



**BADGE REGULATION DES
TELECOMMUNICATIONS**
Promotion 2005

LE CONCEPT D'OPERATEUR DOMINANT DANS LA REGLEMENTATION DES TELECOMMUNICATIONS : CAS DU BURKINA FASO

Salamata ROUAMBA née ILLY



INSTITUT DE LA BANQUE MONDIALE

Promouvoir l'éducation et le savoir pour un monde meilleur



Ecole Supérieure Multinationale des Télécommunications

**LE CONCEPT
D'OPERATEUR
DOMINANT DANS LA
REGLEMENTATION DES
TELECOMMUNICATIONS :
CAS DU BURKINA FASO**

**Salamata ROUAMBA
née ILLY**

mars 2006

Avertissement

Ce mémoire constitue le travail de fin d'étude du Badge¹ 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'Artel du Burkina Faso, 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.

¹ BADGE: Brevet d'Aptitude délivré par les Grandes Ecoles.

REMERCIEMENTS

Nos remerciements s'adressent :

- A monsieur le directeur Général de l'ONATEL pour avoir accepté de nous inscrire à cette formation BADGE ;
- A monsieur le Directeur Général de l'ARTEL pour avoir initié une telle formation ;
- A madame Audrey BAUDRIER pour avoir accepté de nous encadrer et qui a fait preuve de patience et de disponibilité pour dans le suivi de notre travail ;
- A monsieur Laurent GILLES et à tous les formateurs de la session 2005 du cours BADGE ;
- A toute ma famille pour son soutien et ses encouragements ;
- A tous ceux qui d'une manière ou une autre ont contribué à la réalisation du présent document.

INTRODUCTION

Depuis la fin des années 1980, l'idée selon laquelle les secteurs stratégiques de l'économie devaient relever d'un service d'intérêt général et de monopole a été remise en cause. Progressivement, la déréglementation s'est imposée comme une nécessité pour renforcer l'efficacité économique du secteur des télécommunications, considéré comme vital pour le développement de l'ensemble de l'économie.

La politique de libéralisation s'explique par plusieurs facteurs que l'on peut qualifier d'économique, de technique et réglementaire.

En effet, le facteur économique est principalement marqué par la remise en cause des monopoles naturels, aux vues de l'importance du territoire à couvrir et la fonction primordiale des télécommunications, seuls les pouvoirs publics étaient à même de mobiliser les fonds nécessaires au développement de ce secteur. Cette idée a été remise en cause car les investissements même très importants, peuvent être apportés par des entreprises privés, grâce à la théorie de marché (investissement/ productivité).

Le facteur technique est lié au développement des techniques de télécommunications, et notamment pour la transmission des données. En effet, l'évolution accélérée de la technologie dans le domaine des télécommunications nécessite l'intervention du secteur privé afin de diversifier l'offre et répondre aux besoins de plus en plus diversifié des consommateurs.

Quant au facteur réglementaire, il serait lié au phénomène de mondialisation des échanges. Dès lors qu'un Etat s'engage dans un processus de libéralisation, il devient difficile aux autres Etats de l'ignorer, et par conséquent de maintenir leur réglementation protectionniste. Le mouvement de déréglementation est ainsi devenu « contagieux ».

Au niveau communautaire, l'Union Economique Monétaire Ouest Africain (UEMOA), a entamé l'harmonisation de la réglementation relative aux télécommunications dans les Etats membres de l'union.

Quant à la communauté économique des états de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), elle s'est également engagée dans un processus d'harmonisation des législations en matière de TIC.

La réforme du secteur des télécommunications intervenue au Burkina Faso en décembre 1998 répond à un objectif principal, celui de libéraliser le secteur en vue de son développement.

En effet, jadis sous monopôle de l'Etat, la loi 51/98/ An du 04 décembre 1998, et l'ensemble de ses textes d'application consacre la libéralisation du secteur des télécommunications. Ainsi trois régimes de services sont prévus.

La création de l'Autorité de Régulation des télécommunications (ARTEL) en plus du Ministère des Postes et Télécommunications, consacre la séparation des pouvoirs de réglementation, de régulation et d'exploitation.

Le premier étant du ressort du ministère en charge des télécommunications, le second du régulateur et la fonction d'exploitation revenant aux opérateurs.

A la faveur de cette semi libéralisation, de nouveaux opérateurs ont fait leur entrée sur le marché des télécommunications burkinabé.

Le marché des télécommunications passe ainsi d'un marché monopolistique à un marché concurrentiel.

Faut-il dès lors continuer à faire fi des principes du droit de la concurrence dans la régulation du secteur ?

La séparation traditionnelle du droit de la concurrence et du droit de la régulation est-elle toujours d'actualité?

Le postulat de départ est qu'il y a régulation si l'on se trouve en présence de secteurs dont le droit prend en charge la construction, la surveillance et le maintien de force des grands équilibres ¹ (Il s'agit essentiellement des industries de réseaux comme les télécommunications, l'électricité ou le gaz).

La régulation sectorielle revêt deux aspects, le premier est qu'elle a en charge l'ouverture à la concurrence. Dans ce sens, la concurrence s'apprécie en termes de « marché pertinent qui en période de progrès technologiques est très évolutif. Quant au second aspect, c'est celle qui vise à mettre en communication des valeurs marchandes avec des valeurs non marchandes comme le pluralisme de l'information (CSC ex CSI).

L'objet du droit de la régulation porterait sur l'ouverture d'un secteur à la concurrence,

Si le droit de la régulation est une sorte de « cœur de métier », le droit propre aux secteurs régulés, ceux-ci auraient en commun de devoir être construits et maintenus en permanence dans un équilibre entre un principe de concurrence et un principe autre, lequel peut varier selon les secteurs.

Fondamentalement, certaines conceptions qui éliminaient purement et simplement de la régulation le pouvoir de l'autorité de droit commun du marché, l'autorité chargée de la concurrence au motif que celles – ci ne construisent pas les marchés mais les contrôlent ex-post nous semblent trop réductrices.

Dans le domaine des télécommunications, en raison de la constante définition des marchés, une autorité de la concurrence construit les marchés et ne se contente pas d'en assurer le contrôle ; elle les régule.

Cependant, la législation burkinabé des télécommunications tout en faisant référence au droit de la concurrence, ne s'en inspire pas totalement pour emprunter les principes prévus par ce droit.

Dans un marché désormais ouvert à la concurrence, il importe de prévoir les pratiques anticoncurrentielles dans les textes régissant ce marché.

Aussi, la loi 51/98 contient quelques références au droit de la concurrence notamment pour ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles en définissant ce qu'est une entreprise en position dominante sur le marché.

L'obligation est faite à l'autorité de régulation de publier annuellement la liste des entreprises qu'elle considère comme occupant une position dominante.

¹ M-A FRISON-ROCHE, la régulation, objet d'une branche de droit, cité par LAURENCE BOY dans droit de la concurrence : Régulation et/ou contrôle des restrictions à la construction)

Mais le législateur ne prévoit pas de critères encore moins de procédure pour déclarer telle ou telle opérateur dominant.

Il est alors indispensable que le droit des télécommunications constitué du cadre réglementaire au Burkina Faso, s'inspire du droit de la concurrence pour une régulation efficace du marché.

La loi 51/98 fait ainsi quelques références au droit de la concurrence en évoquant les pratiques anti concurrentielles.

Dans un marché où certains segments d'activités sont encore sous monopôle, avec une ouverture limitée aux activités de téléphonie mobile, s'il est facile pour le régulateur de déclarer sur le marché sous monopôle, le seul opérateur comme dominant, il n'en est pas de même sur le marché du mobile déjà libéralisé et partagé par trois opérateurs. Ce qui pose le problème de la dominance conjointe.

Avec la libéralisation totale du secteur des télécommunications prévue pour le 1^{er} janvier 2006 et l'évolution des Technologies de l'Information et de la Communication, les principes du droit de la concurrence ne s'imposeront –ils pas d'eux même à la régulation ?

Cette situation ne nécessite-elle pas une redéfinition de l'opérateur dominant ainsi qu'une précision des règles de sa régulation ?

De plus, l'utilisation des principes de la concurrence ne permet- elle pas à l'autorité de régulation de mieux maîtriser son marché ? Afin de le réguler convenablement ?

En d'autres termes, le cadre règlementaire burkinabé ne doit-il pas tenir compte de cette évolution du secteur ? Si l'on considère le principe selon lequel la loi dispose pour l'avenir, elle doit être prospective et non se contenter de régir la situation présente.

La sanction des comportements anti concurrentiels suppose des règles préalablement établies et connues des opérateurs en la matière.

Faisant référence au droit de la concurrence, le législateur burkinabé a défini la notion d'opérateur dominant. Cette notion qui avait un sens à un moment donné (secteur partiellement libéralisé) serait dépassée et inapplicable dans un environnement totalement libéralisé.

N'est –il pas indiqué que dans le cadre de la relecture du cadre règlementaire des télécommunications, l'on prenne en compte l'évolution intervenue et à intervenir dans le secteur en vue de mieux définir cette notion.

La définition des opérateurs dominants et la détermination d'un cadre de régulation contribueraient à assainir les relations entre le régulateur et les opérateurs.

Pour cela, notre étude se propose d'aborder la question en deux parties.

Dans un 1er temps, nous analyserons le contexte et l'origine du concept d'opérateur dominant à travers le droit de la concurrence d'une part et le droit des télécommunications d'autre part. Des références seront fait par rapport au droit communautaire des télécommunications et de la concurrence.

Dans une seconde partie, nous examinerons l'influence de la concurrence dans la régulation des opérateurs dominants à travers la mise en œuvre du concept.

Mais auparavant, nous ferons une description du cadre juridique des télécommunications au Burkina Faso.

CHAPITRE PRELIMINAIRE : LE CADRE JURIDIQUE DES TELECOMMUNICATIONS AU BURKINA FASO

Le secteur des télécommunications au Burkina Faso est régi par la loi 51 /98 du 04 décembre 1998 portant réforme du secteur des télécommunications. Avant cette date, les télécommunications étaient un monopole de l'Etat régi par la loi n° 45-62 AN du 21 décembre 1962 portant réglementation de la Radioélectricité privée sur le territoire du Burkina Faso¹.

Cette nouvelle loi vise les objectifs suivants :

- a) Promouvoir le développement des télécommunications au Burkina Faso par la création d'un cadre juridique approprié prenant en compte les exigences de la libéralisation ;
- b) promouvoir et favoriser le rôle des télécommunications comme instrument fondamental du développement économique, social et culturel ;
- c) favoriser l'émergence et le développement d'un secteur concurrentiel des télécommunications pour faciliter l'accès des usagers aux services nouveaux de télécommunications aux meilleurs prix;
- d) développer et améliorer le service public des télécommunications par une meilleure couverture nationale en service de base de télécommunications ;
- e) garantir les intérêts des utilisateurs et de la sécurité publique dans le secteur des télécommunications ;
- f) assurer un service universel par la fourniture d'un service de base à couverture territoriale à des prix raisonnables.

