



RÉGULATION DES MARCHÉS PUBLICS

DR. BAYE SAMBA DIOP

1. Objectifs

2. Méthodologie

3. Origine économique de la régulation

4. Notion juridique de régulation

5. Principes de régulation

6. Organes de régulation

7. Missions de régulation

8. Conclusion

OBJECTIFS

Au terme de la formation, les participants seront en mesure :

1

de recenser les textes qui régissent la régulation au plan communautaire et national;

2

d'expliquer la notion de régulation suivant ses principales approches;

3

de décrire le dispositif institutionnel (sénégalais et communautaire) de régulation en mettant en évidence la nature et les caractéristiques principales, notamment les principes et les pouvoirs des organes en charge de la fonction de régulation;

4

d'expliquer les missions de régulation en mettant en exergue leur portée et leur limite tout en les distinguant des missions de contrôle;

METHODOLOGIE

01

Activités structurées

02

Exposés/discussions

NOTION DE REGULATION

La notion de régulation est une notion polysémique qui n'est pas propre à la science juridique. Elle est apparue, d'abord dans les sciences exactes, puis dans le champs des sciences sociales (économie et droit).

Dans le domaine des sciences sociales, la régulation a une origine économique qui procède des mutations du rôle de l'Etat dans l'économie suivant l'évolution de la pensée économique. Elle vise essentiellement à corriger les défaillances du marché

INTRODUCTION



- La régulation est un système de gouvernance qui englobe un nouveau concept pour les sciences sociales. Elle est utilisée dans le langage scientifique, en embryologie comme en physiologie (régulation thermique).
- En mécanique, la régulation exprime le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner les actions afin d'en maintenir l'équilibre, de l'adapter aux circonstances et d'en obtenir un fonctionnement correct eu égard à ses finalités
- Il est apparu dans le Littré en 1872 faisant référence à une technologie purement mécanique dans le domaine de l'horlogerie, puis il a été repris par la biologie pour évoquer des mécanismes de rétroaction permettant de maintenir un système dans une certaine constance.

CHAPITRE PREMIER: ORIGINE ÉCONOMIQUE DE LA RÉGULATION

Comprendre les origines économiques de la régulation appelle une convocation des différentes écoles de la pensée économique.

En effet, ces secteurs régulés **étaient caractérisés par une forte implication des pouvoirs publics** : l'opérateur était alors souvent public, l'Etat orientait les choix stratégiques de l'opérateur en matière d'investissement et de technologies. Cette conception mercantiliste de l'économie des réseaux soutenue par Colbert était relayée par P.A Samuelson et d'autres. Selon lui, l'intervention de l'Etat se justifie par la nécessité de corriger les défaillances du marché. SAMUELSON P.A « The transfer problem and transport costs, II : Analysis of effect of trade impediments », Economic Journal, Vol 64, PP.264-289

Cette perception de l'économie publique traditionnelle est combattue par l'un des ténors de l'économie libérale notamment A. Smith . Il soutient que l'Etat doit se limiter à sa fonction d'Etat-gendarme, c'est-à-dire à la défense de la nation et à l'administration de la justice. Mais, il reconnaît aussi que des biens et services collectifs essentiels comme les routes, les ports, les canaux, etc ne peuvent pas être produits par le marché en raison de leur insuffisante rentabilité et recommande à l'Etat de veiller à leur réalisation.

SMITH A. 1976 3 Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Folio Essais, Gallimard, Paris

