

# finance & gestion

La revue d'échanges des dirigeants financiers

N°317

MARS 2014 - 21 €

A portrait of Laurent Gicquel, a middle-aged man with glasses, wearing a dark suit jacket over a light-colored shirt. He is smiling slightly and looking towards the camera. The background is a blurred city street at night with warm, bokeh lights.

**Laurent Gicquel**  
Bic Europe

**DOSSIER** P.20

**L'Afrique de l'Ouest**



**ACTUALITÉS** P.14

**Najat Vallaud-Belkacem**  
Le levier de la mixité



PAR  
**MATTHIEU ADAM**  
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, COUNSEL,  
CABINET MCDERMOTT WILL & EMERY, PARIS

# Fusions et acquisitions en Afrique : le contrôle des concentrations

Matthieu Adam fait le point sur les règles de droit de la concurrence appliquées par les quatre grandes organisations régionales que sont la CEMAC, le COMESA, l'UEMOA et la CEDEAO.

**D**e nombreux pays africains ont adopté des lois sur la concurrence afin d'améliorer le fonctionnement de leur marché et attirer des investisseurs. Ces régimes diffèrent fortement d'un pays à l'autre, notamment en fonction de l'histoire de chaque pays, de sa culture ou de son appartenance à un système juridique de *common law* ou de droit civil. Même si la plupart des dispositifs africains en matière de concurrence comportent des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante, aides d'État, etc.), ils ne prévoient pas toujours un système de contrôle de concentrations.

La plupart de ces règles de droit de la concurrence sont assez récentes et ont, dans la majorité des cas, été élaborées à partir de la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Certaines d'entre elles sont donc encore au stade initial de leur développement et nécessitent des améliorations, des textes d'application ou la mise en place d'institutions afin d'être pleinement effectives.

Comme dans l'Union européenne, plusieurs pays africains ont constitué des communautés régionales qui ont été investies, en plus de leurs autres missions supranationales (promotion de zones de libre-échange, formation d'unions monétaires, etc.), d'un pouvoir de contrôle des concentrations réalisées sur le territoire de leurs États membres.

La CEMAC<sup>1</sup>, le COMESA<sup>2</sup>, l'UEMOA<sup>3</sup> et la CEDEAO<sup>4</sup> sont quatre organisations régionales africaines qui ont joué un rôle déterminant dans la promotion du développement d'un mécanisme de contrôle des concentrations au sein de leurs États membres. Cependant, en raison des différentes traditions juridiques de leurs membres respectifs, les régimes de contrôle des concentrations adoptés par ces organisations ont un champ d'application différent et sont fondés sur des concepts divergents, que ce soit sur

le plan procédural (contrôle facultatif ou obligatoire, autorités et juridictions régionales responsables du contrôle, contrôle des concentrations a priori ou a posteriori, etc.) ou des règles de fond (seuils, critères de contrôle, engagements, sanctions, etc.). Il doit être également relevé qu'au sein d'une même organisation régionale, les législations nationales de ses États membres relatives au contrôle des concentrations sont parfois fondées sur des concepts totalement opposés.

Ces régimes régionaux de contrôle des concentrations ont chacun des caractéristiques clés, pertinentes pour les sociétés impliquées dans des opérations de fusions et acquisitions en Afrique.

## LA CEMAC, UN CONTRÔLE PRÉCIS

Le règlement n° 1/99/UEAC-CM-639 de la CEMAC du 25 juin 1999 dispose que les concentrations de dimension communautaire doivent faire l'objet d'une notification préalable à l'Organe de surveillance de la concurrence (OSC) de la CEMAC et d'un contrôle au regard du droit des concentrations. Seules les concentrations atteignant l'un des seuils alternatifs suivants sont considérées comme étant de dimension communautaire :

- deux au moins des entreprises concernées réalisent sur le marché commun un chiffre d'affaires supérieur à un milliard de francs CFA chacune ;
- les entreprises parties à l'opération détiennent ensemble 30 % du marché.

Le règlement détaille la procédure de contrôle applicable. Le Conseil régional de la CEMAC doit rendre une décision provisoire dans un délai de deux mois à compter de la date de notification et une décision définitive dans un délai de cinq mois.



