



## BADGE REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS

Promotion 2005

---

# LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES DANS LES TELECOMMUNICATIONS :

*CAS DU TOGO, DU BURKINA FASO ET DU MALI*

**Jean-Marie Adéribigbé Mawulolo ADENKA**



INSTITUT DE LA BANQUE MONDIALE  
*Promouvoir l'éducation et le savoir pour un monde meilleur*



**LES PRATIQUES  
ANTICONCURRENTIELLES  
DANS LES  
TELECOMMUNICATIONS :**  
*CAS DU TOGO, DU BURKINA FASO ET DU MALI*

**Jean-Marie Adéribigbé  
Mawulolo ADENKA**

**mars 2006**

## **Avertissement**

Ce mémoire constitue le travail de fin d'étude du Badge Régulation des Télécommunications délivré par l'Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST – Paris), dans le cadre d'une formation organisée conjointement par l'ENST, l'Arcep de France, le World Bank Institute et l'ESMT de Dakar.

L'ENST et les coorganisateur de cette formation n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

n



# INTRODUCTION

L'évolution récente du secteur des télécommunications est caractérisée par une libéralisation<sup>1</sup> favorisant la concurrence par la participation des entreprises privées au secteur. Le phénomène est d'essence mondiale.

Il a commencé dans les pays occidentaux où les télécommunications étaient organisées sous la forme de monopôle détenu le plus souvent par un ou quelques opérateurs publics ou privés.

La libéralisation prend sa source aux Etats Unis d'Amérique avec la fin du monopôle de fait (ATT) et le démantèlement de l'opérateur en plusieurs entités distinctes. Les compagnies régionales détenant le monopole sur les cellules géographiques de base alors que les liaisons interurbaines et internationales sont intégralement libéralisées.

Mais l'ouverture à la concurrence du marché local a été imposée en 1996 par le *Télécommunications Act*, qui dicta aux compagnies détenant le monopole de nouvelles règles propres à la concurrence que sont l'obligation d'interconnexion et le partage d'infrastructures.

C'est ainsi que tous les segments du marché américain connurent une révolution avec la fin des barrières existant autrefois entre les opérateurs locaux et opérateurs de longue distance et même d'autres catégories d'acteurs. Ceux-ci ont finalement tendance à opérer des rapprochements stratégiques pour faire face à la concurrence.

Cette vague de libéralisation a rapidement dépassé les frontières américaines pour atteindre le marché japonais où les télécommunications étaient également organisées sous la forme de monopole autour de deux sociétés d'Etat, (NTT) assurant le trafic local et l'international confié à (KDD). La réforme du secteur en 1985 a donné lieu à la privatisation et le démantèlement de la NTT puis l'ouverture des réseaux à la concurrence.

En Europe, le processus de libéralisation du secteur des télécommunications s'est réalisée de manière progressive.

En effet, la vague des réformes nées dans les années 1980 aux USA, n'a pas manqué de contaminer leur : « allié naturel » d'Europe qui est la Grande Bretagne.

Déjà en 1984, ce pays a introduit la concurrence avec l'autorisation accordée à Mercury, un second opérateur filaire. Deux opérateurs de réseaux de téléphonie cellulaire voient également le jour.

Parallèlement à cette ouverture, OFTEL le premier régulateur européen fut créé.

Il s'en est suivi une ouverture totale du marché en Grande Bretagne en 1991 par la suppression des monopoles jusque là détenus par la British Télécom (BT) et Mercury,

---

<sup>1</sup> La libéralisation qui peut être considérée comme synonyme d'ouverture à la concurrence, est une option de stratégie commerciale et de développement. Elle correspond à un concept économique supprimant l'exclusivité de l'exploitation de services de télécommunication à une seule entité, quelque soit son statut juridique. Elle induit l'idée de concurrence entre plusieurs institutions, entreprises publiques ou privées.

pendant que le droit est accordé à tout opérateur d'exploiter tout réseau sur simple licence d'établissement.

On conviendra que outre le cas isolé de la Grande Bretagne, l'ouverture du marché des télécommunications en Europe a été dictée par une politique commune qu'on peut recenser en trois phases.

- La première phase a consisté en la constitution d'un marché unifié des équipements terminaux<sup>1</sup>. Dans ce cadre, il a été institué une procédure de reconnaissance mutuelle des agréments accordés dans chaque Etat membre.
- La deuxième étape organise l'ouverture partielle des services à la concurrence. La décision en date du 16 juin 1993 du Conseil des ministres de la CEE de généraliser la concurrence sur tous les services de télécommunications à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998 en est la clef de voûte.
- Le troisième axe de la réforme concerne l'ouverture à la concurrence des infrastructures de télécommunications.

En ce qui concerne particulièrement la France, les réformes dans le secteur sont induites des directives européennes. Ainsi, la libéralisation totale des télécommunications a été consacrée par la loi n°96-659 de Réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996.

Cette loi sonne le glas du monopole de France Telecom sur les réseaux et services ouverts au public en tant qu'elle définit le cadre réglementaire de l'ouverture à la concurrence de la téléphonie vocale et des infrastructures de télécommunications.

L'action de la CEE a été décisive dans le développement. C'est ainsi que la loi relative aux « communications électroniques et services de communication audiovisuelle » vise à transposer en droit national un ensemble de directives communautaires communément désignées sous le nom de « paquets télécoms » issues de la consultation sur la « convergence » lancée en 1997 par la Commission Européenne et finalement adopté le 7 mars 2002.<sup>2</sup>

Il confirme les principes de la réforme de la réglementation des télécommunications adoptée en 1996 : liberté d'exercice des activités de télécommunications, service universel garanti, régulation par une autorité indépendante.

Le nouveau cadre réglementaire confirme l'objectif visé, à savoir établir une concurrence effective et régulée sur l'ensemble du marché des communications électroniques.

Pour ce qui est du reste, on ne manquera pas de s'interroger sur les motivations de la poussée de la libéralisation.

La première tient de la remise en cause du rôle de l'Etat dans le système de production. Son intervention comme agent même indirect de biens et de services, s'est avérée

---

1 V Directives n°86-361 du 26 juillet 1986 et 91-263 29 juillet 1991

2 Directives 2002/21/CE

économiquement inefficace au fil des temps. De sorte que la préférence sera faite aux firmes privées pour l'exploitation des réseaux et services de télécommunications.

Toutefois, le rôle de l'Etat dans le secteur sera mieux défini.

L'autre facteur ayant déterminé la libéralisation des télécommunications a été la diversification des services finaux. Avec l'innovation technologique et le décloisonnement du marché, apparaissent de nouveaux services dont la gestion efficiente ne peut plus être assumée par un seul opérateur notamment, l'opérateur historique le plus souvent moins préparé face aux nouveaux défis. De nouveaux opérateurs vont voir le jour avec de nouvelles politiques et enjeux spécifiques.

Plus déterminant dans le processus de libéralisation est la mondialisation des échanges dans le cadre des différentes négociations de l' Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Les accords qui sont intervenus à ces occasions ont eu pour conséquences, entre autres de supprimer les barrières et de mettre un frein aux diverses restrictions à la concurrence.

La dynamique mondiale constatée au niveau des services a été finalement prise en compte, particulièrement dans le secteur des télécommunications car le développement des échanges s'appuie fondamentalement sur l'essor des télécommunications. D'où la nécessité d'encadrer au plan international le secteur notamment par les arrangements sur les obstacles techniques aux échanges et les télécommunications, sur la technologie de l'information etc...

L'accord du 15 février 1997 sur les «Télécommunications de base» en est l'illustration la plus récente.

Qu'en est-il des pays de l'Afrique subsaharienne ?

L'évolution des télécommunications en Afrique s'intègre, dans une certaine mesure, dans le contexte mondial sus décrit.

Les opérateurs historiques en Afrique ont connu le monopole depuis leur création ; la dynamique de libéralisation qui a commencé dans les pays développés a touché également les pays africains.

Dans certains pays, la libéralisation des marchés a été précédée de réformes juridiques et institutionnelles :

- nouvelle loi et nouveau cadre légal
- création des autorités de régulation
- libéralisation effective

C'est le cas du Togo, du Burkina-Faso et du Mali.

Au Togo, le Gouvernement a entrepris deux mutations au niveau des administrations opérant dans le secteur. C'est ainsi que l'administration publique des Postes et Télécommunications qui avait le monopole des services de téléphone et du courrier postal est transformée respectivement en un Etablissement Public à caractère Industriel et Commercial (EPIC) puis en société d'Etat dénommée « Office des Postes et Télécommunications du Togo (OPTT).

Cet habillage juridique a été suivi de l'élaboration le 28 février 1996 :

- d'une déclaration de politique sectorielle
- et la prise du *décret n°96-22, portant scission de l'OPTT en deux sociétés d'Etat distinctes à savoir, la Société des Postes du Togo (SPT) et la Société des Télécommunications du Togo (TOGO TELECOM).*

Il est à noter que le processus de désengagement de l'Etat entrepris par les pouvoirs publics n'a pas encore abouti au niveau de ces deux dernières sociétés.

Toutefois, le Gouvernement a pris un certain nombre de dispositions traduisant sa volonté de libéralisation du secteur des télécommunications. Ainsi au plan textuel, il a été adopté :

- la *loi n° 98-005 du 11 février 1998* établissant le principe de la séparation des fonctions de tutelle, de réglementation et d'opérateurs ;
- et deux décrets d'application qui sont le *décret n°98-034 du 18 février 1998 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Réglementation* créée par la loi et le *décret du 18 mars 1998 relatif à l'interconnexion des réseaux de télécommunications* donnant des indications réglementaires en vue de l'interopérabilité des services de réseaux et services de télécommunications ;
- enfin, la *loi n°99-004/PR du 15 mars 1999 sur les services postaux.*

Pour concrétiser cette volonté politique, le Gouvernement a procédé, en septembre 1997, à la cession à TOGO TELECOM, du réseau de téléphonie cellulaire de type GSM suivie de l'attribution formelle d'une autorisation d'exploitation de ce premier réseau à Togo Cellulaire, la filiale de TOGO TELECOM.

Ce premier acte fut suivi de l'attribution d'une deuxième licence d'exploitation d'un réseau téléphonique cellulaire avec accès direct à l'international, depuis juillet 1998 à TELECEL TOGO, une société anonyme de droit privé.

Au Burkina Faso, les télécommunications ont connu une évolution<sup>1</sup> semblable à celle du Togo.

En effet, les télécommunications au Burkina Faso ont subi trois mutations essentielles après que l'administration publique ait cédé la place en 1968 à l'Office des Postes et Télécommunications par *décret n° 68-23/PRES du 10 juin 1968* avec le statut d'Établissement Public à caractère Industriel et Commercial (EPIC) et jouissant de l'autonomie de gestion technique et financière :

- la séparation en 1987 des Télécommunications et des Services Postaux et Financiers et la création par KITI N° AN IV-274/CNR/Trans du 19 février 1987 de l'Office National des Télécommunications (ONATEL) jouissant toujours du statut d'Établissement Public à caractère Industriel et Commercial ;

---

<sup>1</sup> Sur l'évolution du cadre institutionnel des télécommunications au Burkina Faso, v. «Déclaration de politique sectorielle»



- la transformation par décret n° 94-388/PRES/MICM/MCC du 2 novembre 1994 du statut d'EPIC de l'ONATEL en société d'État dont le capital est détenu à 100% par l'État ;
- l'adoption le 4 décembre 1998 de la loi n° 051/98/AN portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso par l'Assemblée Nationale ;
- ce dernier texte constitue la charnière d'une politique sectorielle ayant pour axes, la mise en place d'un organe de régulation, la libéralisation de certains segments du marché des télécommunications et l'ouverture du capital de l'ONATEL courant l'année 2000 pour permettre à cette entreprise de s'adapter à un environnement de plus en plus concurrentiel.

Dans les faits, cette volonté politique s'est traduite par la mise en place de l'Autorité Nationale de Régulation des Télécommunications (ARTEL) et l'attribution de deux licences de réseau de télécommunications cellulaire respectivement à Telecel Faso et à Celtel Burkina Faso<sup>1</sup>.

Toutefois, il existe un troisième opérateur GSM, TELMOB, une émanation de l'ONATEL qui n'a pas de licence d'exploitation.

Au Mali, peu après l'indépendance, le département ministériel chargé des télécommunications s'est mué en deux sociétés d'Etat, l'Office des Postes et Télécommunications (OPT) s'occupant de la Poste et des Télécommunications nationales et le trafic à l'international étant confié à la Société des Télécommunications International (TIM).

En 1989, la restructuration de ces deux entités étatiques a donné naissance à la Société de Télécommunication du Mali (SOTELMA), une personnalité morale distincte dotée d'une autonomie financière, qui avait le monopole sur les réseaux et les services de télécommunications.

Un plan directeur des télécommunications a été adopté en 1992 par le Gouvernement, lequel détermine les objectifs principaux du Mali en matière de développement des télécommunications. Mais la volonté d'ouvrir le secteur des télécommunications ne s'est réellement traduite que par la *Déclaration de Politique Sectorielle* suivie immédiatement de la création de MALITEL, le premier opérateur cellulaire de type GSM.

Il est à noter qu'à l'instar de la société TOGO CELLULAIRE au Togo, MALITEL est une succursale de SOTELMA et créée par décret, sans l'octroi d'une licence cellulaire.

Le cadre juridique de cette nouvelle orientation a été fixé par l'adoption d'une loi sur les Télécommunications et les autres textes réglementaires notamment la création du Comité de Régulation des Télécommunications, le 30 septembre 1999 par l'Ordonnance n°99-043/P-RM.

---

<sup>1</sup> Cf. Arrêté n°2000-024 portant autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau mobile cellulaire au public sur le territoire national accordé à Telecel Faso et Arrêté n°2000-025 portant autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau mobile cellulaire au public sur le territoire national accordé à Celtel Burkina Faso .

Toutefois, pour compléter l'ouverture du secteur des télécommunications, le Gouvernement du Mali a adopté le 28 juin 2000 une deuxième version de la Déclaration de Politique Sectorielle laquelle a mis fin au monopole de la SOTELMA sur le service de base.

De sorte qu'à ce jour, le marché malien des télécommunications est caractérisé, entre autres, par deux opérateurs (Sotelma et Ikatel) disposant de licence leur permettant exploiter tous types de réseaux ou de services de télécommunications<sup>1</sup>.

Dans d'autres pays, la libéralisation a précédé les réformes : libéralisation de fait, réformes juridiques et institutionnelles, création de l'Autorité de régulation.

Il en est particulièrement du cas du Ghana où l'opérateur historique, Ghana Telecom, (lui même issu de la scission de la Ghana Post and Telecommunications Corporation, la société ghanéenne nationale assurant les services de la poste et de la téléphonie) a été mise en concession de gestion avant la naissance du Régulateur, la National Communication Authority (NCA) créée en 1996 pour introduire la libéralisation et assurer la concurrence dans le secteur des télécommunications.

La raison fondamentale d'une telle présence est simple ; il s'est agi de rendre l'opérateur historique plus compétitif face aux nouveaux entrants sur le marché.

La privatisation de la Ghana Telecom a été suivie :

- de l'attribution d'une deuxième licence à l'opérateur national (Second National Opérateur-SNO), à la Western Telesystems Ghana Limited, une société privée avec des capitaux privés ghanéens.
- Et de la naissance de Capital Telecom, un opérateur régional privé qui fournit un service de télécommunications au secteur sud du pays, surtout dans les zones rurales qui ne sont pas desservies par les télécommunications.

Aujourd'hui, le paysage des télécommunications au Ghana est composé de trois opérateurs filaires et quatre opérateurs mobiles que sont : Millicom Ghana, Scacom, Celtel, Ghana Telecom GSM.

Il convient de noter que Millicom Ghana est le premier opérateur mobile au Ghana et est opérationnel depuis 1992.

Sous ces rapports, on peut conclure que les processus sont généralement initiés à l'instigation des organismes internationaux mais prennent aussitôt une impulsion locale à cause des défis de développement auxquels doivent s'attaquer les Etats.

En effet, on observera d'une part que les réformes entreprises dans les pays sus visés ont été opérées sous l'impulsion des institutions de Bretton Woods notamment la Banque Mondiale et les institutions internationales spécialisées, lesquelles ont mis en place dans lesdits pays des structures ou cellules pour appuyer ou accompagner les réformes.

---

<sup>1</sup> Le 1<sup>er</sup> août 2002, il a été attribué la licence de télécommunication à Ikatel laquelle a mis en service son volet cellulaire en février 2003

D'autre part, les déclarations de politique sectorielle, fer de lance de la restructuration du secteur des télécommunications dans les pays sus visés, avaient pour objectif de faire des télécommunications un outil de développement socio-économique.

Les télécommunications sont désormais conçues comme un outil stratégique de développement car non seulement elles concourent à développer les secteurs traditionnels de l'économie mais surtout l'accès aux télécommunications par la totalité de la population contribuerait à atteindre les objectifs de décentralisation et d'aménagement du territoire.

La stratégie adoptée passe par l'ouverture du secteur à la concurrence et la privatisation des entreprises d'Etat travaillant dans le secteur.

Par l'ouverture du secteur des télécommunications, les pouvoirs publics espèrent engranger des investissements privés issus de l'entrée progressive des nouveaux opérateurs dans tous les segments du marché de télécommunications.

Désormais les télécommunications ne sont plus appréhendées comme un simple service de production mais comme un marché qui est régi à la fois par la loi de l'offre et de la demande et celle du minimum de coût pour le maximum de profit.

Les acteurs de ce marché sont :

- L'Etat qui conserve la fourniture de certains services qui revêtent des considérations ayant trait à la souveraineté et à la défense nationale, aux missions de service public, aux enjeux stratégiques d'aménagement du territoire; ce en dépit des limites observées ça et là dans les responsabilités de l'Etat face à ses populations. Il faudra également souligner le rôle de l'Etat dans l'accomplissement des obligations de services universels.
- Les entreprises concurrentes : laissé au principe de la libre concurrence, c'est le dynamisme de la compétition économique qui construit le marché ; l'idéal étant l'atteinte d'une concurrence pure et parfaite qui permettra l'établissement d'un équilibre entre les acteurs du marché tout en préservant l'intérêt commun.
- les prestataires de services (il s'agit de compagnies qui fournissent des services à des usagers qui peuvent être des ISP, des Cybercafés ou aux opérateurs et qui sont dans certains pays regroupés par corporation ).
- et les consommateurs (il s'agit de l'ensemble des utilisateurs des télécommunications qui sont organisés en association de consommateurs dans certains pays).

Pour faciliter la mise en concurrence entre ces différents acteurs, de nouvelles fonctions sont assignées séparément à des institutions distinctes. Ainsi, la fonction de réglementation a pour objet de fixer les règles du jeu du marché par la mise en place d'un nouveau cadre juridique régissant le secteur des télécommunications. Ce rôle est assuré concomitamment dans les pays africains sus visés par le Régulateur ou l'organisme en tenant lieu et le Ministère chargé des télécommunications.

La fonction d'exploitation a pour originalité l'ouverture aux capitaux étrangers qui doivent conjuguer les impératifs du secteur privé avec les missions d'intérêt public qui relèvent normalement de la responsabilité de l'Etat.

Enfin la régulation qui consiste à organiser l'ouverture de la concurrence de réseaux et services autrefois fournis par des entreprises (le plus souvent publiques) dans le cadre de monopoles réglementés par l'Etat.

Elle résulte de la nécessité d'organiser la coexistence dans un même secteur de missions d'intérêt général et d'activités en situation concurrentielle, de permettre l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs en les mettant dans les conditions de développer leurs activités, en les protégeant contre les éventuels abus de position dominante de l'opérateur historique.

Au plan économique, la forte marge du secteur permet de dégager des profits substantiels en raison de la structure oligopolistique de la composition des acteurs. L'entrée de nouveaux opérateurs engendre une concurrence accrue ayant pour corollaire une pression à la baisse sur les prix (à la satisfaction des consommateurs) ; ce qui ne manquera pas de réduire les marges et les profits. Car une rentabilité excessive est très souvent le résultat d'une concurrence insuffisante.

Ce libre jeu du marché trouve rapidement ses limites avec l'intervention de certains acteurs qui créent des restrictions à l'entrée du secteur à d'autres opérateurs.

Dans cet ordre d'idée, on observera que le marché des télécommunications a, en outre, la particularité de regorger de ressources essentielles qui doivent être partagées par tous les opérateurs intervenant sur ce marché. Ces ressources sont détenues par les opérateurs historiques qui sont en général réticents à les partager avec les nouveaux entrants.

D'autres acteurs, une fois sur le marché, auront tendance à déséquilibrer les forces qui l'animent et à profiter de leur pouvoir pour influencer les prix.

Les méthodes et pratiques utilisées pour atteindre ces objectifs sont de diverses natures et feront l'objet de notre première préoccupation.

En outre, la garantie de la concurrence loyale entre les acteurs du marché des télécommunications trouve son fondement non seulement dans l'observance des règles qui régissent la concurrence dans le secteur mais également dans les sanctions auxquelles s'exposent les auteurs de ces pratiques interdites.

Quelle est la nature de ces sanctions ? Comment se répartissent-elles entre les compétences du régulateur et celle du droit commun de la concurrence ? Quel est l'impact des règles communautaires sur le processus de sanction ?

Ces interrogations ont notamment pour finalité d'apprécier les limites de la sanction des pratiques anticoncurrentielles.

Le Togo, le Burkina Faso, le Mali et le Ghana servent de cadre à nos recherches. Les trois premiers pour leur appartenance à une tradition juridique commune et à l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

L'adjonction du Ghana, à titre subsidiaire, a le mérite de la comparaison de deux systèmes.

Enfin, les recherches concernent essentiellement le domaine de la téléphonie fixe et cellulaire.