Les **apôtres de l'économie industrielle** ne sont pas muets dans ce débat. Ils s'intéressent au comportement stratégique des entreprises et mettent en évidence leurs différentes stratégies pour influencer à leur avantage les politiques publiques, considère en effet que le régulateur, n'est pas a priori bienveillant et qu'il peut même être vénal, parce qu'il est soumis à l'influence des groupes de pression. Il ne peut être considéré, a priori comme le garant de l'intérêt général. Le régulateur peut se mettre au service des intérêts des entreprises, aux dépens des consommateurs et des contribuables, et le risque est d'autant plus fort que l'information est asymétrique en sa défaveur. G.J Stigler analyse la réglementation comme un service échangé entre offreurs (les décideurs politiques et les fonctionnaires) et demandeurs (les dirigeants des entreprises), qui sont mus par leurs intérêts privés. Les offreurs de réglementation ont pour objectif leur réélection (pour les politiques), ou leur embauche dans les industries réglementées. Les demandeurs de réglementation, quant à eux, cherchent à se protéger de la concurrence. Devant le risque inévitable de capture qui s'ensuit, certains auteurs préc

STIGLER G.J (1971) " The theory of economic regulation", Bell Journal of Economic and Management Science, n° 2, Pp 3-21

La **nouvelle économie publique** où la nouvelle économie de la régulation se situe entre l'économie publique et l'économie industrielle. Elle fonde la régulation sur l'existence de défaillances du marché, mais, à la différence de l'économie publique traditionnelle, elle tient compte des défaillances de la régulation, dont la première, qui est l'asymétrie informationnelle entre le régulateur et le réglementé. En outre, la nouvelle économie publique reconnaît que les régulateurs peuvent poursuivre leurs intérêts personnels, c'est-à-dire ceux de leurs membres, et qu'ils peuvent parfois être opportunistes dans leurs décisions. Tout ceci rejaillit donc sur leur crédibilité et sur leur pouvoir de contrôle et de sanction.

Pourquoi les régulations sont-elles apparues ? Parce que, laissés libres, les acteurs sur le marché n'arrivaient pas toujours, volontairement ou non, à adopter un comportement optimal du point de vue de la société; le marché ne produit alors pas un état désirable, la main invisible est mise en échec.

- Les sources de défaillances :

Le risque de **monopole de marché** : la théorie économique néoclassique est relativement claire sur les conséquences d'une monopolisation du marché : les prix seront plus élevés et les quantités offertes moindre qu'en situation de concurrence. Le monopole profitera également d'un profit économique positif en raison de son pouvoir de marché. Pour autant, la régulation vise parfois à créer une telle monopolisation, notamment en matière de propriété intellectuelle : un brevet n'est autre que l'octroi d'un monopole temporaire.

Or, dans le cadre des nouvelles technologies, ce type de régulation n'apparaît pas comme efficient, car les coûts sont largement supérieurs aux bénéfices d'un tel octroi engendrant dès lors des effets pervers.

Les externalités : lorsque l'acte de production d'un agent va avoir un impact sur d'autres agents sans que cet impact en engendre une variation de prix ou de quantité, une externalité apparaît. Cette externalité peut être négative ou positive. Dès lors que les coûts sociaux sont supérieurs (inférieurs) aux coûts (bénéfices) privés, le producteur va adopter un niveau d'activités supérieurs ou inférieurs à ce qui serait optimal au niveau social. Dans une telle situation, le régulateur devra trouver un moyen pour forcer le producteur à internaliser l'externalité.

Asymétries d'information : abaisser les couts d'acquisition des informations constitue la dernière grande catégorie de justification des régulations. le régulateur devrait ainsi intervenir lorsque la consommateur n'est pas à même d'évaluer ou de comprendre, à un cout raisonnable, l'information offerte « naturellement » par le producteur.

- Condition de concurrence pure et parfaite : Dans son livre *Éléments d'économie politique pure*, Léon Walras explique que si les conditions de la concurrence pure et parfaite sont réunies, c'est-à-dire si l'ordre naturel est respecté, l'économie se maintient automatiquement en équilibre. Les caractéristiques de cet équilibre sont exposées par Walras, puis Pareto dans son manuel d'économie politique. Pour que les conditions de la concurrence pure et parfaite soient réunies, il est nécessaire qu'il y ait :
 1. Une **atomicité du marché**, c'est-à-dire une multitude d'offreurs et de demandeurs sur le marché afin qu'aucun ne puisse à lui seul avoir un impact sur les prix. Les intervenants sont si nombreux sur le marché que chacun se voit comme une goutte d'eau dans la mer

2. Une **homogénéité des produits** : Sont considérées comme concurrentes les firmes qui offrent un produit ou un bien de même nature (identiques ou fortement substituables). Les produits doivent être comparables donc substituables afin que la concurrence joue uniquement sur les prix ; tous les produits de la même catégorie sont indifférenciés : ils sont, en d'autres termes, rigoureusement identiques.