Les principaux objectifs de la loi se résument en deux points: favoriser le développement des télécommunications au Burkina Faso et promouvoir l'émergence d'un environnement concurrentiel dans le secteur.

Afin d'atteindre ces objectifs, elle a prévu un cadre institutionnel et des régimes juridiques pour les différents services de télécommunications.

I- LE CADRE INSTITUTIONNEL ET OPERATIONNEL DES TELECOMMUNICATIONS AU BURKINA FASO

Au Burkina Faso, la loi 51/98 consacre la séparation des pouvoirs de réglementation et d'exploitation. Si le premier est reconnu au ministre chargé des télécommunications, la seconde fonction est dévolue aux opérateurs de télécommunications. Entre ces deux acteurs, il est prévu une autorité de régulation chargée de veiller au respect de la réglementation par les opérateurs.

¹ : Voir J.O.H.V.N° 54 du 31 décembre 1962, p3

I.1 - Le ministre chargé des télécommunications

En tant que représentant du gouvernement dans le secteur, il a pour attributions de mettre en œuvre la politique sectorielle de l'Etat ainsi que les accords, conventions ou traités internationaux concernant les télécommunications, de délivrer les autorisations aux opérateurs, d'initier les procédures d'appels à la concurrence correspondante pour l'attribution des autorisations, de suspendre ou annuler ces autorisations.¹

Le ministre chargé des télécommunications donne également à l'Autorité de Régulation des Télécommunications, des instructions d'ordre général quant aux grandes orientations de ses actions. Les modalités de ses actions sont définies par la loi et ses textes d'applications.

La fonction réglementaire lui revient également. A ce titre, il lui revient de préparer les avant projets de loi et les projets de décret en matière de télécommunications à soumettre au conseil des ministres, de prendre des arrêtés pour compléter le dispositif juridique.

I.2 - l'autorité de régulation

L'Autorité de Régulation des Télécommunications au Burkina Faso, est un établissement public à caractère administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et placé sous la tutelle technique du Ministre chargé de télécommunications. Il assure les fonctions de régulation du secteur.

En effet, avec la libéralisation du secteur donc l'arrivée d'autres opérateurs, il était indispensable de créer un organe chargé de veiller au respect par les opérateurs des règles régissant le secteur.

Aussi, l'Autorité de Régulation des Télécommunications a-t-il pour mission notamment de faire appliquer la réglementation des télécommunications, de veiller également au respect des engagements internationaux du Burkina en matière de télécommunications, de veiller au respect des dispositions des cahiers de charges par les opérateurs, d'accorder les agréments des équipements terminaux, d'assurer la gestion et le contrôle du spectre des fréquences radioélectriques et d'assurer avant tout recours arbitral ou juridictionnel, la conciliation et l'arbitrage des litiges nés entre les opérateurs de télécommunications et entre ceux-ci et les consommateurs.

I.3- Les opérateurs de télécommunications

La loi précitée consacre la libéralisation partielle du secteur avec une ouverture totale dès le 1^{er} janvier 2006.

Sur le segment de la téléphonie mobile, trois opérateurs se partagent le marché, il s'agit de TELMOB, de CELTEL BURKINA et de TELECEL Faso.

Si les deux dernières sont constituées sous forme de sociétés anonymes, avec un actionariat totalement privé, il n'en est pas de même de TELMOB qui est la filiale de l'opérateur historique, société entièrement détenue par l'Etat.

¹ Voir article 64 de la loi 51/98 AN du 04 décembre 1998 portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso.

Ces trois opérateurs sont titulaires d'autorisations délivrées respectivement le 07 avril 2004, le 30 mai 2000 et le 25 mai 2000 pour une durée de dix ans à compter de la date de signature de l'autorisation.

A ces autorisations sont annexés des cahiers de charges qui fixent les droits et obligations de chaque titulaire. Ainsi, il est prévu entre autres des obligations de respect des lois et textes réglementaires des télécommunications applicables au Burkina Faso, des obligations de déploiement et de couverture du territoire, des obligations de qualités de service. Le cahier de charges fixe également les modalités d'utilisation des canaux radioélectriques, de fixation des tarifs, etc.

L'exploitation des communications à l'international et de la téléphonie fixe a été concédée à titre exclusif à l'Office National des Télécommunications, opérateur historique jusqu'au 31 décembre 2005 ⁽¹⁾

L'Office National des Télécommunications est constitué sous forme de société d'Etat. L'article 6 de la loi et du décret précité prévoit la signature d'une convention de concession à laquelle sera annexée un cahier de charges. Jusqu'à l'expiration de la période d'exclusivité prévue, la convention de concession n'a pas été signée encore moins le cahier de charges portée à la connaissance de cet opérateur.

La société exécute des missions de service public en tant que concessionnaire des droits et services appartenant à l'Etat. Il lui est aussi imposé des obligations de paiement de redevance notamment.

Le projet de cahier de charges a été élaboré en vue de sa signature par le partenaire stratégique dans le cadre de la privatisation de l'entreprise. Malheureusement, cette privatisation n'est toujours pas effective or la période d'exclusivité est arrivée à échéance.

La question qui se pose est celle de savoir qu'advient-il de la société si elle n'est pas privatisée ? Ou si elle ouvre son capital à de petits porteurs sans partenaire stratégique par qui sera signée la convention ? Juridiquement, l'Office National des Télécommunications a-t-il véritablement jouit de l'exclusivité à lui accordée par la loi pendant les cinq années ? La question reste posée.

A ces opérateurs, s'ajoutent les fournisseurs de services à valeurs ajoutées.

II - LES REGIMES JURIDIQUES DES SERVICES

La loi a prévu trois régimes pour les services.

II.1 - services sous droit exclusif

Ils sont selon l'article 6 de la loi précitée du ressort exclusif de l'Etat et concernent :

- l'établissement de réseaux nationaux et internationaux non radioélectriques de télécommunications ouverts au public ;
- La fourniture du service téléphonique commuté entre point fixe et du service télex.

¹ Cf. Décret N° 2000- 155/PRES/PM/MC du 28 avril 2000.

Ces droits exclusifs pourront être concédés à une ou plusieurs personnes morales pour une durée déterminée sur la base d'une convention de concession signée avec l'Etat. Cette concession est assortie d'un cahier des charges.

La convention de concession et le cahier de charges devront être approuvés par décret pris en Conseil des Ministres.

Comme nous l'avons souligné plus haut, cette concession a été donnée à l'opérateur historique jusqu'au 31 décembre 2005.

Il est prévu qu'à l'expiration du terme fixé, les réseaux et services seront ouverts à la concurrence et seront régis par les dispositions relatives aux services classés sous le régime de la concurrence réglementée. Dans la pratique, une relecture de la loi s'impose afin de prendre en compte toutes les évolutions intervenues dans le secteur avant toute procédure d'octroi d'une nouvelle licence.

II.2 – Le régime de la concurrence réglementée

Ce régime concerne les réseaux de téléphonie mobile. Ils font l'objet d'autorisations délivrées par le ministre chargé des télécommunications à laquelle est annexée un cahier de charges.¹ Elles sont personnelles et incessibles.

Les autorisations sont délivrées après un appel à la concurrence et précisent les conditions dans lesquelles ces réseaux peuvent être connectés à un réseau ouvert au public.

II.3- Le régime de la concurrence libre

Il s'agit des services des réseaux internes, des réseaux indépendants autres que radioélectriques, exploités dans les conditions prévues par l'Autorité de Régulation des Télécommunications, les installations radioélectriques exclusivement composées d'appareils de faible puissance et de faible portée dont les catégories sont déterminées par l'Autorité de régulation.

Sont également soumis à ce régime, les services à valeur ajoutée.

Ces services font l'objet de simple déclaration auprès de l'ARTEL.

¹ Cf. article 42 de la loi 51/98 précitée

CHAPITRE I- CONTEXTE ET ORIGINE DU CONCEPT D'OPERATEUR DOMINANT

Le concept d'opérateur dominant qui a fait son apparition dans le secteur des télécommunications à la faveur de la libéralisation, semble tirer son origine du droit de la concurrence et du droit des télécommunications.

I – LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Au sens large, le droit de la concurrence assure à la fois, la liberté et la loyauté de la concurrence. La plus grande partie de ses règles protège le marché et s'oppose aux ententes, abus de positions dominantes ou concentration qui suppriment ou réduisent la concurrence entre entreprises.¹

D'autres règles empêchent les agissements fautifs des entreprises qui adoptent des comportements préjudiciables à l'égard de leurs concurrents. Elles protègent les concurrents, non la concurrence. De tels agissements sont susceptibles de constituer des actes de concurrence déloyale ou encore des pratiques restrictives.

Au sens strict, le droit de la concurrence ne se préoccupe pas en principe de loyauté de la concurrence. Inspiré du droit antitrust américain, il a pour objet unique de lutter contre le pouvoir de monopôle ou de marché, c'est-à-dire la capacité dont dispose une entreprise ou un groupe d'entreprises contrôlant une part relativement importante du marché, d'induire une hausse des prix en réduisant les quantités offertes et en obligeant ainsi les consommateurs à se détourner vers d'autres biens, au risque de gaspiller des ressources économiques rares.

Au delà du bon fonctionnement du marché, c'est donc l'efficacité économique et le bien être du consommateur qui sont en cause. Neutre au regard de la répartition des ressources entre les différents opérateurs, le droit de la concurrence est dépourvu de toute préoccupation d'équité.

Il ne poursuit aucun objectif de justice distributive et ne vise qu'à accroître le surplus global de l'économie. Il n'a pas non plus l'ambition de favoriser un agent économique particulier (par exemple le petit commerçant par rapport au grand distributeur). Le présupposé de l'idéologie concurrentielle classique est en effet que la situation de marché optimale résulte de l'application pure et simple de la théorie des prix et de sa conséquence juridique, la lutte contre le pouvoir de monopôle.

I.1 : Le droit burkinabé de la concurrence

Au Burkina Faso, le droit de la concurrence est régit par la loi 15/94 ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence, modifié par la loi n° 33-2001/AN du 04 décembre 2001.

Cette loi institue une commission nationale de la concurrence et de la consommation. Au départ, organe consultatif, la commission s'est vu doté de pouvoir de régulation de la concurrence et de la consommation.

¹ G. RIPERT et ROBLOT Traité de droit comercial, Tome 1, 17e édition

A ce titre, elle peut être saisie à l'initiative de l'administration, des associations de consommateurs légalement reconnues et des opérateurs économiques ou leurs groupements professionnels pour donner son avis sur les faits susceptibles d'infractions au sens de la loi.