# PREMIERE PARTIE - LES FORMES DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

La notion de pratique anticoncurrentielle n'est pas clairement définie. Le sens qu'on y donne très souvent consiste en des comportements, situations de faits ou légales qui entravent ou faussent le jeu de la libre concurrence ou même de l'inobservance des règles relatives à la concurrence.

De sorte que la notion est appréhendée au travers des formes que recouvrent ces comportements.

Les définitions sont nuancées selon que l'on est en présence de telle ou telle forme de pratique anticoncurrentielle.

Classiquement on distingue deux formes : les ententes illicites et les abus de position dominante.

On a pu observer dans certains pays que le fait concurrentiel est caractérisé par l'existence d'opérateurs qui sont en situation de monopole avant l'arrivée de nouveaux opérateurs, qui pour la plupart exercent sous forme de société privée.

Dans le secteur des télécommunications des pays, objet de notre étude, le même processus est observé. A titre d'illustration, on pourra citer l'article 49 de la loi n° 051/98/AN portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso :

*'' Les actions et pratiques qui ont pour objet ou qui peuvent avoir pour effet ''d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché sont ''prohibées notamment lorsqu'elles tendent à :*

- a) ''limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par ''d'autres entreprises*
- b) ''faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en ''favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse*
- c) ''limiter ou contrôler la production, les investissements ou le progrès ''techniques*
- d) ''repartir les marchés ou les ressources d'approvisionnement''.*

Cette définition a l'avantage d'englober tant les ententes que les abus de position dominante. Dans ce contexte, les pratiques prohibées observées résultent essentiellement des obstacles empêchant les nouveaux opérateurs d'accéder au marché ou en tout cas, en rendant les conditions d'accès difficiles (Titre Premier).

Une fois sur le marché, les opérateurs dominants qui y règnent, n'hésitent pas à créer des distorsions qui entravent la concurrence sur le marché (Titre deuxième).

Par ailleurs, le marché observé dans ces pays étant oligopolistiques, la question des ententes ne risquent d'avoir qu'un intérêt théorique.

## **TITRE PREMIER - OBSTACLES A L'ENTREE SUR LE MARCHE DES TELECOMMUNICATIONS**

Deux formes d'obstacles ont été identifiées. Elles sont d'abord de nature légale ou administrative ainsi qu'il sera démontré dans le premier chapitre. Ensuite, un certain nombre de comportements découle particulièrement de la résistance des opérateurs à partager une infrastructure, ce qui fera l'objet du deuxième chapitre.

### **Chap. I : Restrictions administratives et juridiques à la concurrence**

La libéralisation du secteur des télécommunications dans les pays sus visés a été mise en œuvre entre autres par la mise en place d'une batterie de textes réglementaires pour permettre une concurrence saine.

Mais la pratique révèle que nombre de mesures législatives ou réglementaires et même administratives ne sont pas de nature à favoriser, l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché.

On constatera que ces mesures ont tendance :

- à renforcer la position des entreprises existant sur le marché
- ou à durcir les conditions d'entrée sur le marché.

#### **Section 1 : Le Monopole légal ou institutionnel**

Il s'agit de dispositions légales ou de situations de fait qui interdisent toute concurrence potentielle.

Quelles sont-elles ? Quels sont les avantages que les opérateurs en tirent ?

Que ce soit au Togo, au Burkina Faso comme au Ghana, certaines entreprises, de par leur existence sur le marché, ont bénéficié des avantages qui justifient une situation de monopole sur le marché des télécommunications. Ces avantages sont d'origine textuelle ou de fait.

##### **Parag 1 : Le monopole légal par les textes**

Ici, l'avantage est dicté par la volonté du législateur de conférer à telle entreprise une mission de service public, entre autres.

Deux cas retiennent notre attention.

##### **A- Cas des droits exclusifs accordés à la SOTELMA**

Ici c'est le Législateur malien qui a décidé de transmettre exclusivement à l'opérateur historique le monopole attaché aux télécommunications. Ainsi, aux termes de *l'article 70.1 de l'ordonnance n° 99-043 / P RM* régissant les télécommunications en République du Mali : « (1) *Par dérogation à l'article 9 de la présente ordonnance, l'établissement et l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public utilisés pour la fourniture de services de téléphonie mobile, et la fourniture de service de téléphonie sont réservés à titre exclusif à la Société de Télécommunications du Mali ..... ».*



Etant observé que l'article 9 définit les réseaux et services qui sont soumis à la licence.

Il convient néanmoins de préciser le contexte dans lequel de telles prérogatives exorbitantes sont conférées à la SOTELMA.

SOTELMA était une société en voie de privatisation puisque l'ouverture de son capital à un investisseur stratégique privé a été décidé par la Loi n° 99 – 0/0 du 22 mars 1999.

Par ailleurs, on observera que si cette disposition n'a qu'une portée limitée dans le temps (parce que devant prendre fin officiellement le 31 décembre 2000, alors que IKATEL, son concurrent potentiel, n'a pu voir le jour effectivement qu'en 2003), il n'en demeure pas moins vrai que pendant cette période, SOTELMA a exercé un monopole légal dans ce secteur au Mali.

Plus illustratif est le cas de l'opérateur historique Burkinabè.

### **B- Cas de l'ONATEL au Burkina Faso**

L'ONATEL est née de l'éclatement de l'Office des Postes et Télécommunications (OPT) et a été transformée en 1994 en Société d'Etat.

Avec la libéralisation du secteur, elle a conservé les prérogatives dont elle jouisse lors de son monopole dans le secteur de télécommunications.

Ainsi, aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du Décret n° 2000- 155/ PRES / PM / MC portant concession à l'ONATEL des réseaux et services sous droits exclusifs à l'Etat :

*« ... l'établissement des réseaux nationaux et internationaux non radioélectroniques de télécommunication ouvert au public, la fourniture du service télégraphique, la mise en place et l'exploitation de toute infrastructure internationale sur le territoire burkinabè aux fins d'acheminer les communications internationales au départ et à destination du Burkina Faso, sont exclusivement confiés à l'ONATEL ».*

En outre, le monopole est garanti par l'interdiction qui est faite à tout opérateur d'user des droits exclusifs concédés à l'ONATEL sous peine de sanctions<sup>1</sup>.

### **Parag 2 : Le monopole par les « avantages en situation 2 »**

Il s'agit ici également du monopole exercé par les opérateurs historiques mais à la différence des situations qui précèdent, les opérateurs historiques ne sont pas confirmés dans leur mission par la volonté du législateur mais par le seul fait des avantages qu'ils tirent de leur situation.

Deux exemples méritent d'être cités.

---

1 Cf art 44 et 45 dudit decret

2 Cette expression a été empruntée du manuel sur la réglementation des télécommunications P. 5-8.

### **A- Opérateur historique, prolongement de l'Etat**

Cette hypothèse concerne les opérateurs qui sont classiquement les anciens exploitants de réseau public de télécommunications dont le statut juridique n'a pas changé à ce jour en dépit des réformes dans le secteur.

A titre d'exemple on pourra citer le cas de TOGO TELECOM au Togo.

En ce qui concerne la Société des Télécommunications du Togo (TOGO TELECOM), elle est née de la scission de l'OPTT en deux sociétés d'Etat dont la Société des Postes du Togo (SPT)<sup>1</sup>, pour s'occuper exclusivement du secteur des télécommunications.

Cette société d'Etat a conservé son monopole de la téléphonie fixe alors qu'au terme de l'article 5 de la Loi n° 98-005 du 11 février 1998 sur les télécommunications au Togo, l'établissement et l'exploitation des réseaux de télécommunications ouverts au public est soumis à l'autorisation du Ministre chargé du secteur des télécommunications.

L'égalité dans le jeu de la concurrence voudra que chaque opérateur mobile ou fixe soit assujéti, chacun dans son domaine, aux conditions d'accès sur le marché.

### **B- Opérateur historique par le seul fait de la puissance exercée sur le marché**

Il s'agit du cas du Ghana dont le marché est caractérisé par la présence de deux opérateurs privés filaires, Ghana Telecom, entité étatique au départ, étant entièrement privatisée.

## **Section 2 : Obstacles dans la délivrance de licences**

L'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications a pour corollaire la délivrance de licences ou d'autorisation aux acteurs du marché.

Ces licences confèrent à leur titulaire le droit de fournir des services de télécommunications ou d'exploiter les installations de télécommunication dans les conditions précises.

L'octroi de licence répond à un certain nombre de principes que sont notamment la transparence et l'obligation qui est faite aux pouvoirs publics d'offrir des « chances égales » aux acteurs du marché. Dans ce contexte la réglementation vise à créer les conditions d'une concurrence effective, à égalité des chances, sur les marchés des télécommunications à couverture du territoire national.

Cependant dans la pratique, ces règles sont faussées et l'on constatera que certains opérateurs bénéficient indûment des avantages concurrentiels du fait des autorisations qui leur sont accordées.

### **Parag. 1 : Mesures limitant la délivrance des licences**

L'accès au secteur peut être restreint tant en amont que dans le traitement préférentiel accordé à certains opérateurs.

Il convient au préalable de connaître le régime des licences dans les pays sus visés.

---

<sup>1</sup> Cf. Décret n° 96 – 22 / PR

## **A- Le régime des licences ou autorisations**

On peut définir la licence comme étant « l'octroi, par les pouvoirs publics, d'un droit d'exploiter un service, sous réserve des modalités et des conditions spécifiées dans la licence ou dans d'autres instruments réglementaires »<sup>1</sup>.

Le régime des licences s'apprécie respectivement par rapport aux principes qui les régissent et aux règles qui gouvernent leur octroi.

1. Les règles générales régissant les licences

1. Les types de régimes de licence

Traditionnellement il existe trois types d'autorisations qui sont délivrés aux acteurs du marché des télécommunications :

- les licences individuelles octroyées aux opérateurs
- les autorisations générales
- et le régime totalement libre c'est à dire l'absence d'exigence de licence.

---

<sup>1</sup> V parag 2.4.6 p 2-21 du manuel sur la réglementation des télécommunications op cit.

Le tableau ci-après définit les caractéristiques liées à chacune des licences<sup>1</sup>.

Tableau n°1 : TYPES DE REGIMES DE LICENCE

Types de licence nécessaire	Principales caractéristiques	Exemples
<p><b>Licences individuelles (licences spécifiques des opérateurs)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- en règle générale, un document de licence personnalisé et détaillé</li> <li>- ce type de licence est souvent accordé dans le cadre d'un processus de sélection par voie de concours</li> <li>- est utile dans les cas suivants :               <ul style="list-style-type: none"> <li>i) la licence à octroyer se réfère à une ressource limitée ou à un droit (par exemple, le spectre) et/ou</li> <li>ii) l'organisme de régularisation souhaite tout particulièrement que le service soit assuré d'une manière précise (par exemple, lorsque l'opérateur est puissant sur le marché)</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- service de base du RTPC dans un marché monopolistique</li> <li>- services hertziens mobiles et fixes</li> <li>- tout service nécessitant des fréquences</li> </ul>
<p><b>Autorisations générales (licences par catégorie)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- utiles lorsque les licences individuelles ne sont pas justifiées mais lorsque d'importants objectifs réglementaires peuvent être atteints grâce à l'établissement de conditions générales</li> <li>- referment généralement des dispositions relatives à la protection du consommateur et d'autres exigences essentielles</li> <li>- sont généralement octroyées sans faire l'objet d'une sélection par voie de concours ; toutes les entités remplissant les conditions requises sont autorisées à fournir des services ou à exploiter des installations</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- services de transmission de données</li> <li>- service de revente</li> <li>- réseaux privés</li> </ul>
<p><b>Services pouvant être fournis sans licence</b></p> <p><b>(Services entièrement libéralisés)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- aucune licence ou condition à remplir n'est demandée</li> <li>- a son utilité lorsque l'activité considérée relève techniquement de la définition d'activités soumises à la réglementation (par exemple, offre d'un service de télécommunication au public) mais lorsqu'il n'existe aucune justification d'imposer une licence</li> <li>- des conditions générales (par exemple, enregistrement auprès de l'organisme de régulation) peuvent être imposées par le biais d'une réglementation ou d'une ordonnance générale</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- fournisseurs de services Internet (ISP)</li> <li>- services à valeur ajoutée</li> </ul>

Il y a lieu de noter qu'il n'existe pas de régime totalement libre dans les quatre pays, objet de notre étude. L'entrée sur leur marché est toujours subordonnée au moins à une déclaration.

Ce fait pourrait être expliqué par la volonté d'encadrement du jeu sectoriel par les pouvoirs publics en contrôlant l'entrée sur le marché pour tout acteur.

<sup>1</sup> Extrait du tableau 2.1 p. 2-10 dans Manuel sur la réglementation des télécommunications op cit.

A ces catégories de licences sont associées des conditions spécifiques dont la plupart figurent dans le cahier des charges associé aux autorisations.

Dans tous les cas et quelque soit le type de licence, sa délivrance doit répondre à la clarté, à la transparence et la contrainte justifiée des conditions auxquelles il est soumis.

## 2. Les règles gouvernant l'octroi des licences

L'analyse des régimes juridiques des pays concernés révèle trois modes d'octroi de licences auxquels il faudra ajouter l'agrément à titre subsidiaire :

- la concession

La concession est un contrat au terme duquel une personne publique confie à une personne privée ou publique la construction et l'exploitation d'un ouvrage public moyennant une rémunération perçue sur les utilisateurs de cet ouvrage public.

Cette concession est octroyée par décret pris en Conseil des Ministres.

- L'autorisation

L'autorisation est une décision administrative émanant soit du Ministre chargé du secteur des Télécommunications ou de l'Autorité de régulation. Elle est délivrée sur la base d'un cahier des charges qui définit les règles à appliquer et qui en fait partie intégrante.

Ces autorisations peuvent prévoir la fourniture de services obligatoires ainsi que des prestations au titre du service universel.

- La déclaration

Les déclarations sont adressées à l'autorité de réglementation à l'instar d'une déclaration d'association au sens de la loi française de 1901. Elle peut ou ne pas être sujet à perception de taxe de redevances.

- L'agrément

L'agrément atteste que l'équipement qui en est l'objet respecte les exigences essentielles et qu'il est conforme aux normes et spécifications techniques en vigueur dans le pays. Il vaut autorisation de connexion à un réseau ouvert au public, sauf pour certaines catégories d'équipements terminaux radioélectriques non destinés à cette utilisation.

Tableau n° 2 : Les divers régimes d'autorisation

Pays	TOGO	BURKINA FASO	MALI
<b>Concession</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>- l'établissement des réseaux nationaux et internationaux non radioélectrique télécommunication ouvert au public,</li> <li>- la fourniture du service téléphonique commuté entre deux points fixe et du service télex</li> </ul>	
<b>Autorisation ou assignation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- l'établissement et l'exploitation des réseaux de télécommunications ouvert au publics ;</li> <li>- la fourniture du service téléphonique au public et du service télex.</li> <li>- les réseaux de télécommunications établis par une entreprise commerciale, comprenant plusieurs entités distinctes, se situant toutes ou non sur le territoire national, et utilisant partiellement ou entièrement une infrastructure auprès d'un ou plusieurs exploitants de réseaux publics de télécommunications.</li> <li>- Les réseaux privés de l'Etat les réseaux de télécommunications établis par une entreprise commerciale, comprenant plusieurs entités distinctes, se situant toutes ou non sur le territoire national, et utilisant partiellement ou entièrement une infrastructure auprès d'un ou plusieurs exploitants de réseaux publics de télécommunications y compris les réseaux privés de l'Etat</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- l'établissement des réseaux autres que ceux relevant de la concession</li> <li>- les réseaux internes</li> <li>- les réseaux indépendants, autres que radioélectriques, dont les points de terminaison distants de moins de 300 m et dont les liaisons ont une capacité inférieure au seuil fixé par l'Autorité de réglementation</li> <li>- la fourniture, l'exploitation, l'importation des moyens ou de prestation de cryptologie ayant pour objet autre que l'authentification d'une communication ou l'assurance de l'intégrité du message transmis</li> <li>- l'utilisation de fréquences radioélectriques en vue d'assurer soit l'émission, soit l'émission et la réception des signaux</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- l'établissement d'un réseau de télécommunication ouvert au public</li> <li>- la fourniture d'un service de téléphonie</li> <li>- l'établissement et la fourniture d'une service de téléphonie mobile</li> <li>- les fréquences</li> </ul>
<b>Déclaration</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- les services de transmission de données, notamment : Audiotex, Echange de Données Informatisées (EDI), Services d'informations en ligne et le Service Internet, etc</li> <li>- La fourniture, la modification ou la cessation des services de télécommunications</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- les réseaux internes et les réseaux indépendants qui n'empruntent pas le domaine radioélectrique ainsi que les services de télécommunication autres que ceux relevant des droits exclusifs</li> <li>- la fourniture, l'exploitation, l'importation des moyens ou de prestation de cryptologie ayant pour objet d'authentifier une communication ou d'assurer l'intégrité du message transmis.</li> <li>- les activités en matière de télécommunication sur le territoire national des institutions étrangères ou des organismes jouissant de la personnalité de droit international sous réserve de réciprocité</li> <li>- La fourniture, la modification ou la cessation des services de télécommunications</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- l'établissement et /ou l'exploitation de réseaux ou de services de télécommunication autres que ceux soumis à licence</li> </ul>
<b>L'agrément</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- tout équipement terminal ayant pour objet, directement ou indirectement, la connexion à un point de terminaison d'un réseau public de télécommunications et qui émet, reçoit ou traite des signaux de télécommunications. L'agrément des équipements est demandé pour la fabrication pour le marché intérieur, l'importation, la mise en vente ainsi que pour la distribution à titre gratuit ou onéreux.</li> <li>- les personnes physiques ou morales appelées à réaliser des installations radioélectriques, les travaux de raccordement, de mise en service et de maintenance</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- les équipements terminaux destinés à être connectés à un réseau ouvert au public</li> <li>- les installations électriques lorsqu'elles sont destinées ou non à être connectées à un réseau ouvert au public</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Idem au Burkina</li> </ul>

Dans tous les cas et quelque soit le mode d'attribution choisi, son application est subordonnée aux conditions générales nécessaires au respect des exigences essentielles.

## **B- Les obstacles par le biais de la délivrance des licences**

Ils sont de deux ordres.

### 1. La limitation de principe fixé par les textes

Dans cette hypothèse, l'entrée sur le marché des télécommunications est restreinte du fait de la loi. L'autorisation d'établissement ou d'exploitation des réseaux peut être limitée à certains opérateurs sur décision de l'autorité publique.

Ainsi au terme de l'article 5.2 de la Loi n°98-005 du 11 février 1998 sur les Télécommunications au Togo :

*« Le nombre d'autorisations peut être limité par le ministre chargé du secteur des télécommunications après avis écrit de l'Autorité de réglementation lorsque conformément au plan national d'attribution des fréquences radioélectriques, les fréquences nécessaires sont restreintes. »*

Ce texte crée ainsi une discrimination à l'entrée entre les opérateurs existants et les opérateurs potentiels.

Même si les motifs de cette limitation paraissent objectivement fondés (du fait de la rareté de la fréquence), celle-ci fait entorse au principe de la fourniture des services de télécommunications consacré dans les textes.

### 2. Traitement préférentiel à l'opérateur historique

Dans le processus d'octroi des licences ou autorisations intervient le paiement par l'opérateur des droits communément dénommés « droits de licence » lesquels recouvrent les situations suivantes :

- il peut s'agir d'un droit versé au Gouvernement ou à l'organisme de délivrance des licences pour lui permettre d'exploiter un réseau, de fournir un service ou d'utiliser une ressource limitée ;
- ces droits peuvent être assimilés aux redevances administratives visant à dédommager le Régulateur, soit en couverture des coûts engagés se rapportant à l'utilisation du spectre radio électrique ; soit pour s'acquitter d'autres fonctions de réglementation à l'instar de l'octroi des autorisations, le respect des modalités de la licence etc.

Les opérateurs historiques devraient être assujettis au paiement de ces droits comme les nouveaux entrants au nom du principe même de l'égalité des chances.

Or l'on a pu observer que les pouvoirs publics ont parfois « favoriser » de l'opérateur historique en ne le soumettant pas à cette obligation de paiement.

Deux situations illustrent ce privilège dont bénéficie l'opérateur historique.

La première est l'hypothèse où le droit de licence n'a pas été accordé alors que le nouvel arrivant verse une somme importante dans le cadre du processus de sélection.

C'est le cas de l'opérateur historique du Togo, TOGO TELECOM qui est entré dans le jeu concurrentiel par le bénéfice de situation.

Ce privilège pourrait être justifié par le fait que l'opérateur historique était déjà agréé sur le marché conformément aux textes en vigueur et qu'un paiement rétroactif ne se justifierait pas.

En outre, le fait que l'opérateur historique ait énormément investi dans le développement du secteur milite en faveur de la thèse du non paiement.

Cependant il convient de faire observer d'abord que les mutations intervenues au niveau de l'opérateur historique qui n'est plus un « démembrement » de l'Etat, commande à ce qu'il intervienne désormais sur le marché comme un concurrent respectant les nouvelles normes.

Ensuite, les investissements réalisés par l'opérateur historique sont amortis depuis longtemps et celui-ci a bénéficié d'autres avantages (par exemple le monopole de l'international) qui auraient suffisamment compensé les investissements réalisés.

La question est davantage sensible parce que TOGO TELECOM a pour filiale TOGOCELLULAIRE, un opérateur de réseau GSM au même titre que TELECEL TOGO SA, un autre opérateur privé dans le domaine. Et c'est l'opérateur historique qui a financé l'équipement de sa filiale alors que TELECEL TOGO SA a payé des redevances pour l'obtention de sa licence GSM.

La seconde situation tient du cas où l'opérateur historique ne paie pas de droits de licence pour sa filiale, opérateur de GSM alors que les autres opérateurs dans la catégorie en étaient assujettis.

C'est le cas de l'opérateur mobile TELMOB, filiale de l'ONATEL au Burkina Faso.