3. Une **fluidité du marché** : Les différents intervenants aussi bien du côté de l'offre que de la demande ont la liberté d'entrer tout comme de sortir du marché. A tout moment chacun peut entrer ou sortir du marché. Il y a libre entrée lorsque le marché est ouvert à la concurrence de toute entreprise qui souhaiterait s'y implanter et de tout acheteur nouveau qui souhaite participer à l'échange.

4. Une **transparence du marché** : toutes les informations doivent être parfaitement disponibles afin de pouvoir faire jouer la concurrence. Un marché est « transparent » lorsque toutes ses caractéristiques sont connues des agents économiques : qualité des produits, quantités offertes et demandées aux différents prix.

5. La **mobilité des facteurs de production** (travail et capital) : Les facteurs de production (le travail et le capital) doivent pouvoir se déplacer librement sans obstacle d'une activité à une autre. Si, par exemple, il apparaît qu'une industrie devient moins rentable, les facteurs qui y sont utilisés doivent pouvoir être transférés vers une autre activité, plus florissante et rémunératrice.

En concurrence parfaite ou imparfaite, une firme rationnelle recherche un profit maximum et un consommateur rationnel cherche à maximiser l'utilité que lui procurent les biens achetés.

CHAPITRE II: LA NOTION JURIDIQUE DE RÉGULATION

NOTION DE RÉGULATION

1–Au niveau Communautaire

- Directive n°05/2005
- Décision n°001/2010/CM/UEMOA du 02 février 2010

DEFINITION DU CONCEPT

- Selon le critère organique retenu par certains auteurs comme Jean-Yves Chérot, la régulation est une fonction dévolue à une catégorie d'autorité administrative indépendante dont la mission « *la surveillance des marchés pour y garantir la concurrence, la transparence, le respect d'exigence de sécurité ou plus largement une régulation économique* ». Ainsi, l'auteur explique que « *l'existence d'une autorité de marché (est) considérée comme un élément constitutif du concept de régulation* ».
- Jean –Yves Chérot « Droit public économique », Titre 2, P.314
- Jean –Yves Chérot « Droit public économique », page 348

DEFINITION DU CONCEPT

- Dans cette même logique, le Professeur Sophie Nicinski considère que « *Dans son acception la plus globale, la régulation peut se définir comme l'ensemble des interventions de l'Etat destinées à garantir le projet économique dont s'est dotée une communauté humaine. Plus restrictivement elle désigne l'ensemble des mécanismes permettant de garantir le bon fonctionnement d'un marché ou d'un secteur* »
- Sophie Nicinski, « Droit public des affaires, Montchrestien, Coll.Domat Droit public, 2009.53.

DEFINITION DU CONCEPT

- S'agissant de l'approche matérielle, elle consiste à définir la régulation comme « *l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimum qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre. Ce dernier se trouve, selon la théorie classique, dans l'État de concurrence* ».
- Bertrand Du Marais, Droit public de la régulation économique, coll. Amphi, Paris : Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques ; Dalloz, 2004, p.3.

DEFINITION DU CONCEPT

Du point de vue fonctionnel, la doctrine a pu distinguer cinq modèles de régulation.