Elle peut également s'autosaisir des mêmes faits.

La commission est aussi dotée de pouvoir de sanction. A ce titre, elle peut infliger une sanction pécuniaire, ordonner la publication de ses décisions rendues dans les journaux au frais du contrevenant etc.

La loi portant organisation de la concurrence interdit en son article 6 l'exploitation abusive par une entreprise ou groupe d'entreprises

- d'une position dominante sur le marché intérieur ou une part substantielle de celui-ci ;
- de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.

Ces abus peuvent consister notamment en des refus de vente, en des ventes liées, en des conditions de vente discriminatoires ou en des pratiques de prix imposé ainsi que dans la rupture injustifiée de relations commerciales.

La loi burkinabé ne définit pas ce qu'est la position dominante ; elle se contente d'interdire l'abus et de citer des pratiques constitutives d'abus de position dominante.

Par ailleurs, plusieurs autres structures nationales sont chargées de la mise en œuvre des règles nationales de concurrence. Il s'agit de l'Inspection Générale des Affaires Economiques (IGAE), la cour d'appel de Ouagadougou qui connaît en appel des décisions rendues par la commission, et des autres cours et tribunaux du pays.

I.2 : Le droit communautaire de la concurrence : le traité de l'UEMOA

Le traité de l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA) envisage des règles destinées à discipliner la concurrence au niveau des décisions portant sur les stratégies commerciales, dans celui du positionnement des acteurs économiques dominants.

La réglementation de l'Union prévoit une plus grande flexibilité pour mieux répondre aux impératifs évolutifs de la pratique.

Ainsi, le conseil des ministres des pays membres de l'Union s'est vu reconnaître une triple compétence en vue de compléter les règles de base du traité.¹

Il est tout d'abord appelé à préciser les interdictions visées à l'article 88 ou prévoir des exceptions justifiées par des situations spécifiques.

Ensuite, il est habilité à prendre les dispositions qui permettent de fixer par voie de règlements, les dispositions utiles pour faciliter l'application des interdictions prévues par le traité. Il pourra aussi adopter des règles contenant des exceptions dans des cas spécifiques.

¹ Cf. Article 37 du traité de l'UEMOA

Il lui revient enfin de définir les règles que la commission devra respecter et les sanctions qu'elle pourra prendre sous forme d'amendes ou d'astreintes en vue de surveiller, sous le contrôle de la cour de justice, le respect des règles de la concurrence.

C'est dans ce sens que le Conseil des ministres a adopté le règlement N° 2-2002-CM-UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles et le règlement N° 3-2002-CM-UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union.

Le traité de l'UEMOA prend en compte les mécanismes susceptibles de fausser la concurrence. Ainsi, trois niveaux de comportements sont visés :

- Ceux qui se traduisent par des *accords ponctuels mais formalisés* condamnables sous l'angle de l'ouverture des marchés (ententes, concentrations);
- Ceux qui se traduisent dans de simples *pratiques ponctuelles* n'offrant sans doute pas la même surface d'aveu, mais ayant sensiblement le même effet que les premiers comportements évoqués (contrat d'exclusivité, pratique discriminatoires);
- Ceux qui, plus permanents, correspondent à une pratique d'abus de positions dominante sur l'ensemble ou sur une part significative du marché.¹

Les alinéas a et b de l'article 88 ne laissent planer aucun doute ; sont visés les comportements qui ont pour effet de fausser ou de restreindre la concurrence ou qui sont assimilables à un abus de position dominante.

Cependant, le traité en lui-même ne définit pas la position dominante. C'est l'annexe 1 au règlement N°3 précité qui précise la notion de position dominante² au sens de l'article 88(b) du Traité qui sanctionne les abus de position dominante.

« Dans l'application de cet article, la Commission contrôlera les pratiques unilatérales d'entreprises en situation de position dominante. Cette dernière notion 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. L'existence d'une position dominante dépend de nombreux critères.

Le critère le plus déterminant sera la part de marché qu'occupe une entreprise sur le marché en cause. Cette part se calcule en tenant compte des ventes réalisées par l'entreprise concernée et de celles réalisées par ses concurrents. Il y aura lieu de prendre en considération d'autres facteurs que la part de marché et notamment :

L'existence de barrières à l'entrée : ces barrières peuvent résider dans des obstacles législatifs et réglementaires ou dans les caractéristiques propres au fonctionnement du marché en cause. Par exemple, peuvent constituer des barrières à l'entrée la complexité technologique propre au marché de produit, la difficulté d'obtenir les matières premières nécessaires ainsi que des pratiques restrictives des fournisseurs déjà établis.

¹ Etienne Cerex, Louis le Hardy de Beaulieu, Introduction à l'union économique ouest africaine

² Cf. Note 3 de l'annexe 1 au règlement N° 3- 2002-CM-UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA.

L'intégration verticale.

La puissance financière de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient ».

L'article 89 du traité de l'UEMOA prévoit que le Conseil des ministres est habilité à adopter des exceptions limitées à certains principes d'interdiction en vue de tenir compte de situations spécifiques. On peut songer ainsi à la nécessité de faire face à la concurrence étrangère ou aux exigences du développement de certains secteurs industriels.

Dans l'Union européenne, le traité de Rome, à son article 86 déclare « incompatible avec le marché commun et interdit [...] le fait d'exploiter de façon abusive, une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci », avant de donner une liste non limitative d'abus tels que les prix imposés, la limitation du développement technique, les pratiques discriminatoires et les contrats liés. Selon une interprétation traditionnelle, la position dominante ne serait pas prohibée, mais seule son exploitation abusive serait condamnée.

Dans la pratique du contrôle, on constate cependant que c'est bien la position dominante, en tant qu'elle reflète le pouvoir de marché de l'entreprise, qui est l'objet de la prohibition, et que le comportement abusif ne constitue que le facteur de déclenchement d'un contrôle dont l'objet s'est déplacé. Bien que leur rôle se soit ainsi inversé, position dominante et abus continuent de représenter les deux éléments constitutifs de l'incrimination.

En droit communautaire, la domination est définie comme un « pouvoir d'agir », qui se présente sous deux aspects : dans sa face active, elle confère à l'entreprise dominante une influence sur les autres entreprises présentes sur le marché ; dans sa face passive, il soustrait l'entreprise en situation de domination de l'influence des autres participants au marché.

La notion de position dominante, n'est en définitive que la traduction juridique du concept économique de pouvoir de monopôle ou de pouvoir de marché.

II - LE DROIT DES TELECOMS

II.1 : Le droit burkinabé des télécommunications

L'un des objectifs poursuivis par la loi 51/98 est la libéralisation du secteur des télécommunications depuis longtemps sous monopôle de l'Etat.

Cette libéralisation devrait se faire de manière progressive. Pour une première période, le législateur burkinabé a prévu une libéralisation du marché de la téléphonie mobile.

Les communications internationales et la téléphonie fixe resteraient soumises au régime des droits exclusifs de l'Etat et concédés à l'opérateur historique. Les autres services seraient ouverts à la concurrence comme nous l'avons précédemment décrit

Selon cette loi : « 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. L'autorité de régulation publie annuellement la liste des entreprises qu'elle considère comme occupant une position dominante. »

Cette définition est reprise par le décret portant définition des conditions générales d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications avec plus de précision. Ainsi, l'opérateur dominant est celui 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 tiers¹.

II.2 : le droit communautaire des télécommunications

Le Conseil des ministres des pays membres de l'UEMOA dans sa politique d'harmonisation des réglementations en matière de télécommunications, a adopté des directives.

Selon la directive relative à l'interconnexion des réseaux et services de télécommunications adoptées le 02 décembre 2005, « Un opérateur de réseau public de télécommunications peut être qualifié de puissant sur le marché d'un service ou d'un groupe de services s'il détient au moins 25% du volume de ce marché. Il peut être également tenu compte :

- de la capacité de l'opérateur à influencer les conditions du marché ;
- de son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché ;
- du contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final ;
- de son expérience dans la fourniture de service sur le marché.

Chaque Autorité nationale de régulation établit annuellement la liste des opérateurs puissants sur le marché de l'interconnexion. »²

Dans le droit communautaire européen, les mesures relatives à la fourniture d'un réseau ouvert (Open Network Provision ou ONP) ont été prises dans le cadre de l'harmonisation de la réglementation européenne des télécommunications.

La directive 97/33, dite ONP - « interconnexion », définit le concept de puissance significative sur le marché. Ainsi un « organisme est réputé être sur le marché lorsqu'il détient une part supérieure à 25% d'un marché donné des télécommunications dans une zone géographique d'un état membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités.

Les autorités réglementaires nationales peuvent néanmoins décider qu'un organisme possédant une part de plus de 25% ou moins de 25% sur un marché est ou non puissant sur ce marché. Dans les deux hypothèses, la décision tient compte de la capacité de l'organisme d'influencer les conditions du marché, de son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, du contrôle qu'il exerce sur le moyens d'accès à l'utilisateur, à des facilités d'accès aux ressources financières, ainsi que de son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché ».

A cette liste de critères, le considérant 6 de cette directive ajoute encore celui des liens internationaux de l'opérateur concerné.

Les autres directives utilisant le concept de puissance significative sur le marché, à savoir les directives lignes louées (1997)¹, téléphonie vocale (1998)², et licences³, se basent sur des

¹ Cf. Article 1 alinéa a du décret N° 2000- 087/PRES/PM/MC/MCIA Portant définition des conditions générales d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications.

² Directives de l'UEMOA relatives aux télécommunications adoptées le 02 décembre 2005 à Ouagadougou.

définitions similaires. De toutes les directives, celle relative à l'interconnexion prévoit le régime le plus détaillé de puissance significative sur le marché.

-
- ¹ Article 2.3 de la directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, J.O.C.E. , n° L 165/27 du 05 juin 1992 (directive "lignes louées (1992)", telle que modifiée par la directive 97/51/CE du parlement européen et du conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E., n° L 295/23 du 29 octobre 1997.
- ² Article 98/10/CE du parlement européen et du conseil, du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, J.O.C.E., n° L 101/24 du 1er avril 1998.
- ³ Directive 97/13/CE du parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, J.O.C.E., n° L 117/15 du 7 mai 1997. Ses articles 2.2 et 7.1.d renvoient aux définitions de la directive « interconnexion ».

CHAPITRE II : MISE EN OEUVRE DU CONCEPT

En se référant à la définition d'opérateur dominant dans la loi burkinabé des télécommunications, la mise en œuvre du concept semble être marquée par un seul élément, la part de marché d'au moins un tiers. Le soin est laissé à l'autorité de régulation de déterminer les opérateurs dominants.