Dans tous les cas, en dépit des motivations de ces comportements, on observera que ces pratiques vont à l'encontre du principe de l'égalité des chances qui est offert aux acteurs sur le marché.

Il est généralement avancé que les sociétés dérivées des opérateurs historiques assument au même titre que la société mère des missions de service public.

## **Parag. 2 : Difficultés dans la jouissance des autorisations**

L'accès au marché peut être également perturbé par des acteurs une fois que le nouvel opérateur bénéficiant de l'autorisation fait son entrée sur le marché.

L'exemple atypique est celui du refus de l'Autorité de Réglementation des Postes et Télécommunications (ARP&T) au Togo de laisser TELECEL TOGO SA jouir pleinement de tous les droits attachés dans sa licence.

En effet, au terme de *l'arrêté n°0036 en date du 8 juillet 1998*, il a été conféré à TELECEL TOGO SA l'autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau de téléphonie cellulaire avec accès direct à l'international.

Il est à noter que sur ce segment de marché, TOGO TELECOM, l'opérateur historique bénéficie jusqu'alors du monopole.



Dans le cadre de la mise en oeuvre de l'international TELECEL TOGO SA, après trois années d'interconnexion difficile avec l'opérateur historique, a entrepris avec l'accord implicite de l'Autorité de régulation (puisque ce dernier a échangé avec l'opérateur sur les conditions du cahier des charges), l'installation d'une station terrienne.

Cette installation est soumise à une autre autorisation dont les conditions d'exploitation sont indiquées dans un cahier des charges<sup>1</sup>. Le 21 novembre 2001, le cahier des charges définissant les conditions d'installation et d'exploitation de station terrienne entre TELECEL TOGO SA et l'Autorité de régulation a été signé.

Fort de cette mise en confiance, l'opérateur privé a conclu des contrats de réservation.

Le processus est suivi et l'opérateur privé avait déjà payé à l'Autorité de régulation les redevances requises.

Mais l'arrêté ministériel qui devrait autoriser l'exploitation de la station terrienne par TELECEL TOGO et partant la jouissance de ses droits n'a pas été pris depuis trois ans.

Cette rétention du droit d'un opérateur viole un double principe :

l'obligation de créer une concurrence effective, à égalité des chances sur les marchés des télécommunications

et l'obligation qui est faite au pouvoir public de motiver son refus d'autorisation.

## **Chap. II : Obstacles à l'accès à l'interconnexion**

L'interconnexion se définit comme un ensemble de prestations permettant à des abonnés de réseaux différents de dialoguer entre eux ou d'utiliser les services d'un autre réseau et vice versa. Elle permet à tout opérateur de télécommunication entrant sur un nouveau marché de disposer d'un parc d'abonnés et donc de fournir des prestations dès son installation. L'interconnexion a été un des facteurs clés de la percée rapide des mobiles sur le marché des télécommunications. Elle a donc un caractère essentiel dans l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché des télécommunications.

Cependant, comme il a été dit l'interconnexion est un ensemble de prestations et parmi celles-ci on peut citer un certain nombre de ressources dites essentielles (fréquence, numérotation, réseau local, infrastructure de base et autres) auxquels le nouvel opérateur doit accéder pour fournir des prestations à ces clients. L'indisponibilité de ces ressources pour le nouvel opérateur a pour conséquence d'augmenter de manière exagérée les investissements de départ et donc constitue un frein à l'accès au marché.

Dans la première section de ce chapitre nous ferons une analyse réglementaire de l'interconnexion dans les différentes législations étudiées et nous donnerons des exemples d'entorses à la mise en oeuvre de l'interconnexion. Dans la section deuxième, il sera fait cas des difficultés auxquelles sont confrontés, les nouveaux opérateurs dans le cadre de l'accès aux ressources essentielles.

---

<sup>1</sup> Cf. Arrêté n°2000-001/ ART&P/CD du 3 juillet 2000

## Section 1 : Les entorses à la mise en œuvre de l'interconnexion

L'interconnexion joue un rôle essentiel dans la fourniture de service pour un nouvel entrant sur le marché des télécommunications. En effet, son premier client, en cas d'interconnexion peut utiliser les services des autres opérateurs et dialoguer avec tous les autres clients des opérateurs existants. Cet état de fait donne à l'interconnexion un caractère fondamental dans la concurrence et la satisfaction des clients. C'est pour cette raison que dans beaucoup de législations, elle a un caractère obligatoire : nous l'étudierons dans le premier paragraphe de cette section.

Du fait de son caractère fondamental, beaucoup d'opérateurs agissant sur le marché des télécommunications tentent de l'utiliser comme une barrière à l'entrée sur le marché de manière à perpétuer leur dominance et garantir leur revenu. La manière dont cette pratique peu orthodoxe est faite, sera examinée dans le deuxième paragraphe à travers des exemples.

### Parag. 1 : L'obligation d'interconnexion

Au Togo, la loi n°98-005/PR du 11 février 98 sur les télécommunications dispose : « les opérateurs de réseaux ouverts au public font droit, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, aux demandes d'interconnexion des titulaires d'une autorisation délivrée en application de l'article 5 de la présente loi ainsi que des fournisseurs de services de télécommunications. ».

Par ailleurs, cet article de la loi précise que la demande d'interconnexion ne peut être refusée, dans les termes suivants : « la demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est raisonnable au regard des besoins du demandeur d'une part, et des capacités de l'opérateur à la satisfaire d'autre part. Le refus d'interconnexion est motivé ».

De par ces deux dispositions, il est clair l'interconnexion ne peut être bloquée au Togo par un opérateur existant sur le marché. Encore, faudrait-il s'assurer que l'ART&P dispose des informations fiables sur les réseaux ouverts au public et qu'elle dispose des moyens techniques et humains pour contrôler que l'interconnexion refusée à un nouvel opérateur est se justifie ?

La loi sur les télécommunications au Burkina Faso traite de la même manière et en des termes similaires que la loi au Togo l'interconnexion « les opérateurs de réseaux ouverts au public font droit, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, aux demandes d'interconnexion des titulaires d'une autorisation délivrée en application des articles 10 et 11 de la présente loi ainsi que des fournisseurs de services de télécommunication. La demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est raisonnable au regard des besoins du demandeur d'une part, et des capacités de l'opérateur à la satisfaire d'autre part. Le refus d'interconnexion est motivé ».

Au Mali, l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 septembre 1999 régissant les télécommunications modifié par la loi n° 01-005 du 27 février 2001 dispose : « les opérateurs repris sur la liste établie en vertu de l'article 18 [sic] ci-dessus assurent l'accès à leurs réseaux et/ou services de télécommunications ainsi que l'utilisation des réseaux et/ou de services de télécommunications à tous ceux qui le demandent, à des conditions générales de fournitures fondées sur des critères objectifs, transparents, non-discriminatoires et garantissant l'égalité d'accès. Lorsqu'un opérateur dispose de plusieurs réseaux, il ne peut accorder à son propre réseau un régime d'interconnexion plus favorable que celui qu'il

*accorde à un autre opérateur. La procédure et les modalités d'interconnexion sont fixées en vertu de la présente ordonnance et d'un décret sur l'interconnexion».*

D'une manière générale, la législation oblige les opérateurs existants à fournir un service d'interconnexion. Par ailleurs, les législateurs ont bien compris l'importance de l'interconnexion et son éventuelle utilisation pour fausser le jeu de la libre concurrence. C'est pour cela qu'ils ont jugé utile de l'enfermer dans des conditions permettant le jeu libre de la concurrence : conditions objectives, manière transparente, manière non discriminatoire. Par ailleurs, les tarifs d'interconnexion sont fixés sur des règles précises par plusieurs législations afin d'éviter son utilisation à des fins non avoués.

En dépit de ces précautions, il a été constaté des difficultés liées à l'interconnexion dans certains pays pour plusieurs raisons que nous analyserons dans le paragraphe suivant.

### **Parag. 2 : Quelques exemples d'entorse**

Au Mali, la Sotelma a refusé l'interconnexion de son réseau à celui de Ikatel pour la simple raison qu'elle juge la concurrence déloyale car pendant qu'elle demeure une propriété de l'Etat malien, elle doit faire face à une concurrence d'une société privée avec des règles de fonctionnement dictées par le marché.

Ce comportement, si elle se comprend, a beaucoup retardé la croissance du réseau d'Ikatel et a énormément pénalisé ses abonnés qui ne pouvaient pas joindre les abonnés de Malitel et ceux de la Sotelma.

Au Togo, les discussions entre TOGO TELECOM et Telecel Togo SA ont achoppé sur les tarifs d'interconnexion et ont traîné de long et en large. Face à ces difficultés, et en l'absence d'un Organe de Régulation<sup>1</sup>, et pour éviter le dépassement des délais d'installation contenu dans le contrat de concession de TELECEL TOGO SA, le Ministère chargé des Télécommunications a dû discrétionnairement, à tort ou à raison et pour une année, fixer les taxes d'interconnexion jugées défavorables à l'Opérateur historique.

D'autres types d'entorses sont souvent rencontrées dans le domaine dans d'autres pays. Elles concernent le refus d'interconnexion pour des raisons d'ordre technique. En effet, certains Opérateurs existants contournent l'obligation d'interconnexion en arguant l'incapacité de leurs centraux à s'interconnecter avec les autres. L'absence des liens de jonction entre les commutateurs sont fréquemment évoqués.

Enfin, certains Opérateurs bien qu'ayant accepté l'interconnexion limitent volontaire les flux de trafic ce qui a pour conséquence la dégradation de la qualité de service chez les clients du nouvel entrant. D'autres Opérateurs mettent un temps long pour accéder aux requêtes des nouveaux entrants pour les pannes et les demandes d'augmentation de capacité.

Les exemples du Togo et du Mali montrent bien que la politique de restructuration du secteur des télécommunications ne s'est pas toujours bien déroulée dans beaucoup de pays. Cette ouverture du secteur doit se faire suivant un chronogramme bien fixé avec des délais et des actions bien connus. L'Organe de Régulation doit être mis en place avant toute ouverture

---

<sup>1</sup> L'ARP&T n'existait pas encore

du secteur, l'Opérateur historique doit sortir du giron de l'Etat pour éviter des collusions qui porteront atteinte à la libre concurrence.

## **Section 2 : Difficultés d'accès aux ressources essentielles**

Dans les télécommunications, une ressource essentielle se définit comme l'ensemble des moyens indispensables à l'activité d'un nouvel Opérateur entrant sur le marché. Ces moyens peuvent être rares (numérotation, fréquence) ou des infrastructures trop importantes détenues par un Opérateur existant sur le marché et que le nouvel entrant ne pourra pas mettre en place pour fournir des services (boucle locale, câble sous-marin et autres).

Le Législateur conscient de l'importance des ressources essentielles dans la compétition sur le marché des télécommunications a consacré le partage des infrastructures.

### **Parag 1 - La question des ressources essentielles**

La question des ressources essentielles peut être appréhendée sous deux aspects :

- leurs caractéristiques
- et le régime juridique qui leur est applicable.

#### **A - Caractéristiques des ressources essentielles**

Les installations essentielles dans un réseau de communication peuvent être définies comme « les droits de passage public, les structures telles que les poteaux et conduites, les boucles locales, les numéros de téléphone et le spectre des fréquences radio électriques »<sup>1</sup>.

Cette définition par son contenu ne permet pas cerner tout le concept.

Par contre dans son Document de Référence sur les Télécommunications de base, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) définit les installations essentielles comme :

*« les installations essentielles d'un réseau ou service public de transport de télécommunication :*

- a) qui sont fournies exclusivement ou essentiellement par un seul fournisseur ou un membre limité de fournisseurs ;*
- b) et qu'il n'est pas possible de remplacer d'un point de vue économique ou technique pour fournir un service »<sup>2</sup>.*

Cette définition fonctionnelle des ressources essentielles permet mieux d'en déceler les caractéristiques.

En effet, l'installation est essentielle lorsqu'elle présente les caractéristiques suivantes :

- elle est fournie dans le cadre d'un monopole ou relève dans une certaine mesure d'un monopole ;

---

1 V. Manuel sur la réglementation des télécommunications p. 5-9

2 Ibid p 4-14

- les opérateurs des services d'interconnexion en ont besoin pour pouvoir rivaliser ;
- elle ne peut être substituée dans la pratique pour des raisons soit technique, soit économique.

L'intérêt d'avoir une définition est d'autant plus important qu'une définition trop étroite peut nuire au jeu concurrentiel en empêchant les opérateurs concurrents de pouvoir se procurer les éléments des réseaux nécessaires à des conditions appropriées. Par contre, une définition trop large peut encourager des entrées non économiques sur le marché ou ne pas inciter suffisamment les opérateurs à investir et à mettre sur pied une infrastructure de réseau parallèle.

Les législations des pays concernés n'ont pas donné une définition littérale des ressources essentielles. Elles se sont contentées d'en consacrer le régime juridique à travers des dispositions éparses.

### **B- Principes juridiques régissant les installations essentielles**

L'encadrement juridique des installations essentielles traduit d'une part l'obligation qui est faite à l'opérateur qui a la maîtrise desdites installations de permettre à ses concurrents d'en avoir accès ; d'autre part, les obligations qui découlent du refus d'accès à l'opérateur concurrent.

Dans le premier cas, les législations ont tous érigé cette obligation au rang des exigences essentielles.

En effet, au terme de l'article 4 du décret n°98-089 relatif à l'interconnexion des télécommunications au Togo, « Les opérateurs prennent l'ensemble des mesures prévues dans les conventions d'interconnexion en vue de garantir le respect des exigences essentielles et en particulier...- l'inter-opérabilité des services y compris pour contribuer à une qualité de bout en bout... ».

On entend par inter-opérabilité des équipements terminaux, l'aptitude de ceux-ci<sup>1</sup> à fonctionner d'une part avec les réseaux et d'autre part avec les autres équipements terminaux permettant d'accéder à un même service<sup>2</sup>.

Au Burkina Faso, la notion est appréhendée dans les mêmes conditions qu'au Togo.

Le second principe consiste en une obligation de faire qui est par exemple l'obligation d'interconnecter et l'interdiction du refus de connecter.

L'article 20 al. 1 et 2 de la loi n°51/98/AN au Burkina Faso et l'article 14 de la loi n°98-005 au Togo illustrent si bien cette situation. Ces textes édictent :

« 1- Les opérateurs des réseaux ouverts au public font droit [.....] aux demandes d'interconnexion des titulaires d'une autorisation délivrée en application des articles 10 et 11 de la présente loi ainsi que des fournisseurs de service de télécommunication.

---

1 Cf art 4 de la loi 98-005 au Togo

2 Ibid

*2- la demande d'interconnexion ne peut être refusée. Le refus de conversion doit être motivé »<sup>1</sup>.*

Au Mali, il est expressément fait obligation aux opérateurs puissants de permettre et de faciliter l'interconnexion de leurs réseaux avec d'autres réseaux ou services de télécommunication<sup>2</sup>.

Il convient de rappeler que le problème de l'accès aux ressources est plus récurrent en matière d'interconnexion et se traduit dans ce cadre par le problème de partage des infrastructures.

### **Parag. 2 : Le partage d'infrastructure**

Le partage des infrastructures de télécommunication peut présenter divers aspects. On peut citer trois à titre d'exemples.

D'abord il peut s'agir de l'infrastructure d'appui qui est notamment les poteaux, les tranchées et les pylônes.

Il a également trait au partage de l'espace constructible dans les centres visant à permettre à deux opérateurs de coinstaller par exemple leurs câbles et leurs installations de transmission radio ainsi que le matériel annexe. C'est le problème de la colocalisation.

Enfin, la coimplantation permet un accès direct aux communicateurs des centres et aux lignes d'accès locales.

#### **A- Le régime du partage des infrastructures**

Deux principes gouvernent le partage d'infrastructures :

- le principe de l'égalité des chances,
- la bonne qualité du service.

S'agissant de l'égalité des chances, elle s'explique par rapport aux opérateurs historiques qui ont la maîtrise des installations.

Effet, les utilisateurs des moyens de télécommunications devraient pouvoir accéder suivant les modalités raisonnables aux services offerts tant par les nouveaux concurrents qu'à ceux des opérateurs historiques. Si l'égalité d'accès ne leur est pas assurée, les nouveaux arrivants auront du mal à attirer la clientèle. Dans ces conditions la concurrence en pâtira et le secteur sera moins efficace qu'il le pourrait autrement.

La seconde considération se rapporte à la qualité de service. Elle se traduit par l'obligation qui est faite aux opérateurs historiques d'assurer des services et des infrastructures d'interconnexion de qualité raisonnable.

---

1 Cf art 5- 8) de la loi n° 051/98/AN et art 8 du Décret n°2000-087/PRES/PM/MCIA au Burkina Faso.

2 Cf art 14 du Décret n°00-230/P-RM du 10 mai 2000 relatif à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications.

Sans cela, un opérateur historique pourrait par son fait remettre en cause l'aptitude d'un opérateur concurrent à fournir des services de télécommunication concurrentiels.

Ce problème est d'autant plus préoccupant qu'il a été appréhendé dans le *Document de Référence de l'OMC sur les télécommunications de base*, lequel traite la qualité d'interconnexion avec les principaux fournisseurs dans les pays signataires.

Ce document considère que l'interconnexion doit être assurée suivant des modalités à des conditions non moins favorables que celles qui sont prévues pour les services similaires desdits fournisseurs.

En outre, l'interconnexion doit être assurée à des conditions non moins favorables que celles qui sont prévues pour des services similaires des filiales et d'autres sociétés affiliées de ce fournisseur ou pour des fournisseurs de services non affiliés.

Les opérateurs historiques ont peu d'intérêt à faciliter les choses à de nouveaux concurrents et ce sont ces mêmes opérateurs qui ont le plus de poids lors des négociations.

## **B- Les conditions du droit au partage des infrastructures**

Le droit au partage et l'obligation qui en résulte pour l'opérateur qui est propriétaire de l'infrastructure s'entendent sous réserve du respect de certaines conditions.

Ces conditions tiennent à la nécessité d'une demande préalable et aux modalités de la décision de partage.

S'agissant de la demande préalable, elle peut faire partie de la négociation globale d'un accord d'interconnexion auquel cas, le refus du partage d'infrastructure peut conditionner le sort de l'interconnexion.

La demande de partage peut revêtir une forme isolée c'est-à-dire en dehors même du cadre de l'interconnexion quoique structurellement l'infrastructure en fasse partie.

L'article 3 du *décret n° 00-229/P-RM du 10 mai 2000 relatif au partage d'infrastructure de télécommunication* au Mali prévoit que : « *lorsqu'un opérateur souhaite partager l'infrastructure de télécommunications d'un autre opérateur, il formule sa demande par écrit* ». Ce texte est plus approprié au cas de groupage.

Le partage de l'infrastructure implique en tout état de cause une démarche positive de l'un ou l'autre opérateur, ce qui implique pour son exercice une appréciation préalable de la part de l'exploitant du réseau sollicité tant de ses propres capacités que des besoins du demandeur.

Cette appréciation ouvre la possibilité d'un refus motivé de la part de l'opérateur sollicité, qui peut empêcher l'exercice du droit à l'interconnexion. Celui-ci peut tirer argument des besoins du demandeur ou de sa propre incapacité à les satisfaire.

S'agissant de la modalité de la décision du partage de l'infrastructure, celle-ci doit intervenir selon les conditions objectives d'orientation vers les coûts de transparence et de non discrimination.

Et c'est par rapport à ces paramètres qu'intervenaient les règles de la concurrence pour apprécier la capacité de l'exploitant à satisfaire la demande de partage.

En pratique, plusieurs situations peuvent illustrer ce fait. Par exemple, un opérateur historique pourra mettre quelques jours pour connecter les circuits de ses nouveaux abonnés ou ceux de sa filiale mais peut tarder des mois à réaliser la même opération, s'agissant d'un concurrent.

A ce titre, les difficultés rencontrées par TELECEL TOGO SA lors de la mise en œuvre de l'interconnexion sont révélatrices.

A cet effet, en l'an 2000, cette société s'est trouvée confronter à l'allocation incomplète des MIC par TOGO TELECOM qui prétend que cette inobservation des clauses du contrat d'interconnexion était plutôt imputable à TELECEL TOGO.

Mieux, le deuxième MIC mis à la disposition de cette dernière par l'opérateur historique présentait des défauts techniques ; de sorte que TELECEL TOGO SA ne pouvait desservir certaines villes à l'intérieur du pays (Kpalimé – Sokodé). Elle dut procéder à un contournement comme solution provisoire. Ce cas a entraîné des réunions des comités de suivi de l'interconnexion et la saisie (certes informelle) de l'Autorité de régulation.

L'énoncé des pratiques qui précèdent montre l'importante brèche qui s'ouvre dans la garantie offerte aux nouveaux arrivants d'entrer dans le libre jeu de la concurrence.

En réalité, les obstacles décrits sont le fait d'opérateurs dont les comportements visent non seulement à exclure les concurrents mais également à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché.

Les distorsions qu'on observe sur le marché n'en sont que le reflet. Quand est-il exactement ?

## **TITRE 2<sup>EME</sup> - DISTORSIONS DE LA CONCURRENCE SUR LE MARCHE DES TELECOMMUNICATIONS**

Une fois le nouvel opérateur ayant surpassé les obstacles à l'entrée sur le marché désigné, il a l'obligation "d'assumer" une collaboration avec les autres partenaires concurrents notamment dans le cadre de l'interconnexion.

A cet effet, la première et la principale préoccupation du nouvel entrant est le coût de l'interconnexion. Car dans ce contexte, il est très souvent confronté "à la loi" des opérateurs dominants qui préféreraient offrir par exemple à leur propre service ou à leurs sociétés affiliées des arrangements d'interconnexion plus avantageux que ceux proposés à d'autres concurrents.

Il convient toutefois de préciser que le phénomène de dominance est également à l'origine de certains obstacles à l'entrée sur le marché.

