Harmonisation des politiques et réglementations sous régionale en Afrique de l'ouest en matière de télécommunications /Tics : quel impact sur la régulation ?

Présentée par MME Salamata ROUAMBA ILLY

Conseiller juridique ARCEP

s.rouamba@arce.bfi

INTRODUCTION

Depuis 2006, l'UEMOA puis la CEDEAO en 2007 ont procédé à une harmonisation des cadres législatifs et réglementaires nationaux au sein des deux espaces communautaires. .

Pour ce faire, six directives relatives à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications, à l'harmonisation des régimes applicables aux opérateurs de réseaux et fournisseurs de télécommunications, à l'interconnexion, au service universel et obligations de performance du réseau ; à l'harmonisation de la tarification des services de télécommunications ; au cadre général de coopération entre les Autorités nationales de Régulation en matière de télécommunications ont été adoptées par les organes compétents de l'UEMOA le 23 mars 2006. Chaque Etat membre avait deux (02) ans à compter de la date d'entrée en vigueur des directives pour les transposer dans sa législation nationale.

Quant à la CEDEAO, elle a adopté en janvier 2007, des actes additionnels portant sur les mêmes matières que l'UEMOA destinés également à être transposés dans les législations nationales.

- Quel est l'impact de cette harmonisation sur les activités des Autorités de Régulation des Etats membres?
- Les différents textes adoptés sont-elles suffisantes à elles seules pour réaliser l'harmonisation des réglementations?

I – Quel impact de l’harmonisation sur le statut et les activités des Autorités de Régulation

Mettant en œuvre la recommandation n° 03/2000/CM/UEMOA du 22 novembre 2000 relative à la mise en œuvre d’un programme d’actions pour l’amélioration des télécommunications dans l’espace communautaire, l’UEMOA considère que l’harmonisation des politiques, par l’édition de prescriptions minimales et de réglementations cadres communautaires, est un moyen de nature à accélérer la réalisation de l’intégration économique et sociale des Etats membres, et garantir le libre jeu de la concurrence entre les entreprises du secteur des TIC de l’espace communautaire dans le cadre de la mise en place du marché commun.

Quant à la CEDEAO, l’article 33 de son traité prescrit que les Etats membres s’engagent dans le domaine des télécommunications, à développer, moderniser, coordonner et normaliser les réseaux nationaux de télécommunications en vue de permettre une interconnexion fiable entre les Etats membres et de coordonner leurs efforts en vue de mobiliser les ressources financières au niveau national et international par la participation du secteur privé dans la prestation des services de télécommunications.

Se fondant sur le constat que la communauté s’est engagée dans le processus de libéralisation des services et infrastructures de télécommunications à l’horizon 2007, et prenant en compte le fait que cette libéralisation est créatrice de marchés porteurs qui nécessitent un cadre favorable et attractif à l’investissement, les Etats membres de la CEDEAO ont procédé à l’adoption d’un cadre harmonisé des politiques et réglementation du secteur des TIC dans l’espace communautaire le 19 janvier 2007 lors de la 31 session ordinaire de la conférence des chefs d’Etats et de gouvernement à Ouagadougou.

Cette harmonisation énonce des règles supra nationales relatives au statut des ANR et à leur fonctionnement.

I.1 Supranationalité du modèle institutionnel des organes de régulation :

Différents modèles de régulation sont appliqués à travers le monde allant du régulateur autonome qui prend ses décisions au modèle ministériel (les tâches de régulation sont exercées par un ministère qui prend les décisions en la matière).

L'UEMOA et la CEDEAO ont opté clairement dans les actes communautaires pour un organe de régulation autonome compétent pour prendre et appliquer les décisions. Tous les Etats membres devront dans leurs législations nationales relatives aux TIC, créer un tel type d'organes de régulation sous peine de n'être pas conforme aux textes communautaires.

Ainsi, les textes communautaires comportent une énonciation **claire des attributions des politiques et des organes de régulation:** *« les Etats membres veillent à ce que les missions de réglementation du secteur soient exercées par les autorités nationales de régulation de façon indépendante, proportionnée, impartiale, transparente ... »* .

1- **L'indépendance de l'organe de régulation:** L'indépendance dans le contexte des régulateurs de services publics s'entend sur trois niveaux :

L'organe de régulation doit être autonome des organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de télécoms.

Il doit avoir une certaine autonomie vis -à- vis des autorités politiques et enfin avoir une certaine autonomie financière.

