Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page1

CONSORTIUM POUR LA RECHERCHE
ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

SÉRIE DE DOCUMENTS DE RECHERCHE

Les modes alternatifs de règlement des conflits et la législation communautaire de la concurrence

Abdoulaye SAKHO

2013 / 55

Consortium pour la Recherche Economique et Sociale
Rue 10 Prolongée Cité Iba Ndiaye Djadji
Lots 1 et 2 - Pyrotechnie - Dakar, Sénégal
CP : 12023 - BP : 7988, Dakar Médina
Tél : (221) 33 864 77 57 - (221) 33 864 73 98 - Fax : (221) 33 864 77 58
cres@cres-sn.org / Information : contact@cres-sn.org / Siteweb : www.cres-sn.org

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page2

Cette publication a été réalisée grâce à une subvention
du Centre de Recherche pour le Développement International (CRDI)
dans le cadre de l'Initiative Think Tank (ITT)

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page3

Les modes alternatifs de règlement des conflits et la législation communautaire de la concurrence

Abdoulaye SAKHO*

*profasakho@yahoo.fr

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page4

Dans le système commercial international, de plus en plus de systèmes de droit, au plan international, permettent aujourd'hui que les litiges portant sur des questions de droit de la concurrence soient soumis à l'arbitrage. Par application des principes de la souveraineté nationale, chaque Etat peut décider, en fonction de sa propre politique économique et sociale, des questions qui peuvent être ou non réglées par voie d'arbitrage. Le législateur de chaque pays doit mettre en balance les questions d'intérêt général (droit de l'homme, droit pénal) avec l'intérêt économique qui veut que l'on encourage l'arbitrage dans le domaine des affaires.

Ce dernier intérêt peut consister à diminuer l'encombrement des tribunaux étatiques, à favoriser la venue d'arbitrages internationaux dans le pays, à promouvoir le commerce international et à favoriser l'implantation d'investissements étrangers. Un tel intérêt correspond à l'orientation économique des pays de l'UEMOA et de l'OHADA[24].

Ainsi, les pays qui accordent l'arbitrabilité au contentieux de la concurrence sont de manière globale des pays à forte tradition libérale (Etats-Unis, Suisse, Allemagne) contrairement à la tradition colbertiste française. Mais, de la même manière que l'Etat et les entreprises publiques sont aujourd'hui soumis à l'arbitrage, le jour n'est peut être pas loin où des questions d'intérêt public comme la concurrence, la bourse des valeurs mobilières et la faillite connaîtront leur épilogue devant un tribunal arbitral : c'est une question posée. Il faut la discuter en dehors de tout dogmatisme et de tout fétichisme de la loi.

[24] *Droit et Pratique de l'arbitrage, REDFERN et alii, L.G.D.G, Londres 1991.*

Introduction

Dans la quasi-totalité des pays, la justice, c'est-à-dire, la fonction de règlement des litiges de tous ordres, est confiée à l'Etat. Ce dernier fait exécuter cette fonction par une organisation judiciaire, comprenant les Cours et Tribunaux, organisation dans laquelle les juges, appelés Magistrats, sont des fonctionnaires qui ont reçu une délégation officielle et permanente à cet effet : c'est la justice étatique. A côté de cette justice étatique, il existe depuis longtemps une justice privée qui a toujours permis de soustraire les litiges à la justice de l'Etat pour les soumettre à des arbitres investis, pour la circonstance, de la mission de juger. C'est l'arbitrage qui est la forme la plus connue de justice privée[1]

Il existe d'autres modes privés de règlement privé des litiges. La médiation et la conciliation offrent une alternative possible à l'arbitrage. Ce sont des procédés qui font une grande place à la négociation. Des procédés dans lesquels l'intervention de celui qui est chargé de trouver une solution (conciliateur, médiateur), ne s'achève pas par une décision obligatoire pour les parties contrairement à la décision de l'arbitre. En effet, le conciliateur, tout comme le médiateur, s'efforce de rapprocher les parties en litige, sans pouvoir, à la différence de l'arbitre, leur imposer son règlement. Celui-ci ne résulte que d'un accord éventuel des parties, constitutif en général, d'une transaction. Ainsi, deux personnes en litige peuvent, de leur propre initiative, parvenir à un accord mettant fin à ce litige. Elles peuvent aussi y parvenir grâce à un tiers. Quand ce dernier joue un rôle actif dans la réalisation de l'accord, en particulier, en faisant des propositions aux personnes en litige, il est désigné sous le nom de médiateur et la conciliation deviendra une médiation. De fait, conciliation et médiation ne présentent entre elles aucune différence de nature. Tout au plus, estime-t-on souvent dans les systèmes de droit francophone que le médiateur est un conciliateur particulièrement actif[2].

L'idée de régler les litiges par l'arbitrage, ou par la conciliation, sous une forme différente et sous l'appellation d'Alternative –Dispute –Résolution (ADR) s'est développée dans les droits anglo-saxons. Elle consiste à créer des alternatives aux procédures publiques et formalistes des procès ordinaires. L'ADR inclut l'arbitrage, la médiation, la conciliation et d'autres formes moins connues de nos systèmes francophones.

[1] *Voir notamment, Motulsky, Etudes et Notes sur l'arbitrage, Dalloz* 1974 ; *Jarosson, La notion d'arbitrage, LGDJ, Paris, 1987 ; Meyer Pierre, OHADA, Droit de l'arbitrage, Bruylant 2002.*

[2] *B. OPPETIT, Arbitrage, Médiation et Conciliation, Revue de l'Arbitrage 1984, p. 307.*

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page5

Mais sous la traduction française de Modes Alternatifs de Règlement des Conflits, l'ADR ne comprend pas que la justice privée, elle est susceptible d'inclure ces lieux mixtes de la régulation que sont les organes chargés d'assurer la police des marchés, notamment, le Conseil Régional de l'Epargne et des Marchés Financiers, la Commission de la Concurrence, l'Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes, la Commission de Régulation du Secteur de l'Electricité, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics[3].

Pour faire le point, les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits comprendraient la justice privée et la justice mixte. En réalité, ces deux notions relèvent de la régulation juridique du contentieux des affaires. L'arbitrage serait une forme d'autorégulation (le milieu créant sa propre justice), tandis que le champ de compétence de la commission de la concurrence ferait partie de la régulation concertée ou mixte (lieu de rencontre des intérêts publics et privés en vue de trouver une solution à un litige).

L'intérêt de notre réflexion est double. Il s'agit, dans un premier temps, de faire connaître les nouveaux lieux de la régulation face au recul de la régulation étatique. Dans un second temps, il ne sera pas superflu, dans une réflexion sur la concurrence et l'arbitrage, de savoir à titre principal si les litiges liés à la concurrence peuvent être traités par la voie de l'arbitrage. Autrement dit, y a-t-il une articulation entre la justice privée et le domaine de la justice mixte relativement à la concurrence ? Les litiges relevant de la concurrence sont-ils arbitrables ? Cette question mérite que la justice mixte soit elle-même bien cernée. D'où l'intérêt d'une présentation préalable mais assez exhaustive du mode de règlement du contentieux de la concurrence.