Conscient de cette place prépondérante des opérateurs dominants sur le marché, les législateurs n'ont pas manqué de cerner les contours de ce phénomène afin d'en fixer le seuil et déterminer conséquemment les pratiques qui peuvent être sanctionnées.

Aux abus de positions dominantes, on peut rapprocher d'autres comportements néfastes qui produisent les mêmes effets : celui de fausser ou de restreindre la concurrence.



Dans le même ordre d'idée, il sera question de préciser la notion d'abus de position dominante (chap1) avant de donner quelques exemples d'entraves sur le marché (chap2).

## **Chap. I : La notion d'abus de position dominante**

L'ouverture à la concurrence implique qu'aucun opérateur ne dispose de pouvoirs suffisants pour dicter ses conditions au marché. Si le pouvoir s'entend de celui de fixer unilatéralement les prix et de maintenir un prix ou d'autres conditions essentielles de vente sans faire référence au marché ou sans tenir compte de ses concurrents.

En matière de télécommunication, comme on a pu le constater dans les pays concernés, des opérateurs historiques bénéficiant des « avantages de situations » ont tendance à maintenir ce privilège naturel.

Dans cette quête, les opérateurs vont abuser de cette position en adoptant des comportements illicites qui sont de nature à saborder la concurrence loyale et libre aux dépens de leurs concurrents.

L'abus de position dominante recouvre donc une gamme variée de pratiques anticoncurrentielles.

Le législateur va donc appréhender sa qualification (Section 2) en procédant préalablement à un contrôle de la dominance (Section 1)

### **Section 1 - L'évaluation de la dominance sur le marché**

L'évaluation de la capacité d'un opérateur à dominer le marché implique au préalable la connaissance des contours de cette notion et des obligations qui s'y rattachent.

Ces deux points feront respectivement l'objet des paragraphes qui suivent.

#### **Parag. 1 : Détermination de l'opérateur dominant**

Pour déterminer si un opérateur domine le marché, il faut commencer par définir le marché sur lequel l'abus est susceptible d'être commis.

Ensuite, il faudra évaluer les critères de dominance sur ce marché.

#### **A - Notion de marché**

La détermination du marché permet de fixer le cadre dans lequel évaluer le niveau de la concurrence et l'importance d'un comportement anticoncurrentiel.

Les législations nationales concernées, tout en conservant le terme 'marché', n'en ont donné aucune définition.

C'est donc dans le droit communautaire applicable à ces Etats qu'il faudra rechercher les caractéristiques du marché.

L'analyse des textes communautaires permet de relever deux types de marché.

## 1. Le " marché de produit en cause"<sup>1</sup>

Selon la législation communautaire, la connaissance du marché de produit en cause intervient dans la détermination de la part de marché.

Le marché de produit en cause comprend comme « tous les produits et/ou service que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et l'usage auquel ils sont déterminés »<sup>2</sup>.

Le législateur détermine à priori un certain nombre de facteurs déterminants pour identifier ce marché.

Il s'agit notamment :

- du degré de similitude physique entre les produits et/ou services en question, toute différence dans l'usage final qui est fait des produits ;
- les écarts de prix entre deux produits ;
- le coût occasionné par le passage d'un produit à un autre s'il s'agit de deux produits potentiellement concurrents ;
- les préférences établies ou ancrées des consommateurs pour un type ou une catégorie de produits ;
- les classifications de produits (classifications des associations professionnelles).

L'intérêt de la détermination du marché de produits se rapporte à l'hypothèse où l'opérateur monopoliste qui décide d'augmenter unilatéralement les prix obligeant les utilisateurs à avoir recours à d'autres produits de substitution pour contrer cette hausse. Le recours à ces produits ne devra donc pas faire de l'augmentation des prix une stratégie non rentable.

## 2. Le marché géographique

La détermination du marché de produits a pour objectif de déterminer dans quelle mesure la proximité des opérateurs concurrents peut imposer des contraintes concurrentielles à l'opérateur monopolistique ou à un participant effectif au marché.

En d'autres termes, la détermination de l'étendue géographique du marché se fonde sur une estimation du recours possible à des produits de substitution à la suite du changement du prix du produit.

A cet effet, le législateur communautaire édicte :

*“ le marché géographique en cause correspond quant à lui au territoire sur lequel les entreprises concernées contribuent à l'offre des produits et de services, qui prescrit des*

---

1 Expression consacrée par le texte communautaire

2 Cf Note 4 de l'annexe n°1 au Règlement n°03/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

*conditions de concurrence suffisamment homogène et qui ne peut être distingué des territoires limitrophes par le fait notamment que les conditions de concurrence y sont sensiblement différentes*<sup>1</sup>.

Et comme pour le marché de produits, les facteurs déterminants du marché géographique en cause retenus par le législateur communautaire sont :

- La nature et les caractéristiques des produits ou des services concernés
- L'existence de barrières à l'entrée
- Les préférences des consommateurs
- Les différences appréciables des parts de marché ou des écarts de prix substantiels
- Les coûts de transport.

De ce qui précède, on observera que des facteurs déterminants identifiés par le législateur sont de nature quantitative et qualitative.

Ce dernier cas ne manquera pas sans doute de poser des problèmes de mesure et de définition des seuils en pratique.

Ces Etats ne disposent pas encore des outils statistiques suffisamment appropriés pour assumer ces fonctions.

Par ailleurs, il convient de préciser que quel que soit le type de marché, une définition étroite du marché en cause aura pour conséquence d'induire une part de marché plus importante pour un opérateur donné, partant l'existence d'une position dominante plus forte.

A l'inverse, une définition large du marché engendrait un phénomène inverse.

Une fois le marché en cause déterminé, il se posera le problème de la position dominante à travers un certain nombre de critères.

## **B – Les critères de position dominante**

Les critères de position dominante s'apprécient par rapport à la diversité des définitions, ce qui permettra d'en dégager les caractéristiques principales.

### **1- Les définitions de l'opérateur dit dominant**

Au terme de l'article 1<sup>er</sup> a) du décret n°2000 – 087/PRES/PM/MC/MCIA portant définition des conditions générales d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications définit l'opérateur dominant comme « tout opérateur [...] dont la part de marché (pourcentages des recettes de cet opérateur par rapport aux recettes de tous les opérateurs) sur un service ou un ensemble de services compatibles est au moins égale à un tiers »<sup>2</sup>.

---

1 Cf note n°4 op cit

2 Cf note n°3 dans l'Annexe n°1 au règlement n°03/2002/CM/UEMOA

Au Togo, une entreprise se trouve dans une position dominante sur le marché en ce qui concerne un genre spécifique d'articles ou de prestations lorsqu'elle contrôle au moins un tiers du marché<sup>1</sup>. La même démarche préside dans la législation malienne qui conserve la notion d'opérateur puissant.

Plus complète est la définition du législateur communautaire qui définit à travers une note explicative la position dominante 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 »<sup>2</sup>.

A cette définition pourra être rapprochée celles établies par la Cour de Justice des Communautés Européennes. Celle-ci dans l'affaire *United Brands contre Commission* a défini la position dominante comme « une situation de puissance économique déterminée par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs »<sup>3</sup>. On retiendra de ces deux dernières acceptions que la position dominante ne s'apprécie pas que quantitativement. D'autres facteurs de connotations qualitatives rentrent en jeu.

Pour être tout à fait complet sur la question, on observera que le législateur communautaire retient également dans l'appréciation de la dominance certaines opérations de concentrations.

## 2 – Les caractéristiques de la position dominante

L'analyse des dispositions qui précèdent, permet de déceler deux facteurs principaux :

- la part de marché
- et l'importance et la nature des obstacles qui empêchent l'entrée de nouveaux arrivants sur le marché.

Dans le premier cas, il s'agit d'une présomption édictée par les législateurs des pays concernés qui ont fixé arbitrairement un seuil.

C'est la raison pour laquelle d'autres facteurs sont pris en compte par le régulateur dans la détermination de la position dominante. Il pourrait s'agir :

- la capacité de l'opérateur d'influencer les conditions du marché : « entravé de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché commun » ;
- le chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché ;
- le contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final ;

---

1 Art 35 de la loi 98-005

2 Cf également art 50 de la loi n° 051/98/AN

3 ECR 207 dans Manuel p 5-13

- les facilités d'accès aux ressources financières ;
- son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché.

De la combinaison de ces critères, résulte une liste des opérateurs dominants que les autorités de régulation ont mission de publier régulièrement.

Le tableau ci-après rend mieux compte de cette réalité.

Tableau n°3 - CRITERES D'APPRECIATION DE LA POSITION DOMINANTE

<b>Pays</b>	<b>Part de marché</b>	<b>Base de calcul</b>	<b>Autres facteurs d'appréciation</b>
Mali	25% ou plus	Revenus de l'opérateur	
Burkina Faso	30% ou plus	Pourcentage des recettes de l'opérateur par rapport aux recettes de tous les opérateurs	
Togo	30% ou plus	Le chiffre d'affaires engendré se traduisant par la fréquence du trafic téléphonique acheminé vers le réseau de l'opérateur	valeur monétaire de l'opérateur ; capacité de son réseau ; évolution des prix reflétant le choix de l'opérateur ; pourcentage des abonnés ; l'extension de son réseau.
UEMOA	Non défini	Vente réalisée par l'entreprise concernée et celle réalisée par ces concurrents	Existence de barrière à l'entrée ; l'intégration verticale ; puissance financière de l'entreprise ou de groupe elle appartient.

Le simple constat de la forte part de marché d'une entreprise ne permet pas de conclure à lui seul à l'existence d'une position dominante. En revanche, si l'entreprise concernée dispose d'une avance technologique telle qu'elle lui permet d'augmenter ses prix sans craindre une érosion de sa clientèle, cette entreprise peut être considérée comme étant en position dominante. Il en va de même d'une entreprise qui détient des marques d'une très forte notoriété auprès des consommateurs, au point que les distributeurs ne peuvent se passer de ces marques.

Il entraîne un certain nombre d'obligations à la charge du titulaire.

### **Parag. 2 : Les obligations des opérateurs dominants**

En matière d'interconnexion, les opérateurs dominants sont tenus d'un certain nombre d'obligations. Ces obligations sont fondamentalement de deux ordres :

#### **A- L'obligation de publier un catalogue d'interconnexion**

Le catalogue représente l'offre technique et tarifaire de l'entreprise dominante. Il doit être préalablement approuvé par l'Autorité de régulation des télécommunications. Ce catalogue est publié dans les conditions déterminées par le cahier de charges de chaque opérateur auquel il convient de se reporter même si les dispositions en vigueur paraissent autosuffisantes.

A cet effet, l'article 6 du Décret n°00-230/P-RM du 10 mai 2000 relatif à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications dispose :

« ... les opérateurs puissants sont tenus de répondre favorablement à toute demande raisonnable d'interconnexion, pour autant que celle-ci soit techniquement possible, y compris les demandes pour la connexion au réseau en d'autres points que les points de terminaison du réseau offerts à la majorité des utilisateurs finaux. Par ailleurs, les opérateurs puissants sont tenus de publier une offre d'interconnexion de référence (OIR) approuvée par le CTR préalablement à sa publication ». Ce texte a le mérite de sa clarté relativement aux obligations qui sont mises à la charge des opérateurs dominants.

Au Burkina Faso, la loi impose aux opérateurs de réseaux de télécommunications ouverts au public l'inclusion dans leur catalogue d'interconnexion des conditions minima pour les réseaux téléphoniques. Elles ont trait notamment aux services fournis, aux conditions techniques et aux tarifs et frais<sup>1</sup>.

La publication de ce catalogue n'a pas pour conséquence de geler toutes négociations préalables à la conclusion d'interconnexion, au moins pour les dispositions qu'il n'a pas prévu. Il serait donc erroné de l'assimiler au cahier de charges d'un appel d'offres dans la procédure de passation d'un marché de télécommunications. Au demeurant, ce catalogue reste révisable par les parties ou à la demande de l'Autorité de régulation.

Par ailleurs, on observera que le catalogue de l'opérateur dominant doit être suffisamment détaillé pour faire apparaître les divers éléments propres à répondre aux demandes.

## **B- Les obligations relatives à la fourniture d'accès au réseau de l'opérateur dominant**

La deuxième obligation met à la charge de l'opérateur de fournir l'accès à son réseau dans les conditions d'objectivité, de transparence et de non discrimination.

*L'article 20 de la loi n°051/98/AN au Burkina Faso précise au point 1 que «les opérateurs de réseaux ouverts au public font droit, dans des conditions objectives transparentes et non discriminatoires, aux demandes d'interconnexion des titulaires d'une autorisation [...] ainsi que des fournisseurs de services de télécommunications ».*

Plus significatives sont les dispositions de l'article 17 de l'ordonnance n°990-43/P-RM au Mali lesquelles font obligation aux opérateurs dominants d'assurer l'accès à leur réseau et /ou service de télécommunications à tous ceux qui le demandent à des conditions générales de fournitures fondées sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et garantissant l'égalité d'accès.

L'objectivité suppose une qualité de prestation équivalente pour tous les demandeurs d'interconnexion, services ou filiales de l'opérateur dominant ou fournisseurs de services concurrents.

La transparence explique notamment l'obligation faite à tout opérateur dominant de tenir une comptabilité séparée pour leurs opérations d'interconnexions. Cette comptabilité devant

---

<sup>1</sup> Cf. art 12 du décret n°2000-087/PRES/PM/MC/MCIA portant définition des conditions générales d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications.

faire apparaître les coûts spécifiques à l'interconnexion par rapport à d'autres coûts commerciaux.

Quand à la non discrimination, elle peut être induite des modalités de détermination des tarifs d'interconnexion qui doivent refléter les coûts pertinents. Elle peut également résulter du traitement équitable que l'opérateur dominant doit servir aux différents partenaires à l'interconnexion.

C'est ainsi qu'au Burkina Faso, l'ARTEL suivant décision n°2002-000038/DG-ARTEL/DR a eu à rétablir ce déséquilibre de traitement vis-à-vis des opérateurs de téléphonie mobile. Le litige relatif au tarif public à l'international entre TELECEL FASO et ONATEL (opérateur historique qui a le monopole du réseau filaire et l'international), est né dans les circonstances suivantes.

Une convention d'interconnexion prévoyant des échanges de comptes sur la base des tarifs d'interconnexion fixés par l'ARTEL avait été signée par Telecel Faso, opérateur de téléphonie mobile cellulaire et l'ONATEL, opérateur de téléphonie fixe. Aux termes de l'annexe n° 5 de ladite convention, le tarif d'interconnexion retenu pour les appels du mobile vers l'international correspond à un pourcentage du tarif public que l'opérateur mobile doit reverser à l'opérateur fixe.

Suite à l'adoption d'une nouvelle grille tarifaire sur les modulations horaires à l'international par l'ONATEL, Telecel Faso lui adressa une demande afin d'en bénéficier. Cette demande ayant été rejetée par l'ONATEL au motif qu'il s'agissait d'une promotion, Telecel Faso a saisi l'ARTEL aux fins de l'amener à respecter leur convention.

L'ONATEL fonde son refus sur le fait que le tarif défini dans la convention d'interconnexion ne comporte pas de modulation horaire et que la réduction de 20% consentie constitue une marge sur laquelle la modulation horaire peut être pratiquée.

Pour l'ARTEL, si les fournisseurs de services de télécommunication au public sont libres de fixer les tarifs des services offerts, ils doivent garantir l'égalité de traitement de leurs clients en matière de tarification même en cas de réduction de tarifs liée à certaines conditions sans discrimination.

Telecel Faso et Celtel Burkina Faso étant tous clients de l'ONATEL à l'international tout comme Telmob, l'exclusion des premiers du bénéfice de la réduction tarifaire est inexplicable et injustifiée parce que contraire au principe d'égalité de traitement des opérateurs, la grille tarifaire ne comportant aucune disposition spécifique réservant le bénéfice de la modulation horaire et les réductions tarifaires à certains clients.

Au regard de ce qui précède, l'ARTEL a décidé ce qui suit :

- que le tarif public de l'ONATEL, tarif de détail préalablement approuvé par l'Autorité de régulation est applicable à l'ensemble de sa clientèle sans discrimination.
- que le traitement de la facturation du trafic d'interconnexion international courant du 26 avril 2001 au 23 septembre 2002, soit fait sur la base de 80% du trafic public à l'international de l'ONATEL.



## Section 2 : Le régime des abus de position dominante.

Les abus de positions dominantes recouvrent une variété de pratiques anti-concurrentielles. Toutefois, ils ont pour caractéristiques essentielles :

- un opérateur occupe une position dominante sur le marché,
- cet opérateur utilise cette position pour se livrer à des pratiques abusives nuisibles au jeu de la concurrence.

La question qui se pose à cet effet est celle de l'appréciation du caractère néfaste de la conduite pour la concurrence qui s'exerce sur le marché. C'est dans ce contexte qu'intervient le contrôle de la loi (paragraphe 1). Il sera également donné de constater quelques faits d'abus d'opérateurs (paragraphe 2).

### Parag 1 : L'abus de position dominante

De l'analyse des textes relatifs à la concurrence, il ressort que l'abus de position dominante recouvre deux réalités.

D'abord, il consiste en l'exploitation abusive de position dominante ou abus de position dominante.

L'abus de position dominante est prohibé dans les mêmes conditions que l'entente. Ainsi, cette prohibition s'applique lorsque les pratiques "*ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché*".

À la différence de ce premier concept, l'abus de dépendance économique vise les pratiques mises en œuvre par une entreprise ou un groupe d'entreprises. Ceci s'explique par la nature des pratiques incriminées : les abus de domination résultant d'un pouvoir de marché, ils ne peuvent être commis que par une ou plusieurs entreprises.

En tout état de cause, pour qu'il y ait abus de position dominante, il faut déterminer préalablement l'existence d'une position dominante, ce que nous avons fait dans les paragraphes précédents.

Les deux autres conditions sont une exploitation abusive de cette position et un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché.

Aussi convient-il d'examiner successivement ces différents points.

En fait, la notion d'abus de position dominante recouvre deux notions différentes :

#### **A- L'exploitation abusive d'une position dominante**

Au terme de l'article 50 alinéa 2 de la loi n°051/98/AN au Burkina Faso :

*«Est prohibée l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :*

- a) d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;*

*b) de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une personne cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente »<sup>1</sup>.*

Cette disposition présente les comportements néfastes qualifiés d'abus sous deux angles.

### **1- Les abus illicites par eux-mêmes**

Il s'agit de comportements qui contreviennent déjà à une définition juridique. Dès lors qu'ils sont mis en œuvre par une entreprise en position dominante, de tels comportements sont constitutifs d'abus.

Relèvent notamment de cette catégorie les pratiques classiques. Il s'agit des abus classiques auxquels il faut ajouter les comportements visés plus généralement par le régime jurisprudentiel de la concurrence déloyale.

### **2- Les comportements qui ne sont abusifs que parce que l'entreprise occupe une position dominante**

Certaines pratiques considérées comme admissibles du point de vue de la concurrence lorsqu'elles émanent d'entreprises ne détenant qu'une faible position sur leur marché et étant de ce fait soumises à une concurrence effective, deviennent anticoncurrentielles lorsqu'elles émanent d'une entreprise en position dominante. D'une manière générale, sont considérés comme abusifs tous les comportements excédant les limites d'une concurrence normale de la part d'une entreprise en position dominante et qui ne trouvent d'autre justification que l'élimination des concurrents effectifs ou potentiels ou l'obtention d'avantages injustifiés (pratiques d'éviction des concurrents, dispositions contractuelles imposées aux partenaires économiques qui renforcent le pouvoir de l'entreprise dominante sur le marché, toutes formes de pratiques commerciales à l'égard des clients ou concurrents de l'entreprise dominante visant à l'octroi ou au maintien d'avantages injustifiés, pratiques de prix prédateurs...).

### **B- Un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché**

Il y a lieu de rechercher si le comportement abusif a un objet ou un effet restrictif de la concurrence. Comme l'a rappelé la Cour de cassation, seule une atteinte sensible à la concurrence peut caractériser une pratique anticoncurrentielle<sup>2</sup>. Ainsi, ne peuvent être sanctionnés que les abus de position dominante dont les effets, actuels ou potentiels, sont suffisamment tangibles.

En outre, l'infraction d'abus de position dominante ne peut être constituée que s'il y a un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'abus qui lui est imputé. En d'autres termes, l'exploitation abusive doit être réalisée par l'utilisation de la position dominante.

L'effet anticoncurrentiel de telles pratiques peut se produire sur un autre marché de produits ou de services que celui sur lequel l'entreprise concernée occupe une position dominante. Ainsi, lorsqu'une entreprise en position dominante sur un marché donne subordonne l'octroi de remises sur ses produits situés sur ce marché à l'achat de ses autres produits situés sur un autre marché, c'est ce dernier marché qui est plus particulièrement affecté.

---

<sup>1</sup> Les mêmes dispositions figurent dans l'art 35 de la loi n°98-005 au Togo.

<sup>2</sup> Cass comm 15 juillet 1992, BOCCRF n° 15/92, Cass comm 4 mai 1993, BOCCRF n° 15/93.

## **Chap. II : Les restrictions à la concurrence**

Les abus de position dominante peuvent revêtir plusieurs formes. Ils peuvent consister à écarter les opérateurs concurrents ou à se contenter d'exploiter juste la position de dominance. L'hypothèse qui nous concerne a trait aux abus qui s'exercent sur le marché.

La première catégorie concerne les subventions croisées auxquelles il faudra rattacher le problème des aides d'Etat (Section 1).

La seconde catégorie de comportements illicites consiste en des pratiques discriminatoires observées sur le marché (Section 2).

### **Section 1 : Les subventions anticoncurrentielles**

Il s'agit de situations assimilables aux abus de position dominante qui ont la particularité de restreindre ou de fausser la concurrence.