L'article 11 de l'acte additionnel relatif à l'harmonisation des politiques et du cadre réglementaire prévoit que *« Les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du pouvoir politique et de toute les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de télécommunications et de toutes organisation intervenant dans le secteur, en*

faisant en sorte que ces autorités soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes. »

I.2 Enonciation claire des attributions des politiques et des organes de régulation: *« les Etats membres veillent à ce que les responsabilités et le mandat de chacun des acteurs du cadre institutionnel soient clairement définis de manière à éviter tout équivoque dans la répartition des tâches. En ce sens, la division de ces tâches doit être reflétée dans toute réglementation nationale s'appliquant au secteur des tic, en vue de permettre de déterminer les relations entre les différentes entités et la crédibilité de chaque acteur dans l'accomplissement de sa mission ».* Art 8 de l'Acte additionnel précité.

L'article 9 précise les fonctions assumées par le ministère de tutelle et celles des Autorités de régulation.

I.3 Règles de fonctionnement des Autorités de Régulation

L'indépendance du Régulateur a besoin d'être confrontée à des mesures pour assurer que le régulateur est responsable de ses actions et qu'il ne s'écarte pas de son mandat dans des pratiques de corruption ou qu'il ne devienne inefficace. Ainsi les actes communautaires contiennent notamment des dispositions permettant d'assurer la transparence des décisions, l'interdiction de situation de conflits d'intérêts, un mécanisme de recours contre les décisions de l'ARN.

- **La transparence des décisions de l'organe de régulation:** ce principe est mis en œuvre à travers la collégialité des décisions des organes délibérants: En théorie, les organes collégiaux offrent une plus grande perspective en termes de prise de décision et permettent un examen et un débat exhaustifs des problèmes. Ils permettent également à l'organe de régulation d'être plus indépendant, plus objectif et réduisent le risque d'emprise. La transparence de l'organe de régulation est un élément très important pour attirer les investisseurs privés, un des objectifs poursuivis par le marché communautaire.

- **L'interdiction de situation conflictuelle** : Les actes énoncent clairement l'incompatibilité des fonctions de membres des organes décisionnels avec toute activité dans le secteur et toute charge gouvernementale.

- **Recours contre les décisions de l'ARN** : l'une des fonctions d'un organe de régulation est le règlement des litiges entre les acteurs (opérateurs, fournisseurs, consommateurs etc.). les textes communautaires affirment ce principe « ... *Les Etats membres veillent à ce que tout opérateur ou fournisseur de services de télécommunications puisse saisir l'ANR compétente en cas de litige relatif à :*

- *Toute violation par un opérateur ou fournisseur de services de télécommunications de dispositions légales ou réglementaires en matière de télécommunications ou de clauses conventionnelles ;*
- *Tout refus d'interconnexion ou de location de capacité ou d'infrastructures, non conformes aux conditions prévues par les textes applicables et tout désaccord relatif à l'application ou à l'interprétation des conventions et des catalogues d'interconnexion ;*
- *Aux conditions d'octroi ou de refus d'octroi à un opérateur des droits d'occupation sur le domaine des personnes publiques ou de droits de passage sur une propriété privées aux fins de l'établissement et de l'exploitation d'un réseau de télécommunications ;*
- *L'exercice de droits spéciaux ou exclusifs par un acteur du secteur.*

Ces décisions doivent être prises à l'issu de procédures transparentes et non discriminatoires de règlement des différends dans des délais raisonnables en respectant le principe du contradictoire et des droits de la défense. Les décisions doivent faire l'objet de publication.

Les Etats membres doivent mettre en place des mécanismes permettant d'intenter un recours contre toute décision de l'ARN devant une instance juridictionnelle indépendante des parties, de l'ARN, du gouvernement.

En affirmant ces grands principes de base pour une régulation saine du secteur des TICS dans l'espace UEMOA/CEDEAO, les directives et les actes additionnels constituent une avancée pour la sous région ouest africaine en matière de réglementation et de régulation.

Les ARN trouvent dans ces actes, les instruments et les outils pour mener à bien leur mission dont la principale reste l'application donc la mise en œuvre des législations nationales.

Cependant, au delà de cette avancée que constituent l'adoption des textes communautaires et la transposition par les Etats membres, l'harmonisation au plan de la régulation reste une œuvre à parachever.

II- Harmonisation des réglementations : une œuvre à parachever par l'accompagnement des organes de régulation

La seule transposition des directives et actes additionnels est-elle suffisante pour assurer une régulation pleinement opérationnelle?

Les actes ont prévu des mécanismes et des outils à mettre à la disposition des Autorités nationales de régulation afin de rendre l'application des législations nationales résultant de la transposition plus aisée.

II.1 L'intervention de la commission de la CEDEAO dans la définition des marchés pertinents

A ce titre, les actes additionnels ont prévu l'intervention de la commission de la CEDEAO afin d'apporter certaines précisions pour une mise en œuvre efficace des dispositions.