- Le premier est la « *sunshine regulation* » qui consiste à stigmatiser, dans des rapports, avis et analyses, les conditions de fonctionnement d'un service donné.
- Le second modèle est la régulation par autodiscipline qui consiste à mettre en place une instance d'autocontrôle par les acteurs du secteur.
- Le troisième modèle est la « *light-handed regulation* » qui consiste à appliquer les dispositions du droit de la concurrence et à confier la régulation à un organe unique intervenant dans tous les secteurs.
- Le quatrième modèle est la régulation sectorielle indépendante consistant à confier le secteur à un organe sectoriel.
- Le cinquième est le modèle américain de régulation qui se rapproche au fonctionnement des juridictions où les parties sont entendues contradictoirement.

DEFINITION DU CONCEPT

- Enfin, la régulation peut aussi être définie sur la base du critère relatif à la nature des actes pris par l'autorité de régulation. Comme le fait constater le Professeur Braconnier, certains auteurs n'utilisent le terme de régulation que lorsqu'il existe un pouvoir de décision. D'autres utilisent le concept lorsque l'autorité de régulation dispose d'un pouvoir de recommandation.
- Stéphane Braconnier « Droit public de l'économie », op.cit, page 114.

DEFINITION DU CONCEPT

- Mais il faut retenir que dans la pratique, les organes de régulation disposent aujourd'hui des prérogatives leur permettant de régler, de décider, de contrôler et de sanctionner. C'est ainsi qu'elles interviennent de manière ex ante pour prévenir des déséquilibres et de manière ex post pour corriger des déséquilibres. C'est d'ailleurs ce couple ex ante et ex post qui fonde le droit de la régulation dont le héraut est le professeur M-A Frison-Roche .
- M-A Frison-Roche, « le couple Ex Ante-Ex Post, justificatif d'un droit spécifique et propre de la régulation », in Les engagements dans les systèmes de régulation, Coll. Droit et Economie de la Régulation, Vol.4, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p.33-48.

DEFINITION DU CONCEPT

- Le Professeur Abdoulaye SAKHO retient, quant à lui, que « *la régulation est la tâche qui consiste à assurer, entre les droits et obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi.* »
- De ces définitions, il reste constant que la régulation consiste à assurer le fonctionnement de systèmes socio-économiques complexes en harmonisant les de points de vue, en arbitrant les divers intérêts présents, aussi bien en aval pour résoudre les litiges qu'en amont pour fixer les règles du jeu et définir les équilibres souhaitables.

NOTION DE RÉGULATION

En droit, selon Romain RAMBAUD (« Institution juridique de régulation, Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique » éd. Harmantant p. 24) il existe « *trois types de définition de la régulation qui coexistent* ».

**La régulation, une
fonction des
autorités
administratives
indépendantes
(AAI)**

1

**La régulation, une
nouvelle forme de
normativité**

2

**La régulation, une
fonction à vocation
économique**

3

NOTION DE RÉGULATION

Du point de vue de ses fondement, la régulation poursuit **deux objectifs fondamentaux** que l'on retrouve comme préoccupation dans les marchés publics :

- **couper le cordon ombilical entre l'action de l'Etat 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. (**En conséquence, la régulation se présente comme une tentative de restauration d'un Etat impartial, d'un Etat neutre**).
- **promouvoir une réglementation moins distante de la société**. 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, de ceux de la société civile et de représentants de l'activité en cause.

CHAPITRE VI: LES PRINCIPES, ORGANES ET MISSION DE RÉGULATION

PRINCIPE D'INDÉPENDANCE

Chez les juristes, à défaut de pouvoir les classer dans une catégorie connue, on a décidé de les appeler Autorités Administratives Indépendantes (AAI).

Pour le code des marchés publics : « *L'ARCOP est une autorité administrative indépendante, rattachée à la Présidence de la République... Elle est dotée de l'autonomie financière et de gestion* ».

Pour la loi n°2002-23 portant cadre de régulation pour les entreprises concessionnaires de service publics : « *l'institution de régulation est une AAI dotée de l'autonomie financière et de gestion. Ses décisions ont le caractère d'actes administratifs; elles sont susceptibles de recours juridictionnels devant les cours et tribunaux* ».

En tout état de cause, autant dire que les AAI bouleversent les formes de l'action de l'Etat et celles du règlement des contentieux.