#### **Parag 1 : Les subventions croisées**

##### **A- La problématique des subventions croisées**

Comme nous l'avons vu plus haut, l'environnement des télécommunications des pays concernés est caractérisé par l'existence d'opérateurs historiques qui étaient investis par les Etats du droit de fournir le service téléphonique sur le territoire. Ce type d'activité étant généralement peu rentable, l'opérateur désigné bénéficie de financements publics ou lorsqu'ils exercent d'autres activités, du droit de pouvoir opérer une compensation entre les activités de service public et ses activités concurrentielles.

Au Togo, il en fut pendant longtemps ainsi de TOGO TELECOM qui finançait les communications locales par le bénéfice tiré de son monopole d'accès à l'international.

La libération des télécommunications et l'ouverture à la concurrence qui en est corollaire n'ont fait que biaiser cet avantage car certains de ces opérateurs historiques qui disposent d'une gamme de services n'hésitent pas à fixer le prix de services ouverts à la concurrence (par exemple : téléphone mobile ou accès à l'Internet) en de ça de leur coût et le manque à gagner subventionné par les profits tirés de services monopolistiques comme les services de l'international.

Une telle situation est d'autant plus préoccupante que les opérateurs historiques ont longuement justifiés par les contraintes de services publics ou d'intérêt général.

Il en résulte pour l'opérateur entrant des difficultés à s'adapter au jeu de la concurrence.

Le législateur n'a pas manqué de réagir contre une telle pratique.

##### **B- Le régime juridique des subventions croisées**

Pour appréhender cette question, le législateur a utilisé trois méthodes :

- l'interdiction,
- la tenue de comptabilité séparée,
- le rééquilibrage tarifaire.

En ce qui concerne l'interdiction, ce principe se retrouve dans toutes les législations concernées. Ainsi par exemple, au terme de l'article 22 de l'ordonnance n°99-043/P-RM au Mali «aucune subvention croisée n'est admise pour un opérateur d'un service de télécommunication pour lequel cet opérateur détient une position puissante vers d'autres services de télécommunications».

A l'interdiction de subvention croisée, on peut rapprocher celle faite aux opérateurs de consentir des réductions tarifaires en violation des règles de la concurrence et sans l'autorisation préalable de l'autorité de régulation<sup>1</sup>.

La seconde méthode qui consiste en la séparation de comptabilités, a pour finalité de séparer les coûts d'un opérateur entre les différents services qu'il fournit afin de déterminer le coût de fourniture de chaque service, lequel est ensuite comparé aux recettes qu'il génère si ce service lui profite ou non.

A cet effet, l'article 36 de la loi 98- 005 au Togo, fait obligation aux opérateurs en position dominante sur le marché des télécommunications d'individualiser sur le plan comptable la ou les activités autorisées. Le principe de la filialisation est d'ailleurs envisagé par les textes. Une telle méthode est facteur de transparence et permet en outre de déceler les subventions croisées. Il a lieu de noter que la mise en œuvre de cette méthode est source de difficulté et il est fait obligation aux régulateurs d'orienter les opérateurs à cette fin.

Quand au rééquilibrage tarifaire, on peut citer par exemple les prescriptions du législateur Burkinabè qui édicte que si un fournisseur abuse d'une position dominante ou a des pratiques restrictives pour imposer des tarifs élevés ou trop faibles sans rapports avec les charges encourues, l'autorité de régulation pourra fixer des prix plafonds ou plancher fixant le bénéfice net généré par le service concerné à 15% de la valeur des immobilisations nettes affectées à ce service.<sup>2</sup>

Il convient d'observer que les deux dernières méthodes se rapportent à l'interconnexion où l'on dénote d'importantes taxes pour les opérateurs qui s'appuient sur la revente ou qui doivent payer une subvention ou une contribution en entrant dans la taxe d'interconnexion.

Quant est-il des aides d'Etat ?

## **Parag. 2 : Les subventions par les pouvoirs publics**

Le droit des aides publiques illustre les limitations de la concurrence du fait de l'intervention des pouvoirs publics. Le législateur communautaire est intervenu sur la question en ces termes : « sont incompatibles avec le Marché Commun et interdites, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, lorsqu'elles faussent ou sont susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines production »<sup>3</sup>.

---

1 Cf. art. 21 de l'ord. n°99-043/P-RM

2 Cf. art. 9 al. 8 du décret n°2000-083/PRES/PM/MC/MCIA

3 Cf art 5 du Règlement n°02/2002/CM/UEMOA

Dans ce contexte, le contrôle de la Commission consistera à examiner l'impact de ces aides publiques sur la concurrence. Trois situations doivent être distinguées.

D'abord, les aides publiques compatibles de plein droit avec le Marché Commun. Elles ne nécessitent pas l'examen de la Commission. Elles concernent par exemple, 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 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 20% du coût de l'adaptation<sup>1</sup>.

Ensuite, les aides publiques qui sont interdites de plein droit, sans examen de la Commission. On peut citer à cet effet, les aides publiques subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions aux résultats à l'exportation vers les autres Etats membres<sup>2</sup>.

Enfin il y a la catégorie intermédiaire qui mérite la validation préalable de la Commission. Celle-ci pourra soumettre son octroi à des conditions supplémentaires.

En Europe, le contrôle des aides publiques tant par la Commission européenne que par les autorités nationales s'est opérée au travers d'une jurisprudence abondante.

Ainsi par exemple en février 2004, la compagnie aérienne à bas prix dite «low cost» Ryanair a été condamnée par la commission à rembourser une partie des aides publiques dont elle a bénéficiées dans le cadre de son installation sur la plate-forme aérienne de Charleroi en Belgique.

Plus précise est la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) qui, sur le fondement de la théorie dite de «l'abus automatique», a pu sanctionner de manière systématique l'abus de position dominante qui découlait de l'attribution même de droits exclusifs et spéciaux à une entreprise et non de l'exercice de ces droits.<sup>3</sup>

Dans cet esprit, l'extension, par des mesures étatiques reconnaissant de nouveaux droits exclusifs, de la position dominante détenue par une entreprise à des marchés autres que ceux concernés initialement, est analysée comme un abus de position dominante.

La CJCE se livre toutefois à une application plus classique de l'article 86§1 du traité des communautés européennes, en examinant l'existence d'un lien direct de cause à effet entre la législation étatique litigieuse et le comportement des entreprises de service public : l'abus de position dominante exercée par une entreprise doit découler directement de l'application de la

---

1 V art 3 du Règlement n°04/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article 88(c) du Traité.

2 V art 4 ibid.

3 V. CJCE «Höfner et Elser» du 23.04.1991 aff.41/90 rec I- 1979 ; «ERT» du 18.06.1991 aff.260/89 rec I-2925 ; «Port de Gênes», «Corsica Ferries» du 17.05.1994 aff.C-18/93 rec I-1783.

législation étatique où l'application de ce raisonnement permet de constater que la législation étatique n'oblige pas les entreprises à abuser de leur position dominante<sup>1</sup>

Dans ce contexte, la nécessaire évaluation de la législation d'un Etat membre vise ainsi à déterminer si demeure la possibilité d'une atteinte à la concurrence par des comportements autonomes des entreprises : si la législation nationale ne laisse aucune autonomie de comportement, les articles 81 et 82 TCE seuls ne sont pas d'application ; à l'inverse, si la législation nationale laisse la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée par le comportement autonome des entreprises, les règles de concurrence sont applicables.<sup>2</sup>

Dans ce dernier cas, le comportement autonome des entreprises de service public fait l'objet d'un examen de la part de la Commission et des juridictions des Etats membres au titre des prescriptions des articles 82 et 83 TCE et des règles fondamentales du marché intérieur sans l'intermédiaire de l'article 86§1 TCE.

## **Section 2 : Discrimination dans les prix**

### **Parag. 1 : Vente conditionnelle et groupage au Burkina**

La société Système Mobil International (SMI) a lancé son réseau mobile cellulaire le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Elle a offert gratuitement son service exclusivement à ses abonnés jusqu'à la date de son interconnexion avec TELECEL FASO et l'ONATEL respectivement les 28 mars et 19 avril 2001.

Au cours cette période, SMI a mis en place un système favorisant uniquement sa clientèle aux dépens de ses concurrents. Elle a offert à ses clients un package contenant un poste cellulaire à crédit allant de 55.000FCFA à 399.000 FCFA (selon la qualité de l'appareil et payable par acomptes mensuels de 6.000 FCFA) doté d'une carte SIM gratuite avec un crédit de communication de 5.000FCFA.

TELECEL FASO a adopté un comportement similaire jusqu'à l'interconnexion de son réseau avec ses concurrents respectifs qui sont CELTEL et TELMOB.

Ces ventes promotionnelles avaient pour objectif d'avoir des abonnements massifs aux dépens des concurrents.

Ces ventes à prix « sacrifié » ont eu pour conséquence non seulement de lier l'abonnement au poste offert à des conditions défiant toute concurrence mais également d'attirer de manière peu loyale la clientèle des concurrents.

Une autre forme de discrimination dans les prix entraîné l'intervention de l'ARTEL dans un litige opposant CELTEL BURKINA à l'ONATEL<sup>3</sup>, dont il convient d'exposer les différents aspects ci après.

---

1 V. CJCE "Banchemo" du 14.12.1995 aff. C-387/93 rec I-4663 et CJCE "Centre d'insémination de la Crespelle" du 5.10.1994 aff. C-323/93 rec I-5077.

2 CJCE "Ladbroke Racing" du 11.11.1997 aff. C-359/95 et C-379/95P rec 1997 I-6265.

3 V. décision n°2002-000039/DG-ARTEL/DR portant sur le litige relatif au détournement de la clientèle entre Celtel Burkina Faso et l'ONATEL.

Celtel Burkina Faso, opérateur de téléphonie mobile cellulaire avait signé une convention d'interconnexion avec l'ONATEL, opérateur de téléphonie fixe qui, dès l'entrée en vigueur de la convention procéda à une restriction unilatérale et discriminatoire des lignes des services publics en direction des réseaux Celtel Burkina Faso et Telecel Faso.

Considérant une telle pratique comme déloyale et anticoncurrentielle visant à détourner ses potentiels abonnés vers Telmob au mépris du principe de l'égalité de traitement des opérateurs, Celtel Burkina Faso a saisi l'ARTEL, l'autorité de régulation, afin qu'il se prononce sur le problème.

Pour l'ONATEL, ces mesures de restriction des lignes sont prises en accord avec l'Etat en prévention des impayés générés par les services publics.

L'ARTEL considère que la restriction unilatérale et discriminatoire des lignes des services publics même justifiée par le souci de prévention des impayés de l'Etat constitue une pratique anticoncurrentielle prohibée et sanctionnée par les textes régissant la matière et déclare que l'ONATEL a enfreint la loi portant réforme du secteur des télécommunications. Il lui est demandé de mettre fin au détournement de la clientèle par la levée de la restriction des lignes des services de l'Etat vers les réseaux Celtel Burkina Faso et Telecel Faso.

Il est invité à entrer en négociation avec l'Etat burkinabé sur les conditions de paiement d'une provision minimale mensuelle pour couvrir les charges d'interconnexion des lignes d'Etat.

Cette décision consacre le caractère non discriminatoire des conditions tarifaires quels que soient les liens juridiques ou autres qui unissent les opérateurs à l'ONATEL.

## **Parag 2 : L'affaire « Sim Lock » au Togo**

Cette affaire est née dans les circonstances suivantes. TELECEL TOGO SA avait mis en vente sur le marché des postes cellulaires subventionnés et pourvus de fonction de verrouillage du module d'identification de l'abonné communément désigné « SIM lock ».

Cette fonction de verrouillage a l'avantage de constituer une sorte d'antivol puisque la carte à circuit intégré du module SIM était associée uniquement à un téléphone particulier.

L'Autorité de régulation au Togo a analysé cette technique sous son aspect concurrentiel. Elle a estimé que la carte SIM a pour fonction de permettre à un abonné d'utiliser le réseau d'un fournisseur de service particulier. Dès lors, en verrouillant la carte SIM TELECEL TOGO interdisait aux abonnés de passer chez le fournisseur concurrent.

TELECEL TOGO a expliqué l'adoption de cette pratique par la vente promotionnelle des postes sur lesquels elle n'avait aucune marge.

L'Autorité avait considéré que cette fonction de verrouillage avait des conséquences anticoncurrentielles. Elle appréhendé le problème en donnant un certain nombre d'instructions à TELECEL TOGO tout en s'abstenant de l'interdire :

- l'obligation est faite à cet opérateur d'informer sans équivoque l'abonné lors de l'achat du poste de la fonction de verrouillage et des conséquences qui en découlent dans son usage ;
- l'obligation de limiter le « Simlockage » dans la durée.





# DEUXIEME PARTIE - LA SANCTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

L'ouverture à la concurrence dans le secteur des télécommunications a eu pour conséquence la coexistence de nombreux acteurs aux intérêts spécifiques contradictoires. L'organisation de ce nouveau marché est confiée entre autres au régulateur qui est *a priori* une autorité administrative *indépendante*. Ce dernier a la charge de concilier les exigences contradictoires pour assurer le maintien du service public des télécommunications dans un environnement concurrentiel.

Dans cette perspective, l'arsenal juridique a édicté des règles pour sanctionner les acteurs qui évoluent en marge du jeu concurrentiel. Rentrent dans cette catégorie les sanctions aux pratiques anticoncurrentielles observées qui précèdent.

Dans la mise en œuvre de ces sanctions, intervient également de nouveau le Régulateur auquel les textes ont donné le pouvoir de sanctionner les violations. Comment les sanctions existantes sont-elles organisées ? Quelle est leur efficacité ?

Les Régulateurs dans les pays observés sont-ils outillés pour encadrer durablement et de manière efficiente le jeu de la concurrence dans ces pays tout en tenant compte de l'environnement régional ?

La réponse à ces diverses questions consistent d'abord en un diagnostic des textes en vigueur (Titre premier).

Ensuite, elle découlera des limites à la mise œuvre de la sanction des pratiques concurrentielles (Titre deuxième).

## **TITRE 1<sup>er</sup> - ETAT DES DISPOSITIONS LEGALES EN VIGUEUR**

L'ordonnancement juridique relatif aux sanctions s'articule précisément dans l'espace. Aux dispositifs nationaux se superpose une réglementation communautaire

Le diagnostic des textes en vigueur relatifs à la sanction des pratiques anticoncurrentielles consistera alors à faire leur état au plan national et au plan communautaire.

### **Chap. I : La sanction au plan national**

L'organisation de la sanction des comportements marginaux des acteurs du marché des télécommunications est partagée entre la Régulateur et les juridictions de droit commun.

#### **Section 1 : Le domaine réservé du Régulateur**

Dans la perspective d'une régulation de la sanction des pratiques anticoncurrentielles, le législateur a donné un certain nombre de prérogatives aux Autorités de régulation des pays concernés.

Elles tiennent d'abord à la nature des pouvoirs qui leur sont conférés (Parag 1).

Mais leur particularité se manifeste à travers la mise en œuvre même des sanctions (Parag 2).

## **Parag 1 : Caractéristiques du pouvoir du Régulateur**

### **A- Le domaine du pouvoir du Régulateur**

Dans le cadre de sa mission de régulation du secteur des télécommunications les autorités de régulation du Togo, du Burkina Faso et du Mali sont dotés de trois niveaux de pouvoirs.

- Le pouvoir réglementaire

Ce pouvoir résulte de la prérogative du régulateur d'être associé à la réalisation du corpus réglementaire dans le secteur. Ainsi au Mali par exemple, le Comité de Régulation des Télécommunications (CRT) assiste le Ministre de tutelle dans la préparation de la réglementation, de la procédure de sélection des candidats pour l'exploitation des licences de télécommunications<sup>1</sup>.

Il consiste également à délivrer des autorisations et à recevoir des déclarations relatives par exemple aux réseaux internes et les réseaux indépendants qui n'empruntent pas le domaine radioélectrique ainsi que les services de télécommunications autres que l'établissement et l'exploitation des réseaux de télécommunications ouvert au public et la fourniture du service téléphonique au public et du service télex.

- Le pouvoir consultatif

Ce pouvoir tient du fait que le Régulateur est consulté sur les projets de loi ou de règlement relatif au secteur et qu'il participe à leur mise en œuvre<sup>2</sup>.

- Le pouvoir juridictionnel

Le pouvoir juridictionnel trouve son explication dans la réalisation contentieuse du pouvoir réglementaire. Il se distingue par son originalité et par les sanctions qui sont appliquées.

### **B- Le particularisme du pouvoir juridictionnel du Régulateur**

Dans la perspective d'un bon encadrement du jeu concurrentiel, compétence a été donnée au Régulateur de trancher les litiges pouvant subvenir entre les acteurs du marché. Ainsi par exemple aux termes de *l'article 66 de la loi n°051/98/AN* portant réforme du secteur des télécommunications du Burkina-Faso :

*« L'Autorité a notamment pour mission : ...*

- (i) d'assurer avant tout recours arbitral ou juridictionnel, la conciliation et l'arbitrage des litiges nés entre les exploitants des télécommunications et ceux-ci et les consommateurs ».*

---

1 Cf Art. 45.1 de l'ord. n° 99-043/P-RM du 30 sept. 1999

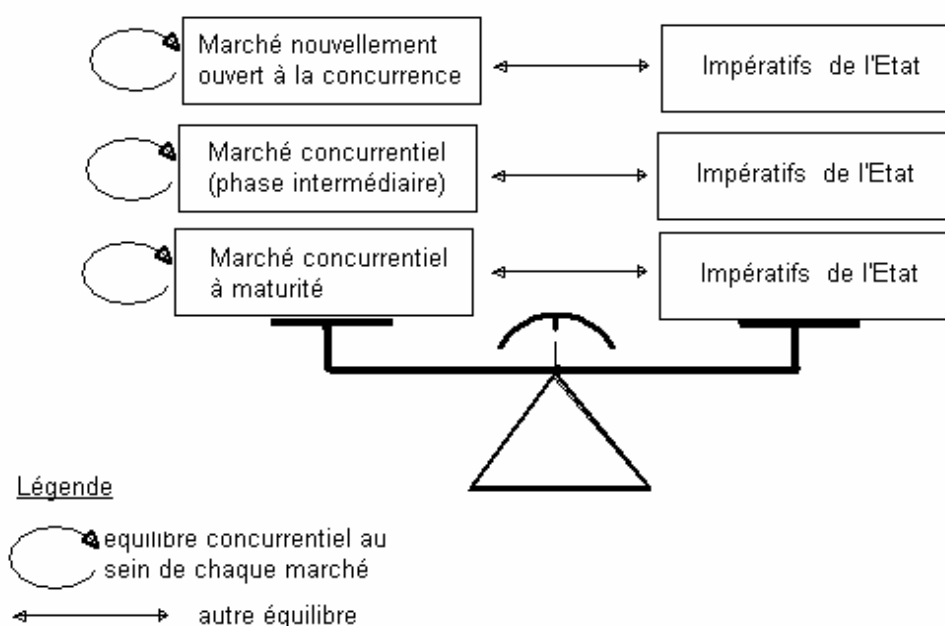
2 Cf. Art. 46 du même texte.

La régulation apparaît comme cet outil des pouvoirs publics appelé à construire, à maintenir et à contrôler un marché concurrentiel tout en veillant au maintien de l'équilibre dans ce marché ouvert à la concurrence et entre ce marché concurrentiel et les autres impératifs de l'Etat, plus précisément :

- l'équilibre concurrentiel ou équilibre au sein de ce marché ;
- l'équilibre entre ce marché et les impératifs de l'Etat qui sont le bien être des populations et l'aménagement du territoire, entre autres. C'est ce que recouvre la terminologie de missions de politiques publiques.

Le tableau ci-après illustre si bien les enjeux auxquels le Régulateur doit faire face.

Tableau n° 4 - Création et maintien des équilibres<sup>1</sup>



#### **Équilibre marché/impératifs de l'Etat et équilibres concurrentiels**

Dans cette quête constante des équilibres sur le marché, le Régulateur doit rechercher une solution qui satisfasse aux intérêts de tous les acteurs du jeu concurrentiel. Les mécanismes utilisés pour atteindre cet objectif sont la conciliation et l'équité.

D'une part, le pouvoir de concilier qui est conféré au Régulateur se manifeste à un double niveau. Elle est quasiment obligatoire avant la mise en œuvre de l'arbitrage en matière d'interconnexion proprement dite. Mais en dehors du cadre de l'interconnexion, les acteurs du marché peuvent également saisir le Régulateur en vue du règlement amiable d'un différend. Ici la compétence du Régulateur cesse à partir de l'établissement du constat de l'échec de la tentative de conciliation<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Source : travaux pratiques Ouaga 2005.

<sup>2</sup> Cf art 64 al 1 de la loi n° la loi n° 98-005 sur les Télécommunications au Togo.

Dans ce contexte, le rôle du Régulateur s'analyse en celui d'un médiateur. La législation malienne offre d'ailleurs à tout opérateur la possibilité de solliciter la médiation pour résoudre toute difficulté à laquelle il est confronté<sup>1</sup>.

Dans les deux cas, la conciliation permet aux parties de rapprocher leurs intérêts contradictoires en prenant en compte toutes leurs vellétés afin d'en dégager les points communs qui répondent aux attentes de tous.

D'autre part, la recherche d'un consensus minimum par le Régulateur apparaît également dans la solution d'équité qui devra sous tendre ses décisions. L'équité est la réalisation suprême de la justice allant parfois au-delà de la loi. Il peut s'agir de l'application pour la solution d'un litige donné, des principes de justice, afin de combler les lacunes du droit positif ou d'en corriger l'application lorsqu'elle est trop rigoureuse ou même lorsqu'il relève du droit dont les parties ont la libre disposition et qu'un accord exprès des plaideurs délie le juge de l'obligation de statuer en droit.

