3989

JOURNEES DE L'ECONOMIE SENEGALAISE
EDITION 2005

THEME GENERAL : CROISSANCE ET PAUVRETE

Intervention du Professeur Abdoulaye SAKHO

Agrégé des Facultés de Droit

FSJP/ UCAD

LA REGULATION AU SENEGAL :

**ELEMENTS D'UNE BONNE PRATIQUE POUR LA
GESTION DE LA TRANSITION D'UNE ECONOMIE
ADMINISTREE VERS UNE ECONOMIE LIBERALISEE**

Juillet 2005 - UCAD II

LA REGULATION AU SENEGAL

On voit depuis quelques années se développer des organismes hybrides et des institutions qui ne sont pas des juridictions, qui sont généralement autonomes par rapport à l'administration et dont la fonction vacille entre la formulation de la règle de droit et la règle de conflit dans des secteurs bien déterminé de l'activité économique.

Ces organismes sont si nombreux qu'il est impossible d'en donner une liste exhaustive. Ils sont également si variés qu'il paraît difficile d'en établir une typologie. Ce genre d'organisme pénètre de plus en plus le paysage économique et juridique Africain. Au Sénégal, ils font de plus en plus partie de notre quotidien.

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

- Tout d'abord, certains vont jusqu'à mettre en cause la séparation des pouvoirs (héritée de Montesquieu) et qui fonde traditionnellement l'organisation socio-politique des démocraties représentatives.

- Ensuite, d'autres paraissent à mi-chemin entre les voies de la formulation du droit et celles de la réalisation de celui-ci

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

Mais au-delà de toutes ces difficultés de classification, ce qui fait l'unité de ces organismes c'est qu'ils participent d'une nouvelle forme de régulation sociale qui, prétendant dépasser des antagonismes souvent irréductibles, s'appuie sur la recherche d'un consensus de tous les intérêts en présence. Autant dire qu'ils bouleversent les formes traditionnelles de contentieux que nous connaissons déjà. Dans le système juridique français à défaut de pouvoir

les classer dans une catégorie connue, on a décidé de les appeler Autorités Administratives Indépendantes (AAI)

On parle beaucoup de régulation, dans la quasi-totalité des pays, dans les sommets à l'échelle mondiale etc..., mais il ne faut surtout pas y voir un concept à la mode sorti de la tête de quelques intellectuels en mal de nouveautés théoriques. Ce terme est le fruit d'une évolution débouchant sur une adaptation des analyses politiques, économiques et juridiques à ce phénomène du glissement d'une économie administrée vers une économie de marché que l'on constate dans tous les pays du monde. La régulation est devenue une nécessité en économie libérale. Sur le plan de ses conséquences pratiques, la régulation est en train de conduire à un bouleversement des rapports entre l'Etat et les acteurs du secteur public. D'où l'intérêt de ce concept dans ce Sénégal des années 2000 qui affirme son ancrage dans une économie de marché ouverte et compétitive, un Sénégal qui se veut leader dans la construction d'une Afrique unie et prospère.

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

Toutefois, c'est en matière de régulation de l'économie que l'on trouve le plus grands nombres d'AAI : Commission Nationale de la Concurrence, Haut Conseil de l'Audiovisuel, Conseil Régional de l'épargne et des Marchés financiers, Autorité de Régulation des Télécommunications, Comité de Régulation de l' Electricité...

L'examen de l'art 8 de la Constitution de la république du Sénégal autorise à avancer que ce genre d'organisme ne serait pas du tout hérétique

dans le paysage juridique de la République; ce texte, en effet consacre la libre entreprise et donc la liberté de la concurrence qui nécessite un protection.

Cela dit, l'analyse de cette forme particulière de justice nous amènera à voir son cadre conceptuel (I) puis la pratique dans notre pays (II)

I. LE CADRE CONCEPTUEL DE LA REGULATION

Nécessite l'examen des fondements, de l'organisation et de la nature de cette forme particulière de règlements de conflits qu'est la régulation

FONDEMENTS DE LA REGULATION

Le mode de fonctionnement de la démocratie représentative présente une tare originelle : une confusion entre le politique et l'administration au point qu'on se trouve en présence d'une trop grande dissociation entre les auteurs de la norme et ses destinataires.

C'est la critique de ce schéma de l'administration (par la voie de la hiérarchie et du contrôle, tout le mécanisme repose sur le chef du gouvernement qui dispose du pouvoir réglementaire) qui a donné naissance dans les pays occidentaux à ces AAI.

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

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

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

Ceci dit, le mode d'organisation des AAI permet d'avoir une idée sur la nature des autorités de régulation.