En conséquence, pour traiter de la question, on va, dans un souci didactique, examiner l'autorégulation par le droit de l'arbitrage, puis la régulation mixte par le droit de la concurrence fera l'objet de développement. Cette démarche permettra de donner un avis à titre de conclusion sur l'arbitrabilité des litiges relevant de la concurrence.

[3] *Ouvrage collectif sous la Direction de Abdoulaye SAKHO, Régulation et bonne gouvernance, Régulation et développement, Editions du Forum de la Régulation, Université Cheikh Anta DIOP, Dakar Octobre 2007.*

toute espèce de classes, de modalité, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » On sait depuis longtemps que les lois d'organisation économique fournissent un lourd tribut à l'ordre public et sont de nature à entraver le jeu de l'arbitrage[22]. Or, en matière de concurrence, les lois sont appliquées par des organismes hybrides (la commission de la concurrence) qui contrôlent l'activité économique et peuvent disposer de pouvoirs d'ordre pénal, genre de pouvoirs ne pouvant être dévolues à des personnes privées.

Cela résulte du fait que la concurrence est aujourd'hui un élément, si ce n'est l'élément fondamental, de la politique économique des pouvoirs publics. Laisser à un tribunal arbitral, composé de personnes privées, le soin de juger des infractions au droit de la concurrence, ou d'accorder des exemptions à certaines interdictions peut poser des problèmes d'ordre politiques (remise en cause de la séparation constitutionnelle des causes, entraves à la direction de l'économie par les pouvoirs publics…).

En conséquence, les systèmes de droit, comme le nôtre, inspirés du code civil français considèrent que la convention d'arbitrage est dépourvue d'efficacité lorsqu'elle porte sur des domaines relevant de l'ordre public. D'ailleurs, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence peuvent être refusées, si l'objet du litige n'est pas « arbitrale » en vertu du droit des contrats[23].

Dans le droit communautaire de la concurrence, l'article 88 du Traité UEMOA interdit de plein droit toutes les pratiques ayant pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union. Les accords qui organisent ces pratiques sont nuls, sauf s'ils font partie des exceptions de l'art. 89 *al.* 3 du Traité. En effet, en vertu de ce texte, la commission peut écarter l'application de l'art. 88 du Traité, dès lors que l'accord incriminé est susceptible de contribuer au progrès technique ou économique.

Normalement, un arbitre qui est en face d'une entente anticoncurrentielle devrait pouvoir déclarer cette entente nulle. Mais, l'avis de la Cour de Justice de l'UEMOA sur l'interprétation des articles. 88, 89 et 90 du Traité peut enlever tout espoir à l'arbitrage dans le domaine de la concurrence. Cet avis dit expressément : que les articles 88, 89 et 90 relèvent de la compétence exclusive de l'Union et qu'aucun Etat membre ne peut exercer une partie de la compétence en ce domaine. Puisque dans les Etats membres, le contentieux de la concurrence est réservé à des instances qui, elles mêmes, en sont dépouillées au profit exclusif de la commission de l'UEMOA. Il semble difficile de conseiller l'arbitrabilité des litiges liés à la concurrence.

[22] *Savatier, L'ordre public économique, Dalloz 1965, p.37.*
[23] art-25 Traité OHADA et art-31 et suiv. Acte uniforme sur l'arbitrage.

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page6

économies développées.

En effet, les institutions juridiques évoluent lentement et sont hautement liées au profil du terrain ; en conséquence, même si le droit nouveau (législation communautaire) peut être rapidement introduit, il faut du temps pour qu'il s'applique, soit interprétée et bien accordée au processus réel d'utilisation. C'est la raison pour laquelle j'estime qu'une étape intermédiaire est nécessaire dans le processus de mise en œuvre du droit du règlement des conflits en matière de concurrence.

Donc, à l'image du système OHADA, rien ne s'oppose à ce que les litiges soient connus dans un premier temps par les autorités nationales (Commission de la concurrence) et, dans un second temps, par les autorités communautaires (Commission UEMOA). La Cour de justice jouerait le rôle de juridiction de recours pour annuler ou confirmer la décision de la Commission de l'UEMOA.

Bien entendu, à l'image du système européen, les autorités nationales appliqueraient le droit substantiel communautaire, ce qui signifie la disparition des législations nationales actuelles au moment de l'entrée en vigueur du droit communautaire.

Conclusions : L'articulation entre la concurrence et le droit de l'arbitrage

Cette articulation relève de la question plus générale de l'arbitrabilité des litiges. Dans notre perspective, elle revient à savoir si les litiges relevant du droit de la concurrence peuvent faire l'objet d'une procédure d'arbitrage : la réponse à cette question n'est pas neutre. En effet, de sa positivité ou non, dépend la possibilité de contourner par des sentences arbitrales, l'application du droit de la concurrence. C'est une affaire délicate au plan juridique, car l'arbitrage, ayant à sa base une convention, est soumis aux dispositions générales applicables à tous les contrats.

Or, ces dispositions imposent comme limite aux contrats, l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 42 COCC). Le droit de la concurrence fait partie, par tradition, des matières relevant de l'ordre public, plus précisément, de l'ordre public de direction de l'économie. Les litiges le concernant ne peuvent donc faire l'objet d'une convention d'arbitrage. Pourtant, cet obstacle est de plus en plus levé et les exemples sont nombreux dans le monde[21].

Dans le droit national, le texte de base de l'exclusion est l'article 42 du Code des Obligations Civiles et Commerciales : « Libre de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter

[21] *Laurence Boy, L'arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales de droit public en droit français (contribution de droit économique), Revue Internationale de Droit Economique, 1992, n° 2, p. 99.*

1. l'autorégulation : le droit de l'arbitrage

L'arbitrage est l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions étatiques pour être résolus par des arbitres investis pour la circonstance de la mission de juger. Plus précisément, « l'arbitrage consiste à faire trancher un litige par de simples particuliers, dont la sentence a néanmoins la même autorité qu'un jugement rendu en première instance par une juridiction étatique »[4] .

L'arbitrage a donc une nature ambivalente : c'est une justice privée instituée par la simple convention des parties (acte juridique) mais se concluant par une décision appelée sentence et qui a l'autorité de la chose jugée comme un jugement rendu par un tribunal officiel (acte juridictionnel). Dès lors que l'une des parties refuse d'exécuter la sentence, l'autre peut obtenir du juge étatique une ordonnance d'exequatur en vue de l'exécution forcée de la décision rendue par l'arbitre.

Après un utile rappel sur quelques concepts et généralités relatifs au droit de l'arbitrage, (A), nous étudierons l'arbitrage au regard, d'une part, de la liberté des parties dans l'acte juridique (B) et, d'autre part, de la décision des arbitres qui est un acte juridictionnel (C).