PRINCIPE D'INDÉPENDANCE

Comme le fait remarquer le Pr. Marie-José Guédon : « *La raison d'être des AAI est la protection des droits et libertés des personnes (...), le redressement des comportements irréguliers* ». En effet, il s'agit de mettre en place « *des mécanismes institutionnels et opérationnels de régulation qui ne peuvent être dévolus aux autorités administratives chargées des fonctions de contrôle des marchés publics (...)* » de façon à « *garantir une régulation indépendante des marchés publics et une représentation tripartite et paritaire de l'administration, du secteur privé et de la société civile* ». C'est dans ce sillage que s'inscrit l'ARMP.

PRINCIPES ET POUVOIR DES RÉGULATION

Le **pouvoir d'influence** s'exerce au travers de la fonction consultatives des autorités de régulations

Celles-ci sont consultées sur les projets de loi et de décret relatifs au secteur régulé. Elles sont associées à la préparation de la position du pays sur les questions régulées dans le cadre des relations internationales.

PRINCIPES ET POUVOIR DES RÉGULATION

Le **pouvoir de réglementation** consiste pour l'autorité de régulation d'édicter des normes applicables dans les secteurs régulés. Dans les marchés publics, les lignes directrices, les avis, les dossiers standards adoptés par le régulateur s'appliquent aux acteurs.

PRINCIPES ET POUVOIR DES RÉGULATION

Le **pouvoir de décision individuelle**. Les autorités de régulation ont un pouvoir de délivrer des autorisations.

Le **pouvoir de règlement des différends**

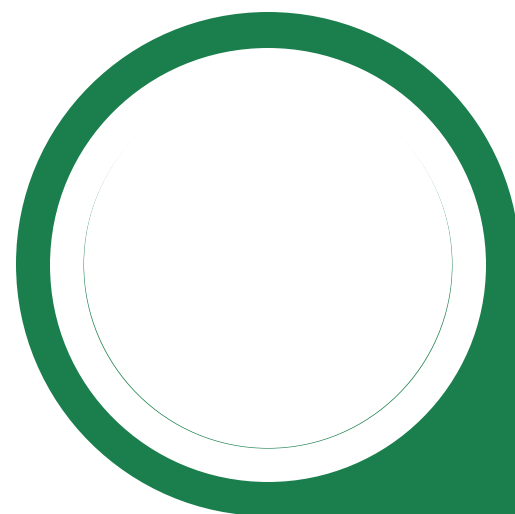
Le **pouvoir de contrôle et de sanction**

ORGANES DE REGULATION



Autorité de régulation de la Commande publique marchés publics (ARCOP)

Créée par loi n° 2022-07 du 19 avril 2022



Observatoire régional des marchés publics (ORMP)

Créé par décision n°001/2010/CM/UEMOA

ORGANES DE REGULATION



CR 9 membres représentant l'administration, le secteur privé et la société civile en raison de quatre 3 par composante