*L'article 70 de la loi n°051/98/AN illustre ce phénomène en ces termes : «L'Autorité peut être saisie d'une demande de conciliation en vue de régler les litiges entre opérateurs utilisateurs. Elle diligente librement la tentative de conciliation guidée par les principes d'impartialité, d'objectivité, de non discrimination, d'équité et de justice».*

On voit bien que le rôle pacificateur dévolu au Régulateur à travers la conciliation imprime une certaine souplesse à l'encadrement du jeu concurrentiel, au rebours de la fonction du juge classique qui est *à priori* celle de trancher le litige dans la rigidité de la loi<sup>2</sup>.

---

1 Cf. art 53 de l'ord n°99-043 précité.

2 Voir aussi art 64 al 1 de la loi n° 98-005 au Togo op cit.

Le tableau ci –après donne un aperçu de la fonction du juge et du Régulateur<sup>1</sup>.

Tableau n°5 – Comparaison Juge et Régulateur

NOMENCLATURE	JUGE	REGULATEUR
<i>Qualités personnelles</i>	Exigées	Exigées
<i>Mode de désignation</i>	Recrutement comme Fonctionnaire	Nomination pour un mandat et par des personnalités issues du suffrage universel
<i>Inamovibilité</i>	Requise	Requise
<i>Qualifications professionnelles</i>	Seulement juridique	Multiples
<i>Composition</i>	Juge unique et collège	Collège uniquement
<i>Forme des décisions</i>	Jugement et arrêt	Avis, Décisions
<i>Élaboration des textes</i>	Applique les textes	Participe et applique
<i>Contraintes de célérité</i>	Exceptionnellement	Principe
<i>Jurisprudence</i>	Soumission si mêmes conditions	Non lié
<i>Finalités de la fonction</i>	Justice / Paix sociale	Continuité du service - Développement du marché - Protection des opérateurs et des consommateurs
<i>Missions</i>	Unique (rendre la justice)	Multiples : - fonction législative (participe à l'élaboration des textes) - fonction judiciaire (tranche les litiges) - fonction de prévention et police administrative
<i>Conciliation dans les litiges</i>	Exceptionnellement	Recherchée
<i>Auto saisine</i>	Non	Oui
<i>Conseil et assistance à l'Exécutif</i>	Non	Oui

Qu'en est-il du pouvoir de sanction du Régulateur ?

## **Parag 2 : Le pouvoir de sanction du Régulateur**

Le pouvoir de sanction peut s'apprécier à la fois dans le domaine de la sanction, la diversité des sanctions et les garanties procédurales dans le cadre de la mise en œuvre de ces sanctions.

<sup>1</sup> Source : travaux pratiques Ouaga 2005.

## A- Domaine des sanctions du Régulateur

Le domaine des sanctions du Régulateur concerne d'abord le champ d'application de la sanction.

En effet, le régulateur a la possibilité de sanctionner tout manquement aux dispositions réglementaires et législatives applicables au secteur des télécommunications. Plus précisément il s'agit de sanctionner les manquements qu'il constate de la part des opérateurs de réseaux et ou de services de télécommunications, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leurs activités ou aux décisions prises pour assurer la mise en œuvre<sup>1</sup>.

Etant observé que par exploitants de réseaux au sens large, il faudra entendre les exploitants de réseaux ouverts au public ou indépendants.

Cette attribution de compétence est très marquée en matière d'interconnexion qui est le terrain privilégié des pratiques anticoncurrentielles.

Peuvent saisir le Régulateur :

- le Ministre chargé des télécommunications
- une organisation professionnelle
- une association agréée d'utilisateurs
- une personne physique ou morale.

Toutefois le Régulateur peut s'autosaisir à la suite de soupçon, de dénonciation ou de découverte à l'occasion d'analyse du marché des comportements abusifs d'un fournisseur à l'instar de la facturation aux autres opérateurs de frais d'accès, de location de capacité ou d'interconnexion supérieurs à ceux facturés pour lui même ou à ses filiales pour des fournitures comparables<sup>2</sup>.

Ensuite le Régulateur dispose de l'opportunité des poursuites, laquelle se manifeste tant au niveau de la constatation et de l'appréciation des faits que dans la prise de la décision de sanctionner. Parfois la sanction est subordonnée à la non observation par l'opérateur d'une mise en demeure préalable<sup>3</sup>.

La mise en demeure est une injonction faite ou un ordre adressé à l'opérateur à l'effet de se mettre en conformité.

## B- Les sanctions

L'analyse des textes révèle que le Régulateur ne peut prendre que deux types de sanctions.

---

1 Cf. art 55 de l'ord n°99-043/P-RM.

2 Cf. art 22 de la loi n°051/98/AN au Burkina Faso.

3 Cf. art 63 de la loi n° 98-005 au Togo.

La première catégorie de sanctions est à caractère administratif.

Elles concernent souvent les autorisations qui ont été délivrées. Elles consistent en la suspension ou le retrait de l'autorisation ou même de la réduction de la durée de l'autorisation.

Ainsi, en fonction de la gravité du manquement, l'Autorité peut prononcer à l'encontre de l'opérateur qui établit et exploite un réseau ou qui fournit des services de télécommunications une suspension pour une durée maximale de trois (3) mois de l'exploitation du réseau de télécommunication ou de la fourniture d'un service de télécommunication<sup>1</sup>.

Les sanctions peuvent également revêtir un caractère pécuniaire. Le cas atypique est celui de l'amende.

L'article 73 de la loi n°051/98/AN au Burkina Faso illustre si bien les trois situations. Il dispose que :

*« le titulaire d'une autorisation délivrée en application de la présente loi qui ne se conforme pas à une mise en demeure qui lui a été adressée par l'Autorité de réglementation conformément à l'article 15 de la présente loi [ ..... ] est puni d'une amende de 100.000 à 1.000.000 de francs.*

*Si la mise en demeure reste vaine trente (30) jours après la notification à l'intéressé, il est procédé, en plus de l'amende ci-dessus visée, soit à la suspension de l'autorisation pour un mois au plus, soit à la réduction de la durée de l'autorisation dans la limite d'une année.*

*Au cas où le titulaire de l'autorisation ne se serait pas conformé à la mise en demeure après un délai de trois mois à compter de la notification de la mise en demeure, il est procédé au retrait de l'autorisation. ... ».*

Au Togo, l'amende est expressément prévue en cas de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi sera punie « ...d'une amende de 1.000.000 à 4.000.000 francs CFA ou l'une de ces deux peines, toute personne qui frauduleusement, aura pris une part déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles 34 et 35 [ visent les pratiques concurrentielles] de la présente loi »<sup>2</sup>. Il y a lieu de noter que l'amende prend ici une connotation pénale.

A ces cas peut s'ajouter l'annulation de l'autorisation. Par exemple, au Burkina Faso, l'Autorité de réglementation peut annuler une autorisation d'exploitation et prononcer la déchéance de toute entreprise de télécommunication lorsque celle-ci fait l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif<sup>3</sup>.

Quant aux sanctions pénales, elles échappent à la compétence du Régulateur.

---

1 Cf. art 68 de la loi n°051/98/AN au Burkina Faso.

2 Cf. art 54 de la loi n°98-005 au Togo.

3 Cf Art 16 de la loi n°051/98/AN au Burkina Faso.

Parfois, compte tenu de la gravité de l'infraction, le juge pénal peut remplacer l'amende par l'emprisonnement. Au Togo pour les mêmes infractions qui précèdent, leur auteur peut être condamné d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à trois (3) ans<sup>1</sup>.

Mais son rôle dans la mise en œuvre de la sanction pénale n'est pas négligeable.

### **C- Les garanties du pouvoir de sanction du Régulateur**

Le pouvoir juridictionnel du Régulateur suppose l'existence de garanties procédurales au prononcé de la sanction. Ces garanties sont classiquement de deux ordres : le respect du droit de la défense et l'exercice d'un contrôle juridictionnel. S'agissant du premier cas, on peut citer le respect du principe du contradictoire. Ainsi en matière d'arbitrage d'un différend entre opérateurs de télécommunications, le Régulateur aux parties en cause de présenter leurs observations avant toute décision, laquelle doit être motivée. En ce qui concerne l'exercice d'un contrôle juridictionnel de la décision du Régulateur, il découle du principe du double degré de juridiction du droit commun.

Ainsi au Burkina Faso, les décisions administratives peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant la Chambre administrative de la Cour d'Appel. La législation togolaise n'est pas du reste puisque la même juridiction a l'obligation de se prononcer sur le recours dans un délai d'un mois à compter de la date de dépôt de la demande.

## **Section 2 : Les sanctions de droit commun**

Le paysage concurrentiel au Togo, Burkina qui font l'objet de notre étude est caractérisé par une double considération.

D'une part, ces Etats se sont dotés d'une législation, d'une politique en matière de concurrence. Leur ambition est de consacrer le libre exercice de la concurrence dans les relations commerciales mais surtout de corriger les dysfonctionnements du marché, de lutter contre les abus de pouvoir et d'améliorer l'efficacité économique ; Dans cette perspective, des structures sont mises en place pour connaître notamment des pratiques anticoncurrentielles et des sanctions sont prévues pour les auteurs des comportements prohibés.

D'autre part, il y a des Régulateurs de télécommunications qui sont de dates récentes mais auxquels la loi a donné compétence pour encadrer le jeu concurrentiel garanti par un dispositif de sanctions.

L'existence de double régime ne manquera pas de poser des problèmes de compétence. Comment les législations de ces pays ont-elles réglé la question ?

### **Parag 1 : Le contrôle administratif de la concurrence**

C'est le régime du droit commun de la concurrence. Il est caractérisé par l'interventionnisme économique de l'Etat dans le jeu concurrentiel en dépit du principe de la liberté de commerce.

Ce contrôle peut être perçu sous trois angles. Pour la commodité de notre analyse, nous prendrons l'exemple du Togo et du Burkina.

---

<sup>1</sup> Ibid.



## A- L'organe étatique de la concurrence

Cet organe est dénommé au Togo<sup>1</sup> comme au Burkina Faso<sup>2</sup> « **Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation** ».

Elle est compétente pour des questions relatives :

- à la concurrence et notamment les textes pris en application de la présente loi,
- aux pratiques anticoncurrentielles et restrictives de la concurrence dans les affaires dont les juridictions compétentes sont saisies,
- aux faits qui lui paraissent susceptibles d'infraction au sens de loi sur la concurrence.

Cet organe a un rôle uniquement consultatif. Dans ce contexte, **la Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation** peut donner son avis sur toute question concernant la concurrence à condition d'avoir été saisie. Sa saisine peut être faite par l'administration (Gouvernement, Parlement et les autres organes de l'Etat) et les tiers. Par l'expression « tiers », on entend les personnes physiques et morales, les associations et syndicats etc...

Il y a lieu de souligner que lorsque la **Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation** est consultée dans le cadre de procédures judiciaires en cas de pratiques anticoncurrentielles c'est-à-dire les ententes et les abus de position dominante, la procédure de consultation revêt un caractère contradictoire. L'avis donné par la **Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation** ne lie pas les demandeurs.

## B- Le pouvoir d'enquête limité

Le pouvoir d'enquête intervient dans le cadre de la constatation des infractions comme celles qualifiées de pratiques anticoncurrentielles, aux infractions aux règles de la transparence du marché et aux pratiques restrictives de la concurrence<sup>3</sup>. Il est concurremment partagé entre l'administration et le Parquet.

*A cet effet, l'article 87 de la loi n°15/94 au Burkina Faso dispose que « les infractions pénales peuvent être constatées sur procès verbaux dressés et signés, soit par les agents assermentés de l'Autorité, soit par les officiers de police judiciaire ».*

Les enquêtes peuvent consister en des constats, communication de documents etc... Dans ce cas, elles ne requièrent aucune formalité particulière.

Il en est autrement en cas de perquisition ou d'enquête faite sur l'initiative du Ministre du Commerce. Les enquêteurs ne peuvent accéder aux locaux ou pratiquer des saisies que lorsqu'ils sont assistés d'un officier de police judiciaire.

---

1 Cf. Loi n°99-011 du 28 décembre 1999 portant organisation de la concurrence au Togo.

2 Cf. Loi 15/94 du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

3 Cf. art 35 de la loi n°99-011.

### **C- Poursuite en justice des auteurs des pratiques illicites**

L'analyse des textes sus visés révèle que le droit commun de la concurrence est particulièrement sanctionnateur. En dehors du rôle consultatif de **Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation** qui est marginal, le contrôle de la concurrence retrouve toute sa place dans la mise en œuvre des sanctions, particulièrement celles relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Les manquements relevés sont qualifiés d'infraction et sanctionnés pénalement. C'est donc le régime du droit commun des sanctions qui est appliqué.

A cet effet, l'initiative des sanctions appartient tant aux autorités publiques (Ministère public, Ministre) qu'aux privés et les règles de procédure observées sont celles du droit commun.

En matière de télécommunication, le régime de la sanction des pratiques concurrentielles suit une toute autre démarche.

### **Parag 2 : Autonomie de la sanction des pratiques anticoncurrentielles en matière des télécommunications.**

Cette autonomie est perçue dans le domaine de la sanction des comportements illicites pour retrouver ses limites dans la mise en oeuvre de la sanction.

#### **A- Domaine de la sanction**

Le domaine de la sanction se situe tant dans la limitation des pratiques prohibées que dans les sanctions proprement dites.

Dans la première hypothèse, le législateur a limité les infractions aux pratiques et situations anticoncurrentielles. Comme pratiques prohibées, on peut citer les actions et pratiques qui ont pour objet ou qui peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché lorsqu'elles tendent par exemple :

- à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- limiter ou contrôler la production, les investissements ou le progrès technique...

Quant aux situations anticoncurrentielles, elles consistent en des manifestations d'abus de domination sur le marché des télécommunications. Comme on l'a fait observer ci-dessus, les cas les plus marquant sont le refus injustifié ou discriminatoire d'accès aux réseaux de télécommunications ouvert au public ou de fourniture de télécommunication et la rupture injustifiée ou discriminatoire de relations commerciales établies<sup>1</sup>.

D'autre part au niveau des sanctions proprement dites, les comportements prohibés reçoivent la qualification d'infraction et sont pénalement sanctionnés. La législation togolaise est plus édifiante sur point. Ainsi toute personne qui aura pris une part personnelle et

---

<sup>1</sup> Cf. art 34 et 35 de la loi n° 98-005 au Togo op cit.

déterminante dans la conception, l'organisation et/ou la mise en œuvre des pratiques et situations concurrentielles qui précèdent sera punie d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à trois (3) ans et d'une amende de 1.000.000 à 4.000.000 francs CFA ou l'une de ses peines seulement.

Cette « compétence d'attribution » conférée par le législateur au secteur des télécommunications s'explique par la spécificité de sa régulation. Mais elle s'arrête à ces seules considérations.

### **B- La mise en œuvre de la sanction**

En matière de pratique anticoncurrentielle, le Régulateur a un rôle certain à jouer dans la mise en œuvre de la sanction des infractions.

En effet, l'appréciation des sanctions relève *a priori* du Régulateur qui a toutes les prérogatives pour constater l'infraction, comme dans le droit commun de la concurrence. Cependant il doit décliner sa compétence dans la mise en œuvre de l'infraction pénale en se dessaisissant au profit du Ministère Public.

Ainsi en est-il au Togo en cas d'infraction pénale, l'Autorité de réglementation saisit le Procureur de la République<sup>1</sup>. Le droit commun retrouve toute sa primauté dans ces conditions.

## **Chap II : La sanction au plan communautaire**

L'appréhension des sanctions des pratiques anticoncurrentielles au niveau communautaire mérite un tant soit peu qu'on s'y attarde parce les trois pays (Togo, Burkina Faso et le Mali) qui font principalement l'objet de notre étude sont membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), dont les objectifs sont entre autres, de renforcer la compétitivité des activités économiques et financières dans la cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé. A cela s'ajoute l'ambition d'instituer une coordination des politiques sectorielles nationales par la mise en œuvre de politique commune notamment en matière de télécommunications.

La réalisation de cet espace économique a sans doute pour effet de transcender les difficultés des entreprises qui pourront satisfaire les besoins de ce grand marché par des produits à des prix compétitifs.

Dans ce contexte, certaines entreprises ne manqueront pas d'avoir des comportements de prédateurs, comme pour les législations nationales, à l'effet de conserver les situations de rente.

Par ailleurs, on observe un phénomène de regroupement des entreprises qui interviennent dans les différents pays de la sous région à travers leurs filiales respectives. Le cas atypique est le secteur des télécommunications.

Il importe donc de savoir comment est-ce que la législation communautaire de la concurrence appréhende ces comportements marginaux. On pourra alors s'interroger sur la

---

<sup>1</sup> Cf. art 63 al 2 de la loi n° 98-005 au Togo

spécificité des règles communautaires en la matière et la répartition des compétences par rapport aux dispositions nationales.

## **Section 1 : Spécificité des règles communautaires sur la concurrence**

Le droit communautaire de la concurrence est constitué essentiellement de trois textes :

- le Règlement n°2/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- -le Règlement n°3/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- et la Directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des Etats membre pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA.

Il existe donc un droit communautaire de la concurrence distinct des législations internes des Etats membres auxquelles il se superpose.

### **Parag 1 :Nature des règles communautaires**

Dans le souci d'assurer le fonctionnement rationnel et harmonieux du marché, le législateur communautaire a adopté de nouvelles règles qui sont garanties.

#### **A- Maintien du principe de prohibition**

L'article 88 sus visé interdit de plein droit :

- 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 ;
- toutes 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 ;
- les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

Les règles ainsi édictées consacrent le principe de la prohibition qui figure également dans les législations nationales sus énumérées.

En outre, ces pratiques sont interdites sans qu'aucune décision préalable ne soit nécessaire.

#### **B- Garantie de l'application des règles de la concurrence**

Pour assurer la bonne application des règles de la concurrence sus visées, le Traité a conféré à la Commission d'importantes prérogatives.

D'abord la Commission pourra arrêter les dispositions utiles pour faciliter l'application des interdictions. Elle y procède par voie de règlements.

Les règlements ont une portée générale. Ils sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans tout Etat membre<sup>1</sup>. Le règlement fixe une règle, impose une obligation ou accorde des droits à des catégories envisagées abstraitement ou dans leur ensemble<sup>2</sup>. Le règlement se distingue de la directive dont les buts sont seuls obligatoires et non les moyens pour les atteindre.

La Commission pourra ensuite prendre des décisions pour garantir l'application des règles de la concurrence. La décision se distingue du règlement en ce qu'elle n'a pas de portée générale, et de la directive en ce qu'elle est obligatoire dans tous ses éléments et pas seulement quant au résultat à atteindre. A cet effet, la Commission dispose d'un pouvoir de sanction tant sur les entreprises, les particuliers et sur les Etats. Ce pouvoir est exercé sous le contrôle de la Cour de Justice.

## **Parag 2 : Les pratiques sanctionnées**

Deux catégories de pratiques anticoncurrentielles sont visées par les textes communautaires. Il y a d'une part, les pratiques imputables aux Etats membres. Elles concernent un certain nombre d'interdictions faites à ces derniers de prendre des mesures destinées à faire obstacle à la réglementation communautaire en matière de concurrence<sup>3</sup>. D'autre part, le législateur communautaire a édicté des prescriptions relatives aux pratiques non imputables aux Etats. Seules celles-ci retiendront notre attention.

Elles sont de deux ordres :

- les ententes illicites
- et les abus de domination

S'agissant des ententes, le *Règlement n°02/2002/CM/UEMOA* consacre la prohibition des ententes anticoncurrentielles en ces termes :

*« Sont incompatibles avec le Marché Commun et interdits, tous accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises 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, et notamment ceux qui consistent en :*

- i. des accords limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- ii. des 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 ; en particulier des accords entre entreprises à différents niveaux de production ou de distribution visant à la fixation du prix de revente ;*

---

1 L'art 43 du Traité de l'UEMOA a repris la définition de l'art 189 du Traité de Rome.

2 V. CJCE, 14 décembre 1962, Rec. CJCE, p. 945 et p. 959, concl. Lagrange in Lamy Droit Economique.

3 V art 6 du Règlement n°02/2002/CM/UEMOA.

- iii. *des répartitions des marchés ou des sources d'approvisionnement, en particulier des accords entre entreprises de production ou de distribution portant sur une protection territoriale absolue ;*
- iv. *des limitations ou des contrôles de la production, des débouchés, du développement technique ou des investissements ;*
- v. *des discriminations entre partenaires commerciaux au moyen de conditions inégales pour des prestations équivalentes ;*
- vi. *des 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 ».*

Ce texte appelle un certain nombre d'observations.

D'abord, il ne limite pas de manière exhaustive les ententes interdites.

Sont concernées par cette pratique :

- les entreprises juridiquement structurées qui peuvent être les personnes physiques, les sociétés civiles ou commerciales.
- et les entités juridiques ne revêtant pas la forme d'une société : Il semble que cette dernière désigne les sociétés de fait.

Ce texte exclut visiblement les sociétés publiques ou parapubliques. Cette question est d'importance parce que les trois pays regorgent des entreprises mixtes qui sont susceptibles de passer des ententes<sup>1</sup>.

Ensuite la preuve des ententes peut être faite en dehors de l'écrit. A cet effet la Commission retient comme élément essentiel pour tomber dans le champ d'application de l'article 88 sus visé, le seul fait que l'acte résulte d'un accord de volonté des parties. Ainsi, de simples comportements parallèles pourront constituer un accord ou une pratique concertée<sup>2</sup>.

Quant aux abus de domination, le texte communautaire, les définit comme suit :

*« ... 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.*

*« sont frappées de la même interdiction, les pratiques assimilables à l'exploitation abusive d'une position dominante, mise en œuvre par une ou plusieurs entreprises. Constituent une pratique assimilable à un abus de position dominante détenue par une ou plusieurs*

---

<sup>1</sup> La notion d'entente regroupe les accords, les décisions et les pratiques. V. note 2 de l'Annexe n°1 au Règlement n°03/2002/CM/UEMOA.

