14 avril 2000¹⁹.

Pour les uns (des experts des États membres), les législations nationales doivent continuer à coexister avec la législation communautaire, en particulier dans le domaine des ententes et des abus de position dominante, en veillant à ce que les dispositions de ces législations nationales soient conformes au droit communautaire et que ce dernier prime en cas de conflit.

Pour les autres dont la Commission, l'UEMOA doit avoir une compétence exclusive pour légiférer dans le domaine des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État, afin d'éviter les conflits de normes et de procédures, les législations nationales ne pouvant porter que sur les autres domaines du droit de la concurrence qui appartiennent à la compétence résiduelle des États, telle que la concurrence déloyale.

Saisie à titre consultatif par la Commission de l'UEMOA de la divergence de vues, la Cour de Justice de l'UEMOA a tranché en faveur de la Commission dans son avis du 27 juin 2000²⁰. En conséquence, estime la Cour, les États membres ne peuvent exercer de compétences partagées ou concurrentes dans ce domaine, comme le voudrait d'après ses analyses le principe de la double barrière appliqué en droit communautaire européen²¹

¹⁹ Voir notamment la « demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation des articles 88, 89 et 90 du Traité relatifs aux règles de concurrence dans l'Union », in COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, « Recueil de la jurisprudence de la Cour », Cour de justice, Ouagadougou, février 2002, p. 121.

²⁰ « Avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 relatif à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du Traité sur les règles de concurrence de l'Union », in COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, « Recueil de la jurisprudence de la Cour », op. cit., p. 119-132.

²¹ La notion de concurrence, au sens communautaire européen, est limitée aux actions des États et comportements des entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres. Le droit communautaire laisse subsister des droits nationaux de la concurrence qui s'appliquent aux actions et comportements

(par opposition au principe de la simple barrière choisi selon elle par le Traité de l'UEMOA), exception faite des prescriptions formelles des autorités communautaires associant ces Etats à l'exercice de cette compétence dévolue à l'Union²². Pour la Cour, cette solution constitue un élément de simplification du contentieux.

Cet avis de la Cour de justice de l'UEMOA a été pris en compte dans son principe par le législateur de l'UEMOA dans les règles de concurrence édictées le 23 mai 2002, plus particulièrement par la directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles²³. Toutefois, dans son aménagement concret, un tel principe a été amené à connaître quelques assouplissements du fait du souci du législateur de l'UEMOA de concilier la compétence exclusive de la Commission et la nécessité de permettre une surveillance efficace des marchés par les structures nationales de concurrence²⁴.

Plus précisément, si l'édition des règles de fond est réservée aux structures communautaires, on note dans la mise en œuvre des règles de fond un partage des fonctions d'enquête entre les structures nationales de concurrence et la Commission²⁵, même si les fonctions d'instruction et de décision sont monopolisées par la Commission²⁶.

n'ayant pas d'effet sur le commerce intra-communautaire, c'est-à-dire limités aux seuls marchés nationaux. Dans les autres cas, les législations nationales sont subordonnées aux règles communautaires (C.J.C.E., 15 févr. 1969, *Walt Wilhelm*). En cas de conflit, le droit communautaire prévaut (C.J.C.E., 13 févr. 1969, *Bayer A.G.*) .

²² Selon la Cour de justice de l'UEMOA, « les Etats membres restent somme toute compétents en toute exclusivité, pour prendre toutes dispositions pénales réprimant les pratiques anticoncurrentielles, les infractions aux règles de transparence du marché et même à l'organisation de la concurrence ».

²³ Voir en particulier les références faites à cet avis dans les visas de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

²⁴ Voir en particulier les motivations avancées par le législateur dans les visas de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

²⁵ Voir en particulier l'article 3 et l'article 5 paragraphes 5.1, 5.2 et 5.3 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

²⁶ Article 5 paragraphe 5.4 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

Dans le cadre du partage des fonctions d'enquête entre les structures nationales de concurrence et la Commission, seule cette dernière peut connaître des pratiques que sont les aides d'État, les pratiques anticoncurrentielles concernant les monopoles et entreprises publiques et les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'avoir un effet sur les échanges entre États membres²⁷. De même, la Commission doit informer les structures nationales de concurrence des États membres des procédures d'investigations concernant les entreprises situées sur leur territoire, en leur transmettant les copies de certains documents que sont notamment les pièces les plus importantes constatant les infractions, les demandes de renseignements adressées aux entreprises et les vérifications projetées auprès des entreprises en question²⁸.

Malgré la consécration de ce principe de l'exclusivité du droit communautaire de la concurrence dans le domaine des pratiques, la problématique du droit applicable n'est pas pour autant totalement épuisée, puisque deux problèmes subsidiaires existent.

Il s'agit de l'application du droit communautaire de la concurrence aussi bien dans le temps que dans l'espace.

a). S'agissant de l'application du droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA dans le temps, il ressort dans le principe que les règles communautaires de la concurrence obéissent aux mêmes prescriptions du Traité que les autres règles. L'article 45 du Traité dispose que les actes pris par les organes de l'Union entrent en vigueur après leur publication à la date qu'ils fixent.

Suivant cette règle, il suffit de se référer à la date de publication d'un acte dans le *Bulletin officiel* de l'Union sinon à sa notification aux personnes intéressées pour déterminer à partir de quand il prend effet.

Toutefois, l'article 88 *a* du Traité a prévu qu'un an après l'entrée en vigueur du Traité,

²⁷ Article 5 paragraphe 5.2 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

²⁸ Article 5 paragraphe 5.3 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

les ententes, les abus de position dominante et les aides publiques sont interdits de plein droit et l'article 89 renvoie à des règlements pour préciser la portée de ces interdictions. Or il se trouve qu'il a fallu sept ans avant que les actes d'application concernant la concurrence ne soient pris.

La question qui se pose est de savoir quel sort il faut réserver aux pratiques commises antérieurement à l'adoption des actes d'application des articles 88, 89 et 90 du Traité.

Les dispositions de la Directive n° 01/2002/CM/UEMOA laissent penser qu'implicitement, est consacrée l'applicabilité des droits nationaux durant la période transitoire pour les affaires en cours d'instruction. Les règles communautaires pour les affaires pourraient s'appliquer au stade de l'enquête à moins que la Commission saisie de ces affaires ne décide d'appliquer les règles nationales sur la base desquelles les poursuites ont été engagées.

b). En ce qui concerne l'application du droit communautaire de la concurrence dans l'espace, en principe, les règles communautaires de concurrence s'appliquent dans l'ensemble du territoire constitué par les huit États membres de l'Union.

Ce principe découle de l'article 43 du Traité qui précise que les Règlements et Directives sont directement applicables dans tout État membre, sachant que l'essentiel du code communautaire de la concurrence est constitué par le droit dérivé du Traité.

Plusieurs cas se présentent.

– Le cas le plus simple est celui où les auteurs de la pratique sont situés dans l'espace communautaire et que la pratique produit son effet dans le marché commun. Les règles communautaires s'appliqueront pleinement nonobstant toutes dispositions nationales contraires.

Il est à préciser ici qu'aucune condition relative à l'effet sur les échanges intracommunautaires n'est posée.

– Le deuxième cas possible est celui où les entreprises se concertent ou abusent de

leur position dominante, mais que ces pratiques ne produisent leurs effets que sur un autre marché extérieur au Marché commun (par exemple un cartel à l'exportation). La question qui se pose alors est de savoir si des poursuites contre les entreprises en cause peuvent être engagées.

La réponse est négative, sauf si l'Union a par ailleurs souscrit vis-à-vis du pays du marché perturbé un engagement à poursuivre ces entreprises.

Et dans ce cas même, la question du droit applicable va se poser : s'agira-t-il du droit communautaire de l'UEMOA ou de celui du pays où l'effet se produit ?

– le troisième cas est celui où une ou plusieurs entreprises situées hors du territoire communautaire se livrent à des pratiques ayant des effets sur le territoire du Marché commun.

Dans cette hypothèse le droit communautaire de l'UEMOA pourrait s'appliquer, la seule difficulté étant de disposer des moyens matériels et juridiques pour poursuivre les entreprises fautives.

– le quatrième cas est celui des entreprises en zones franches ou en régime de points francs, qui physiquement se situent dans l'espace communautaire, mais juridiquement bénéficient d'un statut d'extranéité.

En principe, ces entreprises, ayant pour vocation d'exporter hors du Marché commun, ne devraient pas pouvoir exercer des pratiques ayant un objet ou des effets anticoncurrentiels dans le Marché Commun et donc de faire l'objet de poursuites, sous réserve des possibilités admises d'un écoulement partiel dans le marché communautaire.

2. La prise en compte des autres droits transnationaux régionaux (OHADA, CEDEAO)

Actuellement existent dans l'espace UEMOA deux autres organisations d'intégration régionale ou d'harmonisation juridique, à savoir la CEDEAO et l'OHADA, qui projettent également de se

doter chacune d'un droit de la concurrence applicable dans l'espace UEMOA.

a). La CEDEAO

La CEDEAO a été créée par un traité signé à Lagos (Nigeria) le 28 mai 1975. Ce Traité est entré en vigueur en juin de la même année après sa ratification par 7 (sept) Etats membres conformément aux stipulations de son article 62. La CEDEAO est une organisation d'intégration ayant véritablement une envergure régionale pour avoir transcendé les différentes sphères coloniales de l'Afrique de l'Ouest. En effet, la CEDEAO regroupe à l'heure actuelle 15 pays qui n'ont pas la même langue officielle : le Bénin, le Burkina Faso, la Côte-d'Ivoire, la Guinée, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Togo (pays francophones), le Ghana, la Gambie, le Liberia, le Nigeria, la Sierra Leone (pays anglophones), le Cap Vert, la Guinée Bissau (pays lusophones). Le siège de l'organisation se trouve à Abudja, au Nigéria.

Le Traité initial de la CEDEAO a été révisé par le sommet des chefs d'État tenu à Cotonou en juillet 1993.

Aux termes de ce Traité révisé, la CEDEAO se fixe comme but de réaliser l'intégration entre les pays d'Afrique de l'ouest, en priorité sur le plan économique, mais également dans les autres domaines de la vie sociale, afin de parvenir à un plus grand développement, pour le plus grand bien des populations.

Dans ce sens, le paragraphe 1 de l'article 3 du Traité révisé de la CEDEAO de 1993 consacré aux buts et objectifs de l'organisation dispose que « la Communauté vise à promouvoir la coopération et l'intégration dans la perspective d'une union économique de l'Afrique de l'Ouest en vue d'élever le niveau de vie de ses peuples, de maintenir et d'accroître la stabilité économique, de renforcer les relations entre les Etats membres, et de contribuer au progrès et au développement du continent africain ».

A cet effet, un certain nombre d'objectifs ont été fixés par le Traité, à travers notamment le paragraphe 2 de l'article 3, et

par différents textes de droit primaire et dérivé que sont notamment les protocoles, les décisions et les règlements.

Plus précisément, l'examen des dispositions de ces différents textes nous montre que la CEDEAO poursuit à l'heure actuelle deux grands objectifs : d'abord et avant tout la mise en place d'un marché commun en tant qu'objectif fondamental, et ensuite et à terme, la mise en place d'une union économique et monétaire en tant qu'objectif ultime.

C'est dans la recherche de cet objectif fondamental qu'est la mise en place d'un marché commun qu'est envisagée l'adoption d'un droit et d'une politique de concurrence, même si le Traité révisé ne le prévoit pas clairement.

Les seules dispositions concernant la concurrence sont contenues dans le Traité révisé et sont uniquement destinées aux Etats. Il s'agit des dispositions sur les restrictions quantitatives et sur le dumping. Aux termes de l'article 41 du Traité révisé, "...chaque Etat membre s'engage à assouplir progressivement et à éliminer totalement dans un délai maximum de quatre (4) ans après le démarrage du schéma visé à l'article 54 [schéma de libéralisation des échanges commerciaux mis en œuvre en 1990], toutes restrictions ou interdictions de nature contingente, quantitative et assimilée qui s'appliquent à l'importation dans cet Etat membre de marchandises originaires des autres Etats membres et à ne pas imposer plus tard d'autres restrictions ou interdictions".

L'article 42 du Traité révisé, pour sa part, contient des dispositions sur le dumping. Aux termes de cet article, le dumping est perçu comme l'introduction et la vente des marchandises d'un pays membre dans un autre à un prix inférieur au prix pratiqué pour les marchandises similaires dans l'Etat d'où proviennent ces marchandises ; cette pratique doit être susceptible de porter atteinte à la production de marchandises similaires dans l'Etat d'importation. Dans ce cas, l'Etat membre importateur doit saisir le Conseil pour arbitrage. Il s'agit là d'une définition restrictive du dumping. Elle ne

prend pas en compte la définition généralement donnée à cette notion et qui consiste à offrir des produits ou des services à un prix inférieur à leur prix de revient dans le but de faire disparaître ses concurrents et de bénéficier a posteriori, d'une situation de monopole ou de position dominante. Visiblement, ces dispositions ne visent avant tout que les Etats, à l'exclusion des particuliers.

Malgré l'absence de base juridique consistante, la CEDEAO a également entrepris de se doter d'un droit de la concurrence et des projets de textes ont été élaborés.

Plus précisément, comme nous l'indique le compte rendu du Séminaire régional de validation des documents cadre de la politique régionale en matière de concurrence et de l'investissement a eu lieu à Niamey du 28 au 30 septembre 2006²⁹, à l'issue de cette rencontre, deux types de documents ont été produits sur chacun de ces thèmes : il s'agit respectivement du projet de document cadre présentant la politique et de l'avant-projet de texte réglementaire sur lesdites politiques. Une nouvelle réunion a eu lieu en mars 2007.

Le cadre de la politique régionale proposée dans le domaine de la concurrence comporte essentiellement les points suivants :

- l'objet du droit de la concurrence et ses principes fondamentaux ;
- la justification d'une politique régionale de la concurrence pour la CEDEAO ;
- l'état des lieux du droit de la concurrence au sein de la CEDEAO ;
- les grandes lignes d'une réglementation commune de la concurrence au sein de la CEDEAO y compris les questions de renforcement de capacités ;
- les conditions de mise en œuvre.

²⁹ Rapport final de la Réunion du Comité Ministériel de Suivi de l'Accord de Partenariat Economique entre l'Afrique de l'Ouest et la Communauté Européenne, Réunion des Experts, Niamey, 03 - 05 octobre 2006..

Cette politique sera mise en œuvre à travers d'une part, une Autorité régionale de la concurrence qui établira un partenariat avec les structures compétentes nationales et d'autre part, une réglementation régionale qui prendra principalement en compte, les quatre (4) grandes catégories de pratiques commerciales répréhensibles que sont :

- les accords et pratiques concertées restreignant le commerce;
- les pratiques monopolistiques;
- les fusions et acquisitions de nature à entraîner des abus de position dominante;
- les distorsions de la concurrence imputables aux Etats.

Cette réglementation intégrera par ailleurs les domaines de convergence des réglementations nationales sur la concurrence existants dans la région. Il sera par ailleurs institué un mécanisme de concertation entre les organes compétents de la CEDEAO et de l'UEMOA pour régler les éventuels conflits de compétences et élaborer un programme de renforcement des capacités pour les structures régionales et nationales de la concurrence.

Les Experts ont recommandé que les Etats organisent au plan national de larges concertations sur les projets de cadre de politique régionale de la concurrence et de l'investissement ainsi que des avant-projets de textes réglementaires subséquents que leur transmettra le Secrétariat exécutif de la CEDEAO.

Le Secrétariat exécutif de la CEDEAO et la Commission de l'UEMOA sont par ailleurs priés d'organiser une réunion d'experts pour la validation de l'ensemble de ces documents avant leur soumission au Conseil des Ministres de la CEDEAO pour adoption.

b). L'OHADA

Pour sa part, l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a été créée par le Traité de Port-Louis (en Ile-Maurice) signé le 17 octobre 1993 et entré en vigueur le 18 septembre 1995. L'OHADA a pour objectif global de

favoriser, au plan économique, le développement et l'intégration régionale ainsi que la sécurité juridique et judiciaire dans les affaires au niveau de ses seize États membres que sont les huit États de l'espace UEMOA, plus le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, le Gabon, la Guinée, la Guinée Équatoriale et le Tchad³⁰. Plus précisément, l'OHADA se propose comme objectifs particuliers de doter les États-parties d'un même droit des affaires, simple, moderne et adapté à la situation de leurs économies, de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels, tout en concourant à la formation et en assurant la spécialisation des magistrats et des auxiliaires de justice³¹.

Concrètement, l'OHADA met en place une série d'actes uniformes dans divers domaines dont notamment ceux relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, au droit des sûretés, au droit des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, au droit des procédures collectives d'apurement du passif, au droit de l'arbitrage³².

Mais surtout, l'OHADA envisage d'autres harmonisations juridiques, en particulier dans le domaine du droit de la concurrence, comme l'a laissé entendre son Conseil des ministres qui s'est tenu les 22 et 23 mars 2001 à Bangui. Ainsi, il y a des risques de recoupement des droits de la concurrence de l'UEMOA et de l'OHADA, et en particulier des règles de fond émanant de ces deux organisations.

³⁰ Voir en particulier le préambule et les articles 1 et 2 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

³¹ Idem.

³² En vertu de l'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, les actes uniformes sont directement applicables dans les États membres dès leur publication et priment sur leurs législations nationales. Les actes uniformes, par leurs effets, sont ainsi comparables aux règlements de l'UEMOA. De tels effets confèrent à ces actes, et par conséquent à l'OHADA, un caractère supranational. Voir dans ce sens, Djibril ABARCHI, « La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *Revue burkinabé de droit*, n° 37, 1^{er} semestre 2000, p. 9-27.

Certes, par rapport aux risques d'incompatibilité entre, d'une part, les droits de la concurrence de ces deux organisations et, d'autre part celui de l'UEMOA, le Traité de Dakar contient des dispositions favorisant la coopération et la concertation entre ces différentes organisations comme d'ailleurs le montrent celles déjà mises en œuvre entre l'UEMOA et la CEDEAO, et partant un mécanisme apte à éliminer les incompatibilités ou les doubles emplois.

En effet, l'article du Traité de l'UEMOA dispose que l'Union établit toute coopération utile avec les organisations régionales ou sous-régionales existantes;

L'article 14 dudit traité ajoute que dès l'entrée en vigueur du présent Traité, les États membres se concertent au sein du Conseil afin de prendre toutes mesures destinées à éliminer les incompatibilités ou les doubles emplois entre le droit et les compétences de l'Union d'une part, et les conventions conclues par un ou plusieurs États membres d'autre part, en particulier celles instituant des organisations économiques internationales spécialisées.

De même, l'article 60 du Traité de Dakar indique que dans l'exercice de ses fonctions, la Conférence tient compte des progrès réalisés en matière de rapprochement des législations des États de la région, dans le cadre d'organismes poursuivant les mêmes objectifs que l'Union.

Toutefois, malgré l'existence de ces dispositions favorisant la coopération et de nature à empêcher les risques d'incompatibilités, l'émergence effective d'un droit de la concurrence au niveau de la CEDEAO et de l'OHADA pourrait poser de sérieux problèmes au niveau du contentieux du fait de l'existence de mécanismes différents de mise en œuvre des règles de fond.

3. La conformité avec les principes édictés par les organisations internationales (OMC, CNUCED)

Le droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA se caractérise par ailleurs par sa conformité avec les principes et les règles

édictees par les organisations internationales que sont l'OMC et la CNUCED,

Cela résulte d'abord de l'adhésion du législateur de l'UEMOA aux règles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (ou General agreement on tariffs and trade, communément appelé GATT) à laquelle succèdera l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Selon l'article 83 du Traité de l'UEMOA, dans la réalisation des objectifs définis à l'article 76 dudit traité, dont en particulier la libéralisation des échanges intra-communautaires, l'institution d'un tarif extérieur commun (TEC) et de règles communes de concurrence, « l'Union respecte les principes de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) en matière de régime commercial préférentiel. Elle tient compte de la nécessité de contribuer au développement harmonieux du commerce intra-africain et mondial, de favoriser le développement des capacités productives à l'intérieur de l'Union, de protéger les productions de l'Union contre les politiques de dumping et de subventions des pays tiers ».

En dehors de ces quelques mots contenus dans le Traité de Dakar, il n'est précisé nulle part le contenu de ces relations avec les pays tiers, et plus particulièrement le contenu de la politique anti-dumping et anti-subventions. Dès lors, il faut une fois de plus se référer à d'autres outils, et en particulier aux textes de l'OMC qui succède au GATT, pour tenter de préciser le contenu que peut prendre cette politique anti-dumping et anti-subventions.

Le dernier cycle de négociations du GATT, l'Uruguay Round qui se déroulera de 1986 à 1994, aboutira à l'accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce qui désormais remplace le GATT. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, l'OMC qui poursuit les mêmes objectifs globaux que le GATT de 1947 (la libéralisation du commerce mondial), cherche en particulier à promouvoir le libre jeu de la concurrence en imposant diverses obligations aux États et aux entreprises de

ses pays membres dans leurs relations réciproques.

Dans cette optique, l'OMC, à travers ses différents accords, interdit ou limite fortement les politiques de dumping, les subventions des États à leurs entreprises exportatrices ou importatrices, et obligent ces États à soumettre les monopoles et entreprises publiques aux règles de concurrence de l'OMC.

En outre, dans le cadre du « *Tokyo Round* » du GATT, divers codes avaient été arrêtés : sur les achats gouvernementaux, sur les discriminations. De même, lors des travaux de l'Uruguay Round, une mise à jour a été faite, et des mesures commerciales ont été préparées liées à l'investissement (« Trim ») et aux droits de propriété intellectuelle (« Trip »).

Par ailleurs, les principes et règles énoncés dans le Code communautaire de la concurrence de l'UEMOA sont conformes aux à ceux de la CNUCED, comme le confirme, non seulement la participation de l'UEMOA et de ses États membres aux réunions du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de concurrence de la CNUCED, mais également l'assistance que cette organisation apporte à la première.

Créée en 1964, la CNUCED vise à intégrer les pays en développement dans l'économie mondiale de façon à favoriser leur essor et leur développement durable.

S'agissant en particulier de la concurrence, son mandat dans ce domaine découle de la résolution 35/63 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1980 sur « *l'Ensemble des principes et des règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives* ».

L'Ensemble, bien qu'il n'ait pas force obligatoire, représente un consensus de la part de la communauté internationale sur la pertinence des principes de la concurrence pour le commerce et le développement. Il constitue la base des travaux de la CNUCED dans ce domaine.

Plus précisément, il ressort que les pratiques restrictives privées ne doivent pas se substituer aux barrières commerciales démantelées. Telle est la mission de la CNUCED, au sein de laquelle fonctionne un groupe d'experts qui examine les pratiques commerciales restrictives (« PCR ») et émet des propositions.

Dans ce but, *l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives* dresse une série d'objectifs à l'intention des gouvernements afin qu'ils mettent en œuvre des mesures destinées à ce que des PCR de sociétés nationales ou transnationales n'entraient ni annulent la réalisation des avantages découlant de la libéralisation des obstacles tarifaires et non tarifaires au commerce mondial, en particulier au commerce et au développement des pays en développement.

Cet instrument fait l'objet d'une révision tous les cinq ans. La dernière conférence consacrée à sa révision a eu lieu du 14 au 18 novembre 2005 à Antalya en Turquie. Des représentants de la Commission de l'UEMOA et de certains de ses Etats membres ont participé à cette conférence.

B. LES RÈGLES MATERIELLES DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

En termes de pratiques ou de comportements visés, le droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA s'intéresse exclusivement aux pratiques anticoncurrentielles que sont les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante, et les interventions publiques.

1. Les ententes anticoncurrentielles

Le Traité de l'UEMOA se limite pour l'essentiel à indiquer en son article 88, alinéa a, que les accords, les associations et les pratiques concertées entre entreprises sont interdits de plein droit, lorsque ceux-ci ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à

l'intérieur de l'Union, et à disposer en son article 89 que le Conseil des ministres arrête par voie de règlement dès l'entrée en vigueur du traité la procédure, les sanctions et les exceptions applicables à cette interdiction.

a) le principe d'interdiction

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

Ce sont surtout l'article 3 du règlement n°02/2002/CM/UEMOA et l'annexe 1 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 qui apportent les plus grandes précisions quant au contenu exact de la notion d'entente prohibée contenue dans le Traité de l'UEMOA³³.

b) les définitions

A cet égard, l'entreprise, sans laquelle la notion d'entente prohibée n'existe pas, est définie comme une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, exerçant une activité économique, à titre onéreux, de manière durable, indépendamment de son statut juridique, public ou privé, et de son mode de financement, et jouissant d'une autonomie de décision³⁴.

De surcroît, il apparaît que la notion d'entente doit être entendue de la façon la plus large³⁵, à l'instar de l'interprétation déjà faite par le juge européen. En ce sens, l'existence d'un accord entre entreprises au

³³ Aux termes de l'article 32 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, l'annexe n° 1 relative aux « notes interprétatives de certaines notions » fait partie intégrante dudit règlement et revêt par conséquent la même force obligatoire que ce dernier.

³⁴ Note 1 de l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

³⁵ Note 2 de l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

sens de l'article 88, alinéa a, du Traité n'implique pas nécessairement un contrat écrit³⁶. Les décisions d'associations d'entreprises se manifesteront notamment sous la forme de délibérations des associations professionnelles. Enfin, de simples comportements parallèles pourront constituer un accord ou une pratique concertée³⁷.

Comme nous le laisse clairement apparaître la législation de l'UEMOA, la seule existence d'un concours de volonté entre entreprises autonomes ne suffit pas pour qu'il y ait entente prohibée.

Il faut en plus que ce concours de volonté ait pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur de l'Union³⁸. L'évaluation de cet effet anticoncurrentiel, notamment par la Commission de l'UEMOA, doit être faite en utilisant le critère de la part de marché détenue par les parties à la pratique³⁹. Plus précisément, la détermination de cette part de marché nécessite au préalable la définition précise du "marché en cause" qui apparaît comme le résultat de la combinaison entre "le marché de produits en cause" et le "marché géographique en cause"⁴⁰.

³⁶ Idem.

³⁸ A la différence de l'article 88, alinéa a, du Traité de l'UEMOA, l'article 81 (ex-article 85) du Traité CE parle d'ententes «qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». Ainsi, le droit communautaire européen des ententes a un champ d'application limité par la condition d'affectation du commerce entre les États membres ; dès lors que la pratique en question n'affecte que le commerce d'un seul Etat membre, le droit communautaire des ententes ne s'applique guère. Comme nous le verrons ultérieurement en abordant les problèmes de compatibilité, une telle disposition va justifier au niveau européen la coexistence des droits nationaux des ententes et du droit communautaire en la matière, contrairement au cas Ouest-africain où l'absence de cette condition d'affectation du commerce entre les Etats membres va laisser le champ libre à l'application totale du droit communautaire et condamner à la disparition les droits nationaux des ententes.

³⁹ Note 4 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁴⁰ Aux termes de la note 4 susmentionnée, le marché de produits en cause englobe tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Le marché géographique en cause correspond quant à lui au territoire sur lequel les entreprises concernées contribuent à l'offre

L'objet et l'effet des accords interdits constituent des conditions alternatives. En principe, dès l'instant que la preuve est établie que l'accord en cause a un objet anticoncurrentiel on n'a pas besoin de rechercher les effets.

Mais, il est souvent utile de replacer l'accord dans son contexte économique pour savoir s'il a véritablement des effets sensibles sur la concurrence ou bien si l'on peut faire jouer la règle de minimis.

La restriction du libre jeu de la concurrence doit être appréciée de façon globale dans le contexte économique et juridique où se situe l'accord en cause. Ainsi on peut prendre en compte l'existence éventuelle d'accords similaires pouvant concourir à cette restriction de concurrence.

La concurrence dont il est question est actuelle ou potentielle. Pour déterminer la concurrence potentielle, il est souvent tenu compte des capacités techniques financières et commerciales des entreprises.

La concurrence se déroule entre les producteurs de différentes marques ou des distributeurs d'une même marque.

Comme exemples d'ententes prohibées, l'article 3 du règlement n°02/2002/CM/UEMOA mentionne : les accords limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, les accords visant à fixer directement ou indirectement le prix, à contrôler le prix de vente, et de manière générale, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, les répartitions des marchés ou des sources d'approvisionnement, les accords ou pratiques visant à limiter ou à contrôler la production, les débouchés, le développement technique et les investissements, les discriminations entre

de produits et de services, ce marché devant présenter des conditions de concurrence suffisamment homogène et pouvoir être distingué des territoires limitrophes, notamment par des conditions de concurrence sensiblement différentes, en prenant en compte des facteurs comme la nature et les caractéristiques des produits ou des services en question, l'existence de barrières à l'entrée, des différences appréciables de parts de marché ou des écarts substantiels de prix.

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

c) les principes de l'exception et de l'exemption

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

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

Dans cet esprit, il apparaît que la Commission peut autoriser (exempter de l'interdiction) de façon individuelle ou par catégories les ententes qui non seulement contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, mais également n'imposent pas aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, et ne donnent pas à ces entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause⁴¹. Ces quatre conditions générales des exemptions se retrouvent d'ailleurs au niveau des règles de concurrence de l'Union européenne et de certains pays de l'espace UEMOA⁴².

⁴¹ Article 7 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁴² En ce sens, voir notamment l'article 81, § 3 (ex-article 85, § 3) du Traité de Rome ou l'article 8, § 2 de la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso. Ces articles sont rédigés dans des termes quasiment identiques à ceux de l'article 7 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

De façon plus précise, il ressort que la Commission de l'UEMOA peut adopter par voie de règlement d'exécution des exemptions par catégories, notamment en ce qui concerne les accords de spécialisation, les accords de recherche et de développement et les accords de transfert de technologie⁴³.

En matière d'exemptions, le législateur de l'UEMOA estime qu'il faut distinguer les accords entre entreprises en deux catégories que sont respectivement les accords verticaux et les accords horizontaux⁴⁴. Les accords verticaux sont définis comme les accords conclus entre deux ou plusieurs entreprises, dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles ces entreprises peuvent acquérir, vendre ou revendre certains biens ou services⁴⁵. Les accords horizontaux sont appréhendés en tant qu'accords conclus à un même niveau de production ou de distribution ou, en d'autres termes, en tant qu'accords entre producteurs ou accords entre détaillants⁴⁶.

Pour le législateur de l'UEMOA, les accords verticaux sont moins restrictifs de la concurrence que les accords horizontaux. Aussi estime-t-il que la Commission de l'UEMOA doit avoir une politique plus souple à l'égard des accords verticaux en les laissant hors du champ d'interdiction des ententes, à l'exception de deux types d'accords dont les effets anticoncurrentiels sont jugés plus importants que leurs effets positifs, à savoir, d'une part, les accords comportant une protection territoriale absolue et, d'autre part, les accords portant sur la fixation du prix de revente⁴⁷. De même, la Commission est invitée à exercer un contrôle strict sur tous les accords verticaux entre parties occupant une position

⁴³ Article 6 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

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

⁴⁴ Note 5 de l'annexe 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

dominante sur le marché en cause⁴⁸. Cette dernière recommandation est à relier à la prohibition des abus de position dominante formulée par les textes de l'UEMOA, en plus de l'interdiction de principe des ententes.

2. Les abus de position dominante

a). le principe de l'interdiction des abus

Comme dans le domaine des ententes, le Traité de l'UEMOA se limite à poser de façon très succincte le principe d'interdiction des abus de position dominante. A cet égard, l'article 88, alinéa b, dudit Traité dispose que sont interdits de plein droit toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci.

A première vue, l'interprétation littérale des dispositions de l'article 88 b du Traité de l'UEMOA ne permet pas de poursuivre les abus de position dominante en tant que tels dans la mesure où il n'est visé ici que les pratiques assimilables aux abus de position dominante.

Toutefois, les dispositions des règlements n°02/2002/CM/UEMOA et n°03/2002/CM/UEMOA qui viennent poser clairement l'interdiction des abus de position dominante et préciser le contenu de celle-ci.

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

b). la notion de position dominante

Plus précisément, la position dominante est définie comme la situation où une entreprise a la capacité, sur le marché en cause, de se soustraire d'une concurrence effective, de s'affranchir des contraintes du marché, en y jouant un rôle directeur⁴⁹.

De nombreux critères sont prévus pour déterminer l'existence d'une position dominante. Le critère le plus déterminant pour évaluer l'existence d'une telle position est la part de marché qu'occupe une entreprise sur le marché en cause⁵⁰. Cette part de marché se calcule en tenant compte des ventes réalisées par l'entreprise concernée et de celles réalisées par ses concurrents⁵¹. Lorsque la part de marché ne suffit pas à elle seule pour établir l'existence d'une position dominante, les instances communautaires doivent recourir à des critères supplémentaires pour juger de celle-ci, tel le degré d'intégration verticale de l'entreprise, la puissance financière de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient, l'existence de barrières à l'entrée. Ces barrières à l'entrée peuvent résider dans des obstacles législatifs et réglementaires ou dans les caractéristiques propres au fonctionnement du marché en cause, dont par exemple la complexité technologique propre au marché de produit, la difficulté d'obtenir les matières premières nécessaires ainsi que les pratiques restrictives des fournisseurs déjà établis⁵².

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

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

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

⁵¹ Note 3 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁵² Note 3 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Note 3 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

La notion de position dominante est rapprochée de celle de concentration par le législateur de l'UEMOA. A ce propos, il ressort que les faits suivants constituent une concentration: la fusion entre deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes ; l'opération par laquelle une ou plusieurs personnes (détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins) ou une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement (que ce soit par prise de participation au capital, achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen) le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises; la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome⁵³.

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

c). l'abus de position dominante

Les textes de l'UEMOA indiquent que le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci est incompatible avec le marché commun et est interdit⁵⁴. Sont également frappées de cette interdiction les pratiques assimilables à un abus de position dominante dont, en particulier, les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante détenue par une ou plusieurs entreprises, et qui ont comme conséquence d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché commun⁵⁵.

La législation de l'UEMOA mentionne comme comportements constitutifs d'abus de position dominante les pratiques

consistant à : imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables; limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par des partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats⁵⁶. Sont également assimilées à des comportements constitutifs d'abus les opérations de concentrations qui créent ou renforcent une position dominante détenue par une ou plusieurs entreprises⁵⁷.

La seule existence de ces comportements abusifs ne suffit pas pour qu'il y ait abus de position dominante prohibé par le droit de la concurrence de l'UEMOA. Encore faut-il, en second lieu, que de tels comportements aient pour objet ou pour effet d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché commun⁵⁸.

A l'image de la démarche et des critères utilisés pour apprécier l'effet anti-concurrentiel d'une entente, ici également sera par excellence utilisée comme critère principal, en particulier par la Commission de l'UEMOA, la part de marché détenue par les parties en cause, après avoir préalablement défini avec précision le marché en cause en tant que résultat de la combinaison entre le marché de produits en cause et le

⁵³ Article 4 paragraphe 4.3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁵⁴ Article 4 paragraphe 4.1 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Article 4 paragraphe 4.2 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA. L'article 82 (ex-article 86) du Traité de Rome renvoie en des termes quasiment identiques aux mêmes exemples.

⁵⁷ Article 4 paragraphe 4.1 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

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

⁵⁸ Voir article 88 alinéa b du Traité de l'UEMOA et article 4, paragraphe 4.1, du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

marché géographique en cause⁵⁹. Dans cette optique, par exemple le territoire géographique d'un État membre, quel que soit le poids économique de celui-ci, pourra être considéré comme une partie significative du marché commun⁶⁰.

Enfin, on peut noter que la législation de l'UEMOA sur le droit de la concurrence n'énonce pas directement d'exemptions au principe de l'interdiction des abus de position dominante. Il est seulement indiqué à l'article 89 §3 du Traité de Dakar que le Conseil des ministres "peut également édicter des règles précisant les interdictions énoncées dans l'article 88 ou prévoyant des exceptions limitées à ces règles afin de tenir compte de situations spécifiques", étant entendu que les interdictions énoncées dans l'article 88 sont celles relatives aux ententes, aux abus de position dominante et aux aides publiques. Mais de telles exceptions ne sont point prévues dans les textes de droit dérivé du 23 mai 2002 sur la concurrence, en ce qui concerne les abus de position dominante⁶¹.

A l'analyse, on s'aperçoit donc que les solutions retenues par les textes de l'UEMOA sur le droit de la concurrence reprennent pour l'essentiel celles que l'expérience européenne a pu progressivement dégager quant à la régulation des pratiques anticoncurrentielles des entreprises.

3. Les interventions publiques (pratiques imputables aux États)

Le Code communautaire de la concurrence de l'UEMOA contient des dispositions aux interventions publiques.

Par le terme générique d'interventions publiques sont désignés deux groupes d'actes des personnes publiques: les aides

⁵⁹ Voir note 4 de l'annexe n° 1 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Il est à noter également que le droit européen de la concurrence, en particulier l'article 82 (ex-article 86) du Traité de Rome et les textes de droit dérivé, n'envisage ni exception, ni exemption à l'interdiction des abus de position dominante.

publiques et les pratiques que le règlement n°02/2002/CM/UEMOA qualifie de pratiques anticoncurrentielles imputables aux États.

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

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

Au regard de ce dernier texte, la notion d'aide publique doit être entendue de la façon la plus large, aussi bien en ce qui concerne la forme de l'aide que la personne publique qui fournit l'aide. Ainsi, il apparaît que constitue une aide publique toute mesure qui entraîne un coût direct ou indirect, ou une diminution des recettes pour l'État, ses démembrements ou pour tout organisme public ou privé que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide, et confère ainsi un avantage sur certaines entreprises ou sur certaines productions⁶².

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

⁶² Article 1 alinéa b du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

autre organisme ou collectivité publique, tel une province ou une commune⁶³.

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

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

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

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

- les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits ;
- les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ;

- les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt communautaire ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ;

- les aides à des activités de recherche menées par des entreprises ou par des établissements d'enseignement supérieur ou de recherche ayant passé des contrats avec des entreprises, si l'aide couvre au maximum 75% des coûts de la recherche industrielle ou 50% des coûts de l'activité de développement pré-concurrentielle ;

- les aides visant à promouvoir l'adaptation d'installations existantes à de nouvelles prescriptions environnementales imposées par la législation et/ou la réglementation qui se traduisent pour les entreprises par des contraintes plus importantes et une charge financière plus lourde, à condition que cette aide soit une mesure ponctuelle, non récurrente, et soit limitée à 20% du coût de l'adaptation ;

- et, enfin, les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles ne restreignent pas la concurrence dans une partie significative du marché commun⁶⁶.

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

⁶³ Idem.

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

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

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

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

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

b). L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles imputables aux États

Le droit communautaire de la concurrence de l'UEMOA semble introduire une innovation dans la définition classique des pratiques anticoncurrentielles en qualifiant certaines interventions des personnes publiques de pratiques anticoncurrentielles imputables aux États.

L'article 6 du Règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 qui institue cette catégorie dépasse le cadre tracé par l'article 88 du Traité dont les interdictions concernent les ententes, les abus de position dominante et les aides publiques. Cependant, les interventions publiques interdites dans le texte sont pour la plupart connexes à des pratiques anticoncurrentielles commises par des entreprises privées ou publiques, soit en les favorisant ou en les validant.

L'intérêt de la démarche suivie réside moins dans le régime juridique de ces pratiques, que dans le message que les autorités communautaires ont voulu donner aux États membres en matière de politique de la concurrence.

La volonté de supprimer toutes les mesures administratives de nature à restreindre les échanges intracommunautaires et le libre jeu de la concurrence est clairement affirmée à travers ces dispositions du règlement n°02/2002/CM/UEMOA.

Les prescriptions de l'article portent sur les pratiques interdites, les dérogations aux principes de l'interdiction et le régime juridique des pratiques anticoncurrentielles imputables aux États membres.

Les pratiques interdites concernent :

- les mesures favorisant le comportement anticoncurrentiel des entreprises publiques et les entreprises auxquelles les personnes publiques accordent leurs concours;
- les mesures favorisant le comportement anticoncurrentiel des entreprises privées.

Dans la première catégorie de mesures, on peut citer les décisions accordant un monopole à des entreprises publiques, des licences exclusives d'importation des produits de large consommation, etc.

Dans la seconde catégorie, on peut citer les mesures homologuant les prix fixés par des associations d'entreprises privées, les mesures administratives validant les délibérations des groupements d'entreprises relatives à la définition de critères d'accès aux activités d'un secteur, etc.

Toutefois, des dérogations à cette interdiction sont prévues.

Ainsi, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal peuvent bénéficier de dérogations aux conditions suivantes: notifier la pratique à la Commission et démontrer que l'application des règles de concurrence fixées par le Traité et ses actes subséquents ferait échec à l'accomplissement de la mission de service public dont elles sont investies.

La particularité des infractions de pratiques anticoncurrentielles imputables aux États membres est qu'elles ne sont pas régies par le droit commun en matière de procédure contentieuse. En effet, l'article 6 du règlement n°02/2002/CM/UEMOA se réfère aux dispositions des articles 4 a, 7 et 76 c du Traité pour l'incrimination de ces pratiques et leurs sanctions.

Concernant l'incrimination, elle est tirée des règles générales édictées par l'article 7 du Traité qui invite les États membres à « apporter leurs concours à la réalisation des objectifs de l'Union et à s'abstenir de toutes mesures susceptibles de faire obstacle à l'application du Traité et des actes pris pour la mise en œuvre ».

Cette règle est commune à tous les domaines couverts par le Traité et, en principe ne devrait pas être la base de qualification des pratiques anticoncurrentielles imputables aux États qui est un terme que le Traité n'a pas utilisé.

Concernant la sanction de ces pratiques, la même remarque est à faire.

européenne (1990-1994) », op. cit.).

Le Traité organise pour tout acte pris par un État membre susceptible de faire obstacle à la réalisation des objectifs de l'Union, une procédure spéciale consistant, dans un premier temps, à inviter l'État membre à faire cesser la pratique ou à revenir sur les règles nationales pouvant favoriser la violation des règles communautaires et dans un second temps, à saisir la Cour de Justice en cas de refus de l'État membre de se conformer aux mesures préconisées par la Commission.

Toutefois, aucune sanction pécuniaire n'est prévue à ce titre.

Ce qui ne signifie pas qu'une telle sanction ne pourrait pas être infligée aux entreprises publiques ou privées qui continueraient de mettre en œuvre les actes dénoncés par la Commission. C'est sûrement à ce niveau que l'on pourrait rechercher l'efficacité des interdictions concernant les pratiques anticoncurrentielles imputables aux États. On peut s'attendre aussi à ce qu'elles puissent servir de fondement à un recours en annulation d'un acte pris par une personne publique ou une personne privée investie de prérogative de puissance.

C. REGLES DE CONCURRENCE ET REGLEMENTATIONS SECTORIELLES DANS L'UEMOA

Le constat que l'on peut faire dans l'espace UEMOA en matière de réglementation de la concurrence, est qu'à côté de la réglementation générale émanant de l'UEMOA ou de ses États membres existent des réglementations spécifiques de la concurrence dans certains domaines ou secteurs d'activités tant à l'échelon de l'organisation supranationale qu'au niveau de ses États membres.

Sont particulièrement concernés par cette réglementation spécifique les services dits en réseau que sont les postes et télécommunications, les médias et la communication, l'eau et l'électricité.

Au niveau des États membres, il convient au préalable de rappeler que dans le cadre de l'interventionnisme étatique qui a fréquemment marqué dans les différents pays de

l'espace UEMOA les trois premières décennies des indépendances, certains secteurs d'activités jugés stratégiques par les États faisaient l'objet de monopoles d'État par le biais d'entreprises publiques, et partant de fermeture à la concurrence.

Avec les réformes économiques mises en œuvre dans le cadre des programmes de libéralisation, s'est dégagée une nouvelle tendance consistant à libéraliser les secteurs d'activités concernés, à les ouvrir à la concurrence en démantelant les anciens monopoles et entreprises publics à travers notamment la restructuration ou la privatisation de ces dernières.

C'est notamment le cas dans le secteur des télécommunications avec les exemples de la Société nationale des télécommunications (SONATEL) au Sénégal en 1995, de l'Office des postes et télécommunications (OPT) au Bénin en 2000, de l'Office national des télécommunications au Burkina (ONATEL) en 2007. Cela avait été précédé, accompagné ou suivi d'une ouverture à la concurrence du domaine de la téléphonie mobile ou GSM.

Dans le secteur de l'électricité, ce sont les exemples de la SENELEC au Sénégal, de la SBEE au Bénin, de la SONABEL au Burkina.

Dans le domaine de l'eau, ce sont à titre illustratif les privations achevées sinon en cours ou envisagées de la SONEES ayant abouti à la création de la SDE au Sénégal en 1996, de la SBEE au Bénin, de l'ONEA.

C'est dans ce contexte qu'on a constaté l'émergence d'une réglementation spécifique dans lesdits secteurs, notamment pour leur ouverture à la concurrence et pour le respect du libre jeu de la concurrence par les différents opérateurs au profit des consommateurs.

L'un des constats qui se dégage de l'examen de ces réglementations sectorielles par les États de l'espace UEMOA est d'abord, au niveau de chaque pays et de chaque secteur, le caractère fréquemment abondant de la réglementation dans chacun des secteurs concernés, à travers une certaine inflation de lois, décrets et arrêtés, comme le révèle

notamment au Burkina Faso la réglementation en matière de télécommunication.

Un autre constat est le caractère disparate d'un pays à l'autre de l'espace UEMOA de ces réglementations par les Etats membres, au-delà de la similitude des objectifs visés, tant du point de vue des règles de fond, que des mécanismes de mise en œuvre de ces règles, qu'il s'agisse des organes de régulation (notamment compétences et composition) ou des procédures et sanctions,

A titre illustratif de cette réglementation sectorielle, par exemple, depuis 1991, le Burkina Faso s'est engagé dans un processus de libéralisation progressive de l'économie, qui se traduit par un désengagement de l'Etat d'un certain nombre de secteurs économiques pouvant être promus par le secteur privé.

La réforme des télécommunications entamée depuis 1998, s'inscrit dans cette dynamique des réformes économiques.

La réforme entreprise au Burkina Faso s'est déroulée conformément au schéma suivant :

1. adoption par le Gouvernement d'un document de politique sectorielle des télécommunications, avec les objectifs et les stratégies de la réforme ;
2. adoption par l'Assemblée Nationale d'une loi portant réforme du secteur des télécommunications ;
3. mise en place d'un cadre réglementaire ;
4. mise en place d'un organe de régulation ;
5. privatisation de l'opérateur national des télécommunications.

La participation du secteur privé dans les activités des entreprises publiques nécessite une révision du cadre légal et réglementaire. Cette participation rend indispensable surtout le développement de la capacité de l'Autorité publique à réguler les opérateurs du secteur, afin que les objectifs sociaux essentiels qu'elle s'est fixé soient atteints.⁶⁸

⁶⁸ Au Burkina Faso par exemple, le processus de réforme du secteur des télécommunications a débuté par l'adoption de la loi n° 051/98/AN du 04

Parmi les principes généraux suivis, on peut citer :

- la fixation libre des tarifs des services, dans le respect des principes établis par le décret, et des règles d'encadrement des tarifs ;
- l'encadrement des tarifs est décidé par l'organe de régulation pour pallier l'absence ou l'insuffisance d'une offre concurrente ;
- les fournisseurs de services de télécommunications garantissent l'égalité de traitement de leurs clients en matière de tarifs.

A l'échelon communautaire de l'UEMOA, on a noté ces dernières années, un effort d'harmonisation de la réglementation dans certains secteurs, dont en particulier les secteurs agricole, des transports, des banques et établissements financiers, des assurances, de l'énergie et des télécommunications.

En particulier, dans ce dernier secteur (télécommunications), un tel effort d'harmonisation s'est traduit par l'adoption d'une série de recommandations et de directives et de décisions dans le domaine des télécommunications constitutive d'une sorte de réglementation sectorielle de la concurrence dans ledit domaine.

Ainsi, dans la suite logique de la Recommandation n°03/2000/CM/UEMOA

décembre 1998 portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso.

Les principaux éléments du cadre réglementaire sont :

- Le décret portant modalités d'établissement et de contrôle des tarifs ;
- Le décret portant conditions générales d'interconnexion des réseaux et services de télécommunication ;
- Le décret portant approbation du plan national d'attribution des fréquences ;
- Le décret portant modalités de mise en œuvre d'un accès au service universel des télécommunications ;
- Le décret portant institution des droits et redevances au profit de l'Autorité Nationale de Régulation des Télécommunications ;
- L'arrêté conjoint n° 00-01/MC/MEF du 20 septembre 2000 fixant le barème des redevances d'usage des fréquences radioélectriques.

du 22 novembre 2000 relative à la mise en œuvre d'un programme d'actions pour l'amélioration des télécommunications dans l'UEMOA, le Conseil des ministres de l'UEMOA du 23 mars 2006 a adopté une décision et six directives couvrant plusieurs aspects de la réglementation et de la régulation dudit secteur.

- Décision n°09/2006/CM/UEMOA du 23 mars 2006 portant création du Comité des Régulateurs nationaux des télécommunications des Etats membres de l'UEMOA ;
- Directive n°01/2006/CM/UEMOA du 23 mars 2006 relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications ;
- Directive n°02/2006/CM/UEMOA du 23 mars 2006 relative à l'harmonisation des régimes applicables aux opérateurs de réseaux et fournisseurs de services;
- Directive n°03/2006/CM/UEMOA du 23 mars 2006 relative à l'interconnexion des réseaux et services de télécommunications ;
- Directive n° 04/2006/CM/UEMOA du 23 mars 2006 relative au service universel et aux obligations de performance du réseau ;
- Directive n° 05/2006/CM/UEMOA du 23 mars 2006 relative à l'harmonisation de la tarification des services des télécommunications.

L'adoption d'une réglementation communautaire dans ce domaine a pour objectifs de fixer un calendrier homogène d'ouverture à la concurrence, de pallier le caractère incomplet du cadre de la réglementation dans certains Etats en réaffirmant l'essentiel des principes nécessaires à la régulation du secteur, de remédier aux difficultés rencontrées par certains Régulateurs pour s'imposer dans le secteur et de garantir la consécration de certains principes indispensables à l'instauration de la concurrence.

La création du Comité des Régulateurs et la mise en place de la Conférence des

Fournisseurs des services de Télécommunications visent à favoriser le partage des expériences entre Régulateurs, Opérateurs et Fournisseurs de services de télécommunications, à assurer la coordination dans la mise en œuvre des textes communautaires, et à jouer un rôle de conseil et d'assistance à la Commission et aux autres organes de l'UEMOA dans le domaine des télécommunications.

Dans cet ordre d'idées, les Etats membres sont invités à prendre toutes les dispositions en vue de faciliter l'application effective de ces textes communautaires pour une meilleure visibilité des activités menées dans le secteur des télécommunications et des TIC dans l'espace UEMOA.

L'existence de réglementations sectorielles de la concurrence à côté du code communautaire de la concurrence de l'UEMOA et du droit commun de la concurrence des Etats n'est pas sans soulever un certain nombre de problèmes dont une partie ne peut avoir de réponse certaine en l'état actuel du fait de notamment de la jeunesse du phénomène constaté et de l'absence de décisions sur ces points de droit.

Au nombre de ces questions, il y a celle qui concerne la hiérarchie entre le droit de la concurrence de l'UEMOA et ces réglementations sectorielles de la concurrence?

Conformément à un principe habituellement appliqué dans divers domaines du droit, on peut a priori penser, sous réserve de confirmation par d'éventuelles ou de prochaines décisions des autorités de concurrence communautaires et nationales, qu'en cas de contrariété de normes, la réglementation spécifique l'emporte sur le droit commun.

III. LE CADRE INSTITUTIONNEL

Le cadre institutionnel est constitué par l'ensemble des structures tant communautaires que nationales qui concourent à la conception et à la mise en œuvre de la législation communautaire de la concur-

rence. Les activités de ces structures reposent sur une coopération qui soulève des questions complexes dont on se bornera à rappeler ici les grandes lignes.

A. LES ORGANES COMMUNAUTAIRES

Sur le plan communautaire, quatre organes interviennent dans l'élaboration et l'application du droit communautaire de la concurrence, à savoir le Conseil des ministres, la Commission, la Cour de justice et, dans une certaine mesure, le Comité consultatif de la concurrence.

1. Le Conseil des ministres

Le Conseil des ministres assure un rôle directeur ou en d'autres termes une fonction de réglementation en matière de concurrence.

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

C'est justement en s'appuyant sur de telles dispositions que le Conseil des ministres édictera les trois règlements et les deux directives du 23 mai 2002 sur la concurrence.

A ce sujet, on peut a priori s'étonner de l'existence de deux directives parmi les textes de l'UEMOA sur le droit de la concurrence, alors même que l'article 89 du Traité de Dakar ne mentionne que des règlements, contrairement au Traité de Rome qui prévoit au profit du Conseil de semblables pouvoirs par voie de règlements ou de directives⁶⁹.

Le recours au règlement, par l'effet direct qui s'y rattache, conduit plus facilement à la pleine primauté du droit communautaire, puisqu'il permet d'éviter une certaine inertie des États que rend possible la directive qui, tout en liant les États membres quant aux buts à atteindre, leur laisse le choix des moyens pour y parvenir. C'est aussi cette liberté de choix qui fait la souplesse de la directive, par opposition à la rigidité du règlement.

En vertu de l'article 6, alinéa 2, du Traité de l'UMOA, le Conseil regroupe normalement les ministres en charge de l'Économie, des Finances et du Plan (au nombre de huit, dont un par pays membre de l'UMOA). Toutefois, pour l'adoption des décisions ne portant pas principalement sur la politique économique et financière, le Conseil réunit les ministres compétents. Les délibérations ne deviennent définitives qu'après vérification, par les ministres en charge de l'Économie, des Finances et du Plan, de leur comptabilité avec la politique économique, monétaire et financière de l'Union. Pour les questions politiques et de souveraineté, les Ministres des Affaires Étrangères siègeront au Conseil des Ministres de l'UEMOA.

2. La Commission de l'UEMOA

La Commission assure un rôle essentiel dans la conception et dans l'application du droit communautaire de la concurrence dans la mesure où, en tant que gardienne du Traité de l'Union, elle exerce une triple fonction dans le domaine de la concurrence:

- une fonction de réglementation;
- la définition de la politique de la concurrence;

⁶⁹ Article 83 (ex-article 87) du Traité de Rome.

- et la mise en œuvre du droit communautaire.

Dans le cadre des habilitations qu'elle détient du Conseil des ministres, elle a le pouvoir de prendre des règlements d'exécution, des mesures d'application de ces règlements, en matière :

- d'exemption par catégorie de certains accords illicites pour tenir compte des spécificités du secteur d'activité ou de la contribution de cet accord au progrès économique ou technique;
- de définition de la forme, de la teneur et des autres modalités de notification, ainsi que le taux d'intérêt en ce qui concerne les aides publiques;
- de définition d'autres catégories d'aides publiques susceptibles d'être autorisées de plein droit.

En second lieu, la Commission est chargée de définir la politique de la concurrence de l'Union. Elle rend compte de ses activités au moyen d'un rapport annuel sur cette politique comme le prescrit l'article 19 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

Elle effectue également des études et des enquêtes par secteur économique ayant pour objet d'approfondir sa connaissance du fonctionnement des marchés de l'Union et suscite des débats avec les organisations professionnelles, les organisations de consommateurs, ainsi que les organisations internationales. Ces actions visent à mieux orienter cette politique dans l'intérêt général.

En troisième lieu, elle est principalement chargée de la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence. En ce sens, l'article 90 du Traité dispose que 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 agit d'office ou sur demande des personnes physiques ou morales pour engager des poursuites en cas d'infraction.

La Commission a non seulement compétence pour octroyer des attestations négatives ou des exemptions mais également pour appliquer les sanctions prévues par le titre 7 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

S'agissant des aides publiques, la Commission, en cas de manquement des États à leurs obligations, peut, sans préjudice des dispositions de l'article 5 du Protocole additionnel n°1 du Traité, prendre les mesures graduelles suivantes : la publication, sur recommandation au Conseil d'un communiqué sur la situation de l'État concerné, la suspension partielle ou totale des aides financières et en cours de l'Union à l'État membre concerné, la recommandation à la Banque ouest africaine de développement (BOAD) de revoir sa politique d'intervention, en faveur de l'État membre concerné.

L'action de la Commission se manifeste par des décisions, des avis ou des recommandations qu'elle adresse aux entreprises ou aux États membres. En ce qui concerne sa composition et son organisation, on peut noter que la Commission est un organe collégial composé de huit membres dont l'un est spécialement chargé des questions de concurrence.

La Commission de l'UEMOA apparaît aussi comme une grande administration ayant à sa tête les huit commissaires susmentionnés, une administration dont il convient d'avoir une vue concrète de sa gestion des questions de concurrence.

Plus précisément, il est à noter qu'il a toujours existé, depuis l'adhésion de la Guinée Bissau en 1997 comme 8^e membre de l'UEMOA, sept Départements au sein de la Commission avec comme premier responsable de chaque département un Commissaire, en plus de la Présidence de la Commission englobant le Président et ses services.

Ces sept départements étaient les suivants: le Département des politiques économiques, le Département des politiques fiscales, douanières et commerciales, le Département des fonds structurels et de la coopération

internationale, le Département du développement social, le Département de l'aménagement du territoire, des infrastructures, des transports et des télécommunications, le Département du développement rural et de l'environnement, et enfin le Département de l'énergie, des mines, de l'industrie, de l'artisanat et du tourisme.

De façon plus spécifique, c'est le Département des politiques fiscales, douanières et commerciales (DPFDC) qui était chargé de la conduite de l'harmonisation des politiques fiscales, douanières et commerciales, notamment dans le domaine de la concurrence.

Aux termes notamment de l'article 23 de la Décision n°0180/2003/P.COM/UEMOA du 28 février 2003 portant création et organisation des services de la Commission de l'UEMOA, le Département des Politiques Fiscales, Douanières et Commerciales comprenait :

- une Direction du Commerce et de la Concurrence ;
- une Direction de l'Union douanière;
- une Direction de la Fiscalité.

C'est la Direction du Commerce et de Concurrence qui était chargée des questions de concurrence, en particulier par le biais de deux chargés de concurrence.

Mais depuis la nouvelle organisation de ses services intervenue après la nomination de ses actuels membres par l'Acte additionnel n° 01/2007/CCGE/UEMOA du 20 janvier 2007, cette Commission comprend en son sein, hormis la Présidence qui la chapeaute, les sept (7) départements suivants :

- le Département des services administratifs et financiers (DSAF) ;
- le Département de l'aménagement du territoire communautaire, des transports et du tourisme (DATC) ;
- le Département du développement social et culturel (DDS);
- le Département des politiques économiques et de la fiscalité intérieure (DPE);

- le Département du marché régional, du commerce, de la concurrence et de la coopération (DMRC);

- le Département du développement rural, des ressources naturelles et de l'environnement (DDRE);

- le Département du développement de l'entreprise, des télécommunications et de l'énergie (DDE).