A. Généralités[5]

L'arbitrage n'est ni l'expertise, ni la transaction. La différence entre arbitrage et expertise tient au fait que l'expert ne formule qu'un avis qui ne lie ni le juge, ni les parties, alors que la décision de l'arbitre (la sentence) s'impose à tous. L'arbitrage diffère également de la transaction qui peut intervenir sans l'intervention d'un tiers et que le Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC) sénégalais définit comme « le contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation par des concessions mutuelles » (article 756).

L'arbitrage se présente aujourd'hui sous plusieurs formes :

**** Arbitrage ad hoc et arbitrage institutionnel***

Les parties à un **arbitrage ad hoc** fixent leurs propres règles de procédure et, d'une manière générale, organisent le déroulement de l'instance. Un des avantages de l'arbitrage ad hoc est qu'il permet d'adapter la procédure à la volonté des parties et aux circonstances

[4] *(Yves GUYON, l'Arbitrage, Economica, p. 5, Paris 1995*).

[5] *Bruno OPPETIT, Sur le concept d'arbitrage, Etudes Goldman, Litec 198).*

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page7

particulières du litige[6]. En fait, l'arbitrage ad hoc offre l'avantage de la flexibilité[7].

Les parties à un **arbitrage institutionnel** doivent mener les opérations conformément aux règles de procédure de l'institution d'arbitrage concernée. Le principal avantage de ce type d'arbitrage tient au fait que les parties sont assistées par un centre ou par une chambre d'arbitrage qui possède son propre règlement. Le recours à l'arbitrage institutionnel offre une sécurité minimale que ne présente pas l'arbitrage ad hoc.

**** Arbitrage interne et arbitrage international***

Le terme « international » est utilisé pour marquer la différence entre un arbitrage qui est purement national ou interne et un arbitrage qui, d'une certaine manière, transcende les frontières. Deux principaux critères peuvent être utilisés, soit séparément, soit cumulativement, pour définir le terme « international » en matière d'arbitrage. Le premier consiste à analyser la **nature du litige**, de sorte qu'un arbitrage est considéré comme international s'il « met en jeu les intérêts du commerce international ». Le second consiste à mettre l'accent **sur les parties** : leur nationalité, leur domicile ou siège social[8].

**** L'arbitrage en amiable – composition***

Il convient de retenir que la plupart des textes applicables à l'arbitrage ont généralement un caractère supplétif en la matière (l'arbitrage est toujours institué par une convention). En conséquence, les parties peuvent déroger à tous les textes ci-dessus à condition, toutefois, de respecter l'ordre public interne ou international et les principes directeurs du procès[9].

Après ces quelques précisions terminologiques et conceptuelles et dans la perspective de faciliter la compréhension du droit de l'arbitrage, une fiction n'est pas de trop. Imaginons un court instant, que l'espace OHADA est un restaurant. Le garçon qui vous accueille à l'entrée vous tient les propos suivants : « Ici, notre devise est : Liberté - efficacité ; tout est à la carte, il n'y a pas de plat du jour. Vous avez donc la possibilité de composer vous-même ce que vous voulez manger. En outre nous vous garantissons une exceptionnelle qualité de service ! ».

[6] *il permet de faire du sur-mesure par opposition au prêt-à-porter, selon la terminologie des Yves GUYON*, ouvrage précité.
[7] *Voir Lalive, Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc, Etudes BELLET, Litec 1991.*
[8] *Traité de l'arbitrage commercial international, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Litec, 1996.*
[9] *Abdoulaye Sakho et Ndiaw Diouf, Ordre public et arbitrage, A propos de l'arrêt Express Navigation, Revue EDJA, n°2, 1987.*

rendues par les structures nationales à propos des litiges mettant en cause les règles substantielles du droit communautaire, telles que prévues par l'ensemble du projet de législation.

b-2. Les problèmes d'intendance : La répartition du travail, telle que prévue par la Directive, risque de reconduire les problèmes traditionnels de l'engorgement des lieux de règlement des conflits (Cours et Tribunaux).

En effet, les pouvoirs d'instruction et de décision pour huit Etats, exclusivement dévolus à la Commission, favoriseront assurément, des problèmes de cette nature et, par voie de conséquence, des lenteurs procédurales.

Cela, sans compter les coûts que peut générer, autant pour la Commission que pour les opérateurs, la procédure de règlement des litiges selon un tel schéma.

A ces difficultés d'ordre matériel, il faut ajouter que la Commission, du fait de la distance géographique, pourrait ne pas avoir une parfaite maîtrise des spécificités économiques locales pour juger utilement, les faits constitutifs de pratique anticoncurrentielle (cas des exemptions fondées sur une appréciation des circonstances).

b-3. La perte de la technicité : Il est évident que la mise en œuvre de toute fonction appelle une compétence en la matière ; c'est ce qui explique l'existence des organes sectoriels de régulation qui permettent de fixer les interfaces techniques et les normes compatibles avec les systèmes d'exploitation. Or, le fait de confiner les agences sectorielles de régulation (télécoms, électricité, transport, eau…) dans des tâches d'enquêteur n'est pas de nature à favoriser l'émergence de la décision idoine, vu que la Commission n'est pas nécessairement dotée de la compétence technique requise en la circonstance.

Pour la Commission, la solution serait de faire appel à des experts. Cela ne contribue-t-il pas à renchérir les coûts de la procédure ?

Ces quelques problèmes témoignent de la nécessité de réaménager le projet la Directive dans le sens d'une meilleure prise en compte des exigences d'un droit processuel moderne et adapté aux marchés de la sous région.

Propositions : Les suggestions sur le droit processuel tiennent en l'institution d'une procédure à double- degrés.

Il est vrai que les propositions du texte communautaire ne sont pas mauvaises en elles-mêmes. Elles contiennent une logique qui leur est propre, mais qui me semble plus adaptée aux

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page8

- La décision consiste à prendre à la lumière du rapport, les mesures qui s'imposent. Elle est rendue par la structure de contrôle, à défaut, par le ministère en charge de la concurrence.

La Directive *D2* propose de réserver à la Commission de l'UEMOA, la totalité du processus. Mais, consciente des difficultés que cela peut engendrer et du rôle que peuvent jouer les organes de contrôle des Etats membres dans ce processus, la Commission de l'UEMOA accepte de partager la fonction d'enquête avec les structures nationales et de conserver les fonctions d'instruction et de décision.

