

# PROJET DE REGULATION REGIONALE DU SECTEUR DE L'ELECTRICITE OUEST AFRICAIN

ECONOMIC COMMUNITY OF  
WEST AFRICAN STATES



COMMUNAUTE ECONOMIQUE  
DES ETATS DE L'AFRIQUE  
DE L'OUEST

## RAPPORT DIAGNOSTIC SUR LES INTERFACES INSTITUTIONNELLE ET REGLEMENTAIRE DE L'AUTORITE DE REGULATION REGIONALE DU SECTEUR DE L'ELECTRICITE DE LA CEDEAO

JUILLET 2008



CABINET  
**SERRES &  
ASSOCIATES**

# SOMMAIRE

<b>AVANT-PROPOS.....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>1. CADRE D'INTERVENTION DE L'ARREC.....</b>	<b>6</b>
<b>1.1 Rappel des objectifs et attributions de l'ARREC.....</b>	<b>6</b>
1.1.1 <i>Nécessité d'une régulation régionale.....</i>	6
1.1.2 <i>Aperçu sur les missions et pouvoirs du régulateur régional.....</i>	7
<b>1.2 Dispositif légal et réglementaire communautaire en matière d'énergie électrique.....</b>	<b>8</b>
1.2.1 <i>Traité de la CEDEAO et Protocole sur l'Energie.....</i>	8
1.2.2 <i>Textes régissant le Système d'Echanges d'Energie Electrique Ouest Africain (EEEOA).....</i>	10
<b>1.3 Contexte institutionnel régional.....</b>	<b>12</b>
1.3.1 <i>Institutions de la CEDEAO.....</i>	13
1.3.1.1 <i>La Commission de la CEDEAO.....</i>	13
1.3.1.2 <i>La Cour de Justice de la CEDEAO.....</i>	13
1.3.1.3 <i>L'Autorité de la Concurrence de la CEDEAO.....</i>	14
1.3.2 <i>Institutions de l'UEMOA.....</i>	15
1.3.2.1 <i>La Commission de l'UEMOA.....</i>	15
1.3.2.2 <i>La Cour de Justice de l'UEMOA.....</i>	15
1.3.3 <i>Autres Institutions régionales intervenant dans l'espace CEDEAO.....</i>	15
1.3.3.1 <i>la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA.....</i>	16
1.3.3.2 <i>L'OMVS.....</i>	16
1.3.3.3 <i>L'OMVG.....</i>	17
<b>2. IDENTIFICATION DES RISQUES DE CHEVAUchemENTS DE POUVOIRS ET DE CONFLITS DE COMPETENCE .....</b>	<b>18</b>
<b>2.1 Problématique liée à l'existence de plusieurs systèmes juridiques communautaires dans la région</b>	<b>18</b>
<b>2.2 ARREC et Institutions régionales ayant des domaines de compétences concurrents.....</b>	<b>21</b>
2.2.1 <i>En matière de régulation technique et de gestion du marché régional de l'électricité.....</i>	21
2.2.1.1 <i>Relations avec l'EEEOA.....</i>	21
2.2.1.2 <i>Relations avec l'OMVS et l'OMVG.....</i>	24
2.2.1.3 <i>Relations entre l'ARREC et les régulateurs nationaux.....</i>	27
2.2.2 <i>En matière de réglementation sur la Concurrence.....</i>	28
2.2.2.1 <i>Le Droit de la Concurrence de l'UEMOA.....</i>	28
2.2.2.2 <i>Autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO et ARREC.....</i>	33
2.2.3 <i>En matière de Résolution des différends.....</i>	35
2.2.3.1 <i>Relations avec le Secrétariat General de l'EEEOA en matière de règlement des litiges.....</i>	35
2.2.3.2 <i>Relations avec les juridictions communautaires de l'UEMOA, et de l'OHADA.....</i>	36
<b>3. CADRE DE COOPERATION POUR L'ATTENUATION DES RISQUES OU LA RESOLUTION DES CONFLITS DE COMPETENCES .....</b>	<b>39</b>
<b>3.1 Fondements de la coopération.....</b>	<b>39</b>
3.1.1 <i>Base légale de la coopération.....</i>	39
3.1.2 <i>Considérations d'ordre pratique.....</i>	40
<b>3.2 Domaines de coopération.....</b>	<b>42</b>

3.2.1	<i>Harmonisation des règles matérielles sur la concurrence</i> .....	42
3.2.2	<i>Coopération en matière de procédures</i> .....	43
3.2.3	<i>Coopération en matière de règlement des différends</i> .....	44
<b>3.3</b>	<b>Instruments et modalités de coopération</b> .....	<b>45</b>
3.3.1	<i>Instruments juridiques de coopération</i> .....	45
3.3.1.1	<u>Accords de coopération</u> .....	45
3.3.1.2	<u>Actes réglementaires et directives</u> .....	46
3.3.2	<i>Le partage d'informations</i> .....	47
3.3.3	<i>Les enquêtes et investigations communes</i> .....	47
3.3.4	<i>Les questions préjudicielles</i> .....	48
	<b>CONCLUSION</b> .....	<b>50</b>

### LISTE DES ABREVIATIONS

AFD	Agence Française de Développement
ARREC	Autorité de Régulation Régionale du secteur de l'Electricité de la CEDEAO
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA
CEB	Communauté Electrique du Bénin
CEET	Compagnie Energie Electrique du Togo
CEDEAO	Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CEMAC	Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CTPI	Comité Technique Permanent de l'Interconnexion
EDM	Electricité du Mali
EEM SA	Eskom Energie Manantali
EEEOA	Système d'Echange d'Energie Electrique Ouest Africain
GAO	Gazoduc de l'Afrique de l'Ouest
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique
OMVG	Organisation pour la Mise en valeur du fleuve Gambie
OMVS	Organisation pour la Mise en valeur du fleuve Sénégal
SENELEC	Société Nationale d'Electricité (Sénégal)
SNE	Société Nationale d'Electricité
SONELEC	Société Nationale d'Electricité Mauritanienne
SOGEM	Société de Gestion de Manantali
TEC	Tarif Extérieur Commun
UEMOA	Union Economique et Monétaire Ouest Africain
WAPP	West African Power Pool

## **AVANT-PROPOS**

La présente étude fait suite au rapport sur les missions et pouvoirs de l'organe de régulation régional qui a permis d'élaborer les principes et les règles de fonctionnement de l'ARREC. Celle-ci a été créée par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de la CEDEAO en janvier 2008.

Les textes de création de l'ARREC, tout en lui octroyant un statut devant garantir son indépendance et la légitimité nécessaire à l'exercice de ses missions et pouvoirs, se sont aussi inscrits dans le cadre institutionnel régional préexistant qu'il convient de considérer au titre des relations que pourrait avoir l'ARREC avec les différents acteurs institutionnels communautaires régionaux, voire nationaux, susceptibles d'intervenir sur le marché régional de l'électricité.

Il est donc nécessaire de préciser les relations entre l'ARREC et les autres institutions régionales afin d'anticiper ou de résoudre les risques de chevauchement de pouvoirs et les conflits de compétence entre elles.

Le présent rapport a donc pour objectif principal d'analyser le cadre régional institutionnel et réglementaire dans lequel l'ARREC sera amené à évoluer, d'identifier les potentiels conflits de compétence pouvant naître de ses rapports avec les autres institutions régionales ayant des domaines de compétences similaires, et de tracer les lignes d'une solution architecturale permettant, dans l'environnement actuel, d'assurer un fonctionnement institutionnel d'ensemble performant.

Cet objectif devrait également s'inscrire dans la perspective de la réalisation d'une harmonisation des règles gouvernant, au plan régional comme au niveau national, les échanges d'électricité afin de favoriser leur développement.

# INTRODUCTION

L'Autorité de Régulation Régionale du secteur de l'Electricité de la CEDEAO (ARREC) a été créée par Acte additionnel A/SA.2/01/08 du 18 janvier 2008 et est régie par le Règlement C/REG.27/12/07 du 15 décembre 2007 portant sur sa composition, son organisation, ses attributions et son fonctionnement. L'adoption de ces deux textes marque ainsi le début de la phase de transition qui correspond à la période de mise en activité de l'institution et à la poursuite des actions démonstratives de régulation entamées dans le cadre de la mise en œuvre du Projet de régulation régionale de l'électricité de la CEDEAO.

L'ARREC est dotée de pouvoirs afin notamment de:

- créer et assurer le maintien des conditions de développement du marché régional et des infrastructures régionales de transport d'énergie ;
- surveiller le fonctionnement du marché régional en veillant notamment à prévenir et sanctionner les pratiques anticoncurrentielles;
- régler les différends entre les acteurs (médiation, conciliation, arbitrage) et ;
- appuyer et assister les régulateurs nationaux.

Compte tenu de la multiplicité des institutions régionales, l'exercice de ces pouvoirs entraîne un risque réel de chevauchement de normes, voire de conflit de compétences avec certaines de ces institutions dont entre autres les Commissions de la concurrence et les Cours de Justice de l'UEMOA et de la CEDEAO, les institutions de l'OHADA, l'OMVS, l'OMVG et l'EEEOA.

C'est pourquoi il est prévu, au cours de cette phase transitoire, de procéder à l'identification précise de ces problèmes, et d'approcher les différents acteurs afin de les évoquer et de convenir ensemble des solutions idoines permettant de les résoudre.

Le présent rapport se propose de préparer cette approche en approfondissant l'analyse de ces questions par :

- l'examen du cadre d'intervention de l'ARREC à travers l'exposé du dispositif légal et réglementaire et du contexte institutionnel régional prévalant dans le domaine d'activités de l'ARREC ;
- l'analyse des conflits de normes matérielles et territoriales qui pourraient survenir lors de son fonctionnement, et de ses relations avec les autres institutions régionales ayant des domaines de compétence similaires ;
- la proposition de mesures de prévention ou d'atténuation de ces risques de chevauchement de pouvoirs dans le but d'initier le dialogue avec tous les acteurs concernés, et d'établir des passerelles de communication entre l'ARREC et ces institutions.

# 1. Cadre d'intervention de l'ARREC

## 1.1 Rappel des objectifs et attributions de l'ARREC

### 1.1.1 Nécessité d'une régulation régionale

Pour faire face au déficit de capacité de production d'électricité dont souffrent la plupart des pays d'Afrique de l'Ouest et afin de répondre durablement à la croissance de la demande, les Etats membres de la CEDEAO se sont engagés à développer les interconnexions électriques afin de permettre la mise en commun et le partage des ressources énergétiques de la région. La réalisation des interconnexions présente en effet plusieurs avantages tant techniques qu'économiques. Elle permet à chaque opérateur d'optimiser ses coûts de production par la diversification des sources d'énergie primaire, et l'émergence d'un marché régional concurrentiel. Elle permet aussi de sécuriser les approvisionnements tout en renforçant la stabilité électrique des réseaux.

Le développement des échanges d'énergie électrique se heurte cependant à l'insuffisance des infrastructures et à l'inadéquation du cadre institutionnel et réglementaire. Pour y faire face, la CEDEAO a mis en place un cadre d'intervention destiné à favoriser la réalisation des infrastructures, l'amélioration de la gouvernance du secteur et l'attrait des capitaux privés. L'importance des investissements requis oblige en effet les Etats à recourir à une participation des investisseurs privés<sup>1</sup>. Les intérêts publics et privés étant souvent en contradiction, les visées politiques à court terme des gouvernements peuvent parfois être de nature à compromettre ces objectifs régionaux et mettre en péril la durabilité des projets et la sécurité des investissements. Pour arbitrer le conflit existant entre ces intérêts à court et à long terme, il était donc nécessaire de mettre en place une fonction régulatrice autonome en charge de protéger les acteurs face à l'arbitraire politique et l'abus des monopoles nationaux, et propre à favoriser le développement d'un environnement institutionnel et réglementaire adéquat.

Si, au niveau des Etats, les politiques de libéralisation sectorielle ont conduit à la mise en place de régulateurs nationaux en charge d'apprécier les conditions de développement des marchés nationaux et d'exécution des conventions de concessions du service, les spécificités des échanges transfrontaliers d'électricité entre Etats et la perspective dans le plus long terme du développement d'un marché régional, ont convaincu la CEDEAO d'opter pour la mise en place d'un régulateur au niveau régional.

Les études et travaux menés à cet effet sous la conduite de la Commission de la CEDEAO ont abouti à la création par les Chefs d'Etats et de Gouvernement, le 18 janvier 2008, de l'Autorité de Régulation Régionale du Secteur de l'Electricité de la CEDEAO (ARREC), avec le statut d'institution spécialisée de la CEDEAO.

---

<sup>1</sup> Le Gazoduc de l'Afrique de l'Ouest a été financé essentiellement sur fonds privés. Le financement des investissements programmés dans le schéma directeur du WAPP adopté en 2004 est prévu sur la base d'un partenariat public/privé.

### 1.1.2 Aperçu sur les missions et pouvoirs du régulateur régional

L'ARREC a pour mission d'introduire une régulation des échanges d'électricité transfrontaliers, et d'apporter un soutien aux mécanismes de régulation nationale. Elle est instituée en vue de jouer un rôle central dans la mise en place d'un cadre institutionnel normatif et contractuel harmonisé favorisant des échanges transfrontaliers d'énergie électrique dans la région. L'ARREC doit ainsi assurer la mise en place d'un marché électrique régional durable et son ouverture progressive à la concurrence, ainsi que le renforcement des capacités des régulateurs nationaux et la mise en place de procédures efficaces de règlement des différends entre les acteurs.

Les attributions octroyées à l'ARREC sont ainsi définies autour des principaux points que sont :

1. l'élaboration et le suivi de la mise en application de règles techniques uniformes pour la gestion des échanges effectués entre les systèmes interconnectés, afin de maximiser leur efficacité technique ;
2. le suivi des ventes en gros d'électricité entre les différents acheteurs des Etats membres, l'analyse de leur efficacité en veillant notamment à prévenir et sanctionner les pratiques anticoncurrentielles ;
3. l'élaboration de procédures de règlement des litiges et le contrôle du respect par les partenaires des règles commerciales et de leurs engagements contractuels ;
4. la mise en place d'une communication effective entre les gouvernements, les régulateurs et les services d'électricité des Etats membres sur les questions d'intérêt mutuel.

Les pouvoirs qui lui sont dévolus par ses textes de création permettent à l'ARREC d'édicter, de fixer, de préciser ou d'interpréter les règles techniques et commerciales organisant les échanges transfrontaliers d'énergie électrique, à travers le réseau de transport, entre les Etats membres de la CEDEAO.

L'ARREC peut également, dans le cadre de la réalisation des objectifs et des missions qui lui sont confiées, faire toute recommandation aux différents acteurs régionaux ou nationaux intervenant dans le secteur de l'électricité.

En matière de régulation technique des échanges transfrontaliers d'électricité, elle est aussi dotée du pouvoir d'autoriser, d'approuver ou de contrôler les activités des différents acteurs du marché régional de l'électricité.

L'ARREC peut enfin initier des enquêtes, faire réaliser des audits, prendre toute mesure d'injonction ou toute mesure conservatoire ou de sauvegarde, et sanctionner les manquements et violations des règles régissant les échanges transfrontaliers d'énergie électrique.

Les actes pris par l'ARREC dans l'exercice de ces différents pouvoirs sont des **règlements** ayant pour objet de préciser la réglementation communautaire en matière d'échanges transfrontaliers d'énergie électrique. Ils ont la même force



obligatoire que les actes en exécution desquels ils sont pris et ils s'appliquent à tous les acteurs du marché régional.

Les **avis** et **recommandations** rendus d'office par l'ARREC ou à la demande des acteurs régionaux ou nationaux du secteur de l'électricité n'ont, eux, qu'une valeur consultative.

Enfin, l'ARREC peut rendre des **décisions** en matière de médiation, de conciliation ou de résolution des différends qui lui sont soumis ou en matière de sanction des manquements ou violations constatés. Ces décisions ont force exécutoire envers ceux à qui elles sont destinées. Les Etats membres garantissent l'application des décisions de l'ARREC sur leur territoire.