<sup>2</sup> Ibid.

*entreprises, ayant comme conséquence d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché »<sup>1</sup>.*

Cette définition est classique et on retrouve ses caractéristiques dans les législations nationales.

## **Section 2 : La mise en oeuvre de la sanction**

Pour comprendre le mécanisme de la mise en oeuvre de la sanction des pratiques anticoncurrentielles au plan communautaire, il convient préalablement d'examiner la nature des sanctions.

### **Parag 1 : Nature des sanctions susceptibles d'être prononcées**

Elles sont de deux sortes.

#### **A- Les Amendes civiles**

La Commission peut infliger des amendes aux entreprises et association d'entreprises qui commettent des pratiques anticoncurrentielles. Elles sont infligées sur la base de décision prise par la Commission, celle-ci ayant préalablement constaté l'élément moral de l'infraction qui peut être la volonté délibérée ou la négligence.

Le législateur communautaire a expressément prévu que les amendes n'ont pas un caractère pénal. Elles peuvent revêtir une double nature.

Lorsqu'elles sont fixes, elles consistent en une somme forfaitaire avec un plancher et un plafond. Ainsi, en cas d'infraction aux dispositions des *articles 88 (a) et 88 (b) du Traité de l'UEMOA*, les entreprises ou associations d'entreprises coupables peuvent être condamnées à des amendes de 500.000 FCFA à 100.000.000 FCFA<sup>2</sup>.

Les amendes peuvent également résulter d'un pourcentage calculé sur la base d'une assiette qui peut être le chiffre d'affaires ou les actifs des entreprises coupables<sup>3</sup>.

Dans tous les cas, l'appréciation des quantum des amendes est fonction de la gravité de l'infraction et de la durée de celle-ci.

#### **B- Les astreintes**

L'astreinte est une condamnation à une somme d'argent à raison de tant par jour (ou semaine ou mois) de retard, prononcée par le juge contre un débiteur d'obligation de faire récalcitrant, en vue de l'amener à exécuter en nature son obligation.

A l'instar du droit commun, la Commission peut avoir recours à cette mesure contraignante en matière de pratiques anticoncurrentielles. A ce titre, pour mettre fin par exemple à une infraction la Commission peut par décision infliger aux entreprises et associations

---

1 Cf. art 4.1 du Règlement n°02/2002/CM/UEMOA.

2 Cf. art 22.2 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA.

3 Ibid.

d'entreprises des astreintes à raison de 50.000 FCFA à 1.000.000FCFA par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe<sup>1</sup>.

Les astreintes prononcées peuvent être provisoires ou définitives. Les astreintes définitives sont infligées lorsque les entreprises ou groupes d'entreprises ont exécuté l'obligation pour lesquelles elles avaient été prises provisoirement.

La question est de savoir si la Commission pouvait les annuler définitivement en cas d'exécution de l'obligation. Le texte semble pencher pour la réduction du montant définitif et non l'abandon.

Les raisons d'un tel choix peuvent être économiques car les recettes provenant des amendes comme des astreintes sont versées au budget général de l'UEMOA.

## **Parag 2 : Mise en œuvre de la sanction**

La mise en œuvre de la sanction des pratiques anticoncurrentielles met en exergue le pouvoir décisionnel de la Commission.

En effet, *l'article 90 du Traité de l'UEMOA* a conféré à la Commission la mission de veiller à l'application des règles relatives à la concurrence. Dans ce cadre, la Commission peut être amenée à prendre des décisions notamment en sanctionnant ou non les pratiques illicites.

Dans ce contexte, la Commission dispose des pouvoirs quasi juridictionnels qu'il convient de préciser d'une part ; D'autre part, ses pouvoirs sont de nature à interférer sur les législations nationales. La question de la répartition des compétences n'a pas échappé au législateur communautaire.

### **A- Le pouvoir quasi juridictionnel de la Commission de l'UEMOA**

Ce pouvoir de sanction de la Commission apparaît surtout dans sa mission de constatation des infractions.

En effet, la Commission peut constater sur demande ou même d'office les ententes illicites et les abus de position dominante observés chez les entreprises ou associations d'entreprises. Elle peut être saisie à cet effet soit par les États membres, ou toute personne physique ou morale. Dans ce cas, la Commission met en œuvre une procédure contradictoire passant par le respect du droit de la défense, du principe du contradictoire, la garantie du secret des affaires et même la prise de mesures provisoires etc.

Une décision est rendue au terme de la procédure contradictoire. Elle peut consister en une injonction faite aux entreprises de mettre fin à l'infraction constatée.

Il en est ainsi en cas d'entente constitutive d'abus de position dominante où la Commission « *peut enjoindre aux entreprises, soit de ne pas donner suite au projet de concentration ou de*

---

1 Cf. art 3.1 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA.



*rétablir la situation de droit antérieurs, soit de modifier ou de compléter l'opération ou prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante »<sup>1</sup>.*

Par ailleurs, les décisions prises par la Commission sont susceptibles de voie de recours. Dans ce sens, compétence est donnée à la Cour de Justice de l'UEMOA d'apprécier la légalité des décisions qui ont été prises. Ce recours "administratif" est ouvert, aux Etats membres, au Conseil et même à toute personne physique ou morale qui y a intérêts.

Cette garantie procédurale est renforcée par la possibilité qui est donnée à la Cour de statuer avec compétence de pleine juridiction (partant la révision du procès au fond) lorsque les recours sont intentés contre des décisions, fixant une amende ou une astreinte.

## **B- La répartition des compétences**

Le problème de la répartition des compétences s'explique par la juxtaposition de deux niveaux de compétences.

D'un côté, il y a la compétence exclusive conférée à la Commission pour appliquer les règles relatives à la concurrence sous le contrôle de la Cour de Justice.

De l'autre, on a indiqué que les législations nationales sont dotées de structures ayant mission de contrôler le jeu de la concurrence. Elles sont réellement les gardiens des pratiques anticoncurrentielles.

Il a donc fallu concilier la primauté de la Commission avec la compétence de surveillance du marché par les structures nationales de concurrence.

La *Directive n°02/2002/CM/UEMOA* va alors poser de règles de répartition en fixant les rôles respectifs.

Dans ce sens :

- la Commission a compétence exclusive pour d'une part engager et conduire les enquêtes dans tous les domaines relatifs aux pratiques anticoncurrentielles. Elle a alors exclusivement compétence pour connaître des dossiers relatifs aux aides d'Etat, aux pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats membres et à celles qui peuvent avoir un effet sur les échanges inter-états. La Commission a également compétence pour procéder à l'instruction des dossiers d'enquête et prendre les décisions ou mesures prévues par les règlements. Il convient de préciser que dans le cadre de ces missions la Commission a une obligation d'informations vis-à-vis des structures nationales.
- les structures nationales de concurrence assurent une mission générale d'enquête sur l'initiative nationale ou mandat exprès de la Commission conformément aux pouvoirs et aux procédures d'investigation prévues par le droit. Elles jouent un rôle de surveillance du marché et ont l'obligation de répondre aux demandes d'information de la Commission.

---

<sup>1</sup> V. Art. 4.3 du Règlement n°2/2002/CM/UEMOA.

## **TITRE 2<sup>ème</sup> - LES LIMITES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES SANCTIONS DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES**

Comme on l'a indiqué, la mise en œuvre des sanctions des pratiques anticoncurrentielles est le fait de l'Autorité de régulation qui est au centre du dispositif normatif, préventif et répressif. Il est évident que la réussite de l'encadrement du jeu concurrentiel dépendra de l'efficacité de l'organe de régulation.

L'étude des sanctions a permis de dévoiler les insuffisances du système mis en place par les législateurs des Etats concernés dont il convient de faire le bilan (Chapitre 1).

En outre, la loi elle-même a limité la portée des sanctions de certaines pratiques anticoncurrentielles en les légitimant (Chapitre 2).

### **Chap. I : Bilan du dispositif au plan national**

Il est impératif de faire une évaluation du dispositif à travers les constats et l'appréciation des outils de la régulation.

#### **Section 1 : Les constats**

L'étude du cadre institutionnel de la régulation dans les pays concernés permet de dresser quatre constats.

En premier lieu, les Etats étudiés ont mis en place une structure pour réguler le secteur des télécommunications.

La création des régulateurs résulte de dispositions législatives alors que l'organisation et le fonctionnement relèvent de textes de nature réglementaire.

En deuxième lieu, la régulation du secteur des télécommunications est principalement confiée à une autorité administrative qui partage certaines attributions avec le Ministre chargé du secteur.

En troisième lieu, l'inexistence d'un Conseil de la Concurrence ou l'absence de prérogatives certaines en matière de télécommunication en sa faveur tend à créer un hiatus, une confusion du genre, entre le rôle de production de normes et celui de régulateur spécialisé de caractère technique ou d'organisation de marché confié à l'autorité administrative.

Sous ce rapport, la totalité de l'activité de régulation est exercée par une institution de régulation dont le statut et l'indépendance sont généralement imprécis. Ce sont les établissements publics administratifs systématiquement érigés sous la tutelle des pouvoirs publics.

Dans la réalité, les autorités de régulation ont un poids relatif car leur indépendance reste encore à conquérir. Diverses pesanteurs peuvent expliquer une telle situation. On peut citer les interférences politiques qui gangrènent le fonctionnement normal de l'appareil.

En outre, l'hégémonie des opérateurs historiques les rend de plus en plus incontournables. Les opérateurs comme SOTELMA, ONATEL et TOGO TELECOM maintiendront encore

pour longtemps leur sphère d'influence tant qu'ils pourront contribuer au budget général des Etats et/ou tant qu'ils demeureront les « pourvoyeurs de fonds » des pouvoirs politiques.

On n'imagine mal que les autorités de régulation puissent les contraindre à exécuter de manière efficiente les injonctions ou sanctions auxquelles elles sont soumises. Il est évident que ce phénomène devra être relativisée ou nuancée en tenant compte des réalités de chaque pays.

Par ailleurs, les organes de régulation sont dotés de la personnalité juridique et d'une autonomie financière. Leurs ressources proviennent en effet de taxes et redevances perçues auprès des opérateurs. Au Mali, le financement repose à la fois sur des ressources propres et sur des subventions de l'Etat. Les compétences exercées par les institutions de régulation sont réparties entre le Ministre chargé du secteur et l'autorité de régulation.

D'une part, les pouvoirs de régulation exercés par les ministres chargés du secteur des télécommunications.

Dans la plupart des Etats, le Ministre chargé du secteur des télécommunications exerce un rôle prépondérant dans la délivrance des licences et des autorisations.

Certaines législations vont au-delà de ce pouvoir en reconnaissant à celui-ci des prérogatives en matière de sanction. Au Burkina Faso et au Togo, il est ainsi prévu que c'est l'organe de régulation qui poursuit les manquements des opérateurs à la réglementation des télécommunications et qu'il appartient au Ministre des télécommunications de prendre les décisions de sanction. De même au Mali, le Ministre peut prendre des mesures conservatoires à l'encontre d'opérateurs en cas d'atteinte grave et immédiate régissant le secteur des télécommunications, après consultation de l'Autorité.

D'autre part, on peut distinguer plusieurs types de pouvoirs dévolus aux organes de régulation :

- surveiller et contrôler le secteur des télécommunications,
- exercer un pouvoir réglementaire,
- donner un avis sur les projets de lois et de règlements relatifs aux télécommunications,
- délivrer des licences et autres autorisations,
- intervenir sur le segment de l'interconnexion,
- planifier, gérer et contrôler l'utilisation des ressources rares,
- régler les litiges dans le secteur des télécommunications,
- sanctionner les atteintes aux règles du secteur,
- prévenir et / ou supprimer les pratiques anticoncurrentielles,
- approuver ou encadrer les tarifs des services de télécommunications.

Mais tout ceci est insuffisant face au poids économique grandissant des opérateurs sur le marché des télécommunications. Car on peut s'interroger sur l'effet dissuasif d'une amende de 2.000.000 FCFA infligée à un opérateur dominant qui pourrait tirer des avantages plus exorbitants d'une exploitation abusive de sa situation. A tout le moins, le plancher des amendes doit être relevé

En quatrième lieu, et de façon plus spécifique, les institutions de régulation ne sont pas dotées d'organes de contrôle des pratiques anti-concurrentielles.

## **Section 2 : Les outils de la régulation**

De nombreux mécanismes existent au niveau des organes pour procéder à une bonne régulation. Ils sont en général d'ordre économique, mais la procédure de règlement d'un différend est fondamentalement d'essence juridique.

Ces outils spécifiques sont appliqués au secteur des télécommunications, mais établis par la loi.

### **Parag 1 : Les outils opérationnels**

Les outils d'analyse de l'environnement concurrentiel s'articulent autour des notions de marché pertinent, de marché de l'interconnexion et des marchés de détail dans lesquels il faut distinguer encore le marché de la téléphonie fixe et le marché de la téléphonie mobile.

Les notions de position dominante et d'abus de position dominante sont au cœur de la problématique d'un marché sous monopole qui s'ouvre à la concurrence.

La notion d'infrastructures essentielles est également déterminante lorsqu'on se trouve en présence d'une activité exercée à partir de réseaux. Les régulateurs ne disposent pas d'outils suffisants pour cerner les pratiques abusives et pouvoirs en appliquer les sanctions ;

La pratique du contrôle tarifaire a conduit par ailleurs à ce que cet outil tienne un rôle préventif essentiel à l'égard de comportements anticoncurrentiels pouvant naître de la mise sur le marché des offres par l'opérateur historique.

Ce dernier adopte généralement des pratiques susceptibles d'entraver la concurrence. Il s'agit notamment de discrimination, de dégroupage tarifaire ou encore de fidélisation abusive des clients.

Il est donc important qu'un dispositif de prévention de pratiques tarifaires d'éviction soit adopté pour garantir l'effectivité et l'efficacité de la concurrence.

En tout état de cause, l'Autorité devra adapter ces outils en modulant par exemple le contrôle tarifaire à la situation concurrentielle des marchés identifiés.

### **Parag 2 : La loi**

Le droit de la régulation des télécommunications est certes un droit concerté, mais il doit également s'attacher à rechercher l'objectif de transparence que commande l'exercice d'une pluralité de compétences.

En outre, l'application du droit des télécommunications donne à voir les influences qu'exercent des sources normatives diverses sur le droit des télécommunications.

Au Togo comme au Burkina Faso et au Mali, les décisions de l'Autorité de réglementation sont motivées .

L'obligation de transparence se traduit dans la motivation des décisions. Il en résulte une obligation de clarté des décisions.

L'exigence de transparence et de clarté découle de la procédure décisionnelle en matière de télécommunications.

## **Chap II : La question des exemptions des pratiques anticoncurrentielles**

L'article 89 alinéa 3 du Traité de l'UEMOA prévoit que « ...il peut édicter des règles ...prévoyant des exceptions limitées à ces règles afin de tenir compte de situations spécifiques ».

En fait, il s'agit d'entorses légitimes au libre jeu de la concurrence constituant une sorte de « faits justificatifs<sup>1</sup> » du droit commun de tradition juridique française qui font perdre à un comportement objectivement répréhensible les sanctions prévues par la loi.

De fait, cette atteinte à la libre concurrence peut être induite de deux réalités.

D'une part, les Etats membres regorgent d'entreprises industrielles et commerciales ayant vocation d'assurer une mission de service public et qui ont un poids économique important.

Il en est ainsi des opérateurs historiques qui avaient le monopole public dans le domaine des télécommunications dont le comportement marginal par rapport aux règles de la concurrence était garanti ou toléré par les pouvoirs publics.

D'autre part, il existe des activités économiques qui répondent aux finalités d'un service public. A ce titre, on peut citer des activités aussi diverses comme la distribution d'eau, la gestion des déchets, la fourniture d'énergie, les services postaux, la mise à disposition d'un réseau téléphonique.

Dans ce contexte, un Etat peut soustraire abusivement une activité économique à la libre concurrence en se prévalant de son caractère d'intérêt général.

Au plan interne, et s'agissant des télécommunications, l'encadrement de ces activités a été pris en compte par l'adoption de principes communs qui sont l'ouverture progressive des marchés à la concurrence, la séparation comptable des activités de gestion du réseau et de fourniture de service et la régulation du secteur par une autorité indépendante.

### **Section 1 : Le fondement des exemptions**

Le législateur communautaire va appréhender ces questions en régulant ces atteintes à la concurrence de manière à considérer à la fois l'intervention des pouvoirs publics puis les activités des opérateurs économiques.

---

<sup>1</sup> On entend par faits justificatifs, les circonstances matérielles ou juridiques dont la réalisation neutralise la responsabilité pénale (légitime défense, état de nécessité...). Ils découlent de la volonté expresse ou tacite du législateur.

### **Parag 1 : Limites à la concurrence par l'intervention des pouvoirs publics**

Dans un premier temps, le législateur communautaire va réaffirmer la soumission de certaines entreprises investies de mission d'intérêt général à la libre concurrence tout en légitimant les atteintes qu'elles pourraient y porter.

*Ainsi, au terme de l'article 6.2 alinéas 1 et 2 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA Relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest – Africaine :*

*« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique « général ou présentant un caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux « règles du Traité relatives à la concurrence.*

*« Cependant, dans l'hypothèse où l'application de ces règles fait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie, la Commission, conformément à l'article 89 alinéa 3 du Traité de l'UEMOA, peut octroyer des exemptions à l'application de l'article 88(a) et le « cas échéant, de l'article 88(b) du Traité.*

*« ... »*

#### **A- Le statut particulier du service public en droit communautaire**

L'article 6.2 alinéas 1 et 2 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA Relatif ne donne pas une définition du service d'intérêt économique général (SIEG).

A l'instar de l'article 86 du Traité des Communautés Européennes dont il est sûrement d'inspiration, ce texte semble conférer un statut particulier au service public.

En Europe, c'est la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) qui a défini ce terme.

D'abord, elle a été amenée à exclure de cette notion bon nombre d'activités de service public présentant un caractère régalién, telle que la police, la justice, l'éducation national ou encore les régimes obligatoire de sécurité sociale.

A cet effet, le défaut de caractère économique attribuable à des activités économiques empêche de retenir la qualification nécessaire à l'application de l'article 6.2 sus visé.

Ensuite, la CJCE donne une définition à la fois très large et très souple de la notion de SIEG qu'elle envisage comme *« toute activité économique présentant un intérêt majeur pour l'Etat et dont l'exploitation est nécessaire pou la satisfaction de l'intérêt général ».*

Dans ce contexte, on observera que le droit communautaire ne se préoccupe pas de savoir si les entreprises responsables de la prestation d'un SIEG doivent être publiques ou privées. De même peu importe que l'Etat membre ait jugé nécessaire de conférer à telle ou telle activité un caractère d'intérêt général.

De telles considérations semblent présider à la démarche du législateur de l'UEMOA.

## **B- L'encadrement de la mission d'intérêt général**

Les dispositions de l'article 6.2 sus visé autorisent les entreprises qui sont investies d'une mission d'intérêt économique général à déroger à l'ensemble des règles relatives à la concurrence.

La condition prévue par le texte est l'impossibilité d'accomplir cette mission assignée à l'entreprise.

Ici également, la jurisprudence européenne a indiqué les critères pour lesquels cette impossibilité peut être appréhendée. On pourra en retenir trois :

- la carence de l'entreprise pour mener à bien la mission d'intérêt économique général<sup>1</sup> ;
- la possibilité pour l'entreprise d'assurer une mission d'intérêt économique général dans des conditions d'équilibre économique et financier entraînant une compensation entre des secteurs d'activité rentable et non rentable<sup>2</sup>;
- les conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations auxquelles elle est soumise<sup>3</sup>.

On retiendra finalement que la restriction de la concurrence ne peut être légitimée qu'à la condition que l'introduction de la concurrence cause un préjudice économique d'une gravité telle que le bilan coût /avantage d'une concurrence pour l'entreprise qui gère un service d'intérêt économique général doit s'avérer globalement défavorable .

Peu importe que la survie de l'entreprise soit elle- même menacée.

### **Parag 2 : Limites à la concurrence par le fait des opérateurs économiques**

Aux termes de l'article 7 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA précité :

*« En application de l'article 89 alinéa 3 du Traité de l'UEMOA4, la Commission peut déclarer les articles 88(a) du Traité de l'UEMOA et 3 du présent Règlement inapplicables,*

*« - à tout accord ou catégorie d'accords,*

*« - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprise,*

---

1 V. arrêt Hôfner pour un agence de placement de cadres, confirmé par CJCE «Job Centre » du 11.12.1997 aff C-55/96 rec I-7119 et « Giovanni Carra » du 806.2000, aff C-258/98.

2V. notamment TPI « FFSA /Commission » du 27 février 1997 aff. T-106/95 rec II-0229 pour la compensation des surcoûts du secteur postal.

3 V. CJCE « Commune de Copenhague/FFAD » du 23.5.2000, aff C-209/98.

« et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées,

« qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans

« a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;

« b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des « en cause d'éliminer la concurrence ».

## Section 2 : Le régime des exemptions communautaires

### Parag 1 : Le domaine des exemptions communautaires

La loi a prévu deux séries de situations pouvant faire l'objet d'exemptions.

#### A- Les exemptions collectives

L'article 6.1 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA Relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest – Africaine prévoit que :

« La Commission en application de l'article 89 alinéa 3 du Traité et de « l'article 7 du Règlement N°02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques « à l'intérieur de l'UEMOA, peut adopter, par voie de Règlement « d'exécution, des exemptions par catégorie... ».