C'est ce que traduit l'article 3 al 3-1 du texte D2 : *« les structures nationales de concurrence assurent une mission générale d'enquête, sur initiative nationale ou sur mandat express de la Commission, conformément aux pouvoirs et aux procédures d'investigation prévues par le droit communautaire et les droits nationaux. A ce titre, elles mènent une activité permanente de surveillance du marché afin de déceler les dysfonctionnements liés aux pratiques anticoncurrentielles.».* Toutefois, les structures nationales ne peuvent procéder aux enquêtes, dès lors qu'il s'agit de pratiques anticoncurrentielles mettant en cause l'Etat[20].

b) **Observations**

Ce nouveau schéma de traitement du contentieux de la concurrence dans l'Union soulève quelques difficultés liées, notamment, à son efficacité.

b-1. L'autorité de la Commission : Il est vrai que l'objectif principal de l'Union est de travailler dans le sens de la convergence des politiques économiques pour la création d'un marché commun. Mais ceci n'est qu'un objectif (pas encore atteint). Or, il est possible que, les objectifs poursuivis dans le cadre d'un marché national ne cadrent pas toujours avec ceux du marché communautaire. En conséquence, une décision de la Commission qui ne privilégie que l'objectif communautaire pourrait être contestée par les opérateurs économiques d'un des Etats membres.

La suite logique d'un tel rejet serait le discrédit de la Commission par les justiciables du droit de la concurrence : cela relève d'un phénomène psychologique susceptible de miner, à terme, l'autorité d'un organe essentiel pour la mise en place du marché commun.

A mon avis, le contrôle de l'application des règles de la concurrence au plan communautaire devrait placer la Commission dans une situation de censeur des décisions

[20] *Aides d'Etat, pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats ou susceptibles d'avoir un effet sur les échanges entre Etats membres : article 5 al 5-2 du texte).*

B. La liberté des parties en litige

Dans l'Arbitrage OHADA, les parties sont maîtresses du jeu. Elles ont la liberté de choisir l'une des formes d'arbitrage prévues par le droit en vigueur. Une fois ce choix effectué, elles disposent d'une grande liberté dans la détermination du droit applicable au déroulement de l'Arbitrage. Pour en revenir à notre propos : le choix de la forme d'arbitrage et celui du droit applicable au déroulement de l'arbitrage sont laissés à la libre appréciation des parties. Ainsi, on se trouve en présence d'un arbitrage à la carte dont le contenu est varié.

1. Liberté dans le choix des formes d'arbitrage

En ce qui concerne cette carte, il convient de retenir que l'Acte Uniforme élargit la gamme des procédures contrairement aux avant projets d'actes uniformes qui, dans leurs premières versions, rendaient obligatoires et « sans appel » la procédure CCJA. Aujourd'hui, outre cette dernière, les citoyens de l'espace OHADA peuvent s'en remettre à des centres locaux d'arbitrage, voire même à l'arbitrage ad hoc.

L'Arbitrage CCJA est la procédure prévue par le Traité (art. 21 à 26) qui érige la CCJA en centre d'arbitrage ayant son propre règlement publié en même temps que l'Acte Uniforme. Si le choix est porté sur cette procédure CCJA, (qui concerne les différends d'ordre contractuel), la décision d'exequatur ne peut être rendue par une juridiction autre que la CCJA exerçant ses compétences juridictionnelles.

Mais la CCJA n'est pas le seul centre d'arbitrage dans notre espace. Il en essaime un peu partout dans les Etats membres au Traité. Dakar a le sien (auprès de la Chambre de Commerce). Il en est de même d'Abidjan qui est pourtant le siège de la CCJA. Cela signifie que la cohabitation est possible. Elle était en tout cas souhaitée par les « sans culottes » contemporains qui ne se sont pas ménagés pour aller à l'assaut des privilèges monopolistiques que les rédacteurs des premiers avants projets voulaient réserver à la bastille CCJA en sa qualité de centre d'arbitrage. Aujourd'hui, les choses sont claires: l'Acte Uniforme reconnaît les centres locaux d'arbitrage (art. 10 alinéa 1).

L'arbitrage institutionnel local est ouvert à toute personne et pour tout litige portant sur les droits dont elle a la libre disposition. Dans cet arbitrage par les centres locaux, ce sont les juridictions locales qui jouent le rôle de juge de l'annulation et de l'exequatur des sentences. La CCJA n'intervient qu'en qualité de juge de cassation des décisions des juridictions nationales.

Autant que la CCJA, les centres locaux n'interviennent que dans le cadre de l'arbitrage institutionnel. Mais la voie n'est pas pour autant fermée pour l'arbitrage « *ad hoc* » qui est la procédure se déroulant hors de tout organisme et dans laquelle les parties peuvent organiser le

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page9

déroulement de l'instance sans être tenues d'appliquer le règlement d'arbitrage d'un centre quelconque.

En somme, c'est une procédure qui permet d'adapter le règlement du litige à la volonté des parties et aux circonstances particulières de l'espèce. C'est son avantage, mais aussi son principal inconvénient, car le risque de corruption qui pèse sur les arbitres est patent, dès lors qu'il n'y aucune institution ou centre pour assurer un minimum de contrôle.

2. Liberté dans le déroulement de l'instance

Quelle que soit la forme d'arbitrage choisie, l'OHADA permet aux parties de déterminer, selon leur volonté, l'essentiel dans le déroulement de l'instance arbitrale. Cette liberté s'exprime aussi bien pour les règles applicables à la procédure que pour le droit devant régir le fond du litige.

Concernant les règles de procédure, les parties peuvent directement, ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix (art. 14, *al.* Acte Uniforme). Même lorsque les parties s'en remettent à un règlement d'arbitrage, ces règlements ne ferment pas hermétiquement la porte à la possibilité d'une détermination des règles de procédure applicables à l'instance par les parties.

Ainsi, l'art. 16 du Règlement CCJA prévoit : « les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent règlement et, dans le silence de ce dernier, celles que les parties ou à défaut l'arbitre déterminent, en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage ».

Pour les règles de fond, c'est à dire, les règles applicables au fond du litige et qui permettent de dire le droit, la liberté des parties est à son maximum. « Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriés compte tenu le cas échéant des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir ».

Pour conclure sur cette libre composition du contenu de l'Arbitrage dans le système OHADA, il convient de retenir que, comme partout ailleurs, cette liberté a des limites. Elle n'est pas absolue, parce que soumise aux limites inhérentes à l'autonomie de la volonté dans le droit des contrats (l'ordre public, notamment) et aux principes essentiels du droit processuel sans lesquels l'Arbitrage basculerait vers l'arbitraire (égalité des parties, principe du contradictoire...).

2 – Le droit processuel de la concurrence

Ce droit est décrit dans la directive, *D2*. Il résulte de l'interprétation, par la Commission de l'UEMOA, des articles 89 et 90 du Traité et de l'avis 003/2000 de la Cour de justice.

Il est vrai que le Traité (articles 89 et 90) énonce sommairement les organes habilités pour l'édiction et la mise en œuvre des règles de concurrence ;

Et que, l'avis reconnaît : « *les dispositions des articles 88, 89 et 90 du Traité relève de la* ***compétence exclusive de l'Union*** *et qu'en conséquence, les Etats membres ne peuvent exercer une partie de la compétence en ce domaine de la concurrence*. » ;

Mais l'interprétation qu'en fait la Commission peut laisser perplexe l'observateur, surtout dans le domaine de la mise en œuvre des règles matérielles.