Parmi ces départements, c'est le Département du marché régional, du commerce, de la concurrence et de la coopération (DMRC), qui est, entre autres missions, chargé de « la stimulation de la concurrence en vue de la réduction des prix et de l'élargissement du choix proposé aux consommateurs et, plus globalement, de « la concurrence et (de) la gestion du code anti-dumping ».

La DMRC regroupe les services suivants :

- le Cabinet ;
- la Direction du Marché Régional et de l'Union Douanière ;
- la Direction du Commerce extérieur;
- la Direction de la Coopération ;
- la Direction de la Concurrence qui est celle chargée des questions de concurrence.

Compte tenu des attributions et l'organisation du Département dont elle fait partie, de même que l'organisation de la Commission, la Direction de la concurrence doit travailler au quotidien en étroite collaboration et synergie avec plusieurs autres services C'est le cas d'abord avec certains services au sein de son département, dont en particulier le Cabinet, ensuite, avec d'autres services relevant de la Présidence (en particulier la Direction du Secrétariat de la Commission) ou des autres départements, dont ceux transversaux ou d'appui.

L'efficacité de l'action de la Direction de la concurrence dépend en partie de celle de ces services d'appui. Ainsi, les lenteurs éventuelles et dysfonctionnements au niveau de l'action de ces services, tels que les lenteurs dans la transmission du courrier

dans les relations avec les structures de concurrence des Etats membres ou dans la prise en charge des voyages ou dans l'organisation des activités de cette direction sont de nature à entraver fortement son action.

A l'heure actuelle (à notre connaissance), la Direction de la concurrence ne regroupe que deux chargés de concurrence.

Ce nombre peut être rapproché de celui plus global des agents de la Commission sinon de l'ensemble des organes de l'UEMOA. Selon le Rapport 2005 de la Commission, «l'effectif du personnel des Organes de l'UEMOA (Commission, Cour de Justice, Cour des Comptes, Comité Interparlementaire, Chambre Consulaire Régionale) en place en 2005, est de 220 agents. Ce personnel comprend 93 cadres supérieurs, 54 cadres moyens et 73 agents des services généraux ».

3. La Cour de Justice de l'UEMOA

La Cour de Justice créée par l'article 38 du Traité a pour mission globale de veiller au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du Traité de l'Union.

De façon plus spécifique, la Cour de justice joue en matière de concurrence un rôle très important dans la mesure où l'article 90 du Traité dispose qu'elle contrôle l'application des règles par la Commission.

De façon générale, la Cour de Justice a une compétence d'attribution, sa fonction consultative étant exceptionnelle: elle ne peut être saisie que des litiges qui lui sont expressément attribués par le Traité ou en application du Traité.

Ainsi, elle a compétence pour connaître:

- du recours en manquement;
- du recours en appréciation de la légalité;
- du plein contentieux de la concurrence;
- du recours du personnel de l'Union;
- du recours en responsabilité;
- du recours préjudiciel.

Par ailleurs, la Cour de Justice peut émettre des avis et recommandations sur tout projet de texte soumis par la Commission.

Dans la suite logique de toutes ces attributions, de façon très concrète, en ce qui concerne les questions de concurrence, la Cour de justice apprécie la légalité des décisions prises par la Commission en matière d'ententes et d'abus de position dominante, sur recours d'un Etat membre ou du Conseil, ou de toute personne physique ou morale intéressée⁷⁰. De même, la Cour de justice statue, avec compétence de pleine juridiction, sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte, en ayant la possibilité de modifier ou d'annuler les décisions prises, de réduire ou d'augmenter le montant des amendes et des astreintes ou d'imposer des obligations particulières.

En outre, relativement à la libéralisation des monopoles et entreprises publiques, la Cour de justice peut être saisie par la Commission lorsqu'un Etat membre ne se conforme pas à un avis ou une recommandation de cette dernière proposant des modifications à un projet de législation nationale susceptible d'affecter la concurrence à l'intérieur de l'Union⁷¹.

La Cour de Justice est formée de huit membres nommés par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement pour un mandat de six ans renouvelable. La Cour actuelle vient d'être mise en place par l'Acte n° 03/2007/CCGE/UEMOA du 20 janvier 2007 portant renouvellement de mandat, nomination et fin de mandat de membres de la Cour de justice de l'UEMOA.

Les membres sont choisis parmi les personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance et de compétence juridique nécessaires à l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles.

Les membres de la Cour désignent en leur sein, pour trois ans, le Président et se répartissent entre eux les fonctions de juges et d'avocats généraux. Le Président dirige

⁷⁰ Article 31 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁷¹ Article 6 paragraphe 6.4. du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

les travaux, en préside les audiences ainsi que les délibérations. Les avocats généraux sont chargés de présenter publiquement, en toute impartialité, les conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission. La Cour siège en Assemblée plénière, en Chambre du Conseil, en Assemblée générale consultative et en Assemblée intérieure.

4. Le Comité consultatif de la concurrence

Le Comité consultatif de la concurrence a été créé par l'article 28, paragraphe 28.3, du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002. Ce comité est composé de fonctionnaires compétents en matière de concurrence, à raison de deux représentants par État membre. Le Comité consultatif de la concurrence est consulté par la Commission de l'UEMOA pour avis, préalablement à toute décision en matière d'entente et d'abus de position dominante⁷² et avant certaines décisions en matières d'aides publiques dont, en particulier, les décisions conditionnelles et les décisions négatives⁷³.

B. LES STRUCTURES NATIONALES DE CONCURRENCE ET LES JURIDICTIONS DES ETATS MEMBRES

Aux termes de l'article 1^{er} in fine de la directive n°02/2002/CM/UEMOA, il faut entendre par structure nationale de concurrence « toute institution nationale, à compétence générale ou sectorielle, intervenant dans le domaine du contrôle de la concurrence ».

En dehors de cette définition sommaire, les textes de l'UEMOA ne fournissent pas d'indications concrètes sur les structures nationales de concurrence.

⁷² Article 28 paragraphe 28.4 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁷³ Article 29 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

En l'absence également, jusque-là, d'une détermination précise de ces structures nationales de concurrence dans des actes ou décisions par la Commission ou par Cour de justice de l'UEMOA, on peut se référer au droit communautaire européen pour préciser davantage la notion de structures nationales de concurrence⁷⁴ ainsi qu'aux droits de la concurrence des différents pays membres de l'UEMOA. Ces droits mettent en place ou désignent un certain nombre d'organes chargés de la mise en oeuvre des règles nationales de concurrence.

L'environnement institutionnel des États membres met en évidence l'existence de quatre catégories de structures susceptibles de mettre en oeuvre le droit communautaire de la concurrence: les autorités administratives, les autorités indépendantes généralistes de la concurrence, les autorités sectorielles de régulation et les juridictions administratives, civiles ou commerciales.

1. Les autorités administratives

Logées dans l'administration, les directions nationales de la concurrence existent dans tous les États membres de l'Union.

Elles ont en général pour mission principale de :

- surveiller la réglementation des prix ;
- contrôler les stocks;
- veiller à la régularité des instruments de mesures.

À un degré moindre, les directions nationales se chargent également de

⁷⁴ A ce propos, comme nous l'indique Jean-Claude GAUTRON, « la Cour de justice (30 janvier 1974 BRT/SABAM) a établi une distinction entre les "autorités des États membres", à savoir les organes administratifs ou juridictionnels spécialement chargés d'appliquer le droit de la concurrence, et les juridictions ordinaires, que le règlement n° 17 n'affirmait pas clairement. En France sont "autorités" la direction générale de la concurrence, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris (en appel du précédent), voire la Cour de Cassation » (Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 179). Voir également, sur les structures nationales de concurrence en France, Gérard FARJAT, « Les organes de gestion », in Jean-Marie RAINAUD et René CRISTINI (sous la direction de), « Droit public de la concurrence », op. cit., p. 48-65.

rechercher les dysfonctionnements du marché liés aux pratiques anticoncurrentielles. Dans ce cas, ces directions nationales mènent des enquêtes, recueillent des informations et produisent des rapports.

Pour le Sénégal et le Bénin, les développements figurent infra.

A titre de comparaison, en Côte-d'Ivoire, il s'agit de la Direction de la Régulation Economique créée par décret n°2003-340 du 24 octobre 2003.

Les attributions de cette direction, prévues par l'arrêté n°039 du 23 juillet 2004, consistent à surveiller le fonctionnement du marché pour détecter les pratiques illicites. Le champ d'intervention de cette direction couvre aussi bien les pratiques individuelles restrictives de concurrence que les pratiques anticoncurrentielles.

La Sous-direction des Enquêtes Economiques est le service opérationnel au sein de cette direction qui a compétence pour effectuer les investigations nécessaires à la détection des pratiques anticoncurrentielles telles que définies aux articles 88 du Traité de l'UEMOA et 7 et 8 de la loi ivoirienne n°91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence. Les rapports d'enquête résultant de ces investigations sont obligatoirement transmis à la Commission de la Concurrence, structure nationale à compétence générale, qui procède à l'instruction du dossier en vue de donner un avis au Ministre pour la prise de décision.

Pour mener à bien ses activités, la Direction de la Régulation Economique disposait en 2005⁷⁵ de 16 agents répartis comme suit: 2 agents d'encadrement supérieur (Commissaires aux enquêtes économiques), 12 inspecteurs (bac +2) et 4 contrôleurs (bac).

Les activités de surveillance et de recherche des dysfonctionnements du marché, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, sont quasi inexistantes au sein de la Direction de la Régulation Economique à tel enseigne que cette direction n'a pas encore pu produire de rapports d'enquête pour le compte de la Commission de la concurrence.

Toutes les ressources disponibles sont affectées à la recherche des autres pratiques illicites, notamment, les pratiques individuelles restrictives de concurrence (prix imposés, vente à perte, ventes promotionnelles etc.) et la transparence du marché (publicité des prix, facturation, etc.).

Au plan institutionnel, les attributions de la Direction de la Régulation Economique qui se limitent à la fonction d'enquête, sont conformes au champ de compétence défini par la Directive n°02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission de l'UEMOA et les structures nationales de concurrence.

En Guinée-Bissau, c'est la Direction Générale du Commerce et de la Concurrence (DGCC) qui fait en premier office de structure nationale de concurrence.

Elle dispose en son sein d'une Direction des Services de Prix et de la Concurrence (DSPC).

Cette direction :

- s'occupe des structures de prix des produits de première nécessité, notamment le riz, l'huile, le savon, le sucre et les matériaux de construction ;
- procède au contrôle et à la vérification des stocks ;
- a compétence en matière de poids et mesure ;
- assure le suivi des prix du carburant en relation avec la Commission ad hoc de révision des prix du carburant.

⁷⁵ Voir Rapport de mission de la « Mission d'évaluation de la Directive n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative à la coopération entre la Commission de l'UEMOA et les structures nationales de concurrence des Etats membres : étape de Côte d'Ivoire et du Bénin » effectuée du 22 mai au 3 juin 2005.

La structure est animée par huit personnes dont un directeur, deux chefs de département et cinq agents. Elle dispose ainsi de moyens matériels et humains très limités pour mener à bien l'ensemble de ses activités.

En outre, cette direction connaît des difficultés majeures pour l'application des règles de concurrence. Afin d'apporter une solution idoine à cette situation, un projet de création d'une Agence indépendante compétente en matière de concurrence est en cours de réalisation.

2. Les autorités indépendantes généralistes de la concurrence

Les agences de concurrence sont chargées de procéder à l'instruction des rapports d'enquête que leur transmettent les directions nationales de concurrence. Elles peuvent, le cas échéant, initier des investigations de leur propre initiative. Certaines d'entre elles sont dotées de pouvoirs de décision tandis que d'autres n'émettent que des avis, à charge pour le Ministre de prendre la décision qui s'impose.

Pour l'application de la législation communautaire de la concurrence, le Conseil des Ministres a édicté la Directive n°02/CM/UEMOA du 23 mai 2002. Cette Directive limite désormais le champ d'intervention des autorités nationales administratives à une mission générale d'enquête et de surveillance du marché afin de rechercher les dysfonctionnements liés aux pratiques anticoncurrentielles.

À cet effet, selon l'article 3, paragraphe 3, de la directive précitée, les autorités nationales administratives se chargent de :

– mener, sur mandat exprès de la Commission, de leur propre initiative, des investigations afin de déceler les dysfonctionnements du marché ;

– élaborer et transmettre périodiquement à la Commission des rapports ou des notes d'information sur la situation de la concurrence dans les secteurs ayant fait l'objet d'enquêtes ;

– recevoir et transmettre à la Commission, les demandes d'attestation négative, les notifications pour exemption et les plaintes des personnes physiques ou morales;

– suivre, en collaboration avec toute autre administration habilitée, l'exécution des décisions qui comportent à la charge des personnes autres que l'État, une obligation pécuniaire et en faire un rapport périodique à la Commission;

– procéder au recensement des aides d'État et en faire trimestriellement rapport à la Commission;

– faire un rapport annuel sur l'état de la concurrence dans le pays.

Les nouvelles fonctions des autorités administratives nationales définies par la directive n°02/2002/CM/UEMOA permettent ainsi d'établir entre elles et la Commission des rapports de coopération utiles dans la mise en œuvre des règles communautaires de la concurrence.

Il convient de se reporter ci-après pour le Sénégal et le Bénin.

Par exemple, en Côte d'Ivoire existe la Commission de la concurrence.

C'est la loi n°91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence qui précise les attributions de cette commission, étant entendu que ce texte avait été adopté avant l'émergence du Code communautaire de la concurrence.

Une réforme de cette loi est prévue, afin de l'adapter à la législation communautaire de la concurrence, et en particulier à la directive relative à la coopération entre la Commission de l'UEMOA et les structures nationales de concurrence.

Selon les dispositions de cette loi, la Commission de la concurrence a pour mission de rendre un avis pour le règlement du contentieux des ententes et des abus de position dominante, ainsi que pour le contrôle des concentrations économiques.

Dans le cadre de la réalisation de cette mission, elle procède à l'instruction des dossiers contentieux selon une procédure contradictoire, se traduisant par la notification des griefs aux parties, la collecte de leurs observations et la rédaction d'un rapport dont découle l'avis à soumettre au Ministre chargé du Commerce.

L'organisation administrative de la structure repose sur un organe administratif dont le rôle est de coordonner les activités de gestion courante et un organe délibératif composé de sept membres qui statue sur les questions qui lui sont soumises pour avis à donner au Ministre.

Dans la pratique, la structure est confrontée à divers problèmes : des conditions matérielles de travail difficiles, du manque de personnel et de la modicité des ressources financières affectées à cette activité.

Le projet de loi en cours, du point de vue des règles, expurge de l'ancienne loi n° 91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence, toutes les dispositions concernant les interdictions prévues à l'article 88 (a) et (b) du Traité de l'UEMOA ; les dispositions de la nouvelle loi couvrent désormais les pratiques déloyales et le paracommercialisme. La nouvelle structure de concurrence créée par cette loi se dénomme Conseil au lieu de Commission de la concurrence dont le nombre des membres passe de 7 à 11.

Dans sa nouvelle version, la structure de concurrence a pour mission de donner un avis sur toutes les questions de concurrence à la demande des entreprises, des collectivités territoriales, des organisations professionnelles, des Chambres consulaires, des organisations de consommateurs, des juridictions et des commissions parlementaires.

Elle a également une mission générale de surveillance du marché afin d'y déceler les pratiques anticoncurrentielles telles que prévues par le droit communautaire et ce sous l'autorité de la Commission de l'UEMOA.

Au Mali, une autorité de concurrence à compétence générale existe avec le Conseil National de la Concurrence (CNC).

Le Conseil National de la Concurrence est un organisme consultatif placé auprès du ministre chargé du commerce dont l'une des directions nationales, en l'occurrence la DNCC, assurait le secrétariat.

La mission dudit conseil était de :

- conseiller le Gouvernement sur toute question intéressant la concurrence ;
- donner aux ministres compétents un avis sur les opérations de concentration pouvant affecter le libre jeu de la concurrence ;
- donner des avis sur l'application des dispositions législatives et réglementaires visant notamment à soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions ou à imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente ;

Le CNC était composé de huit membres à raison de deux personnalités choisies parmi les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, de préférence spécialisés en droit des affaires, de deux personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales, deux personnalités choisies, en raison de leur compétence en matière économique ou de concurrence, de deux personnalités représentant la société civile.

Le Conseil pouvait être saisi par le Gouvernement, l'Assemblée nationale, les Juridictions et les Collectivités Territoriales.

Le constat fait sur le terrain⁷⁶ est que les activités de surveillance et de recherche des dysfonctionnements du marché, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, sont quasi inexistantes au sein de la Direction Nationale du Commerce et du Conseil de la Concurrence. Aussi, toutes les ressources disponibles sont-elles affectées à la recherche des autres pratiques illicites, notamment, les pratiques individuelles restrictives de concurrence (prix imposés, vente à perte, ventes promotionnelles, etc....), à la lutte contre la fraude, aux infractions sur les poids et mesures et à la transparence du marché (publicité des prix, facturation etc....).

Par ailleurs, au plan institutionnel, la répartition des attributions entre la DNCC et le Conseil de la concurrence n'est pas suffisamment claire ; les deux structures exercent dans les mêmes domaines, l'une avec la possibilité de transiger en cas d'infraction et l'autre avec un pouvoir consultatif. Cette situation a conduit pratiquement à paralyser les activités du Conseil dont les membres ne siègent presque plus ;

Au regard des domaines de compétence défini par la Directive n°02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission de l'UEMOA et les structures nationales de concurrence, l'étendue des fonctions de la DNCC et du CNC à la possibilité de prendre des décisions et/ou de rendre des avis dans les domaines couverts par l'article 88 du Traité n'est pas conforme.

S'agissant des réformes entreprises, elles portent à la fois sur le cadre institutionnel et sur les règles juridiques. Cependant, il est à noter que la réforme du cadre institutionnel vise seulement à créer une superstructure dénommée Direction Générale du commerce et de la concurrence dont les compétences resteraient les mêmes que sa devancière.

En ce qui concerne les règles juridiques, s'il est vrai que le projet de loi précise que les ententes et les abus de position dominante relèvent de la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA, il n'en demeure pas moins qu'il ne détermine pas les rôles respectifs de la nouvelle Direction Générale prévue et le Conseil de la Concurrence dans la mise en œuvre de l'article 88 du Traité de l'UEMOA. En effet, il n'apparaît nulle part de façon explicite laquelle des deux structures exercera la compétence d'enquête dévolue par la Directive n°02/2002/CM/UEMOA.

⁷⁶ Voir notamment Rapport de mission de la « Mission d'évaluation de la Directive n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative à la coopération entre la commission de l'UEMOA et les structures nationales de concurrence des Etats membres : étape de Mali, de la Guinée-Bissau et du Sénégal » effectuée du 17 juillet au 5 août 2005.

3. Les autorités sectorielles de régulation

Dans l'espace UEMOA, ces autorités sectorielles de régulation existent essentiellement dans les secteurs en réseaux faisant l'objet des réglementations spécifiques susmentionnées, à savoir le domaine des télécommunications, de l'électricité, de l'eau et des médias et communication...

Les agences de régulation sectorielle sont nées dans le cadre du processus de privatisation des secteurs économiques d'intérêt général tels que les télécommunications, l'eau, l'électricité, etc. À l'origine, leur rôle était plus technique et limité à la fixation des interfaces techniques et des normes compatibles avec les systèmes d'exploitation en vigueur.

Mais, de plus en plus, elles interviennent dans le règlement des litiges relatifs aux contrats commerciaux. Aussi, dans le cadre de leurs attributions, ces agences de régulation sectorielle effectuent des enquêtes dans les secteurs d'activités relevant de leur compétence et prennent des décisions ayant parfois trait au problème de fonctionnement du marché lié aux ententes et aux abus de position dominante.

Ces autorités nationales à compétence éprouvée en matière de concurrence peuvent être d'un apport appréciable dans la mise en œuvre de la législation communautaire.

Dans le domaine des télécommunications qui semble le plus avancé, avec celui des médias et de la communication en matière d'existence de ce type d'autorité, chacun des pays membres de l'UEMOA possède celui-ci.

Par exemple, au Burkina Faso, dans un contexte marqué par la libéralisation du secteur, notamment en matière de téléphonie mobile, et par la récente privatisation de l'Office national de téléphone (ONATEL), existe une autorité de régulation sectorielle dénommée ARTEL.

L'ARTEL, qui intervient surtout après la privatisation, est en voie d'acquisition progressive des compétences nécessaires pour jouer pleinement son rôle de régulateur, étant entendu qu'elle dispose

déjà de véritables pouvoirs décisionnels dans des domaines de compétences reconnus par la loi, avec un pouvoir de sanction limité. Elle a déjà été confrontée à de nombreux litiges liés à la libéralisation.

Au Sénégal par exemple, les organes de régulation sectorielle sont nés à la faveur des programmes de libéralisation des secteurs anciennement sous monopole étatique et faisant l'objet d'ouverture progressive à la concurrence (cf infra, partie II).

Dans cette perspective, le Sénégal a défini, par la loi n°2002-23 du 4 septembre 2002 portant cadre juridique de régulation pour les entreprises concessionnaires des services publics, un cadre de référence précisant les caractéristiques et les attributions de ces organes.

Ainsi, elle leur a conféré une compétence en matière de concurrence et plus précisément les domaines couverts par la législation communautaire en son article 88 (a) et (b) du Traité. Ainsi, l'article 5 de la loi précitée dispose que les institutions de régulation compétentes exercent les responsabilités suivantes en matière de concurrence : veiller au respect des règles fixées au chapitre 4 de cette loi et veiller à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles au sein des secteurs régulés.

Ce texte pose, entre autre, le principe de la collaboration entre les organes de régulation sectorielle et les autres structures en indiquant que pour assurer le respect en matière de concurrence dans les secteurs régulés, les institutions de régulation peuvent saisir les instances compétentes de faits susceptibles de constituer un abus de position dominante ou des pratiques anticoncurrentielles dont elles ont connaissance.

Il décrit les diverses manifestations des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence, notamment celles qui concourent à répartir le marché, à limiter l'accès au marché, à faire obstacle à la fixation des prix etc.

Ce texte définit la notion d'abus de position dominante et en donne quelques manifestations comme le refus, les pratiques discriminatoires etc...

Il édicte le principe de la nullité des conventions ou clauses contractuelles consacrant les pratiques anticoncurrentielles.

C'est dans un tel contexte qu'ont été mises en place diverses autorités de régulation sectorielle, dont la Commission de Régulation de l'Énergie.

Cet organe indépendant, créé par la loi n°98-29 du 14 avril 1998 relative au secteur de l'électricité a pour objet de:

- promouvoir le développement rationnel de l'offre d'énergie électrique;
- veiller à l'équilibre financier du secteur;
- veiller à la préservation des intérêts des consommateurs et à assurer la protection de leurs droits;
- promouvoir la concurrence et la participation du secteur privé en matière de production, de transport, de distribution et de vente.

Dans la pratique, l'absence de relations fonctionnelles entre les structures à compétence générale et celles à compétence sectorielle est manifeste et contribue au cloisonnement de l'activité de surveillance du marché entre ces différentes structures.

Si dans certains pays, on note l'existence de projet de réformes au niveau des structures à compétence générale (administration générale, Commission) dans d'autres par contre, on relève qu'aucune réforme dans le sens des dispositions de la directive communautaire sur la coopération entre structure n'a été entreprise.

Les autorités de régulation sectorielle n'ont ni entrepris, ni envisagé des réformes conformément aux dispositions de la directive n°02/2002/CM/UEMOA du 22 mai 2002.

Enfin, il est à remarquer que les autorités de régulation sectorielle disposent de moyens matériels et financiers conséquents pour l'accomplissement de leurs missions tandis que les structures à compétence générale n'ont que de faibles moyens.

4. Les juridictions administratives, civiles ou commerciales

La législation communautaire de la concurrence prévoit dans ses dispositions l'intervention des juridictions civiles ou commerciales soit pour prononcer la nullité de plein droit, soit pour allouer des dommages et intérêts à la victime de l'accord illicite.

La question de la nullité est importante puisqu'elle concerne la protection de la sécurité juridique des entreprises. Elle est prévue par l'article 2 du règlement 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

Quoique qualifiée de plein droit, la nullité énoncée à l'article précité n'opère que s'il a été expressément constaté non seulement que l'accord réunit les conditions de l'article 2, paragraphe 1, mais encore qu'elle ne justifie pas l'octroi d'une exemption.

Par ailleurs, seuls les tribunaux nationaux ont compétence pour prononcer la nullité d'un accord dont l'incompatibilité avec l'article 88 *a* du Traité est avérée. Ainsi, une décision est nécessaire pour que la nullité produise tous ses effets.

Cette nullité a un caractère absolu, de telle sorte que l'accord ne produit pas d'effet dans les rapports entre les contractants et n'est pas opposable au tiers. Toute personne intéressée peut s'en prévaloir et la nullité peut être soulevée d'office par le juge.

Le droit communautaire reconnaît la possibilité à la victime d'une violation de l'article 88 *a* ou *b* un droit à réparation à l'encontre des auteurs de la violation. À cet effet, l'article 22, paragraphe 4, dispose que *les sanctions prononcées par la Commission sont sans préjudice des recours devant les juridictions nationales relatives à la réparation des dommages subis*. Les droits nationaux prévoient généralement que, pour donner lieu à réparation, l'acte dommageable doit être fautif. L'existence d'une infraction à la réglementation suffit-elle à établir une faute? Dans le cas présent, même si l'acte fautif consiste en la violation d'une règle protégeant l'intérêt général, la victime aura droit à réparation si elle est en mesure

de prouver l'existence d'un lien de causalité entre l'acte et le dommage qu'elle a subi.

C. LA COOPERATION ENTRE LA COMMISSION ET LES STRUCTURES NATIONALES DE LA CONCURRENCE DES ETATS MEMBRES

Les mécanismes mis en place par l'UEMOA impliquent une coopération entre les autorités politiques, administratives et juridictionnelles des différents pays de l'UEMOA et les organes communautaires pour la pleine application du droit communautaire, dans les différents domaines⁷⁷. Plus particulièrement, dans le domaine de la mise en oeuvre des règles de concurrence de l'UEMOA, les textes du 23 mai 2002 et, de façon plus spécifique, la directive n°02/2002/CM/UEMOA instituent une coopération entre, d'une part, les organes communautaires de concurrence dont la Commission et, d'autre part, les structures nationales de concurrence.

1. Les motifs et les conditions de mise en œuvre de la coopération

La question de la coopération et des mécanismes de médiation des différends dans les accords d'intégration régionaux relatifs aux droits et à la politique de la concurrence se traite différemment selon le type ou le degré d'intégration des Etats parties.

Ainsi plusieurs formules sont envisageables s'agissant d'une intégration économique au sein de laquelle le niveau de transfert de souveraineté détermine inévitablement les mécanismes d'harmonisation des politiques et règles dans tous les domaines, le choix pouvant être fait entre un système centralisé et un système décentralisé.

⁷⁷ Par exemple, selon l'article 7 du Traité de l'UEMOA, « les Etats membres apportent leur concours à la réalisation des objectifs de l'Union en adoptant toutes mesures générales ou particulières, propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent Traité. A cet effet, ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de faire obstacle à l'application du présent Traité et des actes pris pour son application ».

En l'occurrence, l'UEMOA a opté pour un système centralisé, en confiant pour l'essentiel la mise en oeuvre des règles de concurrence à l'instance communautaire, en raison des avantages d'un tel système.

Un régime dans lequel la mise en oeuvre est totalement centralisée se caractériserait par une autorité centrale seule compétente pour interdire, autoriser et sanctionner une pratique anticoncurrentielle.

Le régime centralisé suppose d'autre part que les juges nationaux ne puissent pas avoir compétence pour son application. La Juridiction communautaire est dans ce cas de figure la seule compétente pour contrôler l'activité administrative en matière de concurrence.

Si la mise en oeuvre est décentralisée, les autorités nationales de la concurrence et les instances juridictionnelles sont au contraire compétentes pour l'application du droit communautaire. Chaque organe national compétent peut faire valoir sa propre interprétation du droit communautaire, sous le contrôle non pas de l'exécutif régional, mais des juridictions nationales. Une véritable décentralisation du pouvoir implique un abandon total de la compétence au profit d'une autorité autonome, dotée d'une personnalité juridique propre et le plus souvent, d'une assise territoriale distincte.

Plus précisément, cela signifie que les autorités nationales de la concurrence peuvent appliquer directement les règles communautaires de concurrence, avec peut être un système de consultation du niveau communautaire à travers les questions préjudicielles.

Ce type de décentralisation a semblé peu compatible avec les principes et objectifs d'intégration régionale visés par l'UEMOA.

Une centralisation relative de la gestion des questions de concurrence a été retenue. Ainsi toutes les décisions sont arrêtées au niveau communautaire, les autorités nationales étant quant à elles fortement impliquées dans la préparation de ces décisions.

Le choix de la centralisation se justifie essentiellement par la recherche d'un certain nombre d'avantages.

En premier lieu, par le souci d'homogénéité du droit; une autorité centralisée permet d'éviter les disparités de jugement.

En second lieu, par une meilleure intégration communautaire; un système centralisé de traitement des questions de concurrence fournit un droit conforme aux objectifs communautaires ainsi qu'un outil plus efficace et adapté au contexte d'intégration de la communauté des Etats; plus les marchés nationaux sont intégrés et plus grande est la probabilité que des effets externes aux marchés nationaux apparaissent au niveau du marché commun, cela justifiant d'autant plus une autorité de la concurrence communautaire afin de mieux les appréhender.

En troisième lieu, par le respect de la règle de droit, étant donné qu'un régime centralisé assure une plus grande clarté et une meilleure prévisibilité et par conséquent plus de sécurité juridique pour les entreprises évoluant dans l'espace économique intégré.

En quatrième lieu, il y a un moindre risque de "capture" du régulateur, en ce sens qu'une autorité centralisée sera moins influençable, moins exposée au phénomène de capture par les groupes de pression dont le lobbying sera moins efficace au niveau supranational que national.

Toutefois, en corollaire, il fallait atténuer un tel système dans sa mise en œuvre pratique par une coopération des structures nationales de concurrence. Un tel choix repose d'ailleurs sur des considérations de fait.

En effet, l'environnement institutionnel des États membres de l'UEMOA est caractérisé par l'existence de structures participant à l'application des législations nationales. L'association de ces structures à la mise en œuvre de la législation communautaire s'avère d'autant plus nécessaire que les moyens de la Commission sont limités.

De plus, les structures nationales ont une meilleure connaissance des marchés locaux et une expertise dans le traitement du

contentieux des pratiques anticoncurrentielles. À court terme, leur implication est indispensable pour capitaliser l'expérience acquise au profit de l'Union, et à plus long terme, pour développer une culture de la concurrence dans l'Union.

En définitive, ce sont les considérations de droit et de fait qui justifient l'établissement des rapports de collaboration entre les autorités communautaires et nationales dans l'élaboration et l'application des règles communautaires de concurrence.

A cet effet, la Directive n°02/CM/UEMOA du 23 mai 2002 détermine les conditions de mise en œuvre et le domaine de la coopération liées à la définition du champ d'intervention des différentes structures et aux différentes réformes indispensables que doivent opérer les États membres.

Cette Directive opère un partage de compétence entre les autorités communautaires et nationales de concurrence. elle concilie à la fois la compétence exclusive de la Commission et la nécessité de permettre une surveillance efficace des marchés par les autorités nationales.

Le partage des compétences repose fondamentalement sur les fonctions d'enquête, d'instruction et de décision qui constituent les principales étapes de la procédure de traitement d'une affaire dans le cadre de la législation communautaire de la concurrence.

Ainsi, la mission des autorités nationales, qu'elle soit administrative ou sectorielle, est limitée à la fonction d'enquête qui consiste à collecter des informations, à les traiter et à produire des rapports. Ces enquêtes peuvent être réalisées et closes selon les procédures du droit national, nonobstant le droit communautaire.

De même, la Commission peut engager et conduire des investigations dans tous les domaines visés par les articles 88 et 89 du Traité. Toutefois, elle a compétence exclusive pour les cas où l'intervention des autorités nationales n'assure pas la garantie d'indépendance. Il s'agit des enquêtes portant sur:

- les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'avoir un effet sur les échanges entre les États membres de l'Union;
- les aides d'État;
- les pratiques imputables aux États membres.

Dans la mesure où la fonction de décision est de la compétence de la Commission, il s'ensuit que la fonction d'instruction dont le rapport oriente substantiellement la décision, reste logiquement du domaine exclusif de la Commission. Toutefois, il n'est pas interdit de concevoir une autre logique dans un souci de compromis pour éviter des frustrations (cf infra les recommandations en quatrième partie).

La nouvelle répartition des compétences exige des réformes institutionnelles de la part des États membres. Ils doivent procéder à la restructuration de leurs services et autorités de concurrence afin de mettre en conformité leurs missions avec celles instituées par la Directive.

Par ailleurs, dans un but de clarification, les États membres sont tenus d'abroger leurs droits nationaux ou d'opérer un toilettage pour ne retenir que les dispositions non couvertes par le droit communautaire.

Enfin, les États membres doivent, sans délai, notifier à la Commission les enquêtes en cours et clore les affaires en cours d'instruction ou de décision dans un délai de six mois suivant l'entrée en vigueur de la Directive.

2. Les domaines de la coopération

Le schéma de coopération mis en place n'est pas opérationnel pendant les enquêtes et au cours de la procédure de prise de décision.

Les procédures d'enquête s'exercent en liaison étroite et constante avec les autorités compétentes des États membres qui sont habilités à formuler des observations sur ces procédures. Cette collaboration porte tantôt sur l'information, tantôt sur l'assistance.

Ainsi, dans le cadre de ses interventions, la Commission informe les autorités nationales des procédures concernant les entreprises

situées sur leur territoire en leur transmettant les copies :

- des demandes et des notifications ainsi que des pièces les plus importantes qui leur sont adressées en vue de la constatation des infractions, de l'octroi d'une attestation négative ou d'une exemption;
- des demandes de renseignements adressées aux entreprises;
- des vérifications qu'elle projette de faire auprès des entreprises.

Le but de ces transmissions d'informations est, d'une part, d'informer les États membres des procédures communautaires concernant les entreprises et notamment celles situées sur leur territoire et, d'autre part, d'assurer une meilleure information de la Commission en lui permettant de conforter les renseignements donnés par les entreprises avec les indications et observations que peut lui fournir l'État membre concerné.

S'agissant de l'assistance mutuelle, les autorités nationales interviennent activement soit pour prêter assistance à la Commission, sur demande de celle-ci ou sur leur propre initiative, dans l'accomplissement des vérifications au siège d'une entreprise, soit pour effectuer directement les enquêtes que la Commission juge indiquées.

Enfin, l'article 20, paragraphe 2, du règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 prévoit que les agents de la Commission peuvent, sur sa demande ou sur celle de l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'enquête doit être effectuée, prêter assistance aux agents de cette autorité dans l'accomplissement de leurs missions.

IV. LES REGLES DE PROCEDURE

L'efficacité tant pour la Commission que pour les entreprises ou les associations et les consommateurs repose pour une grande part sur un mécanisme procédural qui facilite l'application de la législation communautaire de la concurrence.

En effet, il s'agit pour la Commission de rechercher des moyens de maintenir la cohésion du marché commun en faisant en sorte que les entreprises ou associations d'entreprises, ainsi que les États membres n'aient recours à des pratiques de nature à annihiler tous les avantages attendus de la libéralisation des échanges. Ce mécanisme permet également d'assurer la sécurité juridique et la protection des assujettis.

À ce titre, le mécanisme procédural qui concilie à la fois l'efficacité et la protection des droits de la défense, vise plusieurs objectifs.

Le premier objectif de mécanisme est de procurer à la Commission des moyens nécessaires afin de lui garantir des sources d'informations de qualité permettant de détecter les dysfonctionnements du marché liés aux pratiques visées à l'article 88 du Traité. À cette fin, il donne la possibilité aux parties de communiquer de leur propre initiative les pratiques illicites. Dans ce sens, la Commission est aussi dotée de larges pouvoirs d'investigation.

Le second objectif est d'assurer dans tous les États membres un régime homogène d'application des règles de concurrence.

Enfin, le mécanisme procédural envisagé prévoit une disposition de nature à garantir la protection des droits des intéressés, des tiers et des intérêts des États membres en leur permettant d'exprimer leur avis sur la pratique en cause. Dans cette optique, il contient des dispositions prévoyant l'audition des intéressés et des tiers, des mesures de publicité des décisions.

De même, la création du Comité consultatif de la concurrence, composé de représentants des États membres, dont l'avis est requis avant l'adoption de décisions qui affectent les droits des intéressés et des tiers, participe du souci de préserver les droits de la défense.

Par ailleurs, l'instauration des délais dans le processus de décision contribue à la sécurité juridique des justiciables.

Malgré l'institution des règles de procédures prenant en compte tous les aspects de la

sécurité juridique et de la protection des droits de la défense, la mise en œuvre par la Commission de la législation communautaire de la concurrence, reste soumise au contrôle de la Cour de Justice.

A. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX ET LES DIFFÉRENTS TYPES DE PROCÉDURES

1. Principes généraux de la garantie des droits

Le droit de la défense repose, d'une part, sur la nécessité, à travers toutes les étapes de la procédure, de sauvegarder les droits et libertés fondamentaux et, d'autre part, sur la neutralité de l'organe chargé de rendre la justice. Cette exigence n'est pas seulement utile au nom de l'égalité des citoyens mais aussi et surtout au nom de l'efficacité de la règle.

En effet, le respect de la règle passe par l'assurance qu'ont les assujettis que sa mise en œuvre se fera de manière équitable et non discriminatoire avec la possibilité pour chacun de faire valoir son point de vue. Les principes et les règles adoptés sont ceux en vigueur dans les démocraties du Nord notamment de l'Union européenne.

Dans ce sens, la législation communautaire de la concurrence de l'UEMOA a élaboré des règles de procédure tenant compte des droits de la défense aussi bien au cours des enquêtes qu'à celui de la phase de décision.

En contrepartie des pouvoirs importants d'enquête et de décision que cette législation confère à la Commission, il a été mis en place des procédures qui accordent une place privilégiée au droit de la défense. Ces procédures reposent principalement sur:

- le principe du contradictoire;
- la motivation des décisions arrêtées;
- le principe de la proportionnalité;
- la protection des autres droits.

L'article 17, paragraphe 8, du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante précise que *les droits de la défense des*

intéressés sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure.

Cela signifie que la Commission communautaire aux parties intéressées un exposé précis et complet des griefs contre elles et qu'elle les met en mesure de faire connaître utilement leurs observations sur ces griefs. Elles peuvent également développer leur point de vue oralement en se faisant assister par un conseil lors de l'audition.

En outre, chacune des parties directement intéressées peut avoir accès au dossier et autres documents fournis par les autres parties. Cette possibilité permet aux différentes parties de mieux organiser leur défense.

Par ailleurs, il importe d'éviter que les droits de la défense ne soient irrémédiablement compromis dans le cadre de procédures d'enquêtes préalables, dont notamment les vérifications, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises.

C'est pourquoi, les articles 18 paragraphe 3 et 21 paragraphe 2 du Règlement susvisé précisent que la Commission est tenue d'indiquer l'objet et le but de l'enquête ou de la vérification, ainsi que les sanctions prévues à l'article 22 au cas où les livres et les autres documents requis seraient présentés de façon incomplète.

Les décisions qui clôturent la procédure ainsi que les décisions qui sont prises au cours de la procédure doivent être motivées conformément à l'article 44 du Traité de l'UEMOA.

La motivation a pour objectif d'assurer une meilleure compréhension de la décision par les parties concernées. Tout défaut est un motif de l'annulation de la décision. Elle constitue un moyen indispensable pour protéger l'autorité communautaire et les parties contre tout risque d'arbitraire ou de dérapage conscient ou inconscient. C'est pourquoi la motivation doit être directe, explicite et circonstanciée.

Elle suppose l'énoncé des considérations de fait et le droit qui constitue son fondement.

Elle doit également comporter un certain nombre d'éléments basiques :

- c'est d'abord la preuve de l'interdiction alléguée ;
- ensuite la motivation et les conséquences de l'interdiction : a-t-elle un objet ou un effet anticoncurrentiel ou est-elle compatible avec le Marché commun ?
- enfin, la décision doit expressément viser le comportement de chaque partie concernée, qui permette d'identifier exactement ce qui lui est reproché en matière d'interdiction et d'atteinte à la concurrence.

La décision doit être proportionnée à la gravité des faits, à l'importance des dommages causés à l'économie et à la situation des parties intéressées.

La gravité des faits se traduit par la durée de l'infraction, son caractère clandestin ou non, les procédés utilisés et la persistance des parties intéressées à poursuivre les pratiques après le déclenchement de l'enquête. Elle se manifeste également par l'influence que telle ou telle partie peut avoir sur ses partenaires pour les forcer à avoir tel ou tel comportement.

En ce qui concerne le dommage à l'économie, les critères retenus ont trait à la hausse des prix, aux problèmes d'exclusion de certaines parties qui, si elles avaient été présentes, auraient joué un rôle plus actif sur la concurrence.

Enfin, la décision doit tenir compte de la situation financière et des perspectives de développement des parties concernées.

À l'intérêt du public d'être informé des décisions en matière de concurrence, s'oppose l'intérêt des parties intéressées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient divulgués. À cet effet, le règlement n°03/2002/CM/UEMOA, du 23 mai 2002 s'est efforcé de concilier ces intérêts divergents.

La protection du secret professionnel est assurée par l'article 30 du règlement qui dispose que *les informations que la Commission a recueillies dans l'exercice de*

ses pouvoirs d'information et de contrôle ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été demandées.

L'exigence imposée par l'article 30 ci-dessus vise à préserver les droits des parties qui risquent d'être gravement compromis si la Commission pouvait invoquer à l'égard des entreprises des preuves obtenues au cours d'une vérification qui serait étrangère à l'objet et au but d'une autre enquête.

Par ailleurs, il importe de préserver la sécurité juridique des entreprises. Aussi, le règlement n°03/2002/CM/UEMOA a-t-il introduit des délais pour la prise de certaines décisions. Au-delà de ces délais, quel que soit le résultat de l'examen, la pratique en cause sera considérée comme admise. Il en est de même pour les délais de prescription institués par l'article 24 dudit Règlement.

2. Les différents types de procédures

La législation communautaire de la concurrence prévoit différents types de procédures d'adoption des décisions selon leur nature et leurs effets, à l'exception de la procédure contentieuse relative aux cas d'ententes et d'abus de position dominante qui fera l'objet d'un développement plus approfondi.

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

La demande d'attestation négative vise à faire constater par la Commission qu'il n'y a pas lieu pour elle d'intervenir à l'égard des pratiques mises en œuvre tandis que la notification a pour objet d'exonérer une pratique illicite de l'application des dispositions de l'article 88 a du Traité du fait de ses effets bénéfiques.

Pour bénéficier d'une exemption individuelle ou d'une attestation négative, les entreprises sont tenues d'en faire la demande ou de notifier la pratique en cause au moyen du formulaire (N) qui fournit toute une série d'informations concernant les parties, les accords, le marché considéré et les raisons pour lesquelles la demande de la notification est présentée.

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

– dès réception de la demande, ou de la notification, la Commission publie une brève communication qui reproduit le résumé non confidentiel joint au formulaire (N). Cette publication a pour but d'inviter les parties tierces à formuler leurs observations sur l'accord, la décision d'association ou la pratique concertée ;

– dans les six mois à compter de la notification ou du dépôt de la demande, la Commission peut décider d'octroyer une attestation négative ou une exemption individuelle dans des conditions précises. Pour ce faire, elle transmet sans délai aux autorités des États membres copie des demandes ou des notifications, ainsi que les pièces les plus importantes qui lui sont adressées. Au cours de cette période, la Commission peut négocier avec les parties intéressées afin de rendre leurs pratiques compatibles avec le Marché commun. À cette fin, elle conclut un accord informel ;

– lorsque la Commission, après réception de la notification ou de la demande d'attestation négative, émet des doutes quant à la compatibilité d'une pratique avec le Marché commun, elle engage la procédure contradictoire. Dans ce cas, la Commission communique aux parties intéressées les griefs mis à leur charge, les met en mesure de faire connaître leurs observations avant d'adopter une décision définitive dans un délai de 12 mois.

Si aucune décision n'est prise au-delà de ce délai, à compter de l'ouverture de la procédure contradictoire, ce silence des autorités communautaires équivaut à une décision implicite d'attestation négative ou d'exemption.

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

L'article 6, paragraphe 7, du règlement de procédure prévoit que, lorsque la Commission se propose d'arrêter un règlement d'exécution aux fins d'exemption, elle doit publier le projet afin de permettre à toutes les personnes et organisations

intéressées de lui faire connaître leurs observations.

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

Les procédures de traitement des aides publiques

En matière d'aides publiques, les textes de l'UEMOA sur la concurrence envisagent quatre sortes de procédures : la procédure concernant les aides notifiées, la procédure en matière d'aides illégales, la procédure en cas d'application abusive d'une aide et enfin la procédure relative aux régimes d'aides existantes⁷⁸.

Dans la procédure concernant les aides notifiées, tout projet d'octroi d'une aide nouvelle doit être notifié à la Commission par l'État membre concerné⁷⁹. Le projet en question n'est mis à exécution que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris une décision l'autorisant⁸⁰.

La procédure en matière d'aides illégales est déclenchée lorsque la Commission a en sa possession des informations concernant une aide prétendue illégale⁸¹. Pour clôturer la procédure, la Commission peut décider que l'État membre concerné doit prendre toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire⁸².

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

aides illégales⁸³.

Dans la procédure relative aux régimes d'aides existants, la Commission procède avec les États membres à l'examen permanent de ces régimes, avec la possibilité de faire des recommandations proposant l'adoption de mesures utiles⁸⁴. Si l'État membre concerné ne se conforme pas à une décision conditionnelle ou à une décision négative ou à une injonction de suspension ou à une injonction de récupération ou aux arrêts de justice y afférents, la Commission peut, après avoir invité l'État membre à faire ses observations, prendre des mesures graduelles⁸⁵.

B. LA PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

Après avoir mis en évidence les différentes procédures de la législation communautaire de la concurrence et leur condition d'application, il convient d'examiner les règles applicables dans ce domaine aux ententes et abus de position dominante, en s'interrogeant plus en profondeur sur la procédure contentieuse, à travers ses différentes étapes que sont la saisine, les pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision de la Commission, sans oublier l'étape de la consultation du Comité consultatif de la concurrence.

⁷⁸ Dans ce domaine également, les solutions retenues ressemblent aux solutions du droit européen. Pour plus d'informations allant dans ce sens, voir notamment : Jean-Claude GAUTRON, « Droit européen », op. cit., p. 182 ; - Jean-Paul KEPPELNE, « Le rôle respectif des autorités (administratives et juridictionnelles) communautaires et nationales dans la mise en oeuvre d'un droit communautaire de la concurrence : l'expérience européenne et les projets de l'UEMOA », op. cit., p. 27-30 ; - Jean-Paul KEPPELNE, « Guide des aides d'Etat en droit communautaire (Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission) », op. cit.

⁷⁹ Article 5 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁸⁰ Article 6 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁸¹ Article 13 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁸² Article 16 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁸³ Article 18 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁸⁴ Article 20 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

⁸⁵ Article 24, paragraphe 24.1, du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA. Il s'agit des mesures suivantes: la publication, sur recommandation au Conseil, d'un communiqué, éventuellement assorti d'informations supplémentaires sur la situation de l'État concerné ; le retrait, annoncé publiquement, des mesures positives dont bénéficie éventuellement l'État membre ; la recommandation à la Banque ouest africaine de développement (BOAD) de revoir sa politique d'intervention en faveur de l'État membre concerné ; la suspension partielle ou totale des aides financières et concours de l'Union à l'État membre concerné. De même, la Commission peut infliger à l'entreprise qui continue de bénéficier de l'aide en dépit d'une décision de la Commission une amende allant jusqu'au double du montant de l'aide octroyée (Article 24, paragraphe 24.2, du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA).

1. La saisine de la Commission

La procédure contradictoire est initiée sur décision de la Commission de l'UEMOA avec communication de griefs, suite à une plainte⁸⁶, une notification émanant d'une ou plusieurs personnes intéressées, ou de sa propre initiative, en vue de l'obtention d'une décision d'attestation négative, d'exemption individuelle, ou de condamnation pour infraction à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante⁸⁷. La communication des griefs est faite par la Commission de l'UEMOA qui transmet par écrit, à chacune des entreprises et associations d'entreprises ou à leur mandataire commun, les griefs retenus contre elles⁸⁸, en leur laissant la possibilité effective de présenter leur défense par écrit ou oralement lors d'auditions⁸⁹.

2. Les pouvoirs d'enquête de la Commission

Pour recueillir les informations relatives au fonctionnement des marchés dont elle a besoin pour l'exécution de sa mission, la Commission dispose, en vertu du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du Conseil des ministres du 23 mai 2003, d'un triple pouvoir d'enquête. Elle peut soit demander des renseignements aux entreprises, soit opérer des vérifications, soit encore effectuer des enquêtes sectorielles.

⁸⁶ Pour de plus amples informations sur les conditions d'introduction de ces plaintes, voir les articles 12 et 13 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁸⁷ Article 16 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁸⁸ Article 16 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁸⁹ Article 17 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA. Plus précisément, la Commission peut infliger aux entreprises ou associations d'entreprises des amendes de 500 000 F CFA à 100 000 000 F CFA, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction ou dix pour cent des actifs de ces entreprises lorsque, par exemple, elles commettent une infraction à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. De même, la Commission peut infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes à raison de 50 000 F CFA à 1 000 000 F CFA par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre par exemple à mettre fin à une infraction aux règles d'interdiction des ententes et des abus de position dominante.

La demande de renseignements est prévue par l'article 18 du règlement susvisé. De telles demandes peuvent être adressées aux États membres ou aux entreprises et associations d'entreprises. En l'absence de réponse à une première demande de la part d'une entreprise ou association d'entreprises, la Commission sollicite les renseignements demandés par voie de décision.

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

Les vérifications auprès des entreprises peuvent être effectuées par la Commission ou par les autorités compétentes des États membres agissant sur demande de la Commission. Comme les demandes de renseignements, elles sont destinées à permettre l'accomplissement par la Commission des tâches qui lui sont assignées par l'article 90 du Traité et par les prescriptions arrêtées en application de l'article 89.

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

Lorsque la vérification est opérée par les agents de la Commission, ceux-ci ont le pouvoir de contrôler les livres et autres documents professionnels, prendre copie ou extrait des livres et autres documents professionnels, demander sur place des explications orales et accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises.

La vérification s'effectue en collaboration avec l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel elle s'effectue.

À cet effet, la Commission avise l'autorité compétente de l'État membre considéré, de la mission de vérification et de l'identité des agents mandatés. Les agents de cette autorité peuvent prêter assistance aux agents de la Commission dans l'accomplissement de leur mission.

Au cas où les vérifications sont faites par les autorités des États membres, les agents de ces autorités exercent leur pouvoir sur production d'un mandat écrit délivré par l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée. Ce mandat indique l'objet et le but de la vérification.

Les agents de la Commission peuvent, sur sa demande ou celle de l'autorité compétente de l'État membre, prêter assistance aux agents de cette autorité. Ils agissent conformément à leurs règles nationales de procédure.

L'article 19 du règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 habilite la Commission à procéder à des enquêtes par secteur économique, lorsqu'elle est en droit de présumer que, dans un secteur, la concurrence est restreinte ou faussée.

Dans ce cadre, la Commission dispose d'un large pouvoir d'investigation. Elle peut demander aux entreprises ou association d'entreprises tous renseignements utiles à l'application des principes prévus à l'article 88 paragraphes *a* et *b* du Traité.

La Commission peut également décider d'initier des études et recherches et inciter au débat tous les acteurs économiques concernés et notamment, la chambre consulaire régionale de l'Union, les organisations professionnelles, les chambres consulaires nationales, les organisations des consommateurs, ainsi que les organisations nationales et étrangères de concurrence.

Aux termes de ces différentes enquêtes, selon la teneur des informations recueillies et les conclusions des débats, la Commission

peut engager la procédure contradictoire en vue de l'adoption d'une décision.

3. La procédure d'instruction devant la Commission

La procédure d'instruction devant la Commission revêt trois caractères:

- elle est contradictoire;
- elle garantit le respect des secrets d'affaires;
- elle est menée en étroite collaboration entre les États membres.

En vertu de l'article 16 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, la Commission peut se saisir d'office ou être saisie par un plaignant. Les plaignants peuvent être soit des États membres soit des personnes physiques ou morales. Pour que la procédure puisse être considérée comme engagée par la Commission, il est nécessaire qu'il existe un acte d'instruction qui puisse être analysé comme un acte d'autorité manifestant sa volonté de prendre une décision.

Aussi, cette procédure débute-t-elle par la communication de griefs. La procédure contradictoire comporte deux phases: la phase écrite (communication de griefs) et la phase orale.

Cette phase comporte entre autres la communication des griefs, le problème de l'accès au dossier et les observations écrites des parties.

Après que la Commission a réuni, en exerçant les pouvoirs d'enquête, les éléments qui lui permettent d'établir les indices suffisants de l'existence d'une infraction, elle ouvre le débat écrit en communiquant aux entreprises les griefs qu'elle retient contre elles.

L'objet de cette communication est de mettre les entreprises en mesure de présenter leurs observations sur ces griefs. À cette fin, il est nécessaire que les entreprises soient informées des éléments de fait et de droit sur lesquels la Commission se base à ce stade de la procédure.

La communication de griefs est un acte préparatoire à la décision qui, le cas échéant,

sera adoptée. Mais cet acte revêt une importance particulière dans la mesure où la Commission ne peut retenir que des griefs au sujet desquels les entreprises ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue.

Ainsi, la communication de griefs a pour effet de cristalliser la position de la Commission, empêchant celle-ci de retenir dans sa décision d'autres griefs que ceux qui ont été communiqués. Il n'est pas interdit à la Commission d'abandonner certains griefs ou de communiquer de nouveaux griefs, soit pour préciser ou compléter la communication originaire, soit pour répondre aux arguments présentés par l'entreprise au cours de la procédure administrative.

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

Le respect des droits de la défense exige que les personnes intéressées soient en mesure de faire connaître utilement leur point de vue sur les documents retenus par la Commission dans les constatations qui sont à la base de sa décision. La faculté de prendre connaissance du dossier est prévue par l'article 17, paragraphe 8, du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

Cet accès au dossier se traduit par l'examen sur place des documents accessibles. Les entreprises concernées peuvent en prendre copies.

En communiquant les griefs, la Commission fixe le délai dans lequel les entreprises ont la faculté de faire connaître leur point de vue. Elles sont tenues de présenter, dans le délai imparti, des observations écrites dans lesquelles elles peuvent exposer tous moyens et faits utiles à leur défense. Pour établir les faits invoqués, elles peuvent produire tous documents nécessaires.

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

La Commission doit donner aux personnes qui l'ont demandé dans leurs observations écrites l'occasion de développer verbale-

ment leur point de vue. Cette disposition vise tant les entreprises en cause que les tiers justifiant d'un intérêt suffisant.

Les personnes devant être entendues sont convoquées par la Commission à une date qu'elle fixe. Une copie de la convocation est transmise aux autorités compétentes des États membres qui peuvent désigner un fonctionnaire pour participer à l'audition.

Les personnes convoquées comparaissent soit elles-mêmes, soit en la personne de leurs représentants légaux ou statutaires. Les entreprises ou associations d'entreprises peuvent être représentées par un mandataire dûment habilité et choisi dans leur personnel permanent. Elles peuvent être assistées par leurs conseillers juridiques ou par d'autres personnes qualifiées admises par la Commission.

L'audition n'est pas publique. La Commission a la faculté d'entendre les personnes séparément ou en présence d'autres personnes convoquées. Dans ce dernier cas, il est tenu compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires et autres informations confidentielles ne soient divulgués. Les déclarations de chaque personne sont répertoriées de la façon la plus appropriée. Une copie est remise à chaque personne entendue qui en fait la demande.

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

4. La consultation des Etats membres (le Comité consultatif)

Le comité consultatif de la concurrence est obligatoirement consulté avant toute décision d'interdiction concernant les ententes et les abus de position dominante. La consultation a lieu au cours d'une réunion sur invitation de la Commission.

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

5. La décision de la Commission

Après consultation du Comité consultatif de la concurrence, la Commission est en mesure de prendre des décisions, dans le cadre du contentieux des ententes et des abus de position dominante, à savoir la cessation des infractions et les sanctions pécuniaires.

De même, la Commission peut décider de prendre des mesures provisoires après l'audition des personnes intéressées sans consultation du Comité.

Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 88 para. *a* ou du Traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée.

La décision peut consister en une injonction positive aussi bien qu'en une interdiction. Bien que le règlement n°03/2002/CM/UEMOA n'accorde explicitement à la Commission que le pouvoir de prendre des décisions ordonnant la cessation d'une infraction, ce pouvoir implique celui de constater l'infraction dont il s'agit, même si celle-ci a pris fin.

La Commission a intérêt à une telle constatation lorsqu'il existe un danger. De même, il peut exister un intérêt à adopter une décision pour établir la base juridique d'une action en dommages et intérêts que pourraient intenter les victimes de l'infraction.

La décision d'interdiction est obligatoire pour les entreprises destinataires, sous réserve de leur recours devant la Cour de Justice. Elle est immédiatement exécutoire.

Les sanctions pécuniaires prennent généralement deux formes: les amendes et les astreintes.

Le règlement n°03/2002/CM/UEMOA prévoit deux catégories d'amendes, à savoir les amendes pour infraction à des dispositions de procédures et les amendes pour infraction aux règles de fond.

Les amendes pour infraction à des infractions de procédures peuvent être infligées dans les cas suivants, pour un montant forfaitaire de 500 000 francs CFA :

- indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une demande de renseignements ;
- absence de réponse dans le délai fixé lorsque le renseignement est demandé par voie de décision ;
- présentation incomplète, lors d'une vérification, des livres ou autres documents professionnels requis ;
- refus de se soumettre à une vérification ordonnée par voie de décision.

Les amendes pour infraction à des règles de fond ont des montants sensiblement élevés : de 500 000 à 100 000 000 francs CFA, il peut être porté à 10% du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice précédent ou 10% des actifs de ces entreprises. Ces amendes sont infligées lorsqu'une entreprise enfreint les dispositions de l'article 88 *a* ou *b* du Traité.

La Commission peut infliger aux entreprises des astreintes à raison de 50 000 à 1 000 000 francs CFA par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre à :

- mettre fin à une infraction aux dispositions des articles 88 *a* ou *b* du Traité ;
- fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 1 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA ;
- se soumettre à une vérification qu'elle a ordonnée par voie de décision.