Que faut-il entendre par part de marché ? Est-ce le chiffre d'affaires ? Le nombre d'abonnés ? L'étendue de la zone de couverture ?

L'autorité de régulation a-t-elle un pouvoir discrétionnaire pour qualifier tel ou tel opérateur de dominant ? Existe – il des indices ou des critères objectifs ?

Qu'est-ce que le législateur burkinabé entend par service ou groupe de services.

C'est le décret relatif à l'interconnexion qui apportera un début de réponse à ces interrogations en complétant que la part de marché s'entend du pourcentage des recettes de cet opérateur par rapport aux recettes de tous les opérateurs pour ce qui concerne le service ou groupe de services.

Il ne s'agit donc pas du chiffre d'affaires mais des recettes c'est-à-dire les sommes réellement encaissées par cet opérateur.

Cependant la précision concernant la définition des marchés n'est pas pour autant établie ; des interrogations subsistent.

En fonction de la définition du périmètre géographique et de l'inclusion des produits et services, la désignation de l'opérateur puissant peut varier du tout au tout.....

Selon l'annexe 1 au règlement de l'UEMOA précité,

« Afin d'apprécier l'effet anticoncurrentiel d'une pratique et notamment, pour identifier une position dominante, la Commission utilisera comme critère la part de marché détenue par les parties à la pratique. Pour pouvoir déterminer cette part de marché, il est nécessaire d'avoir préalablement défini avec précision le " marché en cause " .

Aussi pensons nous que la détermination des opérateurs dominants passe nécessairement par la définition des marchés pertinents dans lesquels il pourrait y avoir des opérateurs dominants ou non. Chose que le législateur burkinabé n'a pas prévu.

I- LA DETERMINATION DES MARCHES

« Le marché est le résultat de la combinaison entre " le marché de produits en cause " et le " marché géographique en cause ».

La détermination des marchés pertinents nécessite de définir des critères et des moyens.

I.1 les critères

Le marché pertinent, ou marché de référence, est défini comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande de produits et de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux.

D'après l'annexe 1 au règlement de l'UEMOA précité, le marché pertinent est "*la sphère concurrentielle dans laquelle la puissance de l'entreprise sur le marché doit être appréciée*".

Le marché représente donc le cadre à l'intérieur duquel, il faut évaluer la puissance des opérateurs.

Partant de cette définition, la base nécessaire pour qualifier un marché de pertinent est la concurrence. Un marché pertinent suppose un marché connaissant une concurrence au niveau des produits et/ ou services offerts (Substituabilité) ou au niveau d'une zone géographique (marché géographique).

I.1.1 Les produits et services

A ce stade, l'analyse porte sur la substituabilité des produits et/ou services qui traduit une contrainte concurrentielle que les opérateurs confrontent sur un marché concurrentiel.

Le marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Les facteurs considérés comme déterminants dans l'identification de ce marché sont les suivants :

- Le 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 (nomenclatures des associations professionnelles)

Si les directives de l'union européenne déterminent les marchés ex ante, il n'en est pas de même dans le cadre burkinabé des télécommunications ni dans le cadre communautaire prévu par l'UEMOA.

I.1.2 La zone géographique

Le marché géographique en cause correspond quant à lui au territoire sur lequel les entreprises concernées contribuent à l'offre de produits et de services, qui présente des conditions de concurrence suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires limitrophes par le fait notamment que les conditions de concurrence y sont sensiblement différentes. Les facteurs considérés comme déterminants sont les suivants:

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

- Les coûts de transport.

Ainsi, dans l'appréhension du marché en cause dans une affaire d'abus de position dominante, le territoire géographique d'un Etat membre, quelque soit le poids économique de celui-ci, pourra être considéré comme une " partie significative du marché commun ", au sens de l'article 4.1 du Règlement N° 02/2002/ CM/UEMOA, relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA.

D'après la Direction Générale de la concurrence de la Commission européenne, la substituabilité est la mesure dans laquelle les produits peuvent être considérés comme interchangeables du point de vue des producteurs ou des consommateurs.

Cette substituabilité se présente soit au niveau de la demande soit au niveau de l'offre. Cela pose le problème de la substituabilité entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile.

En effet, ce phénomène de substituabilité entre le téléphone fixe et le téléphone mobile est beaucoup plus fort en Afrique qu'en Europe. Le taux de pénétration du téléphone mobile en Afrique de l'ouest est de 5.18% alors que celui du fixe est de 0,88% en fin 2004.

Les objectifs fixés par le NEPAD en terme de taux de pénétration pour toute l'Afrique de 4% et 8% habitants pour 2005 respectivement pour la téléphonie fixe et mobile montre bien que la pénétration du téléphone mobile est deux fois plus élevée que celle du fixe.

En Afrique de l'Ouest, l'évolution du mobile a été spectaculaire. Ce qui fait passer le parc de 1 123 millions en 2000 à 7 703 millions en 2003, soit un taux moyen de croissance de 89.99%.

Dans la sous région, 9 pays ont connu un taux moyen annuel de plus de 100% durant cette période. Il s'agit de : Burkina Faso, Gambie, Guinée Bissau, Libéria, Mali, Mauritanie, Niger et Nigeria.

Quant à l'évolution de la densité téléphonique mobile, elle est passée de 0,51 à 3,18 pour cent habitant sur cette période ; soit un taux moyen de croissance de 84,67 %.

Au Burkina Faso, le développement fulgurant du parc d'abonné au téléphone mobile en est une preuve.

I.2 les moyens

I.2.1 L'analyse de la substituabilité des produits et services

Pour faciliter l'analyse de la substituabilité des produits et/ou services, le régulateur peut procéder au test du monopole hypothétique, lequel test consiste à s'interroger sur ce qui se produirait au niveau des consommateurs en cas d'augmentation faible mais significative et durable du prix d'un produit ou d'un service donné. Ce test s'applique uniquement pour les produits et/ou services dont les tarifs sont fixés librement et ne sont pas réglementés.

La substituabilité du côté de la demande est du point de vue économique l'élément significatif et immédiat permettant d'apprécier un marché pertinent et d'évaluer l'influence significative d'un opérateur sur ledit marché. En effet, un opérateur ne peut être considéré comme dominant si par suite de variation de prix sur ses produits et/ou services, ses clients migrent vers les produits et/ou services d'un autre opérateur.

I.2.2 Les analyses de marché

Ces analyses selon le professeur LAURENT GILLES¹, peuvent se dérouler en plusieurs phases. La première étape étant constituée de la collecte d'informations qualitatives et quantitatives nécessaires à la conduite des analyses des marchés, des questionnaires comprenant deux volets (volet quantitatif et volet qualitative) doivent être élaborés et adressés à tous les acteurs (opérateurs, fournisseurs de service, fournisseur d'accès Internet, les utilisateurs et consommateurs).

Ensuite, les réponses sont collectées et traitées, au besoin des rencontres sont organisées afin de préciser certains points.

Ces analyses ont trois objectifs fondamentaux :

- obtenir les informations de nature à préciser la délimitation, notamment géographique et fonctionnelle, des marchés pertinents. Ainsi que mettre en évidence l'existence d'autres marchés susceptibles de justifier l'exercice d'une régulation.
- Obtenir les éléments (telles que la structure des marchés, les modalités d'entrée, la situation des acteurs) permettant d'évaluer la capacité des marchés à fonctionner de façon effectivement concurrentielle ou non et, dans cette seconde situation, conduisant à identifier les opérateurs puissants sur ces marchés ;
- Et enfin, obtenir les informations permettant d'établir un diagnostic précis du fonctionnement des marchés, c'est-à-dire notamment identifier les éventuels obstacles à la concurrence.

Une fois les marchés pertinents déterminés, il est alors loisible au régulateur de déterminer les opérateurs dominants sur chaque marché afin de leur appliquer la régulation qui sied.

I.2.3 - Les critères de détermination d'opérateurs dominants dans la législation burkinabé

Afin de qualifier un opérateur de dominant sur un marché, la loi burkinabé utilise le critère de la part de marché en terme de pourcentage des recettes d'un opérateur par rapport aux recettes engendrées par tous les autres pour un service ou groupe de services. Alors que les acteurs du secteur ont tous tendance à considérer le parc d'abonnés comme un critère de dominance sur le marché. Dans le domaine du mobile, les opérateurs sont classés d'après le nombre d'abonnés à leur réseau, or en fonction de l'ARPU (le revenu moyen d'un abonné) de ses clients, un opérateur ayant un parc d'abonnés nettement inférieur peut être dominant au regard de la législation burkinabé pourvu que ses recettes représente plus du tiers des recettes engendrées par les autres opérateurs.

Par ailleurs, d'autres textes prévoient d'autres facteurs comme le chiffre d'affaires par rapport à la taille de marché engendré par la vente des produits substituables.

Dans l'union européenne, sur le marché des infrastructures, le pouvoir de marché d'une entreprise sera aussi mesuré en partie sur la base du nombre d'abonnés qui sont connectés à des points de terminaison du réseau de télécommunications de l'entreprise en question,

¹ cf. cours de formation BADGE Ouaga 2005

exprimé en pourcentage du nombre total d'abonnés connectés à des points de terminaison sur le territoire géographique en cause^{16,1}

En fonction de la définition de l'espace géographique et de la considération des produits et services, la désignation de l'opérateur puissant peut varier du tout au tout.

La directive de l'UEMOA relative à l'harmonisation de la tarification des services de télécommunications, définit la position dominante comme la situation d'un opérateur ou fournisseur de services qui 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.

La position dominante est appréciée par les autorités nationales de régulation en conformité avec les dispositions du Traité de l'UEMOA relatives à la concurrence et des textes d'application.

Quant à la directive de l'UEMOA relative à l'interconnexion des réseaux et services de télécommunications adoptées le 02 décembre 2005, elle reconnaît un rôle aux autorités de régulation des télécommunications tout comme la loi burkinabé mais est plus précise en donnant des pistes . Ainsi une présomption de puissance est attachée au détenteur de part de 25% ou plus d'un marché en cause.

Mais sur la base d'autres facteurs tels que la capacité de l'opérateur à influencer les conditions du marché, son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, le contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final, des facilités d'accès aux ressources financières, ainsi que son expérience dans la fourniture de produits et des services sur le marché, les autorités de régulation des télécommunications peuvent décider.

Cette directive qui doit être transposée dans les législations nationales des Etats permet donc aux autorités nationales de régulation de décider qu'un organisme détenant plus de 25% des parts sur un marché est puissant ou à l'inverse qu'un opérateur détenant plus de 25% ne l'est pas. Cette possibilité laissée aux ARN pose la délicate question du respect de la « proportionnalité » lors de la prise de décision.