En effet, selon cette interprétation :

- l'Union exerce seule le pouvoir normatif dans les domaines visés par l'article 88 ;
- l'application des règles qui résultent de ce pouvoir relève de la compétence exclusive de la Commission sous le contrôle de la Cour de justice.

Cette interprétation pose le problème du sort des structures de contrôle de la concurrence qui existent au niveau national comme la Commission sénégalaise.

Pour le contourner, la directive *D2* propose un schéma qui dépouille ces structures nationales de leurs pouvoirs de contrôle et de décision, ceci appelle un certain nombre d'observations qu'il faut formuler après une brève présentation de la directive (*D2*). L'analyse se terminera par quelques propositions, en vue de restaurer le pouvoir des structures nationales sans une remise en cause des objectifs de construction du marché commun.

a) **Présentation**

Traditionnellement, le processus de contrôle de la concurrence se décompose en trois phases :

- l'enquête : elle consiste à recueillir toutes les informations et données relatives à une affaire et à déposer un rapport à l'autorité de contrôle. Elle est généralement, le fait de l'administration ;
- l'instruction a pour objet l'établissement des actes d'instruction et la mise en œuvre de la procédure contradictoire. Elle est le fait de la structure de contrôle.

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:05 Page10

En réalité, il s'agit d'interdire non seulement les subventions mais les exonérations fiscales et autres avantages consistant en des transferts des fonds publics vers le privé, dès lors qu'ils sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence.

Ce type d'interdiction me paraît justifié et la manière dont le projet communautaire le prend en charge n'appelle pas d'observations particulières.

La transparence dans les relations financières des Etats membres avec les entreprises publiques et les organisations internationales

La réglementation de ce genre d'opérations procède du même fondement que celle des aides publiques : éviter que les deniers publics ne servent d'instrument de distorsion de la concurrence en favorisant les entités publiques face au secteur privé.

La Commission exige d'être informée sur ces opérations, d'un genre assez particulier, qui concernent les mises à disposition de ressources publiques, l'utilisation de ces ressources publiques, le processus de privatisation et les avantages financiers octroyés par les organisations internationales…

En guise de conclusion sur le droit substantiel, nous pouvons retenir que l'essentiel des pratiques anticoncurrentielles est pris en compte par la nouvelle réglementation qui vise l'instauration d'un droit uniforme de la concurrence à l'instar d'autres domaines tels que les systèmes financiers (banque et bourse), le système comptable, l'union douanière, la TVA harmonisée…etc. C'est un progrès louable… Mais, dès lors que l'établissement d'un marché unique, libre de toute entrave aussi bien publique que privée, reste la préoccupation majeure du Traité de l'UEMOA, et que la situation intérieure des Etats membres demeure marquée par la nécessité de lutter contre la pauvreté et l'absence de maîtrise des données du marché interne, l'ambition d'une telle réglementation se doit aussi d'intégrer le dualisme des économies dans les Etats membres (MPE, PME - PMI à soutenir et entreprises à dimension communautaire pour lesquelles la réglementation paraît appropriée).

En effet, le principal risque que court cette réglementation communautaire c'est son rejet par une bonne frange des opérateurs économiques, facteur aggravant du fossé entre les entreprises qui seront soumises à la réglementation (secteur structuré) et celles qui y seront rebelles (secteur informel). Cet état de fait procéderait alors, d'une discrimination qu'aura, involontairement, instaurée la loi. Le risque est d'autant plus grand que les textes proposent une centralisation du traitement du contentieux de la concurrence au niveau de la Commission et de la Cour de Justice de l'UEMOA, ce qu'il convient de voir, à présent.

La libre composition du contenu n'est pas la seule caractéristique du système OHADA. Il s'y ajoute une très grande qualité du service qui rend l'arbitrage attractif et surtout efficace.

C. L'efficacité de la décision arbitrale

Il ne sert à rien de se choisir les meilleurs contenus, si la mise en œuvre se révèle défaillante[10]. En conséquence, pour ne pas faire les choses à moitié, et à l'instar des législations modernes sur l'arbitrage, le système OHADA assure à l'arbitrage une très grande efficacité. Celle-ci se manifeste à un double point de vue. D'une part, dans le régime de la convention d'arbitrage qui est l'acte juridique par lequel le litige est soumis à un tribunal arbitral et, d'autre part, dans la sentence arbitrale qui est l'acte juridictionnel, c'est-à-dire, la décision du juge arbitral encore appelée sentence.

1. La guerre au dilatoire

Il faut savoir que la condition sine qua non pour qu'il y ait arbitrage est l'existence d'une convention. C'est donc un contrat qui est à la base de ce mode de règlement des litiges. Certaines législations l'exprimaient clairement : « l'arbitrage ne peut naître que d'une convention le prévoyant expressément[11] ».

Mais un contrat est très souvent précaire parce que, pour son exécution, il repose sur la loyauté et la bonne foi des parties. Le refus d'exécution oblige à s'en remettre à la justice avec tout ce que cela comporte comme aléas. Pour y pallier, le droit de l'arbitrage OHADA érige, en la matière, le respect de la parole donnée en principe juridique. En conséquence, dès lors que les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage, ce dernier aura lieu nonobstant le refus de l'une d'elles. C'est en ce sens qu'on peut parler d'efficacité de la convention d'arbitrage qui se manifeste dans le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et dans la formation du lien d'instance.

La tentation est grande pour une des parties de contester la validité de la convention d'arbitrage, dès lors qu'elle se doute d'une issue défavorable pour elle. Puisque c'est la convention qui institue le tribunal arbitral, son irrégularité empêcherait les opérations d'arbitrage en remettant en cause le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. En plus, certains plaideurs utilisaient la contestation de la validité de la convention d'arbitrage comme un dilatoire, un moyen de retarder la décision finale sur le litige.

---

[10] *Attente trop longue, interruptions fréquentes, portes de service grinçantes.*
[11] *Ancien Code des Activités Economiques de la République de Guinée, art. 1114.*

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:06 Page11

En effet, il était de pratique de faire trancher le contentieux de la validité de la convention d'arbitrage par le juge étatique pour ensuite revenir à l'arbitrage, si le juge déclarait la convention valable. L'argumentation la plus pertinente pour remettre en cause la convention d'arbitrage consistait à faire état de la nullité du contrat principal qui la contient (hypothèse de la clause compromissoire).

Ce genre de pratique ne peut plus prospérer, aujourd'hui. Le déjà ex-nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal lui avait donné un coup d'arrêt[12]. Et l'estocade fatale lui a été administrée par l'Acte Uniforme qui dispose que la validité de la convention d'arbitrage n'est nullement affectée par la nullité du contrat principal duquel elle est indépendante (principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage) et que l'arbitre peut lui même trancher la question de sa propre investiture (principe de la compétence - compétence).

En résumé, non seulement la nullité du contrat principal ne peut affecter le contrat d'arbitrage, mais il n'est plus besoin de passer d'abord par le tribunal étatique pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage. L'arbitre peut lui-même statuer sur cette question.