Tous ces actes et décisions de l'ARREC sont susceptibles de recours devant la Cour de Justice de la CEDEAO qui intervient dans le processus en qualité de juridiction d'appel. Ce recours est limité au non respect du mandat légal de l'ARREC ou aux erreurs commises par ce dernier dans l'application des procédures. La Cour de Justice ne peut donc réexaminer la décision dans le fond et lui substituer son propre jugement. Par ailleurs, l'ARREC peut prendre des mesures de sauvegarde, d'office ou à la demande d'une des parties, dès lors qu'il y a risque de préjudice irréversible.

## **1.2 Dispositif légal et réglementaire communautaire en matière d'énergie électrique**

La création d'un marché ouvert et compétitif de l'électricité à l'échelle régionale requiert l'existence d'un cadre institutionnel et réglementaire approprié, comprenant entre autres des législations nationales et des normes techniques et commerciales harmonisées, des règles de promotion et de protection des investissements. C'est ainsi qu'en matière d'énergie, à la suite du Traité révisé de la CEDEAO et de la politique énergétique qui a été adoptée, un Protocole sur l'Energie a été signé en 2002 par les Etats membres. Ce protocole a servi de cadre général pour l'adoption des différents textes nécessaires au développement du Système d'Echanges d'Energie Electrique Ouest Africain (EEEOA).

### *1.2.1 Traité de la CEDEAO et Protocole sur l'Energie*

Le **Traité de la CEDEAO** énonce en ses articles **3, 26, 28 et 55** les principes de base relatifs à la promotion, la coopération, l'intégration et au développement du secteur de l'énergie des Etats Membres.

C'est en 1982 que fut adoptée, par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, la **Décision A : DEC.3/5/82** relative à la **politique énergétique** de la CEDEAO. Cette politique vise principalement à assurer la sécurité énergétique, à diversifier les sources d'énergie primaire et à promouvoir l'accès du plus grand nombre à l'énergie. Même si les objectifs de cette politique restent d'actualité, elle doit être reformulée en termes de stratégie pour s'adapter à l'évolution des technologies et des contraintes sur les ressources énergétiques et l'environnement au niveau mondial. Concrètement, l'application de cette politique s'est caractérisée

par la mise en œuvre de projets régionaux tels que le Gazoduc de l'Afrique de l'Ouest (GAO), l'EEEOA et le Projet pour l'accès à l'énergie des populations rurales et périurbaines. Ces projets et programmes ont été accompagnés d'arrangements institutionnels au niveau régional pour favoriser la coopération entre les Etats Membres.

Ainsi, afin de faciliter le développement des projets énergétiques régionaux, le Secrétariat Exécutif de la CEDEAO a conçu un texte de référence spécifique au secteur de l'Energie et qui va au-delà des principes contenus dans le Traité. Il s'agit du **Protocole A/P4/1/03 sur l'Energie** qui a été adopté et signé par les Chefs d'Etat en janvier 2003 et est entré en vigueur avec la ratification par au moins neuf Etats membres. Annexé au Traité, il institue le cadre juridique destiné à promouvoir une coopération à long terme entre les Etats Membres de la CEDEAO dans le domaine de l'énergie. Selon l'article 2 de ce Protocole, la coopération dans le domaine énergétique est « *fondée sur la complémentarité et les avantages mutuels en vue d'augmenter l'investissement dans le secteur de l'énergie et de développer le commerce de l'énergie dans la région de l'Afrique de l'Ouest* ».

Le Protocole est inspiré du Modèle de la Charte Européenne de l'Énergie, et est fondé essentiellement sur les principes et règles en vigueur au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Les dispositions du Protocole sont conçues pour, entre autres, garantir un libre échange de l'énergie, des équipements et produits énergétiques entre les Etats Membres, définir des règles non discriminatoires pour les échanges et le règlement des conflits, protéger les investissements privés et assurer la protection de l'environnement et le développement de l'efficacité énergétique.

Les dispositions ayant une influence directe sur le fonctionnement du marché électrique régional sont notamment celles relatives à la concurrence (article 6), au transit (article 7) ainsi qu'à l'accès aux ressources (article 18). La structuration du marché de l'électricité se fera en application de ces principes même si les Etats doivent convenir d'un calendrier de mise en œuvre. D'une part, les Etats membres s'engagent à lutter contre les distorsions de marché et les entraves à la concurrence dans les activités économiques du secteur de l'énergie en adoptant les dispositions législatives appropriées. D'autre part, les Etats Membres s'engagent à assurer l'accès ouvert et non discriminatoire aux sources de production et équipements de transport situés sur leurs territoires respectifs. L'accès aux ressources sera assuré par l'octroi de manière non discriminatoire et transparente des autorisations, licences et autres documents contractuels nécessaires à l'exploitation de ces ressources.

De manière plus générale, les Etats Membres s'engagent à travers le Protocole à faciliter le libre transit des flux énergétiques sur leurs territoires en les traitant de la même manière que leurs propres produits ou de manière plus favorable, et en coopérant à l'établissement de nouvelles capacités de transit.

Enfin, le Protocole privilégie le recours à l'arbitrage à défaut du règlement à l'amiable pour les différends entre les parties au Protocole, ou entre une des parties et un

investisseur. C'est ainsi qu'en cas de différend entre un investisseur et une partie contractante au protocole, les options suivantes sont envisagées :

- recours aux juridictions nationales ;
- recours à une procédure convenue préalablement dans le contrat ;
- recours à une procédure d'arbitrage et de conciliation internationale.

Les procédures d'arbitrage évoquées par le Protocole sont la convention du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), celle de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm et la procédure d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation des Droits des Affaires en Afrique (OHADA) assurée par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA).

### *1.2.2 Textes régissant le Système d'Echanges d'Energie Electrique Ouest Africain (EEEOA)*

L'engagement des Etats membres de la CEDEAO à développer les interconnexions électriques en vue de la mise en commun et du partage optimal des ressources énergétiques de la région s'est traduit dans les faits par la mise en place progressive d'un marché de l'énergie. Les Chefs d'Etat et de Gouvernement ont alors adopté un certain nombre de dispositions qui ont posé les principes d'organisation et de fonctionnement du marché régional d'électricité, et ont créé deux institutions : le Système d'Echanges d'Energie Electrique Ouest Africain (EEEOA ou West African Power Pool – WAPP), et l'Organe de Régulation Régionale.

- (i) L'EEEOA a été institué le 10 décembre 1999 par **Décision A /DEC.5/12/99** de la conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement de la CEDEAO. Le Secrétariat Exécutif, actuelle Commission de la CEDEAO, en a assuré le développement qui a abouti, en Janvier 2006 à la création d'une organisation regroupant l'ensemble des sociétés publiques ou privées de production, de transport et de distribution d'électricité des Etats membres. La convention d'établissement de cette organisation a été adoptée par **Décision A/DEC.18/01/06 du 12 janvier 2006** de la Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement de la CEDEAO qui lui a octroyé par la même occasion le statut d'institution spécialisée de la CEDEAO (**Décision A/DEC.20/01/06**).

La Convention d'Etablissement institue les structures de gestion de l'EEEOA, définit leur organisation et modalités de fonctionnement afin d'établir un bon mécanisme de coopération entre ses Membres. Ses structures sont: l'Assemblée Générale, le Conseil Exécutif, le Secrétariat Général de l'EEEOA, les Comités spécialisés (Comité d'Ingénierie et d'Exploitation, Comité de Planification Stratégique (CPS), Comité des Finances et des Ressources Humaines (CFRH)).

Le Secrétariat Général de l'EEEOA, qui a démarré ses activités en février 2006, est chargé d'assurer la fiabilité de l'approvisionnement en énergie électrique de la région à travers essentiellement le développement de projets régionaux de production et transport, et la définition des règles techniques et commerciales des échanges transfrontaliers d'énergie électrique.

- (ii) Quant au marché régional de l'électricité en lui-même, il est organisé et régulé selon des principes et règles définis notamment à travers l'**Acte additionnel A/SA.2/01/08 du 18 janvier 2008** et le **Règlement C/REG.27/12/07 du 15 décembre 2007** qui instituent et régissent l'organe de régulation régionale.

Ces textes disposent que le marché régional d'électricité est organisé autour des principes du libre échange entre les États Membres dans un cadre concurrentiel et compétitif, par l'application de règles non discriminatoires dans les échanges et le règlement des conflits, la protection et la promotion des investissements privés ainsi que la protection de l'environnement et la promotion de l'efficacité énergétique.

Un engagement est obtenu de tous les États membres, dans le cadre de l'application de ces principes, pour favoriser :

- l'interconnexion à terme de tous les États membres ;
- le libre transit de l'énergie électrique sur la base d'un accès au réseau non discriminatoire, transparent et disponible au juste prix ;
- l'introduction progressive d'un marché régional de gros d'électricité dans un cadre concurrentiel, ouvert et compétitif ;
- l'adaptation des règles d'exploitation, de sécurité et de tarification du transport permettant les échanges transfrontaliers d'électricité ;
- l'harmonisation des règles d'organisation des marchés nationaux en conformité avec les règles et principes définis dans le Règlement susvisé ;
- la mise en œuvre des principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée en matière d'échanges transfrontaliers d'électricité ;
- la suppression progressive des barrières techniques, administratives et autres au commerce de l'électricité ;
- la lutte contre les distorsions du marché régional et entraves à la concurrence dans le secteur de l'électricité.

Enfin, ces textes posent comme principes devant guider la régulation du marché régional d'électricité :

- l'indépendance du régulateur régional (l'ARREC) à l'égard des pouvoirs publics, des intérêts privés et de tous les acteurs du secteur de l'électricité ;
- la transparence dans le processus de régulation, avec l'élaboration des règles et procédures de régulation selon un processus impliquant tous les acteurs institutionnels, étatiques et régionaux ;

- la rationalité, la prévisibilité, la cohérence et la stabilité des décisions et actions du régulateur régional ;
- l'effectivité et l'efficacité des actions de régulation à travers une expertise adéquate à la disposition des acteurs du secteur de l'électricité et un système d'observation et d'information ;
- la collégialité dans la prise des décisions du régulateur régional.

Ainsi, l'ARREC, qui devrait fonctionner selon les principes et règles ci-dessus précisés, est appelée à jouer un rôle primordial dans la mise en place d'un marché électrique régional durable et assurer son ouverture progressive à la concurrence. Pour cela elle est constituée d'un Conseil de régulation, qui est l'instance dirigeante, et d'un Personnel Technique. Le Conseil de Régulation est composé de cinq membres, dont le Président de l'ARREC. Ils sont nommés à temps plein pour un mandat de cinq ans non renouvelable, et prennent, en toute indépendance et collégalement, des décisions. Le Personnel Technique est une structure constituée d'experts chargés de l'appui technique et administratif à fournir au Conseil de régulation.

En outre, l'ARREC peut, dans l'exercice de ses missions, établir les comités consultatifs suivants :

- un comité composé de représentants des régulateurs nationaux et des représentants des administrations nationales en charge du secteur électrique ;
- un comité composé des représentants des opérateurs du secteur de l'électricité de la CEDEAO ;
- un comité des représentants des consommateurs finaux d'électricité de la CEDEAO.

### **1.3 Contexte institutionnel régional**

L'ARREC est appelé à fonctionner dans un environnement régional déjà marqué par l'existence d'institutions dont les fonctions et activités pourraient avoir un impact sur les siennes, que ce soit au sein de la CEDEAO elle-même ou sur son espace territorial. Il conviendrait de présenter sommairement ces institutions et leurs fonctions afin de faciliter l'examen des questions de chevauchement et de conflits de pouvoirs que nous traiterons dans la deuxième partie de ce rapport. Toutefois, cette présentation se limitera uniquement aux institutions à caractère régional<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Le cas des structures nationales (régulateurs nationaux et directions de la concurrence) et des juridictions au niveau des Etats sera traité dans la deuxième partie du rapport, lors de l'analyse des chevauchements et conflits de compétences.

### 1.3.1 Institutions de la CEDEAO

Parmi les institutions de la CEDEAO dont les attributions et le fonctionnement peuvent avoir une incidence directe sur les activités de l'ARREC, nous pouvons retenir :

#### 1.3.1.1 La Commission de la CEDEAO

Principale institution chargée essentiellement de la mise en œuvre des décisions et politiques des instances dirigeantes de la Communauté, la Commission est composée de neuf commissaires dont un Président et un Vice Président. De façon générale, la Commission s'occupe de la promotion des programmes et projets de développement communautaires, de l'organisation des réunions de Ministres sectoriels pour examiner les questions sectorielles qui contribuent à la réalisation des objectifs de la Communauté, de l'élaboration des projets de textes et de programmes d'activités. Pour cela, les pouvoirs qui lui sont conférés par le **Protocole Additionnel A/SP.1/06/06 du 14 juin 2006** consistent notamment à :

- faire des propositions à la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement et au Conseil des Ministres leur permettant de se prononcer sur les grandes orientations des politiques des Etats membres et de la Communauté, et leur formuler des recommandations et des avis ;
- prendre des Règlements d'exécution pour assurer l'exécution des Actes de la Communauté, recueillir des informations utiles et procéder à des consultations avec les institutions et structures de la Communauté.

La Commission est ainsi impliquée dans l'élaboration des projets de textes devant être soumis pour adoption à la Conférence des Chefs d'Etat ou au Conseil des Ministres dont elle est chargée d'organiser les réunions.

#### 1.3.1.2 La Cour de Justice de la CEDEAO

Seul organe judiciaire de la Communauté, elle est régit par le Protocole A /P .1/7/91 du 6 juillet 1991 qui a été amendé par les protocoles A/SP1/1/05 du 19 janvier 2005 et A/SP2/06/06 du 14 juin 2006. Elle est la seule juridiction de recours contre les décisions prises par les Institutions de la Communauté, dont l'ARREC.

Elle dispose notamment d'une compétence élargie sur les litiges nés de l'application ou de l'interprétation des textes, actes et décisions de la Communauté, ou du manquement des Etats membres à leurs obligations découlant de ces textes. Cette compétence s'étend sur toutes les questions prévues dans tout accord que les Etats membres pourraient conclure entre eux, ou avec la CEDEAO et qui lui en donne compétence, ainsi que sur toutes autres matières que pourraient lui confier les Protocoles et Décisions ultérieures de la Communauté. Par ailleurs, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement a le pouvoir de saisir la Cour pour connaître de tout autre litige que ceux visés dans les Protocoles relatifs à la Cour de Justice.

Enfin, la Cour de Justice, qui est compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'Homme dans tout Etat membre, peut être saisie non seulement par les Etats membres, mais aussi par toute personne physique ou morale pour les recours en appréciation de la légalité contre tout acte de la Communauté lui faisant grief.

### 1.3.1.3 L'Autorité de la Concurrence de la CEDEAO

Cette institution est en cours de création. Bien que n'étant pas encore instituée et compte tenu de l'important impact qu'elle pourrait avoir sur les activités de l'ARREC (dont l'une des activités essentielles concerne la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles), il convient de la considérer car son processus d'établissement en est à la phase de signature des textes de création par les Chefs d'Etat.

Trois projets d'actes additionnels ont déjà été adoptés par le Conseil des Ministres de la CEDEAO :

- un Acte additionnel portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO ;
- un Acte additionnel portant adoption des règles communautaires de la Concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO ;
- un Acte additionnel portant création, attributions et fonctionnement de l'Autorité Régionale de la Concurrence de la CEDEAO.

L'objectif général de ces textes est de promouvoir le développement des investissements dans la région, préserver et stimuler la concurrence en interdisant et en luttant contre les pratiques anticoncurrentielles.

L'Autorité de la concurrence de la CEDEAO sera chargée de la mise en œuvre des règles communautaires de la concurrence. Ses attributions portent principalement sur le suivi des activités commerciales au sein du marché commun en vue de détecter les pratiques anticoncurrentielles, effectuer à cet effet des enquêtes de son propre gré ou sur saisine des Etats, de la Cour de Justice ou de toute autre personne, élaborer les barèmes des amendes à appliquer.