ORGANISATION DE LA REGULATION

Analyse statique (photographie)

- **Composition** : mélange de représentants de l'état qui sont généralement issus des juridictions, de représentants des professions concernées et d'experts du domaine d'activités en question.
- **Pouvoirs** : les institutions ont des pouvoirs qui leur assurent effectivement une fonction de régulation : recommandation pour faire évoluer le droit en vigueur (les rapports annuels), pouvoir réglementaire pour certains, larges capacités d'investigation et de contrôle en cas de violation de règles qu'elles doivent protéger.
- **Indépendance** : caractère limité dans le temps et non renouvelable du mandat, règles strictes d'incompatibilité et d'inéligibilité, autonomie organique...

Analyse dynamique (le mouvement)

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

que d'organes administratifs (C.E français 10 juillet 1981, à propos de la nature juridique du médiateur; conseil constitutionnel 23 janvier 1987);

NATURE DE LA REGULATION.

Une autorité administrative, dépourvue de personnalité juridique propre, ne peut être réellement indépendante du pouvoir exécutif. Ainsi, si les AAI disposent d'un pouvoir réglementaire, il ne peut s'exercer que dans le cadre de celui réservé à l'exécutif; elles sont donc condamnées à émettre des règles de détails après que l'exécutif ait arrêté l'essentiel.

Donc les AAI sont, certes autonomes, mais non indépendantes puisque l'autonomie se définit comme le droit de s'administrer librement dans le cadre d'une organisation plus vaste que définit un pouvoir central, alors que l'indépendance implique l'absence, non seulement de subordination, mais de tout lien avec d'autres.

En conclusion, les AAI ont modifié, mais sans bouleversement, les modalités classiques de la régulation économique.

II. LA PRATIQUE DE LA REGULATION AU SENEGAL

Cela passe par un examen des enjeux, des options réglementaires et des contraintes de la régulation dans notre pays.

ENJEUX DE LA REGULATION

Les enjeux de la régulation peuvent être appréhendés à trois niveaux d'analyse qui intéressent fortement l'évolution de notre pays.

Le premier niveau concerne l'instance politique. Il s'agit précisément de la gouvernance institutionnelle et politique. Pour être encore plus précis, il s'agit de la gestion du service public d'un secteur d'infrastructures (eau, électricité, télécoms...). A ce propos, la régulation démontre la capacité de l'Etat à affirmer sa neutralité par rapport au marché dans la mesure où il y est question de déléguer la gestion du secteur aux acteurs et techniciens par le biais d'institutions autonomes, au-dessus des intérêts partisans. Seul compte l'intérêt général. Mais attention, et je préfère nuancer mon propos tout de suite. Il ne faut surtout pas confondre autonomie et indépendance car, dans cette gestion déléguée, le dernier mot doit rester et restera aux pouvoirs publics. En effet, derrière les actions des institutions de régulation il y a le service public qui renvoie à la conception même de l'organisation de la société et au rôle que l'Etat, considéré comme l'expression du politique, entend y jouer. Je veux dire par-là que délégation ne signifie pas désintérêt pour la chose publique. D'où l'intérêt, par ailleurs, des lettres de politique sectorielle émanant du gouvernement et qui tracent le cadre dans lequel doit évoluer l'organe de régulation. C'est cela le premier enjeu car, ce schéma de gouvernance bien appliqué ne fera qu'ajouter au prestige du Sénégal et de ses dirigeants qui auront apporté une pierre de plus dans l'édification de l'Etat de droit.

Le second niveau des enjeux de la régulation concerne la gouvernance économique et plus particulièrement, celle du marché. Les secteurs soumis à régulation sont généralement ceux qui sont essentiels et fondamentaux pour le bien être des populations (eau, électricité, télécoms, transports...). Ces secteurs, par le biais des privatisations et déréglementations sont maintenant ouverts à la concurrence et aux privés. Or le marché n'est pas forcément synonyme de service public. L'objet de la régulation est justement de les concilier par une articulation alliant équité et efficacité. C'est cela l'enjeu au plan économique de la régulation car tout le monde est aujourd'hui convaincu que, pour soutenir la croissance, l'économie d'un pays est condamnée à s'appuyer sur un système juridique solide et une régulation efficace qui tendent à devenir les deux mamelles de la décision d'investissement relativement aux secteurs d'infrastructures. C'est ce qui a justifié que le G8 ait élevé la régulation au rang des valeurs et principes communs à ce groupe de pays lors du Sommet d'Evian. C'est ce qui a certainement inspiré les pouvoirs publics dans l'adoption de la loi-cadre sur la régulation des entreprises concessionnaires de services publics (il s'agit de la loi n° 2002-23 du 4 septembre 2002 NDLR). En réalité, la confiance est indispensable au bon fonctionnement d'une économie qui repose sur l'investissement privé. Cette confiance exige des dispositifs de régulation solides, renforçant le dynamisme du marché, favorisant une concurrence saine et loyale dans le secteur et, surtout, soucieuse des intérêts des usagers et consommateurs qui sont très préoccupés par un service de qualité à des prix accessibles.