La fixation des astreintes présente deux caractéristiques :

- celle d’être forfaitaire, dans la mesure où elle ne tient compte ni de la gravité de l’infraction, ni de sa durée, ni d’éventuels dommages causés aux tiers ;
- celle de ne pas être définitive puisque, dès que les intéressés ont mis fin à l’activité illicite, la Commission peut fixer le montant à payer à un chiffre inférieur à celui prévu dans un premier temps.

C. LE CONTROLE DE L’ACTION DE LA COMMISSION

Le contrôle de l’action de la Commission est institué par l’article 90 du Traité qui dispose à ce sujet que *la Commission est chargée, sous le contrôle de la Cour de Justice, de l’application des règles prescrites par les articles 88 et 89.*

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

1. Les conditions d’introduction de recours

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

Le demandeur ne saisit le juge communautaire d’un recours contre une décision de la Commission que si cette décision lui fait grief (s’il a un intérêt à agir). Dans le cas contraire, la demande sera rejetée comme irrecevable.

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

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

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

Dans ce cas, les entreprises concernées ont la possibilité de former un recours à l’encontre d’une décision d’injonction de rétablissement de la situation de droit antérieur, de modification de l’opération.

En outre, il va de soi qu’une décision ordonnant qu’il soit mis fin à une pratique puisse faire l’objet de recours.

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

Aussi, un tel recours, n’est possible ni contre la décision de la Commission d’engager la procédure, ni contre la communication à l’entreprise des griefs retenus contre elle. Ces actes présentent un caractère purement préparatoire.

Ce recours est possible à l’encontre d’une décision visant à demander des renseignements ou à procéder à une vérification dans les conditions prévues respectivement par les articles 18, 19 et 21 du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

De même, les décisions d’organisation de l’audition qui normalement ne peuvent faire l’objet d’un recours indépendamment de celui contre la décision finale, le peuvent, lorsque l’acte de la Commission entraîne une atteinte injustifiée aux droits de la défense. Ces droits, comme la protection des secrets des affaires, ne pouvant être réparés par l’annulation de la décision définitive, peuvent faire l’objet d’un recours immédiat.

En effet, une telle décision est de nature à modifier de façon caractérisée la situation juridique de l’entreprise concernée car la possibilité d’intenter un recours contre la décision finale n’est pas de nature à assurer une protection adéquate, compte tenu du caractère irréversible des effets d’une communication irrégulière d’informations à un tiers plaignant.

Enfin, les mesures provisoires, prises dans les cas de préjudices graves et irréparables ou d'une atteinte intolérable à l'intérêt général sont susceptibles de recours suivant l'article 5, paragraphe 9, du règlement 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002.

2. Les modalités de recours

Les recours contre les décisions de la Commission sont exercés selon trois modalités :

- le recours de la légalité ;
- le recours de pleine juridiction ;
- le recours en manquement.

En règle générale, le juge communautaire statue en tant que juge de la légalité. Il statue donc sur des conclusions tendant à l'annulation totale ou, le cas échéant, partielle de la décision de la Commission, auxquelles il fait droit ou qu'il rejette. Dans ce cadre, l'exercice des pouvoirs de la Commission peut porter sur des appréciations complexes en matière économique.

Le contrôle juridictionnel respecte ce caractère en se limitant à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Commission en déduit. Aussi, la nature du contrôle juridictionnel susceptible d'être exercée sur la décision de la Commission portera-t-elle essentiellement sur les formes substantielles et les problèmes de fond.

S'agissant du respect des formes substantielles, le contrôle s'exerce en premier lieu sur la motivation des décisions. Cette motivation doit préciser les faits et considérations sur lesquels les appréciations de la Commission sont basées.

En effet, l'étendue du pouvoir dont jouit la Commission lui impose de motiver de manière soigneuse ses décisions, afin de permettre au contrôle de s'exercer utilement. Ainsi, dans le cas d'une entente à laquelle participe plusieurs entreprises, la Commission est tenue de procéder à un examen individualisé de la situation de chacune des entreprises dont elle retient la participation à l'infraction.

Il convient de préciser que le moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation est un moyen d'ordre public qui peut être soulevé d'office par le juge.

Au titre du respect des formes substantielles, peut, en outre, être discutée devant le juge, toute question relative à la régularité de la procédure devant la Commission.

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

En ce qui concerne le fond du litige, le contrôle juridictionnel consiste à s'assurer que la décision ne repose pas sur une erreur de droit, c'est-à-dire, pour l'essentiel, qu'elle est conforme aux principes généraux du droit communautaire ou sur des faits matériellement inexacts ou encore sur des appréciations économiques entachées d'une erreur manifeste.

Si les pouvoirs du juge communautaire sont, en principe, ceux d'un juge de la légalité, il dispose toutefois d'un pouvoir plus étendu lorsqu'une sanction financière a été infligée. Dans une telle situation, le juge dispose d'un pouvoir de réformation de la décision quant au montant de l'amende ou de l'astreinte, de réduction de leur montant ou de l'augmentation ou de l'imposition des obligations.

Dans le cadre de l'application de la législation communautaire de la concurrence, le recours en manquement se situe dans le domaine du contrôle des pratiques anticoncurrentielles imputables aux États membres et des aides publiques.

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

Il en est de même pour les aides publiques. Dans ce cas, lorsqu'un État membre ne respecte pas les décisions prises selon les

dispositions du règlement n°04/2002/CM/-UEMOA du 23 mai 2002, la Commission saisit la Cour de Justice.

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

Cette procédure est également ouverte à chaque État membre après saisine préalable de la Commission. Celle-ci a l'obligation d'émettre un avis motivé, après avoir permis à l'État concerné de faire ses observations. Si la Commission n'émet pas d'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'affaire peut être directement portée devant la Cour de Justice.

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

En cas d'abstention de l'État membre dont le manquement a été constaté, la Commission a la faculté de saisir la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement afin qu'elle invite l'État membre défaillant à s'exécuter sans préjudice des sanctions prévues à l'article 7 du Traité de l'Union relatif à l'exercice de la surveillance multilatérale.

Les conclusions principales en annulation ou en réformation de la décision de la Commission peuvent être assorties de demandes de mesures de référé. Les conclusions en référé peuvent consister soit en une demande de sursis à l'exécution de la décision, soit en une demande de mesures provisoires.

La procédure de sursis à exécution ne peut être accordée que si les conditions suivantes sont remplies :

– il est nécessaire que l'entreprise établisse que l'exécution de la décision

causerait un préjudice difficilement réparable qu'il convient de faire cesser en urgence ;

– il est nécessaire que les moyens d'annulation développés présentent, en première analyse, un caractère suffisamment sérieux.

L'octroi des mesures provisoires est subordonné à l'existence d'un préjudice grave et irréparable ou d'une atteinte intolérable à l'intérêt général, auquel il convient de remédier d'urgence.

Dans ce cadre, l'entreprise peut demander à la Cour tout aménagement relatif aux conditions d'exécution de la décision de la Commission, dès lors que les mesures présentent un caractère intérimaire et ne remettent pas en cause la solution susceptible d'être acquise au principal.

V. LA MISE EN ŒUVRE EFFECTIVE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Les instances communautaires ont dans les faits trois types d'actions. Elles ont une activité législative, une activité relationnelle avec les autorités nationales et elles ont une activité consultative et décisionnelle, essentiellement contentieuse.

Pendant ces premières années de fonctionnement, tout naturellement l'essentiel a porté sur l'activité législative et par voie de conséquence sur les relations avec les États membres. En revanche, le nombre de saisines pour avis ou pour traitement contentieux a été faible.

A. L'ACTIVITE LEGISLATIVE

Pour en rester aux seuls textes concernant directement la concurrence, plusieurs textes ont été pris pendant l'année 2002 qui nécessairement ont fait l'objet de longues préparations et consultations avant et d'explications après. Ce sont trois règlements et deux directives :

- le règlement n° 02/2002/CM/-UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- le règlement n° 03/2002/CM/-UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et aux abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- le règlement n°04/2002/CM/-UEMOA relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité ;
- la directive n°01/2002/CM/-UEMOA relative à la transparence des relations financières d'une part entre les États membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les États membres et les organisations internationales ou étrangères ;
- et, enfin, la directive n°02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA⁹⁰.

Par ailleurs, de nombreux textes ont été adoptés relatifs aux politiques sectorielles dont certaines dispositions, cela a été relevé dans les parties précédentes du rapport, interfèrent avec la politique de la concurrence.

Actuellement plusieurs projets sont en cours d'élaboration dans le domaine du transport aérien.

Il s'agit :

- du projet de Règlement d'exécution déterminant les modalités d'application des règles de la concurrence au secteur des transports aériens,
- du projet de Règlement d'exécution concernant l'application de l'article 88 (a) du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées dans le secteur des transports aériens de l'Union (relatives à la planification conjointe et à la coordination des horaires, à l'exploitation de services communs, aux conditions tarifaires pour le transport de passagers et de fret, à la fourniture des services d'assistance en escale).
- du projet de Règlement d'exécution concernant l'application de l'article 88 (a) du traité à certaines catégories d'accords entre entreprises portant sur des systèmes informatisés de réservation (SIR) pour les services de transport aérien.

B. LES ACTIVITES RELATIONNELLES

Ce type d'activités est essentiel, particulièrement dans une phase de mise en œuvre d'une politique.

Elles sont quotidiennes et informelles d'une part, et elles s'inscrivent dans des procédures établies d'autre part.

Il n'y a pas lieu d'insister sur la première catégorie, puisqu'il s'agit pour l'essentiel de ces contacts permanents indispensables entre le Commissaire de la concurrence et les autorités des États membres ainsi que ceux entre les deux hauts fonctionnaires de la Commission chargés de la concurrence avec non seulement leurs homologues dans les différents États membres, administration et commission de la concurrence, mais aussi avec les forces vives des milieux économiques de l'Union, entreprises, organisations professionnelles, associations de consommateurs...

⁹⁰ Ces trois règlements et ces deux directives qui n'avaient pas encore été publiés au Bulletin Officiel de l'UEMOA au moment de la finition du présent article se trouvent sur le réseau Internet, au site « [http : // www.uemoa.int](http://www.uemoa.int) », en cliquant sur l'item « actes » de la page d'accueil.

Les secondes revêtent plusieurs formes.
Ce sont les réunions prévues régulièrement du Comité consultatif de la concurrence et des nombreux séminaires, conférences et réunions internationales auxquels la Commission participe ou organise.

1. Les travaux du Comité consultatif de la concurrence

A ces organes principaux prévus par le Traité pour réguler la concurrence, on peut également ajouter le Comité consultatif de la concurrence créé par l'article 28, paragraphe 28.3, du règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002. Ce comité est composé de fonctionnaires compétents en matière de concurrence, à raison de deux représentants par État membre. Le Comité consultatif de la concurrence est consulté par la Commission de l'UEMOA pour avis, préalablement à toute décision en matière d'entente et d'abus de position dominante⁹¹ et avant certaines décisions en matière d'aides publiques dont, en particulier, les décisions conditionnelles et les décisions négatives⁹². Une réunion aurait dû se tenir chaque année depuis en 2002 ; mais formellement trois sessions ont été organisées en 2004, en 2005 et 2007.

⁹¹ Article 28 paragraphe 28.4 du règlement n° 03/2002/CM/UEMOA.

⁹² Article 29 du règlement n° 04/2002/CM/UEMOA.

Le Comité consultatif de la concurrence a entamé les travaux de sa première session, le 5 juillet 2004, au siège des Organes, en vue de procéder à l'examen du projet de Règlement d'exécution portant règlement intérieur dudit Comité, du projet de plan d'action et du Rapport annuel sur l'état de la concurrence dans les Etats membres pour l'année 2003.

M. Eugène YAI, Commissaire chargé du Département des Fonds Structurels et de la Coopération Internationale, représentant le Président de la Commission, a indiqué que le Comité Consultatif de la Concurrence constitue un des piliers de l'organisation et de régulation du fonctionnement du marché communautaire, Il a demandé aux participants à faire montre d'expertise et de neutralité afin d'assurer l'efficacité et la crédibilité du dispositif et des options de l'Union, en matière de contrôle de la concurrence.

La session prendra fin le 7 juillet.

La deuxième session ordinaire du Comité aura lieu à Dakar du 12 au 16 décembre 2005, élargie aux représentants des directions de l'Aviation civile des Etats membres.

Cette deuxième session aura comme ordre du jour :

- 1°) la présentation du règlement intérieur du Comité consultatif ;
- 2°) le compte rendu de la mission d'évaluation de la politique de concurrence dans les Etats membres ;
- 3°) la présentation du programme de renforcement des capacités en matière de concurrence dans l'Union ;
- 4°) la présentation des avant-projets de règlement d'exécution portant sur l'application des règles de concurrence au secteur des transports aériens et les conditions d'exemption de l'application de ces règles à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées ;
- 5°) Présentation par les Etats membres de leur rapport sur la situation de la concurrence ;

La troisième et toute dernière session du Comité consultatif sur la concurrence a eu lieu à Cotonou, du 27 au 30 mars 2007.

Etaient principalement inscrits à l'ordre du jour les points suivants :

- 1°) Examen de la note relative au rapport provisoire d'évaluation de la politique de la concurrence de l'Union élaborée dans le cadre de l'examen collégial volontaire.
- 2°) Examen des projets de Règlements d'Exécution portant sur l'application des règles de concurrence au secteur des transports aériens à la lumière des observations des parties intéressées.

2. Les séminaires et conférences

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

Enfin des réunions et conférences à l'échelon international et multilatéral appellent la participation du Commissaire

chargé de la concurrence et de ses collaborateurs.

Il en est ainsi notamment des conférences régionales (par exemple avec la CEDEAO et l'OHADA) et multilatérale (par exemple les conférences annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence auprès de la CNUCED).

La Cour de justice, elle-même a initié et a participé à plusieurs séminaires à l'intention de magistrats et fonctionnaires sur le droit

Un exemple d'un séminaire récemment tenu du 22 au 24 novembre 2006 à Cotonou

Ce séminaire régional d'information et de sensibilisation sur la législation communautaire de la concurrence a été organisé par l'UEMOA dans le cadre du projet de renforcement des capacités des ressources humaines des Etats membres, avec l'appui technique de la CNUCED et financier de la Coopération française. Le séminaire était présidé par M. Moudjaïdou Issifou SOUMANOU, Ministre de l'Industrie et du Commerce du Bénin. Tous les Etats membres de l'Union étaient représentés.

L'objectif du séminaire, était selon M. El Hadji Abdou SAKHO, Commissaire chargé du Département des Politiques Fiscales, Douanières et Commerciales de l'UEMOA., d'une part, d'informer les participants sur le rôle important que les règles de concurrence jouent dans le processus d'intégration régionale et d'autre part, de faire connaître les principes et les procédures communautaires adoptés en la matière. Il s'agira également de mettre en évidence les bénéfices attendus de la bonne application de ces règles.

Plusieurs thèmes ont été traités :

- Contribution de la politique de la concurrence au développement économique,
- Intégration régionale et politique de la concurrence : le cas de l'UEMOA
- La Législation communautaire de la concurrence de l'UEMOA
- Rôle de la Cour de Justice dans la mise en œuvre des dispositions de maintien de la libre concurrence au sein de l'UEMOA
- Enjeux et rôle des organisations des consommateurs dans la mise en œuvre de la politique communautaire de la concurrence
- : le rôle des organisations de consommateurs du Bénin dans la régulation du marché

C. ACTIVITES CONSULTATIVES ET CONTENTIEUSES

A ce stade, pour multiples raisons, peu d'affaires ont été traitées.

Selon un bilan présenté par les services de la Concurrence de l'UEMOA, sept affaires ont été identifiées depuis 2001, auxquelles s'ajoutent celles dont a été saisie la Cour de Justice .

1. Devant la Commission

Une affaire concerne une « concentration » par prise de participation. Trois affaires sont relatives à des aides d'Etat , respectivement en 2001, 2003 et 2004. Deux concernent des « pratiques imputables aux Etats » , en 2006. Une a trait à une pratique de fraude.

Il peut être remarqué qu'aucune affaire ne concerne le « corps dur » de la réglementation, les pratiques d'ententes et les abus de position dominante.

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

Des entreprises de six Etats de l'UEMOA ont été visées : le Bénin, le Burkina, la Cote d'Ivoire, le Niger, le Sénégal et le Togo

Le tableau ci-après donne des indications sur le contenu de ces affaires :

Tableau des affaires traitées par la Commission

Affaire	Date	Domaine et Etats concernés	Résumé des affaires	Décisions de la Commission
SOCOCIM contre Etat du Sénégal et CIMENTS di Sahel	09 avril 2003	Aides d'Etat /Sénégal	(la SOCOCIM se plaignait de distorsions de concurrence dues aux exonérations accordées à sa concurrente les CIMENTS du Sahel sur ses importations de clinker	Injonction et interdiction d'exonérer le clinker à l'importation
GAZODUC de L'AFRIQUE DE L'OUEST	06 mai 2004	Aides d'Etat et ententes entre entreprises /Bénin et Togo	Les Etats du Bénin et du Togo ont conclu une Convention Internationale avec le Ghana et le Nigéria pour mettre en place un Gazoduc financé et exploité par des multinationales pétrolières organisées en consortium	Attestation négative pour la création d'entreprises communes et décision de ne pas soulever d'objection pour les exonérations fiscales
TOTAL / Togo	17 novembre 2005	Concentration/ Togo	Total Outremer projette d'acquérir les actions détenues par Mobil International Petroleum Corporation dans le capital de Mobil Oil Togo.	Attestation négative
Société des Ciments du Togo S.A contre Commission	27 mars 2001	Aides d'Etat/ Togo	La Société Ciments du Togo a attaqué une décision de la Commission qui s'est estimée incompétente pour apprécier une décision de la CEDEAO	Saisine de la Cour de Justice pour des motifs de procédure
SONACOS contre COSMIVOIRE et UNILEVERS	16 novembre 2006	Concurrence déloyale, prix de dumping, fraude sur les règles d'origine / Sénégal et Côte d'Ivoire	La SONACOS se plaint des prix anormalement bas pratiqués sur le marché sénégalais par ses concurrents ivoiriens COSMIVOIRE et UNILEVERS qui	Affaire en cours

			se livreraient à du dumping et à de la fraude sur les règles d'origine	
B.A.T Burkina et B.A.T Bénin contre Etat du Burkina Ministère des Finances et de l'Economie du Bénin contre Etat du Burkina	24 et 25 janvier 2006 et 30 janvier 2006	Pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats /	Il est reproché à l'Etat du Burkina de restreindre illégalement les importations de tabac produit par BAT Bénin au motif que le distributeur local des cigarettes n'a pas respecté la réglementation instituant un monopole de tabacs au Burkina	Injonction de la Commission invitant l'Etat du Burkina à lever les restrictions aux exportations de B.A.T
Distribution Alimentaire du Faso (DAF) contre Etat du Niger Ministère de l'Economie et des Finances du Bénin contre Etat du Niger	09 mai 2006 06 juin 2006	Pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats/ Niger	Il est reproché à l'Etat du Niger de soumettre les importations de farine de blé à des restrictions quantitatives pour favoriser la production locale	Injonction de la Commission invitant l'Etat du Niger à lever la mesure de restriction.

Il convient de remarquer le manque de pratique et, de ce fait, les hésitations dans la qualification des transmissions de dossiers à la Commission par les autorités nationales : simple information ou transmission formelle.

Un exemple a été débattu lors de la troisième session du comité consultatif relatif à une plainte de la société Malitel contre la société Orange. Cette plainte a été déposée dans un premier temps auprès des autorités maliennes (le Conseil de la concurrence) ; selon la procédure nationale, une demande d'examen a été transmise à l'administration malienne qui, à son tour a communiqué le dossier auprès des services de la Commission. La question se pose en un tel cas de savoir si le dossier est transmis pour simple information, pour avis ou pour transmission formelle en vue d'une décision sur le fondement de l'article 88 du traité et des règlements de 2002, en vertu de principe

d'exclusivité décisionnelle confiée à la Commission.

Nous nous situons dans le troisième cas si manifestement le dossier a trait à une pratique anticoncurrentielle.

2. Devant la Cour de justice

La Cour peut être amenée à se prononcer en pleine juridiction sur les décisions et sanctions que la Commission a pu prendre contre des entreprises en infraction avec les règles de la concurrence, ces décisions de la Cour étant rendues en premier et dernier ressort.

La Cour a reçu en cette matière deux dossiers.

Le premier concerne la décision Ciment du Togo c/ la Commission de l'UEMOA, mais la Cour a jugé par arrêt du 20 juin 2001 que le recours était irrecevable pour violations

des formes substantielles prescrites par le Règlement de procédure.

Le second concerne l'affaire GDEIRI SA c/ Commission de l'UEMOA, (une société burkinabè qui demandait à la Commission d'enjoindre à l'Etat du Niger de respecter ses obligations contractuelles relatives à un marché de construction de logements sociaux, le refus des pouvoirs publics du Niger s'apparentant selon elle à un abus de position dominante. La Cour n'a pas retenu l'infraction.

La Cour peut être saisie de recours en manquement lorsqu'un Etat notamment ne se conforme pas à un avis ou à une recommandation proposant des modifications à un projet de législation nationale susceptible d'affecter la concurrence au sein de l'Union ou ne respecte pas les dispositions prescrites par les règlements⁹³. La Cour n'a reçu aucun recours en manquement.

Enfin, pour assurer l'unité dans l'interprétation du droit communautaire, une procédure de renvoi préjudiciel permet à toute juridiction nationale ou une autorité à caractère juridictionnelle d'interroger la Cour de justice de l'UEMOA sur un point de droit communautaire soulevé dans un litige pendant devant elle. Les arrêts ainsi ont une force obligatoire, une portée générale et rétroactive.

La Cour a rendu un seul arrêt dans ce cadre relatif à un recours préjudiciel émanant du Conseil d'Etat du Sénégal dans l'affaire Compagnie Air France c/ le Syndicat des Agents de Voyage et de Tourisme du Sénégal ; dans cette affaire se posait le problème de l'application des règles de concurrence dans le temps : il était demandé à la Cour de déterminer la juridiction compétente pour connaître d'un pourvoi alors que la décision de la commission

⁹³ (Art 6-4 du Règlement n°02/2002) ou quand un Etat ne respecte pas les dispositions prescrites par les règlements (art 24 du Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002)

nationale de la concurrence du Sénégal litigieuse avait fait l'objet d'un recours interne avant l'entrée en vigueur du règlement.

VI. CONCLUSIONS: UN BILAN LIMITE

Dans le cadre des institutions de l'UEMOA comme d'ailleurs à l'échelon national ainsi que cela sera souligné dans les parties II et III de la présente étude, un travail considérable a été effectué depuis une dizaine d'années et en particulier depuis 2002 pour élaborer des règles de fond, des institutions et des procédures. Cependant, bien qu'il ne soit pas aisé, faute d'études précises par secteur d'activité, d'évaluer l'état concurrentiel de l'économie de la zone ; il est sûr néanmoins que le nombre réduit de décisions ne saurait refléter l'état de la concurrence sur le territoire de l'Union.

1. L'existence probable de dysfonctionnements de la concurrence

Les multiples contacts avec organes administratifs, juridictionnels et professionnels ainsi qu'avec les organisations de consommateurs laissent supposer que des ententes (cartels), des abus de positions dominantes existent et ne sont pas poursuivies.

Ainsi, dans le domaine agro alimentaire (farine, sucre, arachide, huile), des indices d'ententes sont régulièrement dénoncés ; de même dans le secteur du bâtiment et travaux publics et du ciment, une existence de cartels est souvent alléguée. Le passage du monopole étatique à la libéralisation et la privatisation des réseaux (télécoms, énergie...) peut entraîner des ententes pour une répartition des marchés et des abus de position dominante des entreprises historiques pour la conservation de leur part de marché ; de fait, les opérateurs, les clients professionnels et les consommateurs finals se disent lésés par différentes pratiques : les nouveaux entrants par des pratiques d'éviction et des discriminations, les

entreprises clientes et les consommateurs par des fidélisations abusives ou des prix élevés.

A ces pratiques identifiées dans les activités industrielles et commerciales, s'ajoutent des dérèglements issus de l'économie informelle, dont les effets nuisibles pour l'économie l'emportent sur le dynamisme qu'elle peut impulser et la survie de certaines couches de la population qu'elle peut préserver.

Bien que des règles existent pour caractériser et sanctionner de telles pratiques, peu de plaintes formelles sont exprimées et peu de décisions prises.

1. Des explications de ce bilan limité

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

On pourrait certes exciper du fait qu'en raison de la seule existence des règles d'interdiction posées par le Traité et les textes de droit dérivé avec des sanctions possibles fortes, l'incitation au respect de ces mesures a été suffisamment forte. Mais cela serait optimiste car d'une part, cela supposerait bien connue la portée des textes cités et, d'autre part, ceci n'est guère corroboré dans les autres parties du monde où une telle législation est également en vigueur.

Il se peut aussi que la « culture concurrence » et l'expertise ne soient pas encore suffisamment développées pour que les acteurs économiques, les contrôleurs, les victimes directes, les consommateurs, ne réalisent l'existence et la portée de ces pratiques. Cette raison est certaine et cela nécessite bien évidemment des réponses auxquelles il est donné une place importante ci-après dans la quatrième partie de cette étude.

Il est clair également que les politiques à mettre en place dans les pays en développement sont nombreuses et que les priorités ont été mises dans d'autres domaines pour lesquels l'approche concurrentielle s'analyse sous un autre angle (politiques sectorielles, zones franches...). Les obligations au titre de l'ajustement structurel peuvent en effet ne pas avoir pris suffisamment en compte la dimension d'une politique de la concurrence. Forcément l'UEMOA ne peut que tenir compte de cet état de fait dans les Etats membres.

Son dispositif législatif comporte au demeurant des dispositions qui appellent un examen de la proportionnalité entre les objectifs poursuivis par telle ou telle politique et pratiques subséquentes avec leurs éventuelles conséquences restrictives de concurrence. Cependant, pour discutabile que soit cette attitude, il se peut que l'opportunité d'une ouverture de procédure soit dès l'origine analysée au regard de la perspective d'aboutissement de l'éventuelle poursuite eu égard à ces équilibres à maintenir entre des politiques possiblement contradictoires.

Plus délicat encore est l'argument consistant à penser qu'une économie doit parvenir à un certain stade, tant au niveau de la production qu'à celui du commerce et de la distribution, pour que ces mesures sur la concurrence trouvent pleinement leur justification. Ce sujet complexe, maintes fois débattu dans les organisations internationales, trouve un prolongement particulier au sein de l'UEMOA eu égard au stade de développement le moins avancé des Etats membres. En tout état de cause, nonobstant cette explication, l'effet d'entraînement sur les économies et la consolidation de l'Etat de droit étant admis comme émanant de la politique de l'économie suffit à faire plaider pour que le bilan de l'application de ces règles s'améliore rapidement.

Au-delà de ces arguments généraux, pèse également une série de critiques du système par certains acteurs sur l'articulation entre les deux niveaux législatifs et ceci surtout

dans les pays qui détiennent une législation et une politique de la concurrence. Ces observations peuvent expliquer aussi les réticences pour une mise en vigueur effective de la législation communautaire.

L'exclusivité au profit de la Commission de l'UEMOA apparaît geler l'action naissante des structures nationales de la concurrence qui se trouvent « frustrées » de ne pas instruire et décider des suites à donner à certaines pratiques nées et prospérant dans les limites de l'Etat considéré (cf partie II B 3 ci-dessus s'agissant du Sénégal où la question se pose de façon aigüe).

Dès lors qu'une pratique n'affecterait pas les échanges entre les Etats, une certaine réticence expliquerait le non renvoi à la Commission.

Le peu de saisines de la Commission tiendrait aussi à la distance géographique et « psychologique » entre ses services et les auteurs (et victimes) de la pratique en cause, naturellement plus proches des autorités. Cet éloignement est supposé augmenter les coûts de procédure et surtout préjuger d'une moindre maîtrise des spécificités économiques locales.

Enfin, une autre explication vient de la difficulté de bien distinguer lors de l'ouverture de la procédure ce qui relève des règles de la concurrence au titre de l'article 88 du traité et ce qui entre dans le champ d'autres règles, par exemple de la concurrence déloyale ou de la réglementation des prix ressortissant à la compétence des autorités nationales.

DEUXIEME PARTIE : EXAMEN DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AU SENEGAL

INTRODUCTION

Le Sénégal pays d'Afrique de l'Ouest, l'un des huit pays membres de l'UEMOA, couvre un territoire de 196 200 kilomètres carrés. Devenu république le 15 novembre 1958, le Sénégal a accédé à l'indépendance le 20 août 1960.

Le Sénégal a une population de 10,9 millions d'habitants, principalement rurale (50, 2%), avec un PIB total de 4 561,2 mds FCFA, avec un PIB par habitant en 2005 de 763 USD, connaissant un fort taux de croissance de 6,1 en 2005, se situant au 157ème rang sur 177 selon l'indicateur de développement du PNUD.

Le Sénégal connaît un bon développement de ses activités tertiaires, 63, 6% de son PIB, bénéficiant de bonnes infrastructures de télécommunications appelant des investissements dans les téléservices, l'internet ainsi que par ailleurs un maintien à un bon niveau du tourisme.

Ses activités dans le secteur secondaire (21,7% du PIB) se fondent sur l'extraction et la transformation des phosphates (engrais), de l'arachide (huile et tourteaux pour le bétail), des produits de la mer ; les investissements dans l'immobilier et les grands travaux ont soutenu la production du ciment.

Enfin les activités du secteur primaire (14,7% du PIB) contribuent pour près de 2% de la croissance reposant sur l'agriculture (arachide et céréales, la pêche, en recul, et l'élevage de bétail).

D'emblée il convient de noter l'accélération en 1994 d'une politique de libéralisation entamée dans les années 1970, avec la Nouvelle Politique Industrielle (NPI).

Des réformes structurelles, réglementaires et institutionnelles importantes ont été initiées pour promouvoir une ouverture du marché

et une promotion des investissements et des exportations.

Deux éléments essentiels ont accompagné cette ouverture : une politique commerciale basée sur la libre concurrence et une réduction de l'intervention de l'Etat par une privatisation de sociétés publiques.

Ces politiques sont illustrées par un nouvel ordonnancement juridique mis en place pour accompagner les réformes. A une réglementation sur les prix et les infractions économiques (loi de 1965), qui s'inscrivait dans une mouvance dirigiste, en instaurant des régimes de prix administrés et/ou contrôlés s'est substituée une législation fondée sur une régulation par le marché plutôt que par l'Etat.

Ainsi la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique a consacré la liberté des prix et le marché comme notions centrales du dispositif. Elle institue notamment un organe de régulation des pratiques du marché, la Commission nationale de la concurrence.

Cette politique de déréglementation s'est aussi accompagnée d'un processus de privatisation du tissu industriel marqué par un retrait de l'Etat ou une ouverture du capital des sociétés publiques au secteur privé, ainsi qu'une démonopolisation rendant le marché plus concurrentiel. Ce processus entamé dans les années 1970 avec la Nouvelle Politique Industrielle a été accéléré à partir de 1985, sous l'impulsion du FMI, avec la loi n° 87-23 du 18 août 1987 sur les privatisations.

Le désengagement de l'Etat tient compte des objectifs financiers et des intérêts particuliers des usagers ou clients et se fait alternativement sous forme de regroupement

d'entreprises, de cession totale ou partielle d'actions ou de liquidation.

Dans cette perspective, une politique a été élaborée pour créer des organismes de gestion autonome avec un cahier des charges précis et la prise en compte de mission de service public ou d'intérêt général, pour concéder à un opérateur privé des infrastructures publiques ainsi exploitées par des partenaires privés, pour exercer une séparation entre la propriété et la gestion (eau) ou un transfert total de propriété (télécommunications).

L'ouverture du marché s'est aussi traduite par la mise en place d'un dispositif réglementaire fondé sur les dispositions de l'article 6 du GATT, visant à prémunir les entreprises locales contre les distorsions des multinationales étrangères afin de les protéger des pratiques de dumping ou de subvention susceptibles de porter un préjudice grave à la production nationale.

Le processus de libéralisation s'est aussi accompagné de mesures pour faciliter aussi bien l'accès que l'exercice des activités économiques, par exemple par la suppression des cartes de commerçant ou d'importateur/exportateur comme condition d'accès à une profession.

Au total, les principales conditions d'une économie modernisée se trouvent réunies ; c'est pourquoi, il est d'autant plus indispensable que l'instrument d'une politique de la concurrence soit effectivement en vigueur.

L'objet de la présente étude est de le vérifier, tant au regard des règles internes que de celles de l'UEMOA qui sont venues compléter et même largement remplacer les réglementations de la concurrence, s'agissant des dispositions qui ont trait aux pratiques d'ententes, d'abus de positions dominantes auxquelles s'ajoutent des règles relatives aux pratiques étatiques et aux aides.

I. CONTEXTE ET HISTORIQUE

Le Sénégal fait partie des premiers pays en développement, et de l'Afrique Sub-saharienne, qui ont été convaincus de la nécessité d'ouvrir d'avantage leur économie, d'accroître et de diversifier leur exportation, afin de retrouver la croissance⁹⁴.

Depuis le mois de janvier 1994, le Sénégal est dans une phase d'ajustement global de son économie qui se caractérise essentiellement par des réformes structurelles tendant à assainir et à libéraliser l'environnement des entreprises.

L'ouverture de l'économie sénégalaise s'est effectivement traduite par une politique économique libérale et structurellement par la réduction progressive du poids de l'Etat dans l'économie au profit du secteur privé .

Cette politique de réformes se heurte à des contraintes nécessitant un renforcement de l'application de la réglementation de la concurrence

A. UNE NOUVELLE POLITIQUE ECONOMIQUE

Un ensemble de mesures a été pris visant à renforcer les capacités de productions existantes pour permettre au PIB d'atteindre un taux de croissance moyen supérieur à la croissance démographique.

De 1980 à 1994

Dans les années 1980, les programmes de réformes économiques étaient axés essentiellement sur un ajustement interne de l'économie et visaient à restreindre la consommation intérieure par une politique budgétaire et monétaire restrictive dont le principal résultat a été la réduction des déficits intérieurs et extérieurs.

⁹⁴ cf. G. DAFPE, les limites de la politique commerciale, comme instrument des programmes d'ajustement structurel en Afrique Subsaharienne : le cas du Sénégal, UCAD, Dakar 1997.

- Au niveau institutionnel, les réformes prévues consistaient en la libération des marchés et des prix, le développement du secteur privé concurrentiel et l'encouragement aux investisseurs étrangers.

Ces mesures ont fait l'objet de programmes sectoriels dans l'agriculture et dans l'industrie sous les noms respectifs de NPA (Nouvelles Politique Agricole) et NPI (Nouvelle Politique Industrielle).

De ce fait, l'objectif de croissance du PIB devait reposer sur une relance à la fois de la production agricole et de la production industrielle: un environnement, beaucoup plus concurrentiel, conjugué à des mesures incitatives en matière de prix, était prévu pour être le cadre de réalisation de ces différents objectifs.

- La politique commerciale issue de la NPI

Mise au point en juillet 1986, avec comme but de mettre fin à la protection excessive dont a toujours bénéficié l'appareil industriel sénégalais au détriment des entreprises exportatrices, la NPI pouvait être considérée comme le volet de la politique commerciale de l'ajustement structurel.

Ses objectifs étaient delibéraliser les échanges intérieurs et extérieurs de manière à améliorer la compétitivité des entreprises industrielles et d'éliminer les distorsions sur le marché intérieur, de rationaliser les dispositifs des incitations industrielles afin de promouvoir les activités à haute valeur ajoutée et davantage tournées vers les marchés extérieurs et de libéraliser le marché du travail en introduisant plus de souplesse dans les procédures d'embauche et de licenciement et dans la détermination des salaires.

- Insuffisance de la politique commerciale de la NPI

Malgré l'utilisation de la libéralisation et de la déréglementation de l'économie comme instrument essentiel, la NPI n'a pu produire les effets attendus en raison de sa mise en

œuvre partielle ; la Banque Mondiale elle-même a constaté que, dans son application, la NPI s'est finalement réduite à la seule réforme tarifaire⁹⁵.

Selon le Gouvernement lui-même, cet échec tient à deux séries de causes.

En premier lieu, la situation macro financière, politique et sociale difficile du pays n'a pas permis l'application des mesures d'accompagnement qui devraient permettre aux entreprises d'absorber le choc de la libéralisation et d'opérer un certain nombre d'ajustements internes. Pour l'essentiel, il s'agissait de parvenir à la baisse des coûts non seulement des facteurs techniques (prix de l'énergie, du téléphone et du transport, prix des intrants protégés par des conventions spéciales: sucre, farine, ciment, pétrole), mais aussi du travail par une révision du code de travail et un nouveau mécanisme de fixation de salaire privilégiant le salaire de rendement.

En second lieu, la cause de l'échec de la NPI tient en un environnement institutionnel et réglementaire instable. Par exemple, le Code Général des Impôts était régulièrement modifié, installant les opérateurs économiques dans une absence totale de prévisibilité.

En conséquence de l'échec de la NPI, le taux de croissance du PIB est passé de 3,8% l'an entre 1979 et 1983 à 2,6% entre 1984 et 1988, puis à 1,7% en 1982 et 1992.

Ces résultats considérés comme médiocres, ont permis de mettre en cause les comportements de certains agents économiques dont l'Etat lui-même. Quelques exemples : les surplus dégagés par l'embellie du cours des phosphates et produits de l'arachide dans la même année 1970 ont surtout profité à la consommation et à l'extension du secteur public et parapublic.

Dans le secteur privé, la forte protection de l'industrie locale dans le cadre de la stratégie d'industrialisation par import

⁹⁵ Banque Mondiale 1992, Evaluation de la NPI

substitution n'a encouragé aucun effort spécifique d'amélioration de la productivité dans les entreprises ainsi placés à l'abri de la concurrence.

Dans le secteur public et parapublic, au fur et à mesure de son extension, la tendance a été de demander des transferts à l'Etat plutôt qu'à lui verser des dividendes ; ce qui a obligé l'Etat, pour faire face à ses engagements, de procéder de plus en plus à des emprunts internes mais surtout externes, en complément des ressources intérieures.

Par ailleurs, il faut ajouter à cela la forte propension des mesures des ménages sénégalais à consommer des produits importés et à ne pas épargner.

Il a résulté de la conjonction de ces comportements publics comme privés une insuffisance des investissements et une dégradation de la balance commerciale du pays.

En 1992-1993, la crise économique qui s'était accentuée avec la confirmation de la tendance au recul du produit intérieur par tête et l'accélération de la détérioration des finances publiques, va conduire le Gouvernement à l'adoption, en août 1993, d'un plan d'urgence de restauration de la capacité financière de l'Etat, afin de lui donner les moyens de jouer son rôle dans la relance de la croissance.

Malgré une prise de conscience collective quant à l'ampleur de la crise des finances publiques et l'urgence des changements à opérer dans la structure des engagements de l'Etat, ce plan d'urgence n'aurait pas eu d'effets directs sur la politique commerciale. C'est plutôt le plan de stratégie de développement à moyen terme de l'économie sénégalaise issue de la dévaluation du Franc CFA intervenue le 11 janvier 1994 qui est la base de la politique commerciale actuelle.

Depuis 1994

L'objectif fondamental visé par la nouvelle politique économique issue de la dévaluation tient essentiellement en deux volets : la promotion des exportations et la transformation du Sénégal en un espace attractif pour l'investissement privé direct.

La réalisation de cet objectif suppose les orientations stratégiques suivantes : l'assainissement des finances publiques, la poursuite d'une gestion rigoureuse de la monnaie et du crédit dans le cadre de l'UEMOA, la réduction du coût des facteurs de production, la rationalisation et l'allègement de la fiscalité sur les entreprises, un cadre administratif et juridique assoupli, l'élimination des entorses à la concurrence, la réduction des contraintes de financement sur les entreprises, la redynamisation des institutions d'appui à l'investissement.

Attirer l'investissement, c'est aussi permettre aux entreprises de se mouvoir dans un environnement transparent où les règles de la concurrence sont respectées. C'est ce qui explique que, depuis 1994, diverses mesures sont prises dans le but d'éliminer progressivement les entorses à la concurrence. Ces mesures concernent en particulier, les régimes exceptionnels et monopolistiques ainsi que les diverses autorisations préalables à l'exercice de certaines activités économiques, considérées comme autant d'éléments de distorsion aux règles de la concurrence.

Concrètement cela s'est traduit dans de nombreux textes datant essentiellement de 1994 et publiés à l'initiative du Gouvernement (Primature) dans un recueil intitulé « *Libéralisation de l'économie, les fondements et les instruments juridiques* ».

De ce recueil on peut retenir quelques textes significatifs relatifs :

- au renforcement de la concurrence : libéralisation des prix, prohibition des pratiques anticoncurrentielles (loi 94-63) ; abolition ou renégociation des accords

spéciaux qui protégeaient plusieurs entreprises privées et publiques (décrets n°95-78/n°95-99, Compagnie Sucrière Sénégalaise, SOCOCIM...),

- à la libéralisation des échanges: élimination des autorisations à priori d'importer ou d'exporter ainsi que des prix de référence à la douane (D. 31 octobre 1994 et 30 juin 1994) ; réduction des tarifs douaniers et simplification du barème des tarifs, liquidation du monopole sur les importations (Loi n° 95-04),

- à la réduction du coût des transports : libéralisation des transports maritimes (élimination du monopole de l'entreprise d'affrètement par la loi du 26 juin 1994).

B. UNE REDÉFINITION DU RÔLE DE L'ETAT ET DE L'INITIATIVE PRIVÉE

Dans les options stratégiques définies au lendemain de la dévaluation, la redéfinition du rôle de l'Etat occupe une place importante. L'Etat doit désormais jouer le rôle de gérant, de guide, de chef d'orchestre et laisser l'activité économique à l'initiative privée.

Ce n'est qu'en 1985, sous la menace du FMI de ne pas renouveler son aide que les autorités sénégalaises ont entrepris les premières privatisations : en 1993, le Gouvernement est parvenu à transférer au privé vingt quatre des trente six entreprises à privatiser et avait encaissé des recettes de l'ordre de 20 milliards CFA (= 68 millions de dollars US). Ces entreprises ne représentaient que 14,5% des participations de l'Etat.

Aujourd'hui le mouvement s'est accéléré et, depuis lors, plusieurs entreprises publiques à vocation industrielle et commerciales ont été privatisées ou sont en voie de l'être (Eau, Télécoms, Electricité), non d'ailleurs sans hésitation et difficulté comme l'atteste le cas de SENELEC, société de gestion de l'électricité qui a connu une première privatisation sur laquelle l'Etat (2000) est

revenu pour cause de privatisation mal adaptée ; un nouveau schéma de privatisation est prévu avec l'ouverture du capital aux privés, notamment nationaux.

Les méthodes de privatisation du Sénégal ont servi de référence pour certains pays dont la Côte d'Ivoire, le Cameroun, la Guinée qui sont des pays connaissant une concentration analogue de la propriété d'Etat et les difficultés économiques qui l'accompagnent.

Le processus de privatisation s'est déroulé en deux étapes.

Dans un premier temps correspondant à la phase préparatoire, avant de lancer le programme de privatisation, les pouvoirs publics ont élaboré toute une série de mesures préparatoires comprenant notamment: la définition des objectifs de la privatisation, la détermination, la détermination des secteurs à privatiser, la localisation des acheteurs potentiels, l'évaluation des entreprises à privatiser, les organisations des procédures de sélection des offres et la rédaction des conventions relatives au transfert de propriété.

Dans un second temps : correspondant à la phase d'exécution : une loi de promulgation le 18 août 1987 est venue définir les méthodes à utiliser par l'Etat pour transférer la propriété des entreprises publiques. Quatre moyens ont été utilisés :

- la création d'un organisme de gestion autonome qui, sur la base d'un cahier des charges et d'une formule de rémunération convenue, accepte de gérer les services pour le compte de l'Etat (AGETIP : service d'intérêt public, ANCAR ; agriculture),
- la concession à un opérateur privé : le contrat de concession s'applique aux infrastructures publiques dont l'exploitation est assurée par les opérateurs privés,
- la séparation de la propriété et des responsabilités de gestion : elle

correspond à la privatisation de la gestion, l'Etat étant toujours propriétaire et occupant le conseil d'administration (sociétés d'économie mixte),

- le transfert intégral des droits de propriété qui a l'avantage de procurer des recettes immédiates à l'Etat grâce à la cession de ses droits sociaux dans les sociétés où il était associé. Exemple: la privatisation des télécommunications.

Ces réformes sont confrontées à des difficultés tenant à la structure du marché et à l'encadrement de l'Etat.

En particulier, le désengagement de l'Etat ne s'est pas toujours traduit par un développement du secteur marchand formel mais aussi par le développement important du secteur informel.

Par ailleurs, malgré les progrès issus des réformes de 1994, les analyses continuent à souligner que l'économie sénégalaise est encore handicapée par une certaine opacité du système judiciaire, ainsi que de certains dispositifs administratifs (douane, impôt, finances malgré le guichet unique), l'ambiguïté des engagements du Gouvernement vis-à-vis des réformes (justement concernant la loi sur la concurrence insuffisamment appliquée et avec de surcroît des possibilités prévues dans le texte même de s'en affranchir : exemptions peu claires, sursis à exécuter en appel, fixation gouvernementale des prix (certes dans des circonstances exceptionnelles et strictement limitées dans le temps à l'instar du système français) la Commission fonctionnant au ralenti faute de budget.

II. CONDITIONS POUR UNE CONSOLIDATION D'UNE ECONOMIE DE MARCHE AU SENEGAL

A. ENVIRONNEMENT JURIDIQUE

Outre la loi spécifique sur la concurrence proprement dite, différents textes encadrant

les réformes économiques doivent être signalés.

1. Le Droit des affaires

A l'instar des autres pays de la zone franc, le Sénégal dispose depuis le 1er janvier 1998 d'une législation moderne applicable aux affaires et résultant de l'entrée en vigueur des actes uniformes adoptés dans le cadre du Traité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) signé le 17 octobre 1993 et entré en vigueur le 18 septembre 1995, avec comme Etats parties le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte-d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

Ce traité vise une amélioration de l'environnement juridique et judiciaire des entreprises des Etats-Membres. Ainsi, outre certains textes nationaux qui ne sont pas abrogés dans toutes leurs dispositions, les textes qui régissent désormais les affaires au Sénégal reposent sur les Actes Uniformes ci-après :

- l'Acte uniforme relatif au droit commercial général entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 ;
- l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 ;
- l'Acte uniforme relatif au droit des sûretés entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 ;
- l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution entré en vigueur le 10 juillet 1998 ;
- l'Acte Uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif entré en vigueur le 10 juillet 1998 ;
- l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ainsi que le règlement

d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, entrés en vigueur le 11 juin 1999 ;

- l'Acte uniforme relatif au droit comptable adopté en mars 2000 et entré en vigueur 1^{er} janvier 2001 pour les comptes personnels des entreprises, et le 1^{er} janvier 2002 pour les comptes consolidés et les comptes combinés ;

- l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route adopté le 22 mars 2003 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

En matière de comptabilité, les principaux référentiels comptables en vigueur au Sénégal relèvent du Plan Comptable bancaire de l'UEMOA pour les banques et établissements financiers (entré en vigueur le 1er janvier 1996), du Plan comptable du Code CIMA (livre 4) pour les compagnies et sociétés d'assurance, du Plan comptable OHADA pour les entreprises commerciales ou exerçant une activité économique au sein de l'espace OHADA. A la différence du SYSCOA dont le champ d'application se limite aux entités économiques exerçant dans la zone UEMOA, le Plan comptable OHADA s'applique non seulement à ces dernières, mais aussi à toutes celles exerçant dans l'espace OHADA.

L'acte uniforme OHADA portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises sises dans les Etats parties a été adopté par le Conseil des ministres de la justice et des finances de l'Organisation à l'occasion de sa réunion des 23 et 24 mars 2000 à Yaoundé au Cameroun et entré en vigueur, le 1^{er} janvier 2001 (1/1/2002 pour les comptes consolidés) .

Selon les nouvelles dispositions, l'organisation comptable mise en place dans l'entreprise doit satisfaire aux exigences de régularité et de sincérité pour assurer l'authenticité des écritures, de façon à ce que la comptabilité puisse servir à la fois d'instrument de mesure des droits et obligations des partenaires de l'entreprise, d'instrument de preuve, d'information des tiers et de gestion.

S'agissant de la propriété intellectuelle, Le Sénégal (comme le Bénin, cf infra) est l'un des 15 pays africains membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), créée par l'Accord de Bangui le 2 mars 1977, avec comme Etats Parties actuels, le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, le Mali, la Mauritanie, le Niger, la République centrafricaine, la République du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

Cet accord a institué un régime de protection juridique communautaire, les titres de protection délivrés dans un Etat membre de l'Union produisant automatiquement leurs effets dans chacun des autres Etats membres de l'OAPI. Ils portent sur les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les marques de produits et de services, les dessins et modèles industriels, les noms commerciaux, les appellations d'origine, et le droit d'auteur et les droits voisins.

L'Accord de Bangui (1977) a été révisé le 24 février 1999. En procédant à la révision, les Etats membres de l'OAPI ont voulu, "*rendre ses dispositions compatibles avec les exigences des traités internationaux en matière de propriété intellectuelle auxquels les Etats membres font partie, notamment l'Accord sur les ADPIC ; simplifier les procédures de délivrance des titres; élargir les objets dont la protection est requise; et combler certains vides juridiques*". Les durées de protection ont été modifiées afin d'atteindre une convergence avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

L'OAPI dispose dans chaque Etat membre d'une structure de liaison.

Les Etats membres de l'OAPI sont également signataires des principales conventions internationales relatives à la protection de la propriété intellectuelle, signées dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

Membres de l'OMC, le Sénégal et le Bénin sont parties à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Cet Accord prévoit des niveaux minimaux de protection des

droits de propriété intellectuelle que chaque gouvernement doit assurer, avec la mise en place d'un système quasi-juridictionnel de règlement des différends sur l'application et l'interprétation du traité.

La question la plus urgente dans les pays de l'UEMOA, comme le Sénégal ou le Bénin demeure le non-respect des marques de fabrique et les pratiques de concurrence déloyale générées par le commerce informel. S'ajoute à cette question celle de la protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels.

Ces actes uniformes doivent être complétés par de nouveaux. En effet, le Conseil des ministres de l'OHADA réuni les 22 et 23 mars 2001 à Bangui a décidé d'inclure dans le domaine du droit des affaires les matières suivantes :

- le droit de la concurrence ;
- le droit bancaire ;
- le droit de la propriété intellectuelle;
- le droit des sociétés civiles ;
- le droit des sociétés coopératives et mutualistes ;
- le droit des contrats ;
- le droit de la preuve.

S'agissant du droit de la concurrence, le projet a été renouvelé lors d'une réunion tenue à Lomé en mars 2007.

Parmi les institutions mises en place dans le cadre du traité de l'OHADA, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) joue un rôle essentiel. Elle connaît des pourvois contre les décisions des juridictions nationales rendues en dernier ressort et, en cas de cassation, juger au fond ; elle donne des avis sur l'interprétation et l'application communes du traité, du règlement et des actes uniformes ; elle intervient en matière d'arbitrage.

2. Les règles portant encadrement administratif de l'accès au commerce et de l'industrie

Pour faciliter tant l'accès que l'exercice des activités économiques plusieurs mesures ont été prises.

En premier lieu, l'autorisation préalable à l'exercice de certaines activités commerciales a été supprimée pour relancer les investissements et l'emploi en réduisant les formalités administratives requises en un strict minimum (loi 94-67 au 22 août 1994). En second lieu, un régime d'exercice des activités économiques a été instauré consacrant le principe du libre accès aux activités économiques ; à cet effet, la loi 94-69 du 22 août 1994 définit les activités économiques (article 1), institue leur libre exercice, conditionne l'autorisation préalable à la « sauvegarde de l'intérêt général » et précise la force juridique de la carte professionnelle (article 4).

Les dispositions de ce texte ont été invoquées en 2004 pour essayer de freiner le flux commercial chinois important dans le secteur de la distribution, de l'artisanat et de la confection.

A ce titre, il avait été préconisé un projet de décret portant application de l'article 2 de la loi n° 94-69, sous le prétexte d'une menace de l'intérêt général. En effet, il s'agissait de protéger et de limiter les risques de disparition de branches entières d'activités dans les secteurs ciblés. Aussi, l'article premier du projet de décret prévoyait l'institution d'une autorisation préalable, délivrée par le ministre chargé du commerce pour toute personne physique ou morale n'ayant pas la nationalité sénégalaise et non ressortissant d'un Etat de l'Union Africaine ou de la CEDEAO. Ce projet de décret a été finalement rapporté.

3. La réglementation sur la distribution

Au Sénégal, c'est d'abord le droit commun des obligations qui s'applique pour l'essentiel outre les règles relatives aux limites et interdictions posées à certaines pratiques des entreprises (entente, refus de vente etc.).

Il est noté que le Sénégal avait eu, avant la libéralisation, à prendre des dispositions

réglementaires pour encadrer certains secteurs de la distribution.

C'est le cas notamment de :

- la loi 67-50 du 29 novembre 1967 relative à la réglementation des activités économiques qui s'exerce sur la voie et dans les lieux publics et ce décret d'application ;
- la loi n°74-27 au 18 juillet 1974 autorisant la réglementation de la vente à tempérament de certains meubles corporels ;
- le décret n°70-1335 du 07 décembre 1970 réglementant les contrats d'exclusivité de vente ou d'achat;
- décret 77-1074 du 05 décembre 1977 portant déclaration des stocks de produits;
- décret 93-1030 du 06 septembre 1993 modifiant et complétant l'article 3 du décret n°89-1559 fixant les conditions de la déclaration préalable à l'exercice des professions artisanales, industrielles et commerciales;
- l'arrêté n°16546 du 14 décembre 1987 fixant la liste des produits pouvant être vendus directement aux consommateurs par les industriels.

La libéralisation des circuits de distribution entamée à partir de 1986 dans le cadre du plan d'action pour l'industrie, a été parachevée en 1994, avec l'abrogation de beaucoup de dispositions réglementaires appliquées au secteur de la distribution, donnant ainsi au producteur la latitude d'organiser des réseaux de distribution performants et d'assurer des prix concurrentiels.

Aujourd'hui, les problèmes liés au secteur de la distribution s'analysent en termes de fonctionnement du marché. Aussi, les grandes marques de produits s'organisent pour disposer de partenaires commerciaux sur place. D'où la multiplicité, depuis quelques années, des réseaux de distribution (sélective, exclusive, franchise).

Les dysfonctionnements liés au secteur de la distribution peuvent être appréhendés à deux niveaux : sur l'organisation du marché et sur les pratiques nouvelles.

a) sur l'organisation du marché : l'absence de politique d'urbanisme commerciale

Au Sénégal, le développement du secteur informel (60% des emplois, cf infra), ainsi que la responsabilisation accrue des collectivités locales dans la gestion des marchés, recommande une organisation de l'occupation de l'espace public.

L'objectif est de rationaliser l'exercice des activités économiques, en l'absence des zones d'activités spécifiquement réservées et surtout de dispositions réglementaires spécifiques sur l'équipement commercial. Il se pose des difficultés réelles liées à une concurrence déloyale entre secteur structuré et non structuré, une excroissance anarchique des marchés « de trottoirs » et des marchés « hebdomadaire ».

Cette politique d'organisation de la distribution est rendue de plus en plus nécessaire en raison de l'implantation grandissante des grandes marques et de l'irruption du commerce chinois qui pose un problème de concurrence déloyale aux commerçants locaux et d'implantation anarchique dans des zones non destinées en principe à ce type d'activité.

b) Des modes de distribution nouveaux

L'implantation des grandes entreprises dans des secteurs aussi variés que la distribution des grands produits, la restauration, le tourisme, les services de façon générale, s'est accompagnée de nouveaux modes distributifs.

La distribution exclusive se retrouve plus ou moins dans les dispositions du décret n° 70-1335 du 07 décembre 1970 réglementant les contrats d'exclusivité de vente ou d'achat. Aux termes de ce décret, pour qu'un tel accord restrictif de concurrence puisse être approuvé, il doit avoir pour but « d'amé-

liorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la spécialisation et la rationalisation des circuits de distribution ».

Il s'agit entre autre d'éviter que par le biais d'accords, les opérateurs économiques s'octroient des parts importantes de marchés, tout en s'affranchissant de la concurrence d'autres distributeurs. L'article du décret ajoute que les contrats d'exclusivité ne peuvent être approuvés que « s'ils ne sont pas déterminés par la seule volonté de limiter systématiquement la concurrence ... ». C'est dire que la clause d'exclusivité ne doit pas imposer aux distributeurs des restrictions de concurrence au-delà de ce qui est indispensable à l'atteinte de l'objectif de progrès économique.

Ces conditions d'approbation posées par le décret de 1970 peuvent être rapprochées de celles de l'article 26 de la loi 94-63 sur le refus de vente, ainsi que de l'article 3 du Règlement 02/2002/CM/UEMOA si la fixation du prix minimum de revente du produit concerné a révélé une consultation entre fournisseur et vendeur qui s'apparenterait à une entente (cf infra).

Dans le cadre de la distribution sélective, toute condition discriminatoire posée par le fournisseur pourrait être qualifiée de pratique anticoncurrentielle prévue par l'article 28 de la loi n° 94-63 (cf infra) qui pose le principe de l'interdiction « *à tout producteur, commerçant, industriel, isolé ou en groupe de pratiquer des conditions discriminatoires de vente qui ne sont pas justifiées par des différences de prix de revient de la fourniture ou du service* ».

A titre d'exemple, la loi n° 94-57 du 26 juin 1994 sur la santé publique, réserve la commercialisation des produits pharmaceutiques qu'aux seules officines de pharmacie. Or, l'alinéa 2 de l'article unique de cette loi, considère aussi comme médicaments les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle contenant une substance ayant

une action thérapeutique, qui sont aussi commercialisés sur le marché par le canal d'autres revendeurs.

Ce qui atteste que l'extension du monopole pharmaceutique à la parapharmacie, pourrait constituer une limitation de l'exercice à la libre concurrence. Ainsi au Sénégal, les revendeurs non pharmaciens qui passent commandes aux sociétés de distribution pharmaceutique (Laborex Sénégal, SODIPHARM), se verront opposer un refus de vente pour ces produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Il n'existe pas au Sénégal, de textes spécifiques sur la distribution sélective, mais le système juridique permet, au vu des dispositions nationales et communautaires (loi n°94-63 et règlement 02/2002) de prendre en charge ce type d'accord vertical de distribution.

Les organisateurs de réseaux sélectifs de distribution disposent de deux moyens pour se prémunir des distributeurs parallèles non agréés : l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon.

S'agissant de la concurrence déloyale, l'action se déroule sous l'empire de l'article 35 de la loi 94-63.

Pour la revente de produits par un revendeur non agréé s'approvisionnant auprès d'un distributeur non agréé, le caractère illicite de l'opération est acquis dès lors qu'il est établi que l'intermédiaire s'est procuré des produits en toute connaissance de cause. Cette action en concurrence déloyale est passible de saisine devant les tribunaux locaux. Il faut d'ailleurs souligner que les autorités nationales considèrent que lorsque le conditionnement des produits en cause mentionne que ces derniers doivent être commercialisés par des distributeurs agréés, non seulement l'acte de concurrence déloyale est constitué mais le délit de publicité mensongère l'est aussi.