Pour cela elle est dotée de larges pouvoirs dont le pouvoir d'émettre des injonctions contre les pratiques anticoncurrentielles allant de l'interdiction de conclure les accords à leur résiliation, le pouvoir d'autorisation des fusions et acquisitions et le pouvoir de prendre des sanctions.

Ces actes et décisions sont susceptibles de recours devant la Cour de Justice de la CEDEAO qui statue en appel et en dernier ressort.

L'Autorité de la Concurrence sera dirigée par un Directeur Exécutif assisté de deux adjoints. Leur mandat est de quatre ans non renouvelables.

L'Autorité est assistée par un Comité Consultatif composé de fonctionnaires compétents en matière de concurrence de chaque Etat membre.

### 1.3.2 Institutions de l'UEMOA

Créée en 1994, l'UEMOA regroupe huit (8) Etats<sup>3</sup> dotés d'une monnaie commune, le franc CFA. Tous ces huit Etats sont également membres de la CEDEAO. L'UEMOA et la CEDEAO ont toutes deux pour objectif de créer un marché commun. Leur complémentarité et leur vision commune font que ces deux institutions ont adopté des textes ou mis en place des institutions dont les domaines de compétence se recoupent. Il en est ainsi du domaine de la concurrence dans lequel l'UEMOA serait plus avancée en termes de dispositif réglementaire. Ainsi, ses institutions en charge de cette matière dont le rôle pourrait impacter les activités de l'ARREC sont :

#### 1.3.2.1 La Commission de l'UEMOA

Elle est la principale autorité communautaire de la concurrence. La Commission est un organe collégial composé de huit membres, appelés *Commissaires*, et dont l'un est spécialement chargé des questions de concurrence. La Commission joue un rôle central dans la conception et dans l'application du droit communautaire de la concurrence. Elle exerce en effet une triple fonction : c'est elle qui est chargée de définir la politique de concurrence de l'Union ; c'est également elle qui exerce la fonction réglementaire dans le cadre des habilitations du Conseil des Ministres (adoption des règlements d'exécution et de leurs mesures d'application) ; enfin, pour la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence, elle a le pouvoir d'engager les poursuites et d'exercer les sanctions, sous le contrôle de la Cour de Justice.

#### 1.3.2.2 La Cour de Justice de l'UEMOA

Garante de l'ordre juridique de l'Union, elle a pour mission de veiller au respect du droit dans l'interprétation et dans l'application du Traité de l'Union. En matière de concurrence, elle a une double compétence : elle connaît des recours en légalité intentés contre les actes pris par les organes de l'Union (notamment les règlements d'exécution de la Commission) ; et elle connaît également des recours en contentieux contre les décisions de la Commission. Dans ce cadre, elle peut soit annuler ou réformer les décisions de la Commission.

### 1.3.3 *Autres Institutions régionales intervenant dans l'espace CEDEAO*

Ces autres institutions dont les fonctions et pouvoirs présentent des risques de chevauchement et de conflits de compétences avec l'ARREC sont :

---

<sup>3</sup> Benin, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo.



### 1.3.3.1 La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA<sup>4</sup>

L'OHADA a pour objectif l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes et par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends. Au sein de cette organisation, le pouvoir législatif et réglementaire des Etats membres est transféré au Conseil des Ministres qui adopte les actes uniformes. Ces normes ainsi produites sont immédiatement applicables dans les Etats membres, et elles sont supérieures aux normes internes des Etats membres. Les Actes uniformes portent sur le droit des affaires qui englobe la réglementation des différentes composantes de la vie économique, dont ses cadres juridiques (réglementation du crédit, de la concurrence notamment) ; ses acteurs (commerçants, sociétés, intermédiaire du commerce) ; les biens et services objet même de la vie économique (dont les matières énergétiques) et les activités économiques elles mêmes (la production, la distribution, la consommation).

L'OHADA, entre autres institutions<sup>5</sup>, a ainsi mis sur pied une Cour de justice dont la compétence s'étend sur l'ensemble du territoire des Etats membres en matière de contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des Actes uniformes. Elle a une fonction administrative et juridictionnelle : la fonction administrative consiste en celle d'un centre d'arbitrage alors que sa fonction juridictionnelle fait d'elle une juridiction de cassation des Etats parties pour les matières harmonisées.

En matière juridictionnelle, elle se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats membres, dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des Règlements (sauf les décisions impliquant des sanctions pénales). Son originalité à ce niveau est qu'elle a la faculté d'évoquer et de statuer au fond également, quand un litige est porté à sa connaissance.

Ses décisions sont exécutoires sur l'ensemble du territoire des Etats membres.

### 1.3.3.2 L'OMVS

L'Organisation pour la Mise en Valeur du fleuve Sénégal (OMVS) regroupe les quatre Etats riverains du fleuve Sénégal (Guinée, Mali, Mauritanie, Sénégal) pour la maîtrise et l'exploitation rationnelle des ressources du fleuve et de sa vallée.

---

<sup>4</sup> L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) regroupe les membres de la zone franc, dont le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée, la Guinée Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal, et le Togo, qui sont également tous membres de la CEDEAO. Mais le traité est ouvert à l'adhésion, non seulement, de tout Etat membre de l'U.A. mais, également, des Etats non membres de l'U.A. qui peuvent être invités à y adhérer du commun accord des Etats déjà parties.

<sup>5</sup> Il s'agit du Conseil des Ministres des Finances et de la Justice des Etats membres (organe législatif), du Secrétariat Permanent et de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature.

L'OMVS est placée sous la haute tutelle de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, instance suprême qui définit la politique de coopération et de développement de l'Organisation. Elle comprend cinq (5) organes permanents dont le Conseil des Ministres (Organe de Conception et de Contrôle) et le Haut-commissariat (Organe Exécutif de l'Organisation).

Dans le cadre du volet énergie de ses activités, l'OMVS a identifié près d'une dizaine de sites de barrages présentant un potentiel hydroélectrique évalué à plus de 4.000 GWh/an. Le barrage de Manantali constitue le premier maillon de ce complexe de production hydroélectrique, avec une puissance installée de 200 MW (fonctionnel depuis 2000) et un réseau de 1500 km de lignes de transport interconnectant trois Etats membres (Mali, Mauritanie, Sénégal). L'OMVS est chargée, pour le compte des Etats, de veiller à l'exploitation optimale de ces infrastructures, notamment avec l'aide de la Société de Gestion de l'Energie de Manantali (SOGEM), société publique inter-étatique appartenant aux trois Etats, et d'organes Consultatifs tel que le Comité Régional de Planification (CRP).

Un Opérateur Privé, en l'occurrence ESKOM (société Sud-Africaine) chargé actuellement de l'exploitation et de la distribution de l'énergie, a été recruté en juillet 2001 pour une durée de 15 ans, renouvelable une fois.

#### 1.3.3.3 L'OMVG

Regroupant la Gambie, la Guinée, la Guinée-Bissau et le Sénégal, cette organisation sous-régionale est l'organe d'exécution des programmes de développement intégré des quatre pays membres pour une exploitation rationnelle et harmonieuse des ressources communes des bassins des fleuves Gambie, Kayanga-Géba et Koliba-Corubal. Elle dispose à peu de choses près des mêmes textes constitutifs et de la même architecture institutionnelle que l'OMVS.

L'OMVG a actuellement en cours de réalisation un Projet Energie portant sur la construction de deux centrales hydroélectriques totalisant une puissance nominale de 225 MW (Sambagalou et kaleta), et d'un réseau de transport à très haute tension (225 kV) d'environ 1723 km de longueur qui assurera l'interconnexion des systèmes électriques des quatre Etats membres.

## 2. Identification des risques de chevauchements de pouvoirs et de conflits de compétence

La multiple appartenance des Etats ouest africains à plusieurs organisations régionales poursuivant les mêmes objectifs d'intégration économique et juridique est susceptible de donner naissance à de difficiles problèmes d'ordre juridique notamment en termes d'application des règles communautaires adoptées par ces différentes institutions. La mise en place de l'ARREC ne manquera pas d'ajouter à cette problématique car les réglementations émises par ces institutions régionales régissent très souvent les mêmes matières et ont presque le même espace d'exécution.

### 2.1 Problématique liée à l'existence de plusieurs systèmes juridiques communautaires dans la région<sup>6</sup>

L'Acte additionnel portant création de l'ARREC dispose en son article 4 alinéas 2 et 3 que : *«La compétence de l'ARREC s'étend à l'ensemble du territoire des pays membres de la CEDEAO dans le cadre de leurs relations en matière d'échanges transfrontaliers d'énergie électrique, à travers le réseau de transport.*

*Les règlements d'exécution, résolutions, décisions, et tout autre acte communautaire pris par l'ARREC dans le cadre de l'exécution desdites missions, seront exécutoires sur l'ensemble du territoire des Etats membres de la CEDEAO ».*

Ainsi, étant une institution spécialisée de la CEDEAO à vocation sectorielle (elle n'interviendra que sur le secteur de l'électricité), le spectre du champ d'action attribué à l'ARREC touchera tous les Etats de l'Afrique de l'Ouest (excepté la Mauritanie seule qui n'est pas membre de la CEDEAO, mais dont le cas devrait être considéré du fait de son appartenance à l'OMVS<sup>7</sup>).

A ce titre, compte tenu de son domaine d'intervention et des pouvoirs qui lui sont octroyés, tous les actes que l'ARREC sera amenée à prendre (ou faire prendre)<sup>8</sup> s'inscriront dans le cadre général de l'ordre juridique communautaire que la CEDEAO est en train de mettre en place. Cet ordre juridique est caractérisé par la **règle de la supranationalité** qui permet de privilégier la communauté par rapport aux intérêts nationaux.

---

<sup>6</sup> Cette analyse se limite à l'examen des Communautés économiques (C.E) en Afrique de l'Ouest qui ont un objet général et ont un impact sur les activités de l'ARREC : CEDEAO, UEMOA et OHADA. Les deux autres C.E sont le Conseil de l'entente et l'Union du Fleuve Mano dont tous les Etats parties sont également membres de la CEDEAO.

<sup>7</sup> Une étude devrait être conduite afin de déterminer les modalités d'extension de la compétence de l'ARREC à la Mauritanie, copropriétaire du réseau interconnecté OMVS.

<sup>8</sup> Il en est ainsi des Règlements et directives qui seront émises par le conseil des Ministres pour l'organisation, la gestion du marché régional de l'électricité.

Cette règle se trouve dans le pouvoir d'édicter des normes communautaires qui sont immédiatement applicables et ont des effets directs dans les Etats membres de la communauté, et qui sont supérieures aux règles juridiques nationales<sup>9</sup>.

Or, l'UEMOA et l'OHADA, dont les espaces couvrent une partie de l'espace CEDEAO<sup>10</sup>, sont également engagées dans un processus d'instauration d'ordres juridiques présentant les mêmes caractéristiques : elles produisent toutes deux des normes immédiatement applicables et qui ont des effets directs dans l'ordre interne des Etats membres. Ces deux organisations régionales affirment expressément la primauté des normes qu'elles édictent sur les normes internes des Etats membres.

C'est à ce niveau que réside l'une des principales causes de l'éventuelle incompatibilité ou coexistence de règles régissant les mêmes matières et ayant les mêmes forces exécutoires sur le même territoire, comme nous le verrons ci-dessous lors de l'examen des relations entre l'ARREC et les institutions ou organes de chacune de ces organisations régionales. C'est pourquoi, il conviendrait d'examiner d'abord ce problème en termes de prévalence entre ordres juridiques communautaires en situation de concurrence dans la même région.

En effet, pour qu'un conflit de normes ainsi entendu existe, il faut que les **objectifs** et **domaines d'action** des différentes organisations régionales en cause soient totalement, ou même partiellement, identiques ou communs. L'on remarque que l'objectif général des trois organisations d'intégration citées ci-dessus est de contribuer au développement économique des Etats membres. L'objectif est donc commun même s'il existe quelques différences au niveau de l'approche :

- Ainsi en est-il de l'OHADA qui, à première vue, a pour objet l'harmonisation du droit des affaires par l'élaboration et l'adoption de règles communes dans le domaine du droit des affaires. Cependant, cette unification du droit des affaires n'est qu'un moyen de réalisation d'un objectif d'intégration et de développement économique de ses membres, tel qu'affirmé dans son Traité constitutif.
- Il en est de même pour l'UEMOA et la CEDEAO. Les objectifs de l'UEMOA portent sur le renforcement de la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé. La CEDEAO aussi vise expressément le développement et l'intégration économique par la création d'un marché commun.

La caractéristique principale et commune des démarches adoptées par toutes ces organisations régionales est que cet objectif de développement économique est centré sur l'initiative privée et les investissements privés. Toutes les règles édictées

---

<sup>9</sup> Ce principe de supranationalité a été adopté par la CEDEAO à travers le protocole additionnel A/SP.1/06/06 du 14 juin 2006 portant amendement du Traité révisé de la CEDEAO qui énonce également les différents types d'actes pouvant être émis: les actes additionnels, les Règlements, les Décisions et les Directives.

<sup>10</sup> Tous les Etats d'Afrique de l'Ouest qui sont membres de l'OHADA et les Etats membres de l'UEMOA appartiennent tous à la CEDEAO.

visent, entres autres buts principaux, **la création d'un marché commun ouvert et concurrentiel**.

A cette similarité d'objectifs économiques et des moyens juridiques s'ajoute la communauté des domaines d'action.

Le domaine d'application ou d'intervention du droit communautaire de la CEDEAO, de même que celui de l'UEMOA, est à la fois vaste et imprécis du fait de l'étendue des fonctions qui leur sont données (fonction de coopération ou d'intégration). Le droit communautaire de ces deux institutions porte sur l'organisation des activités économiques dans le cadre du marché et, d'une manière plus générale, sur tous domaines, dès lors que la poursuite des objectifs de la communauté l'exige.

Quant à l'OHADA, son droit unifié couvre le domaine du Droit des affaires. L'article 2 de son Traité le définit en énumérant un ensemble de règles se rapportant «au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, etc... ». Mais, il indique en même temps que «toute autre matière» peut être incluse dans le droit des affaires pour autant que le Conseil des ministres de l'OHADA décide à l'unanimité de l'y inclure. Etant à contenu variable sans limitation précise, cette matière pourrait ainsi englober toutes les règles de droit relatives à l'entreprise, à la production et la circulation des richesses économiques. C'est ainsi qu'il est proposé d'y inclure également plusieurs autres domaines dont le droit de la concurrence et de la consommation et le droit de certains contrats spéciaux. Cette possibilité d'extension des matières couvertes par l'OHADA est une autre source de situation de conflit entre les normes communes édictées par l'OHADA et les règles communautaires des autres organisations régionales telles la CEDEAO et l'UEMOA, et de leurs structures à vocation sectorielle telle que l'ARREC.

La discussion sur la prévalence entre ces différents ordres juridiques communautaires, en cas de conflit, n'a encore pas trouvée de solution juridique satisfaisante à ce jour.

L'on ne peut que constater que les domaines d'intervention de ces organisations régionales sont loin d'être étanches, ce qui favorise la duplication de certaines règles qui portent sur les mêmes matières. Ces chevauchements et conflits de normes sont exacerbés par le fait qu'il revient à chaque organisation de définir la sphère d'applicabilité du Droit qu'elle produit, ainsi que les rôles et pouvoirs des institutions qu'elles créent pour assurer la mise en œuvre de ces règles.

Le domaine des échanges transfrontaliers d'énergie électrique qu'entend réguler la CEDEAO n'échappe pas à ce constat. Et l'ARREC, qui est l'institution en charge de cette régulation, partage ses domaines de compétences avec plusieurs autres institutions régionales, que ce soit aussi bien en matière de régulation technique et de gestion du marché régional, qu'en matière de concurrence et de règlements des litiges.