Le troisième et dernier niveau des enjeux, qui n'est pas certainement le moindre, concerne la recherche académique et les progrès des sciences sociales. En effet, l'universitaire que je suis est en extase devant cette invite faite par la régulation de dépasser le caractère artificiel et stérile des oppositions entre théories économiques et doctrines juridiques. Tous les observateurs qui ont réfléchi sur la question soulignent avec force la manière

dont la régulation aboutit non seulement à une rénovation de la pensée à l'égard des services publics qui sont aujourd'hui au cœur de l'économie et du juridique, mais également à une rénovation de l'action de l'Etat sous des formes différentes et mieux adaptées aux exigences des citoyens et de l'économie contemporaine.

OPTION REGLEMENTAIRE DU SENEGAL

Il faut savoir que la réglementation de la régulation est actuellement dispersée, chaque secteur ayant ses propres dispositions. Par exemple la régulation dans le secteur des Télécoms est régie par la loi n° 2001-15 du 27 décembre 2001 portant Code des Télécoms, il en est de même du secteur de l'électricité qui a sa propre loi (Loi n° 98-29 du 14 avril 1998 relative au secteur de l'électricité). Ainsi chaque secteur organise ses modalités de régulation sans compter que le Sénégal a installé depuis 1996 une commission de la concurrence. Tout ceci risquait de faire désordre. Pour y pallier, les pouvoirs publics du Pays, sans revenir sur la pluralité des organes de régulation contrairement à d'autres pays (Royaume-Uni, Argentine, Mauritanie) qui ont choisi d'avoir une seule institution de régulation à compétence plurisectorielle, ont préféré conserver des organes de régulation spécialisés chacun dans un secteur particulier mais, en uniformisant leur régime grâce à une loi n° 2002-23 qui définit un cadre commun de création et d'organisation pour toutes les institutions de régulation des services d'infrastructures et qui réaffirme avec force des principes de bonne gouvernance liés à l'activité des institutions de régulation. Cela aussi est à l'honneur du Sénégal. Ainsi, certaines dispositions sont introduites afin de mieux assurer l'indépendance des organes de régulation aussi bien vis à vis des entreprises privées que vis à vis des autorités politiques. Par exemple, l'article 11 du texte exige un recrutement du personnel sur une base non partisane et suivant des qualifications reconnues. Le même article exige du

personnel une autonomie vis à vis de l'ensemble des parties prenantes du secteur et établi une protection du personnel cadre qui ne peut être révoqué sous réserve des dispositions relatives à l'éthique et à la bonne gouvernance. Les membres du Conseil de Régulation des Télécommunications bénéficiaient déjà d'une protection relativement similaire. C'est bien de l'élargir au personnel cadre. Autre exemple, l'article 14 de cette même loi exige, je le cite « *la rémunération des personnels des institutions de régulation est fixée à un niveau qui assure la qualité de l'expertise et l'indépendance des intéressés* ». De même, il y a l'obligation faite aux organes de régulation de consulter les acteurs économiques et les consommateurs avant de soumettre tout projet de textes aux autorités publiques, de rendre compte dans un bulletin officiel de leur activité etc.....

CONTRAINTES DE LA REGULATION

Elles sont de plusieurs ordres. Des contraintes, il y en a toujours dès lors qu'il est question de gestion, a fortiori de gestion du service public et plus particulièrement de gestion d'un service public en réseaux qui se caractérise par une énorme complexité. Par exemple, quelle est la structure de marché la mieux adaptée à la finalité du réseau ? Comment gérer les différents segments du réseau avec des degrés de réglementation différents ? Quel segment va être ouvert à la concurrence ? Comment assurer le service universel ?... Autant de questions qui constituent autant de contraintes appelant une approche commune pour des activités qui peuvent se révéler très hétérogènes. La régulation se donnant comme objectif de résoudre toutes ces questions, on peut y voir une première série de contraintes de nature certes techniques mais très peu dirimantes car, les compétences existent pour lever ces contraintes.

Une autre série de contrainte peut être trouvée dans l'indisponibilité voire la fiabilité de l'information économique indispensable à une connaissance précise du marché régulé. Mais cela n'est pas le propre de la

régulation. C'est la sempiternelle question des statistiques que connaissent aussi les pays industrialisés.

La véritable contrainte, celle à laquelle tous les acteurs doivent prêter attention est celle relative à l'autorité des organes des régulations. Cela dépend du comportement du personnel de ces organes qui ne doit pas prêter le flanc mais aussi du comportement des pouvoirs publics vis à vis de ces mêmes organes. Il est vrai que la régulation est encore très jeune au Sénégal mais elle doit s'imposer très rapidement pour le bien de l'économie nationale, des finances publiques, des usagers et de l'image du Sénégal qui est généralement bien perçue à l'extérieur.

Abdoulaye SAKHO

Agrégé des Facultés de Droit

FSJP/UCAD