Nous voyons ainsi que le droit OHADA donne toute son efficacité à la convention d'arbitrage à travers ce principe d'autonomie et son corollaire la compétence-compétence. Ce n'est pas tout, car cette efficacité est renforcée par les conséquences qui s'attachent à la formation du lien d'instance.

L'instance arbitrale est liée, dès le moment où l'une des parties saisit l'arbitre conformément à la convention d'arbitrage ou, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral (article 10 *al.* 2, Acte Uniforme).

Le Règlement d'Arbitrage CCJA en tire la conséquence suivante : « lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la cour... si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention » (art. 10-1 et 10-2) Ces deux dispositions suffisent à illustrer l'idée du respect de la parole donnée. Dès lors qu'une convention d'arbitrage est conclue, elle oblige à aller devant le tribunal arbitral. Cela résulte aussi de l'effet obligatoire des contrats (cpr. Art. 96 COCC).

La conséquence qu'on peut en tirer et qu'en tire l'Acte Uniforme est l'incompétence des juridictions étatiques pour connaître du litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage, sauf si elles renoncent d'un commun accord à l'arbitrage ou si la convention est manifestement nulle.

---

[12] *V. Fatou CAMARA, le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère, Revue de l'Arbitrage n° 1, 1999 p.45.*

(contribution au progrès technique, économique et social).

Malgré ces progrès, il subsiste encore quelques interrogations liées :

- à l'existence des groupes de sociétés dans l'Union : peut-il exister une entente entre une société mère et sa filiale ?
- au marché pertinent à prendre en considération pour apprécier l'effet anticoncurrentiel : est-ce le marché communautaire ? L'entente doit-elle mettre en cause des entreprises à dimension communautaire ?…

En tout état de cause, la définition du « marché de l'Union » mérite d'être précisée.

L'abus de position dominante

En termes de définition, le projet reprend, en le précisant, l'article 88 al b du Traité et rend incompatible avec le marché commun, 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.

Certaines opérations de concentration sont assimilées à l'abus de position dominante défini, de manière précise, par l'annexe 1-*R2* comme « la situation où une entreprise a la capacité, sur le marché en cause, de se soustraire à une concurrence effective, de s'affranchir des contraintes du marché, en y jouant un rôle directeur ».

De la même manière que pour l'entente, les annexes au *R2* précisent certaines notions-clés. Outre la définition de l'abus de position dominante, l'effort a été fait de dire en quoi consiste la notion de marché en cause pour la présente incrimination. Ce marché est «le résultat de la combinaison entre le marché de produits en cause et le marché géographique en cause »

***b)* Les règles applicables aux Etats**

Elles concernent les aides d'Etat, d'une part, et la transparence dans les relations financières des Etats avec des entités spécifiques, d'autre part.

Les Aides d'Etat

En termes de définition, l'article 1-*R3* précisant les dispositions de l'alinéa *c* de l'article 88 du Traité, considère comme aide publique toute mesure qui :

- « entraîne un coût direct ou indirect, ou une diminution des recettes, pour l'Etat, ses démembrements ou pour tout organisme public ou privé que l'Etat institue ou désigne en vue de gérer l'aide ; et
- Confère ainsi un avantage sur certaines entreprises ou certaines productions »

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:06 Page12

1 – Le droit matériel de la concurrence

Il concerne les pratiques anticoncurrentielles des entreprises (entente, abus de position dominante), les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence ainsi que les relations financières des Etats membres de l'Union avec les entreprises publiques ou les organisations internationales. Pour mieux l'appréhender, il faut distinguer les règles applicables aux entreprises de celles concernant les Etats.

***a)* Les règles applicables aux entreprises**

Elles visent l'entente et l'abus de position dominante dans l'espace communautaire, chaque fois qu'ils ont pour objet ou sont susceptibles de fausser la concurrence.

Ces interdictions, déjà énoncées par l'article 88 (*al.* a et b) du Traité de l'UEMOA sont reprises avec plus de précisions, dans le règlement *R1*.

L'Entente

En termes de définition, sont des ententes au sens de l'article 3-*R1* :

- les accords qui visent à limiter l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence, à fixer les prix pour favoriser artificiellement leur hausse ou leur baisse, à contrôler la production, le développement du marché et les débouchés ;
- les discriminations entre partenaires commerciaux ;
- la subordination de la conclusion des contrats à des exigences qui sortent de l'objet de ces contrats …

La liste des pratiques caractéristiques d'une entente n'est pas exhaustive vu que la Commission devra, aux termes de l'annexe 1 du Règlement *R2*, procéder à une interprétation large des notions «d'accords », « de pratiques concertées » en ne les subordonnant pas toujours, à l'existence préalable d'un écrit.

L'entente anticoncurrentielle doit avoir pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union.

L'entente ainsi définie ne présente aucune originalité en comparaison des définitions classiques des lois européenne, française, sénégalaise…mais, le choix communautaire africain a apporté des précisions utiles sur les notions « d'accords » et « d'entreprise » (annexe 1-*R2*), en vue d'éviter des interprétations divergentes.

En outre, le texte prévoit la possibilité d'exemptions à l'interdiction de principe des ententes dés lors que le l'opération projetée satisfait à des conditions précisées à l'article 7-*R1*

Par ailleurs, comme pour confirmer l'intensité de la convention d'arbitrage, l'Acte Uniforme permet la constitution du lien d'instance même après la saisine d'un juge étatique (art. 4 *al.* 3). C'est une disposition intéressante pour les centres locaux d'arbitrage qui peuvent hériter d'une grande partie du contentieux encore pendant devant les tribunaux étatiques.

1. Les garanties d'exécution de la sentence.

En ce qui concerne la sentence qui, il faut le rappeler, est la décision du tribunal arbitral, il convient de retenir qu'elle cristallise l'intérêt essentiel de l'arbitrage. En effet, en procédant par la voie de l'arbitrage pour résoudre leur différend, les parties espèrent qu'elle débouche sur une sentence qui s'impose à elles. Dans ce sens, l'Acte Uniforme affirme que la sentence a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche (art. 23). Cette qualité permet de distinguer la sentence d'une simple recommandation dont l'exécution dépendrait de la volonté des parties. Mais elle ne permet pas, tout autant, de la considérer comme un véritable jugement, car elle ne bénéficie pas, en elle-même, de la formule exécutoire nécessaire pour une exécution forcée.

En conséquence, le meilleur service qui peut être rendu à l'arbitrage consiste à limiter les possibilités de remise en cause de la sentence et, surtout, de pouvoir facilement la revêtir de la formule exécutoire. Il ne faut pas que « pour un oui ou un non », une des parties puisse faire tomber la décision qu'elle a contribué à créer. Il ne faut pas non plus que l'exécution de cette décision puisse être bloquée par le refus d'une des parties. Le système OHADA satisfait ce double service.