## Une bonne connaissance de ces règles s'impose aux entreprises intervenant sur le continent africain

De façon comparable au système en vigueur dans l'Union européenne, le règlement dispose qu'une concentration de dimension communautaire relève de la compétence exclusive de la CEMAC, précisant ainsi clairement que les États membres ne disposent d'aucune prérogative en matière d'examen des concentrations atteignant les seuils régionaux.

### LE COMESA, UNE PROCÉDURE CÔUTEUSE

Le règlement COMESA de décembre 2004 prévoit également une procédure de contrôle des concentrations obligatoire, applicable à toute concentration ayant un effet sensible sur le commerce entre les États membres et restreignant la concurrence sur le marché commun. Il convient toutefois de noter que le règlement ne s'applique pas aux pratiques expressément exemptées par un droit national. Le contrôle est effectif depuis janvier 2013 et a donné lieu à une dizaine de notifications en 2013.

Deux conditions cumulatives déclenchent l'obligation de notifier une concentration auprès de la Commission du COMESA :

- l'acquéreur et la cible, ou l'un ou l'autre de l'acquéreur ou de la cible, exercent des activités dans au moins deux États membres
- le seuil relatif à leur chiffre d'affaires annuel ou à leurs actifs combinés définis par le *Board* du COMESA est dépassé. Ce seuil est actuellement fixé à zéro, ce qui signifie qu'une notification est nécessaire dès lors que les activités des parties ou de l'une d'entre elles sont situées dans au moins deux États membres.

La procédure est détaillée dans le règlement : la Commission doit rendre sa décision dans un délai de 120 jours à compter de la date de notification. Elle peut demander une prolongation au *Board* si une période d'examen plus longue est nécessaire après en avoir informé les parties.

La Commission peut également contraindre les parties à une concentration non notifiable, à déposer une notification s'il apparaît que la concentration est susceptible de faire obstacle, de diminuer la concurrence, ou d'être contraire à l'intérêt public.

On notera que la procédure est coûteuse puisque les frais administratifs de notification peuvent atteindre 500 000 USD.

### L'UEMOA, DES INCERTITUDES QUI PERSISTENT

Contrairement aux systèmes de contrôle des concentrations régionaux mentionnés plus haut, la législation UEMOA (en particulier le règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002) ne comporte aucune procédure de contrôle préalable des opérations de concentrations. Toutefois, l'article 4 §1 du règlement n° 02/2002 dispose que les opérations de concentration constituent une pratique assimilable à un abus de position dominante, lorsqu'elles créent ou renforcent une position dominante ayant pour

conséquence d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché commun. Lorsqu'est portée à la connaissance de la Commission de l'UEMOA, une concentration comparable à un abus de position dominante, elle peut ordonner aux parties impliquées de mettre un terme à l'opération (si elle n'a pas été signée ou finalisée) ou de revenir à l'état précédant l'opération (c'est-à-dire l'équivalent d'une mesure de « déconcentration »), de modifier ou de compléter l'opération, ou de prendre toute mesure nécessaire permettant de garantir ou de rétablir une concurrence suffisante.

Il existe néanmoins une possibilité pour les parties d'obtenir l'autorisation de réaliser leur opération. En effet, par l'intermédiaire de la procédure de l'attestation négative, les parties à une concentration ont la possibilité de demander à la Commission son avis sur la compatibilité d'une concentration avec les règles précitées. Une telle demande doit être déposée par les parties concernées et peut être présentée à tout moment, soit avant soit après la signature et la réalisation de l'opération envisagée.

La Commission dispose d'un délai de six mois à compter de la date du dépôt pour accorder l'attestation négative demandée ou pour déclencher une procédure contentieuse contradictoire par l'intermédiaire de la communication de griefs aux parties si l'opération soulève des préoccupations sérieuses en matière de concurrence. Dans un tel cas, la Commission doit rendre sa décision dans un délai de 12 mois.

En vertu du Traité UEMOA, les règlements de l'UEMOA ont un effet direct et obligatoire dans les États membres (et ceci, en dépit de toute législation nationale contraire, qu'elle soit antérieure ou postérieure) étant précisé que la compétence des institutions de l'UEMOA ne semble pas être limitée aux pratiques ayant un effet sur le commerce entre les États membres ou mises en œuvre simultanément dans plusieurs États membres. Cette interprétation a été confirmée par un avis de la Cour de Justice de l'UEMOA du 27 juin 2000. Par conséquent, les autorités et les juridictions nationales ne disposent que d'un pouvoir subsidiaire en matière de contrôle des concentrations, principalement d'assistance de la Commission.