Peut se poser également une question de propriété de marque. Les dispositions du

Code Pénal sénégalais s'appliquent en cas d'usage d'une marque par le distributeur agréé sans le consentement du propriétaire ; dans ce cadre, le délit est constitué par l'usage illicite⁹⁶.

Dans tous les cas de figure, le revendeur non agréé peut voir sa responsabilité délictuelle engagée si le caractère fautif de ses agissements est établi sans préjudice de la responsabilité contractuelle qui pèserait sur le distributeur agréé, auteur de la revente hors réseau.

Concernant le cas spécifique de l'action en contrefaçon, l'article 398 du Code Pénal sénégalais qualifie de contrefaçon « toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur ... ». Le commerce des marchandises contrefaites pose beaucoup de préjudices à l'économie nationale, nonobstant leur coût relativement accessible aux consommateurs. Il est réprimé suivant trois mécanismes.

- Sur la base de la loi n°66-48 du 27 mai 1966 relative au contrôle des produits alimentaires et à la répression des fraudes et des dispositions de la loi n°94-63 du 22 août 1994. Ce délit n'étant pas expressément prévu par la législation économique, les services de la Direction du Commerce Intérieur le requalifie en tromperie sur la qualité ou sur l'origine, vente de produits falsifiés, pratiques prévues par les articles 10, 12 et 13 de la loi n°66-48. De même, les dispositions des articles 34 et 35 de la loi n°94-63 peuvent aussi être invoquées pour requalifier ces pratiques en infraction aux règles de

⁹⁶ ce qui est différent de la France où la jurisprudence assise sur la théorie communautaire de l'épuisement du droit (à l'usage exclusif de marque dès la première mise sur le marché), consacre la constitution du délit si et seulement si la marque a été contrefaite et non du seul fait de la commercialisation du produit en violation de la sélectivité du mode de distribution.

publicité des prix ou fausse publication d'informations (97).

- L'action civile constitue présentement le recours le plus répandu. Ainsi au Sénégal, des procédures sont aménagées sur la base de l'accord de Bangui révisé en 1999, ainsi que de l'article 42 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC). Cependant, les titulaires de droit ont souvent des difficultés pour obtenir et conserver les éléments de preuve de l'existence d'une contrefaçon.
- L'action pénale: la responsabilité des contrefacteurs peut dans ce cadre être engagée soit au titre des dispositions générales du droit pénal, en cas d'intention frauduleuse, soit au titre de la législation sur les marques ou les droits d'auteur. D'ailleurs, l'article 61 de l'accord sur les ADPIC prévoit « des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marques de fabrique ou de commerce ou de pirate portant atteinte en droit d'auteur commis à une échelle commerciale ». Ainsi au Sénégal, la contrefaçon dans certains de ses aspects est sanctionnée par le Code

⁹⁷ Des résultats assez probants ont été enregistrés par les services du Ministère, dans le cadre de cette lutte comme en atteste la destruction de 80 tonnes de produits retirés de la distribution durant l'année 2004 (chewing-gum, pattes dentifrice, savons pharmapur, piles électriques, rasoirs, spirales pour moustique etc.). En outre, la refonte de la loi n° 94-63 envisagée, prend en compte la nécessité d'intégrer ce délit dans le dispositif réglementaire et économique, pour permettre à l'administration d'agir directement en cas de délit relatif au droit de propriété intellectuelle.

Il reste qu'il serait opportun de promouvoir un texte spécial et d'ordre public sur la concurrence déloyale, habilitant les administrations à connaître d'office des affaires de contrefaçon pour alléger la lourdeur des procédures judiciaires.

Pénal, notamment en ses articles 397 à 400.

Toutefois, selon le ministère, les sanctions prévues ne sont pas assez dissuasives et les peines d'emprisonnement souvent non appliquées du fait de la difficulté d'établir le « caractère habituel du délit » exigé par l'article 379 du Code Pénal.

La franchise : le concept gagne de plus en plus de terrain avec un paysage commercial qui est en train de se redessiner, même s'il est difficile encore d'identifier les franchises parce qu'aucune formalité particulière ne la distingue des autres commerces (pas d'enregistrement spécifique au Registre du Commerce). C'est depuis trois à cinq ans que ce mode moderne de distribution est apparu au Sénégal, notamment dans les secteurs des biens de consommation, du tourisme, du prêt-à-porter, des services en général. Cependant, il n'existe pas encore de cadre législatif ou réglementaire spécifique à la franchise. En réalité les parties doivent se baser sur le droit commun pour établir un contrat de franchise.

Certaines clauses sont surveillées : les clauses de prix imposés, les clauses de localisation avec la nécessité de veiller à ce qu'elles n'entraînent pas un partage de marché, la clause d'achat exclusif, les clauses d'exclusivité territoriale ne sauraient être absolues au risque d'entraîner un partage du marché et de contrevenir aux dispositions de l'article 3 du règlement 02/2002.

Par ailleurs, la distribution par Internet qui connaît au Sénégal un développement important, en l'absence de toutes dispositions réglementaires spécifiques au commerce électronique, doit être surveillée notamment au regard des règles sur les contrats à distance.

La validité de telles clauses s'apprécie aussi au regard des dispositions du règlement 02/2002/CM/UEMOA et de la loi n° 94-63.

exemple dans le secteur de la distribution des produits pétroliers, dans lequel une clause liant le concessionnaire d'une station service à une société de distribution imposait la restitution des cuves en valeur en fixant d'autorité, un montant disproportionné par rapport à sa valeur réelle.

4. La concurrence déloyale.

Le droit sénégalais protège la concurrence pour qu'elle soit loyale et qu'elle soit libre : loyauté et liberté sont les maîtres mots de la réglementation de la concurrence.

La recherche de concurrence entre les entreprises est non seulement souhaitée par les pouvoirs publics⁹⁸ mais aussi par les chefs d'entreprises eux-mêmes⁹⁹. En conséquence, le chef d'entreprise qui fait preuve d'habileté et d'ingéniosité pour attirer la clientèle des autres ne sera point sanctionné car le dommage qu'il fait subir à ses concurrents sera tout à fait licite.

Ce n'est que si la concurrence est déloyale que les autres entreprises peuvent se plaindre et tenter l'action en concurrence déloyale en vue de la réparation de leur préjudice. Le succès de ce genre d'action suppose la réunion des conditions de la responsabilité civile : faute, préjudice et lieu de causalité entre la faute et le préjudice (art. 118 COCC équivalent de l'art. 1382 C.civ. français).

Pour cette raison, l'action en concurrence déloyale a toujours été rattachée à la théorie générale de la responsabilité civile.

Mais aujourd'hui, il s'agit moins de réparer un dommage que de protéger un droit : le droit de l'opérateur économique sur ses éléments attractifs de clientèle. Il convient

⁹⁸ (Document de Stratégie Economique 1994-2000, Ministère de l'Economie, des Finances et du Plan, Dakar 1994)

⁹⁹ (V. les opinions du patronat à propos de la concurrence dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (Walfadjri 6 et 7 mai 1988).

de rappeler les principaux cas de concurrence déloyale et leurs sanctions.

a). les cas de concurrence déloyale

On peut retenir différents procédés que l'on regroupe généralement sous les trois situations ci-après.

- Le dénigrement : qui consiste à jeter le discrédit sur un concurrent ou sur ses produits en les critiquant dans l'intention de nuire. La seule preuve de la réalité des faits justifiant les critiques ne suffit pas à exonérer l'auteur du dénigrement, les juges prennent aussi en compte l'intention de malveillance.

Ainsi, un commerçant qui affirme que les produits d'un concurrent n'apportent que des mécomptes à leur utilisateur, a été jugé coupable de concurrence déloyale.

Le dénigrement pose le problème de la publicité comparative qui formellement interdite par la loi n°83-20 du 28 janvier 1983 dont l'art. 9 proscriit « *toute référence qui puisse déconsidérer une entreprise ou un autre produit* ».

- La confusion: elle consiste à profiter de la bonne renommée d'un commerçant en faisant croire qu'il s'agit de la même entreprise. Elle peut porter sur les produits, sur le nom commercial, sur la marque, sur la disposition des locaux.... etc.

La confusion doit être distinguée de la concurrence parasitaire par laquelle l'entreprise parasite essaie effectivement de créer la confusion mais ne s'adresse pas à la même clientèle¹⁰⁰.

- La désorganisation : qui consiste à déstabiliser une entreprise rivale par différents moyens notamment :

- l'espionnage industriel ;
- le débauchage de personnel en vue de détourner la clientèle ;
- le détournement de commandes ...etc.

Les auteurs ont pu dégager de la jurisprudence les constatations suivantes :

L'action en concurrence déloyale suppose une faute ; cette faute consiste dans la

¹⁰⁰ Affaires hôtels Ritz et literie Ritz – Piles Mazda et Automobile Mazda

violation non pas d'une norme légale mais d'un usage professionnel. Enfin, la faute n'a pas besoin d'avoir un caractère intentionnel bien que les juges prennent en considération cette intention pour condamner à des dommages et intérêts plus élevés.

b). les sanctions

L'action en concurrence déloyale débouche sur les trois sanctions civiles suivantes qui peuvent être cumulées :

- l'octroi de dommages et intérêts qui sont difficiles à évaluer, mais cela n'empêche pas le juge de prononcer une condamnation qui peut prendre un caractère symbolique
- les mesures propres à faire cesser la concurrence déloyale, par exemple, la modification du nom, des lieux, interdiction d'une publicité...
- les mesures de publicité : les juges ordonnent souvent la publication par voie de presse de la décision intervenue aux frais de l'auteur de la concurrence déloyale.

Par ailleurs, la concurrence déloyale, dans la mesure où elle empêche le principe de la libre concurrence, est visée par la loi n° 94-63.

5. **La réglementation des marchés publics**

a). une réforme nécessaire

Le Sénégal dispose d'un Nouveau Code de passation des marchés publics, instauré par le décret n°2002-550, publié en juillet 2002.

Ce nouveau Code des marchés publics s'avérait d'autant plus utile pour juguler les dysfonctionnements et en particulier la corruption¹⁰¹ ; plusieurs formes d'abus s'étaient en effet généralisées.

¹⁰¹ l'Indice de Perception de la Corruption, publié chaque année par l'organisation Transparency International (TI), place régulièrement le Sénégal à un rang médiocre (66ème position sur 102 pays, en août 2002, avec un score de 3,1 – l'indice va de 1 à 10, où 10 est la meilleure note).

D'autres rapports avaient relevé l'existence de corruption dans le pays : le rapport 2001 du PNUD sur la « Bonne gouvernance et le développement humain », mais surtout

- Un gré à gré trop systématique par entente directe encouragé par une interprétation erronée de la réglementation (texte de 1982)¹⁰²,
- La commande directe : ce procédé ne donne pas lieu à la conclusion d'un contrat écrit, mais se traduit par une lettre portant autorisation de passer des commandes auprès d'un ou plusieurs fournisseurs.
- Les régimes dérogatoires : l'exemple principal est celui du décret n° 97-632 du 18 juin 1997 portant sur le PCRPE (Projet de Construction et de Réhabilitation du Patrimoine bâti de l'Etat). Lié à des urgences de financement politique, ce décret autorise la procédure de l'entente directe jusqu'au montant de 100 millions de FCFA pour les études et les fournitures, et jusqu'à 150 millions pour les travaux neufs.
- Il était par ailleurs courant pour le donneur d'ordre (maître d'ouvrage ou maître d'œuvre) d'orienter le choix du cocontractant à travers une multiplicité de stratégies: exclusion préalable de soumissionnaires potentiels par limitation de la publicité lors du lancement du marché, dossiers d'appel d'offres taillés sur

« la corruption au quotidien en Afrique de l'Ouest » (concernant le Sénégal, le Niger et le Bénin), financée par l'UE et la Direction du Développement et de la Coopération Suisse, ainsi que l'IPC 2002 conjugué au rapport annuel du Forum Civil, branche sénégalaise de TI.

¹⁰² Le marché de gré à gré était considéré comme praticable jusqu'à 10 millions de FCFA, alors que le texte n'ouvrait cette possibilité que sous réserve que soit réunie au moins l'une des conditions suivantes : un seul fournisseur, aucune offre présentée après deux appels d'offres, (de plus, dans certains domaines stratégiques comme la défense nationale, l'administration est tenue de choisir directement son cocontractant). Par ailleurs, le fait que la CNCA (Commission Nationale des Contrats de l'Administration) était l'autorité compétente en matière d'autorisation du gré à gré a été interprété comme conférant à la CNCA, le pouvoir d'autoriser des marchés en dehors de toutes conditions, sur la base d'une requête des ministères simplement motivée par l'urgence.

mesure, réduction du temps de réponse autorisé aux soumissionnaires potentiels, montants d'acquisition des dossiers d'appel d'offre (DAO) très élevés, rupture fictive du stock de formulaire DAO...

- Les pouvoirs discrétionnaires des commissions de marchés, les membres de ces commissions restant en place pour de longues périodes, favorisant la complicité entre eux et le secteur privé.
- Répartition des marchés entre entreprises et tour de rôle (« Tontine des marchés »).

b). le nouveau code

En 2000, un Code de transparence relatif à la gestion des finances publiques et un projet de réforme des marchés publics ont été adoptés au Conseil des Ministres de l'UEMOA cependant jusqu'à présent restés lettre morte.

Le nouveau Code des marchés publics adopté introduit des changements notables, en vue d'alléger les procédures et surtout, de mettre en œuvre une plus grande transparence dans les processus de passation.

La première innovation du nouveau Code réside dans le fait qu'il concerne un plus grand nombre d'entités publiques : désormais, les marchés des sociétés nationales et des sociétés anonymes à participation publique majoritaire seront réglementés par le nouveau Code, au même titre que ceux de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics.

Deux autres innovations importantes concernent d'une part, l'apparition de l'appel d'offre en deux étapes et d'autre part, l'adjudication limitée à deux variantes : l'adjudication ouverte et l'adjudication restreinte.

Si les délais réglementaires de soumission ont été allongés, en revanche la durée totale

de la procédure normale, depuis la publicité jusqu'à l'approbation, a été contenue dans une limite de trois mois.

Quant aux seuils de passation, ils ont été revus à la hausse, pour tenir compte de l'inflation et l'échelle des montants en vigueur pour les approbations de marchés, a été réaménagée.

Si le nouveau texte sur les marchés publics apporte peu de nouveautés quant à la procédure d'appel d'offres¹⁰³, il insiste davantage sur deux principes : la concurrence et la publicité.

Lorsque l'appel d'offres est lancé, il doit concerner au moins trois fournisseurs pour instaurer une concurrence saine. Chacun dispose de la même information à travers un même cahier des charges. La publicité se fait en principe par écrit : dans le journal de la Chambre de Commerce (distribué gratuitement) et dans les quotidiens.

¹⁰³ Les modalités des modes de passation :

- soit avec appel d'offre ouvert,
- soit avec appel restreint mais sous conditions spécifiques, lorsque les travaux ou services ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs (avec un avis préalable de la Commission nationale des contrats de l'administration), ou lorsque le montant prévisionnel du marché est inférieur à 50 millions FCFA
- soit ouvert, précédé d'une présélection pour des travaux importants ou complexes ou de fournitures sur commande ou de services spécialisés
- soit avec concours : lorsque des motifs d'ordre technique, esthétique ou financier justifient des recherches particulières
- soit par adjudication pour des fournitures ou des travaux d'un type courant, qui peuvent être soumis à une large concurrence et dont le cahier des charges technique est suffisamment précis pour que le prix suffise à départager les offres
- soit de gré à gré ou entente directe lorsqu'il n'existe qu'un fournisseur ou entrepreneur pour le marché, le marché est restreint par l'existence de brevets d'invention, les travaux, fournitures ou services sont déjà fait l'objet de deux appels d'offres ou adjudications ayant échoué, le marché est du domaine de la recherche-développement, le marché relève d'une situation d'extrême urgence, le marché est considéré comme secret ou relevant de la sécurité nationale.

Les délais réglementaires de soumission ont été allongés pour favoriser une multiplication des offres et encourager une concurrence plus large (20 à 30 jours pour la procédure normale, et 10 à 15 jours pour la procédure d'urgence). L'ouverture des plis s'effectue le même jour en séance publique.

Le texte autorise la « référence nationale » mais dans des limites.

En principe, ne doivent pas être prévues de clauses de préférence nationale mais le ministre concerné par l'appel d'offre peut néanmoins, s'il l'estime nécessaire, décider d'appliquer un régime préférentiel à titre dérogatoire, et accorde sa préférence aux entreprises de droit sénégalais¹⁰⁴ ou aux fournisseurs de produits d'origine ou de fabrication sénégalaise, dans la mesure où leurs offres ne sont pas supérieures de plus de 10% à celle du moins disant.

En pratique, ce régime serait rarement appliqué, car dans certains secteurs comme le BTP, les entreprises étrangères disposent de filiales locales de droit sénégalais, ou bien le marché porte sur des biens et services qui ne sont pas produits sur place. Paradoxalement, ce sont parfois les bailleurs de fonds (Banque Mondiale notamment) qui imposent dans les cahiers des charges, au nom de l'appui au développement du secteur privé local, une préférence nationale fondée des critères de nationalité d'actionariat discriminatoires pour les filiales étrangères de droit sénégalais, alors qu'en termes de valeur ajoutée locale et d'emploi celles-ci offrent la plupart du temps, une contribution plus forte ou au moins égale à l'économie locale que les entreprises détenues par des actionnaires locaux.

¹⁰⁴ Une entreprise de droit sénégalais est une personne morale, dont le siège social se trouve au Sénégal et dont le statut respecte les conditions prévues par l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés de l'OHADA. A ne pas confondre avec le concept d'entreprise sénégalaise, basé sur des critères de nationalité, tant au niveau de l'actionariat que du personnel. Avec l'apparition du droit OHADA, le concept de nationalité tombe en désuétude.

Un contrôle des marchés est confié à la Commission Nationale des Contrats de l'Administration (CNCA). Par ailleurs, il est créé une mission de contrôle interne au sein de chaque département ministériel, collectivité locale, établissement public et société publique, chargée de veiller à la bonne application des dispositions légales et réglementaires.

Le règlement du contentieux s'opère à l'amiable (?) ou par recours juridictionnel (compétence des tribunaux régionaux). En application des dispositions de l'OHADA, la passation, l'exécution et l'interprétation des marchés publics peuvent aussi être soumis à l'arbitrage.

c). Mise en œuvre effective

Dans les faits, si le nouveau Code des marchés publics est entré en vigueur depuis juillet 2002, ses décrets d'application ne sont pas encore pris et le Code n'est pas opérationnel.

Ce constat a été fait, non seulement, par la société civile mais également par les autorités, en partenariat avec la Banque Mondiale.

Les dysfonctionnements recensés dans les pratiques et procédures, concernant le support juridique, les étapes de la passation, les intervenants et l'objectif de transparence risquent donc de perdurer. En particulier, deux risques peuvent être signalés.

Le cadre juridique: on note que certaines dispositions du nouveau Code sont contraires au Code des obligations de l'administration de 1965. Plus encore, l'article 264 du nouveau Code abroge les régimes dérogatoires, or cette disposition n'est toujours pas effective.

Les organes de contrôle : pour permettre un contrôle efficace des passations, des commissions internes, des commissions régionales, etc. ont été créées aux côtés de la CNCA. Pourtant, plus de six mois après, les arrêtés de création ne sont plus encore pris.

6. Les mécanismes d'encouragement des investissements

Le Sénégal a mis en place un arsenal de mesures législatives et réglementaires (« Code des Investissements ») dont l'objectif est de promouvoir l'investissement privé.

Des facilités sont données aux opérateurs bénéficiant du régime d'entreprises franches d'exportation (régime auquel sont éligibles les entreprises du secteur industriel et agricole réalisant au moins 80% de leur chiffre d'affaires à l'exportation ; elles sont complétées par l'octroi d'un taux préférentiel pour l'impôt sur les sociétés, en sus des exonérations fiscales et douanières.

Ce dispositif s'appuie notamment sur les Chambres de Commerce, d'Industrie et d'Agriculture, l'Agence de Promotion des Investissements et des Grands Travaux, l'Agence de Développement et d'Encadrement des Petites et Moyennes Entreprises, la Société Nationale d'Etudes et de Promotion Industrielle (SONEPI) ainsi que l'Agence Nationale chargée de la Promotion de l'Investissement et des Grands Travaux (APIX)

Par ailleurs, dans le même objectif, est créée la zone franche industrielle de Dakar, structure qui met à la disposition des entreprises agréées des terrains aménagés sous forme de bail emphytéotique.

Le Code des investissements présente les dominantes ci-après.

- Un large domaine d'application :
 - agriculture, pêche et élevage, activités connexes de transformation, de stockage et de conditionnement de produits d'origine végétale, animale ou halieutique ;
 - activités manufacturières de production ou de transformation ;

- recherche, extraction ou transformation de substances minières ;
- tourisme et activités connexes au tourisme ;
- industrie culturelle exercée par une PME (production de livres, de journaux) et centre de documentation et de production audiovisuelles ;
- services exercés dans le sous-secteur de la santé, de l'éducation, du montage et de la maintenance d'équipements industriels ;
- travaux d'infrastructures portuaires.

- Des critères souples pour les conditions d'accès

L'investissement doit être d'au moins 5 millions de FCFA et le nombre d'emplois créés au moins égal à trois. L'investissement doit être financé sur fonds propres à hauteur d'au moins 20% (investissements compris entre 5 et 200 millions) et 30% (au-delà de 200 millions).

- Des formalités et procédures simplifiées

Les demandes d'agrément sont examinées dans un délai maximum de 10 jours et toutes les formalités administratives de création et d'extension (autorisation d'exercer, identification fiscale, immatriculation aux

organismes sociaux, etc.) sont prises en charge par le Guichet Unique de l'APIX dans un délai de vingt (20) jours.

- Des avantages en matières sociale, fiscale et douanière

En plus des garanties « classiques » offertes aux investissements : liberté de transfert des capitaux et des revenus et égalité de traitement (non discrimination entre nationaux et étrangers face à l'administration et pour l'accès au droit de propriété), des avantages sont accordés aussi bien à l'investissement qu'à l'exploitation. En outre, des avantages spécifiques complémentaires sont prévus pour les PME, valorisant les ressources locales et développant l'innovation technologique.

- Durée et zones d'implantation

La durée de validité des avantages liés à l'exploitation varie de cinq à douze ans en fonction de la zone d'implantation. Les avantages sont dégressifs sur les trois dernières années de l'agrément.

Des dispositions de droit commun complètent celles du Code des Investissements (incorporées dans les codes des Impôts, des Douanes, Minier, de l'Environnement, Forestier et de la Réglementation du Travail).

L'Agence Nationale chargée de la Promotion de l'Investissement et des Grands Travaux (APIX)

Cette agence créée en juillet 2000 a un rôle particulier dans cette perspective d'aide aux entreprises installées au Sénégal.

Ses missions :

- l'amélioration de l'environnement des affaires au Sénégal ;
- la recherche et l'identification d'investisseurs nationaux et étrangers ;
- la promotion du Sénégal comme destination privilégiée pour l'Investissement Direct Etranger en Afrique de l'Ouest ;
- le suivi des contacts avec les investisseurs ;
- le suivi et l'évaluation des projets d'investissements au Sénégal ;
- la réalisation des grands projets d'infrastructures du Chef de l'Etat selon le modèle BT, BOT, BOOT, etc.

Les services offerts

- l'accueil et l'accompagnement des investisseurs au Sénégal à toutes les étapes de l'investissement ;

- la mise à disposition permanente d'informations économiques, commerciales et technologiques sur les principaux secteurs d'activités ;
- l'assistance à l'investisseur pour les formalités d'immatriculation des entreprises et l'obtention des diverses autorisations administratives (accès à la terre, permis de construire, licences, etc.) ;
- l'appui dans la recherche de financement et/ou de partenariat.

Sa création, traduit la forte volonté politique des nouvelles autorités sénégalaises, de développer les investissements privés aussi bien dans les secteurs productifs que dans les infrastructures d'appui à la production. L'originalité et la spécificité de l'APIX, c'est l'intégration entre les Grands Travaux et la Promotion de l'Investissement.

Une équipe multilingue est présente aux côtés des investisseurs à toutes les phases indispensables à la mise en œuvre des projets d'investissement :

- instruction des demandes d'agrément au Code des Investissements et à l'Entreprise Franche d'exportation ;
- assistance aux investisseurs dans la résolution de problèmes tels que l'obtention des différents permis et autorisations (permis de construire, licences, etc.), la facilitation et conciliation dans les contentieux avec l'administration,
- l'appui dans la recherche de financements, réalisation des études pour l'amélioration de l'environnement des affaires ;
- gestion du Centre de Formalités des Entreprises.

Un Guichet Unique modernisé assure une meilleure prise en charge des projets d'investissements, Un programme d'Action est en cours pour la mise en place d'une démarche qualité au niveau du Guichet Unique de l'APIX et pour une certification ISO 9002.

Afin d'améliorer l'environnement des affaires, et en collaboration avec les administrations publiques, l'APIX a pris en charge plusieurs dossiers :

- la restructuration du dispositif d'Appui au Secteur Privé ;
- la simplification des Procédures administratives ;
- l'élaboration d'une loi d'orientation sur l'investissement ;
- la refonte des textes relatifs à l'environnement des affaires.

B. ASPECTS ÉCONOMIQUES – LES MESURES DE LIBÉRALISATION DANS CERTAINS SECTEURS

1. Le secteur des hydrocarbures

Le Sénégal a adopté en 1998 une loi n° 98-31 du 14 avril 1998 consacrant la libéralisation des activités dans ce secteur.

a) Situation du secteur avant libéralisation

L'approvisionnement et la distribution étaient placés sous le monopole de la Société Africaine de Raffinage (SAR), détenue par quatre sociétés pétrolières (ELF, Mobil, Total, Shell), regroupées dans un

« groupement des producteurs pétroliers » (GPP).

Le stockage et le transport étaient également assurés par le cartel des membres de la SAR, ceci étant justifié par la spécificité des produits concernés et les normes de sécurité.

b) La réforme intervenue

Elle s'inscrit dans la politique de développement du secteur de l'énergie (LPDSE) adoptée en 1997, consacrant des principes tels que la concurrence, l'autorisation de fusion, de cession partielle de parts d'actifs. La loi d'avril 1998 consacre ainsi des principes nouveaux :

- le remplacement du régime de prix administré par un régime de prix plafond
- l'alignement du prix d'approvisionnement des produits pétroliers sur la référence dite « de parité à l'importation »
- le droit d'accès des nouveaux opérateurs aux dépôts pétroliers existants
- la fin du monopole de la SAR pour l'importation
- l'ouverture du segment « transport ».

Une analyse du fonctionnement de ce secteur montre que les objectifs de la loi ne sont que partiellement atteints :

- un seul véritable opérateur nouveau, en l'occurrence la société Elton ;
- les modalités d'approvisionnement à la « parité importation » restent favorables à la SAR, dont la situation de monopole de fait semble perdurer ;
- des barrières à l'entrée de nouveaux opérateurs dans le marché des lubrifiants persistent et constituent un obstacle réel ;
- en outre, les modes de calcul de la parité à l'importation font que l'économie du Sénégal supporte tous les désavantages d'un monopole d'approvisionnement pétrolier sans disposer des avantages liés à une économie d'échelle et à la prévisibilité des opérations du monopole.

2. Le secteur des télécommunications

Au Sénégal, l'Etat a toujours exercé un contrôle sur le secteur des télécommunications du fait entre autres d'impératifs sécuritaires. Une réforme a été entreprise en plusieurs étapes.

La loi 96-03 du 22 février 1996 portant code des télécommunications a d'abord posé les bases d'une libéralisation du secteur avec la privatisation de la Sonatel, opérateur historique, l'ouverture du capital à France Télécom comme partenaire stratégique et la signature avec l'Etat d'une convention de

concession dotée d'un cahier des charges et d'un plan de développement du réseau.

Puis, le secteur de la téléphonie mobile est ouvert à la concurrence avec l'attribution le 03 juillet 1998 d'une licence GSM à la société SENTEL par voie d'appel d'offre international.

Cette libéralisation est enfin consacrée par l'adoption d'un nouveau code des télécommunications (loi n° 2001-15 du 27 décembre 2001) qui fixe les règles de fonctionnement du secteur, les régimes juridiques applicables et crée un organe de régulation du secteur.

Le nouveau code des télécommunications introduit les principales innovations suivantes :

a). une meilleure cohérence des principes de base devant désormais régir les activités de télécommunication :

- transparence,
- concurrence saine et loyale,
- traitement des usagers,
- respect du secret des correspondances,
- respect des conditions d'un réseau ouvert,
- contribution des opérateurs aux missions et charges de développement du service universel des télécommunications,
- obligation d'interconnexion des réseaux.

b). une meilleure cohérence des régimes juridiques applicables aux réseaux, services et équipements de télécommunications :

- la liberté pour les réseaux internes et les installations radioélectriques exclusivement composées d'appareils de faible puissance et de faible portée ;
- la licence pour l'établissement et/ou l'exploitation de tout réseau de télécommunications ouvert au public ;

- l'autorisation pour l'établissement et l'exploitation de réseaux indépendants ;
- l'agrément pour les installations radioélectriques, les équipements terminaux, les laboratoires d'essais et mesures des équipements de télécommunication ainsi que les installateurs d'équipements radio-électriques ;
- la déclaration pour la fourniture des services à valeur ajoutée.

c). la mise en place d'un organe indépendant de régulation dénommé Agence de Régulation des Télécommunications (ART) chargé, sous l'autorité directe du Président de la République, de garantir l'exercice d'une concurrence saine et loyale, au bénéfice des consommateurs, des opérateurs du secteur et, en général, de l'économie nationale.

L'ART dispose du produit de toutes les redevances qu'elle perçoit au titre de l'utilisation des ressources rares ou de l'octroi d'autorisations ou agréments et d'autres recettes annexes, d'une part, et d'autre part, d'un pourcentage sur le produit des licences.

3. Le secteur de l'électricité

L'Etat du Sénégal a mis en place à partir de 1998, un programme de réforme du secteur de l'électricité avec notamment, la loi n° 98-29 du 14 avril 1998.

Cette réforme visait surtout à attirer des investissements privés importants et à introduire à terme la concurrence dans le secteur. A ce titre, la loi introduit trois innovations majeures:

- une refonte de la structure de l'industrie électrique ;
- l'institution d'un système de licence et de constitution ;
- la mise en place d'un organe de régulation.

Sur les trois catégories d'activités, production, transport, distribution, l'objectif est à l'ouverture de l'accès malgré le maintien de la place prépondérante de la SENELEC.

- Production : elle est relativement ouverte à la concurrence avec la présence de privés, par voie d'appel d'offres mais la SENELEC a la qualité d'acheteur unique, c'est-à-dire seule habilitée à acheter de l'énergie aux producteurs indépendants.
- Transport : le réseau électrique constitue un monopole naturel. Il est le support des activités de transport qui doivent par conséquent être régulées dans le sens de l'efficacité économique et pour assurer aux consommateurs la fourniture de l'énergie électrique dans de bonnes conditions de qualité. La SENELEC a l'exclusivité du transport de l'énergie électrique sur l'ensemble du pays à l'exception des lignes d'interconnexions internationales. Un contrat de concession et un cahier des charges liant l'Etat à la SENELEC fixent les règles d'accès des opérateurs et le rôle de la SENELEC dans la réalisation du service public, ses relations avec les consommateurs ainsi que les échanges d'énergie entre les différentes régions du pays et l'alimentation des grandes entreprises industrielles.
- Distribution : SENELEC a l'exclusivité de la distribution de l'énergie dans un périmètre géographique constitué par l'ensemble des localités électrifiées ou en cours d'électrification, à la date d'entrée en vigueur de son contrat de concession, ainsi que les localités que le cahier des charges lui imposent d'électrifier.

A terme, il est prévu une libéralisation du marché des gros clients, ainsi que du

transport moyennant paiement d'un tarif d'accès au réseau par les indépendants.

Au plan institutionnel, la réforme a conduit à la création d'une Commission de Régulation du Secteur de l'Electricité (cf ci-après partie IV B),

4. Le secteur agricole

Le Sénégal est le premier pays d'Afrique de l'Ouest à s'engager avec les institutions de Bretton Woods dans les politiques d'ajustement structurel. Dès 1978, la crise de l'économie sénégalaise, en particulier de l'économie agricole, et ses conséquences sur les finances publiques, ont contraint le gouvernement à mettre en place, en accord avec le FMI, un programme de stabilisation, puis de redressement économique et financier (PREF, 1979).

a). Les politiques d'ajustement structurel : 1978-2000

Les politiques d'ajustement structurel ont commencé en 1978. Pour le secteur agricole, les principales mesures d'ajustement se traduisent par :

- la liquidation de l'ONCAD en 1980 qui permet à l'Etat de se désengager progressivement de la commercialisation des produits agricoles et de l'approvisionnement des exploitations agricoles en intrants;
- la Nouvelle Politique Agricole de 1985 qui est une accélération du désengagement de l'Etat du secteur agricole ; la NPA a aussi permis à l'Etat de supprimer progressivement les subventions sur les engrais ;
- le programme d'ajustement structurel du secteur agricole (PASA), approuvé par la Banque Mondiale en 1995, est la poursuite du désengagement de l'Etat de toutes les activités économiques : commercialisation, approvisionnement, transformation des produits agricoles ; c'est

aussi avec la liquidation de la Caisse de Péréquation et de Stabilisation des Prix (CPSP), la libéralisation des importations de riz, la suppression des péréquations entre les produits de grande consommation : la privatisation de la SONACOS n'est intervenue qu'en 2005 après trois tentatives.

Le Sénégal a pris un certain nombre d'engagements internationaux qui modifient l'environnement des exploitations agricoles familiales. Il en est ainsi avec les accords du cycle de l'Uruguay (interdiction de toute distorsion non tarifaire dans le commerce des produits agricoles, suppression des quotas d'importation, des autorisations préalables, etc, limitations des subventions à l'agriculture et des aides à l'exportation] et le traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) et notamment l'accord sur les tarifs extérieurs communs qui a pris effet en 2000.

Les directives ont aussi été approuvées en matière de politique agricole de l'Union en 2001. La CEDEAO poursuit sur la même voie. Une directive de politique agricole a aussi été approuvée et une autre portant sur les tarifs extérieurs communs de la CEDEAO. Ces directives reposent sur des orientations économiques libérales et se traduisent par une ouverture encore plus grande des marchés agricoles de la sous région et l'exposition des paysans de la sous région à une concurrence accrue sur leur propre marché.

Les opinions vont clairement dans le sens d'un développement de l'agriculture d'entreprise indispensable pour la compétitivité de l'agriculture sénégalaise et pour relancer et diversifier les exportations agricoles. Dans cette vision, la filière arachidière ne bénéficierait plus du même soutien public.

Les décisions prises et les programmes mis en œuvre ne sont pas toujours conformes à ces options. Le régime est intervenu à plusieurs reprises dans la fixation des prix

agricoles (arachide, coton) et dans l'octroi de crédits aux producteurs. L'administration est à nouveau directement impliquée dans l'organisation de la commercialisation agricole.

b). Les réformes structurelles et la libéralisation des marchés

La libéralisation a surtout concerné les filières et marchés des produits et facteurs dont les prix étaient administrés comme l'arachide dans le cadre du monopsonne étatique et ceux faisant l'objet de régulation comme le riz. En ce qui concerne la régulation des prix et des importations, elle a aboutit à la suppression de la Caisse de Péréquation et de Stabilisation des Prix (CPSP) en 1996 et l'implication des privés dans l'importation des denrées alimentaires. Cependant, les questions de régulation des filières et marchés agricoles se sont de plus en plus posées avec le riz mais également avec d'autres produits comme la viande avicole, l'oignon. Ceci explique la mise en place de structures d'arbitrage. L'Agence de Régulation des Marchés (ARM) a été créée en septembre 2002, pour assurer le suivi du fonctionnement et l'organisation des marchés. Elle est issue des mesures d'accompagnement de la libéralisation de la filière riz : agence de régulation du marché du riz par l'information. L'ARM constitue un outil d'équilibre entre l'offre et la demande intérieure, mais aussi un moyen de rationalisation des importations.

La libéralisation s'est traduite par une reconfiguration dans l'organisation et le fonctionnement des différentes filières en particulier celle de l'arachide.

La filière Arachide

Le développement de la filière arachide est fortement lié aux politiques de prix qui ont été mises en place. De 1930 à 1967, la filière a bénéficié d'un régime de traitement préférentiel par la France. En 1993, un taux de taxation de 10% était appliqué sur les huiles végétales sauf celles provenant du Sénégal. En 1967, les tarifs préférentiels ont été supprimés avec l'alignement du prix aux producteurs sur les cours mondiaux.

Du point de vue de l'organisation, cette première étape de libéralisation est partielle avec le retrait de l'Etat des fonctions de collecte et de commercialisation et l'implication des privés. Ces fonctions sont ainsi assurées directement par la SONACOS et sa filiale la SONAGRAINE, ainsi que la NOVASEN qui s'impliquent ainsi en amont de la filière dans le processus de production par la gestion des intrants. Un prix d'achat unique de l'arachide est fixé en début de campagne en concertation avec les producteurs.

La situation actuelle de la filière arachide est marquée depuis 2003 par le processus de privatisation totale de la SONACOS qui a vu en 2005 son adjudication à un consortium français Advens associé à la SODEFITEX, l'Etat du Sénégal 20,15% . Cette privatisation doit être également complétée par la levée des protections sur les huiles végétales importées.

La transformation industrielle est réalisée par la SONACOS, la NOVASEN et le Complexe agro-industriel de Touba. La SONACOS est la structure industrielle la plus importante avec une capacité annuelle de trituration de 600 000 tonnes. Elle approvisionne le marché local en huile raffinée végétale (importée brute puis raffinée) et le marché extérieur essentiellement en huile brute. La NOVASEN avec une capacité de trituration de 50 000 tonnes a un statut d'entreprise franche d'exportation. Elle commercialise sa production d'huile brute à l'exportation. Le Complexe Agroindustrielle de Touba a une capacité de trituration de 30 000 tonnes. Il commercialise de l'huile raffinée sur le marché local.

La filière arachide ne s'est pas préparée au nouveau contexte de marché, notamment du point de vue des stratégies à long terme, mises en place par la SONACOS pour se positionner sur le marché des huileries. La protection a été préjudiciable au positionnement de la SONACOS et sa compétitivité sur le marché mondiale des huiles. La taxe sur les huiles végétales mise en place à l'origine pour permettre à la SONACOS de générer des ressources servant à l'appui de la filière n'a jamais été utilisée à cette fin. La subvention de la filière notamment, le prix au producteur était assuré par l'Etat.

Un cas de contentieux a été soulevé dans ce secteur par la NOVASEN à l'encontre de l'Etat du Sénégal, dans le cadre de la répartition de la subvention allouée aux huileries pour la commercialisation des graines d'arachide.

Ce dossier a été soumis aussi bien à la Commission Nationale de la Concurrence qu'à la Commission de l'UEMOA. Cf infra

5. L'économie informelle

Le secteur informel constitue un élément important de l'économie du pays au sens où, il absorbe l'essentiel de la main d'œuvre et de la production.

Le secteur informel de la région de Dakar pèse 11% de la richesse nationale. Mais sa vitalité ne l'empêche pas de baigner dans une précarité qui illustre toute la fragilité de l'économie du pays.

L'étude de l'informalité effectuée par la Direction de la Prévision et de la Statistique, sur la région de Dakar, vient confirmer les données obtenues à l'échelle nationale.

Le secteur informel de la capitale en effet, a généré une production estimée à 522,4 milliards de FCFA et créé une valeur ajoutée de 380,9 milliards de FCFA, ce qui correspond à 11,4% de la richesse nationale. La mesure de cette dynamique trouve ses limites dans la désorganisation et dans le fait que ce secteur échappe largement au contrôle des autorités, aucune immatriculation statistique n'étant enregistrée.

Toutefois, le secteur informel n'est pas seulement caractérisé par une absence d'immatriculation. Il relève plutôt d'un rapport spécifique à l'Etat, qui tolère une forme d'activités connues et reconnues pour leur existence et pour lesquelles un prélèvement d'impôt existe, en particulier la patente.

D'ailleurs, pour près de 40%, les unités de production informelle ignorent les procédures d'immatriculation et les démarches qui y sont relatives. Pour seulement 15% d'entre elles, ces démarches sont compliquées.

Ce qui est par contre fondamental et caractéristique de « l'informalité », c'est l'absence de normes telles qu'elles sont conçues dans les activités classiques, en termes de tenue de tableau de bord, de comptabilité, d'études de marché, de salarisation, de sécurité sociale etc. Le secteur est aussi marqué par son exclusion du système bancaire traditionnel de financement et l'encouragement en corollaire d'autres circuits privés.

Malgré la précarité qui en découle, ce secteur joue un rôle de soupape de sécurité de l'économie nationale, de par sa souplesse, son dynamisme et surtout sa facilité d'accès, en procurant à une population des revenus de survie.

L'analyse de la structure des unités de production informelle montre la répartition approximative suivante :

- activités industrielles : 30%
- commerce : 30%
- services (restauration, réparation et transport) représentent 21% sachant que c'est dans ce dernier secteur que l'emploi est le plus important (36%).

A Dakar, l'étude de la Direction de la Prévision et de la Statistique a établi qu'il existait 281 600 unités de production informelle. Ce nombre correspondait exactement à celui des ménages dakarois. Laisant penser que chaque ménage de Dakar tire au moins une partie de ses revenus d'une unité de production informelle.

Une autre caractéristique du secteur concerne la féminisation des emplois. 42% des femmes occupées le sont dans l'informel, et occupent les emplois les plus précaires du secteur.

La faiblesse de la taille des unités, et l'importance du nombre des acteurs font du secteur un univers hautement concurrentiel. Dans les activités informelles, cette concurrence serait perçue comme un handicap dont souffriraient 22% des unités surtout dans le commerce où les unités subissent par ailleurs la concurrence des entreprises commerciales du secteur informel.

III. LE CADRE JURIDIQUE DE LA CONCURRENCE

Le droit sénégalais de la concurrence trouve son origine dans la loi n° 65-25 du 04 mars 1965 sur les prix et les infractions à la législation économique. Ce texte de portée « dirigiste » surtout en matière de prix, n'interdisait les pratiques restrictives de concurrence que dans la mesure où elles faisaient obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou si elles favorisaient une hausse artificielle des prix. Au demeurant, le texte ne visait que

l'entente comme pratique anticoncurrentielle.

Le droit actuel de la concurrence repose sur plusieurs textes dont la base est la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique et ses décrets d'application.

Les principes directeurs de ce nouveau droit sont affirmés dans l'article premier de cette loi en ces termes :

« la présente loi vise à définir les dispositions régissant la libre concurrence, la liberté des prix et les obligations mises à la charge des producteurs, commerçant, prestataires de services et tous autres intermédiaires et tend à prévenir toute pratique anticoncurrentielle, à assurer la loyauté et la régularité des transactions et notamment la transparence des prix, la lutte contre les pratiques restrictives et la hausse des prix ».

Les objectifs fondamentaux : liberté économique, prévention contre les mesures de distorsion de cette liberté, transparence sont donc clairement énoncés. Cette loi est donc générale et à l'instar de certaines législations (notamment de celle de l'ordonnance française de 1986, présente un champ large, englobant dans ses quatre vingt onze articles tant la concurrence proprement dite, mais aussi des dispositions sur les prix et la concurrence déloyale.

Liberté du marché signifie liberté de la concurrence (on ne réprime que les excès) et liberté des prix (contrairement à la loi n° 65-25, il n'existe plus de contrôle administratif des prix lesquels sont désormais fixés par le jeu de la libre concurrence).

Transparence du marché : elle est assurée par un ensemble de dispositions de la loi n° 64-63 réglementant l'information commerciale en tant que condition essentielle du libre jeu de la concurrence ; cette information est destinée principalement aux

consommateurs, mais elle peut tout aussi bien servir à certains professionnels.

A. IDENTIFICATION DES PRATIQUES POUVANT PORTER ATTEINTE À LA CONCURRENCE

1. Pratiques et mesures gouvernementales

Les interventions de l'Etat, avant les politiques de réformes, se sont traduites par des monopoles, le contrôle des prix, la promotion de champions nationaux, à travers de multiples aides pour faire face à la compétition internationale dans un contexte marqué par l'exiguïté des marchés nationaux et la petite taille de la majorité des entreprises nationales.

Bien évidemment, subsistent certains monopoles, des mesures dérogatoires à la liberté des prix des aides en tous genres accordées à certaines entreprises.

Certaines de ces actions peuvent être regardées comme des mesures pouvant être permises par le droit de la concurrence, par exemple en ce qui concerne le maintien de monopoles pour des services publics d'intérêt économique général.

Moins conforme au droit de la concurrence, notamment communautaire UEMOA, est en apparence l'attitude qui consiste, dans le contexte actuel de la mondialisation et de la compétition, dans le souci d'attirer un minimum d'investissements directs étrangers, à mettre en place des codes des investissements et toutes autres conventions accordant des exonérations fiscales à certaines entreprises, donc au détriment d'autres, en particulier non sénégalaises.

2. Pratiques des entreprises

Selon les rapports et témoignages recueillis lors d'entretiens, l'économie sénégalaise n'est pas débarrassée des pratiques anticoncurrentielles que l'on retrouve dans toute économie du Nord et du Sud, malgré les réformes économiques, l'ouverture à la concurrence de la plupart des secteurs.

Il en est ainsi de l'existence d'ententes de prix coordonnés par des organisations professionnelles. Sont souvent mentionnés à

cet égard, les secteurs des prestations de services, transports, professions libérales....

De même, dans certains secteurs d'activités, une seule ou un petit nombre d'entreprises se situent sur le marché de produits, et se trouvent en mesure de « dicter leur loi », à travers les prix pratiqués, les conditions de vente, soit en situation d'abuser de leur position dominante.

Cela d'autant plus que certaines entreprises, se sentant menacées par l'ouverture des frontières, peuvent être tentées d'ériger des barrières à l'entrée par des ententes ou par des abus de situation de dépendance.

3. Pratiques d'origine étrangère,

De même, comme au Bénin, sont souvent évoquées un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles d'origine étrangère, notamment d'entreprises installées dans le marché commun, qui peuvent à leur tour fermer les marchés de leurs pays d'origine aux entreprises sénégalaises.

De leur côté, des entreprises d'origine étrangère sont également tentées d'attaquer le marché sénégalais en violation de règles internationales, régionales et nationales, notamment en pratiquant des prix anormalement bas (de dumping) et des actes de concurrence déloyale et autres actes illicites (contrebande, contrefaçon d'origine asiatique).

B. LE DROIT MATERIEL FIXE PAR LA LOI N° 94-63 DU 22 AOÛT 1994

1. Présentation générale de la loi

Après avoir précisé les grands principes, le texte de la loi comporte plusieurs titres :

- titre premier : de la concurrence

En premier lieu, la loi dispose la liberté des prix puis elle institue une commission de la concurrence (chapitre 1), énonce les règles sur les pratiques anticoncurrentielles, englobant les pratiques collectives (les ententes) et les pratiques individuelles (dans lesquelles sont compris non seulement les refus de

vente, les discriminations, revente à perte... mais aussi les abus de position dominante.

Les pratiques anticoncurrentielles sont des pratiques qui font obstacles « à l'évolution positive des lois du marché » (article 23 de la loi). La notion d'évolution *positive* mérite une attention par son caractère singulier mais ne semble pas devoir mériter exégèse particulière ne devant pas avoir de conséquence opérationnelle.

A supposer, que la différenciation entre pratiques collectives et individuelles ait un sens opérationnel, il est à remarquer que le classement des pratiques d'abus de position dominante parmi les pratiques individuelles est singulier dès lors qu'elles sont généralement placées dans la même catégorie que les pratiques d'ententes comme affectant le fonctionnement du marché ; les pratiques individuelles au contraire, en elles-mêmes sont sanctionnables indépendamment de leur effet sur le marché.

La loi n° 94-63 classe les pratiques anticoncurrentielles selon qu'elles sont individuelles ou collectives.

Les pratiques anticoncurrentielles collectives sont visées à l'art. 24 L. 94-63 ; il s'agit des ententes, c'est-à-dire toute pratique concertée ayant pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence.

Les pratiques anticoncurrentielles individuelles sont :

le refus de vente (art. 26) ;

les pratiques discriminatoires (art. 28) ;

la revente à perte (art. 30) ;

les prix abusivement bas (art. 29)

l'abus de position dominante (art. 27. 1). C'est le fait de pouvoir s'abstraire des conditions de marché et d'obliger les concurrents à s'aligner sur son propre comportement

l'abus de dépendance économique (art. 27. 2) qui s'apprécie dans les relations contractuelles de deux entreprises. L'un des contractants, plus puissant économiquement, impose ses conditions à l'autre qui est obligé de les accepter.

Le titre II a trait à l'information commerciale.

Ses dispositions imposent dans son paragraphe I une attitude loyale aux opérateurs économiques vis-à-vis des consommateurs (publicité des prix, affichage, sanction de la publicité trompeuse); elles prévoient des règles de facturation dans le paragraphe 2.

Le titre III concerne la réglementation des prix. Ses dispositions qualifient une série de pratiques comme *pratiques de prix illicites* ou assimilables à de telles pratiques.

Le titre IV fixe des règles relatives à la constatation des infractions, à la saisie et à la répression des infractions à la réglementation des prix et à la répression des fraudes.

Le titre V concerne les pouvoirs des agents.

Le titre VI dans ses dispositions diverses prévoit notamment un secret professionnel et des règles d'imputabilité des infractions.

2. Les principales règles

De l'ensemble des dispositions visées par la loi, des catégories sont à distinguer :

-celles qui ne sont pas analysées par rapport à une atteinte à la concurrence : les pratiques

relatives aux prix, et les pratiques relatives à l'information commerciale ;

- celles qui concernent des pratiques prévues de ne tomber sous le coup d'une interdiction que lorsque le jeu de la concurrence est perturbé, ce sont les pratiques anticoncurrentielles dites collectives ;

- les pratiques anticoncurrentielles dites individuelles

Les premières ne devraient pas être affectées par l'entrée en vigueur de la législation communautaire ; les deuxièmes manifestement ne devraient tomber dorénavant que sous le coup des règles de l'article 88 du traité et de celles du droit dérivé ; pour les troisièmes, des nuances méritent d'être apportées.

a) Action sur les prix

Le principe de la liberté des prix est clairement inscrit :

Article 2 : « Les prix des biens et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence » .

Dans le même temps, dans son article 1, la loi indique que l'un des objectifs de la loi est la lutte contre la hausse des prix. C'est donc par l'ensemble des dispositions de la loi que l'inflation est supposée être maîtrisée.

Un dispositif est prévu par ailleurs (article 42) permettant aux pouvoirs publics de prendre des mesures « *lorsque les circonstances l'exigent pour des raisons économiques et sociales* », à savoir « *une fixation de prix par voie législative ou réglementaire* ». En outre des mesures temporaires sont possibles par arrêté du ministre chargé du commerce « *contre les hausses excessives des prix, motivée par une situation de calamité ou de crise, par des circonstances exceptionnelles ou par une situation du marché manifestement anormale...* ».

S'en suit une énumération de pratiques « de prix illicites », lorsque les prix fixés dans les circonstances exceptionnelles ne sont pas respectés (prix plancher et prix plafond) et d'autre part couvrant des ventes ou des prestations (ou des offres) à prix illicites ; entrent également dans ce champ les pratiques de rétention de stocks et de subordination de vente. Par ailleurs sont listées des infractions « *assimilées à des pratiques de prix illicites* » (inobservations de certaines modalités pour des ventes à crédit, prestations par l'entremise d'établissements financiers....

Une procédure spécifique est retenue pour la recherche et la sanction des infractions dans le domaine du contentieux sur les prix. Ces procédures incluent la possibilité de transaction pécuniaire entre les services du ministère du Commerce et les entreprises en contravention. En dernier ressort, ce sont les tribunaux de l'ordre judiciaire qui doivent statuer sur ce contentieux.

b) les pratiques anticoncurrentielles collectives

Sont visées classiquement les ententes (expresses ou tacites, toute action, convention, coalition) « *ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence* »; suit une liste non exhaustive : pratiques faisant obstacle à l'abaissement des prix, favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix, entravant le progrès technique, limitant l'exercice de la

libre concurrence. Cela devrait recouvrir également des pratiques non citées dans le présent texte mais fréquemment en jeu : répartition des marchés, prix imposés, boycott...

Ces pratiques entrent exclusivement dans le champ communautaire et sont poursuivies selon les règles et la procédure communautaires.

c) les pratiques anticoncurrentielles individuelles

Un certain nombre de pratiques sont interdites: le refus de vente (art. 26), les pratiques discriminatoires (art. 28), la revente à perte (art. 30); les prix abusivement bas (art. 29), voire même l'abus de position dominante (art. 27. 1).

Le libellé des articles 26 à 31 laisse supposer que ces pratiques peuvent être interdites en elles-mêmes (« *per se*») indépendamment d'une atteinte au jeu du marché parce qu'elles sont « individuelles »; en ce cas, leur qualification et leur poursuite seraient encore possibles nonobstant l'entrée en vigueur des règles communautaires.

Dans le même temps, le chapeau commun (article 23) des deux paragraphes (pratiques collectives et individuelles) conduit à ne considérer les infractions à ces dispositions que lorsque les pratiques « *tendent à faire obstacle sous diverses formes à l'évolution positive des lois du marché* »; en cette hypothèse, les pratiques en cause, lorsqu'elles s'analysent comme un résultat d'ententes ou des manifestations d'abus de position dominante ne pourraient être également poursuivies que sous l'empire des règles communautaires.

d) les obligations en matière d'information commerciale

Ces obligations s'inscrivent dans une perspective de loyauté vis-à-vis des consommateurs. Cet impératif nécessite une « communication correcte des conditions de vente mais aussi une bonne information sur les prix pratiqués ». Concrètement le respect de cette obligation passe par la « publicité des prix, l'affichage, le marquage, l'étiquetage, la communication des barèmes de

*vente et des conditions générales de vente
...le respect des règles en matière de
facturation* ».

C. L'INTRODUCTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'UEMOA

La Traité de l'Union économique et monétaire Ouest africaine, par l'introduction de dispositions relatives au droit de la concurrence, précisées par plusieurs règlements et directives ainsi que par un avis de la Cour de justice du 27 juin 2000¹⁰⁵ a profondément modifié le droit applicable en matière de concurrence au Sénégal, au demeurant davantage s'agissant des règles de mise en œuvre (droit processuel) que des règles de fond (droit matériel).

1. Les règles de l'UEMOA

Les Etats fondateurs de l'UEMOA, dont le Sénégal, ont fixé dès le début un objectif de renforcement de la compétitivité de l'Union dans l'exercice des activités économiques et financières. Le texte du traité affirme donc clairement dans son préambule la détermination des Etats membres à se conformer aux principes d'une économie de marché ouverte, concurrentielle et favorisant l'allocation des ressources et partant la prise en compte de la nécessité d'une politique de la concurrence. Ceci est établi dans la section III du Traité (« Du marché commun »)

Le Traité, dans son article 76, indique :

« En vue de l'institution du marché commun...l'Union poursuit la réalisation progressive des objectifs suivants:

....

c) l'institution de règles communes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques ;

¹⁰⁵ Avis N° 003/2000 en date du 27 juin de la Cour de justice - Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation des articles 88, 89, et 90 du traité relatifs aux règles de concurrence dans l'Union

...

Dans le paragraphe 4 de la même section du Traité, intitulé « des règles de la concurrence, trois articles concernent le droit de la concurrence et son application, l'article 88 qui interdit les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, les pratiques d'une ou plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci, donc le Sénégal ; enfin sont interdites les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence.

L'article 89 renvoie à des règlements du Conseil l'élaboration des dispositions pour faciliter l'application de ces règles et fixe les règles à suivre par la Commission, notamment pour ce qui s'agit des précisions à apporter aux interdictions énoncées à l'article 88 et aux sanctions des violations de ces interdictions. L'article 90 charge la Commission sous le contrôle de la Cour de justice de l'application de ces règles.

Par un avis (n°003/2000, précité, la Cour de Justice de l'UEMOA a dénié toute compétence aux Etats membres dans la réglementation et le contrôle de la concurrence.

Plusieurs règlements et directives¹⁰⁶ précisent les principes applicables pour la mise en œuvre de ces règles, s'agissant des pratiques anticoncurrentielles, des procédures, des aides d'Etat, de la transparence pour les entreprises publiques et pour la coopération entre Commission de l'UEMOA et les structures nationales.

Il est renvoyé pour une description des règles à l'annexe III du Manuel sur la mise en application des règles de la concurrence élaboré par la CNUCED (Edition avril 2004) et de la Première Partie de la présente étude portant sur les règles de l'UEMOA.

¹⁰⁶ cf supra, Première Partie

2. Les conséquences de l'exclusivité des règles de l'UEMOA pour l'application du droit national

A priori, la conjugaison de la primauté du droit communautaire sur le droit national et du principe résultant de l'avis de la Cour donnant à la seule Commission de l'UEMOA le pouvoir d'appliquer les dispositions du traité sur les articles 88 (et donc les règlements dérivés), 89 et 90, c'est-à-dire, sur les ententes, les positions dominantes et les aides étatiques implique la caducité de la législation et des réglementations nationales sur les mêmes sujets.

Reste à voir si le champ des dispositions nationales coïncide totalement pour évaluer ce qui demeure sous l'empire de la législation nationale. Il convient de distinguer à cet égard les conséquences sur les règles de droit matériel et sur les procédures.

a) sur le droit matériel

S'agissant des règles relatives aux ententes, aucune contradiction n'apparaît entre les dispositions du Traité et des textes dérivés, d'une part, avec les notions, les définitions et les dispositifs en vigueur dans le droit sénégalais, d'autre part compte tenu de la convergence entre elles, à l'instar d'ailleurs de ce qui est prévu dans les droits européens, communautaire et français notamment. Les listes des pratiques, non exhaustives, dans les deux corps de législation (article 3 du règlement 02/2002 UEMOA précité d'une part et article 24 de la loi sénégalaise de 1994, d'autre part) se recoupent et se complètent. De ce point de vue, l'unicité de la règle permettra une évolution et des précisions jurisprudentielles homogènes.

En ce qui concerne la prohibition de l'abus de position dominante, une conclusion analogue peut être faite dans l'examen parallèle des dispositions communautaires (article 4 du règlement 02/2002 UEMOA précité) et nationales (article 27 de la loi sénégalaise de 1994). Le fait que la règle

communautaire soit plus précise et détaillée et que la pratique en question soit placée dans la typologie des « pratiques individuelles » ne changent pas cette conclusion pour ces abus lorsqu'ils affectent la concurrence. Toutefois, les principes communautaires ne semblent pas empêcher le maintien d'une application nationale pour de tels abus en tant que tels (« per se »), comme pour les refus de vente (article 26 de la loi), les discriminations (article 28), l'imposition de prix (article 29) ou encore la revente à perte (article 30). Une ambiguïté paraît donc exister à ce sujet qui méritera d'être par conséquent levée.