L'OHADA fait l'économie de voies de recours telles que l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation contre la sentence. Seule la voie du recours en annulation, celle de la tierce opposition et du recours en révision sont recevables. Il faut voir dans cette limitation des voies de recours une autre conséquence du respect de la parole donnée.

L'arbitrage est une affaire de « gentleman ». Il n'est pas du tout indiqué, après avoir obtenu, dans la discrétion, une décision, qu'on se mette à la contester. En extrapolant, il est possible de considérer la décision arbitrale comme un élément à part entière du contrat d'arbitrage et, en ce sens, elle mérite les mêmes égards de loyauté et de bonne foi que toutes les autres clauses du contrat. Le monde des affaires, même s'il admet l'habilité pouvant conduire à « faire mal » à un concurrent, ne peut souffrir de la déloyauté. Il fonctionne selon une éthique fondée également sur le respect de ce principe juridico moral qu'est la parole donnée. Elle est sacrée en affaires !

Pour finir, la sentence peut faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:06 Page13

judiciaire (CCJA pour l'arbitrage organisé par ce centre et juridictions locales pour les centres locaux). L'avantage de l'exequatur CCJA est que la sentence aura un caractère exécutoire dans tous les Etats-parties. Mais l'exequatur par les juridictions nationales n'est pas en reste, car elle assure une justice de proximité. Il n'est pas souhaitable qu'on en arrive à l'exécution forcée. Mais pour parer toute éventualité, l'Acte Uniforme a quand même prévu une procédure d'exequatur. Et même les décisions arbitrales rendues hors de l'espace OHADA peuvent recevoir cet exequatur. L'exequatur est refusé, si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public international d'un Etat partie (Acte Uniforme) ou à l'Ordre public international tout court (procédure CCJA).

Voilà dans un langage qui s'est voulu proche de la pédagogie par l'image, le droit de l'Arbitrage OHADA issu de l'Acte Uniforme qui « tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats-parties » (art. 35 al. 1). Ce qui rend caducs les textes de loi nationaux consacrés à l'arbitrage.

II. La régulation mixte : le droit de la concurrence[13]

Depuis quelques années, on voit se développer des organismes et des institutions qui ne sont pas des juridictions, qui sont généralement autonomes par rapport à l'administration et dont la fonction vacille entre la formulation de la règle de droit et la règle de conflit dans des secteurs bien déterminé de l'activité économique. Ces organismes sont si nombreux qu'il est impossible d'en donner une liste exhaustive. Ils sont également si variés qu'il paraît difficile d'en établir une typologie[14]. Ce genre d'organisme pénètre de plus en plus le paysage économique et juridique Africain[15].

Si nous les qualifions d'organisme hybride, c'est pour plusieurs raisons :

- tout d'abord, certains vont jusqu'à mettre en cause la séparation des pouvoirs hérités de Montesquieu et qui fondent traditionnellement l'organisation sociopolitique des démocraties représentatives ;
- ensuite, d'autres paraissent être à mi-chemin entre les voies de formulation du droit et celles de la réalisation de celui-ci ;

[13] Le droit de la concurrence, Yves Chaput, Puf, 1991 ; Ententes et concentrations économiques, Jean Bernard Blaise, éditions Sirey 1983.
[14] Rapport Public du Conseil d'Etat en France, Les Autorités Administratives Indépendantes, Etudes et Documents, n°52, La Documentation Française, 2001.
[15] Aussi bien les Etats que les organisations d'intégration ont créés des autorités de régulation à l'image des autorités de régulation du secteur des télécommunications ou de l'électricité dans les pays et dans la CEDEAO ou l'UEMOA.

deux directives :

- **R1** relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA ;
- **R2** relatif aux procédures applicables aux pratiques visées dans le R1 ;
- **R3** relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union ;
- **D1** relatif à la transparence des relations financières entre les Etats et les entreprises publiques ou les organisations internationales.
- **D2** relatif à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des Etats membres.

Aux termes de ces textes, les droits nationaux sur la concurrence disparaissent, et il y est proposé de transformer les autorités nationales de régulation (Commission nationale, Agence de Régulation des Télécoms…) en simples administrations chargées de procéder ou d'aider la Commission de l'UEMOA dans les travaux de l'enquête préliminaire.

Or, la réalisation d'une telle ambition me paraît prématurée en l'état actuel du développement économique des Etats de l'Union, car une législation supranationale n'a vocation à absorber les droits internes ou nationaux qu'au fur et à mesure de la réalisation du marché intérieur.

Les autorités de l'Union ne doivent pas être aveuglées par l'objectif d'intégration économique rapide, au point de répéter les erreurs des premiers législateurs africains du début des années d'indépendance qui a consisté à mettre en place une réglementation certes bien structurée, mais inadaptée.

On peut, sans prétendre épuiser la totalité des questions que soulève la réglementation communautaire, insister sur certains points qui paraissent importants dans le sens de l'épanouissement du secteur privé et pour un meilleur développement de l'économie communautaire.

Ces points concernent essentiellement :

- les règles de fond visant les pratiques prohibées : c'est le droit matériel de la concurrence ;
- les règles de mise en œuvre : c'est le droit processuel de la concurrence.

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:06 Page14

subordination, mais de tout lien avec d'autres. En conclusion, les AAI ont modifié, mais sans bouleversement, les modalités classiques de la régulation économique.

B. La pratique de la régulation mixte dans le droit de la concurrence

Lors de sa constitution, l'UEMOA a pris à son compte les avantages de la « concurrence » dans le processus d'intégration. Elle s'est alors assignée entre autres objectifs de renforcer la compétitivité dans l'exercice des activités économiques et financières. Atteindre pareil objectif suppose, pour les Etats membres, la mise en place d'un **marché commun**, ouvert, concurrentiel et régi par un certain nombre de principes que sont :

- la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes ;
- une politique commerciale commune vis à vis des Etats tiers ;
- l'institution d'un tarif extérieur commun (TEC).

Par ailleurs, l'UEMOA ayant compris que, dans un contexte de libéralisation et de mondialisation, la survie des acteurs économiques est subordonnée à leur capacité de résistance face à une concurrence de plus en plus ardue, elle a tenté de définir la règle du jeu en instituant des **normes communes de concurrence** applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques.

Dans la sous- région, le droit de la concurrence a véritablement émergé dans les années 90. D'abord, à l'échelle nationale, pour chaque pays membre, ensuite dans l'espace UEMOA. Il résulte d'une prise de conscience de la menace que constituent les pratiques prohibées sur l'équilibre économique des pays africains.

A ce titre, les pratiques répertoriées sont :

- les pratiques anticoncurrentielles : elles consistent, pour une entreprise ou un pool d'entreprises, à organiser le marché qui les intéresse de sorte à toujours favoriser leurs intérêts particuliers en bloquant ou en faussant gravement la concurrence. Les comportements les plus notoires dans cette rubrique, sont : les abus de position dominante et les ententes.
- Les pratiques restrictives : elles visent la restriction de la concurrence dans les relations entre professionnels (imposition de prix de revente, vente à des prix ou conditions discriminatoires, revente à perte…). A la différence de la première pratique, celle-ci ne dure souvent pas.