## 2.2 ARREC et Institutions régionales ayant des domaines de compétences concurrents

### 2.2.1 En matière de régulation technique et de gestion du marché régional de l'électricité

#### 2.2.1.1 Relations avec l'EEEOA

L'EEEOA et l'ARREC relèvent du même ordre juridique et institutionnel communautaire, celui de la CEDEAO.

L'EEEOA est une institution spécialisée de la CEDEAO composée des opérateurs nationaux (sociétés d'électricité des Etats membres) et multinationaux (CEB, SOGEM) d'électricité qui sont les principaux acteurs des échanges transfrontaliers de l'électricité que l'ARREC a pour mission de réguler. L'EEEOA a pour objectif de favoriser les échanges transfrontaliers d'électricité par la réalisation des investissements régionaux en termes de production, de transport et d'interconnexions d'énergie, et par l'institution d'un cadre opératoire favorisant les échanges énergétiques régionaux.

L'ARREC constitue donc pour l'EEEOA, à un niveau régional, ce que les régulateurs nationaux sont pour les opérateurs nationaux d'électricité. Il convient de rappeler d'ailleurs que par rapport à l'ordre juridique communautaire auquel elles appartiennent toutes deux, la nature juridique des actes et décisions des deux institutions diffère. Les pouvoirs conférés à l'ARREC sont à la fois réglementaires et quasi-juridictionnels<sup>11</sup>. L'ARREC prend des **règlements** et des **décisions** qui ont force exécutoire, directement applicables dans tout l'espace CEDEAO et dont l'application est garantie par les Etats membres sur leur territoire. Tous ces actes et décisions de l'ARREC sont susceptibles de recours devant la Cour de Justice de la CEDEAO qui intervient dans le processus en qualité de juridiction d'appel.

Par contre, les actes de l'EEEOA sont la résultante de conventions passées entre ses membres, qui ne s'appliquent qu'entre les membres signataires, et par conséquent obéissent au régime juridique de droit commun des contrats entre personnes privées. Ainsi, compte tenu de leur nature conventionnelle, les règles et actes émis par l'EEEOA dans le cadre du fonctionnement du marché pourraient ainsi n'avoir de force contraignante à l'égard des Etats membres (et de tout acteur du marché non membre de l'EEEOA), qu'à travers leur approbation et adoption par l'ARREC. Ces règles s'inscriront alors dans le cadre du Droit positif communautaire de la CEDEAO. Par ailleurs, en cas de violations des règles du marché ainsi approuvées et adoptées par l'ARREC, celle peut se saisir d'office ou être saisie par toute partie qui s'en estime victime.

L'examen de la Convention de l'EEEOA signée en juillet 2006, permet cependant de constater quelques risques de chevauchement entre les attributions de l'ARREC et

---

<sup>11</sup> Cf. paragraphe 1.1.2 ci-dessus

celles de l'EEEOA, notamment en ce qui concerne les aspects liés à la planification et aux règles du marché, ainsi qu'à la collecte des informations. Toutefois, l'application concertée des dispositions prévues par les textes constitutifs de l'ARREC permettrait de résoudre ces différents risques de conflits, sans compter que conformément aux dispositions de la Convention portant organisation et fonctionnement de l'EEEOA, l'ARREC a la possibilité de participer pleinement à toutes les activités de l'EEEOA, y compris aux réunions de l'Assemblée Générale, avec les mêmes droits que les opérateurs, à l'exception du droit de vote<sup>12</sup>.

#### i. Planification et règles du marché

En vertu de l'article 6.4.a de la Convention de l'EEEOA, celui-ci exercera sa mission de planification opérationnelle et de promotion des investissements. Il interviendra pour recommander les critères de planification. Ses propositions en matière de développement des infrastructures (élaboration d'un schéma directeur) devront être avalisées par la Commission de la CEDEAO, après avis de l'ARREC.

A ce niveau, il convient de noter que l'ARREC approuve les critères de sélection des opérateurs impliqués dans le développement des ouvrages afin d'éviter toutes pratiques anticoncurrentielles; il est également consulté pour toute demande d'autorisation de construction de lignes de transport d'intérêt régional autres que celles contenues dans le schéma directeur.

S'agissant de la gestion du marché, les textes ne prévoient pas que l'EEEOA élabore des règles de marché, sauf pour les règles techniques pour lesquelles il est prévu des comités spécifiques constitués des représentants des opérateurs de l'EEEOA. Ces règles techniques de fonctionnement et d'accès au réseau de transport régional d'électricité sont soumises à l'ARREC pour approbation.

En matière de tarification du transport et des services associés, bien que ce soit l'ARREC qui fixe ou révisé les règles de comptabilisation des coûts et la structure des tarifs, approuve les propositions tarifaires soumises par les opérateurs, publie le niveau des tarifs applicables et contrôle leur application, il conviendrait que cela se fasse à travers un processus de concertation sur la définition et la mise en œuvre de la méthodologie de tarification du transport et des règles commerciales pour le marché régional.

Le Secrétariat General de l'EEEOA est l'entité la mieux indiquée pour élaborer la version initiale des règles, en liaison avec ses membres. L'ARREC devrait s'occuper de les examiner et ensuite les approuver. La révision des règles suivrait le même processus.

---

<sup>12</sup> Article 23 de la Convention portant organisation et fonctionnement de l'EEEOA.

## ii. Collecte des informations

Un risque de confusion de rôle existe également au niveau de la collecte, de l'analyse et de la publication des informations donnant une vue d'ensemble de la situation réelle de l'EEEOA et des propositions pour son développement futur. En effet, selon ses textes constitutifs, l'ARREC organise un système de collecte et de gestion des informations relatives aux échanges et aux performances des acteurs du secteur de l'électricité en liaison avec les régulateurs nationaux, l'EEEOA, les gestionnaires des réseaux de transport, les opérateurs de marché et les autres institutions sous régionales et régionales.

Or, conformément à l'article 8 de la convention de l'EEEOA, le Centre d'Information et de Coordination du Secrétariat Général de l'EEEOA est également chargé de collecter, analyser et publier des informations donnant une vue d'ensemble de la situation actuelle de l'EEEOA et de son développement futur.

Il convient d'éviter une duplication des informations collectées afin que les opérateurs n'aient pas à transmettre à l'ARREC les informations dont disposerait déjà l'EEEOA. Pour cela un accord sur un processus de partage et de communication d'informations est à trouver afin que l'EEEOA puisse communiquer à temps les informations nécessaires à l'ORR et réciproquement.

Ainsi, le Centre d'Information et de Coordination pourrait assurer la coordination opérationnelle entre les propriétaires et exploitants du réseau de transport à travers un échange d'information quotidien entre les centres de coordination opérationnelle des membres de l'EEEOA. Il serait alors chargé de la collecte et de la transmission des informations journalières ou de court terme.

L'ARREC quant à elle collectera les informations de l'EEEOA et les informations complémentaires auprès des opérateurs et des régulateurs nationaux afin de les recouper pour disposer d'informations fiables. Elle procédera à une analyse critique des informations fournies ou publiées par l'EEEOA afin de s'assurer que les décisions prises par les opérateurs du réseau régional soient en conformité avec le Protocole sur l'Energie, les principes du marché régional et les directives qui seront adoptées pour son fonctionnement par le Conseil des Ministres. Pour les autres informations spécifiques, chaque organisme pourra établir sa méthode de collecte et son propre protocole de recueil et de sécurité.

Une coopération étroite devra s'instaurer notamment sur l'articulation entre la base de données de l'EEEOA et celle de l'ARREC, avec pour objectif des échanges d'informations et de documentation sur les arrangements institutionnels prévus pour les projets en cours de développement au niveau de l'EEEOA, l'analyse et le suivi de l'exécution des contrats d'échange transfrontaliers existants, les tarifs, les performances du ( des ) système (s), etc.



### 2.2.1.2 Relations avec l'OMVS et l'OMVG

Les échanges d'électricité qui se développent au sein des espaces sous-régionaux tels celui de l'OMVS et de l'OMVG, sont soumis à des règles de gestion et d'exploitation particulières à ces organisations sous régionales<sup>13</sup>. A terme, les infrastructures électriques appartenant à ces organisations feront parties intégrantes d'un réseau interconnecté régional. L'ARREC étant appelé à avoir une compétence exclusive en matière de régulation sur tous les échanges transfrontaliers existant dans l'espace CEDEAO, il va de soi que cela entraînera des chevauchements de pouvoirs et des conflits de compétence avec les organes mis en place par ces organisations pour gérer leur réseau interconnecté.

Le cas de l'OMVS pourrait être cité en exemple, en matière de planification et gestion des échanges ainsi que de règlement des litiges. En effet, l'exploitation du système interconnecté de l'OMVS, outre les Etats membres, a pour acteurs principaux :

- la SOGEM (Société de Gestion de Manantali), société en charge de la gestion du patrimoine constitué par le Barrage, la centrale de production électrique et du réseau de transport commun (reliant la centrale aux systèmes de transports nationaux) ;
- La EEM (ESKOM Energie Manantali), opérateur privé chargé par la SOGEM de l'entretien, de l'exploitation des ouvrages, de la vente de l'énergie aux Sociétés Nationales d'Electricité (SNE), et du recouvrement de la facturation de cette énergie ;
- Les SNE (Société Nationale d'Electricité) qui désigne indifféremment EDM (MALI), SENELEC (SENEGAL) ou SONELEC (MAURITANIE) ;
- et différentes institutions de coordination ou de décision établies par les Protocoles et Règlements tarifaires et d'interconnexion, et/ou contrat de cession d'énergie.

Les règles régissant l'interconnexion sont contenues dans un (projet de) Protocole d'interconnexion et un Règlement de l'association d'interconnexion géré selon trois principes:

- la transparence vis à vis des SNE en ce qui concerne la délimitation du programme de production du Barrage de Manantali ;
- l'efficacité du processus de concertation SNE/EEM/comités subrégionaux ;
- l'assistance mutuelle en exploitation (continuité et qualité de l'approvisionnement) même si chaque membre de l'association d'interconnexion conserve l'entière responsabilité de l'alimentation de ses clients.

Il convient de rappeler qu'au niveau de l'EEEOA, ces règles sont contenues au niveau des principes, dans la convention de l'EEEOA, et de façon opérationnelle, dans un Manuel de Procédures d'Exploitation Technique du réseau interconnecté, dont les règles sont élaborées en associant toutes les sociétés d'électricité de la région, et qui sont soumises à l'approbation de l'ARREC.

---

<sup>13</sup> Rappelons que le projet énergie de l'OMVG est toujours en phase de réalisation.

Pour la mise en œuvre des règles d'exploitation de l'OMVS, un Comité Directeur de l'Interconnexion, assisté dans sa tâche par un Comité Technique Permanent de l'Interconnexion (CTPI), a été mis en place. Le Comité Directeur organise le développement et le cadre général d'exploitation du système interconnecté (réseaux OMVS et des trois SNE). Il est composé des SNE, de l'EEM, et de la SOGEM. Il doit prendre ses décisions à l'unanimité; à défaut, c'est au Conseil des Ministres de l'OMVS de trancher les questions en suspens.

Le CTPI est chargé de:

- définir et proposer au Comité Directeur les règles et procédures communes d'exploitation et de gestion prévisionnelle en s'assurant qu'elles sont conformes au protocole d'interconnexion ;
- adopter et proposer au Comité Directeur les modifications des règles et procédures qui s'avéreront nécessaires ;
- demander, le cas échéant, au Comité Directeur la mise en place de moyens supplémentaires d'exploitation et de gestion prévisionnelle ;
- assurer la coordination entre les exploitants de la gestion prévisionnelle et en temps réel de manière à permettre l'utilisation optimale des ressources de la SOGEM ;
- veiller à la coordination entre l'EEM et les SNE de la planification à long terme.

Les centres de conduite de l'EEM et des SNE sont en charge, par le biais d'un Comité de coordination, de l'exploitation coordonnée et en temps réel du système interconnecté.

Au niveau de l'EEEEOA, les fonctions ci-dessus décrites sont assurées par les Comités<sup>14</sup> qui appuient et conseillent le Comité Exécutif de l'EEEEOA sur toutes les questions relatives à la formulation d'une politique commune pour le développement, le maintien et la mise à jour de règles communes d'exploitation de l'EEEEOA sur les aspects technique, de planification, opérationnel et environnemental. Le Centre d'Information et de Coordination du Secrétariat Général de l'EEEEOA est lui chargé de promouvoir la coordination opérationnelle entre les propriétaires et exploitant du réseau de transport à travers un échange d'information quotidien entre les centres de coordination opérationnelle des membres de l'EEEEOA qui seront mis en place.

L'ARREC quant à elle, après avoir approuvé les règles techniques de fonctionnement et d'accès au réseau de transport régional d'électricité, est chargée de veiller à leur application et de les évaluer périodiquement et proposer des améliorations à la Commission. Elle dispose du pouvoir de sanctionner les opérateurs défaillants en cas de non respect de la réglementation applicable.

---

<sup>14</sup> Cf. paragraphe 1.2.2 i. ci-dessus.

Toujours au niveau de l'OMVS, les règles de vente applicables aux échanges d'énergie sur le réseau interconnecté peuvent varier suivant que cette énergie est ou non produite par les installations du Manantali :

- lorsque l'énergie en cause est produite par les dites installations, la EEM facture aux SNE les enlèvements et le transport sur le réseau commun d'interconnexion, en tenant compte de la clé de répartition convenue entre les Etats.
- lorsque les SNE effectuent entre elles et sur le réseau commun d'interconnexion des échanges d'énergie non issue des installations du Manantali, l'EEM ne leur demande aucune rémunération. Les SNE sont libres de négocier entre elles, notamment financièrement, ces échanges d'énergie.

Néanmoins, quelque soit la source de l'énergie en cause, aucun exploitant ne peut se plaindre de dommages subis sur son réseau ou ses installations de production, suite à un événement survenu sur le réseau ou les installations de production d'un tiers, dès lors que les dispositions du Protocole d'Interconnexion ou les règles et procédures définies par le CTPI ont été respectées.

En outre, les modalités de règlement des différends d'interprétation ou d'exécution des contrats ou protocoles OMVS pertinents varient selon leur objet:

- En cas de difficulté d'interprétation ou d'exécution portant sur un contrat de cession d'énergie entre l'EEM et l'une des SNE, les parties contractantes s'engagent à rechercher la solution à leur différend par la voie de la négociation amiable. Une fois les voies de la solution amiable épuisées, les parties contractantes soumettent leur différend aux règles de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris en désignant un ou plusieurs arbitres conformément à ce règlement.

- En cas de différends relatifs à l'interprétation ou à l'exécution du Protocole tarifaire en vigueur entre les Etats Membres de l'OMVS, la SOGEM, la EEM et les SNE, les parties tentent d'abord de les régler à l'amiable. En cas d'échec de la voie amiable, ils sont soumis au Conseil des Ministres de l'OMVS.

Par contre, au niveau de l'EEEOA et de l'ARREC, il n'est prévu aucune interférence du politique dans le règlement des différends.

Comme on le constate, ces organes de l'OMVS établis pour gérer du réseau interconnecté ont les mêmes fonctions et attributions que l'EEEOA et l'ARREC. Cette compétence est une source potentielle de conflits d'attributions, compte tenu du fait que ces réseaux seront intégrés au réseau régional à l'horizon 2010 et que des obligations techniques et commerciales les lieront à d'autres acteurs de la région. En outre, l'intégration future des organisations du type OMVS au marché régional poserait également le problème du traitement des droits acquis lors d'un changement de régime. Les USA et l'Europe ont eu à résoudre ces problèmes et ont inventé le concept de «stranded cost<sup>15</sup>» pour socialiser les coûts d'indemnisation résultant des

---

<sup>15</sup> Coût échoué.

modifications de contrats à long terme (PPA, etc. ) ou de cession / abandon imposé d'actifs.