Pour les opérations de concentrations assimilables à un abus de position dominante, interdites par le droit communautaire (article 4 du règlement 03/2002/CM/-UEMOA) ou susceptibles de faire l'objet d'injonctions, une superposition de règles et une contradiction ne paraissent pas possible puisque échappant au contrôle national.

Pour les aides d'Etat ainsi que pour les pratiques imputables aux Etats membres (respectivement article 5 et 6 du règlement 02/2002 UEMOA précité), la problématique est différente. Par définition, toutes les mesures nationales conférant un avantage à certaines entreprises ainsi que les droits spéciaux et exclusifs dont bénéficieraient les entreprises publiques doivent être rapportées en ce qu'elles seraient de nature à fausser la concurrence et contraire au dispositif communautaire.

b) sur la procédure

En principe, la Commission est l'organe compétent exclusif pour faire application des articles 88, 89 et 90 du traité tel que précisé dans les règlements précités. En aucun cas les structures existantes au Sénégal ne peuvent prendre des décisions en application de ces textes.

Il convient à ce titre de décomposer le processus des décisions en la matière¹⁰⁷:

¹⁰⁷ cf en sens les observations du professeur Abdoulaye Sakho et l'avis N° 01-A.02 de la Commission nationale de

l'enquête, l'instruction et la décision proprement dite. Les trois phases sont du ressort de la Commission; toutefois un dispositif de coopération (directive N°02/2002/CM/UEMOA précitée) confère aux structures nationales une « *mission générale d'enquête* », sur initiative nationale ou sur mandat exprès de la Commission UEMOA dont il peut être excipé un rôle d'enquête pour la détection de pratiques anticoncurrentielles sinon d'instruction de dossier visant ces pratiques (voir développements ci-après).

Ainsi deux thèses peuvent être développées, l'une dénie toute implication des autorités nationales dans la poursuite des pratiques anticoncurrentielles, l'autre leur confère un rôle d'enquête sinon d'instruction.

3. Les réactions face à la conception d'exclusivité au profit de la Commission de L'UEMOA

Le Sénégal était l'un des premiers Etats d'Afrique à élaborer une législation de la concurrence et depuis la nouvelle loi de 1994 s'était attaché à développer cette législation et l'activité des autorités chargés de sa mise en œuvre. Geler l'action naissante tant du ministère du commerce pour ces tâches que celle de la Commission de la concurrence pose en soi une difficulté «psychologique» de frustration.

Cette exigence de la Cour de justice paraît excessive à un certain nombre notamment d'acteurs de la politique de la concurrence au Sénégal pour des raisons diverses.

Un premier argument tient à l'affectation du commerce intra-communautaire. Une pratique anticoncurrentielle n'a pas à la fois, le même impact sur le marché national et sur le marché sous régional. En conséquence, une pratique anticoncurrentielle qui est le fait d'une entreprise sénégalaise ne devrait être connue de l'autorité communautaire que dans la mesure où elle affecte le marché

pertinent à cette échelle, c'est-à-dire, le marché intra-communautaire. Une ligne de partage des compétences pourrait être établie entre les autorités communautaires chargées de contrôler les pratiques affectant les échanges de la sous région et les autorités sénégalaises chargées des agissements dont la portée est limitée au territoire national.

Une seconde série d'arguments tient à l'éloignement et pas seulement géographique entre l'autorité communautaire et les protagonistes de la pratique en cause : l'opérateur économique auteur, l'ayant droit, victime, les structures administratives. Le fait que ces autorités nationales ne soient que des structures d'enregistrement et de transmission des plaintes pourrait avoir un effet démobilisateur. Outre cet effet, l'éloignement et la connaissance relative « du terrain » des responsables au niveau communautaire ne favoriserait pas l'efficacité. Cet argument conduirait à un partage des tâches différent et un renforcement de la coopération.

Un risque existe aussi de favoriser le développement d'autres terrains juridiques (concurrence déloyale plutôt que concurrence) et d'autres méthodes de solution des conflits (arbitrage) et ainsi appauvrir le concept de concurrence.

En outre, selon la Commission nationale de la concurrence un risque pèse sur la reconnaissance de son autorité¹⁰⁸, les objectifs nationaux ne coïncidant pas toujours exactement à ceux poursuivis au niveau communautaire, « *une décision ne privilégiant que l'objectif communautaire pourrait être contestée par les opérateurs économiques d'un des Etats membres* ».

La Commission craint encore un engorgement des instances communautaires et donc des lenteurs procédurales, elle craint une augmentation des coûts de procédure du fait de la distance et surtout à cause de cette

la concurrence en date du 15 mars 2002 relatif à une demande d'observation du Ministre des Petites et Moyennes Entreprises et du Commerce sur le projet de loi communautaire de la concurrence

¹⁰⁸ Avis N°01.-A.02 en date du 15 mars 2002 relatif à une demande d'observation du Ministre des petites et moyenne entreprises et du commerce sur le projet de loi communautaire de la concurrence

distance un manque de maîtrise des spécificités économiques locales.

Enfin, la commission relève une possible perte de technicité dans la prise de décision au plan communautaire dans le fait que les autorités de régulation seraient réduites au rôle d'enquêteur alors même qu'au niveau communautaire ces compétences manquent.

Concrètement, ces observations critiques se sont exprimées à de nombreuses occasions par la Commission nationale de la concurrence par l'intermédiaire de son président, M. Mouhamadou Diawara et ses membres, notamment le vice-président, le professeur Abdoulaye Sakho. L'avis de la Commission précité a conclu pour un maintien du projet en ce qui concerne le droit substantiel mais le réaménagement du projet en ce qui concerne le droit processuel.

Ces aménagements consistent en une institution à double degré: les litiges pourraient être connus dans un premier temps par les autorités nationales (la Commission nationale de la concurrence) et dans un second temps par les autorités communautaires (Commission UEMOA) sous le contrôle éventuel de la Cour de justice en recours.

La disparition de la législation nationale serait à ce titre un aboutissement logique et ne serait pas contestée. La comparaison avec le droit communautaire paraît cependant accrédi-ter le maintien de certaines règles applicables pour les pratiques différentes de celles visées à l'article 88 du traité ou encore l'application de règles similaires (ce qui suppose donc le maintien partiel de la Loi de 1994).

IV. LES MECANISMES INSTITUTIONNELS ET PROCEDURAUX POUR LA MISE EN APPLICATION DES REGLES DE LA CONCURRENCE AU NIVEAU NATIONAL

A. LES INSTITUTIONS CHARGÉES DE FAIRE APPLIQUER LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE

Les organes chargés d'appliquer ou faire appliquer le droit de la concurrence sont constitués en théorie d'abord par les instances communautaires; bien entendu, étaient en place et subsistent au Sénégal des structures organisées, dotées de ressources, de pouvoirs et de volonté d'agir en ce domaine.

1. Les organes communautaires

Pour l'essentiel, il est renvoyé à l'analyse figurant en Première partie.

a) La Commission de l'UEMOA

Les agents spécialisés de la direction compétente de la Commission sont en relation avec les services du ministère et le cas échéant avec la Commission nationale de la concurrence.

Il ne semble pas qu'il existe encore de procédure précise pour encadrer ces relations en dehors des réunions du Comité consultatif auxquelles participe un représentant du ministère mais pas de représentant de la Commission nationale de la concurrence.

b) La Cour de justice

La tradition juridique et juridictionnelle fortement ancrée au Sénégal contribue à entourer la Cour de justice d'un grand respect, en particulier de la part de la Commission nationale de la concurrence et du Conseil d'Etat.

2. Les structures nationales de la concurrence

a) Le Ministère du commerce

Principale entité du Ministère du Commerce en charge de la législation économique intérieure, la Direction du Commerce Intérieur est au centre des activités économiques et des échanges commerciaux. Sous l'autorité du Ministre du Commerce, la Direction du Commerce Intérieur est chargée de l'application de la politique commerciale de l'Etat et de la mise en œuvre de la politique des prix à l'intérieur du territoire national. A ce titre :

- elle assure le suivi de l'approvisionnement correct et régulier des populations, notamment en biens de consommation courante,
- elle définit et met en œuvre les mesures propres à assainir et améliorer les circuits de distribution,
- elle assure la protection des intérêts du consommateur en matière de prix, de métrologie et de qualité,
- elle veille au respect du libre jeu de la concurrence,
- elle contribue à la promotion des associations de consommateurs,
- elle participe à la politique de promotion des opérateurs économiques,
- elle assure le suivi de la tutelle des Chambres de Commerce, d'Industrie et d'Agriculture.

La Direction du Commerce Intérieur, outre les services qui lui sont rattachés comprend:

- la Division de la Concurrence, de la Conjoncture et de la Prévision,
- la Division de la Consommation et de la Qualité,
- la Division de la Métrologie,
- les Services Extérieurs.

Des services lui sont rattachés :

- le Service Juridique
- le Laboratoire
- le Bureau Administratif et Financier

- le Bureau du Courrier

A côté de ces services, existent des bureaux spécialisés en charge des projets et des aspects de distribution au sein des services centraux concernant les Hydrocarbures, les Taxis, l'Iodation du Sel, la Qualité et les Magasins de Références.

En son sein, la Division Concurrence, Conjoncture et Prévision est chargée :

- de l'application de la législation en matière de concurrence et de prix,
- de la réalisation d'enquêtes générales et sectorielles permanentes ou conjoncturelles,
- du suivi de la distribution et de l'approvisionnement,
- d'assurer le suivi de l'évolution des prix ainsi que celles des flux physiques des produits sensibles,
- de mener des enquêtes approfondies sur les circonstances, la nature et les causes des hausses excessives de prix observées sur certains produits et proposer le cas échéant des mesures de correction à l'autorité compétente,
- d'assurer la collecte d'informations, secteur par secteur sur la situation de l'évolution des entreprises locales,
- de centraliser et d'exploiter toutes informations à caractère économique
- de veiller à l'application de la réglementation sur les ventes à tempérament et les pratiques usuraires,
- d'étudier les dossiers sur les prix des produits administrés,
- de confectionner les notes de conjoncture en vue de prévenir toute tension sur les prix des produits sensibles
- d'assurer le suivi des programmes d'insertion et de la promotion des opérateurs économiques.

La Division de la Consommation et de la Qualité est chargée :

- de suivre l'application de la législation et de la réglementation de la qualité en matière d'importation, de production et de distribution,
- de la recherche, de la constatation et de la répression des infractions à la législation et à la réglementation en matière de qualité,
- de la coordination des activités de contrôle de la qualité,
- de la promotion de la qualité en rapport avec les services et organismes concernés,
- du suivi des travaux du Conseil National de la Consommation « CNC »,
- de l'élaboration des projets de textes relatifs à la qualité et à la consommation en relation avec le service juridique,
- de faire des études et de mener des enquêtes en matière de qualité,
- de l'étude en relation avec les organismes compétents des méthodologies de prélèvement, d'analyses en vue de leur amélioration et de leur vulgarisation,
- de la centralisation et de l'étude des déclarations ou autorisations préalables de mise à la consommation des produits,
- de la participation aux séminaires, ateliers et travaux relatifs à la normalisation et à la gestion de la qualité,
- de l'établissement et du suivi des relations de collaboration avec tout organisme et institut oeuvrant dans le même domaine,
- de la mise en œuvre des stratégies aptes à assurer la sécurité du consommateur,
- de la surveillance de la qualité des produits au niveau de la distribution,

- de veiller au respect des normes de commercialisation et de conditionnement des produits agricoles.

Par ailleurs, la Division de la Métrologie peut assumer des tâches qui peuvent avoir une incidence avec les dossiers concurrence, par exemple en matière d'accès au marché ou de discriminations.

La Direction du Commerce Intérieur a des services régionaux du commerce. Le service régional exerce, dans ses limites territoriales, les attributions dévolues aux services centraux de la Direction du Commerce Intérieur. Le corps des Commissaires aux Enquêtes Economiques est régi par le décret n°84-1409 du 26 Novembre 1984 modifiant le décret n° 77-916 portant statut particulier du cadre des fonctionnaires du Contrôle économique.

Les CEE sont des fonctionnaires de la Hiérarchie A1 et sont recrutés exclusivement parmi les brevetés de l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature (ENAM) section «Enquêtes Economiques» au même titre que les Inspecteurs du Trésor, des Douanes, des Impôts et Domaines, du Travail et de la Sécurité Sociale, des Conseillers aux Affaires Etrangères ou des Administrateurs Civils.

Le caractère sélectif des recrutements à l'ENAM (devenue aujourd'hui ENA) confère à ce corps des cadres de qualité et de haut niveau. Les commissaires sont dotés d'une formation transversale adaptée aux exigences d'un environnement économique et commercial en constante mutation.

Cette formation intègre différents domaines: rédaction administrative, politique économique, commerce international, intégration économique, droit administratif, droit commercial, droit de la concurrence, droit commercial, droit douanier, droit fiscal, droit des transports, droit et pratiques consulaires, droit de la consommation, droit de la distribution, législation économique,

comptabilité générale et analytique, statistiques, commerce électronique ...

Rattachés au Ministère du Commerce, les *Commissaires aux Enquêtes Economiques* (CEE) sont chargés, comme le précise l'article 3 du décret précité de l'élaboration et de l'application de la législation et de la réglementation à caractère économique.

A ce titre, ils exercent le rôle de cadre de conception, d'encadrement et de coordination des missions du Ministère du Commerce. Ils sont au niveau des services centraux et services rattachés.

Ensuite viennent les contrôleurs du Contrôle Economique recrutés par concours au niveau du Cycle B de l'ENA. Ils sont pour l'essentiel, chargés de l'exécution des missions dévolues sur le terrain. Ils constituent l'ossature de la Direction du Commerce Intérieur au niveau des régions intérieures.

Des réformes sont en cours au sein de l'administration qui concernent principalement:

- la modernisation du Laboratoire National d'Analyses de la DCI avec extension de locaux, équipements neufs et renforcement de capacités,
- l'adoption des projets de lois et règlements axés sur la concurrence, qualité et la métrologie en phase avec l'évolution des activités commerciales et des infractions économiques (commerce des services, commerce électronique, contrefaçon, concurrence déloyale),
- l'érection de la Direction du Commerce Intérieur en Direction Générale de la Concurrence et de la Consommation avec établissement des principaux services centraux en Directions Nationales,

- le recrutement de commissaires aux enquêtes économiques et de contrôleurs du contrôle économique.

b). la Commission nationale de la concurrence

Créée par l'article 3 de la loi 94-63 du 22 Août 1994, sur les prix, la concurrence et le contentieux économique, la Commission nationale de la concurrence est organisée par le décret 96-343 du 02 Mai 1006. Elle est une structure administrative à caractère juridictionnel

Son rôle est devenu primordial dans le nouveau contexte de la libéralisation des prix et des échanges commerciaux.

Pour la première fois un tel organe est institué au Sénégal (la loi n° 65-25 prévoyait bien une commission des ententes mais elle ne vit jamais le jour).

La Commission nationale de la concurrence comprend six membres titulaires et trois suppléants. Elle est présidée par un magistrat.

La loi de 1994 lui confère une double compétence : consultative et contentieuse (articles 9 et 21 al. 2).

Elle peut infliger des sanctions et ordonner des injonctions (art. 12 et 13 même loi).

La Commission de la Concurrence rend ses décisions en deux étapes cumulatives : l'injonction et l'infliction d'amendes. Ce qui signifie que la Commission de la concurrence ne peut infliger une amende qu'après avoir fait une injonction non suivie d'effets.

Les règles d'organisation et de fonctionnement de la Commission de la concurrence sont prévues dans le décret n° 96-343.

La saisine de la Commission de la concurrence est ouverte à l'administration,

aux associations de consommateurs, aux syndicats des professionnels et à la structure elle-même.

Les recours contre les décisions de la Commission nationale de la concurrence sont examinés par le Conseil d'Etat.

c). Le Conseil National de la Consommation

Créé par arrêté du Ministre chargé du Commerce n°6315/MCAI/DCI/DESL du 17 Juin 1997, le Conseil National de la Consommation a pour mission de coordonner et d'assurer la politique de concertation. Organe consultatif composé des représentants des Intérêts collectifs des consommateurs, des usagers, des représentants des professionnels et du service public pour tout ce qui a trait aux problèmes de consommation. Sa fonction essentielle est d'émettre des avis sur les grandes orientations des politiques visant les consommateurs et les usagers, ainsi que sur tout ce qui a trait à la qualité des produits, à la distribution, au prix et de manière générale aux lois et règlements susceptibles d'avoir une incidence sur la consommation.

Il est à noter la possibilité d'instaurer des concertations entre professionnels et consommateurs dans le cadre du CNC (cas du pain et de l'huile).

d). La Commission de Contrôle des Produits Alimentaires (CCPA)

Créée par décret n°70- 094 du 27 Janvier 1970, la CCPA est un groupe inter-ministériel consultatif qui regroupe, outre les Administrations impliquées dans la gestion de la qualité, les Laboratoires et instituts. Elle regroupe une section juridique et une section de l'information.

Cependant, la commission comme les sections spécialisées peuvent entendre, à titre consultatif, toute personne compétente sur les questions inscrites à l'ordre du jour des réunions et notamment les représentants des activités professionnelles intéressées. Sous ce rapport les consommateurs ou leurs

représentants peuvent être associés aux activités de cet organe.

e). Le Comité National du Codex Alimentarius

Le Comité National du Codex, créé par décret n° 83-1204 du 24 Novembre 1983, a pour objet la protection de la santé des consommateurs et la garantie des pratiques loyales dans le commerce des produits alimentaires, il regroupe les différentes administrations techniques. Il est chargé d'étudier et de proposer des avis au gouvernement sur les projets de normes élaborés par la Commission mixte FAO/OMS sur les normes alimentaires et soumis aux Etats.

Les consommateurs sont associés à ses activités par la mise en œuvre de la disposition de commission, à titre d'expert, de toute personne dont l'expertise est avérée.

3. Les autorités spécialisées de régulation

a) L'ART

L'Agence de Régulation des Télécommunications (ART) est un organe indépendant de régulation chargé, sous l'autorité directe du Président de la République, de garantir l'exercice d'une concurrence saine et loyale, au bénéfice des consommateurs, des opérateurs du secteur et, en général, de l'économie nationale, soit plus particulièrement des missions suivantes :

- doter le secteur des télécommunications d'un cadre réglementaire efficace et transparent,
- attribuer les licences, les autorisations et les agréments aux opérateurs de télécommunications ;
- approuver le tarif des services sous monopole et du service universel
- arbitrer les différends entre l'Administration de l'Etat et les exploitants de réseaux et fournisseurs de services de télécommunication, ainsi

qu'entre exploitants de réseaux et fournisseurs de services de télécommunications;

- instruire les plaintes des associations de consommateurs ;
- assurer la planification, la gestion et le contrôle du spectre des fréquences;
- assurer la gestion et le contrôle du plan national de numérotation ;
- assurer la représentation de l'Etat dans les organisations régionales et internationales traitant de questions de télécommunication ;
- favoriser la création d'emplois directement ou indirectement liés au secteur.

L'ART s'organise autour d'un Conseil de Régulation de cinq membres et d'un directeur général nommés par décret pour trois ans.

L'ART dispose du produit de toutes les redevances qu'elle perçoit au titre de l'utilisation des ressources rares ou de l'octroi d'autorisations ou agréments et d'autres recettes annexes, d'une part, et d'autre part, d'un pourcentage sur le produit des licences.

Des infractions à ces dispositions peuvent être prononcées et des sanctions infligées, définies par le code des télécommunications (art. 56 à 71)

L'Agence de Régulation privilégie dans sa démarche, des modes alternatifs de règlement des litiges qui lui sont soumis, notamment la conciliation et l'arbitrage. Il faut souligner qu'il s'agit pour l'essentiel de contentieux relatifs aux aspects liés à la qualité du service et aux connexions.

Une harmonisation des procédures s'est avéré nécessaire avec les règles de la concurrence de droit commun, que ce soit dans le cadre de l'UEMOA ou dans le cadre de la CEDEAO. Des décisions ont été prises à cet effet par l'ART¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Décision relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications ;

Cette harmonisation prend en considération le règlement n°002/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA, le règlement n°003/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux abus de positions dominantes à l'intérieur de l'UEMOA.

Par ailleurs, dans le cadre de la CEDEAO, les régulateurs des Etats membres ont mis en place l'Association des Régulateurs de Télécommunications de l'Afrique de l'Ouest, devenue Assemblée des Régulations de télécommunications de l'Afrique de l'Ouest. De plus, la CEDEAO est en train de finaliser la mise en place d'un marché commun des TIC, avec une harmonisation des politiques et du cadre réglementaire du secteur, un accès et une interconnexion des réseaux et services et un régime juridique applicable aux opérateurs et fournisseurs de services.

b). La Commission de régulation du secteur de l'électricité

Cette commission est une autorité indépendante aux termes de l'article 4 de la loi susvisée n° 98-29.

L'article 4 de la loi, en même temps qu'il crée la Commission définit son rôle en ces termes : « *la Commission de Régulation du Secteur de l'Electricité est chargée de la régulation des activités de production, de transport, de distribution et de vente d'énergie électrique... Ses décisions ont le caractère d'acte administratif : elles sont*

Décision relative à l'harmonisation des régimes applicables aux opérateurs de réseaux et fournisseurs de services ;

Décision relative à l'interconnexion des réseaux et services de télécommunications ;

Décision relative au service universel et aux obligations de performances du réseau ;

Décision relative à l'harmonisation de la qualification des services des télécommunications ;

Décision organisant le cadre général de coopération entre les autorités nationales de régulation en matière de télécommunications ;

Projet de décision relatif à la création d'un comité des régulateurs de télécommunications des Etats membres de l'UEMOA ;

Protocole d'entente fixant le cadre de concertation entre le comité des régulateurs et la conférence des opérateurs et fournisseurs de services de télécommunication de l'UEMOA.

susceptibles de recours juridictionnel en annulation ».

Ces tâches de régulation s'effectuent dans le cadre d'une politique définie par le Ministre chargé de l'énergie qui :

- établit un plan national d'électrification ;
- définit les zones de concession rurales susceptibles d'être octroyées par appel d'offres ;
- définit les préférences nationales en matière de ressources énergétiques pour la production de l'énergie électrique ;
- accorde les licences et les concessions, sur recommandation de la Commission de Régulation.

La Commission de Régulation du Secteur de l'Electricité comprend trois membres dont un Président nommé par décret en raison de leur intégrité morale, de leur honnêteté intellectuelle, de leur neutralité et impartialité, ainsi que de leur qualification dans les domaines juridique, technique et économique et de leur expertise dans le secteur de l'électricité.

La fonction de membre de la Commission est incompatible avec quelque fonction que ce soit, avec tout mandat électif, emploi public, ainsi que toute détention directe d'intérêts dans une ou des entreprises du secteur de l'énergie, qu'elle soit ou non électrique.

La Commission de Régulation du Secteur de l'Electricité vise les objectifs suivants :

- promouvoir le développement rationnel de l'offre d'énergie électrique;
- veiller à l'équilibre économique et financier du secteur électrique et à la préservation des conditions économiques nécessaires à sa viabilité ;
- veiller à la préservation des intérêts des consommateurs et à assurer la protection de leur droits pour ce qui concerne le prix, la fourniture et la qualité de l'énergie électrique ;

- promouvoir la concurrence et la participation du secteur privé en matière de production de transport, de distribution et de vente d'énergie électrique ;
- assurer les conditions de viabilité financière des entreprises du secteur de l'électricité, ce qui offre aux investisseurs privés une garantie de sécurité importante.

Dans le cadre de la poursuite de ces objectifs, la Commission dispose d'attributions décisionnelles et d'attributions consultatives. Elle instruit les demandes de licence ou de concession ; elle veille au respect en particulier de l'obligation de continuité du service en quantité et en qualité et du respect des normes techniques applicables aux entreprises du secteur de l'électricité. Elle est chargée d'assurer le respect de la concurrence et de déterminer la structure et la composition des tarifs appliqués aux entreprises titulaires de licences ou de concession.

La Commission est consultée par le Ministre chargé de l'Energie sur tous les projets de textes législatifs et réglementaires concernant le secteur de l'électricité.

B. LES PROCÉDURES

La tradition juridique du Sénégal donne aux procédures une importance particulière, en particulier dans le débat sur les modalités d'application exclusive des règles communautaires.

1. Les principes généraux

Le législateur, les juristes, magistrats et fonctionnaires sénégalais attachent d'ores et déjà du prix aux principes généraux du droit et des règles procédurales dans l'application du droit national notamment issu de la loi de 1994 ; le relai des principes définis par le dispositif UEMOA sera facilement pris.

Une primauté est traditionnellement donnée aux garanties des droits fondamentaux : principe du contradictoire, motivations des

décisions, principe de proportionnalité, secret professionnel, confidentialité.

2. La procédure devant l'administration et la saisine de la Commission nationale de la concurrence

Tout citoyen, toute entreprise peut saisir l'administration et les ministres de toutes décisions et pratiques; les modes et conditions de saisines ne sont pas conditionnées au respect de modalités particulières. L'obligation de répondre est corrélée à l'intérêt pour agir du demandeur.

Les saisines de la Commission de la concurrence, autorité administrative indépendante, quasi juridiction, sont nécessairement règlementées. La loi de 1994 et le décret du 2 mai 1996 portant application des articles 3 à 4 et 16 à 22 de la loi du 22 août 1994 mentionnées supra prévoient expressément les conditions de saisines pour consultation d'une part et pour traitement contentieux de pratiques anticoncurrentielles d'autre part.

C'est le ministre chargé du commerce qui la saisit en principe des projets de textes réglementaires pour lesquels elle est obligatoirement consultée (*«...tout texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions ou d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente»*).

En matière contentieuse, elle peut se saisir d'office ou être saisie par les entreprises, les organisations de consommateurs agréées.

La saisine peut se faire sur simple lettre mais sous peine d'irrecevabilité, le plaignant doit fournir des éléments détaillés sur ses allégations.

Dès sa saisine, l'instruction et la procédure sont contradictoires.

3. Les pouvoirs:

a). Les enquêtes

Les enquêtes sont réalisées par les services du ministre chargé du commerce, par les fonctionnaires habilités à cet effet (décret du 2 mai 1996).

Les agents de la direction du commerce intérieur sont particulièrement rôdés aux techniques d'enquêtes puisque la loi de 1994 et les textes antérieurs leur donnent déjà une compétence d'enquête en matière de réglementation des prix et de répression des fraudes. C'est au demeurant par renvoi à ces dispositions de la loi de 1994 (articles 75 et suivants) que le décret (article 15) fixe les pouvoirs des enquêteurs en matière de concurrence pour les affaires appelées à être traitées par la Commission (chapitre 1^{er} de la loi)

Une adaptation aux principes et règles particulières de la concurrence et donc une formation appropriée est bien sûr indispensable.

Les rapporteurs de la Commission nationale de la concurrence disposent des mêmes pouvoirs ; ainsi que le précise le décret du 2 mai 1996, ils peuvent se faire assister des agents du ministère du commerce.

Les enquêteurs peuvent demander communication à toute entreprise et à tout organisme professionnel des documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission ; ils peuvent procéder à toute visite des établissements de ces entreprises et organismes ; ils peuvent requérir toute autorité pour leur prêter main forte. Ils peuvent procéder à des visites assistés d'un officier de police judiciaire nanti d'un mandat de perquisition.

Dans le cadre des actions entreprises sous l'empire des règles communautaires et sous l'égide de la Commission de l'UEMOA, ces pouvoirs, non encore utilisés à cette fin, sont analogues.

b). L'instruction

Lorsqu'elle est saisie, la Commission nationale examine si les pratiques sont prohibées. Ceci signifie qu'après l'enquête effectuée dans les conditions énoncées supra, la Commission va « instruire » le dossier.

Un rapporteur est désigné, des délais lui sont fixés pour effectuer l'instruction. Celui-ci peut procéder à des auditions qui donnent lieu à procès verbal ;

Un rapport est transmis -selon une procédure et des délais étroitement fixés- aux parties intéressées. Après quoi, le président de la Commission organise les séances contradictoires pour auditionner les plaignants, le rapporteur, le commissaire du gouvernement (le ministre chargé du commerce ou son représentant, les mis en cause.

Ainsi qu'il était indiqué par ailleurs dans la présente étude, ces modalités d'instruction instituée pour l'application du droit national pourraient aussi être mises en œuvre d'une manière analogue pour l'application du droit communautaire de l'UEMOA quand bien même, naturellement, l'instruction, en ce dernier cas, devrait être entreprise par la Commission de l'UEMOA.

c) La décision, les sanctions, transactions et réparations

La Commission nationale de la concurrence, après la procédure d'instruction décrite ci-dessus, délibère et prend alors une décision qui est notifiée aux parties. En cas d'infraction avérée, cette décision consiste en une injonction dont le non respect constaté par procès verbal entraîne une amende.

En tout état de cause, même si l'infraction n'est finalement pas établie, la Commission prend une décision. Bien entendu, ces pouvoirs de décision sont devenus caducs depuis l'entrée en vigueur des règles de l'UEMOA.

Il est prévu dans la loi de 1994 que les décisions de la Commission sont « mentionnées » dans le rapport annuel d'activité de la Commission, lequel est rendu public.

Cette réserve sur la publicité des décisions marquerait un obstacle à une complète transparence et donc à l'efficacité du travail de la Commission si les décisions n'étaient pas dans la pratique systématiquement publiées.

Il est à souhaiter que les décisions de la Commission de l'UEMOA reçoivent une publicité complète et immédiate.

4. Le contrôle des décisions en matière de concurrence

Les décisions de la Commission nationale de la concurrence sont, selon les textes en vigueur, portées devant le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat peut (donc *pouvait*, dans ce domaine) poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'UEMOA s'il a un doute sur une applicabilité d'un principe à résonance communautaire. La cour peut ainsi user de son pouvoir interprétatif et consultatif pour assurer une coopération entre les instances communautaires et nationales.

Il est ajouté que les juridictions civiles nationales, si elles ne peuvent connaître en principe des pratiques anticoncurrentielles, peuvent néanmoins jouer un rôle important sur le fondement des actions civiles et commerciales en nullité et en responsabilité.

V. APPLICATION EFFECTIVE

Une première approche de l'application effective consiste à faire le bilan des saisines et des décisions sur les quatre dernières années.

**A. LE BILAN DU MINISTÈRE DU
COMMERCE (DIRECTION DE
LA CONCURRENCE)**

**1. les affaires traitées dans le domaine
de la concurrence**

Le tableau ci-dessous récapitule les dossiers instruits depuis 2003 suivants la nomenclature des textes communautaires.

	dates	Origines	Matières (donner quelques indications factuelles)	Suite réservée	Saisine de la Commission ou des Agences spécialisées
1- Saisines					
11- griefs ententes horizontales	2003	Affaire locale : région de Dakar	<u>Entente sur les prix du riz brisé</u> Plainte des détaillants contre les importateurs	Affaire classée ; l'entente n'a pas pu être établie faute de preuves corroborant les présomptions	Non
	2006	Affaire locale : région de Dakar	<u>Prix abusivement bas</u> 1 gérant de télé centre qui vendait l'unité d'appel à un prix inférieur à son prix d'achat	Injonction de faire cesser, après enquête	Non
12- griefs ententes verticales (distribution – engagements d'exclusivité)	2006	Dakar	<u>Accord d'exclusivité</u> Une société de transfert d'argent que ses partenaires menaçaient de rupture de relation d'affaire au motif qu'ils étaient déjà liés à un autre opérateur par un contrat d'exclusivité	Enquête préliminaire en cours	Non
	2006	Dakar	<u>Accord de Distribution exclusive :</u> Demande d'avis	En cours de traitement	Non
13- griefs abus de positions dominantes	2006	Dakar	<u>Abus de position dominante</u> <u>Activités portuaire :</u> un consignataire, dominant sur la ligne maritime Durban- Dakar (90% de parts de marché) a fait	Enquête préliminaire en cours	Non

			signer au plaignant un engagement comportant des clauses exorbitantes dérogeant aux usages en vigueur dans le secteur		
--	--	--	---	--	--

2. Les affaires traitées dans les domaines connexes

Il s'agit de l'application des règles pour la protection des consommateurs, la lutte contre la concurrence déloyale et la contrefaçon, ainsi que les mesures antidumping.

	Dates	Origines (Etats)	matières		
Concurrence déloyale	2005	Dakar	<u>Publicité trompeuse</u> Colgate Palmolive se plaignait que SCD avait mentionné sur ses emballages de pâte dentifrice des allégations mensongères (vertus curatives)	Plainte infondée après enquêtes et analyses contradictoires auprès de 2 laboratoires agréés	Non
	2006	Dakar	<u>Plainte de la MTOA</u> (manufactures de Tabac) contre le concurrent Philip Morris pour : actes engendrant la confusion, dénigrement, destruction d'affiche publicitaire.	Renvoyé devant le juge du civil seul compétent pour en connaître en l'état actuel de notre législation	Non
Contrefaçon	2006	Dakar	<u>Plainte d'un industriel du textile</u> pour contrefaçon de ses dessins et modèles à l'étranger puis reversés sur le marché intérieur	Enquête en cours	Non

	2006	Dakar	<u>Contrefaçon de marque d'emballages de piles de téléphones portables</u>	Procès verbal pour tromperie sur l'origine sur la base de notre code national de la consommation (a signaler que c'est un biais, une qualification limite à défaut d'un texte sur la matière). Saisie et destruction	Non
	2006	Dakar	<u>Plainte d'un industriel local pour Contrefaçon/ piles électriques</u>	PV, saisie et destruction	Non

3. Les Notifications à la Commission de l'UEMOA

A ce jour, selon les informations données par les autorités sénégalaises, aucune notification et transmission de dossier tel

que prévue par la directive communautaires 01-2002 n'ont été officiellement transmis à la Commission de l'UEMOA, ainsi que l'atteste le tableau néant communiqué (suite du tableau ci-dessus au paragraphe 1).

	dates	Origines	Matières (donner quelques indications factuelles)	Suite réservée	Saisine de la Commission ou des Agences spécialisées
14- aides d'Etat					
15- « pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats »					
16- notifications en vue d'exemption					
2- informations (formelles ou informelles) de la Commission de l'UEMOA 21- relatives à des ententes verticales (distribution – engagements d'exclusivité) 22- relatives à des abus de positions dominantes 23- relatives à des aides d'Etat 24- relatives à des pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats 25- notifications en vue d'attestation négative					
3- décisions ou transactions par - le ministère - ou par la Commission de la					

<p>concurrence - ou par une autorité de régulation (ARTP, SRSE...)</p> <p>31- sur griefs ententes horizontales 32- sur griefs ententes verticales (distribution – engagements d'exclusivité) 33- sur griefs abus de positions dominantes</p>					
---	--	--	--	--	--

4. Les relations avec les autres acteurs de la politique de la concurrence

Bien entendu, le Ministère du commerce et la direction de la concurrence entretiennent des relations permanentes avec un grand nombre d'organes sénégalais et internationaux pour la promotion de la concurrence, en particulier:

- en premier lieu avec la Commission nationale de la concurrence
- avec la Commission de l'UEMOA, en participant au comité consultatif de la concurrence
- avec les instances internationales dont la CNUCED, l'Union européenne ...
- avec les autres administrations nationales,
- avec les autorités spécialisées
- avec les juridictions,
- avec les organisations professionnelles et de consommateurs
- avec les Universités

Le Ministre lui-même et l'ensemble de ses services ont participé activement à de nombreux séminaires et diverses manifestations.

B. Le bilan de la Commission nationale de la concurrence

1. Les saisines et les décisions

Le bilan de la Commission de la concurrence s'établit comme indiqué dans le tableau ci-dessous depuis 2002.

	dates	Origines	Matières (quelques indications factuelles)	Suite réservée	Saisine de la Commission de l'UEMOA ou des Agences spécialisées
1- Saisines					
11- décision sur griefs ententes horizontales décision N° 01-D-01	2001	Saisine du syndicat des assureurs conseils africains et de la Central insurance broker Agency	Pratiques de la Fédération sénégalaise des sociétés d'assurances Entente illicite en vue de l'éviction d'un opérateur sur le marché des assurances	Injonctions de cesser la mesure de boycottage sous peine de sanctions pécuniaires Publication de la décision dans la presse	Non
12- décision sur un grief d'abus de position dominante décision N° 02-D-02	2002	Saisine du syndicat des agences de voyages et du tourisme du Sénégal	Pratiques d'Air France (application d'un nouveau taux de commission	Injonction de cesser les pratiques sous peine d'une amende de 20 millions de F CFA	Non
13- décisions sur autres pratiques individuelles décision N° 03-D-02	2002	Plainte d'une SARL Micro Doses technologies, sous couvert du Ministre	Pratiques d'un concurrent qualifiées de « activités concurrentes et parallèles » et de « concurrence déloyale »	Non lieu , hors champ de compétence de la Commission	Non
2- Avis 2-1 note et rapport sur un arrêté	2003	Directeur des boulangeries Sokhna	Arrêté d'un gouverneur de région fixant les modalités de distribution du pain dans la commune de Ziguinchor	Recommandation pour l'instauration de conditions normales de concurrence au niveau de l'accès et de l'exercice de l'activité et plus précisément pas de monopole de fait au détriment du consommateur	Envoi d'une note au Ministre du commerce
2.2 Avis sur des projet de textes de l'UEMOA Avis N° 01 A 02	2003	Ministre des PME et du commerce			
2-3- Avis relatif à un acte de l'OHADA Avis N° 01-A-03	2003	Ministre des PME et du commerce	Interprétation des dispositions des articles 25 et 38 de l'acte uniforme de l'OHADA	Mesures recommandées pour faciliter un libre accès aux activités économiques	Non

			portant sur le droit général		
--	--	--	------------------------------	--	--

Parmi les décisions rendues par la Commission figurent celle prise contre la fédération sénégalaise des sociétés d'assurance et la société Air France. Ces deux affaires montrent la difficulté de

qualification de pratiques et les conséquences procédurales dès lors que la Commission et le Conseil d'Etat peuvent ne pas être d'accord.

Affaire CIBA contre FFSA

Une société de courtage (Central Insurance Broker agency, CIBA) opérait en liaison avec plusieurs sociétés d'assurance dont les Assurances générales Sénégalaises (AGS) et la SOSAR AL Amane, sociétés membres de la la Fédération Sénégalaise des sociétés d'assurance (FFSA). En réponse à des litiges de non reversement de primes entre la CIBA et les deux sociétés d'assurance précitées, la FFSA a recommandé à ses membres de rompre ses relations avec CIBA. Saisie par la CIBA, la Commission nationale de la concurrence a qualifié d'entente la décision de rupture de relations commerciales prise par la FFSA (« *accord entre des personnes morales relevant d'un même secteur d'activité, organisées en syndicat professionnel et pris sous la forme d'une délibération dudit syndicat...* »). Elle a considéré que cette mesure concertée de boycott collectif était grave car elle avait pour objet d'exclure la CIBA du marché des assurances, d'autant que la quasi-totalité des sociétés d'assurance, membres de la FFSA, ont signé cette décision, même celles qui n'avaient pas de contentieux avec la CIBA. Les capacités concurrentielles de la CIBA se trouvaient très diminuées sur le marché de l'intermédiation en assurance. Or une restriction à la liberté d'exercice ne peut relever que de la compétence des pouvoirs publics.

La Commission par une décision du 27 juin 2002 a enjoint la FFSA de retirer sa mesure sur le fondement de l'article 24 de la Loi de 1994 sus-mentionnée. Saisi sur un recours de la FFSA, le Conseil d'Etat a annulé la décision de la Commission nationale de la concurrence au motif qu'elle était saisie dans le cadre d'un litige « *en extranéité par rapport tant à la concurrence qu'aux pratiques anticoncurrentielles ...* » et que la mesure prise par la FFSA « *ne saurait entrer dans le champ de compétence défini par les dispositions légales.... parce que n'ayant, ni pour objet, ni pour effet de fausser les prix de prestations fournies par les courtiers en matière d'assurances* ».

Affaire syndicat des agences de voyages contre Air France

Air France avait décidé de réduire le taux de commission des agences de voyage de 9% à 7%. La Commission de la concurrence a considéré que cette mesure unilatérale de Air France constituait un abus de position dominante (décision de suspendre la mesure sous peine d'une amende de 20 millions de francs CFA). Pour le syndicat des agences de voyage, il s'agissait d'une mesure anticoncurrentielle pour faire obstacle à la libre fixation du taux de commission par le libre jeu du marché. Pour Air France il s'agissait de suivre l'évolution du marché soumise à la déréglementation initiée par IATA, que la notion de commission avait disparue, qu'elle ne disposait pas de position dominante.

Pour la Commission Air France détient une position dominante, les agents étant en état de dépendance économique vis-à-vis d'elle. La mesure est de nature à restreindre le libre jeu de la concurrence avec l'alignement amorcé par d'autres compagnies.

Un recours a été porté devant le Conseil d'Etat.

2. Les relations avec les autres acteurs du droit de la concurrence

Tout comme le Ministère pour la mise en œuvre de la politique de la concurrence, la Commission nationale de la concurrence entretient des relations avec un grand nombre d'organes sénégalais et internationaux pour l'application et la promotion du droit de la concurrence, en particulier :

- avec le ministre du commerce et son administration
- avec la Commission et la Cour de Justice de l'UEMOA
- avec les instances internationales dont la CNUCED, l'Union européenne ...
- avec les autres administrations nationales,
- avec les autorités spécialisées
- avec les juridictions,
- avec les organisations professionnelles et de consommateurs
- avec les Universités

La Commission nationale de la concurrence a participé à de nombreux séminaires et divers manifestations; son président et l'ensemble de ses membres attachent un prix particulier à intervenir dans ces rencontres afin de diffuser le sens des travaux en matière de concurrence et en particulier le leur.

C. LES RAISONS D'UN BILAN LIMITE

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

Parmi les raisons internes, peut-être l'une est liée à la formation de tous ceux qui

concourent aux travaux du ministère et de la Commission qui aurait mérité d'être consolidée.

La loi sur la concurrence puis de la législation communautaire ont été mises en vigueur sans une préparation suffisante, en particulier les agents chargés des enquêtes.

La Commission de la concurrence, tout comme d'ailleurs la Direction du commerce intérieur chargée des enquêtes en matière de concurrence n'ont pas reçu de dotations adéquates pour faire face à leurs dépenses d'équipement et de fonctionnement. Aussi, les structures sont à l'heure actuelle à un niveau d'activités minimales.

Il est clair que ses moyens doivent être renforcés (dotations budgétaires, locaux, documentation...)

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

VI. ASPECTS RELATIFS A LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

1. Quelques règles de droit matériel

La législation économique au Sénégal, en général, se donne pour objectif ultime de sauvegarder les intérêts des consommateurs. Entre autres, deux textes fondamentaux peuvent être évoqués à titre principal, en l'absence de réglementation spécifique consacrée expressément à ce volet.

a). La loi 94-63 du 22 août 1994 : invoque déjà dans son exposé des motifs que « le destinataire final est le consommateur ». Ainsi :

- l'article 24 de la loi interdit les pratiques collusives « faisant obstacle à l'abaissement des prix de vente ou de revente », « favorisant la hausse artificielle des prix » ;
- les articles 32 à 37 instituent des règles d'informations commerciales destinées à « garantir le pouvoir d'achat des consommateurs et leur liberté de choix » ;
- les articles 42 à 47 permettent aux autorités d'intervenir sur le marché pour corriger les dysfonctionnements. A ce titre, les dispositions des articles 42 et 43 ont été invoquées par l'Etat dans ce sens, concernant les secteurs de la distribution du riz (article 43), de la farine et du pain (article 42).

b). La loi 66-48 du 27 mai 1966 : elle entre dans le cadre de la protection de la santé du consommateur par la mise sur le marché de produits sains.

Ainsi l'article 1er soumet à autorisation préalable « la fabrication ou la transformation des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale ». Un dispositif de contrôle des produits alimentaires avant mise à la consommation est institué et sanctionné par un visa appelé « déclaration

d'importation de produits alimentaires » (DIPA), sans lequel l'administration des douanes ne peut autoriser l'entrée du produit sur le territoire national.

Aussi bien les produits importés que ceux fabriqués localement, sont soumis à un contrôle de validité du laboratoire de la Direction du Commerce Intérieur.

Une réforme des textes est prévue pour intégrer les mécanismes de protection institués par « la loi modèle » de l'Organisation Internationale des Consommateurs, ainsi que « les principes directeurs pour la protection des consommateurs » (PDPC) des Nations Unies, dans un code de consommation.

Dans le cadre de l'UEMOA, un projet de règlement communautaire sur l'information et la protection des consommateurs a été élaboré.

2. Une organisation institutionnelle,

L'article 26 du décret n° 95-77 du 20 janvier 1995 portant application des articles 44 et 64 de la loi n° 94-63 crée « un Conseil National de la Consommation et des Conseils régionaux », chargés d'émettre des avis et des sujétions en matière de concurrence, de consommation et de prix.

L'article 4 du décret cité ci-dessus, fait obligation aux autorités de consulter le Conseil National avant homologation d'un prix par arrêté du Ministre chargé du Commerce.

L'article 7 institue un principe de consultation générale du Conseil National pour toute question intéressant le secteur commercial.

De même l'article 8 fait obligation au Ministre chargé du Commerce, dans le cadre de la revue générale annuelle des régimes de prix, de requérir les avis de la Commission Nationale de la Concurrence et du Conseil National de la Consommation.

Dans le cadre des réformes en cours, il est créé au niveau de la Direction du Commerce Intérieur « une Division de la Consommation et de la Sécurité des Consommateurs », et « une Division de l'Assistance, de la Distribution et de l'Urbanisme Commercial ».

Enfin, il est prévu la mise en place de structures de coordination, de concertation et d'arbitrage des litiges de consommation.

VII. CONCLUSIONS POUR LA PROMOTION D'UNE POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Le Sénégal a une expérience de quelques années dans le domaine de la concurrence. Les instruments d'un Etat de droit sont en place ; sa législation interne comprend les principaux outils juridiques périphériques utiles, au-delà de ceux directement applicables aux pratiques anticoncurrentielles, ainsi qu'une législation complète de la concurrence proprement dite pour une mise en place d'une politique de la concurrence. Cette législation, essentiellement communautaire depuis le début des années 2000, certes n'est pas encore suffisamment connue, reconnue et intégrée dans le paysage légal et politique du Sénégal. Certains doutent encore de l'applicabilité d'un tel dispositif communautaire et regrettent une application nationale classique, d'autres, au contraire l'approuvent mais souhaitent des aménagements. Néanmoins, tout le monde s'entend sur le rôle d'une telle politique pour le développement du pays.

Les améliorations utiles telles qu'elles sont généralement formulées par les acteurs de cette politique eux-mêmes et complétées par des observateurs extérieurs peuvent être regroupées en plusieurs catégories. Les améliorations souhaitées sont traduites en « recommandations » (cf quatrième partie du présent rapport). Celles-ci ont trait :

- à la diffusion et à l'intégration de la « culture » concurrence,

- aux précisions de quelques règles de fond.
- aux orientations des institutions de la concurrence,
- aux aménagements des procédures de mise en œuvre des règles de la concurrence

1. Renforcement de la culture concurrence

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

Dans ce domaine, il s'agit de consolider et d'accélérer le mouvement déjà perceptible.

Deux orientations peuvent être données et faire du Sénégal en ce sens un modèle, compte tenu de son développement à tous égards dans cette partie de l'Afrique.

En premier lieu, il convient de faire partager l'idée que mettre le concept de la concurrence au centre des instruments du développement du pays, de façon interactive avec d'autres, c'est dans ce domaine, concilier un rôle important des institutions publiques, de l'Etat, à qui il appartient de réguler l'économie, avec le jeu du marché qui repose sur les initiatives privées.

En second lieu, partant de l'idée que le respect des règles en matière de concurrence relève de l'intérêt général, un équilibre doit être trouvé et compris entre cet intérêt général et les intérêts particuliers, le cas échéant protégés par d'autres catégories de règles sociale, civiles, pénales.... Comme cela a été souvent exprimé, *in fine*, c'est le bien-être des consommateurs qui est poursuivi.

Les consommateurs, les entreprises et les agents de l'Etat et, au-delà, toute la

population doivent être bien informés, formés sur leurs droits et leurs devoirs.

Le Sénégal est résolument intégré dans des communautés régionales politiques et économiques, UEMOA et CEDAO, en particulier même si les considérations nationales sont fortes. Dès lors, ces deux éléments, communautaire et national ne peuvent qu'être conciliés.

La « culture concurrence » doit d'évidence être développée au niveau de la sous-région. Ce qui a déjà été fait à cet égard avec les rencontres, échanges, séminaires de toutes sortes mérite d'être poursuivi et accentué que ce soit dans un cadre officiel (sous l'égide des procédures institutionnelles de l'UEMOA notamment), universitaire, professionnel ou privé.

Il est clair que l'économie du Sénégal est appelée à se développer mieux dans un marché ouvert de quatre vingt millions d'habitants de huit pays relativement homogènes qu'à l'intérieur de ses propres frontières avec une population nécessairement développées.

Dans le même temps, les habitants de l'ensemble du pays doivent tous être touchés par cette « culture » et pas seulement de Dakar.

C'est pourquoi plusieurs mesures mériteront d'être entreprises :

- Des actions médiatiques auprès du grand public doivent être lancées afin de bien faire partager les concepts du marché, du rôle régulateur de l'Etat, de bien faire comprendre les bienfaits d'une politique de la concurrence pour les consommateurs.

Dans ce but, doivent être diffusés des brochures, des documents internet, des articles dans les journaux, des diffusions par CD et DVD.

Des conférences et exposés doivent être organisés dans les chaînes de télévision et de radio, sur l'en-

semble du pays par les administrations et les organisations professionnelles et de consommateurs.

- Des séminaires d'information et de formation pourraient être tenus à l'intention des étudiants, des fonctionnaires (pas seulement ceux du ministère du commerce), des membres et rapporteurs des autorités telles que la Commission nationale de la concurrence et les autorités spécialisées, universitaires, et autres praticiens, ceci à l'échelon de la sous-Région, à l'échelon national et local.

L'enseignement de cette matière devrait être renforcé dans les écoles de l'administration et en particulier à l'ENA.

- Devraient être mis en place des centres de documentations spécialisés dans le domaine de la concurrence, au niveau national mais aussi localement dans les principales villes du Sénégal.

2. Adaptations et précisions de quelques règles de fond

Le Sénégal a connu deux évolutions fondamentales au cours de ces dernières années : l'introduction d'une loi moderne de la concurrence avec la loi de 1994 et l'avènement de la législation communautaire de l'UEMOA qui s'est largement substituée à la loi nationale.

Il s'agit pendant les années à venir plus d'intégrer ce dispositif dans les actions que de penser à réformer. Appliquer des règles communautaires et les faire accepter par les nationaux est déjà en soi difficile ; une stabilité est donc préférable plutôt que de se mobiliser pour impulser des changements à Ouagadougou.

Cela n'exclut pas que des précisions soient apportées ne serait-ce que pour une mise en

application adaptée au Sénégal, compte tenu de ses spécificités.

Ces adaptations et précisions pourraient être apportées dans plusieurs directions.

a). pratiques collectives, pratiques individuelles, concurrence déloyale

En premier lieu, des précisions peuvent être apportées dans l'articulation entre le corps dur des règles de la concurrence (énumérées par l'article 88 du Traité UEMOA et réglementées dans les textes communautaires de droit dérivé) et les règles hors de ce champ sous la responsabilité nationale, notamment relatives aux pratiques dites individuelles et à la concurrence déloyale.

Le contrôle des ententes et des positions dominantes est fixé par un dispositif législatif communautaire et appliqué par les autorités communautaires (sous réserve de ce qui a été dit et sera repris ci-dessous en matière procédurale) ; cela est irréversible. Il en est de même pour les aides publiques et les actes imputables aux Etats dont il n'est pas contestable que la compétence ne peut être que communautaire et ne suscite pas d'ajustement avec d'autres dispositions existantes au plan national.

a) En revanche, il conviendrait de bien différencier le contrôle des pratiques dites collectives et les pratiques dites individuelles, c'est-à-dire entre celles qui affectent le fonctionnement du marché, donc l'intérêt général, et celles qui ne concernent que les relations entre des entreprises sans précisément perturber l'ensemble du jeu de la concurrence sur le marché où opèrent les entreprises concernées.

- Ainsi il conviendrait d'abord de lever une confusion possible résidant dans le fait que les abus de positions dominantes sont compris dans la loi sous la rubrique « *pratiques anticoncurrentielles individuelles* » (article 27 de la loi de 1994).

- Dans le même esprit, il conviendrait aussi d'explicitier la différence entre d'une part,

les refus de vente et pratiques discriminatoires qui tomberaient sous le coup des règles communautaires en tant qu'ententes ou abus de position dominante au titre des articles 88, 89, 90 du Traité et des articles 3 et 4 du règlement 02/2002 et d'autre part, les refus de vente, les pratiques de conditions discriminatoires, les pratiques de prix imposés et les reventes à perte visées respectivement dans les articles 26, 28, 29 et 30 de la loi de 1994.

Ceci est d'autant plus important que les pratiques qualifiées d'individuelles restent sous l'empire du contrôle national et les pratiques collectives sous le contrôle de la Commission UEMOA.

b) Pour les pratiques relevant de la concurrence déloyale, de l'information commerciale ou de la facturation qui sans ambiguïté ressortissent à la compétence nationale, de l'administration et/ou des tribunaux, il s'agit plus de dégager de la synergie et de la transparence pour que l'ensemble de ces dispositifs demeure cohérent puisqu'il vise au même objectif de réguler l'économie et l'action des opérateurs économiques.

b). réglementation générale et réglementations spécifiques

Une complémentarité mérite d'être affirmée entre les règles générales du corps dur de la concurrence (article 88 du Traité) et celles afférentes aux domaines spéciaux des industries de réseau, lesquelles tout en relevant de dispositifs particuliers, notamment techniques s'inscrivent aussi dans le respect de principes présents dans l'application des règles de premier cercle par exemple, celui de la transparence et de la non discrimination.

Des lois particulières nationales existent et des Autorités existent pour les faire appliquer, qui ne sont pas remises en cause par l'entrée en vigueur du nouveau droit communautaire comme le sont un certain nombre de dispositions de la loi de 1994.

Dans les deux cas, ce sont plus des précisions dans les définitions et les applications qu'il faut mettre en œuvre par le truchement de communications; celles-ci pourraient être élaborées sous l'égide de la Commission nationale de la concurrence sur le champ des pratiques individuelles pour les distinguer des pratiques relevant de l'article 88 du traité: notamment pour ce qui concerne les refus de vente, les discriminations ou les prix imposés.

Pourraient être également préparées des lignes directrices établies en commun par les autorités spécialisées (ARTP et CRSE) et la Commission nationale de la concurrence pour distinguer les actions préventives à l'accès au marché (autorisations, délivrance de licences...) relevant normalement de la compétence de ces autorités spécialisées et les pratiques relatives à des obstacles à l'accès ou à des discriminations dans la délivrance des prestations de services qui pourraient relever, selon les cas, des autorités nationales ou communautaires.

3. Un aménagement des institutions de la concurrence

a) L'organisation

L'organisation interne du ministère du commerce devrait consolider la prise en charge du fait communautaire accru. Son organisation devra tenir compte de la distinction entre les pratiques relevant de la Commission de l'UEMOA et les pratiques relevant de sa compétence. Pour les premières, le ministère a en effet un pouvoir d'enquête et une charge de transmission des éléments de la procédure au niveau communautaire; pour les secondes, le ministère a un pouvoir de décision le cas échéant partagé avec les juridictions.

b) Les pouvoirs

L'accent doit être mis sur le rôle de surveillance du marché des autorités nationales, ministère et Commission. A cet effet, des enquêtes approfondies avec bilan concurrentiel, par secteurs d'activités, devraient être entreprises marquant un signal fort de l'importance donnée au concept de la

concurrence et à l'instrument central qu'il constitue pour le développement de l'économie. Un partage pourrait être opéré entre les services du ministère et la Commission saisie en particulier lorsque l'enquête débouche sur des questions de principe ou, inversement, lorsque que des questions de principe sont à l'origine de l'enquête.

c) Les ressources

Un renforcement des effectifs formés, dans la mesure du possible, devrait être entrepris. Ce sont aussi les moyens matériels (documentation,..) qui pourraient être renforcés. La Commission devrait être dotée de locaux.

4. Un aménagement des procédures

Le principal champ de réflexion tient à la prise en compte de la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA pour prendre les décisions en matière d'ententes et d'abus de positions dominantes sachant que ses moyens sont limités, que jusqu'à présent les structures nationales s'étaient organisées pour remplir leur rôle dévolus par la loi de 1994 et que des savoir-faire avaient pu se développer tant au sein de l'administration que de la Commission nationale de la concurrence.

S'ajoutent à ces facteurs techniques, des facteurs « psychologiques » d'un sentiment de frustration pour ces structures de se considérer dépossédées de leurs prérogatives qu'il convient de traiter.

Le processus de décision se décompose en trois phases : enquête, instruction, prise de décision.

La première phase est effectuée par les autorités administratives nationales quand un dossier de la Commission de l'UEMOA est préparée par le ministre sollicité par un plaignant ; l'enquête peut être effectuée en commun par les services communautaires et les services nationaux quand la saisine est portée directement auprès de la Commission ; celle-ci peut aussi mandater les services nationaux de procéder à l'enquête à sa place.

Il conviendrait d'encourager le principe d'enquête en commun par les services communautaires et nationaux. Il en est de même pour les enquêtes effectuées pour le compte et sous la coordination de la Commission.

Le stade de la décision ne fait pas l'objet de débat; le rôle du comité consultatif doit être bien défini et effectivement exercé; par conséquent, il serait bon de rendre opérationnel et plus effectif le rôle du comité consultatif auprès de la Commission de l'UEMOA.

La procédure intermédiaire de l'instruction est la plus marquante à développer au sein des structures nationales.

Un partage pourrait être opéré ainsi :

L'enquête serait effectuée par l'administration.

L'instruction serait assurée par la Commission nationale de la concurrence.

La décision serait prise par la Commission de l'UEMOA avec implication forte et suivie du comité consultatif.

Toutefois, une telle orientation devrait être précédée par une étude qui pourrait être confiée à la Commission nationale de la concurrence et qui s'appuierait sur des exemples tirés de sa propre expérience. Un rapport pourrait être rendu avant la fin de l'année. De façon précise devrait être défini ce que serait la procédure d'instruction par rapport à l'enquête. Ce système pourrait être généralisé dans les Etats déjà dotés d'une législation et d'une pratique (cf infra, quatrième partie).