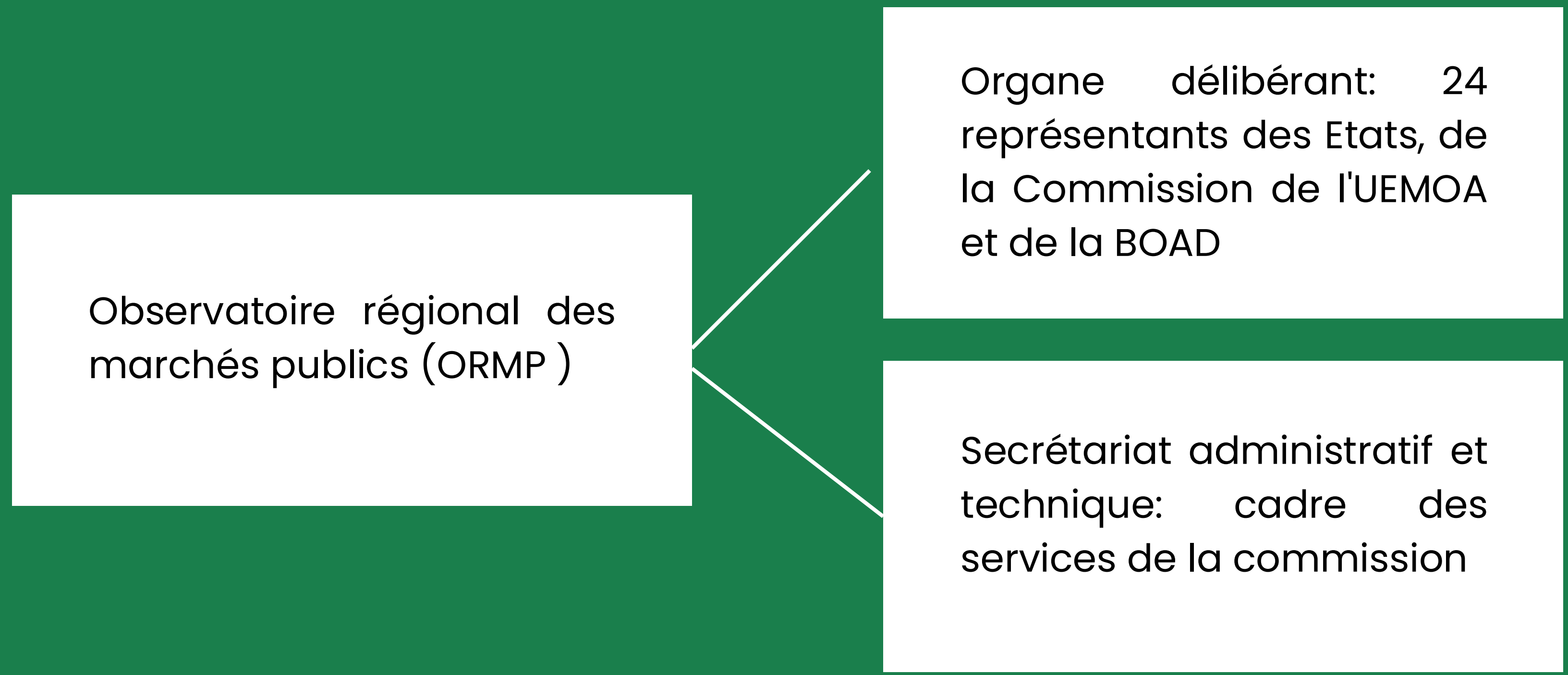
CRD 4 membres représentant les trois composante du CR



Direction général

ORGANES DE REGULATION

Observatoire régional des
marchés publics (ORMP)



```
graph LR; A[Observatoire régional des marchés publics (ORMP )] --- B[Organe délibérant: 24 représentants des Etats, de la Commission de l'UEMOA et de la BOAD]; A --- C[Secrétariat administratif et technique: cadre des services de la commission]
```

Organe délibérant: 24
représentants des Etats, de
la Commission de l'UEMOA
et de la BOAD

Secrétariat administratif et
technique: cadre des
services de la commission

ORGANES DE REGULATION

1-Les Principales caractéristiques d'une autorité de régulation

- la personnalité juridique
- la composition collégiale de ses instances de décision
- la présence des représentants des acteurs du secteur régulé
- le pouvoir réglementaire
- l'indépendance organique, administrative, fonctionnelle et financière vis-à-vis du pouvoir exécutif
- la force exécutoire des ses décisions

ORGANES DE REGULATION

2. La signification l'indépendance de fonctionnelle du régulation

IF signifie que les régulateurs exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'une institution.

ORGANES DE REGULATION

3. Les garanties nécessaires à l'indépendance de la fonction de régulation

- l'autonomie financière et de gestion
- la désignation de ses membres
- l'immovibilité de ses membres durant un mandat

ORGANES DE REGULATION

4. La signification de l'indépendance organique

Il découle de la composition collégiale et du statut des membres: nomination tripartite, appel à candidature, proposition des pouvoirs constitutionnel.