Dans le contexte de l'établissement du marché régional, il y a donc lieu de traiter ce problème en termes d'extension du libre accès aux réseaux et de révision des dispositions institutionnelles et commerciales qui régissent étroitement les échanges. Ceci est d'autant plus important qu'il est envisagé de confier à l'OMVS ou au gestionnaire du réseau de transport lié à la centrale de Manantali, une fonction de contrôleur d'une zone de réglage.

En résumé, l'organisation et les règles de fonctionnement actuels du marché de l'électricité dans ces espaces devront être revues afin de les intégrer dans une vision régionale (notamment sur les questions d'existence de monopoles de fait, séparation comptable des activités, accès des tiers au réseau pour les transits d'énergie, tarification, planification du développement des infrastructures d'interconnexion).

Des modalités d'intervention, de consultation ou encore de transfert de compétence devront alors être discutées, définies et convenues en ces matières entre l'ARREC et ces organisations et leurs structures.

Il pourrait être envisagé que ces organisations régionales réorganisent leurs structures de gestion du réseau interconnecté en tenant compte du rôle de l'EEEOA et de l'ARREC, et renoncent à certaines de leurs prérogatives liées au domaine de l'électricité au profit de ces dernières. Pour cela, il sera nécessaire d'isoler les activités électriques et leurs procédures actuelles de contrôle et de régulation, afin de les intégrer dans le cadre régional de la CEDEAO.

### 2.2.1.3 Relations entre l'ARREC et les régulateurs nationaux

La plupart des Etats membres de la CEDEAO ont mis en place des régulateurs nationaux pour superviser le marché national de l'électricité afin d'assurer son fonctionnement dans la transparence et la viabilité financière du secteur par la régulation tarifaire<sup>16</sup>. Leurs pouvoirs sont actuellement limités à leurs territoires nationaux notamment en matière d'octroi des licences, de tarification, d'arbitrage, etc.; Aucun pouvoir spécifique ne leur est octroyé en matière d'échanges régionaux, même si certains sont consultés par les autorités gouvernementales dans le cadre de la délivrance des autorisations d'importation/d'exportation d'énergie électrique.

Toutefois, bien que leur domaine de compétence soit limité au secteur électrique national, certaines attributions des régulateurs nationaux risquent de se chevaucher avec celles de l'ARREC, car la séparation entre les activités nationales et régionales

---

<sup>16</sup> A ce jour, seuls la Côte d'Ivoire, La Gambie, le Ghana, le Mali, le Niger, le Nigeria, le Sénégal et le Togo ont des régulateurs opérationnels.

d'un opérateur d'électricité n'est pas toujours aisée. En outre, il n'existe pas de réseau de transport régional. Les échanges d'électricité entre Etats se font à travers les réseaux de transport nationaux qui sont sous la juridiction des régulateurs nationaux. Il se pose donc un problème de chevauchement, au niveau notamment de la planification des ouvrages et des investissements en matière d'infrastructures électriques. Certains régulateurs nationaux donnent leurs avis, voire leur approbation, à travers les concessions octroyées, sur les projets de développement des infrastructures des opérateurs d'électricité. Or l'ARREC dispose du pouvoir d'approbation des critères de planification et du schéma directeur proposés par l'EEEOA. Ainsi, tout en veillant à l'application des dispositions de l'article 7 du Protocole de l'Energie sur le transit, l'ARREC définit les critères de sélection des opérateurs impliqués dans le développement des projets pour éviter la constitution de positions dominantes sur le marché régional. Par ailleurs, elle est chargée de veiller au respect du planning de développement du réseau régional par les opérateurs nationaux qui y sont impliqués. Cette planification au niveau régional ayant une incidence sur celle des réseaux nationaux, et vice versa, il se pose un besoin de concertation et de coordination qui ne pourrait se faire qu'à travers la collaboration étroite à instaurer avec les régulateurs nationaux.

### *2.2.2 En matière de réglementation sur la Concurrence*

L'une des principales missions assignée à l'ARREC par ses textes constitutifs, dans le cadre général de régulation du marché régional de l'électricité, est de prévenir et sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, les abus de positions dominantes et les situations à risque pouvant affecter le bon fonctionnement du marché régional. Bien qu'étant sectorielle, cette compétence dans le domaine de la concurrence interfère dans le champ d'action d'autres organismes régionaux à vocation plus large, telle la Commission de l'UEMOA. Par ailleurs, au niveau de certains Etats, il existe deux catégories d'autorités nationales susceptibles d'intervenir sur la même matière : les autorités administratives et les autorités judiciaires.

#### 2.2.2.1 Le Droit de la Concurrence de l'UEMOA

##### i. Dispositif réglementaire et institutionnel

L'UEMOA s'est dotée d'une politique et d'une législation de la concurrence et intervient dans le domaine du droit de la concurrence des Etats membres, et cela quelque soit le secteur d'activité. L'article 88 du Traité de l'Union et ses Règlements d'exécution attribuent à **la Commission de l'UEMOA une compétence exclusive pour connaître toutes pratiques anticoncurrentielles dans tous les secteurs d'activité économiques (y compris le secteur de l'énergie)** prohibées par le Traité. Trois Règlements de l'Union précisent l'étendue et les conditions de mises en œuvre de cette compétence exclusive :

- Le règlement n°2/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles. Il précise d'une manière générale, la notion de pratique anticoncurrentielle et plus

particulièrement les notions de concentrations, d'ententes anticoncurrentielles, d'abus de position dominante et d'aides d'Etat au sens du droit communautaire de la concurrence.

- Le règlement n°3/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA. Ce règlement précise la procédure applicable devant la Commission en matière de répression des ententes et abus de position dominante.
- Le règlement n°4/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'Etat au sein de l'UEMOA. Ce texte précise la procédure applicable devant la Commission en matière de prévention et de répression des aides d'Etat.

En matière de prévention, la Commission de l'UEMOA détient un pouvoir général d'enquête et a la possibilité de réclamer toute pièce ou procéder à toute expertise qu'elle juge utile.

S'agissant des abus de position dominante et des ententes anticoncurrentielles, obligation est faite aux entreprises en cause de réclamer à la Commission de l'UEMOA une attestation négative afin de s'assurer de la régularité d'un projet de concentration.

Quant aux aides d'Etat, les Etats Membres doivent notifier à la Commission de l'UEMOA toute mesure présentant les caractéristiques d'une aide d'Etat, afin qu'il soit statué sur sa légalité.

Pour la répression des atteintes anticoncurrentielles, la Commission de l'UEMOA bénéficie, **sous le contrôle de la Cour de Justice de l'UEMOA**, d'un pouvoir d'injonction assortie d'astreinte et peut prononcer des sanctions pécuniaires élevées. Il faudrait toutefois noter que ce Droit communautaire de l'UEMOA coexiste avec les Droits nationaux de la concurrence des Etats membres.

## ii. Application du Droit UEMOA sur la Concurrence et rapports avec l'ARREC

En principe, le champ d'application des règles communautaires de concurrence UEMOA est l'espace communautaire qui correspond au territoire des huit Etats membres de l'Union, et concerne tous les secteurs d'activité économique.

Or, le domaine d'action de l'ARREC en matière de concurrence relative aux échanges transfrontaliers d'électricité englobe également le même espace. Il se pose alors la question du droit applicable ainsi que celle de l'organe compétent pour connaître d'un éventuel litige portant sur une violation des règles de concurrence comme par exemple sur une pratique d'entente ou d'abus de position dominante d'opérateurs du marché régional de l'électricité, dont l'un au moins relève d'un Etat membre de l'UEMOA. Il peut s'agir aussi de litiges relatifs à l'accès au marché régional ou aux tarifs. Les exemples sont nombreux car la compétence de l'ARREC s'étend sur des domaines aussi vastes que sont le suivi technique et commercial des

échanges, la gestion et la planification du développement du marché régional, qui sont tous sujets à des pratiques anticoncurrentielles.

Cette question de droit applicable et d'organe compétent est d'autant plus importante car, comme indiqué plus haut, la Commission de l'UEMOA dispose d'une compétence exclusive en la matière sur son espace, et dans la pratique cela s'est vérifié au niveau des Etats membres de l'Union comme le démontre la jurisprudence ci-après.

En effet, dans le cadre de la mise en œuvre de ces règles et du suivi des pratiques dans les Etats membres, l'UEMOA a édicté la Directive n°02/2002/CM relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des Etats Membres. Cette Directive dispose que pour l'application des articles 88 et suivants du Traité de l'UEMOA (qui disposent des règles de concurrence), les « *structures nationales de concurrence* » ne peuvent disposer que d'un rôle complémentaire ou d'assistance vis à vis de la Commission qui seule peut veiller au respect de l'article 88 du Traité. Ainsi, les autorités nationales de concurrence sénégalaises (obéissant à une réglementation nationale en vigueur bien avant l'adoption de ces dispositions communautaires) ont pris des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles et se sont vues rappelées à l'ordre. Il s'agit en l'espèce de la Commission Nationale de la Concurrence dont les décisions (l'une relative au secteur des assurances, l'autre au secteur du transport aérien) ont été annulées par le Conseil d'Etat sénégalais. Celui-ci avait été saisi pour excès de pouvoir et a estimé que la commission nationale n'est pas compétente pour sanctionner une pratique anticoncurrentielle. Cette position du Conseil trouve sa raison dans l'existence d'une réglementation communautaire de la concurrence, et d'une commission communautaire de la concurrence, en principe seule habilitée désormais à connaître des questions relatives à ce domaine, eu égard au principe de l'application directe et immédiate du droit communautaire dans les Etats membres de l'Union.

Si la compétence exclusive de la Commission de l'UEMOA en matière de concurrence dans l'espace UEMOA ne fait aucun doute, cette jurisprudence amène tout de même à se poser un certain nombre de questions : Qu'en sera-t-il s'il s'agit de l'ARREC qui prendrait par exemple des décisions sanctionnant des sociétés d'électricité, relevant aussi du droit UEMOA et auteurs de pratiques anticoncurrentielles ? Serait-elle compétente à le faire ? Ses décisions seraient-elles exécutoires ? Comment réagirait la Commission de l'UEMOA qui serait saisie des mêmes litiges ? Quelles seraient les conséquences de cette double saisine ? Quelles règles devraient-elles s'appliquer ?

En ce qui concerne les règles de compétences, la compétence des deux organes régionaux ne peut être en cause, tous deux relevant de deux ordres juridiques

communautaires différents, dont ils tiennent leurs attributions et qui déterminent leur champ d'action<sup>17</sup>. En principe, chacun s'en tiendrait logiquement aux dispositions de son Droit communautaire applicables en la matière, et appliquerait les règles qui y ont trait. Ainsi, le risque serait que dans un même litige on se retrouve avec des décisions exécutoires émanant d'organes différents, car n'appartenant pas au même ordre juridique communautaire. Ce qui serait irrationnel compte tenu de l'objectif commun recherché par les deux organisations régionales. D'où la nécessité de rechercher des règles et principes permettant d'éviter ce type de situation.

S'agissant de l'application des règles matérielles, dans le cas de l'UEMOA une démarche moins restrictive pourrait être adoptée si l'on se réfère aux dispositions de l'article 60 de l'Union. Cet article dispose que « dans l'exercice de ses fonctions d'harmonisation des législations des Etats, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement tient compte des progrès réalisés en matière de rapprochement des législations des Etats de la région, dans le cadre d'organisation poursuivant les mêmes objectifs que l'Union ». L'interprétation large de cette disposition, dans l'application des règles communautaires de concurrence, pourrait permettre aux instances de l'Union de la considérer comme un principe directeur qui les orienterait vers une prise en compte des règles pertinentes fixées dans d'autres Traités ratifiés par les Etats membres de l'UEMOA. Il pourrait y avoir alors deux cas :

- lorsque les règles de la concurrence de l'UEMOA sont compatibles avec celles d'un autre Traité, l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles se ferait en fonction de ces règles également qui pourraient aider dans l'analyse des faits ;
- lorsqu'il y a contradiction entre elles, il conviendrait aux instances UEMOA de les considérer tout de même, ne serait-ce que pour aider à la compréhension du problème ou trouver des circonstances atténuantes au comportement anticoncurrentiel lorsque celui-ci est fondé sur ces règles.

Dans le cas impliquant des Etats membres de l'UEMOA et des Etats non membres de l'UEMOA, il pourrait être appliqué la règle de droit international général tiré de l'article 30, paragraphe 4, b) de la Convention de Vienne, qui dispose que « *dans les relations entre un Etat-partie aux deux traités [incompatibles] et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques* ».

Dans tous les cas, la voie de la concertation serait la mieux indiquée, notamment lors de double saisine. Dans ce sens, on peut noter des premiers pas de coopération assez intéressants qui ont été posés à l'occasion du traitement d'une affaire relative à la réalisation du projet de Gazoduc (GAO) de la CEDEAO, impliquant deux Etats membres de l'UEMOA (le Bénin et le Togo) et deux Etats non membres de l'UEMOA (le Ghana et le Nigéria). Ces Etats ont signé un traité spécifique uniquement pour définir le cadre de réalisation du Projet de Gazoduc qui fait intervenir par ailleurs des entreprises multinationales pour le financement des investissements. Dans cet accord, le Bénin et le Togo ont tenu à ce que le respect des règles posées par

---

<sup>17</sup> Voir paragraphe 2.1 ci-dessus.



l'UEMOA en matière de concurrence soit mentionné pour tout ce qui concerne les accords entre les entreprises et ceux entre les Etats et ces entreprises. Le Projet comprenait des mesures étatiques accordant des avantages fiscaux aux entreprises chargées de la réalisation du projet et des contrats de création d'entreprises communes par les sociétés du consortium parties au projet. C'est à ce titre que la Commission de l'UEMOA a été saisie pour se prononcer sur la conformité de ces actes aux règles de concurrence de l'Union. Il a été convenu que les décisions rendues par la Commission de l'UEMOA s'appliquent comme décisions reconnues par tous les Etats signataires du Traité du Projet Gazoduc.

Ainsi, la CEDEAO, qui considère le Projet de Gazoduc comme un projet communautaire, a reconnu la possibilité d'appliquer les règles de concurrence de l'UEMOA à des entreprises en activité dans son marché. Cette première forme de coopération démontre qu'il est bien possible de se référer aux règles de l'UEMOA comme base de la coopération en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles au sein du marché de la CEDEAO, et l'inverse également devrait être possible. Il s'agit là d'une piste de solutions à explorer. Cependant, des réglages institutionnels s'avèrent nécessaires comme nous le verrons dans la troisième partie du présent rapport.

### iii. Incidence de la Réglementation fiscale de l'UEMOA sur le marché régional de l'électricité

La différence notable qui existe dans le degré d'aboutissement des politiques respectives de l'UEMOA et de la CEDEAO en matière d'union douanière et d'abolition des barrières douanières intérieures est source de distorsion au sein du marché régional d'électricité.

En effet, aucun droit de douane n'est appliqué sur l'importation ou l'exportation d'électricité entre Etats membres de l'UEMOA. Cependant, l'importation ou l'exportation de l'électricité d'un pays membre de l'UEMOA en provenance ou vers un pays non membre est en principe soumise à des droits de douane.

Les tarifs douaniers en matière de produits pétroliers font aussi l'objet d'une harmonisation au sein de l'UEMOA<sup>18</sup> et sont soumis à un Tarif Extérieur Commun (TEC) en cas d'importation. De nombreuses sociétés d'électricité de l'espace UEMOA bénéficient ainsi d'avantages comparatifs en termes de subvention sur les achats de produits pétroliers susceptibles d'influer sur le prix des échanges d'électricité au sein de l'espace CEDEAO.