#### 1. La nature des accords

Le législateur communautaire a prévu trois situations pouvant faire l'objet d'exemption par catégorie. Il s'agit de :

- a. Les accords de spécialisation : ce sont les accords par lesquels des entreprises s'engagent réciproquement, à des fins de spécialisation,
  - soit à ne pas fabriquer elles-mêmes ou ne pas fabriquer des produits déterminés et à laisser à leurs contractants le soin de fabriquer des produits,
  - soit à ne fabriquer ou ne faire fabriquer des produits déterminés qu'en commun<sup>1</sup>.
- b. Les accords de recherche et de développement : qui sont définis comme les accords entre entreprises ayant pour objet :
  - la recherche et le développement en commun de produits ou de procédés ainsi que l'exploitation en commun de leurs résultats ;

---

<sup>1</sup> Cf. art 6.2 du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA Relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest – Africaine



- l'exploitation en commun des résultats obtenus lors de recherches conjointes sur la base d'un accord antérieur ;
  - la recherche et le développement en commun de produits ou de procédés, à l'exclusion de l'exploitation de leurs résultats dans la mesure où ils tombent sous l'interdiction de l'article 88 (a) du Traité<sup>1</sup>.
- c. Les accords de transfert de technologie qui sont les accords entre entreprises, de licence de brevet ou de licence de savoir-faire, les accords mixtes de brevet et de savoir faire et les accords comportant des clauses accessoires relatives à des droits de propriété intellectuelle autres que les brevets<sup>2</sup>.

## 2. Forme des accords

Sous le couvert d'accord on entend les accords, les décisions et les pratiques concertées qui peuvent revêtir diverses formes. Les accords peuvent ne pas se constituer sous une forme écrite. Mais ils peuvent résulter de la seule volonté commune des parties. Il s'agit là d'une condition nécessaire et suffisante<sup>3</sup>.

Ceci s'explique par le fait que les partenaires en cause sont dans un domaine économique et que les relations quotidiennes entre entreprises ou associations professionnelles ne sont pas nécessairement formalistes. Dans ce dernier cas, on pourra discuter de la preuve de cet accord. Elle pourra être appréciée à partir d'un faisceau d'indices.

Sont également pris en compte dans le champ du Règlement sus visé les délibérations des associations professionnelles et même de simples comportements parallèles<sup>4</sup>. Encore faudrait-il que lesdits accords répondent aux autres conditions justifiant l'octroi de l'exemption.

### **B- Les exemptions relevant des abus de position dominante**

L'article 7.1 point (b) *Règlement n°03/2002/CM/UEMOA Relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest – Africaine* précise entre autres que les abus de position dominante peuvent être légitimés s'ils remplissent les conditions édictées par l'article 6.2 du *Règlement N°02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques à l'intérieur de l'UEMOA*.

En rappel, l'abus de position dominante se définit 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*<sup>5</sup> ».

---

1 Ibid. Il faudra rappeler que l'article 88 (a) du Traité interdit de plein droit, un an après son entrée en vigueur, « 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 » ;

2 Cf. . art 6.2 du *Règlement n°03/2002/CM/UEMOA Relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest – Africaine*

3 Cf. . Note 2 sous Annexe n°1 *Règlement n°03/2002/CM/UEMOA*.

4 Ibid.

5 Voir note sous l'Annexe n°1 *Règlement n°03/2002/CM/UEMOA*.

Cette disposition est originale en droit communautaire de l'UEMOA d'autant que le droit européen considère les abus de position dominante comme étant toujours des limitations de concurrence injustifiées.

La seconde originalité réside dans le fait que le texte renvoie la légitimation des ententes illicites et des abus de position dominante aux mêmes conditions de recevabilité, ainsi qu'elles sont exposées ci-après.

## **Parag 2 : Les atteintes justifiées à la libre concurrence.**

### **A- Justification des exemptions**

Les pratiques concurrentielles pourront être exemptées de sanction par les autorités nationales et communautaires de la concurrence dans la mesure où la limitation apportée à la concurrence sera considérée comme justifiée. Ainsi une entente n'est pas sanctionnée lorsqu'elle contribuera au progrès économique. Il en sera ainsi lorsque les auteurs des pratiques peuvent prouver qu'elles y contribuent.

Ce sont donc des considérations économiques qui légitiment les pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, pour être « excusable » la pratique devra répondre à quatre conditions suivantes.

L'entente doit :

- contribuer à l'amélioration de la production ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
- réserver une part équitable du profit qui en résulte aux utilisateurs,
- ne pas imposer aux entreprises concernées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- ne pas donner la possibilité à des entreprises d'éliminer la concurrence.

### **B- La consécration du principe de proportionnalité**

En réalité, ces conditions reviennent à exiger que l'atteinte à la concurrence soit, en pratique, nécessaire et proportionnel. L'atteinte à la concurrence ne devant pas aller au-delà de ce que exige l'objectif du progrès économique. Il s'agit là de l'appréhension par le législateur de l'UEMOA d'une jurisprudence européenne relative au respect du principe de proportionnalité laquelle considère que les mesures dérogatoires portant atteinte à la concurrence ne sont admissibles que si elles sont nécessaires à l'entreprise pour remplir sa mission d'intérêt économique général et si aucun autre moyen moins attentatoire aux règles communautaires ne peut être utilisé<sup>1</sup>. De sorte que la limitation ou l'exclusion de la concurrence ne peut être que « l'ultima ratio » à laquelle peut recourir un Etat.

Dans ces conditions, celui qui invoque le bénéfice de l'article 6.2 du *Règlement N°02/2002/CM/UEMOA*, doit démontrer la nécessité des mesures restrictives.

---

<sup>1</sup> Voir CJCE « Corbeau » opt cit ; conclusions A.G. Cosmas sous les affaires C-157 à 160/94)

La jurisprudence européenne a décidé que cette obligation ne peut aller jusqu'à imposer de prouver qu'aucune autre mesure ne permet d'assurer la mission d'intérêt économique général dans les mêmes conditions<sup>1</sup>.

---

1 V. CJCE » Commission/pays-Bas, Italie, France et Espagne aff. C-1557 à 160/94



## CONCLUSION GENERALE

Si l'on part du principe que la concurrence est une « **confrontation entre entreprises dont chacune cherche à augmenter ses parts de marché le plus souvent au détriment des autres** »<sup>1</sup>, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles constitue ce que l'on nomme traditionnellement comme étant le droit *antitrust* classique. Il s'agit du « cœur » du droit de la concurrence. L'objectif du dispositif législatif en la matière est le maintien d'une libre concurrence sur le marché : *réprimer les ententes et abus de position dominante*. Auxquels s'ajoutent les abus de dépendance économique et les pratiques de prix abusivement bas ou de prix prédateurs.

En l'espèce, le contrôle est *a posteriori*, l'effectivité de la règle dépendant de l'effet dissuasif des sanctions prononcées dans la mesure où le mécanisme de contrôle n'est mis en œuvre qu'une fois la pratique anticoncurrentielle détectée par les autorités chargées de la concurrence. Les exigences induisent la démarche à suivre à savoir, mettre en place une architecture institutionnelle dotée d'outils de régulation performants.

La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles suppose la nécessité de mettre en place un système institutionnel harmonisé et efficace avec des normes contraignantes. L'objectif est de laisser le marché réguler par lui-même le niveau des prix de produits et de services, via le jeu de l'offre de la demande, la concurrence permettant d'offrir au consommateur le plus grand choix de produits et de services au meilleur prix possible.

Cela doit se traduire par des règles de fonctionnement facilitant la prise de décisions, tout en assurant une répartition claire des responsabilités entre les organes.

L'intervention de l'Autorité dans le processus normatif se traduit par le cumul d'un pouvoir d'avis et d'un pouvoir propre de réglementation. Ce dernier s'opère dans des domaines limitativement définis. Il faut distinguer et articuler. Il importe d'établir une distinction entre réglementation, régulation concurrentielle de droit commun et régulation spécialisée de caractère technique ou d'organisation du marché.

Pour assurer le fonctionnement efficace du système, il faut que les règles administratives de nature technique et économique soient élaborées et mises en œuvre. L'Autorité sectorielle de régulation est une autorité qui doit prendre en compte et appliquer les orientations de politiques publiques ou de service public. L'existence de cette autorité doit s'articuler avec celle de l'autorité de droit commun de la concurrence.

La question qui demeure posée de savoir dans quelle mesure le marché peut et doit régler seul des secteurs dont on sait qu'ils sont essentiels, vitaux aux équilibres sociaux. Avec cette circonstance qu'en Afrique, le caractère stratégique du secteur est, de tout temps réaffirmé. Cette situation soulève la délicate question de l'articulation des compétences respectives de chacune des autorités de régulation.

Le réalisme de l'environnement concurrentiel repose sur des institutions véritablement articulées autour des objectifs poursuivis. L'équilibre entre régulation sectorielle et régulation

---

1 A. BIENAYME, Principes de concurrence, Economica, 1998 p 5.

concurrentielle doit tendre à garantir la cohérence et la sécurité du dispositif concurrentiel. Le rôle de la technologie moteur de la régulation s'applique de plus en plus. En effet, la régulation a l'impératif de créer un corpus juridique cohérent dans un environnement qui se caractérise par la rapidité d'un progrès technique qui remet en cause, chaque jour davantage les bases matérielles du système.

Sur ce dernier point, quelques questions fondamentales se posent aujourd'hui aux acteurs et décideurs du secteur : dans quelle mesure et en quels termes économiques la téléphonie sur internet utilisant les protocoles IP est-elle susceptible de concurrencer le service téléphonique traditionnel et quelles sont les conséquences juridiques et économiques des considérations stratégiques d'intégration de services et d'infrastructures où la téléphonie en tant que telle ne jouerait plus le rôle le plus important ?

Comment de nouvelles pratiques illicites qui apparaîtront pourront-elles être appréhendées ?

C'est là, toute la problématique de la convergence des réseaux qui soulève à terme et nous y sommes déjà, la question d'une régulation uniforme des réseaux, indépendamment des services offerts et des technologies utilisées. En réalité, ces questions cruciales sont aux portes des pays considérés par notre étude, parce que précisément, ils n'ont pas les moyens de maîtriser cette dimension de la régulation du secteur qui implique innovation et détermine les perspectives du contrôle tarifaire au cœur de notre problématique. La question primordiale est de savoir comment intégrer les innovations à l'élaboration d'une régulation précisément axée autour d'un dispositif institutionnel cohérent et adapté au contexte politique, économique et social des pays africains.

Le dispositif institutionnel est au cœur de la régulation ainsi que les mécanismes mis en place pour le fonctionnement des organes. La batterie institutionnelle doit toujours s'articuler autour de l'Autorité de régulation, l'observation des marchés de télécommunications et une action plus renforcée du Conseil National de la Concurrence et de la Consommation. S'agissant de l'Autorité de régulation, des pouvoirs de contrôle plus accrus et de suivi systématique du secteur pourraient lui être attribués. Elle aura un rôle à jour en matière de diffusion de bonnes pratiques d'accès et d'interconnexion. Il s'agira, entre autres, de faire observer les prescriptions particulières qui sont introduites dans les cahiers des charges.

Les clauses "Service Level Agreement (SLA)" doivent être obligatoirement insérées dans les conventions d'interconnexion.

L'Autorité gagnerait beaucoup en mettant sur pied un observatoire des marchés des télécommunications lequel aura en charge toutes les questions directement liées au comportement des marchés. Sa mission sera de recueillir des informations et de gérer une base de données relative au secteur. Il pourra procéder par enquêtes ou consultations.

Ces fonctions nécessitent que l'observatoire soit un service permanent. Dans le même ordre d'idée, l'Autorité doit procéder à la détermination des marchés pertinents. La compétence des ministres chargés du secteur est en général relativement bien répartie et doit avoir pour limites les objectifs de mission de service public. La bonne régulation doit s'appuyer sur un pouvoir réglementaire strictement encadré. Mais le dispositif concurrentiel ne peut prospérer si les Etats ne mettent pas en place une structure efficace tenant lieu de Conseil de la Concurrence comme en France. C'est pourquoi la Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation doit être dotée de prérogatives plus élargies. Dotée de pouvoir de

sanction et d'injonction, sa fonction contentieuse mérite d'être établie, comme complément indispensable de sa fonction consultative.

L'efficacité du droit de la concurrence dans la problématique de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles est admise par tous. Il s'agit d'un mécanisme de régulation qui, tout en permettant de prévenir le contentieux, a contribué à combiner la flexibilité de son action par rapport aux réponses juridiques traditionnelles. Evidemment, la transparence et la flexibilité sont le résultat d'un contrôle tarifaire conséquent.





# BIBLIOGRAPHIE

## I- DOCUMENTS DE BASE

“Manuel sur la réglementation des télécommunications”

édité par **Hank Intven, Mc Carthy Trétrault**

Première Edition Nov 2000

“ Législation communautaire sur la Concurrence”

**Commission de l’UEMOA**

Collection DTE Edition GIRAF

- “ Lamy Droit économique : Concurrence, Distribution, Consommation”

**Gérard Cas, Roger Bout, Etienne Petit**

Ed 1994

- “La régulation Internationale des Télécommunications”

Cours de Philippe Barbet BAGDE Ouaga 2005

## II- DOCUMENTS ET ARTICLES

“Le nouveau marché des Télécoms”

**Olivier Itéanu, Marianne Vormès**

Editions EYROLLES 1998

- **Lucien Rapp** « *Le nouveau régime de l’interconnexion des réseaux de télécommunication dans la loi française du 26 juillet 1996* » : JURIS PTT- N°49- 3è trimestre 1997 puis JURIS PTT- N° 51- 1er trimestre

**DJETABA D. Dowta** “ *Impact économique de la libéralisation du secteur des télécommunications au Togo* » Octobre 2001

1998 : TF1 Affaires Européennes “*Projet de réponse au livre vert sur la convergence*”  
archivé in <http://europa.eu.int/IPSO/convergencegp/tf1.html>

- **TOUGOUMA Zowindé Emmanuel** “*Impact économique de la concurrence sur le marché des télécommunications au Burkina Faso : Cas des téléphones cellulaires*”

Document de synthèse sous la direction de TOUGMA Yemdaogo- Unité de Formation et de Recherche en Sciences Economiques et de Gestion (Université de Ouagadougou)

Année académique 2002/2003

- **Raoul Marc JENNAR** “ *SIEG = AGCS*”

[http://www.alencontre.org/page/print/europe AGCS\\_ServIntgen.htm](http://www.alencontre.org/page/print/europe_AGCS_ServIntgen.htm)

**R.M.** “ *L’intérêt économique général n’est en aucun cas l’intérêt général* ”

Extrait du journal l’Humanité- Rubrique Politique ; article paru dans l’édition du 13 décembre 2004 ; archivé in [http://www.humanité.presse.fr/popup\\_print.php3?id\\_article=452890](http://www.humanité.presse.fr/popup_print.php3?id_article=452890)

- 1998 **CREDECO** “ *Les pouvoirs de l’autorité de régulation des télécommunications* ”

Note méthodologique- Octobre 1998

In file://G:/CREDECO%20Centre%20de%20en%20droit%20économique...

- **Claire VANNINI** “ *Droit communautaire, service public et concurrence*”

Fondation Robert Schuman – Le Supplément de la Lettre n°203

- **Fabrice Claireau, Stéphane Rodrigues** “ *Services d’intérêt (Economique) général- Services Publics*”

Dictionnaire juridique de l’Union européenne (sous la direction d’Ami Barav et Christian Philip) archivé dans...

- **Patrice Reis** “ *La concurrence* ” ; Ecole doctorale Marché et organisations Droit – Economie Gestion

**Kadidia KONE** “ *Le secteur des télécommunications au Mali*”

archivé dans [http://www.izf.net/izf/EE/pro/mali/5020\\_telecom.asp](http://www.izf.net/izf/EE/pro/mali/5020_telecom.asp)

- **Jacques-Henri STAHL**, “ *Le contrôle des décisions administratives à finalité anticoncurrentielle : l’exemple des concentrations*” dans <http://www.finances.gouv.fr/DGFCRF/plan.htm?ru=00>
- **Cabinet d’avocats Eric Veve et Associés- Cabinet Analysys Limited Succursale** “ *Etude relative à l’harmonisation réglementaire des télécommunications en Afrique francophone sub-saharienne*” (Confidentiel)
- **Antonio Mele** “ *Pour une analyse critique de la déréglementation du secteur des télécommunications au Mali*” ; extraits de rapport de stage-DESS en Géopolitique et Relations Internationales in [http://csdptt.org/forum.php3?id\\_article=3158retour=article315html](http://csdptt.org/forum.php3?id_article=3158retour=article315html)
- **Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF)** “ *Concurrence- Exploitation abusive de position dominante*” dans G:/ DGCCRF- Concurrence-Abus de position dominante.htm
- **Thierno Mohamadou Baba Ly** “ *Régulation et Concurrence- Régulation et Protection des Consommateurs*”-Atelier de formation « Pratiques Réglementaires »-Projet IUT/CE- Renforcement des Capacité en Régulation pour les pays de la CEDEAO- PRIA 12-16 décembre 2005.

- **David N. Townsend & Associates** “*Ghana Draft Telecoms Policy*” – Republic of Ghana- Ministry of Communication- National Communication policy; Draft = 3.1 june 8, 2004
- Linquette “*Les aides d’Etats aux entreprises assurant une mission de service public*”.
- Ambassade de France au Ghana “*Les télécommunications au Ghana*”  
Fiche de synthèse 2003

### III- TEXTES DE REFERENCE

#### MALI

Déclarations de politique sectorielle des télécommunications de 1998 et de 2000.

#### Lois / Ordonnances

30 sept. 1999 – ordonnance n°99-043/P-RM régissant les télécommunications en République du Mali

27 février 2001 Loi n°01-005/ portant modification de l’ordonnance n°99-043/P-RM du 30 septembre 1999 régissant les télécommunications en République du Mali

#### Décrets

10 mai 2000 décret n°00-226/P-RM déterminant les modalités de déclaration pour l’établissement de réseaux et/ou l’exploitation de services de télécommunications soumis à déclaration

10 mai 2000 décret n°00-227/P-RM fixant les modalités de fonctionnement du Comité de régulation des télécommunications

10 mai 2000 décret n°00-229/P-RM relatif au partage d’infrastructures de télécommunications

10 mai 2000 décret n°00-230/P-RM relatif à l’interconnexion dans le secteur des télécommunications.

24 juillet 2002 – décret n°02-376/P-RM fixant la procédure d’octroi d’une licence d’établissement et d’exploitation de réseaux et services de télécommunications délivrée à IKATEL s.a et déterminant la durée, ainsi que les modalités de cession, de suspension et de retrait de la licence.

#### Arrêté

01 Août 2002 arrêté n°02-1628 portant octroi d’une licence d’établissement et d’exploitation de réseaux et services de télécommunications.

#### BURKINA FASO

Déclarations de politique sectorielle des télécommunications de juillet 1999.

#### Lois

Loi n°05/98/AN portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso.

Loi n°15/94 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso

Loi n°033-2001/AN portant modification de la loi n°15/94 du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso

#### Décrets

Décret n°99-419/PRES/PM/MC portant approbation des statuts de l'ARTEL

Décret n°2000-083/PRES/PM/MC/MCIA portant modalités d'établissement et de contrôle des tarifs des services de télécommunications.

Décret n°2000-155/PRES/PM/MC portant concession à l'ONATEL des réseaux et services sous droits exclusifs de l'Etat

#### Décisions

Décision n°2002/000038/DG-ARTEL/DR portant sur le litige relatif au tarif public à l'international entre TELECEL FASO et l'ONATEL.

Décision n°2002/0000/39/DG-ARTEL/DR portant litige relatif au détournement de la clientèle entre CELTEL BURKINA et l'ONATEL.

### **TOGO**

Déclaration de politique sectorielle de février 1996

#### Lois

Loi n°98-005 du 11 février 1998 sur les télécommunications

Loi n°99-011 du 28 décembre 1999 portant organisation de la concurrence au Togo.

#### Décrets

Décret n°98-089 du 16 septembre 1998 relatif à l'interconnexion des réseaux de télécommunications

### **IV- PRINCIPAUX SITES WEB**

[www.artel.bf](http://www.artel.bf)

[www.artp.tg](http://www.artp.tg)

[www.atci.ci](http://www.atci.ci)

[www.ncc.gov.ng](http://www.ncc.gov.ng)

[www.art-telecom-senegal.org](http://www.art-telecom-senegal.org)

<http://mali-reforme-telecom.mctmtl>

[www.icgb.org](http://www.icgb.org)

[www.art-telecom.fr](http://www.art-telecom.fr)

[www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

[www.unitar.org/isd](http://www.unitar.org/isd)

[www.inteleconresearch.com](http://www.inteleconresearch.com)

[www.sonatel.sn](http://www.sonatel.sn)

<http://mali.viky.net/sotelma/cgi-bin/>



# TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>PREMIERE PARTIE - LES FORMES DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES</b>	<b>15</b>
<b>TITRE PREMIER - OBSTACLES A L'ENTREE SUR LE MARCHE DES TELECOMMUNICATIONS</b>	<b>16</b>
Chap. I : Restrictions administratives et juridiques à la concurrence	16
Chap. II : Obstacles à l'accès à l'interconnexion	25
<b>TITRE 2<sup>EME</sup> - DISTORSIONS DE LA CONCURRENCE SUR LE MARCHE DES TELECOMMUNICATIONS</b>	<b>32</b>
Chap. I : La notion d'abus de position dominante	33
Chap. II : Les restrictions à la concurrence	43
<b>DEUXIEME PARTIE - LA SANCTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES</b>	<b>49</b>
<b>TITRE 1<sup>ER</sup> - ETAT DES DISPOSITIONS LEGALES EN VIGUEUR</b>	<b>49</b>
Chap. I : La sanction au plan national	49
Chap. II : La sanction au plan communautaire	59
<b>TITRE 2<sup>EME</sup> - LES LIMITES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES SANCTIONS DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES</b>	<b>66</b>
Chap. I : Bilan du dispositif au plan national	66
Chap. II : La question des exemptions des pratiques anticoncurrentielles	69
<b>CONCLUSION GENERALE</b>	<b>77</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>81</b>