En décidant de mettre fin à toutes ces pratiques dans l'espace communautaire, la Commission de l'UEMOA a adopté une législation uniforme qui comprend **trois règlements et**

- enfin, certains posent des problèmes quant à leur rattachement à l'ordre administratif ou à l'ordre judiciaire.

Mais, au-delà de toutes ces difficultés de classification, ce qui fait l'unité de ces organismes c'est qu'ils participent d'une nouvelle forme de régulation sociale qui, prétendant dépasser des antagonismes souvent irréductibles, s'appuie sur la recherche d'un consensus de tous les intérêts en présence. Autant dire qu'ils bouleversent les formes traditionnelles de contentieux que nous connaissons déjà. Dans le système juridique français, à défaut de pouvoir les classer dans une catégorie connue, on a décidé de les appeler Autorités Administratives Indépendantes *(AAI).*[16]

Bien que le domaine de prédilection des AAI soit l'économie[17], il faut admettre que la première AAI mise en place au Sénégal l'a été dans le domaine de protection des droits et des libertés, il s'agit du Médiateur de la République pour les relations entre l'administration et l'administré, puis de l'ONEL pour la transparence des élections.

Toutefois, c'est en matière de régulation de l'économie que l'on trouve le plus grands nombres d'AAI : Commission de la Concurrence, Haut Conseil de l'Audiovisuel, Comité Sénégalais de Régulation de l'Électricité, Conseil Régional de l'Epargne et des Marchés Financiers, Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes *(Forum de la Régulation op. cit.)*. L'examen de l'art 8 de la Constitution de la république du Sénégal autorise à avancer que ce genre d'organisme ne serait pas du tout hérétique dans le paysage juridique de la République. En effet, ce texte consacre la libre entreprise et, donc, la liberté de la concurrence qui nécessite une protection.

Ainsi, l'analyse de cette justice mixte nous amènera à en définir le cadre conceptuel (**A**) puis la pratique en matière de concurrence (**B**)

---

[16] *Marie Anne Frison Roche, Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? Revue Economique et Financière n°60, 3- 2000, P.85 ; Le droit de la Régulation, Dalloz 2001, chr. , P.610 ; Définitions du droit de la Régulation Economique, Dalloz 2004, chr. , P. 126. A dde Laurence Boy, Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M-A Frison Roche, Dalloz 2001, chr. , P.3031*

[17] *Sous la Direction de Marie Anne Frison Roche et Laurent Cohen Tanugi, La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibres dans le secteur des services publics concurrentiels, N°spécial les Petites Affiches 10 Juillet 1998.*

Montage Les modes alternatifs des règlements de conflits:Mise en page 1 15/09/2014 21:06 Page15

A. Le cadre conceptuel de la régulation mixte

1. Les fondements de la justice mixte

Le mode de fonctionnement de la démocratie représentative présente une tare originelle : une confusion entre le politique et l'administration au point qu'on se trouve en présence d'une trop grande dissociation entre les auteurs de la norme et ses destinataires. C'est la critique de ce schéma de l'administration (par la voie de la hiérarchie et du contrôle, tout le mécanisme repose sur le chef du gouvernement qui dispose du pouvoir réglementaire) qui a donné naissance dans les pays occidentaux à ces AAI[18].

Dans cette perspective, l'AAI poursuit deux objectifs fondamentaux:

- couper le cordon ombilical entre la régulation et le politique dans certains secteurs particulièrement sensibles, car intéressant les libertés et le fonctionnement du marché, ces domaines sont généralement considérés comme devant être soustraits à la politisation. De ce point de vue, l'AAI se présente comme une tentative de restauration d'un Etat impartial, d'un Etat neutre. Elle est de la sorte un instrument et une étape dans la recherche d'une régulation indépendante.
- En même temps, l'AAI est chargée de promouvoir une réglementation moins distante de la société. Il s'agit donc de remettre en cause les centres de pilotage qui sont extérieurs à la société, et trop distants par rapport à elles. Dans ce sens, on va, par les AAI, instaurer une régulation concertée d'un secteur déterminé par association au sein d'un même organisme de membres de l'état et de représentants de l'activité en cause.

Pour finir sur les fondements, on peut voir dans les AAI l'une des principales manifestations d'un néo-corporatisme caractérisant de manière très générale tous les nouveaux modes de régulation du marché.

[18] *Rapport de Claude Martinand et Jean Hervé Lorenzi, La régulation des services publics Concilier équité et efficacité, Commissariat Général du Plan, Editions ESKA, Février 1996.*

2. L'organisation et la nature de la justice mixte

Le mode d'organisation des AAI permet d'avoir une idée sur la nature des autorités de régulation.

a) L'organisation

a-1 Analyse statique (photographie)

Si on procède à une analyse statique, une sorte de photographie, il est aisé de se rendre compte que, du point de vue de la composition, l'AAI se présente comme un mélange de représentants de l'Etat qui sont généralement issus des juridictions, de représentants des professions concernées et d'experts du domaine d'activités en question. De même, on constate que ces AAI ont des pouvoirs qui leur assurent effectivement une fonction de régulation : recommandation pour faire évoluer le droit en vigueur (les rapports annuels), pouvoir réglementaire pour certains, larges capacités d'investigation et de contrôle en cas de violation de règles qu'elles doivent protéger. En plus, pour garantir leur indépendance, on confère au mandat des dirigeants un caractère limité dans le temps et non renouvelable et on précise des règles strictes d'incompatibilité et d'inéligibilité, tout en leur assurant une autonomie organique et financière.

a-2. Analyse dynamique (le mouvement)

A y regarder de plus près, on se rend vite compte que ces AAI ne constituent pas une révolution. Elles ne sont pas un quatrième pouvoir et ne correspondent complètement ni aux critères de la juridiction, ni à ceux de l'institution parlementaire. Il ne peut donc s'agir que d'organes administratifs[19].

b) La nature

Une autorité administrative, dépourvue de personnalité juridique propre, ne peut être réellement indépendante du pouvoir exécutif. Ainsi, si les AAI disposent d'un pouvoir réglementaire, il ne peut s'exercer que dans le cadre de celui réservé à l'exécutif; elles sont donc condamnées à émettre des règles de détails, après que l'exécutif ait arrêté l'essentiel. Donc, les AAI sont, certes autonomes, mais non indépendantes, puisque l'autonomie se définit comme le droit de s'administrer librement dans le cadre d'une organisation plus vaste que définit un pouvoir central, alors que l'indépendance implique l'absence, non seulement de

[19] *Rapport sur les Autorités Administratives Indépendantes par Marie Anne Frison Roche pour le compte de l'Office Parlementaire d'Evaluation de la Législation, Assemblée Nationale/Sénat 15juin 2006.*