Cette différence de traitement des mêmes produits entre Etats membres de la CEDEAO participant à un même marché constitue une distorsion à laquelle il est recommandé de trouver une solution qui permettrait à tous les Etats Membres de la CEDEAO de bénéficier du même régime, mais aussi de faciliter l'intervention de l'ARREC. Les dispositions du Protocole de l'Energie de la CEDEAO ouvrent déjà une

---

<sup>18</sup> En vertu de la directive n°06/2001/CM.

voie en obligeant les parties contractantes à œuvrer en vue de lutter contre les distorsions de marché et les entraves à la concurrence dans les activités économiques du secteur de l'énergie. Cette démarche est déjà engagée de manière plus globale avec l'adoption en 2000 par les Chefs d'Etats et de Gouvernements de la CEDEAO d'une décision visant à la mise en place des mécanismes nécessaires à l'extension du TEC aux pays de la CEDEAO non membres de l'UEMOA. Un processus négocié entre la CEDEAO, l'UEMOA et les Etats Membres est actuellement en cours de mise en œuvre afin d'aboutir à l'établissement d'un marché intérieur et d'un Tarif Extérieur Commun grâce aux accords de coopération et de partenariat du 5 mai 2004 et du 22 août 2005

#### 2.2.2.2 Autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO et ARREC

Cette institution, qui est en cours de création, est chargée de la mise en œuvre des règles communautaires de la concurrence de la CEDEAO qui seront également bientôt adoptées par des actes additionnels. De façon générale, ces textes disposent des grands principes et règles en matière de promotion et de stimulation de la concurrence, ainsi que d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles dans les échanges commerciaux de la région. Ces règles portent notamment sur les accords et pratiques concertées restreignant le commerce, les abus de position dominante, les fusions et acquisitions et les aides publiques.

Force est de constater que l'institution d'une nouvelle Autorité de la Concurrence dans la zone CEDEAO ne fera qu'exacerber les chevauchements de pouvoirs et les risques de conflits de compétence avec les autres institutions régionales de concurrence telles la Commission de l'UEMOA, et l'ARREC dans le domaine des échanges transfrontaliers d'électricité. Toutefois, certaines dispositions du projet de texte laissent envisager des mesures d'atténuation de ces risques car elles laissent entrevoir des possibilités de coopération et de correction des éventuelles incompatibilités.

Ainsi, il est prévu que *« lorsque avant l'entrée en vigueur du présent Acte additionnel, des Etats membres ont conclu des accords ou ont adopté des législations nationales sur la concurrence qui sont incompatibles avec le présent Acte additionnel, ils prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer les incompatibilités constatées dans les meilleurs délais »*.

Par rapport à l'UEMOA, les projets de textes prévoient expressément que *« l'Autorité régionale, dans la mise en œuvre des règles communautaires de la concurrence prend en compte l'expérience de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine »*.

Par ailleurs, une autre disposition charge l'Autorité de Concurrence de *« coopérer avec les Autorités de la concurrence au plan national et régional, afin de prendre les mesures nécessaires pour faire respecter les obligations découlant de l'Acte additionnel portant adoption des règles communautaires de la concurrence »*.

S'agissant de l'ARREC, les projets de textes ne la mentionnent nulle part, et il n'est fait cas d'aucune disposition communautaire antérieure de la CEDEAO sur la concurrence. Ce qui laisse présager que les textes communautaires relatifs au secteur de l'énergie en matière de concurrence resteront en vigueur (protocole de l'énergie, textes sur la régulation régionale de l'électricité), et que l'ARREC aussi conservera ses prérogatives tant qu'elles ne sont pas incompatibles avec ces nouvelles règles de portée générale sur la concurrence.

En outre, même en cas de contradiction ou d'incompatibilités, ici aussi la voie de concertation reste ouverte et possible. Mieux, les deux institutions appartenant au même ordre juridique, il est possible que des passerelles de communication soient instaurées entre elles à travers une répartition de domaines de compétences ou un processus de consultation préalable.

Cette question de répartition pourrait être organisée à l'image du modèle anglais. En effet, au Royaume-Uni, il existe d'une part, l'OFGEM (Office of Gas and Electricity Regulation) qui est le régulateur du gaz et de l'électricité qui intervient dans les domaines de la tarification, de l'octroi et du suivi des licences, dans la promotion et la surveillance de la concurrence sur la production et la fourniture de l'électricité, dans la protection des intérêts des consommateurs et dans l'instruction des plaintes uniquement sur les licences et entre les fournisseurs et les consommateurs, etc. En revanche, la Competition Commission intervient sur tous les aspects des pratiques anticoncurrentielles. Au regard des risques de chevauchements de pouvoirs, il a été décidé, dans le cadre d'un « concordat », que la Competition Commission soit seule compétente en matière d'opérations de fusions, d'acquisition et de cession dans le secteur de l'électricité, mais que dans ce domaine, l'OFGEM apporte conseil et assistance à la Competition Commission dès lors qu'une opération de restructuration aurait des effets en matière de licence.

En Norvège, certaines missions du NCA, l'autorité de la concurrence, couvraient des aspects de régulation relevant de la compétence de la NVE, l'autorité de régulation de l'énergie. Les deux entités ont abouti à un accord qui consiste à confier à NVE uniquement la réglementation des services du réseau et la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles non prévues par la loi norvégienne sur la concurrence et tous les autres aspects de la concurrence à la NCA. Les deux institutions ont de même convenu de se concerter régulièrement pour prévenir les risques de conflits ou de chevauchement de pouvoirs.

Ces exemples confortent la nécessité de procéder, au niveau de la région CEDEAO, à une harmonisation du droit communautaire de la concurrence édicté par ces organisations régionales.

### 2.2.3 *En matière de Résolution des différends*

Les textes constitutifs de l'ARREC la charge d'établir et de mettre en œuvre des procédures efficaces de règlement des différends entre les acteurs du marché régional et d'en contrôler la bonne application<sup>19</sup>.

L'ARREC a été dotée du pouvoir de résoudre les différends entre l'ensemble des acteurs publics ou privés dès lors que le litige porte sur l'application ou l'interprétation de tout texte relatif au marché régional de l'électricité, ou sur des faits ou comportements affectant l'organisation ou le fonctionnement des échanges transfrontaliers d'énergie électrique. Elle peut se saisir d'office ou être saisie par toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir, et elle peut prendre des décisions en matière de médiation, de conciliation ou en matière de sanction des manquements ou violations constatés. Toutefois, ces textes obligent également l'ARREC à informer la Commission de la CEDEAO, l'EEEOA, les régulateurs nationaux et tout autre acteur justifiant d'un intérêt légitime, des différends dont elle est saisie.

Les décisions de l'ARREC ont force obligatoire et constituent un titre exécutoire, sous réserve des recours exercés devant la Cour de Justice de la CEDEAO. La Cour de Justice rend sa décision sur le contrôle du respect de la légalité et de l'application des textes communautaires par l'ARREC.

Dans chaque Etat membre, l'exécution des décisions de l'ARREC est assurée conformément aux règles de procédure en vigueur. Les Etats signataires garantissent l'application des décisions de l'ARREC sur leur territoire. Dans le cas où un Etat ou un de ses démembrements ne prend pas les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des décisions prises, l'ARREC saisit la Commission de la CEDEAO en vue de la mise en œuvre des dispositions du Traité de la CEDEAO relatives aux sanctions applicables en cas de non respect des obligations par les Etats membres<sup>20</sup>.

#### 2.2.3.1 Relations avec le Secrétariat General de l'EEEOA en matière de règlement des litiges

Il convient de mentionner qu'au niveau de l'EEEOA, il existe également une procédure de règlement des différends. La Convention de l'EEEOA institue en effet une procédure de résolution des litiges entre membres de l'EEEOA, des litiges entre membres de l'EEEOA et des non membres, et des litiges entre l'EEEOA et un non membre qui consent à s'y référer. Cette procédure consiste essentiellement en la mise en place de panels d'arbitrage, au sein même de l'EEEOA, qui fonctionneront selon des règles spécifiques définies dans la convention. Ces règles sont fondées sur les méthodes de la conciliation et de la médiation. Le Secrétariat Général de

---

<sup>19</sup> Articles 16 à 18 et 26 à 31 du Règlement C/REG.27/12/07 du 15 décembre 2007 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement de l'ARREC

<sup>20</sup> Article 77 du Traité révisé du 24 juillet 1993

l'EEEOA joue le rôle d'organe administratif et assure le secrétariat et le suivi du processus de règlement. Cette procédure est différente de celle de l'ARREC, et les décisions de ces panels, bien que s'imposant aux parties, n'ont pas la même force exécutoire ni le même caractère d'applicabilité directe et contraignante dans les Etats que celles de l'ARREC.

Toutefois, les échanges d'électricité étant régis par des conventions, force est de relever qu'en matière contractuelle les cocontractants sont libres de convenir du mode de règlement et de la juridiction qu'ils saisiront en cas de conflit. Ainsi, on ne saurait exiger des opérateurs du marché régional qu'ils introduisent dans leurs contrats d'échanges des dispositions qui les contraindraient à la saisine de l'ARREC en cas de conflit. Par ailleurs, la convention de l'EEEOA engage ses Membres à tout mettre en œuvre pour recourir aux procédures qu'elle a prévues pour le règlement de leurs litiges avant d'entreprendre tout autre arbitrage ou toute autre procédure de règlement de litiges.

Dans un souci d'harmonisation des règles de résolution des litiges au niveau du marché régional, il pourrait cependant être proposé au niveau de ces modes de règlements de l'EEEOA, un recours préjudiciel à l'ARREC, en termes de consultation préalable, dans la perspective de la résolution amiable des litiges qui ont trait aux difficultés d'interprétation ou d'exécution des textes ou actes relatifs au marché régional de l'électricité. L'avis de l'ARREC pourrait être alors considéré lors du règlement amiable de ces litiges au niveau de l'EEEOA.

#### 2.2.3.2 Relations avec les juridictions communautaires de l'UEMOA, et de l'OHADA

Dans le mécanisme communautaire CEDEAO de règlements des différends relatif au marché régional de l'électricité, l'ARREC intervient comme une sorte de juridiction de premier degré, ses actes et ses décisions pouvant être attaqués, en recours pour appréciation de légalité, devant la Cour de Justice de la CEDEAO.

Rappelons qu'en matière de concurrence, ce même processus guide le règlement des différends dans l'espace UEMOA où l'application des règles de concurrence est dévolue à la Commission de l'UEMOA sous le contrôle de la Cour de Justice de l'UEMOA.

Au niveau de l'OHADA, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) se prononce sur les décisions rendues par les juridictions nationales dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes. La CCJA se substitue aux Cours de Cassation des Etats pour ces affaires, et peut se prononcer même sur le fond. Certains litiges liés aux échanges transfrontaliers d'électricité pouvant porter sur le droit de la vente par exemple ou des actions en responsabilité ou en nullité (qui sont jugées par les juridictions de droit commun nationales et sont des matières traitées par les actes de l'OHADA), il va de soi que la CCJA pourrait être amenée à examiner des questions relatives au marché régional de l'électricité.

En outre, rien ne devrait empêcher les victimes des pratiques anticoncurrentielles de faire valoir leurs droits au civil afin d'obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice subi. De même, il peut y avoir des actions au pénal : lorsque la responsabilité personnelle des représentants des entreprises a été reconnue dans ces pratiques anticoncurrentielles, l'autorité de concurrence doit pouvoir transmettre l'affaire au procureur aux fins de poursuite pénales.

En somme, force est de constater que toutes ces organisations régionales (CEDEAO, UEMOA, OHADA) ont créé des Cours de justice chargées chacune de veiller sur son propre ordre juridique communautaire. Ce qui entraîne un fort risque que les actes et décisions émanant de ces juridictions communautaires, sur les mêmes questions, puissent arriver dans un pays membre de la CEDEAO avec le même rang d'exécution, suscitant du même coup la confusion au niveau des ordres juridiques nationaux<sup>21</sup>. Compte tenu de la similarité d'objectifs économiques et des moyens juridiques ainsi que la communauté des domaines d'action de ces organisations régionales<sup>22</sup>, il apparaît à l'évidence que des difficultés de cohabitation existeraient entre ces cours de justice : non seulement au niveau de la nature du droit produit par les organisations (règle de la supranationalité<sup>23</sup>), mais aussi au niveau des modalités de contrôle juridictionnel mis en place dans chacun de ces ordres juridiques, le juge national étant le juge de droit commun de tous ces droits communautaires.

Le large domaine de compétence affecté à chacune de ces trois juridictions communautaires fait que le règlement de certains différends peut être sérieusement compliqué chaque fois que ces différends impliqueront simultanément l'application du droit communautaire de la CEDEAO dont le contentieux revient à la Cour de Justice de la CEDEAO, des règles UEMOA qui relèvent normalement de la compétence de la Cour de Justice UEMOA, et des règles uniformes de l'OHADA qui sont de la compétence de la CCJA.

Ainsi, du fait de l'appartenance de certains Etats de la CEDEAO à plusieurs de ces organisations régionales, les actes d'un Etat ou les faits ou comportements de ses ressortissants peuvent enfreindre plusieurs traités à la fois, entraînant alors la situation selon laquelle les juridictions de chacune de ces organisations se déclarent concurremment compétentes. L'exemple de la violation dans un pays UEMOA d'une règle de concurrence du marché régional de l'électricité est éloquent à ce sujet : les décisions qu'émettraient l'ARREC et la Commission de l'UEMOA, toutes deux compétentes, pourraient être attaquées respectivement devant la Cour de Justice de la CEDEAO et devant la Cour de Justice de l'UEMOA.

La conséquence de cette situation est qu'on risque d'assister à un morcellement du procès, avec une forte possibilité que soient prises des décisions inconciliables ou dont les effets manqueraient de cohérence ou d'harmonie.

---

<sup>21</sup> Bien que le risque de ce genre de conflit soit réel, aucun cas avéré n'a encore été rapporté.

<sup>22</sup> Cf. supra paragraphe 2.1

<sup>23</sup> idem

Malheureusement, et en l'état actuel de ces droits communautaires de la CEDEAO, de l'U.E.M.O.A. et de l'O.H.A.D.A., aucune solution n'a encore été trouvée à ces situations conflictuelles. Le risque est grand d'aboutir à des cas où « [...] l'interprétation et l'application d'un des droits intégrés seront assurées par une juridiction qui n'a pas reçu compétence pour le faire, ou la décision que rendra une des juridictions supranationales saisies de l'entier litige sera soumise au contrôle de l'autre <sup>24</sup>».

Un autre risque est qu'on aboutisse à la construction de véritables dédales de procédures et de règles dans lesquelles se perdraient et le juge et le justiciable, et qui conduirait sur un déni de justice.

D'où ce fort besoin de rationalisation suscité par toutes ces incohérences auxquelles il faut remédier, si l'on veut se voir développer harmonieusement le processus d'intégration dans la sous région.

---

<sup>24</sup> D.M. BA, « Le problème de la compatibilité U.E.M.O.A.-O.H.A.D.A. », *op.cit.*, p.181

### 3. Cadre de Coopération pour l'atténuation des risques ou la résolution des conflits de compétences

L'examen des chevauchements d'attributions et conflits de compétence qu'entraînera l'entrée de l'ARREC, institution spécialisée de la CEDEAO, sur la scène de l'intégration des systèmes juridiques en Afrique de l'ouest, démontre la nécessité d'harmoniser l'ensemble des règles gouvernant, au plan régional comme au niveau national, les échanges d'électricité afin de favoriser leur développement. Au delà de ces questions sectorielles, propres au secteur de l'électricité ouest africain, c'est toute la question de la rationalisation des dispositions institutionnelles de l'intégration ouest africaine qui se pose. L'une des pistes de solution pour traiter ces conflits dans l'espace communautaire est l'harmonisation des normes produites par les différentes organisations régionales et de la jurisprudence des juridictions communes. Tout ceci n'est possible pour l'instant qu'à travers l'instauration d'un cadre de coopération entre ces institutions, dont on pourrait se servir pour répondre aux besoins spécifiques de la régulation régionale du secteur de l'électricité.

#### 3.1 Fondements de la coopération

Le besoin de coopération entre les organisations régionales ouest africaines s'explique par des questions d'ordre pratique, qui ont amené les législateurs communautaires à prévoir des dispositions au niveau des textes constitutifs pour y répondre.