TROISIEME PARTIE :

EXAMEN DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AU BENIN

Introduction

Le Bénin ne disposait pas d'une législation complète et élaborée de la concurrence comme le Sénégal autre pays témoin de cet examen collégial lors de l'entrée en vigueur de la législation communautaire. Néanmoins, pour un Etat dans cette situation, un tel examen collectif est de nature à identifier les dysfonctionnements de son propre marché, et à amener les autorités du pays à prendre conscience de l'importance et de la nécessité de se doter d'une politique de la concurrence, en l'occurrence résultant du Traité de l'UEMOA .

Le Bénin est donc l'un des huit pays membres de l'Union économique et monétaire Ouest africaine (UEMOA).

Situé dans la zone tropicale entre l'équateur et le tropique du Cancer, il est limité au Nord par le fleuve Niger qui le sépare de la République du Niger ; au Nord-Ouest par le Burkina Faso, à l'Ouest par le Togo, à l'Est par le Nigeria et au Sud par l'Océan Atlantique. Sa superficie est de 114.763 Km², s'étendant du Nord au Sud sur 700 Km. De par sa position géographique, le Bénin est un pont naturel, d'une part, vers le Nigeria et, d'autre part, vers le Ghana, la Côte d'Ivoire, via le Togo. La façade Atlantique fait également du Bénin un pays de transit pour les pays de l'hinterland tels que le Niger, le Burkina Faso, le Mali.

Le Bénin a une population de 7,2 millions d'habitants (2004), principalement rurale. Traditionnellement tiré par le secteur tertiaire, la part de ce secteur a baissé pour se situer autour de 50% du PIB; le secteur primaire avec la hausse du Coton est de 36% ; le secteur secondaire représente une part de l'ordre de 14%. La croissance suit une tendance de 5,25% par an en moyenne depuis 1995 avec une inflation moyenne de 3%. Le Bénin est classé au 161^{ème} rang sur 177 des pays selon l'indicateur du PNUD ; son PIB par habitant est de 400 US dollars par habitant.

Les réformes structurelles ne sont pas abouties (pour les ouvertures des marchés notamment) mais le Bénin bénéficie néanmoins de bonnes appréciations des institutions internationales (il respecte les critères de l'UEMOA) et a pu bénéficier d'un programme du FMI d'un montant de 9, 1 millions de dollars.

D'un point de vue politique, le Bénin se caractérise par les changements pacifiques vers la démocratie depuis quelques années après une période d'instabilité politique. Le Bénin, appelé à l'époque Dahomey, a été proclamé République le 4 décembre 1958 et accède à l'indépendance le 1^{er} août 1960, après quelques décennies de colonisation par la France à partir de la fin du 19^e siècle. Commence alors une période instable marquée par la succession de six coups d'Etat entre 1960 et 1972, année à laquelle le commandant Mathieu Kérékou prend le pouvoir.

Le 30 novembre 1975, le Dahomey prend la dénomination de «République populaire du Bénin» (RPB) à l'initiative du gouvernement militaire révolutionnaire. Vers la fin de 1989, les manifestations de mécontentement à l'égard du régime à parti unique entraînèrent l'organisation d'une «Conférence des forces vives de la nation», en février 1990, avec l'annonce par le Président Mathieu Kérékou en décembre 1989 de l'abandon du marxisme-léninisme après dix sept ans d'existence de ce régime.

Sous la présidence de Mgr Isidore de Souza, archevêque de Cotonou, la Conférence, tout en maintenant le Président en place, institue un Haut Conseil de la République et un Gouvernement de transition dirigé par un Premier Ministre, Nicéphore Dieudonné Soglo, organise un référendum le 2 décembre 1990 pour l'adoption d'une nouvelle constitution.

Depuis lors, le Bénin a résolument opté pour une démocratie pluraliste, un Etat de Droit, le respect des libertés fondamentales et le

libéralisme économique. La Constitution, adoptée par la loi n 90-032 du 11 décembre 1990 instaure un régime de type présidentiel. La dernière élection présidentielle d'avril 2006 a été remportée par M. Boni Yayi actuel Président de la République.

La Constitution de décembre 1990 a ouvert la voie pour le renforcement de la décentralisation au profit de collectivités locales. Actuellement, le Bénin est réparti en douze départements et 77 communes créées pour favoriser l'aménagement du territoire et la planification du développement national.

I. CONTEXTE ET HISTORIQUE

A. LE CADRE DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

1. Généralités

Après une profonde crise économique à la fin des années 80, le Bénin a abandonné le système économique centralisé et a opté pour l'économie de marché.

Les profondes réformes liées au processus de transition vers une économie libérale ont permis la mise en place d'un nouvel environnement plus favorable à l'investissement privé. Le premier plan d'ajustement structurel du Fonds monétaire international (FMI) en 1989, a permis une nette amélioration des équilibres macroéconomiques. C'est dans ce contexte que le Bénin a cherché une meilleure intégration de son économie dans le marché mondial : il est ainsi devenu membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et signataire de plusieurs traités bilatéraux et multilatéraux en matière d'investissements.

Au niveau des équilibres macroéconomiques, les réformes ont permis à l'économie béninoise de retrouver le chemin de la croissance.

Depuis 1990 son PIB a progressivement évolué et la croissance économique du pays s'est également améliorée. En 2003, le Bénin a enregistré une croissance de 6,7%, une des meilleures de la région ; l'inflation,

elle, a été maîtrisée (2,3% en 2002). Il faut toutefois ramener ces chiffres bruts à l'accroissement de la population de 3,25%. La croissance économique moyenne a été d'environ 5% sur les cinq dernières années.

Au cours de l'année 2005, l'activité économique a connu un ralentissement de sa croissance avec un taux de 2,9% contre 3,1% en 2004 et pour un objectif de 4,6% retenu dans le programme pluriannuel 2005-2007 mis en œuvre dans le cadre de l'UEMOA au titre de la convergence des performances et des politiques économiques de ses Etats membres [par l'institution d'une procédure de surveillance multilatérale].

Cette évolution est en rapport avec la contre-performance du secteur primaire dont la contribution à la croissance a été de -0,3 point. Cette faible croissance a été obtenue dans un contexte marqué par un relèvement du taux d'inflation, consécutif aux tensions observées sur le marché des produits pétroliers et une forte demande de produits alimentaires en provenance de certains pays sahéliens déficitaires. Le taux d'inflation annuel moyen est ressorti à 5,4% contre 0,9% en 2004.

L'exécution des opérations financières de l'Etat s'est soldée par une amélioration des principaux soldes budgétaires, imputable à une hausse des recettes budgétaires plus importante que celle des dépenses totales. En effet, le déficit global s'est établi à 0,9% du PIB contre 1,0% en 2004.

S'agissant des comptes extérieurs, leur évolution s'est traduite par une réduction du déficit courant qui a représenté 4,5% du PIB contre 7,1% en 2004. Ce résultat est imputable à l'évolution favorable de la balance commerciale et à celle des services nets.

A fin décembre 2005, la situation monétaire a été marquée par une hausse des avoirs extérieurs nets et du crédit intérieur. La masse monétaire a progressé de 26,4% par rapport à fin décembre 2004.

En matière de respect des critères de convergence imposés par l'UEMOA à ses Etats membres, trois critères de premier rang ont été respectés en 2005.

Il s'agit du solde budgétaire de base, du ratio dette publique totale rapportée au PIB nominal et la non-accumulation des arriérés sur la gestion de la période courante. Le critère relatif au taux d'inflation n'a pas été respecté.

2. Les forces et faiblesses structurelles du Bénin

a) L'économie béninoise est dominée par l'agriculture. En effet, 80% de la population active travaille dans le secteur primaire et la seule production de coton est à l'origine de 14% du revenu national. La prédominance de la production de coton est encore plus écrasante dans le commerce extérieur : en effet, il représente entre 70% et 80% de la valeur totale des exportations et 35% des rentrées fiscales (hors douanes).

Il s'agit d'une agriculture extensive à production essentiellement vivrière et pratiquée par 80% de la population active qui s'adonnent à la culture du maïs, du manioc, du haricot, de l'igname, du sorgho. Parmi les produits d'exportation, le palmier à huile, l'arachide et le coton ont été bien vendus ces dernières années.

La production animale demeure modeste. Elle est constituée majoritairement d'ovins, de caprins, de bovins, de volaille et de porcins.

La production halieutique suffit à peine aux populations malgré les possibilités existantes dans ce domaine: cours d'eau permanents aménageables pour la pisciculture.

b) S'agissant du secteur secondaire, l'industrie est encore embryonnaire. La cimenterie, la minoterie, le textile et les transformations alimentaires dominent ce secteur handicapé par les aléas climatiques, énergétiques et conjoncturels du marché international. Pourtant, ce ne sont pas les ressources naturelles qui manquent au Bénin car, en plus des ressources minières déjà exploitées (calcaire d'Onigbolo, réserve d'eau thermique de Possotomé et de Hêtin - Sota, pétrole de Sèmè...) de nombreux gisements inexploités existent au nombre desquels on compte le gisements de fer de

Lombou-Lombou, l'Or de Perma, les phosphates du Mékrou, etc..

Le secteur industriel, qui jusqu'à présent a largement profité des IED, ne représente qu'une part très faible du PIB (14%), alors que le poids du secteur tertiaire (48% du PIB dont 18% pour le commerce) reflète la très forte vocation commerciale du pays qui sert de plate-forme marchande à ses voisins (Burkina Faso, Niger, Nigéria et Togo).

Dans ce contexte, le port autonome de Cotonou joue un rôle stratégique.

c) Le secteur tertiaire est dominé par le commerce et les activités de transport. Une situation géographique exceptionnelle fait de Cotonou un port à vocation régionale. A égale distance des ports de Lagos et de Lomé et plus proche de l'est du Mali et du Burkina, le Port de Cotonou offre une plate-forme de transit portuaire et ferroviaire de dimension internationale pour ces pays enclavés. Le Niger, le Mali et le Burkina disposent sur les quais du port de Cotonou de hangars d'entrepôt de marchandises.

Le commerce est marqué par un fort échange de produits vivriers à l'intérieur du pays, par une importation des produits manufacturés, par une exportation de matières premières (coton, huile de palme, ciment, noix de cajou, agrumes...) et par une réexportation de produits manufacturés vers les pays limitrophes dont notamment le Nigéria.

Les données sur le commerce extérieur sont toutefois à relativiser en raison de l'importance du circuit informel. Bien qu'une évaluation quantitative soit difficile, le commerce informel semble représenter environ un quart des importations et 50% des exportations, en particulier vers le Nigéria.

B. LE RÔLE DE L'ETAT DANS L'ÉCONOMIE BÉNINOISE

A l'image de la plupart des Etats d'Afrique de l'Ouest, au moment de son indépendance le Bénin opte pour la voie capitaliste de développement, sur fond d'interventionnisme étatique. Dans le cas d'espèce du Bénin, cela s'est poursuivi jusqu'en 1972,

année d'avènement du régime révolutionnaire se réclamant du marxisme-léninisme.

L'option «socialiste» de développement adoptée par le Bénin entre 1972 et 1990 s'est traduite par la prédominance de l'Etat dans le secteur productif et financier de l'économie au détriment du secteur privé. Dans de multiples domaines (banques, industrie sucrière, cimenterie, pétrole, engrais...), les entreprises nationalisées jouissaient d'un monopole et d'un niveau de protection élevé. Probablement en grande partie pour cette raison, elles se sont révélées peu efficaces et extrêmement coûteuses pour la collectivité. A l'inverse, l'activité économique privée fut entravée par un ensemble de réglementations contraignantes, sans pouvoir compter sur des incitations adéquates à l'épanouissement de ses initiatives.

La politique d'industrialisation était supposée aboutir à la création de plusieurs milliers d'emplois. Or, en dépit des efforts d'investissements par l'Etat, le volume des effectifs engagés dans les sociétés d'Etat et les entreprises parapubliques ne représentait que 6,2% de la population active non-agricole en 1971 et 6,3% en 1985.

Après une brève période de relative prospérité (1977-1980) où les politiques gouvernementales et une conjoncture internationale favorable permirent une croissance moyenne de l'ordre de 5% par an, la situation économique ne tarda pas à révéler les limites des options retenues par le régime en place.

Des facteurs tels que la fin du boom pétrolier au Nigeria et de l'uranium au Niger, l'écroulement des cours des matières premières, la dépréciation de la monnaie nigériane ont provoqué le ralentissement de la croissance et une aggravation des déséquilibres extérieurs. Le fléchissement du revenu par tête qui a accusé une décroissance moyenne de 1 pour cent par an entre 1981 et 1990 traduit un appauvrissement continu de la population et un recul de la demande finale. Ces facteurs, associés à la réalisation de projets ou d'entreprises mal conçus ou mal gérés, ont fini par plonger le pays dans une profonde crise économique, politique et sociale.

Parallèlement, les finances publiques étaient devenues ingérables: le déficit budgétaire global s'est maintenu entre 1985 et 1988 à un niveau élevé, proche de 11% du PIB. Ce phénomène a conduit le gouvernement à accumuler des arriérés importants auprès des créanciers extérieurs et intérieurs qui se sont alors trouvés en face de problèmes de trésorerie (entrepreneurs) ou sans leurs traitements (fonctionnaires et enseignants), l'ensemble concourant à la contraction de la consommation domestique, au freinage de l'activité économique et au mécontentement social.

Le tassement observé des recettes fiscales à la même période traduisait le grippage général de l'économie: détérioration de la situation des entreprises publiques et privées, implosion du système bancaire, augmentation des importations frauduleuses, développement de l'évasion fiscale et informalisation croissante de l'économie. Le taux d'endettement du Bénin s'est fortement accentué ; il est passé de 30 à 48% du PIB entre 1980 et 1988, le ratio du service atteignant 32% des exportations cette dernière année.

Cette situation de graves déséquilibres que le gouvernement ne parvenait plus à maîtriser a conduit à de graves tensions politiques et sociales. En décembre 1989, le Président annonce l'abandon du marxisme-léninisme sous la pression du mécontentement populaire et des bailleurs de fonds.

C. LES RÉFORMES ÉCONOMIQUES

Depuis la Conférence Nationale des Forces Vives de la Nation de février 1990, le Bénin a résolument opté pour une démocratie pluraliste, un Etat de Droit, le respect des libertés fondamentales et le libéralisme économique. Dès lors, le Gouvernement béninois va s'engager à réduire les déséquilibres macro-économiques hérités de la décennie 80, mais aussi à créer un environnement favorable au développement du secteur privé.

L'option libérale de l'économie va amener, d'une part, au démantèlement des rigidités administratives défavorables à l'initiative

privée et d'autre part au désengagement progressif de l'Etat des secteurs productifs de l'économie entraînant de ce fait le développement des activités privées.

Ainsi, les nombreuses réformes entreprises sur les plans économique, institutionnel, juridique, fiscal et tarifaire, ont permis d'accroître le flux des investissements privés tant nationaux qu'étrangers.

1. Les modalités

La décennie 90 a été marquée par la mise en place d'un vaste programme de réformes visant la stabilisation et la libéralisation de l'économie. La Constitution du 11 décembre 1990 a consacré le droit de propriété, le principe d'égalité de traitement de toute personne devant la loi, le droit de libre établissement sans distinction de nationalité et le principe du traitement national en matière d'investissements. Un nouveau code des investissements a été adopté et une agence de promotion, le Centre de promotion des investissements (CPI), a été établie. La nette amélioration du cadre de l'investissement et le vaste programme de privatisation et de libéralisation ont permis au Bénin d'enregistrer une augmentation significative des flux entrants d'investissements étrangers directs (IED).

La politique de réforme lancée à la fin des années 80 a notamment permis la privatisation de nombreuses entreprises publiques et la libéralisation de certains secteurs.

Plus précisément, un grand programme de dénationalisation et de privatisation a été entrepris dans le cadre de la loi n° 92-023 du 6 août 1992 qui définit les principes de la dénationalisation et des transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. Différentes procédures de privatisation ont été utilisées, à savoir la location-gérance, la cession d'actifs, les participations au capital, etc. Les opérateurs privés étrangers ont en principe le droit de reprendre la totalité du capital d'une entreprise privatisée. Dans des cas spécifiques, toutefois, par exemple lors de la privatisation des cimenteries de la SCB et de la SONACI et de la brasserie La Béninoise),

un certain pourcentage du capital a été réservé aux nationaux (moins de 25%) et aux salariés de l'entreprise (moins de 5%). Le secteur privé local a participé activement au processus de privatisation, surtout à partir de 1993: la COBENAM (navigation), la SOTRAZ (transport), l'usine de noix de cajou de Parakou, la SONACOP (commercialisation des produits pétroliers) et le Centre de stockage de pétrole brut de Sèmè-Kraké, etc., ont été repris par des nationaux.

Le bilan des privatisations est mitigé : il y a eu des cessions dans le domaine industriel (brasseries, huileries, sucreries, cimenteries, filatures, tabac, pétrole) et dans celui des services (banques, tourisme). Ainsi, les privatisations ont permis à l'État de poursuivre sa politique d'assainissement des finances publiques : le total des montants effectivement encaissés par l'État équivaut à 33 561 507 660 FCFA (soit 64 375 470 dollars).

Par ailleurs, les services d'utilité publique (eau, électricité, télécommunications, port, aéroports) et le secteur du coton, véritable moteur de l'économie nationale, restent encore soumis à réforme. Un certain nombre d'entreprises étatiques, n'ayant pas trouvé de repreneurs, ont été liquidées; d'autres ont été privatisées¹¹⁰.

¹¹⁰ *Source*: Ministère d'État chargé du Plan du Bénin, Cellule des opérations de dénationalisation, 2004.

Entreprises privatisées

- en 1990, la SOBETEX intervenant dans le textile a été rachetée par le Groupe Shaeffer (France) à 521 949 dollars, sous la forme du Rachat de 49% des actions détenues par l'État, avec 20% des actions réservés aux nationaux ;
- en 1990, la MANUCIA (Tabac) a été cédée à Rothmans International (Grande-Bretagne) à 2 546 816 dollars, sous la forme de privatisation à 100% ;
- en 1991, la SONACI (Ciment), a été achetée par la SCANCEM (Norvège) à 7 857 001 dollars, sous forme de privatisation à 100% , avec 20% du capital réservé aux nationaux ;
- en 1991, la SCB (Ciment) a été cédée au Groupe Amida (France) pour 2 035 972 dollars, sous forme de rachat de 50% des actions détenues par l'État, avec 25% du capital réservé aux nationaux ;
- en 1991, les Abattoirs de Cotonou (Agroalimentaire) ont été rachetés par Agroplus (France) pour 9 717 138;
- en 1992, la Béninoise (Boissons) a été achetée par Castel/BGI (France) pour 14 455 400 dollars, sous forme de cession d'actifs, avec 20% du capital réservé aux nationaux, 5% aux salariés, 8% à l'État ;
- en 1994, la SEB (Agroalimentaire), a été vendue à Hydrochem (France) pour 666 318 dollars, sous forme de liquidation avec cession d'actifs ;
- en 1997, la SONICOG (Huileries) a été vendue à SIFCA (Côte-d'Ivoire) pour 9 365 471 de dollars, sous forme de cession d'actifs de 5 huileries et une savonnerie ;
- en 1997, la SONICOG (Huileries) a été vendue à L'Aiglon (Suisse) pour 1 860 138 dollars, sous forme de cessions d'actifs, centre de stockage et d'embarquement des huiles ;
- en 1999, la SCO (Ciment) a été achetée par le Groupe SCB-Lafarge (France) à 3 331 590 dollars/an, sous la forme de location-gérance d'un complexe sucrier intégré ;
- en 2003, la SSS (Sucrierie) a été cédée au Groupe Complant (Chine) pour 1 850 884 dollars /an, sous la forme de location gérance ;
- en 2003, Bénin Marina Hôtel (Hôtellerie) a été repris par le Groupe BMD (Espagne) pour 925 442/an, sous forme de location-gérance.

Cette première vague de privatisation a été suivie d'un ralentissement du programme malgré la volonté de le poursuivre, tantôt parce que l'Etat béninois n'a pas trouvé de repreneur, tantôt parce que cela concernait des secteurs pour lesquels une telle opération s'avérait délicate, non seulement en raison de leur importance stratégique, mais également du fait de l'opposition sinon de la réticence d'une partie des acteurs sociaux.

2. Les secteurs concernés par les réformes structurelles

Il s'agit pour l'essentiel des services d'utilité publique (télécommunications, électricité, eau, port) mais aussi d'autres secteurs cruciaux comme celui du coton. Ceci ne signifie évidemment pas que l'ensemble des secteurs n'aient pas été impliqués.

a. le secteur des télécommunications

Un nouveau cadre organisationnel et réglementaire a été établi pour accroître la compétitivité du secteur par l'*Ordonnance n° 2002-002 du 31 janvier 2002 portant sur les principes fondamentaux du régime des télécommunications au Bénin*.

Il prévoit : i) la création d'un environnement favorable à l'entrée des investisseurs privés; ii) la définition des règles de concurrence applicables dans le secteur; iii) la séparation des secteurs des postes et des communications de l'Office des postes et télécommunications (OPT); iv) la libéralisation du marché des télécommunications; v) l'accès universel aux services des télécommunications et vi) l'ouverture de participation au capital de l'opérateur historique des télécommunications.

L'opérateur de télécommunications issu de l'opérateur historique bénéficiera d'une licence d'exclusivité transitoire dont l'étendue et la durée sont fixées par décret, pris en Conseil des Ministres, sans que cette exclusivité puisse s'étendre au-delà du 31 décembre 2005, date à laquelle tous les réseaux et services de télécommunications seront ouverts à la concurrence. L'accès au service universel est mentionné d'une manière très générale dans la législation. Selon les autorités, ce service est assuré par l'Office des postes et télécommunications (OPT), en attendant l'installation effective de l'Organe de Régulation des Télécommunication créé par l'ordonnance précitée.

A la suite de l'adoption de ce texte, l'OPT est séparée en deux entités distinctes : la Société Bénin Télécom S.A et la Poste du Bénin S.A.¹¹¹ mais sans privatisation.

¹¹¹ la société Bénin Télécom S.A. par le décret n° 2004-260 du 05 mai 2004 et la société « La Poste du Bénin S.A. » par le décret n° 2004-365 du 28 juin 2004.

L'ordonnance dispose que les réseaux et services sont soumis à quatre catégories de régimes avec des obligations particulières liées à chacun d'eux, à savoir : le régime de l'autorisation, le régime du permis, le régime de la déclaration préalable, le régime des réseaux et services fournis librement.

En 1999, en lançant un appel d'offre public, le Bénin commença la libéralisation progressive de la téléphonie mobile, jusqu'à cette date desservie par le réseau cellulaire de l'OPT, avec la participation de trois sociétés privées (BENINCELL, TELECEL, BBCOM) et une semi-publique (LIBERCOM-OPT). Les contrats ont été signés pour une période de 10 ans. Jusqu'à fin février 2004, il semble qu'il existait une *entente tacite* entre les opérateurs mobiles, pour fixer leurs tarifs à des niveaux similaires. Néanmoins, depuis le 1er mars 2004, le Gouvernement a mis en place un décret prescrivant la baisse des tarifs des communications du réseau mobile de l'ordre de 20 et 40 pour cent.

Un tel contexte peut expliquer en partie la situation difficile qui a existé jusqu'à très récemment dans ce domaine des télécommunications, comme nous le révèle le compte rendu du Conseil des ministres du 18 janvier 2007 au cours duquel, le Ministre délégué chargé de la communication et des nouvelles technologies a soumis au Gouvernement les résultats des travaux du Comité ad' hoc chargé du recensement et de la vérification de la légalité des activités des prestataires des services de télécommunications au Bénin.

De l'étude de cette communication, il ressort les constats critiques suivants :

- des violations par quarante sept opérateurs sur cinquante visités, pour tout ou partie de leurs activités, des textes sur l'établissement et l'exploitation des réseaux concernés ;
- l'accès à l'international des réseaux exploités sans aucune autorisation des Autorités compétentes ;
- l'utilisation de fréquences en violation de la réglementation;

- la fourniture sans autorisation des services de télécommunications au public ;
- le non respect de la législation, notamment du Décret portant Règlement des installations et exploitations d'équipements de radiotéléphonie cellulaire mobile terrestre et de celles de l'Ordonnance n° 2002-002 du 31 janvier 2002;
- l'exploitation sans contrepartie des équipements de Bénin Télécoms SA par certains opérateurs privés ;
- l'existence de pratiques de mal gouvernance à Bénin Télécoms SA. ;
- l'inorganisation doublée d'une ouverture incontrôlée sans vision à long terme qui a plongé le secteur des télécommunications et des technologies de l'Information et de la Communication (TIC) dans le désordre;
- le développement de pratiques frauduleuses qui ont ruiné les acquis du

Bénin dans ce domaine et limité considérablement les opportunités que ce secteur aurait dû créer pour l'économie nationale en termes de richesse et d'emplois ;

- des préjudices importants ainsi causés aux populations béninoises et à l'Etat, tout en maintenant les investisseurs et les opérateurs eux-mêmes dans un malaise permanent.

Cette situation a eu pour conséquence de priver l'Etat d'importantes recettes d'exploitation des secteurs des télécommunications et des TIC et de plonger Bénin Télécoms SA et le pays tout entier dans un lourd endettement. Des mesures lourdes ont été décidées pour d'une part assainir la situation et initier des réformes structurelles.

Les mesures dans le secteur des télécoms:

- accélérer l'audit de Bénin Télécoms SA et la mise en place effective de l'Autorité de Régulation des Télécommunications;
- supprimer immédiatement tous les accès à l'international effectués hors des installations de Bénin Télécoms SA ;
- suspendre tous les arrêtés portant autorisation de prestations de services de télécommunications telles que: la Voix sur IP (Vo IP), la Boucle Locale Radio (BLR), le WIFI, le WIMAX, l'ADSL, les cartes prépayées, à l'exception des fournisseurs d'accès à l'Internet et des Opérateurs de Cybercafé qui exploitent légalement leurs activités ;
- démanteler sans délai les installations techniques destinées à la fourniture des Services de télécommunications par satellite (VSAT) non autorisées ou utilisées pour fournir des services ouverts au public en violation des textes en vigueur ;
- faire cesser sans délai, les services non encore ouverts à la concurrence (téléphonie fixe et cabine téléphonique mobile utilisées à des fins de téléphonie fixe) offerts par les opérateurs privés GSM ou autres en violation des textes ;
- relever le prix des licences;
- annuler l'Arrêté interministériel portant autorisation de l'interconnexion directe accordée à BELL BENIN COMMUNICATION pour relier directement son réseau à celui de TELECEL ;
- examiner les conditions dans lesquelles a été opérée récemment la mutation entre Télécel et Moov.

A cela pourraient s'ajouter des mesures sous l'angle des procédures du droit de la concurrence...

b. Le secteur de l'énergie (produits pétroliers, électricité et eau)

La dépendance énergétique (électricité, pétrole et toute autre forme d'énergie) du

Bénin de l'extérieur constitue une contrainte majeure pour le développement du pays et une lourde charge pour les finances publiques, dont les dépenses d'importation énergétique totale atteignaient 4,4% du PIB

en 2000 (Ministère des mines, de l'énergie et de l'hydraulique (2003))¹¹².

La biomasse reste de loin l'énergie la plus consommée, suivie des produits pétroliers et de l'électricité, avec 31% et 2% respectivement sur les consommations finales d'énergies. La structure de la consommation énergétique fait apparaître l'importance des ménages, qui représentaient 66% des consommations finales d'énergie, suivis des transports avec 19% et de l'industrie avec seulement 3%¹¹³.

Les produits pétroliers (ou les hydrocarbures)

Le Bénin ne produit pas de pétrole et les hydrocarbures représentaient en 2002 environ 12% des importations (60,1 millions de dollars EU) (Ministère des mines, de l'énergie et de l'hydraulique (2003)). Toutefois, des travaux de prospection ont permis de mettre en évidence des potentialités à l'égard de réserves pétrolières (estimées à 4,58 milliards de barils).

Les prix de vente des produits pétroliers sont fixés par décret. En 2000, l'importation illicite de combustibles depuis le Nigeria, à des prix considérablement inférieurs, était estimée à environ 18% des importations totales des produits.

Cette activité illicite semble s'être développée pendant les deux dernières décennies non seulement à cause de la forte dépréciation du Naira, mais aussi du fait que les produits pétroliers nigériens sont fortement subventionnés par le Gouvernement du Nigeria. Ce sont surtout les essences, le gasoil destiné au transport et le pétrole lampant qui sont affectés par la fraude. (Ministère des Mines de l'énergie et de l'hydraulique (2003)). (Rapport OMC 2004)

¹¹² Cf Organisation mondiale du Commerce (OMC), Organe d'examen des politiques commerciales, « Examen des politiques commerciales Bénin », Rapport Secrétariat Exécutif, 24 mai 2004, p. 68.

¹¹³ Idem.

D'autres estimations vont bien au-delà de ces chiffres, en évaluant à près de 60% voire 80% la quantité de carburant fournie par les réseaux d'approvisionnement illicites pour la consommation des béninois¹¹⁴.

Une telle présence du secteur informel (près de 80%) est à l'origine de fréquentes pénuries ; les petits distributeurs du secteur informel, qui vendent dans les quartiers et au bord des routes les produits pétroliers de contrebande de qualité douteuse et à faible prix tendent à chasser de ce marché les distributeurs légaux (les stations services appartenant en grande partie à des sociétés pétrolières comme Total, SONACOP et TEXACO) confrontés à de plus lourdes charges d'exploitation.

Les activités du secteur des hydrocarbures sont assurées par le Ministère des mines, de l'énergie et de l'eau (pour la réglementation, le contrôle et les activités d'exploration et de production) et le Ministère de l'industrie et du commerce pour le commerce des produits pétroliers à travers la Direction de la Promotion du Commerce Intérieur.

Jusqu'en 1995 la distribution et la commercialisation des produits pétroliers et de leurs dérivés étaient assurées exclusivement par l'Etat à travers la Société nationale de commercialisation des produits pétroliers (SONACOP).

En application des décisions prises par la Conférence des forces vives de la nation de 1990, le Gouvernement a décidé de libéraliser en 1995, les activités de distribution des produits pétroliers. Aujourd'hui, il y a plusieurs sociétés qui exercent ou ont exercé ces activités de distribution. On peut citer entre autres la SONACOP, SHELL, TOTAL, TEXACO, ARICOCHE SUPER OIL, ORYX, AGP, AFRIPETROL, EAO PETROLEUM, etc.

L'approvisionnement en produits pétroliers fait face à des problèmes structurels. Les capacités de stockage semblent insuffi-

¹¹⁴ Voir Rapport OCDE 2006.

santes. Les compagnies pétrolières n'ont pas réalisé les investissements nécessaires pour maintenir en état les capacités existantes.

L'électricité et l'eau

L'approvisionnement en énergie électrique du Bénin a dépendu en 2005 pour 86,84% de l'importation d'énergie de l'extérieur, avec une production propre représentant 13,16% de la demande totale¹¹⁵.

Le taux d'accès à l'électricité varie de 79,11% (Littoral) à 4,64% (Atacora) à fin 2004. Le taux d'accès à l'électricité au niveau national est de 22,05%¹¹⁶.

La distribution a été pendant longtemps le monopole d'un établissement public, la Société béninoise d'eau et d'électricité (SBEE). Celle-ci l'achetait à une autre société publique (bi-étatique entre le Bénin et le Togo), la Communauté électrique du Bénin (CEB), qui l'importe. L'importation d'électricité provient essentiellement du Ghana, de la Côte d'Ivoire et du Nigeria.

Le gouvernement a élaboré de nouveaux textes, pour doter ce secteur d'instruments juridiques adéquats: l'Accord international portant Code bénino-togolais de l'électricité; le décret portant création de la SBEE, le décret portant création de l'ABERME, le Code national d'électricité portant loi d'orientation du secteur, le décret portant création de l'Autorité de régulation.

¹¹⁵ Voir notamment : République du Bénin, Ministère des mines, de l'énergie et de l'hydraulique, Société Béninoise d'énergie électrique (SBEE), Direction des Etudes et de la planification (DEP), « Rapport d'activités : Electricité, exercice 2005 », Document dactylographié, Mars 2006, p. 6.

¹¹⁶ Cf Helio International (Observatoire de la viabilité énergétique 2005-2006), « Energie et écodéveloppement : République du Bénin », Rapport 2006 établi par Moutairou Raoufou BADAROU (Directeur général de l'énergie) et E.C Herbert KOULETIO (en service à la Direction générale de l'énergie), p. 16).

La réalisation du projet de construction d'un gazoduc allant du Nigeria au Ghana devrait permettre au Bénin, et aux autres pays (Togo, Côte d'Ivoire et Ghana) d'importer du gaz naturel du Nigeria pour la production d'électricité.

C'est dans ce contexte qu'interviendra en 2003 et 2004 la séparation de la Société béninoise d'eau et d'électricité (SBEE) en deux sociétés distinctes: la Société Béninoise d'Énergie Électrique (SBEE) et la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB).

En ce qui concerne l'électrification rurale, un décret a créé l'Agence d'Électrification Rurale qui sera chargée de mettre en œuvre la nouvelle politique d'électrification rurale. Enfin pour ce qui concerne la SONEB, la nouvelle loi organique prévoit que l'eau serait gérée par les communes et à cet effet, un transfert vers les communes est envisageable.

Le constat dominant est que la distribution des services d'utilité publique (eau et électricité) n'est pas satisfaisante dans l'ensemble du pays et que l'accès au réseau électrique et à l'eau courante est un obstacle aux projets des investisseurs privés ; face à cette situation, l'hypothèse d'une privatisation des sociétés est posée afin de parvenir à une gestion plus efficace du secteur.

c. La filière coton (et le secteur du textile)¹¹⁷

Le coton occupe une position stratégique dans la politique de développement et dans le programme de réduction de la pauvreté du Bénin et de ses partenaires de l'UEMOA.

¹¹⁷ Source: Ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche (2002). Point sur l'évolution des processus de libéralisation de la filière coton et de la privatisation de la SONAPRA; Arrêté interministériel (Rapport OMC 2004)

Les autorités se sont donc efforcées de réformer la filière par une privatisation partielle de la commercialisation et par l'ouverture du marché de la distribution des intrants. La déréglementation du secteur s'est traduite par la levée formelle de l'exclusivité d'achat de la Société Nationale pour la Promotion Agricole (SONAPRA) sur l'achat du coton graine (depuis la campagne 2003-2004), la distribution de quantités de coton graine négociée au sein de l'interprofession et la fixation du prix du coton plus en rapport avec les prix à l'exportation. Depuis 1993, la commercialisation du coton graine a été transférée aux Organisations Paysannes (OP).

Les prix à la production ont été fixés par le gouvernement jusqu'à la campagne 2001-02, de manière à "assurer l'équilibre de la filière". Lors de cette campagne, en raison de la chute importante des cours en 2001, les subventions de l'État furent de l'ordre de 1 milliard de francs CFA (environ 1,6 millions de dollars EU) afin de soutenir le prix d'achat du coton graine à 200 francs CFA par Kg (environ 0,3 dollars EU). L'État a donc pris à sa charge les 35 francs CFA qui séparaient le prix de cession aux égreneurs (165 francs CFA) du prix versé aux cultivateurs de coton (200 francs CFA).

Réformes dans la filière coton et la SONAPRA

Les réformes dans la filière béninoise de coton sont en cours depuis 1988 afin d'assurer les conditions d'un développement durable de la filière dans son ensemble, et de garantir une bonne valorisation du patrimoine de l'État cédé au secteur privé.

Lors d'une première étape allant jusqu'à 1999 : suppression des subventions sur les intrants (1988), encouragement d'une participation accrue des opérateurs privés (y compris les organisations paysannes) (à partir de 1993), et transfert (1998) des activités industrielles et commerciales des Centres d'action régional pour le développement rural (CARDER) vers l'entreprise publique Société Nationale pour la Promotion Agricole (SONAPRA), dont l'objectif est la diversification agricole et le développement de nouvelles filières d'exportation. Depuis 1995, la capacité d'égrenage du pays a augmenté avec l'autorisation d'installer huit usines privées venant se rajouter aux dix usines égreneuses de la SONAPRA.

À partir de 1999, la réforme se poursuit en s'appuyant sur un nouveau cadre institutionnel et réglementaire. Les nouvelles structures créées au niveau de l'État sont: i) le Comité de suivi des études de valorisation et de modalités d'ouvertures du capital social de la SONAPRA, et ii) le Comité de pilotage de la réforme de la filière coton. Au niveau du secteur privé elles sont: i) l'Association Interprofessionnelle du Coton (AIC); ii) l'Association professionnelle des égreneurs du Bénin (APEB); iii) le Groupement Professionnel des distributeurs d'intrants agricoles (GPDIA) et iv) la Centrale de sécurisation de paiement et de recouvrement (CSPR).

L'ampleur des réformes s'étend aussi à la SONAPRA, laquelle le 17 novembre 1999, perd son exclusivité sur l'approvisionnement et la distribution d'intrants en faveur des organisations paysannes chargées à partir de la campagne 2001-02 du suivi de l'organisation des opérations de consultation pour l'approvisionnement en intrants.

Depuis juin 2000 le monopole de la SONAPRA sur la commercialisation primaire du coton graine est aussi éliminé.

Depuis janvier 2000, un "plan d'amélioration du profil" fut mis en oeuvre pour assainir la situation financière de la SONAPRA et la rendre attractive lors du lancement du processus de sa privatisation. En 2002 les acteurs de la filière coton ont défini un schéma de privatisation de la SONAPRA en lot unique, suite auquel l'État conserverait 34% de ses actions et céderait les

66% restantes aux privés de la manière suivante : 51% pour le bloc stratégique, 10% pour les producteurs et 5% pour le personnel SONAPRA. En l'an 2003, après un deuxième appel d'offres (premier appel annulé pour insuffisance d'offres), la Banque Belgo-luxembourgeoise fut choisie pour assister le gouvernement dans l'opération de privatisation de la SONAPRA.

La production de coton-graine est en pleine expansion ces dernières années, passant par exemple de 161 000 tonnes en 1992/93 à 370 000 tonnes en 1998/99. Celle du coton-fibre, qui suit la même augmentation, a atteint 254 000 tonnes. Toutefois, malgré les faibles coûts de production et la bonne qualité du coton béninois, un nombre limité d'activités à valeur ajoutée dans l'industrie cotonnière s'est développé au Bénin. Le pays n'a pas réussi à créer une véritable industrie textile à la différence d'autres pays de la sous-région. Le faible niveau d'industrialisation et une certaine vision à court terme des opérateurs privés locaux ont contribué à cette situation. Ainsi, seulement 3% du coton fibre fait l'objet d'une transformation au Bénin.

Le territoire béninois ne compte que cinq usines de filatures et de finissage de coton : Label Coton Bénin, Société des Industries Textiles (SITEX) du Bénin, Société béninoise de textile (SOBETEX), Compagnie textile du Bénin (COTEB), ex-Industrie béninoise de textile (IBETEX), Marlan's Filature SA.

La filière des oléagineux de la graine de coton est largement sous-exploitée au regard des capacités de la production nationale et d'égrenage¹¹⁸; elle est souvent soumise à des pratiques d'entrée frauduleuse.

Une telle situation ne peut être détachée de celle du contexte régional des pays d'Afrique de l'Ouest et du Centre où des taux de croissance du secteur industriel textile ont été supérieurs à ceux des pays d'Asie du Sud Est. Au début des années 1980, une quarantaine d'entreprises textiles occupaient largement l'important marché régional des pagnes fancy et wax. Elles produisaient aussi des filés et des tissés dont

une partie était destinée à l'exportation. Certaines d'entre elles se lançaient dans des productions de tissus synthétiques, de produits confectionnés et d'articles textiles pour l'industrie.

En 2004, seules quelques entreprises poursuivent des activités pouvant être jugées comme véritablement satisfaisantes : UNIWAX et COTIVO en Côte d'Ivoire et Cotonnière du Cap Vert au Sénégal, FITINA SA, récemment créée au Mali, produisant du fil de bonne qualité exporté en Europe. Quelques projets de relance existent également, notamment avec des repreneurs indiens ou chinois (projet INDOSEN).

Plusieurs raisons expliquent la tendance à la disparition de l'industrie textile :

- la très forte concurrence à l'échelle mondiale ;
- la concurrence déloyale à travers les importations frauduleuses, la contre-façon des imprimés, la friperie. Par exemple, l'écart entre les tissus imprimés localement et les importations frauduleuses est de l'ordre de 40% dans un des pays dans la Région ;
- l'absence d'un véritable marché régional, chaque pays cherchant à « réserver son marché à ses propres industries »;
- le faible niveau des investissements productifs se traduisant par l'existence d'un parc d'équipement obsolète ;
- les coûts de certains facteurs très élevés (énergie, transport...);
- la mauvaise gestion dans bon nombre de cas : absence de recherche de compétitivité, effectifs pléthoriques et manque de productivité ;
- l'environnement des affaires peu propice à l'arrivée de nouveaux

¹¹⁸

(http://www.developpementbenin.org/doc2.1/orblanc_2_1.pdf)

investisseurs: difficultés politiques dans certains pays, pratiques abusives de certaines administrations, faiblesse des protections légales, fiscalités lourdes dans certains cas... ;

Résultats : des dizaines d'entreprises textiles ont fermé et des grands groupes textiles européens (DMC, Willot...) se sont retirés de la Région¹¹⁹.

¹¹⁹ (Centre pour le Développement de l'Entreprise (CDE), « Forum UE-ACP sur le coton. La transformation du coton dans l'UEMOA », CDE – Juin 2004) ».

Le cas de la Société béninoise de textile (SOBETEX) visitée lors de notre mission d'audit et d'information à Cotonou le 26 janvier 2007 dans la zone industrielle d'Akpakpa est illustratif à cet égard. Cette usine, qui était au départ une société d'Etat, ensuite reprise par un groupe privé, et qui à ses moments de pleine activité employait plus de 600 personnes, est aujourd'hui fermée la plupart du temps, ne reprenant épisodiquement du service (sur commande ponctuelle de pagnes imprimés) que par exemple pour 3 jours dans le mois, avec un maximum de 48 employés. Cette usine attend un hypothétique repreneur, avec un matériel apparemment obsolète qui daterait des années 1970, dans un contexte de forte concurrence chinoise inondant le marché béninois de textile en tous genres déifiant tous les prix proposés par les producteurs locaux.

Face à cette situation de faible transformation locale du coton et de crise du secteur de l'industrie textile, les autorités béninoises ont adopté un Plan de relance des activités de la Société des industries textiles du Bénin (SITEX) de Lokossa et du Complexe textile du Bénin (COTEB) de Parakou, ex-Industrie béninoise de textile (IBETEX) (Conseil des Ministres du 31 octobre 2006).

Par ailleurs pour lutter contre la « concurrence déloyale » et la contrefaçon a été adopté un arrêté (n°057/-Micpe/Dc/Sg/Dcci/Src du 19 mai 2005) portant organisation de la commercialisation de certains textiles en République du Bénin, par le ministre du commerce¹²⁰. Cet arrêté interdit toute vente en détails de tissus, autrement qu'en gros (conteneur) et en demi-gros, avec un minimum de cinq (5) balles fermées.

Il est clair qu'au delà des questions de commercialisation au plan local, le problème de fond est celui des subventions (américaines et européennes) à leurs producteurs nationaux pour la production de coton vendu par la suite sur le marché international face à celui de l'Afrique de l'Ouest et du Centre dont celui du Bénin.

Le coton a une importance économique et sociale majeure dans ces deux sous-régions du continent africain qui se sont hissées au rang de deuxième exportateur mondial en 2002 derrière les Etats-Unis. Il constitue le troisième produit agricole d'exportation du continent, après le cacao et le café.

¹²⁰ (Cf notamment Le Matinal du 29 août 2006).

L'Afrique de l'Ouest et du Centre exporte à plus de 90% sa production cotonnière et apparaît donc fortement dépendante du marché mondial, de ses aléas conjoncturels et des politiques mises en oeuvre dans les pays concurrents¹²¹.

Face à ces problèmes de concurrence et de compétitivité touchant une partie de ses Etats membres dans le domaine du coton et du textile, l'UEMOA va également s'impliquer pour tenter de trouver des solutions, avec la Décision n° 15/2003/CM/UEMOA du 22 décembre 2003 portant adoption de l'agenda pour la compétitivité de la filière coton-textile dans l'UEMOA.

¹²¹ En novembre 2001, alors que le cours mondial du coton est à un niveau particulièrement bas, les producteurs de coton d'Afrique de l'Ouest lancent un appel pour une suppression des subventions américaines et européennes au secteur coton. Cet appel ne sera relayé qu'en 2003 avec la plainte du Brésil devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC contre les subventions américaines au secteur coton, puis le lancement en mai de l'Initiative sectorielle en faveur du coton, soumise par le Bénin, le Burkina Faso, le Mali et le Tchad. Le Brésil a obtenu gain de cause en septembre 2004 lors des conclusions du panel, avec une confirmation en appel en mars 2005. Les États-Unis doivent donc supprimer leurs subventions aux exportations dans un délai « raisonnable » à négocier avec le Brésil. De leur côté, les quatre pays africains maintiennent leur pression.

Six axes stratégiques de l'UEMOA

Axe 1 : la création et la mise en place d'un Fonds régional de promotion de la production du coton et d'incitation à la transformation locale de la fibre de coton en vue de (i) sécuriser les revenus des producteurs de coton et (ii) attirer l'investissement privé dans la transformation de la fibre de coton ;

Axe 2 : la création et la mise en place d'un Fonds régional d'investissement pour le développement de l'industrie textile de l'UEMOA ;

Axe 3 : le lancement d'une concertation sectorielle permanente Etat-secteur privé autour de l'ensemble des actions à mettre en œuvre pour la compétitivité de la filière ;

Axe 4 : l'élaboration et la mise en œuvre d'un programme régional de formation aux métiers du textile notamment à travers le Centre de Recherche et de Formation de l'Industrie Textile - CERFITEX- (Ex Ecole Supérieure des Industries Textiles -ESITEX- de Ségou) au Mali ;

Axe 5 : la mise en place d'un dispositif régional de centres techniques textiles ;

Axe 6 : le lancement d'une campagne de communication active de l'Agenda et de promotion de la zone UEMOA, dont la mise en œuvre suppose la mobilisation de tous les acteurs (les pouvoirs publics, les institutions régionales et internationales, les investisseurs internationaux et les opérateurs économiques privés).

Le Rapport 2006 de la Commission de l'UEMOA fait état de l'initiative sectorielle en faveur du coton des trois Etats membres de l'UEMOA (Bénin, Burkina Faso et Mali), auxquels s'est joint le Tchad.

d. Médias et communication.

Le paysage médiatique béninois a connu une évolution importante après les événements politiques : de nombreux titres sont apparus, mais la plupart n'ont pas pu survivre au-delà de quelques numéros, essentiellement pour des raisons économiques. Actuellement certains ont une périodicité fortement aléatoire tandis que d'autres réapparaissent uniquement en période électorale. Les premiers titres parus à la fin des années 80 furent *La Gazette du Golfe*, *Le Forum de la Semaine* et *Tam-Tam Express*.

Il existe aujourd'hui de nombreux quotidiens qui apparaissent régulièrement. Au nombre de ceux-ci on peut citer les connus, à savoir *La Nation*, *Le Matin* depuis 1994, *Le Citoyen* et *Les Echos du jour* depuis 1996, *Le Point au Quotidien* depuis 1997 et *Le Matinal* depuis 1998, *La dépêche du soir*, *Le progrès*, *L'œil du Peuple*, *Liberté*, *L'Aurore*, *La Cloche*, *Bénin-Presse Info*.

La libéralisation de l'espace audiovisuel est désormais établie et a permis une pluralité des médias. Après l'adoption de la loi et

l'appel à candidature, la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication, chargée de garantir la liberté et la protection de la presse, a délivré des autorisations à des promoteurs de radios privées, commerciales ou associatives et de télévision qui diffusent leurs programmes.

Ainsi, à côté des radios de service public de la radio nationale que sont notamment Radio-Cotonou, Atlantic FM, la Radio régionale de Parakou, il y a de nombreuses radios privées comme Radio Star, CAPP FM, Golfe FM Magic Radio, Radio Afrique Espoir, Radio Wêkê, Radio Adja Ouèrè FM Ouémé, Radio Planète - La chaîne des Bonnes Affaires, Radio Tokpa, Radio Carrefour, et radios communautaires.

De même, en plus de la Télévision nationale de l'ORTB, on note la présence de chaînes de télévision privées, notamment Golfe TV, ATVS, LC2, TELCO, TV+ INTERNATIONAL/TV5.

II. CONDITIONS GENERALES POUR LA CONSOLIDATION D'UNE ECONOMIE DE MARCHE AU BENIN

A. Environnement juridique

L'idée dominante a surtout consisté à mettre en place une législation nationale favorisant l'initiative privée.

1. Le droit des affaires

A l'instar des autres pays de la zone franc, le Bénin dispose depuis le 1er janvier 1998 d'une législation moderne applicable aux affaires et résultant de l'entrée en vigueur des actes uniformes adoptés dans le cadre du Traité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)¹²².

La réglementation de l'activité commerciale

En plus des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, il faut souligner la survivance des dispositions prises par la loi n° 90-005 du 15 mai 1990 sur le commerce (amendée par la loi 93-007 du 29 mars 1993) et qui fixe les conditions d'exercice des activités commerciales en République du Bénin et le Décret n° 93- 313 du 29 décembre 1993 définissant la profession d'importateur en République du Bénin.

Ces textes consacrent le principe de la liberté du commerce, apportent des allègements aux procédures d'implantation des entreprises étrangères au Bénin et précisent notamment les conditions d'exercice des activités commerciales.

Législations spécifiques applicables à certaines entreprises, sociétés ou établissements

Des textes spécifiques régissent les entreprises publiques et semi-publiques, les sociétés d'économie mixte, les banques et

établissements de crédit ainsi que les sociétés d'assurance.

Les sociétés publiques et semi-publiques sont régies par la loi n° 88-005 du 26 avril 1988 qui abroge les dispositions antérieures relatives à la création, à l'organisation et au fonctionnement des entreprises publiques et semi-publiques,.

Les sociétés d'économie mixte sont des sociétés par actions dans lesquelles l'Etat ou toute collectivité publique ou toute entreprise publique est associé, quel que soit le niveau de sa participation, à des capitaux privés nationaux ou à des capitaux étrangers privés ou publics.

Les banques et établissements de crédit sont régis par la loi n° 90-018 du 27 juillet 1990 portant réglementation bancaire et par la convention du 24 avril 1990 portant création de la Commission Bancaire de l'UMOA. Cette loi s'applique aux banques et établissements financiers exerçant leurs activités sur le territoire du Bénin quels que soient leur statut juridique, le lieu de leur siège social et la nationalité de leurs dirigeants.

Cette loi distingue les banques des établissements financiers et donne une définition des différentes opérations qui sont réalisées. Pour l'exercice de l'activité bancaire, la loi a prévu diverses conditions tenant à l'obtention, d'une part, d'un agrément préalable, et d'autre part, d'une autorisation pour la réalisation de certaines opérations particulières.

La réglementation bancaire comprend également toutes les instructions et notes émanant de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest, ainsi que le dispositif prudentiel applicable aux banques et établissements financiers de l'UMOA.

C'est sur le fondement de cette législation que s'est étoffé et est devenu grandement concurrentiel le secteur bancaire béninois, à travers l'existence de multiples banques¹²³.

¹²² Voir ci-dessus partie correspondante consacré au Sénégal (II –A-1)

¹²³ DONT : BANK OF AFRICA BENIN, BANQUE INTERNATIONALE DU BENIN (BIBE S.A.), BANQUE SAHELO-SAHARIENNE POUR L'INVESTISSEMENT ET LE COMMERCE – BENIN (BSIC-BENIN-SA), CONTINENTAL BANK – BENIN, DIAMOND BANK-BENIN, ECOBANK-

Les sociétés d'assurances sont soumises aux dispositions de la loi n°92-029 du 26 août 1992 fixant les règles applicables aux organismes d'assurances et de capitalisation, aux opérations d'assurances et à la profession d'assurance, et au Code des assurances de la Conférence interafricaine des marchés d'assurance (CIMA) en vigueur dans les Etats membres depuis le 15 février 1995.

Le code CIMA a été institué par le Traité de la Conférence interafricaine des marchés d'assurance signé le 10 juillet 1992 à Yaoundé (Cameroun).

Les sociétés d'assurance ne peuvent exercer leurs activités qu'après avoir obtenu un agrément. L'agrément est accordé par le Ministre des finances, après avis de la Commission régionale de contrôle des assurances, pour les opérations d'une ou plusieurs branches d'activités.

Fiscalité

La fiscalité des affaires a été simplifiée et rationalisée dans le cadre de l'harmonisation des règles et législations des pays membres de l'UEMOA en vue de renforcer le marché commun ouest-africain.

La pression fiscale sur les entreprises béninoises se situe dans la moyenne des impositions pratiquées dans l'Union, mais est élevée par rapport au niveau de développement du pays. En particulier, la TVA et l'impôt sur les sociétés semblent pénaliser excessivement les opérateurs privés. Par ailleurs, le poids du secteur informel et le taux élevé d'évasion demeurent des obstacles à la réduction de la pression fiscale. De plus, le remboursement de l'avance sur TVA (*drawbacks*) est assez rare, ce qui produit des effets négatifs sur l'activité des sociétés transnationales au Bénin.

Les entreprises béninoises sont soumises aux impôts et taxes suivants : impôt sur les

bénéfices industriels et commerciaux (BIC), impôt sur les revenus des valeurs mobilières (IRVM), la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), taxe sur les salaires dénommée «versement patronal sur salaires» (VPS), taxe professionnelle unique (TPU) et taxe foncière unique (TFU).

Les rentrées fiscales sont obérées par l'économie informelle.

Réglementation des changes

Comme dans tous les pays de l'UEMOA, le franc CFA est librement convertible et est garanti par la Banque de France. Le franc CFA bénéficie en outre d'une fixité par rapport à l'euro au taux de 665,957 FCFA pour 1 euro (encadré II.4). La liberté de transfert de capital est totale entre résidents de chacun des États de l'UEMOA. Hors zone UEMOA, les relations financières du Bénin avec l'extérieur sont soumises à déclaration, toute demande de transferts de capitaux sur l'étranger devant être déposée auprès d'un intermédiaire agréé, une banque ou un établissement financier.

Cependant, l'ouverture de comptes en devises doit être autorisée par le gouvernement et la Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO). De plus, un grand nombre de transactions sur capitaux doivent faire l'objet de documents soumis à l'approbation du gouvernement et de la BCEAO ..

Réglementation douanière et commerciale

Cette réglementation est en voie d'harmonisation réalisée par l'UEMOA en matière de droits de porte et libre circulation des marchandises à travers notamment une multitude d'actes additionnels, de règlements et de directives concerne les impôts et taxes perçus au cordon douanier, le système de contrôle des importations et le régime des exportations.

Quelle que soit leur origine ou provenance, les importations avec ou sans transfert de devises sont en principe libres. Toutefois, cette disposition relative à la liberté d'importation ne fait pas obstacle aux interdictions et restrictions justifiées par des

BENIN(ECOBANK), FINANCIAL BANK BENIN, SOCIETE GENERALE DE BANQUES AU BENIN (SGBBE), BANQUE ATLANTIQUE BENIN, ET BANQUE REGIONALE DE SOLIDARITE.

raisons de moralité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes, de protection du Trésor National ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, de protection de la propriété industrielle et commerciale.

Pour contrôler les diverses importations à destination du Bénin, le décret n°91-23 du 1er février 1991 instituant un système d'inspection des importations de marchandises à destination de la République du Bénin, prévoit une vérification avant embarquement des marchandises. Le Gouvernement de la République du Bénin en a confié la charge à la Société BIVAC (Groupe VERITAS).

Les exportations de marchandises réalisées à partir du territoire de la République du Bénin sont effectuées sur simple autorisation de la Direction chargée du Commerce Extérieur.

Cependant, l'exportation de l'or, du diamant ou de tous autres métaux précieux est soumise à l'avis préalable du Ministre chargé des finances. Contrairement aux importations, les exportations ne font pas l'objet du contrôle à l'embarquement effectué par la société BIVAC. Il importe de préciser que la perception des droits et taxes de sortie (DTS) est suspendue depuis le 1er février 1993. Toutefois, cette suspension ne concerne pas l'exportation des métaux précieux, du pétrole brut et du cacao en fèves.

Depuis le 1^{er} janvier 2000, la taxe spéciale sur les réexportations est fixée au taux de 8%.

Les entreprises ont la possibilité de demander un régime fiscal privilégié soit dans le cadre du Code des investissements en vigueur, soit sur la base des dispositions relatives à la Zone franche industrielle.

Code des investissements

Le Code des Investissements (Loi 90-002 du 9 mai 1990) prévoit que les investissements réalisés au Bénin peuvent bénéficier, outre le régime de droit commun, d'un régime spécial applicable aux entreprises artisanales

et autres réalisant un investissement d'un certain montant, et de trois régimes privilégiés : celui des Petites et Moyennes Entreprises, celui des Grandes Entreprises, celui de Stabilisation Fiscale.

Il est précisé qu'une entreprise ne peut, pour la même activité, bénéficier de deux régimes privilégiés différents.

Les conditions communes d'application sont résumées ci-après :

- Une entreprise nouvellement créée, quel que soit son secteur, peut être admise au bénéfice de l'un des régimes privilégiés, si elle présente un intérêt ou une importance particulière pour la réalisation des objectifs du Plan National de Développement Economique et Social et si elle n'exerce pas l'une des activités suivantes : Achat pour revendre en l'état, reconditionnement de produits finis ou semi-finis, activités ayant une incidence particulièrement néfaste sur l'environnement et la santé des populations.

- Une entreprise anciennement établie au Bénin pourra bénéficier d'un régime privilégié lors de l'extension de son activité, à condition que cette extension ne relève pas d'un domaine d'activité exclu, visé ci-dessus.

- L'activité créée doit, en outre, contribuer dans une large mesure à la mise en oeuvre de la politique d'aménagement du territoire par l'implantation d'activités dans les zones économiquement moins développées, la création d'emplois, à l'amélioration et le redressement de la balance commerciale et de la balance des paiements, à la valorisation des ressources locales.

- des conditions de durée de localisation et procédurale pour la demande sont prévues.

En contrepartie, les entreprises prennent des engagements (notamment en termes d'emplois, salaires, normes de qualité, d'environnement).

Législation du travail

Le droit du travail est essentiellement régi par les dispositions de la Loi n° 98-004 du 27 janvier 1998 portant code du travail en République du Bénin.

Le recrutement de personnel est en principe libre, sous réserve de certaines règles comme le choix des candidats parmi les détenteurs de la Carte de présentation ou du Permis de travail délivré par le Ministère du travail

Droit comptable

Les principaux référentiels comptables en vigueur au Bénin relèvent des normes UEMOA pour les banques, CIMA pour les compagnies et sociétés d'assurance et OHADA pour les entreprises commerciales¹²⁴.