Quid, en effet d'un opérateur qui ne serait pas notifié comme puissant bien que détenant 90% des parts d'un marché donné ?

Au delà des difficultés liées à la pertinence des critères de détermination des marchés pertinents, se pose le problème des compétences et des moyens matériels des Autorités nationales des Télécommunications. En effet, il importe que les Autorités de régulation pour être à même de mener le travail d'identification des opérateurs dominants, aient non seulement les compétences et l'expertise nécessaire.

Les ANR doivent disposer de ressources humaines expérimentées aussi bien technique, juridique, économique mais aussi avoir des connaissances générales.

Les ANR doivent en outre être équipées de moyens matériels adéquats leur permettant de jouer leur rôle de baromètre du secteur. Aussi bien techniques, juridiques, économiques, que

¹ Communication de la commission relative à l'application des règles de concurrence Aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications- Cadre général, marché en cause et principe, J.O.C.E., n°265/2 du 22 août 1998, point 72

des connaissances générales (bureautique, tic, libéralisme, satisfaction de la clientèle etc.) mais également, les moyens matériels.

Au Burkina Faso, le statut juridique de l'ARTEL (établissement public à caractère administratif) ne lui permet pas d'avoir une grille salariale compétitive permettant de recruter et conserver des cadres de haut niveau en son sein.

II. OBLIGATIONS DE L'OPERATEUR DOMINANT

Si l'on s'en tient à la loi 51/98 et ses décrets d'applications, la loi prévoit l'obligation de répondre favorablement aux demandes d'interconnexion des autres opérateurs de services compatibles et l'obligation de soumettre les tarifs des services à l'encadrement tarifaire prévu.

Cette question sera également examinée à travers les directives de l'UEMOA et la réglementation communautaire européenne.

II. 1. Obligations liées à l'interconnexion

II.1.1. La notion d'interconnexion

La complexité de l'interconnexion a donné lieu à une diversité de définitions et nécessite une réglementation significative en la matière.

La première idée qui se dégage à propos de l'interconnexion est qu'elle se compose des dispositions commerciales et techniques par le biais desquelles les exploitants ou les fournisseurs de services connectent leurs équipements, leurs réseaux et leurs services afin de permettre à leurs clients d'accéder aux clients, aux services et aux réseaux d'autres fournisseurs de services.

Selon l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC), l'interconnexion correspond aux « liaisons avec les fournisseurs de réseaux ou services publics de transport des télécommunications permettant aux utilisateurs relevant d'un fournisseur de communiquer avec les utilisateurs relevant d'un autre fournisseur et d'avoir accès à des services fournis par un autre fournisseur, dans les cas où des engagements spécifiques sont souscrits »¹.

D'après l'Union Internationale des Télécommunications, l'interconnexion est un ensemble de dispositions commerciales et techniques suivant lesquelles les prestataires de services connectent leur équipement, réseaux et services pour permettre à la clientèle d'accéder aux clients, services et réseaux d'autres prestataires de service.²

Conformément aux dispositions de la Directive de l'UEMOA relatif à l'interconnexion, l'interconnexion est définie de deux manières :

C'est d'abord, la liaison physique des réseaux de télécommunications en vue de fournir des prestations réciproques entre deux exploitants de réseaux ouverts au public permettant à l'ensemble de leurs utilisateurs de communiquer librement entre eux, quel que soit le réseau auquel ils sont raccordés ;

¹ Accord de l'OMC sur les télécommunications de base du 14 juillet 2000.

² Rapport du colloque de l'UIT: 1995.

L'interconnexion est également définie comme les prestations d'accès au réseau ouvert au public offertes dans le même cadre par son exploitant à un fournisseur de service de télécommunications.

La définition de la loi burkinabé est identique à celle de l'UEMOA.

A travers ces définitions, il apparaît clairement qu'une interconnexion réussie doit garantir l'interopérabilité des réseaux et services de télécommunications.

L'obligation d'interconnexion des réseaux pèse sur tous les opérateurs (art 3 du décret relatif à l'interconnexion). « Les opérateurs de réseaux de télécommunications ouverts au public sont tenus d'interconnecter leurs réseaux avec ceux des opérateurs supportant des services compatibles.

A cet effet, tout opérateur recevant une autorisation pour l'établissement d'un réseau ou service ouvert au public est tenu de s'interconnecter avec au moins un autre opérateur fournissant un service compatible, s'il existe, pourvu que le réseau de cet opérateur soit interconnecté à celui des autres opérateurs de services compatibles.

L'interconnexion du point de vue des opérateurs et des consommateurs

L'interconnexion joue un rôle majeur au niveau des opérateurs et des consommateurs. Pour les opérateurs, elle joue un rôle primordial dans la conquête du marché. Pour l'opérateur historique qui se retrouve après des années de monopole face à de nouveaux concurrents, la tendance est grande de vouloir protéger l'accès à son réseau et maintenir sa situation de monopole passée. Pourtant, elle contribue à améliorer son chiffre d'affaire par la location de circuits et la colocalisation des infrastructures.

Du point de vue d'un nouvel opérateur, son entrée sur un marché donné est principalement conditionnée par la politique d'interconnexion en vigueur dans ledit marché et en particulier par le coût des charges d'interconnexion.

L'interconnexion est d'importance pour les nouveaux entrants, dans la mesure où elle pourra leur permettre de fournir leurs services sur ledit marché sans investissements préalables lourds en termes d'infrastructures.

De même, du point de vue des consommateurs, l'interconnexion est indispensable pour permettre l'accès aux autres utilisateurs.

L'interconnexion et la politique de régulation

L'interconnexion permet aux Etats d'atteindre un certain nombre d'objectifs, en ce sens qu'elle permet notamment de :

- répondre aux besoins des consommateurs, notamment en terme de fourniture de services diversifiés et de bonne qualité ;
- promouvoir le développement de l'infrastructure et de l'innovation ;
- contribuer au développement économique et financier du pays par l'accroissement des investissements internationaux;
- assurer la connectivité du réseau et par conséquent l'interopérabilité des services.

Toutefois, l'efficacité de l'interconnexion dépend de la réglementation en la matière et de son application.

En effet, bien que l'interconnexion et la libéralisation soient étroitement liées et que par principe la libéralisation nécessite moins d'intervention du régulateur, il n'en demeure pas moins que la réglementation de l'interconnexion est primordiale. En effet, on ne saurait assurer une transition réussie d'un marché monopolistique des services de télécommunications à un marché concurrentiel sans intervention réglementaire, faute de quoi, on risque de voir apparaître une concurrence sauvage et des abus de position dominante qui résulteront dans une situation de concurrence non viable.

Cependant, l'interconnexion s'avère être un exercice difficile puisqu'elle requiert une forte coopération entre des entreprises concurrentes. Il existe généralement un déséquilibre dans les pouvoirs de négociation.

Si dans certains pays, ce déséquilibre est en faveur des opérateurs historiques qui peuvent retarder ou faire obstacle à l'entrée sur le marché de concurrents en appliquant des tarifs élevés d'interconnexion ou en refusant de construire ou de rendre disponible les capacités adéquates d'interconnexion, dans d'autres, le pouvoir et la pression des bailleurs de fonds sur les gouvernants font que le déséquilibre est en faveur des nouveaux entrants dans le capital desquels, ils sont actionnaires. Les opérateurs historiques peuvent être contraints de réaliser l'interconnexion physique avant même que les négociations de la convention d'interconnexion ne soient entamées. Alors que c'est la convention qui définit les modalités et les conditions d'interconnexion.

Par conséquent, le fonctionnement de marchés concurrentiels nécessite généralement l'intervention neutre du régulateur, qu'il s'agisse de définir des règles ou de veiller à leur application effective.

L'obligation d'offrir l'interconnexion implique celle d'élaborer un catalogue d'interconnexion, de conclure une convention d'interconnexion et de fixer des tarifs d'interconnexion ;

II.1.2 : l'obligation d'élaborer un catalogue d'interconnexion

L'opérateur dominant est tenu de publier annuellement une offre technique et tarifaire d'interconnexion qui inclut son catalogue de prix ainsi que les prestations techniques offertes.

L'offre doit contenir au minimum les prestations suivantes :

- services d'acheminement du trafic commuté (terminaison et initiation des appels);
- liaisons louées;
- liaisons d'interconnexion ;
- services complémentaires et modalités d'exécution de ces services ;
- description de l'ensemble des POI et des conditions d'accès à ces points, pour fin de co-localisation physique;
- description complète des interfaces d'interconnexion proposées et notamment le protocole de signalisation et éventuellement les méthodes de chiffrement utilisés pour ces interfaces;

L'article 12 du décret relatif à l'interconnexion précité précise le contenu minimum des catalogues.

Selon le législateur burkinabé tous les opérateurs de réseaux ouverts au public sont soumis à cette obligation; même si dans la pratique, c'est seulement à l'opérateur historique que cette obligation incombe le plus car titulaire de l'infrastructure dont la duplication ne se justifie pas économiquement.

Le catalogue est soumis à l'approbation de l'Autorité de Régulation dans les six mois suivant l'attribution de la concession ou autorisation et publié dans le mois suivant l'approbation de l'autorité.

Il est publié par insertion dans le journal officiel et dans au moins un quotidien national. En outre l'opérateur effectuera une publication par insertion sur un site Internet burkinabé.

A défaut de publication par l'opérateur, l'autorité de régulation le fait à charge de répercuter le coût à l'opérateur.

L'offre d'interconnexion peut être modifiée au cours de sa période de validité à condition que tous les opérateurs puissent bénéficier également de la modification.

L'Autorité de régulation peut décider d'ajouter ou supprimer des prestations inscrites au catalogue pour mettre en œuvre le principe d'orientation des tarifs vers les coûts, ou pour mieux satisfaire les besoins des opérateurs.

Le catalogue est une annexe à la convention d'interconnexion.