Ainsi, l'acte additionnel relatif à l'accès et à l'interconnexion des réseaux et services du secteur des TIC a prévu l'intervention de la commission de la CEDEAO dans la définition des marchés pertinents.

A l'instar de la pratique européenne, l'acte additionnel relatif à l'accès et à l'interconnexion des réseaux et services du secteur des TIC a prévu, en son article 19, dans le cadre de l'identification des marchés pertinents que la commission de la CEDEAO procède à :

- la publication de directives adaptées au cas des Etats concernés (comme les directives européennes);
- la publication de lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché;
- la publication d'une recommandation concernant les marchés pertinents de produits et services dans le secteur des télécommunications susceptibles d'être soumis à une régulation ex ante.

Ensuite, chaque autorité procédera à l'analyse des marchés qui visera, à déterminer le caractère effectivement concurrentiel ou non des marchés et à en déduire les conséquences en termes d'obligations réglementaires.

Ainsi, dans le cas où l'analyse conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle supprime les éventuelles obligations qui s'appliquaient jusqu'alors; dans le cas contraire, l'autorité identifie le ou les opérateurs puissants qui se trouvent dans une situation équivalente à une position dominante au sens du droit de la concurrence et impose à ces entreprises les obligations réglementaires spécifiques appropriées.

Cette mission de la commission de la CEDEAO constitue un préalable à l'action des ARN sur les différents marchés. Sans l'identification des opérateurs dominants, les dispositions de l'article 6 de l'acte additionnel susvisé ne pourraient être appliquées. Les obligations de tenir une comptabilité analytique, de publier un catalogue d'interconnexion, de communiquer des informations à l'ARN s'appliqueront à quel opérateur s'il n'a été désigné comme dominant sur un marché préalablement identifié comme dominant.

Quant à l'UEMOA, elle semble considérer que l'interconnexion constitue un marché pertinent. En effet dans sa directive relative à l'interconnexion des réseaux et services de télécommunications, l'article 1 in fine prévoit que «Chaque Autorité de régulation établit annuellement la liste des opérateurs puissants sur le marché de l'interconnexion ».

Or comme vu plus haut dans l'acte additionnel de la CEDEAO, le marché pertinent doit être défini suite à une analyse de marché. En plus l'interconnexion qui constitue l'offre de gros de la terminaison comprend plusieurs segments qui pourraient constituer des marchés pertinents comme la terminaison fixe, la terminaison voix mobile, la terminaison mobile SMS, etc.

Cette disposition de la directive de l'UEMOA semble en contradiction avec l'annexe 1 au règlement N° 3- 2002-CM-UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA qui prévoit :

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

II.2 L'encadrement de la commission des la CEDEAO à travers le renforcement des capacités

Les experts des télécommunications réunis en avril 2010 à Lomé ont souligné l'insuffisance de l'encadrement institutionnel des Etats membres pour la mise en œuvre efficiente des actions prioritaires de la communauté. Il a donc été recommandé la création d'une entité dédiée aux télécommunications au sein de la commission de la CEDEAO.

Aussi, cet encadrement pourrait consister en des actions de renforcement de capacité des ANR à travers l'Assemblée des régulateurs de l'Afrique de l'ouest (ARTAO).

L'acte additionnel relatif à l'accès et l'interconnexion, préconise le système de la comptabilité analytique selon la méthode ABC. Dans l'ensemble des Etats membres, seuls quelques opérateurs tiennent une comptabilité analytique. Un renforcement des capacités des ANR sur ce modèle s'avère nécessaire.

Dans la mesure où la comptabilité analytique est un outil de contrôle des prix orienté vers les coûts préconisé par les deux institutions.

Par ailleurs, l'harmonisation des outils de calcul des coûts des réseaux ne pourra se faire sans la tenue d'une comptabilité analytique par les opérateurs dans chaque Etat membre.

...par la tenue de statistiques régulières des TICs dans l'espace communautaire CEDEAO/UEMOA.

Il s'agira d'établir une situation régulière du secteur des TIC dans la communauté. Cela permet de mieux définir les politiques de développement des tics pour la sous- région.

Cela pourrait également constituer un outil d'aide à la décision pour les acteurs du secteur des TICs à tous les niveaux qu'ils se situent (politiques, ANR, les opérateurs et fournisseurs, les bailleurs de fonds, etc.).

CONCLUSION

L'harmonisation des politiques et réglementations dans l'espace UEMOA/CEDEAO constitue une avancée dans le développement des télécommunications dans la sous région.

Cependant, l'œuvre doit se poursuivre pour la mise en œuvre effective de ces textes afin d'atteindre les objectifs de développement du secteur des télécommunications /tics poursuivis par la communauté.

Pour se faire, la commission de la CEDEAO a un grand rôle à jouer dans l'effectivité de l'harmonisation.