Propriété intellectuelle

Le Bénin comme le Sénégal est l'un des 15 pays africains membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) ; cet accord a institué un régime de protection juridique communautaire¹²⁵.

Normes techniques et procédures d'accréditation

Depuis octobre 1997, le Bénin dispose de son propre système national de normalisation, le Centre béninois de normalisation et de gestion de la qualité (CEBENOR), opérationnel seulement depuis janvier 2000. Le CEBENOR est chargé de la gestion de la normalisation et du système national de certification de la conformité aux normes. Les normes béninoises s'appliquent également aux produits locaux et aux produits importés.

En outre, une normative de référence (inspirée du Codex alimentarius, des normes sénégalaises, de la Commission électrotechnique internationale) existe pour divers produits de constructions et alimentaires.

La conformité des produits importés aux normes rendues obligatoires par des prescriptions techniques réglementaires doit être certifiée par un organisme reconnu au Bénin (Rapport OMC, 2004).

2. Le droit foncier, la législation sur l'environnement

Droit foncier

La propriété foncière au Bénin est régie par la loi n° 65-25 du 14 août 1965. La propriété du foncier urbain et rural est libre sans distinction de nationalité. Un service de la conservation de la propriété foncière et des droits fonciers a été institué avec pour mission d'assurer la garantie des droits réels immobiliers. Les terrains sont soumis au régime de l'immatriculation puis, après mise en valeur, un titre foncier peut être délivré. Le titre foncier emporte plein et entier droit de propriété foncière et peut être donné en garantie pour toute transaction hypothécaire. Par ailleurs, en 2000, la législation introduite en vertu de l'acte uniforme de l'OHADA en la matière a entièrement refondu le droit foncier communautaire en consacrant le régime du titre foncier. Cette législation est applicable au Bénin.

Néanmoins, de nombreux litiges persistent en raison de l'existence d'un droit coutumier béninois autorisant le permis d'habiter et d'un titre provisoire délivré par l'administration dans l'attente de l'immatriculation de la parcelle mise en valeur par le bénéficiaire du permis d'habiter. Cette immatriculation étant le préalable à la procédure de délivrance du titre foncier définitif, un programme d'immatriculation des permis d'habiter est en cours aux fins de sécuriser les transactions.

Droit de l'environnement

La Constitution édicte en son article 27 le droit de tous à un «environnement sain, satisfaisant et durable et le devoir de le défendre». L'État veille à la protection de l'environnement. Une entière refonte du cadre légal et réglementaire en matière de protection et de gestion de l'environnement est intervenue au Bénin suite à la loi n° 98-030 du 12 février 1999 ; deux organismes chargés de la gestion et du contrôle de la politique environnementale et du cadre de vie sont établis : la Commission nationale pour le développement durable et l'Agence béninoise pour l'environnement. Cette dernière est le véritable instrument chargé

¹²⁴ Cf partie correspondante pour le Sénégal, II-A-1

¹²⁵ Cf partie correspondante pour le Sénégal, II-A-1

de la mise en oeuvre de la politique environnementale avec mission d'évaluer, d'informer et de proposer toutes mesures préventives et correctives. Ce nouvel arsenal juridique moderne prévoit en outre de lourdes sanctions correctionnelles pour les contrevenants (amende et emprisonnement).

3. Les règles des marchés publics

Une loi n°2004-18 du 9 juillet 2004 modifiant l'ordonnance n°96-04 du 31 janvier 1996 crée des instances de contrôle (la Commission nationale de régulation, la Direction nationale chargée des marchés publics et les cellules chargées de la passation des marchés publics).

Ce code se fonde sur le principe de libre concurrence comme la plupart des réglementations citées ci-dessus.

4. Les autres règles

Quelques textes nationaux disparates et incomplets régissent de façon partielle et incohérente certains aspects de la concurrence, à travers l'interdiction de certaines pratiques et la prescription d'obligations aux professionnels dans la lutte concurrentielle qui les opposent.

De ce point de vue, on peut surtout mentionner la loi n° 90-005 du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en république du Bénin et l'ordonnance n° 20/PR/MFAEP du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks.

B. ASPECTS ÉCONOMIQUES

1. Monopole et concentration du pouvoir économique

En dépit de la politique de la libéralisation et de privatisation mise en oeuvre par les autorités béninoises, les monopoles ont tendance à subsister avec un risque de concentration du pouvoir économique, de l'Etat et de grandes entreprises multinationales dans différents secteurs.

Ainsi, malgré l'élimination des monopoles sur l'importation des engrais (SONAPRA) et

de pétrole raffiné (SONACOP), les restructurations et privatisations en cours, des monopoles (comme par exemple, les postes et télécommunications) et un oligopole (ciment) sont toujours en place.

Des droits d'importation exclusifs sont accordés à certaines entreprises spécialisées dans certaines catégories de produits.

C'est par exemple le cas des spécialités pharmaceutiques et phytopharmaceutiques. Seuls certains organismes (publics et privés), agréés par l'État sont habilités à importer et à vendre des produits pharmaceutiques. Les organismes habilités à importer ces produits sont : la Société des pharmacies du Bénin (SOPHABE), la Centrale d'achat des médicaments essentiels (CAME), le Groupement d'achat des pharmaciens d'officine du Bénin (GAPOBE), l'Union béninoise des Pharmaciens (UBPHAR), PROMOPHARM, le Groupement Béninois des Pharmaciens (G.B. PHARM) et certaines pharmacies constituées en société.

Des médicaments génériques sont fournis aux centres publics de santé par la "Centrale d'achat des médicaments essentiels" (CAME) grâce à des financements externes. Celle-ci, a signé une convention avec le gouvernement pour définir les modalités d'exécution de la mission d'approvisionnement des centres de santé. (Rapport OMC, 2004).

Cet état de fait rend nécessaire un contrôle des fusions et acquisitions d'anciennes entreprises publiques sinon d'entreprises privées également.

2. Problématique de l'économie informelle

Dans tous les pays de la sous-région UEMOA dont le Bénin, le secteur informel occupe une place considérable¹²⁶.

¹²⁶ John O. Igué, « Le secteur informel en Afrique de l'Ouest : le cas du tissu traditionnel », octobre 2003, www.oecd.org/dataoecd/24/44/25319943.pdf.

« Il n'est plus possible de parler de l'économie africaine sans évoquer le rôle du secteur informel de plus en plus omniprésent tant dans les campagnes que dans les villes. Mais plus ce secteur tend à

En 1982, selon une étude menée par le BIT, l'économie informelle représentait un poids écrasant dans la structure productive béninoise: elle employait environ 95,7% de la population active occupée de dix ans et plus, localisée en milieu urbain et rural, soit 1.697.295 individus. Le secteur moderne, relativement peu développé n'occupait quant à lui que 4,3% de la population, soit 76.757 personnes. Si l'on exclut l'agriculture et le commerce, l'emploi informel avoisine les 140.000 individus s'activant dans plus de 87.000 entreprises. L'emploi moderne pour les mêmes branches d'activité ne concerne environ que 72.000 individus soit moitié moins.

Or, dix ans après, les effectifs du secteur moderne urbain et rural ne dépasseraient guère la barre de 76.000 alors que la population active potentielle en milieu rural - pour l'essentiel occupée dans des activités de subsistance et la petite production marchande - aurait atteint le seuil de 1.980.000 personnes. Il ressort de cette analyse que le nombre de salariés du secteur moderne urbain a connu une décroissance (de l'ordre de 20 à 25 pour cent) et que la part relative de l'emploi moderne au niveau national se situerait autour de 3,5 pour cent.

Dans les agglomérations du Bénin, Cotonou se place au premier rang avec 73.373 établissements, soit plus de la moitié (54 pour cent) du total recensé (environ 136.500). Vient ensuite Porto-Novo dont l'importance est bien moindre avec 24.890 unités recensées ou 18,2 pour cent de l'ensemble. Ces deux villes hébergent presque les trois quarts (72,2 pour cent) des unités économiques informelles du pays en zone urbaine.

Du point de vue de la dynamique du marché du travail, et a fortiori en ce qui concerne le secteur informel, il convient d'observer le rythme des créations d'entreprise ainsi que

concurrer les activités dites formelles, plus se pose la question de sa définition, de son contenu et de son mode de gouvernance »

leur durée de vie. De l'examen des établissements recensés, il ressort que, dans l'ensemble, ils sont relativement jeunes : environ 4 sur 10 (43,7 pour cent) ont été créés l'année du recensement et près de 2 établissements sur 3 (62 pour cent) ont 3 ans d'existence ou moins¹²⁷.

Ces constats sont confirmés et précisés par un rapport de l'UEMOA sur le secteur informel dans sept Etats membres dont le Bénin.

Cette activité générant plus de 2,3 millions d'emplois, confirme que le secteur informel est de loin le premier pourvoyeur d'emplois en milieu urbain, même s'il s'agit massivement de micro-unités (1,53 personnes par unité).

La précarité et l'absence de protection sociale sont les caractéristiques principales des emplois du secteur informel. Si 31% des emplois dépendants sont salariés, 5% des employés bénéficient d'un contrat écrit. Dans toutes les villes, on note que le revenu moyen du secteur informel est supérieur au salaire minimum. Le secteur informel est caractérisé par la faiblesse ou l'absence de capital dans le processus de production. Les principales sources de financement du capital du secteur informel sont l'épargne, le don ou l'héritage (entre 65% et 95% de la valeur du capital). Les autres modes de financement tels que le microcrédit, le crédit bancaire restent rares. A noter que le secteur informel est quasiment son propre fournisseur (87% des matières premières consommées par le secteur informel proviennent des entreprises du secteur informel). En aval du système productif, les ménages constituent le principal débouché

¹²⁷ (Organisation internationale du Travail, Département du développement des entreprises et des coopératives, « Secteur informel : fonctions macro-économiques et politiques gouvernementales : le cas du Bénin », 1998, Carlos Maldonado).

de la production informelle (66% de la production).

La liste des domaines en marge desquels évolue le secteur informel n'est pas limitative. Elle est fonction de la nature des activités et des normes et conditions qui les régissent : vente de produits pétroliers, vente de produits pharmaceutiques, fabrication de matelas, vente de produits alimentaires, matériaux de construction, appareils électroménagers etc.

Le secteur informel se subdivise en fait en deux catégories, même si la frontière entre les deux est fluctuante :

- le secteur informel de subsistance, animé généralement par des micro commerçants disposant de faibles moyens financiers et qui souvent constituent le relais de distribution de produits de qualité inférieure de provenances diverses, en grande partie de la contrebande ou de la contrefaçon ;

- le secteur informel de contournement des obligations fiscales, douanières, administratives et normatives. Ce secteur est animé par des acteurs qui disposent d'importants moyens financiers mais qui, pour une raison ou une autre, préfèrent exercer leurs activités en marge de la légalité.

Il est clair que, tout particulièrement, la seconde catégorie doit faire l'objet de poursuites pour être éradiquée; son existence nuit profondément au jeu du marché licite concurrentiel.

3. Le Port autonome de Cotonou

Le port de Cotonou a été mis en service en 1965. Compte tenu de la position de plaque tournante ou de transit du Bénin par rapport aux pays environnants dont le Nigéria et les pays de l'hinterland, et du rôle prépondérant du commerce dans son économie, ce port occupe une place fort importante.

La gestion de l'infrastructure a été confiée depuis sa création au Port autonome de Cotonou (PAC), société d'État à caractère industriel et commercial chargée de la gestion des installations et des équipements portuaires en vertu des dispositions du décret n° 89-306 du 28 juillet 1989 portant

approbation des statuts du Port autonome de Cotonou et du décret n° 96-217 du 31 mai 1996 portant renforcement de l'autorité portuaire au Port de Cotonou.

Le PAC coordonne l'ensemble de l'activité sur le site portuaire, gère le domaine, assure les fonctions de police et de sécurité et délivre les agréments aux différentes professions portuaires.

La manutention faisait l'objet, jusqu'en 1998, d'un monopole public exercé par la Société béninoise des manutentions portuaires (SOBEMAP).

Par le Décret n° 98-156 du 28 avril 1998, les activités relatives à l'acconage ou à la manutention des conteneurs à bord des navires exclusivement porte-conteneurs ont été ouvertes au secteur privé. Deux opérateurs privés ont été agréés en 1998 : la Cotonou Manutention Société Anonyme (COMAN SA) du Groupe Maersk A.P. Moëller et la Société de Manutention du Terminal à Conteneurs (SMTTC) du Groupe Bolloré. Aujourd'hui, la part de trafic traitée par ces deux opérateurs privés est de 85% (30% pour Maersk et 55% pour Bolloré) contre 15% traitée par l'opérateur public SOBEMAP.

La profession de commissionnaire agréé en douane chargé des activités de transit et de consignation a été entièrement privatisée en 1986. Bien qu'une centaine de sociétés de transit exercent dans ce secteur, 90% des opérations portuaires sont traitées par trois opérateurs privés, Maersk, Saga-Delmas et Getma.

Toutefois, des pratiques persistent et sont de nature à porter atteinte à la libre concurrence sinon à la compétitivité du port de Cotonou dans le climat actuel de compétition internationale. Ainsi, par exemple, dans certains domaines dont en particulier celui du transit, sur les dizaines d'opérateurs présents, en réalité trois se partagent une écrasante part de marché, à savoir Maersk, Saga-Delmas et Getma pour plus de 90%.

Une telle situation mériterait examen au regard des règles relatives aux abus de position dominante, sinon d'entente, pour vérifier les utilisations éventuelles de

puissance de ces grands groupes, au détriment des intérêts des autres opérateurs et des consommateurs. Ce risque est d'autant plus réel que l'on retrouve dans les différents ports de la sous-région (notamment Dakar, Lomé, Abidjan) ces mêmes opérateurs en situation dominante.

De même, le système de tarification des prestations ne semble pas très transparent, équitable et même conforme au principe de libre concurrence et de liberté des prix. En effet, il ressort qu'avec la fin des conférences maritimes, la tarification de telles prestations est normalement libre par les différents opérateurs ; resterait à vérifier si les regroupements respectent ces règles¹²⁸.

Par ailleurs, les capacités du port se montrent aujourd'hui limitées par rapport au trafic qu'il a été amené à gérer progressivement, bien au-delà des prévisions initiales. D'où la nécessité d'agrandir les installations existantes en construisant de nouveaux postes à quai ainsi que les superstructures attenantes (entrepôts et terre-pleins) pour notamment pouvoir recevoir plus de conteneurs.

Les délais pour la réalisation des différentes opérations portuaires dont notamment le dédouanement des marchandises s'avèrent très longs, s'étalant le plus souvent sur plusieurs jours voire sur des semaines, contre quelques heures pour des ports performants comme celui de Singapour qui gère pourtant plus de trafics

4. Les zones franches

La loi n°2005-16 du 8 septembre 2005 portant régime général de la zone franche industrielle en République du Bénin

¹²⁸ Une organisation dénommée The Europe West Africa Trade Agreement (EWATA) indique dans son site internet www.ewata.org qu'elle est constituée de huit membres qui sont des opérateurs dans la sous-région, à savoir CSAV, DELMAS, HAPAG-LLOYD, LIBRA, MAERSK LINE, NILEDUTCH, OT AFRICA LINE et SAFMARINE, et propose une tarification différenciée pour les différents prestations, pays et ports de la sous-région, dont notamment celui de Cotonou.

complète les lois de Finances de 1999 puis de 2004 pour donner un cadre juridique consistant à la zone franche industrielle (ZFI).

Peuvent bénéficier du régime de la ZFI, les entreprises et les promoteurs de zone les entreprises de production industrielle à vocation exportatrice, les entreprises de services dont les prestations sont destinées exclusivement aux entreprises industrielles agréées au régime de la ZFI et les entreprises de production de biens exclusivement destinés aux entreprises de production industrielle agréées au régime de la ZFI.

Les Promoteurs de zone sont des personnes morales publiques ou privées qui ont aménagé et équipé une parcelle de terrain de leur propriété ou sur laquelle elles ont un droit de jouissance qu'elles exploitent comme zone franche géographiquement délimitée, après agrément. Pour être agréés, ces promoteurs de zone doivent s'engager à réserver en priorité les emplois permanents aux nationaux béninois à qualification égale à celle des non nationaux et à compétitivité égale, utiliser en priorité les matières premières, matériaux et fournitures d'origine béninoise.

Les entreprises agréées au régime de la Zone Franche Industrielle bénéficient de nombreux avantages dont par exemple à l'importation et à compter de la date de signature de l'agrément, de l'exonération des Droits et Taxes d'Entrée (DTE) à l'exception de la Taxe de Voirie, sur les machines, les matériels et outillages,· les pièces de rechange ou pièces détachées spécifiques aux équipements importés,· les matériels roulants de chantier,· les matières premières et produits semi-finis,· les produits destinés au conditionnement et à l'emballage des produits transformés,· les carburants,· les lubrifiants,· les matériaux de construction,· le mobilier de bureau et les consommables de bureau,· les groupes électrogènes et accessoires,· les appareils de télécommunication, les appareils destinés à la climatisation des entreprises agréées,· les chambres froides.

Une réduction de 60% de ces mêmes droits et taxes est accordée sur les véhicules utilitaires acquis par ces entreprises agréées dans le cadre des activités liées à leur agrément. La liste nominative des biens pouvant faire l'objet de l'exonération est intégrée à l'agrément. Toutefois, lesdits produits, lorsqu'ils sont acquis sur le marché intérieur le sont en régime de droit commun et ne sauraient donner lieu à un quelconque remboursement de droits et taxes.

En cas d'exportation, les entreprises agréées ne sont assujetties qu'au paiement de la Taxe de Voirie sur leurs produits ouvrés ou fabriqués dans les zones franches géographiquement délimitées et dans les points francs.

Les entreprises agréées bénéficient, à compter de la date de démarrage de leurs activités, de nombreux avantages, principalement fiscaux¹²⁹.

¹²⁹ - Exonération de l'impôt sur les Bénéfices Industriels et Commerciaux (BIC) pendant les 10, 12 et 14 premières années à compter de l'agrément selon que l'entreprise est installée respectivement dans la zone 1,2 ou 3 et réduction de 20% pendant cinq ans à compter de la 11ème, 13ème et 15ème année selon que l'entreprise est installée respectivement dans la zone 1,2 ou 3 ;
- Réduction du versement patronal sur salaires au taux de 4% pendant une période de cinq ans ;
- Réduction au taux de 5% de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM) pendant une période de cinq ans ;
- Exonération de l'impôt sur les propriétés bâties et non bâties et de la patente pour une durée de 10 ans ;
- Droit d'utiliser son propre réseau de télécommunication tel que les stations terriennes par satellite, les systèmes de micro-ondes, etc. et de produire de l'énergie pour sa consommation exclusive ;
- Droit de posséder des comptes en devises ;
- Exonération pendant toute la durée de l'agrément de la TVA sur les livraisons de produits semi-finis ou semi-ouvrés, les emballages, les livraisons faites à soi-même dans le cadre de l'activité dans la ZFI.

III. LE CADRE JURIDIQUE DE LA CONCURRENCE

Dans ce chapitre, il s'agit, après avoir identifié les pratiques qui à l'heure actuelle portent le plus atteinte à la concurrence au Bénin, de faire état des dispositions légales et réglementaires qui existent afin de tenter d'y faire face.

A. IDENTIFICATION DES PRATIQUES POUVANT PORTER ATTEINTE À LA CONCURRENCE

1. Pratiques et mesures gouvernementales

La plupart des pays en développement comme le Bénin font leur apprentissage dans l'économie de marché, après avoir évolué des décennies durant, dans un environnement économique planifié caractérisé par l'intervention de l'Etat dans tous les secteurs. Cette intervention se traduisait par des monopoles, la réglementation et le contrôle des prix, la promotion de champions nationaux, à travers de multiples aides pour faire face à la compétition internationale dans un contexte marqué par l'exiguïté des marchés nationaux et la petite taille de la majorité des entreprises nationales.

Dans un tel contexte, le réflexe ou la tentation peut encore subsister de maintenir en place certains monopoles, des mesures dérogatoires à la liberté des prix qui peuvent apparaître anormales par rapport à leur grand nombre et leur maintien sur la longue durée sinon par rapport à leur reconduction systématique, les aides en tous genres accordées à certaines entreprises.

Il est vrai que sous un autre angle, certaines de ces actions peuvent être regardées comme des mesures dérogatoires pouvant être permises par le droit de la concurrence, par exemple en ce qui concerne le maintien de monopoles pour des services publics d'intérêt économique général.

Moins conforme au droit de la concurrence, notamment communautaire UEMOA, est en apparence l'attitude qui consiste, dans le contexte actuel de la mondialisation et de la compétition, dans le souci d'attirer un

minimum d'investissements directs étrangers, à mettre en place des codes des investissements ou des zones franches industrielles sinon des conventions d'établissement accordant de nombreuses exonérations fiscales à certaines entreprises au détriment d'autres.

En ce sens, une lecture du Code actuel des investissements béninois et de la Zone franche industrielle, laisse entrevoir, à l'instar de la situation existant dans la quasi-totalité des autres membres de l'UEMOA, un certain nombre de dispositions portant atteinte au code communautaire de la concurrence, en ce que ce dernier interdit en principe les aides publiques à certaines entreprises ou à certaines productions.

2. Pratiques des entreprises

L'observation actuelle de l'économie béninoise, renforcée par de nombreux rapports et témoignages recueillis lors d'entretiens, indique que si incontestablement les réformes économiques engagées ont permis l'ouverture à la concurrence de la plupart des secteurs anciennement fermés et que cette ouverture a permis de faire jouer la concurrence par rapport à la qualité des produits, par rapport à la diversité des prix, néanmoins, cette concurrence ne joue pas toujours, en particulier au niveau des prix de certains biens et services.

Il en est ainsi du prix de certains biens et services comme les transports en commun ou les honoraires des avocats ou des médecins où les prix pratiqués par les opérateurs sont systématiquement les mêmes, révélant ainsi l'existence d'ententes (en particulier des transporteurs via les décisions de leurs syndicats de pratiquer des prix minima) sinon laissant soupçonner l'existence d'ententes, à défaut de preuves prouvant un tel fait..

De même, dans certains secteurs d'activités, la concurrence ne semble pas jouer suffisamment au point qu'une seule ou un petit nombre d'entreprises se trouvent sur le marché de produits concernés, en mesure de « dicter leur loi », à travers les prix

pratiqués, les conditions de vente, en somme d'abuser de leur position dominante.

Cela d'autant plus que certaines entreprises ou professions béninoises, se sentant menacées par l'ouverture des frontières et par d'autres entreprises de l'espace UEMOA sinon hors espace UEMOA semblent tentés de fermer l'accès au marché béninois par des ententes ou par des abus de position dominante. Certaines peuvent être amenées à proposer des accords restrictifs contraires au droit de la concurrence.

On peut à cet égard mentionner le cas de la Société PLASTIQUE ET ELASTOMERE DU BENIN (PEB) spécialisée dans la fabrication de matelas mousse et produits dérivés, présente à Cotonou dans la zone industrielle d'Akpakpa et visitée lors de notre mission d'audit et d'information en janvier 2007. Cette société, qui se positionne comme l'un des leaders de son domaine et tente de résister à la forte concurrence des produits de contrebande et de contrefaçon, propose à son tour à ses partenaires un modèle de « contrat de distribution » dont notamment l'article 5 qui s'apparente à une clause d'imposition de prix généralement interdite est libellé de la sorte : « *le distributeur à l'obligation de pratiquer les prix indiqués par le fournisseur. Le non respect de cet article peut entraîner la résiliation du contrat sans aucun préavis* ».

3. Pratiques anticoncurrentielles d'origine étrangère

De même, d'après une série de constats faits à travers des rapports et témoignages, il ressort qu'existent au Bénin un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles d'origine étrangère, notamment d'entreprises installées dans le marché commun, qui peuvent à leur tour fermer les marchés de leurs pays d'origine aux entreprises béninoises par de nombreuses stratégies, consistant notamment à entraver l'exportation des produits béninois par des obstacles en tous genres (obstacles tarifaires et non tarifaires) à la libre circulation des marchandises, des biens, services et capitaux, en violation des dispositions communautaires en la matière et de la

législation communautaire de la concurrence.

C'est notamment l'exemple dans l'industrie du tabac où il a été maintes fois relevé que les entreprises présentes dans les différents pays de la sous-région, notamment la British American Tobacco, ont tendance à affecter des marques particulières de cigarettes à chacun des pays membres de l'UEMOA et à empêcher la libre circulation de ces cigarettes entre les différents pays, aboutissant ainsi à des sortes de cloisonnement des marchés nationaux.

De surcroît, des entreprises d'origine étrangère sont également tentées d'attaquer le marché béninois sinon les entreprises béninoises, en violation de règles internationales, régionales et nationales béninoises tendant à garantir une saine concurrence, notamment en pratiquant le dumping et des actes de concurrence déloyale, dont en particulier la contrebande et la contrefaçon d'origine asiatique (Cf supra, développements consacrés à la filière coton et textile).

4. Le secteur informel et les pratiques déloyales

Au Bénin, le secteur informel, tel que présenté supra, se caractérise par grand nombre de pratiques qui portent atteinte à la libre concurrence.

Le secteur informel de subsistance, animé généralement par des micro-commerçants disposant de faibles moyens financiers et qui souvent constituent le relais de distribution de produits de qualité inférieure provenant en grande partie de la contrebande ou de la contrefaçon, joue le rôle d'intermédiaire entre les entreprises évoluant d'une part, dans le secteur formel et dans le secteur informel de contrebande et de contournement des obligations professionnelles et d'autre part, les consommateurs finals.

Au Bénin, plusieurs cas peuvent être cités dont celui des transports et particulièrement celui de la vente en vrac de produits pétroliers aux abords des rues et des agglomérations.

En effet, on constate fréquemment que ces acteurs se réunissent pour arrêter les niveaux de prix à pratiquer, avec la possibilité d'application de sanctions pécuniaires à tous ceux qui ne s'y conformeraient pas.

Par ailleurs, le secteur informel de contournement des obligations fiscales, douanières, administratives et normatives, animé par des acteurs qui disposent d'importants moyens financiers mais qui, pour une raison ou une autre, préfèrent exercer leurs activités en marge de la légalité, est la plus nocive tant en ce qui concerne la concurrence déloyale que du point de vue de l'atteinte à la concurrence dans le marché.

En matière de concurrence déloyale, aussi bien la fraude douanière et fiscale que la contrefaçon créent des préjudices tant aux concurrents et aux consommateurs qu'à l'Etat.

En effet, du fait du non paiement des droits et taxes auxquels elle est assujettie, cette catégorie de secteur informel, de par les prix bas pratiqués, s'accapare de la clientèle au détriment des acteurs du secteur formel. Le même résultat est obtenu lorsque sont mis sur le marché des produits de contrefaçon.

En conclusion, on note que dans l'un ou l'autre cas, les conséquences s'en ressentent sur le marché et de plusieurs manières, notamment par :

- une atteinte à la liberté de sortie du marché : du fait de l'élimination des concurrents par la pratique de prix bas, parfois abusivement bas, le secteur formel enregistre des méventes et progressivement, les acteurs de ce secteur se retirent du marché qui en définitive est accaparé par le secteur informel : « le mauvais produit chasse le bon » ;

- une restriction de l'accès au marché ou de l'entrée au marché : l'atteinte aux règles commerciales et de la propriété intellectuelle constitue une entrave à l'initiative privée et donc à l'investissement, avec pour conséquence la limitation de l'innovation et donc la limitation ou le ralentissement de la mise sur le marché de nouveaux produits plus performants et plus compétitifs.

Ainsi, du fait du secteur informel de contournement des obligations, des acteurs potentiels du secteur formel renoncent à l'entrée dans le marché.

La République du Bénin ressent particulièrement les conséquences de cette situation dans le commerce de produits pétroliers où le secteur informel est largement dominant.

Aussi, les entreprises pétrolières du secteur formel marquent-elles les pas à investir non seulement dans la réhabilitation des anciennes infrastructures de distribution de produits pétroliers mais aussi dans la construction de nouvelles stations-service plus modernes.

En outre, le constat fait est que face au retrait des sociétés pétrolières de certaines localités ou en cas d'arrêt momentané de leurs approvisionnements, le secteur informel procède à une spéculation sur les prix¹³⁰.

B. LES DISPOSITIONS LÉGALES ET RÉGLEMENTAIRES

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

¹³⁰ Voir en particulier pour ces développements sur le secteur informel et les pratiques déloyales au Bénin : Cinquième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, « Application du droit et de la politique de la concurrence au secteur informel », Communication du BENIN faite par M. SOUMANOU I. Moudjaïdou, Antalya (Turquie), 14-18 novembre 2005.

de concurrence relativement autonome de l'Administration en charge des questions de concurrence.

Dans un tel contexte d'absence d'une loi nationale d'ensemble sur la concurrence, ce sont surtout quelques textes nationaux disparates et incomplets qui régissent de façon indirecte et pas toujours cohérente certaines pratiques pouvant porter atteinte à la concurrence.

C'est le cas de la loi n° 90-005 du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en République du Bénin et l'ordonnance n° 20/PR/MFAEP du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks.

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

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

Pour combler ce vide juridique et les insuffisances des deux textes cités plus haut, un projet de loi sur la concurrence a été adopté par le Gouvernement du Bénin puis transmis à l'Assemblée nationale en 1997. Mais ce texte n'a pas pu être voté avant l'avènement en mai 2002 de la législation

communautaire de l'UEMOA sur la concurrence.

En 2003, un projet de loi sur la protection des consommateurs, initié par l'association "Que choisir Bénin", a été transmis au Gouvernement pour d'autres consultations avant son introduction à l'Assemblée nationale.

Du strict point de vue du droit positif, l'examen des deux textes généraux fondamentaux que sont surtout la loi du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en République du Bénin et l'ordonnance du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks, révèle avant toute chose la consécration au-delà du principe de libre concurrence, d'une part, du principe de la liberté du commerce (tout en apportant des allègements aux procédures d'implantation des entreprises étrangères au Bénin et en précisant les conditions d'exercice des activités) et, d'autre part, le principe de la liberté des prix.

Si la situation se caractérise surtout par l'absence de règles spécifiques relatives à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, néanmoins on note pour l'essentiel l'existence respective de dispositions sur la concurrence déloyale et sur le contrôle de prix, au-delà du principe de liberté consacré dans cette dernière matière, sans oublier les autres règles régissant de façon éparse quelques autres aspects de la concurrence.

1. L'absence de règles spécifiques relatives à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles.

Certes, il n'existe pas de règles spécifiques à proprement parler relatives à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles que sont notamment les ententes et les abus de position dominante, à travers notamment la claire et entière définition de celles-ci, de procédures et sanctions.

Toutefois, on relève dans l'ordonnance du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks, une évocation partielle des notions d'entente et d'abus de position.

En effet, abordant les hypothèses de prix illicites dans lesquelles s'exercent le contrôle des prix, l'article 39 de ladite ordonnance dispose que sont également assimilées à la pratique de prix illicites :

- « *toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, coalition sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit ayant pour objet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix* » ;

- « *les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante, qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché* » ;

- « *sauf les ententes et positions dominantes qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ou dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'elles ont pour objet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation ou la spécialisation* ».

Le projet de loi élaboré en 1997 prévoyait une véritable réglementation des pratiques anticoncurrentielles, à travers l'adoption de règles basées sur l'interdiction des ententes et abus de position dominante.

Mais avec l'avènement en mai 2002 de la législation communautaire UEMOA sur les pratiques anticoncurrentielles et la consécration subséquente de la compétence exclusive de l'UEMOA dans ce domaine, le projet sera revu sur ce point.

Ainsi, dans sa version actuelle, le projet de loi portant organisation de la concurrence s'attellera surtout à prendre en compte cette législation communautaire UEMOA de la concurrence dans son Titre III consacré aux pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, le premier article dudit titre, à savoir l'article

6, dispose que « *sont régies exclusivement par la législation communautaire de la concurrence, applicable de façon uniforme dans tous les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), les pratiques anticoncurrentielles ci-après prévues par les textes cités à l'article 11 ci-dessous :*

- *les ententes anticoncurrentielles ;*
- *les abus de position dominante ;*
- *les aides d'Etat ».*

Les articles 7, 8, 9, 10 reprennent respectivement, avec fréquemment des exemples, la définition communautaire des ententes, des abus de position dominante, des opérations de concentration et des aides d'Etat.

L'article 11 rappelle que « *nonobstant les textes et modifications postérieures, la législation communautaire de la concurrence comprend* » les trois règlements et deux directives du 23 mai 2002 qui sont expressément mentionnés.

Enfin, l'article 12 indique que « *la mise en œuvre des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles relève de la compétence exclusive de l'UEMOA* », mais que « *cependant les structures nationales de concurrence assurent une mission générale d'enquête sur initiative nationale ou sur mandat express de la Commission de l'UEMOA conformément aux pouvoirs et procédures d'investigations prévues par le droit communautaire et national* ».

Ainsi, le projet de loi portant organisation de la concurrence au Bénin se caractérise par la prise en compte de la législation communautaire UEMOA sur les pratiques anticoncurrentielles.

Cela le met au-dessus de la plupart des lois nationales sur la concurrence existant à l'heure actuelle dans l'espace UEMOA qui bien souvent avaient été adoptées avant l'avènement de la législation communautaire: ces lois qui fréquemment interdisaient les pratiques anticoncurrentielles que sont les ententes et les abus de position dominante en donnant compétence aux structures nationales de concurrence n'ont pas pour l'essentiel été jusque-là revues et

corrigées pour prendre en compte la nouvelle donne communautaire, notamment en ce qui concerne le Burkina Faso.

Dès lors, pour la mise en cohérence de ces lois nationales avec la législation communautaire UEMOA de la concurrence, l'actuel projet béninois pourrait utilement servir de référence.

2. Les dispositions sur la concurrence déloyale

Des dispositions sur la concurrence déloyale rapprochée de la fraude figurent en premier lieu dans la loi n°90-005 du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en République du Bénin qui interdit et punit une telle pratique qu'elle définit à sa façon.

En effet, aux termes de l'article 41 de la loi, « *tout commerçant ou industriel reconnu coupable de fraude ou de concurrence déloyale est puni des peines prévues à l'article 40 sans préjudice des peines prévues par les dispositions du code des douanes* » et « *les agents habilités du commerce peuvent procéder à la saisie des marchandises, objets de la fraude jusqu'à ce que le mis en cause se soit acquitté de ses obligations* ».

Surtout, aux termes de l'article 42 de la même loi, « *constitue un cas de fraude ou de concurrence déloyale le fait, pour un industriel autorisé à distribuer ses marchandises dans les conditions prévues à l'article 16 ci-dessus, de défavoriser par des conditions de ventes discriminatoires les commerçants désireux de vendre sa production* ».

L'article 16 en question dispose qu' « *exception faite des produits de l'artisanat et de certains produits de première nécessité, la vente directe qui met le producteur en rapport direct avec le détaillant, le consommateur final ne peut être organisé que dans les conditions fixées par arrêté du Ministre chargé du commerce* »

Ces dispositions sur la concurrence déloyale sont peu claires et surtout ne correspondent pas de façon complète et satisfaisante à la définition classique de la concurrence

déloyale qui renvoie généralement à des pratiques bien identifiées comme la confusion avec l'entreprise d'autrui ou ses activités ou produits, la désorganisation de l'entreprise concurrente à travers des actes bien précis comme le débauchage de son personnel.

Toutefois, il est noté que ces insuffisances des dispositions de la loi n° 90-005 du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en République du Bénin peuvent être comblées par le recours à l'Accord de Bangui qui fait partie intégrante de l'ordre juridique béninois (Cf les développements supra sur les droits de propriété intellectuelle).

Ainsi, en second lieu, l'Accord de Bangui constitue justement le second texte dans lequel existent des dispositions interdisant et réprimant la concurrence déloyale.

Aux termes de l'article 1^{er} de l'Annexe VIII de l'Accord de Bangui, « *oultre les actes et pratiques visés aux articles 2 à 6, constitue un acte de concurrence déloyale tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, est contraire aux usages honnêtes* ».

Cette annexe précise justement, avec des exemples à l'appui, les différentes catégories de pratiques ou d'actes constitutifs de concurrence déloyale, à savoir la « *confusion avec l'entreprise d'autrui ou ses activités* » (article 2), l'« *atteinte à l'image ou à la réputation d'autrui* » (article 3), la « *tromperie à l'égard du public* » (article 4), le « *dénigrement de l'entreprise d'autrui ou de ses activités* » (article 5), la « *concurrence déloyale portant sur l'information confidentielle* » (article 6) et enfin la « *désorganisation de l'entreprise concurrente et du marché* » (article 7).

A l'évidence, on retrouve à travers ces dispositions de l'Accord de Bangui une meilleure approche de la concurrence déloyale, par comparaison avec les dispositions de la loi n° 90-005 du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en République du Bénin. Les orientations de cet accord correspondent mieux à la définition de la

concurrence déloyale telle que faite par la plupart des spécialistes du droit de la concurrence.

Allant dans le même sens d'une approche plus large et partagée de la concurrence déloyale quant à l'identification des actes faisant partie de celle-ci, la version actuelle du projet de loi béninois portant organisation de la concurrence dispose en son article 19 que « *sont constitutives d'actes de concurrence déloyale et interdites, les pratiques illicites suivantes :*

- *la publicité mensongère ou trompeuse ;*
- *le dénigrement ;*
- *la désorganisation ;*
- *la confusion ;*
- *le couponnage croisé ;*
- *la vente à couplée ou jumelée ;*
- *la vente à la boule de neige ;*
- *la vente avec loterie ou tombola ;*
- *la vente par envoi forcé ;*
- *la contrefaçon ;*
- *la vente de produits non commercialisables ou frauduleusement importés ».*

3. Le contrôle des prix

Selon l'article 3 de l'ordonnance du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks, « *le prix de vente, l'importation, la production, la détention, la circulation, la commercialisation et la consommation des biens et services sont libres. Ils peuvent être soumis à réglementation en cas de nécessité* ».

Ainsi, l'ordonnance susmentionnée, après avoir proclamé le principe de la liberté des prix sur tout le territoire béninois, indique que néanmoins ces prix peuvent être soumis à réglementation en cas de nécessité.

Plus précisément, l'article 4 dudit texte ajoute qu'en pareille hypothèse « *les prix sont fixés après avis du Comité National des prix institué à cet effet* » ;

- *par arrêté interministériel pour les biens et services intéressant plusieurs ministères ;*
- *par arrêté du Ministre de l'Economie ;*
- *par arrêté des Préfets agissant sur la délégation spéciale du Ministre de*

l'Economie, après avis du Comité préfectoral des prix créé à cet effet ».

L'article 6 de l'ordonnance précise que le Comité national des prix, dont la compétence est générale, est présidé par le Ministre de l'économie et qu'il se compose :

- du Ministre de l'Economie ou son représentant ;
- du représentant du Ministre de l'Intérieur ;
- du représentant de chacun des ministères éventuellement intéressé ;
- du Directeur Général des Affaires Economiques;
- du Directeur intéressé des Affaires Economiques;
- du représentant des syndicats des travailleurs;
- de deux représentants de la chambre de Commerce ;
- du représentant des coopératives agricoles;
- du représentant des coopératives de consommation».

L'article 7 indique que le Secrétariat du Comité National des prix est assuré par le Chef du Contrôle des prix, chargé de préparer les dossiers de l'ordre du jour des séances et leur compte rendu.

Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance en question, *« les prix et services peuvent être soumis:*

- à taxation;
- à homologation;
- à fixation de marges commerciales;
- au régime de cadre des prix;
- au régime de liberté surveillée ou contrôlée;
- au blocage ou à tous autres régimes appropriés».

L'article 20 dudit texte dispose que « la commercialisation de certains produits agricoles ainsi que le soutien ou la stabilisation du prix au producteur peuvent être organisés par arrêté du Ministre de l'économie. Un arrêté ministériel d'application fixe pour chaque campagne le prix d'achat au producteur dans les principaux centres de production ; il réglemente les conditions de la commercialisation et

éventuellement du soutien et de la stabilisation des prix ».

C'est en application de ces dispositions de l'ordonnance du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks que l'on constate que si aujourd'hui au Bénin la plupart des prix sont libéralisés et en principe fixés selon le libre jeu du marché, néanmoins, dans un petit nombre de cas, les prix de certains produits et services sont fixés ou réglementés et contrôlés par l'Etat.

Plus précisément, ce sont à l'heure actuelle les cinq produits et services qui suivent qui font l'objet d'une réglementation des prix : les produits pharmaceutiques, les produits pétroliers, l'eau et l'électricité, les fournitures scolaires et le pain.

Un certain nombre de textes spécifiques viennent davantage préciser la procédure de fixation des prix de ces produits ou services faisant l'objet d'une réglementation.

Il en est ainsi :

du décret n° 87-96 du 17 avril 1987 relatif à la procédure de fixation des prix de certains produits ;

du décret n° 96-25 du 23 janvier 1996 portant mode de détermination des prix publics des médicaments et spécialités pharmaceutiques en République du Bénin ;

de l'arrêté n° 84/MCT/CAB/DCP du 12 juin 1995 portant fixation des marges bénéficiaires applicables aux prix de revient licites des articles scolaires et du bureau, des remises minima aux détaillants ;

de l'arrêté n°97/MICPE/DC/SG/-DCCI/DMCQ/SCSP du 31 AOÛT 2005 portant fixation des poids et prix d u pain en République du Bénin;

de l'arrêté n°098/MICPE/DC/SG/-DCCI/SCSP du 14 septembre 2005 fixant les modalités de distribution de pains par les boulangers, les boulangers-pâtisseries et les revendeurs en République du Bénin.

Par exemple, le mécanisme de fixation des prix des produits pétroliers est régi par le décret n° 2004-432 du 4 avril 2004 portant

mécanisme d'ajustement des prix des produits pétroliers, création de la commission d'ajustement des prix desdits produits.

Conformément à ce mécanisme, les prix plafonds des produits pétroliers sont fixés tous les mois sur la base des cours internationaux desdits produits et du dollar. De nouveaux prix sont fixés quand la comparaison de la moyenne du prix FOB du mois considéré, par rapport à celle du mois précédent, induit une variation de 4% au moins à la hausse ou à la baisse.

Il est fait obligation à chaque entreprise de ciment (trois au total), à travers l'arrêté interministériel du 8 janvier 1998 portant prix de vente et conditions de distribution du ciment fabriqué en République du Bénin, de fixer pour chacun de leur produit un même prix pour l'ensemble du territoire. Toutefois, on constate dans les faits un alignement des prix des trois cimenteries.

Par ailleurs, l'article 14 de l'ordonnance du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks dispose que le prix de revient licite d'une marchandise importée est déterminé en tenant compte d'une série d'éléments, dont chacun doit pouvoir être justifié par une pièce comptable faisant foi, à première requête des agents habilités à cet effet¹³¹

¹³¹ 1°) - Prix mentionné sur la facture délivrée par le fournisseur, éventuellement revêtus des mentions d'homologation ou des visas administratifs exigés, escompte pour prompt paiement non déduit, mais remises commerciales déduites. Le prix d'achat porté sur la facture détenue par l'importateur ne saurait dépasser le prix de gros de la marchandise dans le pays d'origine à l'époque de l'achat compte tenu éventuellement de la détaxe à l'exportation appliquée à cette marchandise ;

2°) - Débours supportés jusqu'à l'embarquement inclus; frais de manutention, de transport, de transit et gardiennage, taxes et droits divers ;

3°) - Fret et assurances de transport jusqu'au port de débarquement ;

4°) - Commission d'intermédiaire et d'achat calculée sur le prix de la marchandise et ne pouvant excéder 5% de ladite valeur à

L'article 36 dudit texte ajoute que « *est considérée comme majoration illicite de prix toute infraction aux dispositions de la présente ordonnance et aux arrêtés d'application* » et que la tentative de faire échec à la réglementation est punissable au même titre que l'infraction elle-même.

En particulier, sont assimilés aux majorations illicites de prix :

- les offres, propositions, conventions faites à un prix supérieur au prix plafond autorisé à un prix inférieur au prix plancher autorisé ou comportant sous quelque forme que ce soit une rémunération occulte ;

- la livraison de produits inférieurs en qualité ou quantité, ou dont les spécifications ne correspondent pas aux énonciations des factures.

Sont également assimilés à la pratique de prix illicite :

- le fait de mettre en vente des produits non commercialisables ou n'ayant pas été assujettis aux droits d'entrée ;

- la mise en vente avant homologation de produits, denrées, soumis à cette obligation ;

- la pratique de ventes jumelées ;

- le refus de vente si l'acheteur est de bonne foi solvable et si la demande aux us et coutumes commerciaux ;

- la non délivrance de factures, l'emploi de fausses factures ou de factures falsifiées ;

- le fait pour tout vendeur de ne pas garder trace dans sa comptabilité des opérations commerciales réalisées ;

condition que celle-ci soit expressément justifiée par un service rendu ;

5°) - Droits d'entrée et taxes diverses liquidés par le service des douanes ;

6°) - Frais supportés du débarquement jusqu'à la mise en magasin de gros de l'importateur ;

7°) - Frais d'emballage, à l'exclusion des frais de consignation et de récupération de leur valeur.

- tout manquement caractérisé aux règles de publicité, toute publicité mensongère ;
- la pratique des prix imposés ;
- toutes mesures discriminatoires de vente dans les prix ou les quantités ;
- toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, coalition sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit ayant pour objet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix ;
- les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante, qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché, sauf les ententes et positions dominantes qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ou dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'elles ont pour objet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation ou la spécialisation ;
- la dissimulation de stocks destinés à la vente dans un lieu autre que commercial ;
- le fait d'exercer ou de tenter d'exercer une action en vue de faire échec à la réglementation des prix ;
- le refus de communication de documents à la première réquisition des agents habilités à cet effet ;
- la dissimulation de documents ;
- l'opposition active ou passive à l'action des agents chargés du contrôle ainsi que les injures et voies de fait commises à leur égard, sans préjudice des sanctions prévues au Code pénal (article 39 de l'ordonnance du 5 juillet).

Ce sont ces dispositions sur la possibilité de la réglementation de certains prix par l'Etat et sur les prix illicites qui vont justifier un contrôle des prix par l'Etat, notamment par

la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude du Ministère de l'industrie et du commerce.

Les dispositions sur le contrôle des prix de l'ordonnance du 5 juillet 1967 tranchent d'avec celles du projet de loi portant organisation de la concurrence, dans la mesure où ces dernières qui correspondent aux règles que l'on retrouve habituellement dans les lois actuelles sur la concurrence, tel au Burkina, se caractérisent par leur plus grande clarté.

Ainsi, l'article 4 du Titre II consacré à la liberté des prix dispose que « *les prix des biens, produits et services sont librement déterminés sur toute l'étendue du territoire national par le jeu de la concurrence.*

Toutefois, pour les biens, produits et services dont l'utilité peut avoir un impact social reconnu ou pour lesquels la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situation de monopole, soit de difficultés durables d'approvisionnement, le Gouvernement peut, par décret pris en Conseil des ministres, réglementer leurs prix ou les fixer après avis du Conseil national de la concurrence.

L'article 5 du projet indique que « *les dispositions de l'article 4 ne font pas obstacle à ce que le Ministre chargé de la concurrence prenne par arrêté, contre les hausses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, de circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé.*

L'arrêté est pris après avis du Conseil national de la concurrence. Il précise la durée de validité des mesures qui ne peut excéder six mois.

4. Les autres règles

D'autres règles éparses concernent directement ou indirectement les questions de concurrence.

Ainsi, la loi du 15 mai 1990 qui marque une étape importante en faveur du libéralisme

économique affirme la non discrimination entre les opérateurs économiques publics et privés et ceux nationaux et étrangers en matière de conditions d'installation et d'exercice des activités de commerce.

Cette loi a permis de lever de nombreuses contraintes qui pesaient sur les activités commerciales en l'occurrence la suppression:

- de l'agrément préalable du Ministre chargé du commerce à l'installation des commerçants étrangers ou de transfert préalable en devises de l'équivalent de Cent Millions (100.000.000) de Francs CFA dans une banque locale ;
- de toutes formes de contingentement ou de prohibitions de produits à l'importation, à l'exception des produits jugés dangereux pour la vie des personnes et des animaux et la sécurité de l'État,
- de l'obligation pour les importateurs de justifier de la réalisation d'investissement en immobilisation commerciale après trois ans d'activités.

Les conditions à remplir par tous commerçants tant nationaux qu'étrangers pour s'installer et exercer des activités commerciales en République du Bénin sont: être inscrit au registre du commerce tenu par le greffe du tribunal, être titulaire de la carte professionnelle de commerçant (cette carte est délivrée par la Direction chargée du Commerce intérieur) et être enregistré à la Chambre de Commerce et d'Industrie du Bénin.

A la différence de l'ancienne loi où seuls les étrangers étaient assujettis à l'obtention de la carte professionnelle de commerçant, pour exercer en République du Bénin, la nouvelle loi prescrit la délivrance de cette carte à toutes les catégories de commerçants tant nationaux qu'étrangers et suivant les mêmes critères qui sont définis par décrets

pris en Conseil des Ministres¹³². Est posée également l'interdiction d'effectuer le commerce de gros ou de demi-gros et le commerce de détail d'un même produit par un même distributeur au même point de vente (article 19).

A cette règle s'ajoutent l'obligation du respect des lois et règlements en vigueur en matière de prix, de change, de douane, de fiscalité et d'économie, l'obligation de garantie et de service après-vente, l'interdiction de la détention ou de la vente de produits prohibés à l'importation, l'interdiction du camouflage ou de la collusion.

Aux termes de l'article 40 de la loi du 15 juillet 1990, « *constituent notamment des cas de camouflage ou de collusion :*

- *Le fait de donner de faux renseignements pour obtenir l'agrément de l'exercice d'une activité commerciale ou des prestations de service ;*
- *L'interposition d'un béninois dans une activité commerciale entièrement financée par un étranger non agréé pour exercer un commerce ou une prestation de service en République du Bénin ;*
- *La cession ou la rétrocession des actions ou parts sociales d'une société par des personnes de nationalité étrangère en situation irrégulière au regard des lois réglementant les activités commerciales au Bénin ».*

Pour sa part, l'ordonnance du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et des stocks astreint tout transformateur ou utilisateur de matières, produits ou denrées soumis à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux à l'établissement et à la tenue à jour d'une comptabilité matière faisant apparaître, avec référence à la comptabilité dernière, les entrées, consommations et sorties des matières, produits ou denrées fabriqués, ainsi que l'indication des lieux de leur entrepôt. Le même texte fait obligation

¹³² (Rapport 2004 Gouvernement Bénin OMC)

de disposer de façon visible les marchandises et lisibles les prix des marchandises et services offerts.

Ensuite, d'autres textes régissent de façon parcellaire encore un certain nombre de pratiques pouvant porter atteinte à une libre concurrence. Il s'agit notamment :

- de l'arrêté n°86/MCT/CAB/-DCP/SRC du 13 juin 1995 relatif à la réglementation des factures et à la notion de vente au détail ;
- de l'arrêté n°87/MCT/CAB/-DCP/SRC du 13 juin 1995 relatif à la publicité des prix des biens et services ;
- de l'arrêté n°278/MCT/CAB/-DCP/SRC du 3 novembre 1996 portant organisation des soldes et liquidations.

En conclusion, la combinaison des deux textes à caractère général régissant les activités commerciales au Bénin, (l'ordonnance du 5 juillet 1967 et la loi n° 90.005 du 15 mai 1990) et de l'ensemble des autres textes mentionnés montre qu'il n'est pas aisé d'appréhender le champ de la concurrence au Bénin.

En résumé, cet ensemble se caractérise par :

- la non séparation des pratiques anticoncurrentielles de la concurrence déloyale ;
- l'absence de réglementation des pratiques restrictives;
- l'absence de l'interdiction de certaines pratiques contraires aux règles de la concurrence;
- l'absence de la réglementation d'autres formes de pratiques telles que les ventes avec primes, les ventes subordonnées, les ventes couplées ou jumelées et les ventes à perte;
- la non prise en compte de la protection contre la contrefaçon ».

Le projet de loi portant organisation de la concurrence au Bénin vient combler d'une certaine façon ces lacunes et apporter de la cohérence à travers d'une part son titre IV (« De la transparence du marché et de la

concurrence déloyale ») avec les règles sur la publicité des prix (article 13 et 14), la facturation (article 15 à 17), les barèmes de prix et les conditions de vente (article 18), hormis celles déjà analysées supra sur la concurrence déloyale et d'autre part son Titre V consacré aux pratiques individuelles restrictives réglementées (vente promotionnelle ou vente au déballage, solde, liquidation, clauses de non-concurrence et clauses abusives) ou des pratiques interdites (ventes à primes, vente à perte, refus de vente et conditions discriminatoires).

Enfin, un Titre VI édicte des règles tendant à assurer la sécurité du consommateur.

C. L'INTRODUCTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'UEMOA

(Voir la Première partie du rapport sur l'UEMOA)

Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, tout est encore à mettre en place au Bénin. Il ne s'agira pas d'abroger des textes comme au Sénégal, mais à consolider le projet de loi en cours d'élaboration non pas sur le fond, mais pour incorporer des règles de procédures pour une application effective de droit UEMOA et de créer une autorité chargée de l'interface entre la Commission UEMOA et les instances nationales.

IV. LES MECANISMES INSTITUTIONNELS ET PROCEDURAUX POUR LA MISE EN APPLICATION DES REGLES DE LA CONCURRENCE AU NIVEAU NATIONAL

A. LES INSTITUTIONS CHARGÉES DE FAIRE APPLIQUER LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE

1. Les organes communautaires de l'UEMOA

(Voir la Première partie du rapport sur l'UEMOA)

2. Le rôle du Ministère de l'industrie et du commerce et de la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude

Au Bénin à l'heure actuelle, c'est surtout le Ministère de l'industrie et du commerce et sa Direction de la concurrence et de la lutte

contre la fraude qui apparaissent comme la structure nationale à compétence générale chargée au quotidien d'appliquer les règles de concurrence et de régler les questions de concurrence, étant entendu qu'il n'existe pas d'autorité administrative indépendante du type Commission ou Conseil de la concurrence.

Aux termes du décret n° 2006-387 du 27 juillet 2006 portant attributions, organisation et fonctionnement du Ministère de l'industrie et du commerce, ledit ministère qui a pour mission générale de concevoir, d'organiser, de programmer et d'assurer l'exécution de la politique du Gouvernement dans les domaines de l'industrie et du commerce (article 1), comprend, en plus des services directement rattachés au Ministre ; du Cabinet du Ministre, du Secrétariat Général du Ministère, des organismes sous tutelle, des organismes consultatifs et délibératifs nationaux, des directions centrales, des directions générales et techniques et des directions départementales de l'industrie et du commerce qui interviennent au quotidien pour assurer les différentes missions du ministère.

Les directions techniques du ministère comprennent :

- la Direction des Etudes et des Stratégies Industrielles;
- la Direction de la Promotion Industrielles ;
- la Direction de la Promotion du Commerce Intérieur ;
- la Direction de la Concurrence et de la Lutte contre la Fraude ;
- la Direction de la Métrologie et du Contrôle de la Qualité ;
- la Direction de la Promotion du Commerce Extérieur ;
- la Direction des relations et des Organisations Commerciales Régionales et Internationales ;
- le Secrétariat Permanent ACP-UE.

Parmi ces directions, c'est la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude qui est chargée des questions de concurrence.

La Direction de la Concurrence et de la lutte contre la fraude a pour mission de mettre en œuvre la politique nationale en matière de concurrence de lutte contre la fraude. Elle est une direction technique relevant de la direction générale du commerce intérieur qui est, entre autres, chargée de :

- initier, élaborer et faire respecter les lois et règlements relatifs à la concurrence, aux prix et au commerce intérieur ;
- assurer l'organisation, le contrôle et le développement des activités du commerce intérieur et celles liées à la concurrence et aux prix ;
- effectuer toutes recherches appropriées d'ordre économique, financier et comptable visant à accompagner l'organisation des circuits de distribution, des professions commerciales et des services réputés commerciaux ;
- suivre les problèmes de fiscalité ou de parafiscalité appliqués aux entreprises commerciales et faire des propositions conséquentes ;
- mener des enquêtes économiques afin de suivre l'évolution des prix sur les marchés nationaux et régionaux ;
- suivre les problèmes relatifs à la commercialisation des produits industriels et agricoles et veiller à leur résolution ;
- suivre les problèmes relatifs à la pratique des prix et aux stocks ;
- initier, mener ou superviser toutes actions relatives à l'exercice de la libre concurrence sur toute l'étendue du territoire national, en collaboration avec les autres Directions Techniques et les Directions Départementales de l'Industrie et du Commerce ;
- recevoir la déclaration des stocks et suivre l'offre et la demande nationales en biens de première nécessité dont la liste est déterminée par un arrêté du Ministre chargé du Commerce ;

- informer et conseiller les organisations et les milieux professionnels sur tous les problèmes à caractère commercial ;
- encourager la création des associations de consommateurs et les appuyer en relation avec les ministères compétents en matière de mouvement coopératif et associatif dans leur mission de défense des intérêts des consommateurs ;
- assister les entreprises, coopératives et autres associations ou regroupements professionnels intervenant dans la satisfaction des besoins de la population ;
- assurer la répression des infractions à la réglementation sur la concurrence, les prix et le commerce intérieur ;
- assurer une mission générale d'enquête, sur initiative nationale ou sur mandat exprès de la Commission de l'UEMOA, conformément aux pouvoirs et aux procédures d'investigation prévus par le droit communautaire et les droits nationaux de la concurrence ;
- participer aux travaux du Comité Consultatif de la Concurrence créé au niveau de la Commission de l'UEMOA ;
- assurer la présidence de la Commission Tarifaire des Médicaments et le Secrétariat des Comités et Commissions dont la liste non limitative est la suivante :

Cette direction comprend des sortes de relais locaux qui sont les directions départementales du Ministère de l'industrie et du commerce.

Les Directions Départementales de l'Industrie et du Commerce assurent la représentation du Ministère dans les départements.

A ce titre, elles sont chargées, au niveau départemental, de :

- coordonner, contrôler et suivre toutes les actions de promotion des industries, du commerce et de l'emploi ;
- suivre l'évolution du tissu industriel de manière à orienter l'investissement en faveur de la valorisation des matières premières locales et du développement intégré des filières porteuses ;
- veiller au respect des textes législatifs et réglementaires relatifs à l'exercice des activités industrielles et commerciales ;
- assister les promoteurs et les collectivités locales dans la recherche de partenariat et de sources de financement pour la réalisation de leurs projets ;
- assurer aux acteurs du secteur de l'industrie et du commerce un environnement légal et sain pour l'exercice de leurs activités ;
- faire respecter les textes en vigueur en matière de commerce ;
- encourager toutes activités liées à la création de l'emploi ;
- encourager la création des associations de consommateurs et les assister dans leur mission de défense des intérêts des consommateurs ;
- délivrer les différentes cartes professionnelles à l'exception des cartes d'importateurs et mettre à jour les répertoires des industriels, des commerçants et des promoteurs d'emploi ;
- assurer l'assistance-conseil aux Préfets et aux Maires ;
- participer aux Conférences Administratives Départementales.