II.1.3. L'obligation de négocier le contrat d'interconnexion

L'opérateur dominant est tenu de négocier un contrat (appelé aussi convention) d'interconnexion qui inclut toutes les prestations offertes incluses ou non dans son offre technique et tarifaire. Si les négociations échouent, le régulateur doit intervenir et résoudre le conflit afin d'aboutir promptement à la conclusion du contrat d'interconnexion. Ce contrat doit contenir au minimum les prestations suivantes :

- A. l'ensemble des mesures nécessaires pour garantir les exigences essentielles, en particulier : le maintien de l'intégrité du réseau ; l'interopérabilité des services, y compris pour garantir une qualité de service de bout en bout ; la protection des données et la confidentialité des informations traitées, transmises ou stockées ;
- B. Aspects techniques :
 - les conditions de partage des installations liées au raccordement
 - les conditions d'accès aux différents services, commutateurs d'interconnexion et capacités de transmission disponibles ; physique des réseaux;
 - la description complète de l'interface d'interconnexion;
 - les modalités d'essais de fonctionnement des interfaces et d'interopérabilité des services et la certification des méthodes de protection de données ;
 - la désignation des points d'interconnexion, leur localisation, leur caractéristique ainsi que :
 - la description des modalités physiques pour s'y interconnecter ;
 - les informations de taxation fournies à l'interface d'interconnexion ;
 - les modalités d'acheminement et de planification du trafic ainsi que les capacités aux points d'interconnexion, et notamment :

- les principes de routage des appels d'un réseau vers l'autre ;
- les règles de commande et de test de capacité d'interconnexion;
- les plans de test au niveau de la commutation, de la transmission et de la signalisation;
- les conditions de mise en service des prestations : modalités de prévision de trafic et d'implantation des interfaces d'interconnexion, procédure d'identification des extrémités de liaisons louées, délais de mise à disposition;
- la qualité des prestations fournies : disponibilité, sécurisation, efficacité, synchronisation ;
- les procédures de localisation, de relève et de redressement des anomalies;
- les modalités de dimensionnement réciproque des équipements d'interface et des organes communs dans chaque réseau afin de maintenir la qualité de service prévue par le contrat d'interconnexion;
- les informations que les parties doivent se communiquer sur la configuration de leurs réseaux respectifs et les équipements et les normes utilisés aux points d'interconnexion de façon à faciliter, accélérer et pouvoir planifier leur demande d'interconnexion;
- les mesures techniques nécessaires à la mise en oeuvre des services complémentaires ;
- les projections futures concernant essentiellement les extensions et les suppressions éventuelles des points d'interconnexion, l'évolution des réseaux, l'amélioration de la qualité de service ;
- le calendrier des réunions entre les deux parties où l'ensemble des clauses techniques prévues ci-dessus et/ou les changements éventuellement nécessaires à l'amélioration du fonctionnement de l'interconnexion sont examinés en détail pour chaque point d'interconnexion.

C. Aspects administratifs :

- – les procédures à appliquer en cas de proposition d'évolution de l'offre d'interconnexion par l'une des parties ;
- – les éventuels droits de propriété intellectuelle et industrielle ;
- – les conditions et modalités à suivre pour la suspension partielle ou totale de l'interconnexion;
- – la durée et les conditions de renégociation du contrat.

D. Aspects financiers :

- – les relations commerciales et financières, notamment les procédures de facturation et de recouvrement ainsi que les conditions de paiement ;
- les définitions et limites en matière de responsabilité et d'indemnisation entre les exploitants.

La convention d'interconnexion est un contrat de droit privé entre les deux parties concernées. Cette convention détermine les conditions techniques et financières de l'interconnexion. Elle est communiquée dès sa signature à l'ARN qui l'approuve.

Pour garantir l'égalité des conditions de concurrence et l'interopérabilité des réseaux ou service de télécommunications, l'ARN peut après avoir invité les parties à présenter leurs observations, leur demander de modifier leur convention en certaines dispositions dans un délai déterminé.

L'Autorité Nationale des Télécommunications dispose d'un délai de six mois à compter de la réception des conventions d'interconnexion pour demander leur modification. A l'expiration de ce délai, aucune modification ne peut être exigée.

L'Autorité Nationale des Télécommunications peut être saisi pour tous les différents pouvant subvenir en matière d'interconnexion.

II.1.4 L'obligation de fixer des tarifs d'interconnexion

Les tarifs d'interconnexion et de location de capacité sont établis dans le respect du principe d'orientation vers les coûts.

A cet effet, il est fait obligation aux opérateurs sans distinction de mettre en place une comptabilité analytique qui leur permettra d'identifier les coûts des produits et services. D'où la nécessité d'implémenter une comptabilité analytique adaptée aux besoins de la régulation.

Selon les lignes directrices de la CEDEAO relatives à l'interconnexion, une des urgences pour les marchés de télécommunications d'Afrique de l'Ouest est la mise en place d'une comptabilité analytique par les opérateurs dominants pour répondre aux exigences réglementaires. En effet, en son absence il est très difficile d'avoir une connaissance des coûts d'interconnexion, source de la plupart des conflits et principale barrière à l'entrée de nouveaux opérateurs. Les régulateurs des Etats membres doivent en concertation avec les acteurs du marché et avec l'appui d'expertise externe mettre en place dans les plus brefs délais une comptabilité analytique pour les opérateurs existants en respectant les principes de séparation comptable.

Il est recommandé de choisir comme modèle de comptabilité un modèle qui se base sur « les coûts basés sur les activités » (Activity Based Costing ABC).

Selon le consultant, les systèmes de calcul de coûts traditionnels basés sur l'allocation des coûts communs et indirects sur la base des volumes produits, ne sont plus adéquats dans un environnement de production présentant une augmentation substantielle des coûts indirects et communs par rapport aux coûts direct de production (ce qui est le cas de l'industrie des télécommunications). Ces systèmes traditionnels de calcul de coûts peuvent mener à de mauvaises stratégies et prises de décision dans le cas dans un environnement de plus en plus concurrentiel. Le système de comptabilisation ABC remédie aux problèmes susmentionnés.

« Par rapport à la méthode classique, la méthode ABC consiste à différencier les prestations nécessaires et à en mesurer l'impact sur les coûts.

La méthode ABC permet d'avoir une vision globale de l'entreprise par la mise en évidence des processus dans lesquels plusieurs services sont impliqués. La prise de conscience des interdépendances permet de cerner le rôle de chaque activité dans la chaîne de valeurs.

La méthode ABC peut déboucher sur une analyse pluriannuelle permettant ainsi le calcul des coûts et des marges sur la durée du cycle de vie du produit.

La méthode ABC a des objectifs plus larges que le Plan comptable général. Si elle met en évidence ce que chaque activité entraîne comme consommation de ressources, elle permet aussi de penser le management des activités en ce qui concerne l'affectation des ressources.

La recherche des causes est plus pertinente car la méthode établit des relations entre ressources, activités et produits. La vision des performances est plus globale par la mise en évidence des processus. »

Cette méthode se base sur les principes suivants :

C'est sur la notion de valeur que se fonde cette approche de comptabilité par activité, en partant de l'articulation activité/produits : quelles activités sont nécessaires pour donner de la valeur aux produits et que coûte chaque produit ?

Si nous ne contestons pas l'importance de la tenue d'une comptabilité analytique, nous ne partageons pas la recommandation qui tendrait à en faire une obligation qui pèserait seulement sur les opérateurs dominants.

Tous les opérateurs doivent tenir une comptabilité analytique afin de permettre au régulateur de suivre chaque opérateur dans son évolution.

L'élaboration d'un modèle de calcul des coûts constitue un des éléments essentiels sur lesquels s'appuie le régulateur pour permettre une concurrence effective. Elle constitue un outil important vu les caractéristiques des coûts dans le secteur des télécommunications (La nature des coûts générés : coût fixe, géographiquement variables, partagés entre plusieurs secteurs, irréversibles etc.).

Un modèle suppose un large accès à l'information (or une des caractéristiques omniprésente dans le secteur est l'asymétrie de l'information) et une concertation avec les opérateurs sur les méthodes de calcul est indispensable pour restreindre cette incertitude.

Le principe de tarification de l'interconnexion est comme nous l'avons déjà dit plus haut, l'orientation des tarifs vers les coûts. C'est un principe universellement admis aussi bien pour les services offerts aux clients que pour les charges d'interconnexion.

Les débats sont nombreux sur la manière de modéliser les coûts :

- quels coûts faut-il prendre en compte ?
- Comment répartir les coûts directs, les coûts communs ?
- Comment tenir compte du facteur temps ?

Le principe de base est d'assurer un bénéfice raisonnable à l'opérateur majeur, sans répercuter les charges non justifiées (erreurs de planification, surdimensionnement, activités non nécessaires à la production du segment de service concerné).

La structure tarifaire des services d'interconnexion doit être pertinente et refléter les coûts des éléments engagés pour l'interconnexion.

Afin d'avoir une concurrence efficace, les tarifs d'interconnexion doivent être établis au bon niveau. Ainsi, s'ils sont très hauts, ils découragent l'entrée dans le marché ou encourage la duplication inefficace des ressources, s'ils sont trop bas, ils encouragent une entrée inefficace dans le marché mais également désavantagent l'opérateur historique.

Comme le disent les spécialistes, il n'existe pas de méthode ou modèle miracle. Aucune méthode n'est parfaite. Il s'agit de trouver une méthode qui approche au mieux la décision économique et l'employer pour mieux appréhender les coûts, déterminer les fourchettes acceptables, aider à la négociation, conduire cette démarche de façon récurrente pour affiner la connaissance des coûts et réagir rapidement aux évolutions technico-économique du marché.

Cette partie consacrée aux aspects comptables de l'interconnexion, est une parenthèse que nous avons voulu ouvrir afin de justifier l'importance de l'orientation des tarifs vers les coûts.

Une autre problématique que pose l'interconnexion est sa dimension de marché de gros entre opérateur dominant et opérateurs alternatifs.

En effet, l'interconnexion est également vue comme un marché de gros entre l'opérateur dominant et les opérateurs alternatifs.

Cette question quoique ne s'étant pas encore posé au Burkina Faso, ne tardera pas à se poser. C'est pourquoi, nous proposons de l'aborder dans cette étude.

II.1.5 L'interconnexion en tant que marché de gros.

Les opérateurs alternatifs utilisent un réseau dont ils ne sont pas propriétaires pour proposer un service complet de téléphonie.

Le terme virtuel s'explique par le fait, que l'opérateur n'est pas propriétaire d'infrastructures de communication. Ce dernier doit conclure un accord d'accès avec un opérateur de réseau ouvert au public, appelé « opérateur hôte ».

Ces accords se rencontrent généralement dans la téléphonie mobile, et internet. Ainsi, entre fournisseur d'accès Internet et le détenteur du noeud, il doit exister un accord permettant au premier de bénéficier de vente en gros de package.

La vente en gros entre opérateur dominant et opérateur virtuel doit être réglementé afin de définir des obligations des uns et des autres.

L'obligation pour les opérateurs puissants de fournir des prestations d'interconnexion aux opérateurs de réseaux ouverts au public selon les termes du catalogue d'interconnexion peut-elle s'étendre aux opérateurs virtuels ?

En France, le problème s'est posé entre télé2 France SA et Orange. Dans sa saisine, le société télé2 demandait à l'ART de constater que le refus de la société orange France de conclure un accord de MVNO, relevant de la catégorie des conventions d'interconnexion, constitue un échec de négociations commerciales. Selon, Télé 2, la société Orange France était tenue de faire droit à sa demande relative à la conclusion d'un tel accord.