##### 3.1.1 Base légale de la coopération

Les Traités constitutifs de toutes ces organisations régionales contiennent des dispositions permettant de prévenir ces risques d'incompatibilités de règles et de conflits de compétence ou, à tout le moins, d'ouvrir des voies à l'instauration de partenariats pour les éliminer ou les atténuer.

Ainsi, au niveau de l'UEMOA, l'article 14 du Traité U.E.M.O.A. dispose que « *dès l'entrée en vigueur du présent Traité, les Etats membres se concertent au sein du Conseil afin de prendre toutes mesures destinées à éliminer les incompatibilités ou les doubles emplois entre le droit et les compétences de l'Union d'une part, et les conventions conclues par un ou plusieurs Etats membres d'autre part, en particulier **celles instituant des organisations économiques internationales spécialisées*** ».

Cette disposition est complétée par les termes de l'article 60 al.2 qui affirme que « *... la Conférence tient compte des progrès réalisés en matière de rapprochement des législations des Etats de la région, dans le cadre d'organismes poursuivant les mêmes objectifs que l'Union* ».

Le Traité de la C.E.D.E.A.O., dans le même ordre d'idée, dispose en son article 5 alinéa 1<sup>er</sup> que « Les Etats membres s'engagent [...] en particulier à *prendre toutes mesures requises pour harmoniser leurs stratégies et politiques* et à s'abstenir d'entreprendre toute action susceptible d'en compromettre la réalisation ».



Quant au Traité de l'O.H.A.D.A., son article 8, offre aussi une solution préventive dans la mesure où selon cet article « l'adoption des Actes uniformes par le Conseil des Ministres *requiert l'unanimité* des Etats présents et votants. *L'adoption des Actes uniformes n'est valable que si les deux tiers au moins des Etats Parties sont représentés.* L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des Actes uniformes».

Cette disposition du droit primaire O.H.A.D.A. ouvre à ses Etats membres, qui sont également membres de l'U.E.M.O.A. et de la CEDEAO (soit neuf sur un total de 16 membres à ce jour) la possibilité de peser sur les discussions ou d'empêcher l'adoption de tout Acte uniforme qui leur paraîtrait incompatible avec le droit communautaire de la région applicable chez eux, soit en votant contre, du fait de l'exigence de l'unanimité, soit en pratiquant la politique de « la chaise vide », leur absence ne permettant pas d'atteindre le quorum requis des deux tiers.

Au niveau du droit international général, l'article 30, paragraphe 4, b) de la Convention de Vienne, dispose que «*dans les relations entre un Etat-partie aux deux traités [incompatibles] et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques* ».

Enfin, il convient de noter que dans le domaine du secteur de l'énergie de la région et plus spécifiquement en matière de concurrence, l'article 6.4 du protocole de l'énergie de la CEDEAO dispose que «*toutes les Parties Contractantes peuvent coopérer dans l'application de leurs règles de concurrence en procédant à des consultations et des échanges d'informations* ».

Si, à l'évidence, les solutions proposées par ces textes sont fort partielles ou très fragiles, elles ouvrent toutefois la voie à la recherche de solutions alternatives par la coopération basée sur des considérations d'ordre pratique.

### 3.1.2 *Considérations d'ordre pratique*

Hormis la nécessité d'éviter les chevauchements et les télescopages d'attributions, l'instauration d'une coopération entre les différents organes communautaires de la région qui seraient impliqués dans la gestion et la régulation du marché commun se justifierait également par leur différence de niveau de développement (que ce soit en termes de moyens matériels, humains et juridiques ou d'expérience pratique).

Ainsi, la coopération permettrait, entre autres avantages :

- d'éviter les conflits de compétences, voire de souveraineté en procédant si possible à une répartition des tâches avant toute intervention au niveau des hautes instances étatiques ;
- de couvrir toute la région, comme par exemple en matière de concurrence où l'on pourrait cerner toute la zone atteinte par une pratique anticoncurrentielle dont les effets peuvent s'étendre sur plusieurs Etats ;
- de favoriser entre ces organes, qui se situeraient à des niveaux de développement différents, une assistance technique mutuelle et un échange d'expériences.

C'est pourquoi, la complémentarité en termes d'objectif (création d'un marché commun) entre la CEDEAO et l'UEMOA, ont amené les deux organisations à se rapprocher sur la conduite de certaines de leurs activités. De façon générale, l'UEMOA, considérée comme l'organisation la plus avancée sur le plan pratique dans la région africaine en termes d'intégration, est considérée comme le noyau dur de la CEDEAO. A ce jour, les deux organisations mettent ensemble leurs efforts, dans plusieurs secteurs d'activités, dans le cadre d'une concertation permanente conformément à la décision des plus hautes autorités.

Les deux institutions tiennent régulièrement des rencontres de haut niveau pour convenir des modalités d'extension des réformes entreprises au niveau de l'UEMOA à l'ensemble des Etats membres de la CEDEAO. Tels est le cas en matière d'Union Douanière (où l'exemple du Tarif Extérieur Commun peut être cité), de lutte contre la pauvreté, de la création d'une zone monétaire unique, des politiques sectorielles, de la conduite des négociations pour la conclusion des Accords de Partenariat Economique (APE) et de la gestion de certaines ressources.

Ainsi, dans le domaine de l'énergie, outre l'Accord de coopération et de partenariat UEMOA/CEDEAO du 5 mai 2004 qui précise les grands principes de ce partenariat, les deux institutions ont conclu un Accord en date du 22 Août 2005 sur la mise en œuvre conjointe de programmes et activités dans le secteur de l'énergie.

Si dans certains domaines le processus d'harmonisation n'a pas été difficile, pour la politique et les règles de concurrence en revanche, beaucoup de questions sont soulevées, telles qu'exposées dans la deuxième partie du présent rapport. Toutefois, ici aussi des prémisses de coopération sont à noter comme lors de la réalisation du projet de Gazoduc (GAO), ci-dessus cité en exemple, impliquant quatre Etats membres de la CEDEAO (le Bénin, le Ghana, le Nigéria et le Togo) mais dont deux sont membres de l'UEMOA. En outre, en matière de concurrence, principal domaine de chevauchement et de conflit avec l'ARREC, la concertation va nécessairement dépasser le cadre communautaire qui lui servira toutefois de noyau, car il faudra tenir compte des négociations de l'Accord de Partenariat Economique avec l'Union Européenne qui contient un volet spécial sur la politique de concurrence.

Au niveau des juridictions communautaires, il est à noter aussi une prise de conscience des risques de conflits de compétences découlant de cette coexistence non rationalisée. Ainsi, s'est tenue au mois de mai 2008 à Cotonou, une rencontre inter juridictionnelle au plus haut niveau entre les Cours de justice de l'UEMOA, de la CEDEAO, de l'OHADA et de la CEMAC, afin de jeter les bases d'une coopération durable entre ces hautes juridictions communautaires. Des règles de principe permettant de faire face aux conflits de normes dans les espaces respectifs considérés ont été définies et la rencontre s'est conclue sur des propositions concrètes consignées dans un document intitulé « Déclaration de Cotonou » et destiné aux chefs de l'Etat et de gouvernement des Etats membres de l'UEMOA, de la CEDEAO, de l'OHADA et de la CEMAC<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cf. infra, paragraphe 3.2.3

### 3.2 Domaines de coopération

En tenant compte des exemples que nous venons d'évoquer ci-dessus, force est de constater que la coopération entre les organisations régionales devrait être faite, pour un départ, selon une approche sectorielle.

Au niveau du marché régional de l'électricité, l'examen des questions de chevauchements et de conflits d'attributions entre l'ARREC et les autres institutions régionales intervenant dans le même secteur permet de constater que les principaux problèmes résulteront surtout de la mise en œuvre des règles de concurrence qui gouverneront le marché, et du règlement des différends<sup>26</sup> impliquant les organes des trois organisations régionales que sont la CEDEAO et l'UEMOA à travers notamment leurs Commissions et leurs Cours de Justice, et l'OHADA à travers la CCJA.

Une coopération devra donc être instaurée entre ces organisations, d'une part sur le plan des règles matérielles à adopter, et d'autre part sur les procédures à suivre pour assurer le respect de la mise en œuvre concertée de ces règles.

#### 3.2.1 Harmonisation des règles matérielles sur la concurrence

Cette harmonisation vise l'adoption des grands principes et des règles matérielles communes régissant la concurrence au niveau de toute la région. En effet, la mise en place d'un corpus de règles matérielles de concurrence uniformes dans toute la région serait plus efficace et adapté à l'objectif de création d'un marché régional commun, ouvert et compétitif que vise toutes ces organisations régionales.

L'harmonisation devrait permettre d'aboutir dans un premier temps à un système selon lequel tous les organes de la région chargés de veiller au respect des règles de concurrence appliqueraient directement les mêmes règles et principes communautaires de concurrence. On pourrait adjoindre à ce système un processus de consultation au niveau communautaire à travers des mécanismes de recours et de questions préjudicielles, qui seraient des passerelles de communication entre les institutions impliquées afin d'assurer également une jurisprudence harmonisée.

De façon concrète, la réflexion pourrait être initiée à partir des règles de concurrence de l'ordre juridique communautaire les plus élaborées auxquelles les autres règles communautaires seront adaptées. D'ailleurs, le caractère de plus en plus universel de la définition des pratiques anticoncurrentielles tend à asseoir une certaine homogénéité des interdictions et des définitions. Cette circonstance constitue un

---

<sup>26</sup> La coopération pour la gestion des risques de chevauchement de pouvoirs en matière de régulation technique et de gestion du marché impliquant notamment l'EEEOA et l'OMVS a été évoquée lors de l'examen de ces cas (paragraphe 2.2.1).

facteur d'uniformisation des règles matérielles qui s'appliquent à ces pratiques. L'exemple précité du Projet de Gazoduc ouest africain est éloquent à ce sujet, les autorités de la CEDEAO ayant facilement admis les notions d'*entente* et d'*aides publiques* évoquées par la Commission de l'UEMOA lors de l'examen des demandes d'attestation qui lui ont été soumises. Il convient de remarquer que cette soumission du projet à l'examen de la Commission de l'UEMOA s'est faite sur aucune base formelle. Toutefois, cet exemple pourrait servir pour proposer que les règles uniformes de concurrence, communes à tous, soient adaptées au code communautaire de l'UEMOA qui semble mieux élaboré.

Ces règles matérielles communes de concurrence sont entendues au sens de la définition des pratiques anticoncurrentielles et du principe de leur interdiction, de la définition des opérations commerciales visées et des exemptions.

Dans ce schéma, les Etats membres de l'UEMOA conserveront leurs règles communautaires sans devoir adopter des lois nationales tandis que les Etats de la CEDEAO non membres de l'UEMOA (dont les anglophones qui n'ont pas de lois nationales) seront invités à en disposer dans un délai donné. Les règles communautaires de la concurrence en cours d'adoption par la CEDEAO devraient aussi en tenir compte et s'en inspirer fortement. A ce titre, l'on peut remarquer que les grands principes et règles de concurrence adoptées pour la régulation du marché régional de l'électricité, dont l'ARREC est chargée de la mise en œuvre, sont les mêmes que celles de l'UEMOA.

Afin d'éviter la disparité des jugements et garantir une certaine sécurité juridique dans le marché commun à mettre en place, il aurait été souhaitable qu'une autorité centrale soit chargée de surveiller la conformité des règles au dispositif régional et leur application uniforme. Toutefois, cette centralisation risque de ne pas être efficace en ce qu'elle créerait plus de problèmes institutionnels, matériels et humains.

Ce rôle sera alors tenu par les différentes Hautes Cours de justice communautaires (CJ/CEDEAO, CJ/UEMOA, CCJA) lors de recours qui seront exercées devant elles et qui, en ayant les mêmes interprétations des règles, veilleront à **l'uniformisation de la jurisprudence**.

Aussi, compte tenu de la multiplicité des organes communautaires pouvant être impliqués dans ce processus d'harmonisation, il conviendrait d'envisager un système de concertation entre ces différents organismes, à travers des mécanismes de recours et de questions préjudicielles ci-dessus mentionnés, ou d'assistance dans les procédures d'investigations.

### 3.2.2 *Coopération en matière de procédures*

Au niveau du marché régional commun, pour le moment il n'existe que deux autorités en matière de concurrence et de surveillance du marché : la Commission de l'UEMOA, qui a une compétence exclusive et dont le spectre d'action s'étend à toutes les activités économiques, et l'ARREC qui, en la matière, est une autorité

spécialisée en ce sens qu'elle intervient uniquement pour le marché régional de l'électricité.

Avant toute instauration de mécanismes de concertation, il faudrait qu'une ligne de partage de compétences soit établie entre ces deux autorités. L'élaboration de cette ligne de démarcation pourrait être discutée avec les autorités de l'UEMOA sur la base de la distinction entre les questions relevant des règles générales de concurrence et les règles spécifiques à la régulation sectorielle de l'électricité, et également en termes de compétence territoriale. Ainsi, les aspects de concurrence relatifs à l'accès au marché (octroi et suivi des licences), à la tarification, à la production, au transport et à la vente d'électricité, etc. en matière d'échanges transfrontaliers d'électricité dans l'espace UEMOA pourraient relever de l'ARREC. En revanche, tous les autres aspects des pratiques anticoncurrentielles (ententes, opérations de fusions, d'acquisition et de cession, aides publiques, ayant un impact sur le marché régional de l'électricité), au sein de l'espace UEMOA, bien que soumis à la compétence de l'ARREC, seraient traitées par celle-ci mais après avoir obligatoirement requis l'avis de la Commission de l'UEMOA.

Les deux institutions seront ainsi amenées à se concerter régulièrement pour prévenir les risques de conflits ou de chevauchement de pouvoirs, sur la base du mécanisme des questions préjudicielles<sup>27</sup> : l'ARREC, avant toute décision, saisirait la Commission de la Concurrence de l'UEMOA pour avis sur certaines questions dont elle est saisie, et en retour, la Commission de l'UEMOA pourrait communiquer à l'ARREC toute saisine entrant dans le champ de compétence de celle-ci et recueillir son avis sur les pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'électricité, en particulier sur les interconnexions.

Par ailleurs, l'ARREC pourrait se servir des procédures de l'UEMOA et requérir l'appui des instances de l'UEMOA en matière de recherche des preuves, des habilitations reconnues aux agents d'investigation, de règlement des incidents de procédure, etc.<sup>28</sup>

Le cadre général de cette coopération au niveau des procédures devra contenir des principes garantissant la transparence, la célérité du traitement des dossiers et la confidentialité qui sont des normes que toute loi de concurrence doit faire respecter.

### *3.2.3 Coopération en matière de règlement des différends*

Comme indiqué ci-dessus, les risques de chevauchement de pouvoirs et de conflits de compétence en matière de règlements des litiges se porteront surtout au niveau des recours exercés auprès des hautes juridictions communautaire de la région (Cours de justice de l'UEMOA, de la CEDEAO et de l'OHADA). Suite à leur rencontre de haut niveau tenu sur ce sujet à Cotonou (mai 2008), ces institutions ont convenu de jeter les bases d'une coopération durable entre elles. Elles ont défini des

---

<sup>27</sup> Cf. infra, paragraphe 3.3.3

<sup>28</sup> Cf. infra, paragraphe 3.3.2

règles de principe permettant de faire face aux conflits de normes dans les espaces respectifs, et émis des propositions concrètes consignées dans un document intitulé « Déclaration de Cotonou ».

Ainsi, au niveau institutionnel, tout en respectant les domaines de compétence et de responsabilité dévolues à chacune des institutions, elles proposent deux options : soit l'on procède à une fusion des organisations d'intégration poursuivant les mêmes objectifs; soit l'on favorise une spécialisation de ces mêmes organisations en tenant compte des expériences acquises dans les domaines suivants : intégration économique et monétaire, d'une part, harmonisation du droit des affaires, d'autre part et enfin droits de l'homme, bonne gouvernance, sécurité et paix, prévention et règlement des conflits.

Au plan réglementaire, elles recommandent une coordination et une collaboration plus étroite entre les différentes organisations économiques et juridiques en vue de prévenir tout risque de conflit de normes.