ORGANES DE REGULATION

Les principes de régulation: l'indépendance et l'impartialité

1. Le principe d'indépendance

L'indépendance est la situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions. G. Cornu, Vocabulaire juridique, Assoc. H. Capitant, PUF. « quadriges », 8 éd. 2007.

ORGANES DE REGULATION

S'agissant de **l'indépendance des institutions de régulation**, elle se conçoit sous trois formes :

- Indépendance vis-à-vis des entreprises régulées et des autres intérêts privés ;
- Indépendance vis-à-vis des autorités publiques ;
- Indépendance sous forme d'autonomie institutionnelle.

ORGANES DE REGULATION

L'indépendance du régulateur

Pour **assurer l'indépendance vis-à-vis des autorités politiques**, les moyens utilisés sont :

- donner à l'institution de régulation un mandat clair de façon qu'elle puisse décider sans requérir d'instructions des autorités politiques ;
- définir ce mandat à l'aide d'un texte légal non facilement révisable ;
- adopter des procédures et des critères de recrutement qui réduisent les possibilités de nomination partisane ;
- procéder à des nominations, sur la base de qualifications reconnues, pour des durées fixées avec des restrictions sur les possibilités de révocation arbitraire

ORGANES DE REGULATION

2-Le principe d'impartialité

Dans son acception positive, l'impartialité qualifie la qualité d'une appréciation dénuée de subjectivité, interdisant au juge tout parti pris ou préjugé personnel. La césure de la procédure répressive, principe cardinal du droit pénal, implique la séparation des fonctions de poursuite, instruction et jugement.

Cette exigence ne s'est pas imposée immédiatement au pouvoir de sanction des autorités de régulation le juge administratif a longtemps considéré que la participation du rapporteur aux débats et au vote ne méconnaissait pas le principe d'impartialité.

ORGANES DE REGULATION

Le principe d'impartialité (suite)

Cette solution, quand elle a été rendue, était d'ailleurs en tous points conforme à la jurisprudence européenne pour la cour de Strasbourg, la présence du rapporteur au délibéré du conseil des marchés financiers ne méconnaissait pas, en raison de la nature et de l'étendue de ses fonctions durant la phase d'instruction, le principe d'impartialité.

ORGANES DE REGULATION

Les pouvoirs du régulateur

Le modèle institutionnel des autorités de régulation, outre l'indépendance, est caractérisé par le cumul d'un pouvoir **d'influence, de réglementation, de décision individuelle, de contrôle et de sanction.**

MISSIONS DE REGULATION

1. L'ARCOP

Définition de politiques	L'élaboration de la réglementation et la préparation des cahiers des clauses administratives générales et la coordination de la rédaction des cahiers des clauses techniques générales;
Formation et sensibilisation des acteurs	formation continue et sensibilisation des acteurs
Audit et évaluation du système	audit de conformité, évaluation de la performance des acteurs
Diffusion de l'information	collecte , traitement et mise à disposition des données statistiques
Gestion des litiges	règlement des différends au stade de la passation, arbitrage des litiges au stade de l'exécution, et sanction ou recommandation de sanctions à l'encontre des acteurs

MISSIONS DE REGULATION

1. L'ORMP

Définition et la mise en œuvre des règles sur la surveillance multilatérale en matière de marchés publics

- Élaborer des rapports annuels de surveillance, tenir à
- disposition des acteurs une information synthétique
- relatives aux aspects techniques et économique de la commande publique

Surveillance de la mise en œuvre de la réglementation des marchés au sein de l'Union.

Veiller d'une part, au suivi des réformes du système de la commande publique, et d'autre part, au bon fonctionnement du mécanisme de recours non juridictionnel

- Rappel des objectifs
- Leçons apprises

SYNTHESE- CONCLUSION

FIN DE PRÉSENTATION !

MERCI POUR VOTRE ATTENTION