En défense, Orange estime que la demande de télé2 France SA ne relève ni du régime de l'interconnexion, ni de l'accès au sens de l'article L. 34-8 du code des postes et télécommunications et qu'en conséquence, l'ART est incompétente pour connaître du litige.

L'ART a conclu en s'appuyant sur une analyse de la commission de la concurrence relative à la qualification juridique de l'itinérance que cette notion ne constituait pas une liaison physique et logique des réseaux de télécommunication et ne relevait pas de l'interconnexion au sens de l'article 2 de la directive 97/33/CE.

Au Burkina Faso, comme nous l'avons souligné plus haut, la réglementation relative aux télécommunications, a prévu deux définitions. Si l'on considère l'interconnexion dans sa première assertion comme les prestations d'accès au réseau ouvert au public offert par son exploitant à un prestataire de service de télécommunications, nous pouvons répondre par l'affirmative. Car l'opérateur virtuel est un prestataire de service qui demande à un opérateur de réseau de lui permettre d'accéder à son réseau ouvert au public. L'un des objectifs de l'interconnexion est de favoriser l'émergence de services utilisant les infrastructures des réseaux existants.

Une autre idée serait de le considérer comme un fournisseur de service à valeur ajoutée. Il achète en gros et revend en détail. Dans ce cas, l'opérateur dominant est tenu de lui offrir des prix de gros qui doivent lui permettre de pratiquer des prix concurrentiels de détail à ceux pratiqués par l'opérateur dominant. Cela nécessite la prévision dans le catalogue d'interconnexion de l'opérateur dominant des offres destinées aux fournisseurs de service de télécommunication comme l'a prévu la directive de l'UEMOA relative aux interconnexions.

Le cadre réglementaire actuel au Burkina Faso ne prévoit pas dans son esprit les opérateurs virtuels. Ce vide gagnerait à être comblé lors de la révision de la législation.

Par ailleurs, la directive de l'UEMOA relative à l'interconnexion reconduit les mêmes dispositions que la loi burkinabé. A la différence que dans la loi burkinabé, l'obligation d'élaborer le catalogue d'interconnexion incombe à tous les opérateurs même si dans la pratique, l'obligation est seulement faite à l'opérateur historique.

Cette directive fait obligation aux opérateurs puissants de publier et de mettre à jour annuellement un catalogue d'interconnexion décrivant leur offre standard d'interconnexion. Ce catalogue comporte une offre destinée aux opérateurs de réseaux de télécommunications ouverts au public et une offre destinée aux fournisseurs de services de télécommunications.

La directive précise donc les obligations particulières incombant aux opérateurs puissants. Il s'agit de l'obligation de publication du catalogue, de l'obligation d'orienter leurs tarifs vers les coûts.

Cette directive fait obligation aux autorités Nationales de régulation de publier les catalogues d'interconnexion approuvés sur leurs sites.

En ce qui concerne, la convention d'interconnexion, l'innovation apportée est de réaliser l'interconnexion des deux réseaux concernés en attendant la conclusion de la convention.

Cette manière de faire peut être avantageuse pour les consommateurs mais en défaveur de l'opérateur offreur de l'interconnexion ; en ce sens que la convention est la base juridique de la relation entre les deux opérateurs. Réaliser la prestation avant d'avoir convenu sur les conditions de sa réalisation pourrait être préjudiciable pour l'une des parties en cas de survenance de difficultés. Ne dit-on pas que les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui l'ont fait ?

Cela n'exclut pas le droit pour le régulateur d'avoir un droit de regard sur le contenu des conventions d'interconnexion conclues entre opérateurs privés. Seulement, les observations de l'autorité de régulation doivent se limiter à vérifier que certains principes (tels que le traitement égalitaire, le principe de non discrimination entre opérateurs) sont respectés.

II.2 : Obligation de communication des informations à l'autorité de régulation

Le législateur burkinabé fait obligation à tous les opérateurs de télécommunications de communiquer à l'autorité de régulation les données comptables permettant de déterminer les tarifs des services prestés.

Quant à la directive de l'UEMOA, cette obligation est faite aux opérateurs puissants uniquement. « Les opérateurs puissants sont tenus de communiquer à l'Autorité nationale de régulation, au moins une fois par an, les informations de base requises pour le contrôle du calcul des coûts d'interconnexion. L'Autorité nationale de régulation établit et communique aux opérateurs la liste détaillée de ces informations. Elle met ladite liste à jour périodiquement en tenant compte, notamment, des travaux d'harmonisation des méthodes de calcul ».

Les opérateurs puissants sont tenus de permettre l'accès des personnels ou agents dûment mandatés de l'Autorité nationale de régulation à leurs installations et à leur système d'information en vue de contrôler la validité des informations reçues.

Cette obligation de fournir les informations pose le problème de la confidentialité des informations communiquées. Comment s'assurer que ces documents ne se retrouvent entre les mains des concurrents.

L'autorité de régulation peut-elle garantir l'intégrité de son personnel utilisant ces informations d'une manière ou d'une autre ?

Même si la loi burkinabé et la directive de l'UEMOA ont prévu que l'Autorité nationale de régulation est tenue au respect de la confidentialité des informations non publiques auxquelles elle a accès dans le cadre du contrôle des coûts d'interconnexion.

Quelle est la sanction du non respect de cette obligation de confidentialité ?

En principe, les employés des ANR qui sont amenés de par leur fonction à manipuler de telles informations doivent être assermentés avant toute prise de fonction.

La violation du serment peut être constitutive d'infraction pénale. Mais au delà de l'action pénale à laquelle peut s'adjoindre l'opérateur victime de la divulgation en tant que partie civile dans le procès pénal, les opérateurs doivent pouvoir faire signer des engagements de confidentialité à l'autorité de régulation au début des missions d'audit ou à l'occasion de la transmission d'informations d'ordre confidentiel.

L'autorité engage sa responsabilité quasi délictuelle en divulguant des informations confidentielles d'un opérateur.

II.3 L'obligation de soumettre les tarifs des services à l'encadrement de l'autorité nationale des télécommunications

Le législateur burkinabé soumet à encadrement les tarifs de détail à certaines conditions.

Selon l'art 8 du décret 2000-083 portant modalités d'établissement et de contrôle des tarifs des services de télécommunications, l'autorité de régulation peut décider un encadrement des tarifs pour un service ou un panier de services d'un fournisseur dans l'un des trois cas suivants :

- Lorsque l'opérateur est dominant ;
- En cas de monopole ;
- Cas de non respect des règles de concurrence.

- **Lorsque l'opérateur est dominant** « si le fournisseur réalise au moins un tiers des ventes nationales d'un service ou d'un panier de service » ;

- **en cas de monopôle** « si le fournisseur est seul à fournir le service ou panier de service »
ou

- **respect des règles de concurrence** « si l'autorité de régulation a la preuve que les tarifs pratiqués par le fournisseur du service ou panier de service considéré ne résulte pas du libre jeu de la concurrence ».

L'autorité de régulation définit les prix plafonds ou planchers en tenant compte des gains de productivité des fournisseurs du service ou de panier de service considéré, de la baisse tendancielle des coûts de revient des équipements et service de télécommunications et de la suppression progressive des subventions croisées entre les services considérés et les autres services.

Au vu de ces éléments, l'Autorité de régulation peut définir une évolution sur plusieurs années des prix plafonds ou planchers.

Les fournisseurs de services soumis à un encadrement tarifaire doivent présenter à l'Autorité de régulation, en complément de la communication préalable des modifications des tarifs visés à l'article 6 du présent décret, un calcul justifiant la conformité des nouveaux tarifs à cet encadrement. L'Autorité de régulation pourra remettre aux fournisseurs concernés un formulaire type de présentation des tarifs. Afin de permettre le contrôle du nouveau tarif par l'Autorité de régulation, les fournisseurs sont tenus de lui communiquer le nouveau tarif au moins trente (30) jours calendaires avant sa mise en application.

Cependant dans la pratique, le régulateur doit analyser mêmes les tarifs de détail des opérateurs autres que dominants. L'une des missions du régulateur est la protection du consommateur. Cette attitude aura pour résultat d'éviter, que des opérateurs ayant le même poids sur un marché donné ne s'entendent pour fixer des tarifs sans commune mesure avec leurs coûts.

Les dispositions de l'UEMOA sont identiques à la réglementation burkinabé. Elles font référence au respect de la législation communautaire de la concurrence.

Ainsi, les tarifs sont fixés librement par les opérateurs et prestataires de service. Toutefois, peuvent être encadrés conformément aux dispositions de la présente Directive, les tarifs d'un opérateur ou fournisseur de services disposant d'une exclusivité ou d'une position dominante sur un service ou un ensemble de services donnés.

Elles font obligation aux opérateurs et prestataires de service de mettre en place des systèmes de mesure garantissant l'application effective des tarifs publiés. L'Autorité nationale de régulation contrôle périodiquement l'application effective de ce principe et sanctionne les manquements constatés.

Des règles spécifiques peuvent être établies par la réglementation nationale, par décision de l'Autorité nationale de régulation et/ou par les cahiers des charges des opérateurs et fournisseurs de services en vue de préciser la constitution et les conditions d'établissement et

de modification des tarifs selon la nature des services concernés. Les Autorités nationales de régulation des Etats membres se concertent sous l'égide du Comité des Régulateurs en vue d'assurer la convergence progressive des normes réglementaires nationales relatives aux différentes catégories de services.

Enfin, L'Autorité nationale de régulation peut décider d'encadrer les tarifs d'un opérateur ou fournisseur de services afin de pallier l'absence ou l'insuffisance d'offres concurrentes sur un ou plusieurs services, notamment dans le cas où il n'apparaît pas possible de favoriser le développement de la concurrence par octroi de nouvelles autorisation

CONCLUSION

Comme nous l'avons vu à travers l'analyse menée, la notion d'opérateur dominant est fortement liée au droit de la concurrence.

Or les télécommunications comme tous les secteurs de l'économie sont ouverts à la concurrence et sont appelés à évoluer dans un environnement libéral en prenant en compte les règles de marché.

La conception traditionnelle qui consistait à opposer alors le droit de la concurrence et le droit des télécommunications n'est plus d'actualité.

Il importe alors que les réglementations des télécommunications en Afrique intègrent ces évolutions et comptent désormais avec les autorités de la concurrence qui sont plus outillées en matière de droit de la concurrence. Avec l'adoption des règlements de l'UEMOA, le droit de la concurrence dans la sous région a été enrichi.

La réglementation burkinabé, nous l'avons vu, définit le concept d'opérateur dominant et détermine un certain nombre d'obligations qui incombent à un tel opérateur. Actuellement, l'opérateur historique est considéré comme dominant parce que dans la plupart des pays en général et au Burkina Faso en particulier, la libéralisation est à ses débuts et le marché n'est pas fortement concurrentiel.