3. Les autorités de régulation sectorielle

Actuellement au Bénin, il existe à proprement parler une autorité de régulation dans deux secteurs, à savoir celui des postes et télécommunications et celui des médias et communications.

a) En premier lieu, en ce qui concerne le domaine des postes et télécommunications, il est à noter qu'une Autorité de régulation des postes et télécommunications avait été prévue dès 1992 par l'ordonnance n° 2002/002 du 31 janvier portant régime des télécommunications en République du Bénin.

Les articles 9 et 10 de l'ordonnance précitée prohibent les pratiques tendant à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché des télécommunications, ainsi que les abus de position dominante.

L'Autorité de régulation a compétence pour régler les différends entre les opérateurs économiques. A cet effet, les agents de l'Autorité sont habilités à constater les infractions concurremment avec les officiers de police judiciaire, conformément aux dispositions du code de procédure pénale et de l'ordonnance susvisée. L'Autorité peut également saisir les juridictions compétentes des pratiques entravant le libre jeu de la concurrence dont elle pourrait avoir connaissance (art 11).

Les sanctions afférentes aux pratiques anticoncurrentielles sont prévues et fixées à un montant de 5 000 000 à 50 000 000 Francs CFA et éventuellement d'astreintes par jour de retard si une décision de justice est prise pour mettre un terme aux comportements délictueux.

Dans la pratique, il est à craindre que dans le contexte d'un secteur des télécommunications en pleine croissance, cette Autorité connaîtra des difficultés pour s'imposer compte tenu des hésitations sur sa création

En effet, après l'adoption du décret n° 2006-069 du 1^{er} mars 2006 portant organisation, composition et fonctionnement de l'Autorité de régulation des postes et télécommunications au Bénin qui viendra abroger le décret n° 2003-476 du 1^{er} décembre 2003 ayant le même objet et l'installation de l'Autorité, celle-ci est suspendue par le Conseil des ministres .

De plus, est décidée l'abrogation de tous les textes découlant de la mise en œuvre des

Ordonnances 2002-02 et 2002-03 du 31 janvier 2002 portant respectivement principes fondamentaux du régime des Télécommunications en République du Bénin et création et attributions de l'Autorité de régulation des Télécommunications et de faire rembourser dans les meilleurs délais par les opérateurs privés les créances qu'ils restent devoir au Trésor public au titre des redevances diverses.

Il sera procédé d'une part, à la réévaluation des licences d'exploitation octroyée aux opérateurs privés et d'autre part, à un inventaire et à une reprise des contrats de partenariats entre Bénin Télécom SA et les opérateurs privés.

Quelques mois plus tard, seront nommés par décret en Conseil des ministres du 26 février 2007 les membres du Conseil transitoire de régulation des télécommunications installé un peu plus tard.

b) En second lieu, on constate dans le domaine des médias et communications l'existence plus stable et efficace de la Haute autorité de l'audiovisuel et de la communication (HAAC) instituée par la Constitution du 11 décembre 1990.

Elle est en principe indépendante de tout pouvoir politique, association ou groupe de pression de quelque nature que ce soit. La durée du mandat est de cinq ans. Le mandat n'est ni révocable, ni renouvelable. Elle est composée de 9 membres à savoir : 1 Président, 1 Vice-Président, 2 Rapporteurs et 5 membres.

Selon la Constitution, "*la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication a pour mission de garantir et d'assurer la liberté et la protection de la presse, ainsi que de tous les moyens de communication de masse dans le respect de la loi. Elle veille au respect de la déontologie en matière d'information et à l'accès équitable des partis politiques, des associations et des citoyens aux moyens officiels d'information et de communication*".

Malgré l'existence de ces dispositions constitutionnelles de 1990, il a fallu attendre

le vote de la loi organique n° 92-021 du 21 août 1992 la concernant pour voir sa création effective et le 14 juillet 1994 pour l'installation officielle des membres.

De façon concrète, les activités les plus importantes de la HAAC sont les suivantes: (1) la gestion des campagnes médiatiques pour les élections législatives, présidentielles et municipales; (2) la gestion du mode d'accès des partis, des associations et des citoyens aux médias de service public; (3) la gestion des fréquences de radiocommunication et la délivrance des licences d'exploitation des radiodiffusions sonores et télévisions privées ; (4) la délivrance des cartes de presse; (5) la gestion des crédits relatifs à l'aide de l'Etat à la presse privée; (6) La gestion des programmes de formation et de recyclage des journalistes.

En particulier, en matière de concurrence la HAAC assure l'égalité entre les opérateurs et le libre accès au marché, l'attribution des fréquences par voie de concours.

4. Les juridictions civiles et commerciales

Aux termes de la loi n°2001-37 du 27 août 2002 portant sur l'organisation judiciaire au Bénin, les juridictions civiles et commerciales qui interviennent normalement dans la mise en œuvre du droit de la concurrence s'articulent autour de la Cour suprême, organisme juridictionnel de dernier ressort contrôlant la légalité des décisions des juridictions inférieures, des cours d'appel et des tribunaux de première instance.

La Cour suprême est la plus haute juridiction de l'État en matière administrative et judiciaire et des comptes de l'État. Ses décisions en matière d'interprétation législative ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif, ainsi qu'à toutes les juridictions. La Cour suprême peut être consultée par le gouvernement sur toutes les matières administratives et juridictionnelles. Elle peut, à la demande du chef de l'État, être chargée de la rédaction et de la modification de tous les textes

législatifs et réglementaires, avant leur examen par l'Assemblée nationale.

Les tribunaux de première instance compétents en matière civile ou commerciale ou pénale ou administrative suivant les cas, peuvent être sollicités en matière de concurrence, dans les conditions propres au genre d'affaire.

Il peut être exercé dans la plupart des cas un recours auprès de la Cour d'appel.

Les pays membres de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ont confié la cassation des contentieux commerciaux à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation.

B. Les procédures

1. Les pouvoirs d'investigations

En ce qui concerne les modalités effectives de saisines de la Direction de la concurrence et les directions départementales, il est à noter que la Direction de la Concurrence et de la Lutte contre la Fraude (DCLF) et les Directions Départementales de l'Industrie et du Commerce (DDIC) peuvent s'autosaisir des cas de pratiques anticoncurrentielles et/ou de concurrence déloyale. Elles peuvent également être saisies par des tiers.

2. Les enquêtes

Aux termes de l'article 40 de l'ordonnance n°20/PR/MFAEP du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et stocks les infractions sont constatées au moyen de procès-verbaux établis à la requête du Directeur Général des Affaires Economiques par :

- les agents du Service de Contrôle des Prix ;
- les officiers de Police Judiciaire ;
- les agents de la Direction des Impôts;
- les agents de la Direction des Douanes,

- les agents du Service de la Répression des fraudes et du Conditionnement,
- tous autres fonctionnaires et agents de l'Etat spécialement commissionnés par le Ministère des Affaires Economiques.

L'article 41 de l'ordonnance dispose que les procès-verbaux sont rédigés dans le plus court délai par deux agents habilités ; ils énoncent la nature, la date, le lieu des constatations ou des contrôles effectués, l'identité détaillée des contrevenants. A l'exception du cas où ils sont dressés contre inconnus, ils indiquent que le délinquant a été informé de la date, du lieu de leur rédaction et que sommation lui a été faite d'y assister.

Les procès-verbaux doivent comporter saisie réelle ou fictive des biens ayant fait l'objet de l'infraction, des instruments, véhicules, animaux ou moyens de transport ayant servi à commettre celle-ci, quel qu'en soit le propriétaire (article 43)¹³³.

Les agents visés à l'article 40 de la présente ordonnance peuvent, sur simple présentation de leur commission exercer un droit de visite dans tous les locaux professionnels, un contrôle des produits en cours de transport et même un droit de visite dans les locaux d'habitation, à condition d'être accompagnés d'un officier judiciaire. Ils peuvent demander communication et procéder à la saisie éventuelle de tous documents propres à faciliter l'exercice de leur mission en

¹³³ La saisie réelle donne lieu à gardiennage sur place ou en tout autre désigné par les agents du contrôle. La saisie fictive donne lieu à estimation de la valeur des marchandises et des moyens ayant servi à la fraude et laisse faculté au délinquant de verser leur valeur ou de les représenter immédiatement (article 44).

La main-levée pourra être accordée après paiement et acceptation d'une transaction, dans le délai maximum de quinze jours à dater de la notification des conditions de la transaction, faite dans les trois jours de la déclaration du procès-verbal (article 46).

quelques mains qu'ils se trouvent et prélever des échantillons (article 48).

Il est possible de consulter tous documents dans les administrations ou offices de l'Etat, des Départements et des Communes, les Etablissements publics et assimilés, les Etablissements et Organismes placés sous le contrôle de l'Etat ainsi que les Entreprises et services concédés par l'Etat, les Départements et les Communes.

3. Les décisions, sanctions et réparations

Selon l'ordonnance du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et stocks les procès-verbaux et les dossiers s'y rapportant sont transmis sans délai au directeur général des affaires économiques (article 50).

Suivant la nature et la gravité des infractions relevées, le procès-verbal donne lieu à transaction pécuniaire ou poursuites judiciaires, lorsque l'infraction relevée est jugée trop grave par le directeur général des affaires économiques, ou que le délinquant n'a pas payé le montant de la transaction dans le délai prévu.

La procédure judiciaire en matière d'infraction à la réglementation des prix est suivie conformément au droit commun. Toutefois, le chef du contrôle des prix peut déposer les conclusions qui seront jointes à celles du Ministère Public et les faire développer oralement à l'audience par un fonctionnaire habilité.

Le Parquet doit informer le directeur général des affaires économiques de la décision prise, dans le délai de soixante jours à compter de la réception du dossier.

Pendant la fermeture des établissements commerciaux ou industriels, le contrevenant doit continuer à payer les salaires, indemnités, rémunérations de toutes natures auquel son personnel avait droit. Tout transfert de marchandises hors des établissements fermés est interdit.

Les modalités de fixation et de paiement de la transaction sont déterminées par un Arrêté du Ministre de l'Economie qui pourra

décider de la publicité à donner à chaque infraction relevée.

Les importateurs qui ne respectent pas la réglementation sur les prix de manière délibérée pourront ne plus être admis à toute nouvelle répartition de contingents de devises (article 56).

Aux termes de l'article 57 de l'ordonnance du 5 juillet, les infractions aux dispositions de l'ordonnance et des arrêtés d'application sont punies d'un emprisonnement de un mois à deux ans et d'une amende de 10000 à 1.000.000 de francs ou de l'une de ces peines.

Plus particulièrement, les infractions aux règles de publicité des prix sont punies d'un emprisonnement de quinze jours à deux mois et d'une amende de 2.000 à 50.000 francs ou de l'une de ces peines seulement.

Dans les deux cas, elles entraînent obligatoirement la fermeture de l'établissement et l'interdiction d'exercer toute activité commerciale ou industrielle jusqu'à décision de justice, à moins que le délinquant ne verse une consignation ou ne présente une caution bancaire égale au triple du montant de la transaction proposée dans le premier cas, ou au quintuple de la valeur des objets saisis dans le second.

En cas de récidive dans le délai d'un an, les peines sont doublées et peuvent comporter l'interdiction définitive d'exercer toute activité professionnelle.

En cas de refus de communication ou de dissimulation de documents, le délinquant sera en outre condamné à représenter les pièces scellées sous une astreinte de 200 à 1.000 francs au moins par jour de retard, à dater du jugement s'il est contradictoire, ou de sa signification s'il a été rendu par défaut.

En cas de condamnation, le tribunal peut ordonner la confiscation au profit de l'Etat de tout ou partie des biens saisis. Le tribunal peut prononcer contre le délinquant l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer toute activité professionnelle. Pendant la durée de cette interdiction, le condamné ne

peut être employé dans l'établissement qu'il exploitait, même s'il l'a vendu, loué ou mis en gérance. Lorsque la fermeture ou l'interdiction d'exercer la profession est supérieure à deux ans et si le fonds est la propriété du condamné, la vente aux enchères du fonds de commerce est ordonnée. Lorsqu'il ordonne la vente, le tribunal charge l'Administration des Domaines de l'exécuter dans les délais fixés.

La juridiction compétente peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'elle désigne, annoncée par radio et affichée en caractères très apparents dans les lieux qu'elle indique, notamment aux portes principales des établissements professionnels, le tout aux frais de l'intéressé.

Par ailleurs aux termes de l'article 50 de la loi du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en République du Bénin, suivant la nature et la gravité des infractions relevées, le procès-verbal donne lieu à transactions pécuniaires avec l'Administration ou poursuites judiciaires.

Le montant de la transaction est fixé et notifié aux contrevenants par la direction du Ministère du Commerce concernée. Il doit être recouvré dans un délai de un (1) mois à compter de la date de notification. En cas de non paiement du montant de la transaction dans le délai fixé à l'article précédent, le dossier sera transmis au Parquet territorialement compétent pour être statué en matière correctionnelle par le tribunal.

V. APPLICATION EFFECTIVE

A. LES MOYENS ET LES RESSOURCES

1. Les ressources de l'administration

Actuellement, le nombre total des agents de la Direction générale du commerce intérieur dont fait partie la Direction de la concurrence est de 53 agents qui interviennent directement ou indirectement dans des domaines ayant un lien avec la concurrence (pratiques anticoncurrentielles, pratiques restrictives de concurrence, concurrence déloyale, contrôle des prix...). Cette Direction générale dispose d'un certain nombre de moyens matériels et financiers affectés à ses différentes directions centrales et à ses directions départementales pour l'accomplissement de leurs missions relatives à la concurrence (voitures, dotations budgétaires...);

Ces effectifs et moyens se répartissent comme suit, à travers les tableaux récapitulatifs ci-après.

Tableau récapitulatif des effectifs des agents des Directions Départementales et des Directions ayant un lien direct avec la concurrence et la Direction de la Concurrence

STRUC-TURES	Direction de la Concurrence et de la Lutte contre la Fraude	Direction de la Métrologie et du Contrôle de la Qualité	Direction de la Promotion du Commerce Intérieur	DDIC Atacora/Donga	DDIC Atlantique/Littoral	DDIC Borgou/Alibori	DDIC-Mono/Couffo	DDIC-Ouémé/Plateau	DDIC-Zou/Collines
EFFECTIFS	10	22	11	9	12	8	9	11	9
	EFFECTIF DGCI : 101								

DDIC = Direction Départementale de l'Industrie et du Commerce.

Tableau récapitulatif des moyens financiers dont disposent les Directions Départementales de l'Industrie et du Commerce et la Direction Générale du Commerce Intérieur pour l'accomplissement de leurs missions

STRUC-TURES	DGCI	DDIC Atacora/Donga	DDIC Atlantique/Littoral	DDIC Borgou/Alibori	DDIC-Mono/Couffo	DDIC-Ouémé/Plateau	DDIC-Zou/Collines
	-						
Moyens financiers au titre du Budget Gestion 2007	30.937.000 FCFA	8.667.000 FCFA	8.667.000 FCFA	8.667.000 FCFA	8.667.000 FCFA	8.667.000 FCFA	8.667.000 FCFA

2. Les relations avec la Commission de l'UEMOA

Le Bénin à travers le Ministère en charge du Commerce a participé aux trois réunions du Comité Consultatif de la concurrence qui se sont tenues à Ouagadougou, Dakar et à Cotonou en mars 2007.

Il en est de même des séminaires régionaux sur la législation communautaire de la concurrence organisés au cours de l'année 2006 par l'UEMOA et la CNUCED respectivement à Abidjan, Lomé, Bissau et à Cotonou.

Il a été organisé avec l'appui de l'UEMOA et de la CNUCED en novembre 2006 à Cotonou, le séminaire national sur la législation communautaire de la concurrence (cf supra).

En ce qui concerne les actions de vulgarisation de la législation communautaire de la concurrence menées par le Ministère, il apparaît que le programme élaboré par le Ministère à l'intention des parlementaires, des hauts fonctionnaires, des associations de consommateurs et des opérateurs économiques n'a pas démarré, faute de moyens financiers.

Toutefois, les experts en matière de concurrence au Bénin ont réussi à intégrer dans le programme formation des étudiants en Gestion Commerciale dans les universités du Bénin, le cours sur la législation communautaire de la concurrence.

3. Les relations entre les autorités nationales et les autres Etats membres de l'UEMOA

Hormis les contacts réalisés avec ces différents acteurs lors des séminaires régionaux et des sessions susmentionnés du Comité consultatif de la concurrence, il semble que les autorités de concurrence du Bénin, et en particulier la Direction de la concurrence du Ministère de l'Industrie et du commerce n'entretiennent pas de relations directes particulières avec les autorités nationales et les autres Etats membres de l'UEMOA.

B. LES AFFAIRES RELATIVES AUX ATTEINTES À LA CONCURRENCE

Les affaires relatives aux atteintes à la concurrence au Bénin peuvent être évaluées à travers le nombre de saisines de l'Administration et la typologie des affaires, le nombre de saisines de la Commission de l'UEMOA par les structures nationales de concurrence du Bénin ou les agents économiques béninois et la typologie des affaires, les exemptions au droit de la concurrence et enfin l'application des réglementations sectorielles par les autorités chargées de réguler lesdits secteurs.

1. Nombre de saisines de l'administration et typologie des affaires

Depuis 2003, année de l'entrée en vigueur de la réglementation communautaire de la concurrence UEMOA, plusieurs affaires ont été traitées par la direction du Ministère de l'industrie et du commerce chargée des questions de concurrence qui aujourd'hui est dénommée Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude.

Ces affaires se répartissent en trois cas de tentatives de fixation concertée de prix, en deux cas de contrefaçon, plusieurs cas de fraudes, en un cas de publicité mensongère, et enfin des cas de conditions de vente discriminatoires.

Les trois tentatives de fixation concertée des prix sont le fait respectivement en 2003 de transporteurs d'hydrocarbures, en 2004 de consignataires de navires et enfin en 2005 de cimentiers.

Tel qu'il ressort des indications fournies par la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude, ces différents opérateurs ont tenté de façon concertée de fixer chacun dans son secteur d'activité, les prix des services ou des produits qu'ils offrent à leurs clients. Face à cette situation, la Direction de la concurrence les ayant menacé de saisir la Commission de l'UEMOA pour pratiques anticoncurrentielles, ces opérateurs ont mis fin à leur intention.

Les deux cas de contrefaçon ont respectivement concerné les serrures "Vachette" et les tissus Wax Hollandais Vlisco victimes d'une telle pratique.

En l'absence de la loi portant organisation de la concurrence au Bénin, l'Autorité en charge de la concurrence s'est basée sur les différents textes existants pour sanctionner les contrevenants, à savoir la loi 15/05/90 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce, l'ordonnance du 05 juillet 1967 portant réglementation des prix et stocks, le code de commerce français, l'accord de Bangui révisé.

Les produits contrefaits ont été saisis puis détruits. Les contrevenants ont été invités à payer une amende variant entre un et dix millions francs CFA.

La troisième catégorie d'affaires, à savoir la fraude, s'avère en apparence être la plus courante mais dont le nombre exact n'a pas été indiqué par la Direction en charge de la concurrence. Celle-ci indique qu'elle a eu à sanctionner plusieurs opérateurs économiques auteurs de fraude commerciale.

La pratique la plus courante consiste à mettre en vente des produits n'ayant pas été assujettis aux droits et taxes d'entrée.

Les amendes infligées aux contrevenants ont varié entre cinq cent mille (500.000) et dix millions (10.000.000) de F CFA.

La quatrième catégorie d'affaires, à savoir les conditions de vente discriminatoires, est surtout le fait de commerçants étrangers.

Conditions discriminatoires

Cette pratique est surtout le fait de commerçants d'origine asiatique évoluant dans le secteur des textiles.

Il leur arrive souvent d'exiger de leurs clients des conditions inégales d'achat alors que ces derniers évoluent sur le même marché.

L'exemple le plus frappant est celui d'un importateur de tissu qui livre la même quantité de marchandise à deux de ses clients à des prix et à des conditions de paiement différents. Il s'agit d'un cas de vente discriminatoire.

La Direction de la Concurrence a eu à sanctionner les auteurs de cette pratique sur la base des dispositions de l'article 39 alinéa 9 de l'ordonnance N°20/PR/MFAEP du 05 juillet 1967 portant réglementation des prix et stocks. Les amendes infligées aux contrevenants varient entre cinq cent mille (500.000) et un million (1.000.000) F CFA.

Cas de publicité mensongère concernant la Société béninoise de brasserie (SOBEBRA).

Cette société, filiale au Bénin du groupe CASTEL BGI, fabrique des boissons gazeuses. Au nombre de celles-ci figurent une eau minérale appelée "Possotomé" extraite d'une source naturelle. Parallèlement, la SOBEBRA a mis sur le marché béninois, une autre eau appelée "BULVIT" dont l'étiquette porte la mention "eau minérale naturelle gazéifiée". Après investigation, il est ressorti que "BULVIT" n'est extraite d'aucune source naturelle comme cela figure sur l'étiquette. Il s'agit ni plus ni moins d'une publicité mensongère. Convoqués par l'Autorité de la concurrence, les responsables de la SOBEBRA ont reconnu les faits. Ils ont été sanctionnés conformément à l'article 39 alinéa 7 de l'ordonnance n° 20/PR/MFAEP du 5 juillet 1967 portant réglementation des prix et stocks et ont payé une amende de un million (1.000.000) francs CFA.

2. Nombre de saisines de la Commission de l'UEMOA et typologie des affaires

En l'état actuel des données, il apparaît que deux affaires ont été portées devant la Commission de l'UEMOA par des acteurs du Bénin.

La première affaire est celle de GAZODUC de L'AFRIQUE DE L'OUEST dans laquelle les Etats du Bénin et du Togo ont conclu une Convention internationale avec le Ghana et le Nigéria pour mettre en place un Gazoduc financé et exploité par des multinationales pétrolières organisées en consortium. La Commission de l'UEMOA rend le 06 mai 2004 une attestation négative pour la

création d'entreprises communes et décision de ne pas soulever d'objection pour les exonérations fiscales.

La seconde affaire est celle dans laquelle respectivement B.A.T. Burkina et B.A.T Bénin et ensuite le Ministère des Finances et de l'Economie du Bénin vont s'opposer à l'Etat burkinabé. Il est reproché à l'Etat du Burkina de restreindre illégalement les importations de tabac produit par BAT Bénin au motif que le distributeur local des cigarettes n'a pas respecté la réglementation instituant un monopole de tabacs au Burkina. Face à cette pratique anti-concurrentielle imputable à un Etat, la Commission adressera une injonction invitant l'Etat du Burkina à lever les restrictions aux exportations de B.A.T.

Mais comme on le voit dans les cas d'espèces, il ne s'agit pas à proprement parler de saisines de la Commission de

l'UEMOA par les autorités nationales de concurrence du Bénin.

Tableau des affaires traitées par la Commission UEMOA concernant le Bénin

Affaire	Date	Domaine et Etats concernés	Résumé des affaires	Décisions de la Commission
GAZODUC de L'AFRIQUE DE L'OUEST	06 mai 2004	Aides d'Etat et ententes entre entreprises /Bénin et Togo	Les Etats du Bénin et du Togo ont conclu une Convention Internationale avec le Ghana et le Nigéria pour mettre en place un Gazoduc financé et exploité par des multinationales pétrolières organisées en consortium	Attestation négative pour la création d'entreprises communes et décision de ne pas soulever d'objection pour les exonérations fiscales
B.A.T Burkina et B.A.T Bénin contre Etat du Burkina Ministère des Finances et de l'Economie du Bénin contre Etat du Burkina	24 et 25 janvier 2006 et 30 janvier 2006	Pratique anticoncurrentielles imputables aux Etats /	Il est reproché à l'Etat du Burkina de restreindre illégalement les importations de tabac produit par BAT Bénin au motif que le distributeur local des cigarettes n'a pas respecté la réglementation instituant un monopole de tabacs au Burkina	Injonction de la Commission invitant l'Etat du Burkina à lever les restrictions aux exportations de B.A.T

3. Application des réglementations sectorielles

Au Bénin, cette application des réglementations sectorielles concerne surtout potentiellement à l'heure actuelle les domaines des postes et télécommunications et celui des médias et télécommunications.

En ce qui concerne le domaine des postes et télécommunications, compte tenu des problèmes de relation entre l'Autorité et la tutelle, c'est le Gouvernement béninois lui-même qui a dû examiner les résultats des travaux du Comité Ad hoc chargé du recensement et de la vérification de la légalité des activités des prestataires des services de télécommunications au Bénin.

De l'étude de cette communication, il ressort des constats critiques (CF supra).

Le Conseil des Ministres a décidé des mesures d'assainissement et le Ministre Délégué Chargé de la Communication et des Nouvelles Technologies auprès du Président de la République a donné une Conférence de presse pour présenter amplement le contenu de ce Rapport de vérification de la légalité des activités des prestations des services de télécommunications.

S'agissant du domaine des médias et télécommunications, l'application de la réglementation sectorielle par la HAAC se déroule normalement ; plusieurs décisions ont été rendues dont la plupart figurent sur son site Internet <http://www.haac-benin.org>.

VI. ASPECTS RELATIFS A LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

A. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES CONSOMMATEURS

L'un des objectifs traditionnels d'une politique de libre et saine concurrence est avant tout, comme dans le cas de l'UEMOA et du Bénin, la protection des intérêts des consommateurs, dans la mesure où il apparaît entre autres qu'une telle politique

assure aux consommateurs un vaste choix de produits à des prix moindres.

Comme illustration d'un tel souci présent dans les textes de concurrence du Bénin, l'article 2 de la loi du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en République du Bénin dispose que « *les activités de commerce ont pour but de satisfaire les besoins du consommateur tant au niveau des prix que de la qualité du service ou produit offert. Elles doivent contribuer à l'amélioration de la qualité de la vie, à l'animation de la vie urbaine et rurale* ».

A l'inverse, l'existence de multiples pratiques portant atteinte à l'établissement d'une libre et saine concurrence, tel que l'a révélé l'examen de l'environnement économique et juridique béninois et les affaires d'atteintes à la concurrence traitées par la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude du Ministère de l'industrie et du commerce (notamment les ententes et abus de position dominante de la part d'entreprises, les pratiques déloyales du secteur informel, les tentatives de fixation concertée de prix, les cas de contrefaçon, de fraudes, de publicité mensongère et de conditions de vente discriminatoires) est de nature à porter gravement atteinte aux intérêts des consommateurs, à travers notamment la mauvaise qualité de bon nombre de produits et services qui lui sont proposés, par exemple dans le domaine des huiles et produits alimentaires, les prix abusifs de certains produits et services, les ruptures d'approvisionnement régulier et pénuries en certains de ces produits et services tels que les produits pétroliers.

Dans un tel contexte, et plus particulièrement au Bénin comme dans la plupart des pays de l'espace UEMOA, il s'avère indispensable de protéger les intérêts des consommateurs par les multiples voies existant en ce sens, qu'il s'agisse d'inclure certaines dispositions relatives à la protection des consommateurs dans la loi et les textes relatifs à la concurrence, ou de

recourir aux différentes institutions actives en faveur des consommateurs.

B. INTÉRÊT D'INCLURE CERTAINES DISPOSITIONS RELATIVES À LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS DANS LA LOI

Certes, l'objet central d'un droit et d'une politique de concurrence n'est pas de réguler les rapports entre les opérateurs économiques et les consommateurs en vue de protéger ces derniers, préoccupation qui est normalement celle du droit de la consommation et de la politique de protection des consommateurs.

Toutefois, comme il a été maintes fois souligné, au-delà du fait que la mondialisation et la libéralisation du commerce des biens et des services peuvent contribuer à améliorer la situation des consommateurs dans de nombreux pays et sur de multiples plans (par exemple par l'accès à une plus grande gamme de produits et services de qualité à moindre coût), on constate que ces processus posent aussi des problèmes considérables en ce qui concerne la protection des intérêts des consommateurs et leurs possibilités de dédommagement. En effet, du fait de la déréglementation et de la libéralisation, les consommateurs, dont notamment ceux du Bénin, se trouvent fréquemment en présence de produits et de services dangereux et confrontés à des pratiques commerciales frauduleuses ou monopolistiques.

Dès lors, il n'est pas sans intérêt que dans le souci d'une protection « multilatérale » renforcée que les droits et politiques de concurrence, qui très fréquemment organisent la libéralisation dont les effets pervers peuvent porter atteinte aux intérêts des consommateurs, prévoient directement en leur sein certaines dispositions relatives à une telle protection des intérêts des consommateurs.

C'est d'ailleurs à cela que vise la loi du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce en République du

Bénin, à travers ses articles 22 et 23 qui prescrivent une obligation de service après-vente et de garantie, notamment des professionnels à l'égard des consommateurs.

S'agissant justement de cette option consistant à inclure dans les textes ou la législation sur la concurrence certaines dispositions relatives à la protection des consommateurs, c'est surtout le projet de loi béninois portant organisation de la concurrence qui va le plus loin, puisque ses concepteurs, tout en ayant connaissance d'un autre projet de loi portant spécifiquement sur la protection du consommateur, prévoient néanmoins en son sein un Titre IV intitulé « De la sécurité du consommateur » qui va des articles 50 à 53. Entre autres, l'article 50 dudit projet dispose que « *les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle le consommateur peut légitimement s'attendre et ne doivent pas porter atteinte à la santé des personnes* ».

C. LES INSTITUTIONS ACTIVES EN FAVEUR DES CONSOMMATEURS

Différentes institutions oeuvrent en faveur des consommateurs au Bénin. Parmi celles-ci, on dénombre aussi bien des institutions publiques que privées.

Parmi les plus actives, vient en tête des institutions publiques, la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude qui, en rappel, a comme missions, hormis celles mentionnées supra d'encourager la création des associations de consommateurs et les appuyer en relation avec les ministères compétents en matière de mouvement coopératif et associatif dans leur mission de défense des intérêts des consommateurs.

Ainsi, dans l'exercice quotidien de ces missions, la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude est amenée à réprimer des infractions portant atteinte aux intérêts des consommateurs et à œuvrer de la

sorte de façon active pour une protection de ces consommateurs.

Le mouvement consommateur béninois qui englobe ces associations de consommateurs est jeune comme ses homologues de la sous-région. La première association de consommateurs du Bénin, à savoir l'Association pour la protection du consommateur et de son environnement au Bénin (APCEB), a vu le jour en décembre 1989. Actuellement, il existe près d'une vingtaine d'associations se réclamant défenseurs de consommateurs.

Parmi ces associations, on compte au nombre des plus actives l'APCEB susmentionnée, Que Choisir Bénin (QCB), la Ligue pour la défense du consommateur au Bénin (LDCB) et l'association ARAMBE Kafu-ata qui sont justement reconnues comme membres de l'Association internationale des consommateurs.

Ces organisations de consommateurs du Bénin participent de façon diversifiée à la régulation du marché (en ce concerne plus particulièrement les prix des produits et services, la qualité de ces produits et services et l'accessibilité au marché) à travers des actions d'information des citoyens et des pouvoirs publics, des actions de « veille économique et sociale », et des actions de représentation au sein des instances de prise de décision.

Plus précisément, la régulation du prix est relative à la fixation du prix de certains biens jugés stratégiques par les associations de consommateurs comme les produits alimentaires, les services de santé, les services de l'éducation, les services de transport, les services des télécommunications, les produits pétroliers et le ciment etc.

Pour les produits pétroliers par exemple, la fixation des prix intervient au cours des travaux d'une commission dénommée Commission d'ajustement des prix des produits pétroliers qui tient une session mensuelle. Deux représentants d'associations de consommateurs siègent au sein

de cette commission et font entendre la voix des consommateurs. Les prix ajustés sont validés par le gouvernement qui les rend publics et effectifs pour le mois.

La régulation de la qualité des biens par les organisations de consommateurs a pour objectif selon celles-ci d'éviter des catastrophes alimentaires aux consommateurs du Bénin. Ainsi, elles jugent que leur intervention active lors des crises alimentaires majeures comme la crise de la vache folle, le poulet contaminé à la dioxine et l'importation d'huiles alimentaires frelatées a permis de protéger la santé des consommateurs du Bénin. En ce sens, La Ligue pour la défense du Consommateur au Bénin estime que son intervention a évité une catastrophe alimentaire en empêchant le débarquement au Port de Cotonou le 8 novembre 2006 de 4000 tonnes de riz qu'elle juge impropre à la consommation, suspicion confirmée selon elle par les résultats d'analyses effectuées par le service d'hygiène et de conditionnement du Ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et de la Pêche.

En ce qui concerne la régulation de l'accessibilité, selon les organisations de consommateurs, un plaidoyer est constamment mené pour permettre au plus grand nombre de consommateurs d'avoir un accès facile aux biens et aux services proposés par les producteurs et commerçants. L'accessibilité s'apprécie en terme de disponibilité, de coût et de la proximité géographique du produit ou service par rapport aux consommateurs. Leurs plus grandes actions en matière d'accessibilité sont relatives aux services d'eau, d'électricité des télécommunications et du ciment.

L'intervention des organisations de consommateurs du Bénin dans la régulation du marché a été faite jusque-là en s'appuyant sur des textes internationaux en l'occurrence les Principes directeurs des Nations Unies portant protection du Consommateur qui reconnaissent huit principaux droits aux consommateurs du

monde entier, étant entendu qu'au plan national il n'existait pas jusque-là une loi spécifique protégeant le consommateur.

S'agissant des instruments et des cadres de régulation, il ressort que les organisations de consommateurs béninoises interviennent dans des instances créées par les pouvoirs publics, qu'elles participent en tant que membres pleins aux sessions de certaines commissions et des conseils d'administration de certaines sociétés publiques.

Ainsi, les organisations de consommateurs du Bénin, telles que Que Choisir Bénin ou la Ligue pour la défense du consommateur au Bénin, sont membres des commissions et conseils d'administration suivants :

- Conseil national de normalisation et de gestion de la qualité ;
- Commission nationale pour l'alimentation et la nutrition ;
- Commission nationale du Codex alimentarius ;
- Commission d'ajustement des prix des produits pétroliers ;
- Commission nationale pour l'assainissement du marché intérieur des produits pétroliers et leurs dérivés en République du Bénin ;
- Conseil d'administration de Bénin Télécoms S.A ;
- Conseil d'administration de La Poste du Bénin S.A ;
- Conseil d'administration de la SONEB ;
- Conseil d'administration de la SBEE.

VII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS POUR LA PROMOTION D'UNE POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AU BENIN

La République du Bénin ne détenant pas de loi nationale sur la concurrence au sens de la définition donnée par les instances internationales et la mise en œuvre de la législation communautaire de l'UEMOA étant récente, l'examen du droit et de la politique de concurrence sur le territoire du

Bénin permet de constater un bilan limité en ce domaine notamment de l'activité contentieuse tant dans la poursuite des pratiques anticoncurrentielles régies par la législation UEMOA, que dans la lutte contre les autres pratiques portant atteinte à la concurrence.

Ce bilan limité s'explique, selon les observateurs entendus dans le pays, en grande partie par la faiblesse de la connaissance des règles de la concurrence, voire de leur existence et surtout de l'intérêt même qui s'attache à ce qu'une politique en la matière soit instaurée par la plupart des acteurs béninois (en particulier les opérateurs économiques et les consommateurs); par ailleurs, l'expertise nationale est encore limitée à des cercles restreints, même si elle progresse grâce aux séminaires qui ont pu déjà se tenir dans le pays et la Région.

Dès lors, pour inverser cette tendance, il s'avère indispensable de développer la culture de la concurrence, de consolider les institutions du Bénin sur la concurrence, de renforcer les liens entre l'UEMOA et les structures de concurrence du Bénin.

A. DÉVELOPPEMENT DE LA CULTURE DE LA CONCURRENCE

Le développement de la connaissance des principes d'une politique de la concurrence est essentiel dans un pays qui débute en la matière. Des actions en ce sens doivent être dirigées auprès de l'ensemble des acteurs d'une telle politique, non seulement au plus haut niveau des dirigeants du pays mais aussi auprès des fonctionnaires, magistrats appelés à concevoir les règles et à les appliquer. Sont d'évidence concernés également et même principalement les consommateurs organisés ou non et les opérateurs économiques. Les relais que constituent la presse, l'Université et les avocats devront être sollicités.

A cet effet, il serait opportun d'organiser encore d'autres séminaires tels que ceux déjà tenus les années précédentes et de

diffuser des articles et documents de vulgarisation explicatifs.

B. CONSOLIDATION DES INSTITUTIONS DU BÉNIN ET DE LA LÉGISLATION SUR LA CONCURRENCE

Dans le cas spécifique du Bénin qui se caractérise avant tout par l'absence d'une législation nationale d'ensemble sur la concurrence et d'une autorité administrative autonome ou indépendante à compétence générale, source de bien de difficultés pour une lutte contre les pratiques portant atteinte à l'existence d'une libre et saine concurrence, il est urgent de procéder à une consolidation des institutions sur la concurrence.

Une telle consolidation passe d'abord, par l'adoption d'une législation nationale sur la concurrence et par la mise en place d'une autorité nationale indépendante chargée de la régulation de la concurrence, en synergie avec les services du Ministère et de l'industrie, dont en particulier la Direction chargée de la concurrence.

Dans ce sens, l'adoption de l'actuel projet de loi portant organisation de la concurrence au Bénin représente une bonne perspective pour l'existence non seulement de règles cohérentes et complètes sur la concurrence, mais également d'une autorité administrative indépendante venant renforcer les structures nationales de concurrence existant déjà au Bénin, telle que la Direction de la concurrence et de la lutte contre la fraude.

La consolidation institutionnelle doit également être faite en faveur de réglementations sectorielles et la création d'autorités sectorielles de régulation, notamment dans le domaine de l'électricité et de l'énergie, des télécommunications. S'impose donc l'édition de textes clairs précisant davantage les rôles respectifs des autorités nationales de concurrence à compétence générale et des autorités de concurrence à compétence sectorielle dans la lutte contre les pratiques anti-

concurrentielles et les autres pratiques portant atteinte à la concurrence.

Enfin, la consolidation institutionnelle passe par l'adaptation et la précision de quelques règles de fond et par l'aménagement des institutions de concurrence qui existent déjà. Il en est ainsi par exemple de l'adaptation et de la précision de quelques règles de fond, s'agissant de l'articulation entre le corps dur des règles de la concurrence (énumérées par l'article 88 du Traité UEMOA et réglementées dans les textes communautaires de droit dérivé) et les règles hors de ce champ sous la responsabilité nationale, notamment relatives aux pratiques dites individuelles et à la concurrence déloyale qui existe dans le droit béninois.

C. RENFORCEMENT DES LIENS AVEC L'UEMOA

Le renforcement des liens avec l'UEMOA passe par l'aménagement des procédures, notamment entre l'UEMOA et les structures nationales de concurrence.

De ce point de vue, le principal champ de réflexion tient à la prise en compte de la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA pour prendre les décisions en matière d'ententes et d'abus de positions dominantes sachant que ses moyens sont limités.

Les réglementations qui seront mises en place devront tenir compte du processus de décision qui généralement s'impose et qui comprend trois phases : enquête, instruction, décision.

Le Bénin devra se doter de moyens pour contribuer à préparer les deux premières phases en relation avec la Commission de l'UEMOA.

L'enquête est en effet normalement effectuée par les autorités administratives nationales soit sur son initiative soit sur la demande de l'autorité communautaire, et ceci par leurs propres services ou avec le concours de ceux de la Commission. Il

conviendrait d'encourager à cet égard le principe d'enquêtes en commun.

L'instruction pourrait également être entreprise par les autorités béninoises avant que le dossier soit porté devant la commission pour décision après implication du Comité consultatif.

QUATRIEME PARTIE : ACTIONS A ENTREPRENDRE

L'examen du droit et de la politique de concurrence au sein de l'Union économique et monétaire Ouest Africaine tant au niveau communautaire que national, en particulier dans les deux Etats témoins, la République du Sénégal et la République du Bénin permet de dresser encore un bilan limité.

Certes de nombreuses actions et des activités diversifiées des structures communautaires et nationales sont constatées : législative, relationnelle entre les autorités des deux échelons d'une part et avec l'extérieur d'autre part, notamment les opérateurs économiques, et enfin consultative et décisionnelle, essentiellement contentieuse. Cependant malgré les pressions concurrentielles dans l'économie de la sous-région et forcément les atteintes à la concurrence qu'elles laissent supposer, le bilan de l'activité contentieuse reste très limité dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles régi par les législations de l'UEMOA et les législations nationales, ainsi que celui de la lutte contre les autres pratiques portant atteinte à la concurrence comme l'atteste entre autres le nombre de saisines de la Commission UEMOA et des structures nationales.

De nombreuses raisons peuvent expliquer ce bilan. En premier lieu, cela s'explique en grande partie par une culture de la concurrence qui commence seulement à se développer auprès de l'ensemble des acteurs (politiques, fonctionnaires, magistrats, opérateurs économiques et les consommateurs) et une expertise surtout nationale forcément limitée. En second lieu, les institutions de la concurrence n'existent pas toujours comme au Bénin et lorsqu'elles existent détiennent de faibles moyens. Les règles de fond ne sont pas toutes abouties et donc opérationnelles. Par ailleurs, la coopération entre les structures communautaires UEMOA et les structures nationales de concurrence ne sont qu'en voie de mise en place.

Dès lors, pour inverser le cours des choses et parvenir à un bilan plus étoffé du point de vue de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et contre les autres pratiques portant atteinte à la concurrence, il s'avère indispensable de développer cette culture, de préciser et d'expliquer les législations et de consolider les institutions, de renforcer les liens entre l'UEMOA et les structures de concurrence du Bénin.

Les actions utiles en vue d'une accélération et de l'amélioration du système telles qu'elles sont généralement formulées par les acteurs de cette politique eux-mêmes et complétées par des observateurs extérieurs peuvent être regroupées en plusieurs catégories:

Un programme précis avec un calendrier adapté devrait être établi de sorte que les recommandations ne restent pas lettre morte.

A. DÉVELOPPEMENT D'UNE CULTURE DE LA CONCURRENCE

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

Il convient principalement de faire partager l'idée que le concept de la concurrence est central et interactif avec d'autres instruments du développement du pays et qu'il est indispensable de concilier un rôle important des institutions publiques, donc de l'Etat, à qui il appartient de réguler l'économie, avec le jeu du marché qui repose sur les initiatives privées.

La « culture concurrence » doit d'évidence être développée au niveau de la sous-région mais aussi avec une démultiplication de rencontres et d'échanges à l'échelon national et local.

Ce qui est déjà en vigueur avec les rencontres, échanges, séminaires de toutes sortes mérite d'être poursuivi et accentué, que ce soit dans un cadre officiel (sous l'égide des organes de l'UEMOA notamment), universitaire, professionnel ou privé.

Il s'agit d'ancrer l'idée que l'économie se développe mieux dans un marché ouvert de quatre vingt millions d'habitants de huit pays relativement homogènes qu'au sein d'une entité nationale de dix millions d'habitants. Les opportunités et les synergies s'en trouvent nécessairement développées.

Aussi bien dans son élaboration que dans sa mise en œuvre, la politique de la concurrence implique, outre les décideurs politiques, les consommateurs, les milieux d'affaires, les fonctionnaires, les juristes, les milieux universitaires, la presse et les autorités de régulation sectorielle. Les stratégies à adopter pour promouvoir la culture de la concurrence au sein de ces acteurs, même si elles ont des points communs, devraient tenir compte de la spécificité de chaque groupe cible. Les points communs devraient porter principalement sur les distorsions possibles sur le marché d'un pays dépourvu d'un droit de la concurrence et leurs conséquences pour les consommateurs et l'économie en général.

Les consommateurs sont incontestablement un maillon important des acteurs de la concurrence. Leur souci est d'obtenir le meilleur produit ou meilleur prix possible. Or, dans la plupart des pays de la sous-région, les consommateurs ont été habitués pendant des décennies au système d'économie à prix réglementés. La transition vers une économie ouverte à la concurrence

n'est toujours pas aisée. Il est donc fondamental de pouvoir, avec des exemples concrets à l'appui, montrer comment la concurrence offre plus d'avantages aux consommateurs tant au niveau de la qualité que du prix, par rapport au système de prix réglementé. Il s'agira également de préciser les exceptions possibles aux règles de concurrence, notamment lorsque la concurrence est limitée ou impossible.

Les milieux d'affaires (et leurs juristes) ne sont pas moins un maillon important des acteurs de la concurrence. Ils sont à la fois victimes et auteurs des différents comportements concurrentiels observés sur les marchés. Pour ce groupe cible, la stratégie de promotion de la concurrence devra mettre l'accent sur - les avantages du respect des règles de la concurrence ; - les sanctions en cas de leur inobservance ; - les procédures à suivre ; - les recours possibles.

A la fois consommateurs et acteurs chargés de la surveillance du marché, les fonctionnaires méritent également une attention particulière en matière de promotion de la concurrence. La priorité ici est le renforcement des capacités des fonctionnaires chargés de la mise en œuvre de la politique de la concurrence après avoir identifié leurs besoins. Les formations pratiques, appuyées de cas de jurisprudence des pays à forte culture de concurrence, devront être privilégiées.

De même, les échanges d'expériences entre fonctionnaires de différents pays et le mécanisme d'examen par les pairs devraient renforcer davantage les capacités des fonctionnaires chargés de la mise en œuvre de la politique de la concurrence et leur permettre de s'auto-évaluer par rapport à leurs homologues des autres pays. Les fonctionnaires doivent pouvoir cerner correctement leurs rôles dans la mise en œuvre d'une politique de la concurrence afin d'éviter toute confusion.

Enfin, la presse et les universitaires, professeurs et étudiants, sont des leaders d'opinion, des groupes de pressions qu'il importe de mobiliser pour obtenir leur

adhésion à la cause du droit et de la politique de la concurrence.

Dans le même temps, les habitants de l'ensemble des pays doivent tous être touchés par cette « culture » et pas seulement les capitales. Une démultiplication de rencontres et d'échanges devrait être faite à l'échelon local.

Il serait d'ailleurs intéressant d'organiser des échanges entre représentants des circonscriptions locales des différents Etats de la sous-Région sur ce thème de développement des marchés ; il y a tout lieu de penser que les intérêts et préoccupations sont proches.

Enfin, il serait particulièrement utile d'associer étroitement les organes consultatifs de l'UEMOA ou en contact avec la Commission, notamment la Chambre consulaire régionale.

C'est pourquoi plusieurs recommandations sont émises.

Recommandation 1: Des actions médiatiques auprès du grand public doivent être mises en place afin de faire partager les concepts du marché, du rôle régulateur de l'Etat, d'expliquer les bienfaits d'une politique de la concurrence pour les consommateurs.

Dans ce but, peuvent être organisés :

a) une diffusion de brochures, d'articles, diffusion par CD, DVD, internet,

b) des entretiens et reportages radio et télé diffusés, sur l'ensemble des pays par les administrations et les organisations professionnelles et de consommateurs.

Recommandation 2: Des séminaires d'information et de formation à l'intention des étudiants, des fonctionnaires de tous ministères, des membres et rapporteurs des autorités telles que la Commission nationale de la concurrence et les autorités spécialisées, universitaires, et autres praticiens doivent être organisés à l'échelon de la sous-région, à l'échelon national et local.

L'enseignement de cette matière devrait être renforcé dans les écoles de l'administration et dans les Universités.

Recommandation 3: Devraient être mis en place des centres de documentations spécialisés dans le domaine de la concurrence, au niveau national mais aussi dans les principales villes. La Commission devrait apporter sa contribution effective à cette action, en termes de ressources financières et documentaires.

Recommandation 4: Mobiliser tous les organes consulaires consultatifs de l'UEMOA et des Etats.

Les recommandations 1, 2, 3 et 4 s'adressent à la Commission, aux structures de la concurrence de Sénégal et du Bénin et à celles de tous les Etats membres de l'UEMOA.

B. ADAPTATIONS ET PRÉCISIONS DE QUELQUES RÈGLES DE FOND

Il s'agit pendant les années à venir de plus intégrer le dispositif communautaire de la concurrence dans les actions que de penser à réformer. Appliquer des règles communautaires et les faire accepter par les nationaux est déjà en soi difficile ; une stabilité est donc préférable plutôt que de se mobiliser pour impulser des changements à l'UEMOA.

Ceci est vrai pour les deux pays témoins, en particulier pour le Sénégal qui a connu deux évolutions fondamentales au cours de ces dernières années : l'introduction d'une loi moderne de la concurrence avec la loi de 1994 et l'avènement de la législation communautaire de l'UEMOA qui s'est largement substituée à la loi nationale.

Cela n'exclut pas que des précisions soient apportées ne serait-ce que pour une mise en application adaptée notamment au Sénégal, compte tenu de ses contraintes.

Ces adaptations et précisions pourraient être apportées dans plusieurs directions.

En premier lieu, des précisions peuvent être apportées dans l'articulation entre le corps dur des règles de la concurrence (énumérées par l'article 88 du Traité UEMOA et réglementées dans les textes communautaires de droit dérivé) et les règles hors de ce champ sous la responsabilité nationale, notamment relatives aux pratiques dites individuelles et à la concurrence déloyale.

Il conviendrait de bien différencier le contrôle des pratiques dites collectives et les pratiques dites individuelles, c'est-à-dire entre celles qui affectent le fonctionnement du marché, donc l'intérêt général, et celles qui concernent les relations entre des entreprises sans précisément perturber l'ensemble du jeu de la concurrence sur le marché où opèrent les entreprises concernées. Ceci est d'autant plus important que les pratiques qualifiées d'individuelles restent sous l'empire du contrôle national et les collectives sous le contrôle de la Commission UEMOA.

Une complémentarité mérite d'être affirmée entre les règles générales du corps dur de la concurrence (article 88 du Traité) et celles afférentes aux domaines spéciaux des industries de réseau (énergie, télécoms, transports...) lesquelles tout en relevant de dispositifs particuliers, notamment techniques s'inscrivent aussi dans le respect de principes présents dans l'application des règles de premier cercle par exemple, celui de la transparence, de la non discrimination.

Des lois particulières nationales et des Autorités pour les faire appliquer existent ; elles ne sont pas remises en cause par l'entrée en vigueur du nouveau droit communautaire comme le sont un certain nombre de dispositions de la loi de 1994 au Sénégal et celle de 1990 au Bénin.

Dans les deux cas, ce sont plus des précisions dans les définitions et les applications qu'il faut mettre en œuvre.

Recommandation 5 : Etablir des communications nationales sous l'égide des autorités telles que la Commission nationale de la concurrence au Sénégal et autres autorités indépendantes sur le champ des pratiques individuelles pour les distinguer des pratiques relevant de l'article 88 du traité: notamment pour ce qui concerne les :

- Refus de vente
- Discriminations
- Prix imposés.

Recommandation 6 : Elaborer des lignes directrices établies en commun par les autorités spécialisées et les autorités nationales de la concurrence pour distinguer les actions préventives à l'accès au marché (autorisations, délivrance de licences...) relevant normalement de la compétence de ces autorités spécialisées et les pratiques relatives à des obstacles à l'accès ou à des discriminations dans la délivrance des prestations de services qui pourraient relever, selon les cas, des autorités nationales ou communautaires.

La recommandation 5 s'adresse aux Etats comme le Sénégal et le Bénin qui détiennent et continueront d'appliquer en parallèle une législation dans des domaines susceptibles de faire confusion avec les règles sur les ententes et les positions dominantes.

La recommandation 6 s'adresse aux Etats membres de l'UEMOA mais aussi à la Commission qui par exemple dans le cadre du comité consultatif de la concurrence pourra coordonner les principes définis dans les lignes directrices.

C. AMÉNAGEMENT DES INSTITUTIONS DE LA CONCURRENCE

L'organisation interne des administrations nationales devrait consolider la prise en charge du fait communautaire lui-même en expansion.

Cette organisation devra tenir compte de la distinction entre les pratiques relevant de la Commission de l'UEMOA et les pratiques relevant de la compétence des autorités nationales. Pour les premières, le ministère a en effet un pouvoir d'enquête et une charge de transmission des éléments de la procédure au niveau communautaire ; pour les secondes, le ministère a un pouvoir de décision partagé avec les juridictions.

Recommandation 7 : Entreprendre des réformes des structures administratives pour prendre en considération la nouvelle répartition des compétences.

Il est indispensable que chaque Etat dispose d'une administration et/ ou une commission indépendante pour servir de relais aux instances de l'UEMOA (enquête, instruction, diffusion d'informations dans les deux sens).

Recommandation 8 : Mettre l'accent sur le rôle de surveillance du marché des autorités nationales.

Recommandation 9 : Des enquêtes approfondies avec bilan concurrentiel, par secteurs d'activités, devraient être entreprises marquant un signal fort de l'importance donnée au concept de la concurrence et à l'instrument central qu'il constitue pour le développement de l'économie.

Un renforcement des moyens devrait être opéré.

Recommandation 10 : Augmenter les effectifs formés, dans la mesure du possible, tant au niveau régional que national

renforcer les moyens matériels (documentation, mise en réseau).

Les recommandations 7 et 8 s'adressent aux autorités politiques nationales pour qu'elles mettent en œuvre ces réformes institutionnelles, le cas échéant sous l'égide de leur Parlement.

La recommandation 9 s'adresse à la Commission de l'UEMOA ainsi qu'aux services administratifs nationaux et aux commissions nationales : des enquêtes sectorielles doivent être réalisées rapidement pour aller plus avant dans la détection des dysfonctionnements du jeu des marchés.

La recommandation 10 concerne bien évidemment la Commission et les structures nationales.

Pour la consolidation institutionnelle, un soutien pourrait être sollicité auprès d'institutions comme la CNUCED et l'Union européenne.

D. AMÉNAGEMENT DES PROCÉDURES

Le principal champ de réflexion tient à la prise en compte de la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA pour prendre les décisions en matière d'ententes et d'abus de positions dominantes sachant que ses moyens sont limités et que jusqu'à présent les structures nationales s'étaient organisées pour remplir ce rôle.

S'ajoutent à ces facteurs techniques, des facteurs « psychologiques » d'un sentiment de frustration pour ces structures de se considérer dépossédées de leurs prérogatives.

Plutôt que d'aborder cette question de façon idéologique, ou de soulever la question de fond relative au principe de la subsidiarité, il serait préférable de trouver des aménagements techniques.

Le processus de décision se décompose en trois phases : enquête, instruction, décision.

La première phase est effectuée par les autorités administratives nationales quand un dossier de la Commission de l'UEMOA est préparé par le ministère sollicité par un plaignant; l'enquête peut être effectuée en commun par les services communautaires et nationaux quand la saisine est portée directement auprès de la Commission ; celle-ci peut aussi mandater les services nationaux pour procéder à l'enquête à sa place.

Il conviendrait d'encourager à cet égard le principe d'enquête en commun.

Le stade de la décision ne fait pas l'objet de débat ; le rôle du Comité consultatif doit être bien défini et effectivement exercé.

La procédure intermédiaire de l'instruction est la plus marquante à développer au sein des structures nationales.

Un partage pourrait être opéré ainsi : l'enquête serait effectuée par l'administration, l'instruction serait assurée par les instances indépendantes nationales (Commission nationale de la concurrence au Sénégal), la décision serait prise par la Commission de l'UEMOA avec implication forte et suivie du Comité consultatif .

Un autre champ d'ajustement réside dans la nécessité de préciser les cas de coopération obligée entre la Commission et les autorités nationales, ceci dans les deux sens. A cet égard devraient être précisés les cas de notification par les autorités nationales à la Commission des mesures étatiques autres que les aides susceptibles d'avoir des effets sur la politique de la concurrence communautaire ; des procédures devraient favoriser cet échange.

Il est rappelé que des registres doivent être établis par la Commission, notamment le « registre de la concurrence » dans lequel sont rapportées toutes les affaires dont est saisie la Commission. Il serait également utile qu'un rapport annuel soit établi pour

rendre compte des affaires traitées et que celles-ci soient commentées. Un tel rapport annuel de chacune des structures nationales serait également indispensable.

Recommandation 11 : Encourager le principe d'enquête en commun par les services communautaires et nationaux et les enquêtes effectuées pour le compte et sous la coordination de la Commission.

Recommandation 12 : Rendre opérationnel et effectif le rôle du comité consultatif auprès de la Commission de l'UEMOA.

Recommandation 13 : Organiser le partage ainsi :

- L'enquête serait effectuée par l'administration.
- L'instruction serait assurée par la Commission nationale de la concurrence.
- La décision serait prise par la Commission de l'UEMOA avec implication forte et suivie du Comité consultatif.

Recommandation 14 : Une telle orientation ne peut être improvisée ; elle nécessite d'être évaluée très précisément. Une étude pourrait être confiée à la Commission de l'UEMOA le cas échéant précédée par une étude qui pourrait être demandée à la Commission nationale de la concurrence du Sénégal qui s'appuierait sur des exemples tirés de sa propre expérience. Un rapport pourrait être commandité pour être rendu avant la fin de l'année. Devrait être défini ce que serait la procédure d'instruction par rapport à l'enquête. Ce système pourrait être généralisé dans les Etats déjà dotés d'une législation et d'une pratique.

Recommandation 15 : Généraliser le principe de rapports annuel d'activités portant commentaires des décisions et avis rendus de la Commission et des structures nationales.

Tenir les registres prévus par les textes.

Les recommandations 11, 12, 13 et 14 s'adressent aux instances communautaires et nationales ; il appartient à la Commission d'initier les mesures conseillées.

La recommandation 15 s'adresse à toutes les institutions de l'Union (aux échelons communautaire et national) ; elle ne fait, au demeurant, que rappeler l'existence d'une obligation prévue dans les textes (au moins s'agissant de la Commission de l'UEMOA et du Sénégal et probablement d'autres Etats membres).

et la croissance, tout en améliorant le niveau de vie des populations

Naturellement, d'autres mesures d'améliorations peuvent être prises. Il en est ainsi de la coopération avec les Etats tiers et les autres organisations internationales auxquelles participent les Etats membres de l'UEMOA .

Toutes s'inscrivent dans le constat que beaucoup déjà a été fait si l'on se réfère aux travaux de l'UEMOA et à ceux des deux pays témoins, mais qu'un fort accent doit être mis dans l'application concrète ; ce qui a été observé dans les dispositifs de l'UEMOA, du Sénégal, pays doté d'une législation élaborée et du Bénin, dont les textes sont en cours d'élaboration, peut être élargi aux autres Etats membres de l'Union, dont la situation est très voisine.

Au total, la promotion de la concurrence dans les Etats de l'UEMOA, tout en tenant compte des différents acteurs et en leur adaptant les stratégies les plus appropriées, devra se faire de façon progressive. Il n'est pas indiqué d'opérer une rupture brutale entre le système de non concurrence et celui de la politique économique d'ouverture sur la concurrence. Il ne devrait pas avoir de stratégies figées, applicables à tous les pays et/ou à tous les acteurs de la concurrence de façon uniforme. Il s'agira d'adapter à chaque cas et à chaque acteur, la stratégie la plus appropriée pour que la concurrence puisse réellement créer les conditions nécessaires pour assurer le développement économique