Enfin, au plan juridictionnel, elles proposent la création d'une structure juridictionnelle ou d'un mécanisme de régulation destiné à prévenir les conflits éventuels de compétence entre hautes juridictions communautaires et l'institution d'un cadre de concertation permanent entre hautes juridictions communautaires élargie aux législateurs communautaires, aux praticiens et aux théoriciens du droit en vue de partager leur réflexion sur les difficultés éventuelles liées à l'application des droits communautaires et proposer des solutions idoines.

Bien que ces mesures proposées soit de caractère général, elles pourraient être considérées et servir de canevas lors du traitement des éventuels chevauchements et conflits de compétence qui se poseraient en matière de régulation du marché régional de l'électricité.

### **3.3 Instruments et modalités de coopération**

#### *3.3.1 Instruments juridiques de coopération*

Les formes que peuvent revêtir cette coopération sont diverses et variées, car elle peut être structurée ou empirique. Afin de lui donner une solide base, il conviendrait qu'elle soit organisée à travers des actes qui différeront selon que l'institution ou l'organe concerné relève ou non de l'ordre juridique communautaire de la CEDEAO.

##### **3.3.1.1 Accords de coopération**

Dans le cas des institutions qui ne relèvent que de l'ordre juridique communautaire CEDEAO, la coopération serait établit à partir d'**accords** qui seront conclus entre l'ARREC et chacune des autorités ou organes communautaires concerné.

Cette possibilité est ouverte à l'ARREC à travers le Traité révisé de la CEDEAO, le Protocole sur l'Energie ainsi que le Règlement portant organisation et fonctionnement de l'ARREC qui lui permettent la conclusion d'accords de coopération. Ce dernier texte, notamment en son article 37, dispose que *l'ARREC négocie et conclue des accords de coopération avec les institutions régionales et sous-régionales avec lesquelles elle partage des domaines de compétence en matière d'investissement, de concurrence, d'arbitrage et de commerce international*. Il précise que les accords de coopération ont pour objet d'harmoniser et de renforcer la régulation du marché régional.

Sur cette base et à partir des domaines et modalités de coopération ci-dessous définies, l'ARREC pourrait discuter et signer des accords qui serviraient essentiellement à établir le cadre de la coopération en définissant les matières sur lesquelles porteront le partenariat et les procédures de la collaboration.

S'agissant des institutions telles l'OMVS et l'OMVG, ces accords pourraient porter, si possible, sur les modalités d'intégration des infrastructures électriques de l'OMVS et de l'OMVG dans le cadre régional de la CEDEAO. Ils devront établir des passerelles entre les instances de décision de ces organisations et l'ARREC, tout en reconnaissant la primauté des actes de l'ARREC sur leurs règles internes relatifs aux matières couvertes par les missions et pouvoirs de l'ARREC

### 3.3.1.2 Actes réglementaires et directives

En ce qui concerne les institutions qui relèvent de l'ordre juridique communautaire auquel appartient l'ARREC (la CEDEAO), ces rapports de coopération avec l'ARREC pourraient être organisés à travers les différents actes juridiques prévus dans ses textes constitutifs pour lui permettre d'assurer l'exécution de sa mission (règlements et directives). Ces actes viseraient particulièrement les institutions nationales des Etats membres de la CEDEAO dans lesquels il existe deux types d'autorités susceptibles de participer à la mise en œuvre de la législation communautaire en matière de surveillance du marché : les autorités administratives (directions nationales de la concurrence et régulateurs nationaux notamment), et les autorités judiciaires. Leur association à certaines missions de l'ARREC est d'autant plus justifiée qu'elles ont une meilleure connaissance des marchés nationaux et du traitement des pratiques anticoncurrentielles. Il conviendrait donc de capitaliser leur expérience en la matière au bénéfice de l'ARREC.

La nature de l'acte à prendre dépendra du degré de la force obligatoire que l'on entendra octroyer à l'exécution de la mission. Ainsi, s'agissant de la définition des règles matérielles de concurrence et en matière de procédures, les rapports de l'ARREC avec ces structures nationales pourraient être organisés par une **directive** qui déterminerait les conditions et le domaine d'harmonisation visés, afin d'assurer une mise en œuvre effective des règlements, actes et décisions destinés à régir le marché régional de l'électricité. Cela permettrait aux Etats membres d'harmoniser leurs règles de procédures internes avec celles existant au niveau régional.

Au total, les modalités de la coopération que fixeraient ces accords et directives pourraient consister en un partage d'informations, une conduite commune de certaines procédures telles les enquêtes, et une concertation préalable dans les processus de prise de décision.

### *3.3.2 Le partage d'informations*

L'ARREC peut convenir, avec les institutions concernées (Commission de l'UEMOA notamment), d'échanger des informations sur le marché régional ou, en matière de concurrence, sur des indices de pratiques anticoncurrentielles ou de distorsions du marché. Elles peuvent ainsi convenir de mener conjointement le processus de collecte des informations en envoyant des questionnaires communs aux opérateurs.

Ainsi, en est il également de la coopération avec le Secrétariat Général de l'EEEOA et les régulateurs nationaux avec lequel un processus de partage et de communication d'informations est à trouver afin d'éviter une duplication des informations collectées notamment sur l'analyse et le suivi de l'exécution des contrats d'échange transfrontaliers existants, les tarifs, les performances du (des) système (s), etc.

L'ARREC pourra organiser le même système de collecte, de gestion et de partage des informations relatives aux échanges et aux performances des acteurs du secteur de l'électricité avec les régulateurs nationaux, et les autres institutions sous régionales et régionales impliqués (OMVS, OMVG).

### *3.3.3 Les enquêtes et investigations communes*

Lors du contrôle du fonctionnement du marché, que ce soit sur le plan technique ou en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ou de règlement des litiges, il peut s'avérer nécessaire de mener des enquêtes qui peuvent amener à effectuer des perquisitions simultanées sur plusieurs sites ou dans plusieurs Etats.

Ces enquêtes nécessitent souvent le recours à la mise en œuvre de procédures nationales. Ainsi, au niveau de l'UEMOA par exemple, selon les textes en vigueur, les enquêtes des inspecteurs de l'autorité communautaire peuvent ne devoir se faire qu'avec le concours effectif d'inspecteurs nationaux.

Bien que les textes communautaires permettent à l'ARREC de prendre des règlements (applicables dans tous les Etats) pour organiser ces procédures dans le cadre de ses attributions de surveillance du fonctionnement du marché régional, une conduite concertée de ces procédures contribuerait à leur efficacité et éviterait les risques de conflit. Des accords et directives peuvent ainsi établir ce cadre de conduite commune, notamment avec le concours de tous les organes communautaires et nationaux impliqués.

Par ailleurs, en fonction des cas et des matières, l'on pourrait même y prévoir des dispositions permettant d'assurer que les enquêtes soient faites par des inspecteurs d'une autorité pour le compte d'une autre autorité ou institution communautaire si nécessaire. Cela est facilement envisageable avec les régulateurs nationaux et les



autorités nationales de concurrence. On pourrait également envisager la mise en place de *comités de coopération ad hoc* dans certains cas, tels les violations de règles du marché ou les pratiques anticoncurrentielles s'étendant dans plusieurs pays. Ces comités comprendraient les représentants des autorités nationales des Etats concernés et chargés de la conduite des investigations.

La recherche et la sanction de telles violations et pratiques peut en effet s'avérer difficile sans une conduite coordonnée des procédures. Ainsi en est-il par exemple dans le cas d'une entente mise en œuvre par un grand nombre d'entreprises domiciliées dans plusieurs Etats. Il en est de même en cas d'abus de position dominante dont l'influence s'étend sur plusieurs territoires nationaux, ou dont l'abus a des effets sur un marché qui n'est pas celui sur lequel l'opérateur impliqué détient sa position dominante. Il serait plus facile de mettre fin à ces genres de pratiques ou à ces distorsions si toutes les autorités impliquées, nationales comme communautaires, coopéraient de façon coordonnée : d'abord pour détecter la pratique (en faisant le lien entre la distorsion du marché constatée sur le terrain et la pratique émanant de plusieurs opérateurs repartis sur plusieurs territoires nationaux), ensuite pour procéder à l'enquête afin de rassembler les preuves et prendre les sanctions nécessaires.

Dans tous les cas, ces procédures d'enquêtes dans les Etats devraient être menées de manière étroite avec les régulateurs nationaux d'électricité ou les structures nationales compétentes de façon à assurer leur efficacité. L'ARREC pourrait ainsi informer les autorités nationales de procédures concernant les opérateurs situées sur leur territoire, en leur communiquant une copie des demandes de renseignement adressées aux opérateurs ainsi que des notifications ou de tout document nécessaire pour le constat des violations des règles du marché. Cela servirait non seulement à informer les Etats membres des procédures communautaires engagées à l'encontre des opérateurs, notamment ceux domiciliés sur leur territoire, mais aussi d'assurer en retour une meilleure information de l'ARREC en lui permettant de faire des recoupements avec les informations que lui fourniraient les opérateurs. Par ailleurs, l'association de toutes ces structures au processus d'enquêtes et d'investigations permettrait également, au bout du processus, de leur faire assurer plus facilement le suivi de l'application des décisions et actes qui en seront issus.

Il reste entendu que l'ARREC apporterait à son tour toute assistance requise, dans la mesure de ses attributions et de ses moyens, à ces autorités nationales.

#### *3.3.4 Les questions préjudicielles*

Dans le cadre des missions qui lui sont confiées, l'ARREC peut être saisie pour avis, que ce soit de façon spécifique comme c'est le cas en matière de politique régionale, et d'harmonisation des politiques, législations et réglementations nationales du secteur de l'électricité, ou de façon générale lorsqu'il a l'obligation d'assurer une bonne communication entre les différents acteurs du secteur et de conseiller ceux qui en font la demande<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Cf. articles 16 et 17 du Règlement C/REG.27/12/07 du 15 décembre 2007 portant sur sa composition, son organisation, ses attributions et son fonctionnement.

L'ARREC peut émettre des avis et recommandations, à la demande ou d'office, à l'endroit des différents acteurs régionaux ou nationaux intervenant dans le secteur de l'électricité au sein de l'espace CEDEAO dès lors qu'elle s'inscrit dans le cadre de la réalisation de ses objectifs et missions. Ces avis et recommandations n'ont qu'une valeur consultative.

Il s'agit donc d'une saisine consultative dont la portée est étendue à tout acteur du secteur de l'électricité, qu'il soit national ou régional. Cette faculté de saisine consultative peut être utilisée dans le cadre de la coopération avec les institutions, nationales ou régionales, ayant des compétences partagées avec l'ARREC afin d'éviter les conflits de compétences, et au delà, assurer une harmonisation de la jurisprudence au niveau régional.

Pour cela, l'ARREC pourrait convenir avec elles qu'en cas de saisine de l'une des institutions sur toute question pouvant relever de la sphère des missions et pouvoirs de l'ARREC, l'institution saisie s'obligerait de poser, à titre préjudiciel, toute question d'interprétation du droit communautaire ou d'appréciation même de l'objet de la saisine pouvant l'éclairer dans sa prise de décision. A l'inverse, l'ARREC en ferait de même. Ce type de relations pourrait s'instaurer notamment entre l'ARREC et la Commission de l'UEMOA, les régulateurs nationaux, les structures de gestion du réseau interconnecté de l'OMVS et de l'OMVG, et l'EEEOA. Il y a lieu de préciser ici que ce mécanisme ne vise à établir aucun rapport hiérarchique entre l'ARREC et lesdites institutions : leurs rapports ne seront que des rapports horizontaux.

En ce qui concerne les organes judiciaires, nationaux ou régionaux, il paraît difficile de créer de façon prétorienne une saisine préjudicielle de l'ARREC, faute de textes le prévoyant. Pourtant la compétence de ces juridictions, en matière contractuelle ou délictuelle relative au marché régional de l'électricité, fait qu'il peut s'avérer nécessaire de requérir l'expertise d'institutions spécialisées dans le domaine telle que l'ARREC. Il convient de noter, toutefois, l'existence d'un recours préjudiciel au niveau des Cours de Justice de l'UEMOA et de la CEDEAO qui consiste à permettre aux juridictions nationales d'interroger ces Hautes Cours Communautaires sur tout point de droit communautaire soulevé dans un litige pendant devant elles. Cela pourrait être également une voie d'harmonisation au cas où une collaboration s'instaurerait entre ces Hautes Juridictions Communautaires.

En somme, ce mécanisme de la question préjudicielle constitue un moyen sûr d'assurer une véritable coopération entre l'ARREC et les institutions avec lesquelles elle a des domaines de compétence partagés. Ce mécanisme permettra en outre de faciliter l'harmonisation du droit communautaire régional dans les matières traitées en favorisant le développement d'une jurisprudence commune.

Il établira ainsi une véritable passerelle de communication entre les différents ordres juridiques communautaires de la région, ouvrant la voie à une véritable intégration juridique régionale en matière d'échanges transfrontaliers d'électricité.

## Conclusion

Cet examen du cadre institutionnel et réglementaire d'intervention de l'ARREC dans la région permet de mieux se rendre compte de la réalité du chevauchement de normes, et du risque de conflits de compétences entre institutions régionales ayant pratiquement les mêmes attributions.

Ces problèmes trouvent leur principale origine dans l'existence de plusieurs organisations économiques régionales poursuivant les mêmes objectifs d'intégration économique, ayant le même dessein pour la région ouest africaine et auxquelles appartiennent simultanément plusieurs Etats ouest africains. Chacune de ces organisations a mis en place un ordre juridique communautaire, et ces ordres juridiques ont produit des règles ayant dans la plupart des cas les mêmes domaines d'action et les mêmes forces exécutoires. Par conséquent, cette situation ne pouvait que générer des conflits de normes, et partant, des conflits de compétences entre les organes communautaires qu'elles ont créés. C'est le cas de l'ARREC et de toutes les institutions régionales identifiées dans le présent rapport avec lesquelles elle partage certains domaines de compétence.

Toutefois, l'harmonisation des législations faisant partie des objectifs poursuivis par ces organisations, elles ont chacune prévu également au niveau de son droit primaire des dispositions permettant de prévenir ces risques d'incompatibilités de règles et de conflits de compétence. L'examen de ces dispositions conforte l'analyse selon laquelle ces conflits ne peuvent être éliminés, ou atténués, que par l'instauration d'une dynamique de concertation permanente à défaut d'un mécanisme institutionnel de règlement de ces litiges. Une coopération devra donc être instaurée entre toutes ces institutions ayant des compétences concurrentes, d'une part sur le plan des règles matérielles à adopter et/ou à appliquer, et d'autre part sur les procédures à suivre pour assurer le respect de la mise en œuvre concertée de ces règles.

Cette collaboration visera l'harmonisation des différentes règles communautaires et nationales (ne serait-ce que dans leur principe), ainsi que la concertation permanente dans la conduite des procédures et dans le règlement des différends. Pour cela, il conviendrait qu'un mécanisme d'échanges d'informations soit mis en place et que des procédés soit trouvés afin d'impliquer tous les acteurs dans les procédures d'investigations et le traitement des litiges, à travers notamment les enquêtes communes et les questions préjudicielles.

La coopération entre les institutions devra donc être organisée et formalisée par des **accords** entre institutions, ou des **directives communautaires** qui détermineront le cadre de la coopération, en fixant ses conditions et en définissant les matières sur lesquelles elle portera ainsi que les procédures à appliquer.

Dans le souci de prévenir les conflits liés à ces chevauchements de compétence, il conviendrait d'approcher dès maintenant les différentes institutions régionales ayant

des domaines de compétence similaires avec l'ARREC afin de leur exposer les différents risques ainsi identifiés, discuter avec eux de la problématique et leur présenter les pistes de solutions. Aussi, après avoir défini de concert un canevas de coopération, les instruments de mise en œuvre (accords et/ou directives) seront élaborés, discutés et conclus par les instances dirigeantes de l'ARREC.