Compte tenu des incertitudes inhérentes à la mise en œuvre de ces règles, la sécurisation des acquisitions réalisées dans l'UEMOA par des opérateurs nécessite une analyse concurrentielle préalable, ce d'autant plus si les activités concernées dans le marché commun sont importantes.



## LA CEDEAO, UNE DÉFINITION AMBIGUË

La réglementation de la CEDEAO (Acte additionnel A/SA.1/06/08 du 19 décembre 2008) ne prévoit pas une procédure de contrôle *a priori* des concentrations ou même une procédure d'attestation négative à l'instar de ce qui existe dans l'UEMOA. La réglementation indique simplement que « *les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, entre entreprises ou parmi elles, sont interdites lorsque la part de marché qui en résultera au sein du Marché Commun de la CEDEAO ou dans une partie substantielle de celui-ci pour tout produit, service, filière commerciale ou activité touchant au commerce, risque de créer une position de force ayant pour conséquence une réduction effective de la concurrence* ». De telles concentrations interdites sont déclarées nulles de plein droit et sans effet juridique dans tout État membre de l'espace CEDEAO. Cependant, la réglementation prévoit une exception à caractère politique en disposant que des concentrations interdites peuvent être autorisées ou exemptées si « *la transaction en cause est d'intérêt public* ».

L'absence de seuils précis et la définition ambiguë de ce qui pourrait être considéré comme une concentration interdite imposent un examen attentif de toute opération envisagée afin de réduire le risque de remise en cause de celle-ci postérieurement à sa mise en œuvre.

L'existence de cette autorité régionale disposant d'une compétence en matière de contrôle des concentrations concernant certains d'États membres qui appartiennent également à l'UEMOA pourrait soulever des conflits de compétence dans le futur, même si ces deux autorités régionales ont fait preuve à ce jour d'une volonté de coopération afin d'harmoniser leurs approches.

Ainsi, en fonction de leur taille et des opérateurs concernés, les opérations de concentration réalisées sur le continent africain sont susceptibles de relever des législations de contrôle des concentrations de plusieurs pays et/ou d'une ou de plusieurs organisations régionales. Bien que des statistiques ne soient pas toujours disponibles dans les territoires concernés, de nombreuses opérations (par exemple dans les secteurs miniers, de l'énergie et des infrastructures) sont soumises à des obligations de notification en Afrique.

En pratique, certaines des règles évoquées sont susceptibles de soulever des difficultés en raison d'interprétations divergentes et/ou incertaines, et les parties à une opération réalisée à l'intérieur de certains territoires préfèrent parfois déposer par sécurité une notification à la fois au niveau national et communautaire.

En tout état de cause, les sociétés participant à des opérations de fusions et acquisitions en Afrique doivent tenir compte des contraintes et des obligations

imposées par les règles de concurrence régionales et nationales. La conformité aux règles de contrôle des concentrations est essentielle, compte tenu des sanctions administratives et/ou pénales importantes et d'autres sanctions pouvant généralement être imposées aux sociétés impliquées, tant au niveau national que communautaire, outre le fait que l'annulation de l'opération concernée est encourue en cas de non-conformité. Une bonne connaissance de ces règles s'impose aux entreprises intervenant sur le continent africain, tant pour s'y conformer elles-mêmes que pour les utiliser le cas échéant offensivement en contestant une opération de concentration réalisée par un concurrent. ●

**1.** Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale: Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, République Centrafricaine et Tchad.

**2.** *Common Market for Eastern and Southern Africa* : Burundi, Comores, Djibouti, Égypte, Érythrée, Éthiopie, Kenya, Libye, Seychelles, Madagascar, Malawi, Ile Maurice, République Démocratique du Congo, Rwanda, Soudan, Swaziland, Ouganda, Zambie et Zimbabwe.

**3.** Union Économique et Monétaire Ouest Africaine: Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

**4.** Communauté Économique Des États de l'Afrique de l'Ouest : Bénin, Burkina Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone et Togo.