Cependant, Il sera important de faire la différence entre le leader et le dominant. Tel que définit dans la réglementation burkinabé, à terme, tous les opérateurs seront dominants ; il suffit qu'ils détiennent plus de 15% ou 25% de part de marché en terme de pourcentage de recettes par rapport aux autres opérateurs.

N'est- il pas vrai qu'une régulation efficace suppose une parfaite connaissance de son marché par le régulateur ?

Ce qui suppose l'utilisation des outils de la régulation tels que l'enquête, les audits, la modélisation etc., mais également la tenue d'un observatoire des marchés préalablement définis. C'est une étape indispensable pour l'application efficiente du concept.

Il est impérieux comme l'a prévu la réglementation, que l'autorité de régulation définisse les marchés pertinents afin de les réguler conformément à la réglementation. Cette démarche de définition des marchés impliquant une activité permanente d'observation des marchés, et aussi une démarche prospective.

Il reste bien entendu que la définition des marchés est une activité permanente qui tient compte des évolutions aussi bien technologiques (convergence) que de la demande et l'offre.

La définition des marchés pertinents peut varier et varie effectivement au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution du côté de la demande et de l'offre se modifient.

En effet, les caractéristiques des produits et des services sont en constante évolution, des produits et services font leur apparition et les modes de livraison évoluent au rythme des progrès technologiques.

D'où l'importance de la prise en compte des autorités de la concurrence dans la régulation des marchés de manière générale et celui des télécommunications de manière particulière.

Au Burkina Faso, le cadre général du droit de la concurrence a été fixé par la loi N°15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso et modifié par la loi n°033-2001/AN du 04 décembre 2001.

Cette loi qui institue une commission nationale de la concurrence et de la consommation était au départ un organe consultatif. Elle était saisie à l'initiative de l'administration pour les questions relatives à la concurrence et la consommation notamment les textes pris en application de la loi 15/94 précitée sur les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de la concurrence relevées dans les affaires dont les juridictions compétentes étaient saisies et sur les faits qui lui paraissent susceptibles d'infraction au sens de la loi.

La loi dans sa première version ne donnait pas compétence à la commission de s'autosaisir ou d'être saisie par toute personne notamment les associations de consommateurs, les opérateurs économiques etc.

La deuxième insuffisance de ce texte résidait dans le fait qu'il ne reconnaissait qu'un rôle consultatif à cette commission.

C'est fort de toutes ces lacunes, que la loi a été modifiée le 04 décembre 2001.

Avec la ratification des règlements de l'UEMOA relatif à la concurrence dans l'UEMOA précités, le cadre de la concurrence dans les Etats membres de l'union a évolué.

L'on pourrait a priori penser que la mise en œuvre des règles édictées par une organisation d'intégration régionale dans certains domaines peut être exclusivement faite par les organes communautaires à l'aide de procédure et de sanction définies par cette organisation. Mais une telle conception des choses n'est pas toujours réalisable du fait notamment du manque de moyens en tous genre de ces organes pour être physiquement présents dans tous les points de l'espace communautaire et de leurs difficultés à connaître la situation concrète de chaque pays membre.

C'est pourquoi, pour la mise en œuvre de ses règles de concurrence, l'UEMOA va plutôt instituer un double mécanisme communautaire et national se caractérisant par le rôle primordial des organes communautaires dans les procédures prévues et par la coopération des structures nationales de concurrence.

Le problème qui pourrait se poser est celui de l'absence d'un organe de la concurrence dans un Etat.

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

En l'absence d'une détermination concrète des structures nationales de concurrence par la cour de justice de l'UEMOA, on peut dans un premier temps se référer au droit de la concurrence des différents pays membres de l'union. Comme nous l'avons vu plus haut pour le Burkina Faso, un certain nombre d'organes sont chargés, de par leurs attributions, de la mise en œuvre des règles nationale de la concurrence.

De plus, à la faveur du mouvement de libéralisation généralisée dans les pays africains, l'on a assisté au sein de l'espace UEMOA à l'émergence ou à la consolidation de véritables droits nationales de la concurrence à travers l'adoption par la plupart des Etats membres d'une législation plus ou moins étoffée.

Les structures nationales de concurrence assurent une mission générale d'enquête, sur initiative nationale ou sur mandat exprès de la Commission, conformément aux pouvoirs et aux procédures d'investigation prévus par le droit communautaire et les droits nationaux.

A ce titre, elles mènent une activité permanente de surveillance du marché afin de déceler les dysfonctionnements liés aux pratiques anticoncurrentielles.

Lorsque l'enquête émane de l'initiative des structures nationales de concurrence, elles en informent sans délai la Commission. Les structures nationales de concurrence se chargent :

- de recevoir et de transmettre à la Commission, les demandes d'attestation négative, les notifications pour exemption et les plaintes des personnes physiques ou morales ;
- d'élaborer et de transmettre trimestriellement à la Commission, des rapports ou des notes d'information sur la situation de la concurrence dans les secteurs économiques ayant fait l'objet d'enquêtes ;
- de suivre, en collaboration avec toute autre administration habilitée, l'exécution des décisions qui comportent à la charge des personnes autres que l'Etat, une obligation pécuniaire et en faire un rapport périodique à la Commission ;
- de procéder au recensement des aides d'Etat et en faire trimestriellement rapport à la Commission ;
- de produire un rapport annuel sur l'état de la concurrence dans le pays.

Les structures nationales prêtent assistance aux agents de la Commission lorsque celle-ci conduit elle-même les enquêtes. Elles collaborent sur le terrain pour les enquêtes.

Cependant, la Commission nationale peut non seulement être saisie à l'initiative de l'administration, des associations de consommateurs légalement reconnues et des opérateurs économiques ou leurs groupements professionnels mais aussi elle peut s'auto saisir pour donner son avis sur les faits susceptibles d'infraction au sens de la loi sur la concurrence.

Le droit de la concurrence est un droit majoritairement jurisprudentiel. Ce qui nécessite un organe spécialement dédié à l'examen des questions concurrentielles.

Au Burkina Faso, le vaste chantier de relecture du cadre législatif et réglementaire existant pour prendre en compte les évolutions intervenues dans le secteur et intégrer les aspects liés aux TIC est une occasion pour le législateur burkinabé de combler les insuffisances de la législation nationale.

De plus, avec l'adoption des directives de l'UEMOA en matière de télécommunications, il s'avère nécessaire de transposer dans l'ordre national ces textes communautaires.

Pour terminer, nous pensons utile de rappeler que les réglementations sont faites pour être appliquées ; aussi serait-il utile un meilleur respect des textes d'expliquer et sensibiliser les acteurs du secteur sur l'esprit des textes qui régissent leurs activités. Ceci pour un développement harmonieux des télécommunications.

BIBLIOGRAPHIE

I - MANUELS

G. RIPERT et ROBLOT: Traité de droit commercial, Tome 1, 17e édition

II- ARTICLES

- ❖ M-A FRISON-ROCHE, la régulation, objet d'une branche de droit, cité par LAURENCE BOY dans droit de la concurrence : Régulation et/ou contrôle des restrictions à la construction) ;
- ❖ ETIENNE CEREXE, LOUIS LE HARDY DE BEAULIEU, Introduction à l'union économique ouest africaine, CEEI-De Boeck ;Bruxelles, 1997 ;
- ❖ COULIBALY Abou Saïb, le droit de la concurrence de l'Union économique et Monétaire Ouest Africain, Revue Burkinabé de Droit n°43

III- TEXTES COMMUNAUTAIRES, LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

- ❖ Accords de l'OMC sur les télécommunications de base du 14 juillet 2000 ;
- ❖ Traité de l'UEMOA ;
- ❖ Directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la commission et les structures nationales de concurrence des états membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du traité de l'UEMOA ;
- ❖ Règlement n°02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA ;
- ❖ Règlement N° 3- 2002-CM-UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA ;
- ❖ Directive 98/10/CE du parlement européen et du conseil, du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, J.O.C.E., n° L 101/24 du 1er avril 1998 ;
- ❖ Directive 97/13/CE du parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, J.O.C.E., n° L 117/15 du 7 mai 1997. Ses articles 2.2 et 7.1.d renvoient aux définitions de la directive « interconnexion » ;
- ❖ Directives de l'UEMOA relatives aux télécommunications adoptées le 02 décembre 2005 à Ouagadougou;
- ❖ Lignes directrices de la CEDEAO, Accra septembre 2005 ;
- ❖ Loi N°15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso et modifiée par la loi n°033-2001/AN du 04 décembre 2001 ;
- ❖ Loi 51/98 du 04 décembre 1998 portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso ;

- ❖ Décret N° 2000- 087/PRES/PM/MC/MCIA Portant définition des conditions générales d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications ;
- ❖ Décret 2000-083 portant modalités d'établissement et de contrôle des tarifs des services de télécommunications ;
- ❖ Décret N° 2000- 155/PRES/PM/MC du 28 avril 2000 portant concession à l'ONATEL de droits et services sous droit exclusif;

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	5
INTRODUCTION	7
CHAPITRE PRELIMINAIRE : LE CADRE JURIDIQUE DES TELECOMMUNICATIONS AU BURKINA FASO	11
I- LE CADRE INSTITUTIONNEL ET OPERATIONNEL DES TELECOMMUNICATIONS AU BURKINA FASO	11
I.1 - Le ministre chargé des télécommunications	12
I.2 - l'autorité de régulation	12
I.3- Les opérateurs de télécommunications	12
II - LES REGIMES JURIDIQUES DES SERVICES	13
II.1 - services sous droit exclusif	13
II.2 – Le régime de la concurrence réglementée	14
II.3- Le régime de la concurrence libre	14
CHAPITRE I- CONTEXTE ET ORIGINE DU CONCEPT D'OPERATEUR DOMINANT	15
I – LE DROIT DE LA CONCURRENCE	15
I.1 : Le droit burkinabé de la concurrence	15
I.2 : Le droit communautaire de la concurrence : le traité de l'UEMOA	16
II - LE DROIT DES TELECOMS	18
II.1 : Le droit burkinabé des télécommunications	18
II.2 : le droit communautaire des télécommunications	19
CHAPITRE II : MISE EN OEUVRE DU CONCEPT	21
I- LA DETERMINATION DES MARCHES	21
I.1 les critères	21
I.2 les moyens	23
II. OBLIGATIONS DE L'OPERATEUR DOMINANT	26
II. 1. Obligations liées à l'interconnexion	26
II.2 : Obligation de communication des informations à l'autorité de régulation	35
II.3 L'obligation de soumettre les tarifs des services à l'encadrement de l'autorité nationale des télécommunications	35
CONCLUSION:	39
BIBLIOGRAPHIE	43