
Le champ de compétence en matière de concurrence : Bouleversement ou revirement de la position traditionnelle?

The field of competence in matters of competition: Upheaval or reversal of the traditional position?

BADI – BOUKEMIDJA Nadjiba ¹

¹ Université Alger -1- , Faculté de droit (Algérie) n.boukemidja@univ-alger.dz

Received: 16/08/2019 Accepted: 29/ 05 / 2020 Date de publication: juin/2020

Résumé

Considéré comme complément logique au principe de la liberté du commerce, le principe de la libre concurrence a été introduit dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché.

Ainsi, s'impose la lutte contre les entraves à la concurrence, qui vise à réprimer les pratiques restrictives à la concurrence, citées à titre exhaustif par le droit algérien de la concurrence, qui contient tout l'arsenal juridique permettant de protéger le marché concurrentiel.

Étant dans les espaces économiques mondiaux et/ou régionaux, l'Algérie a été amenée à mettre en œuvre un vaste plan d'action visant l'adaptation de la législation de la concurrence et de la réglementation applicable à la régulation, se référant ainsi à la compétence classique, ou bien à la compétence spécialisée.

Mots clés: Compétence, principe, concurrence, autorités, secteur d'activité.

Abstract

As a logical complement to the principle of free trade, the principle of free competition has been introduced with the aim of ensuring the functioning of the market.

Thus, the fight against the impediments to competition, which aims to repress the practices resting with competition, quoted in exhaustive exhaustion by the Algerian law of the competition is necessary. Which contains all the arsenal legal to protect the competitive market.

Being in the global and / or regional economic areas, led Algeria to implement a broad action plan for the adaptation of competition law and texts relating to regulation. Referring to classical competence, or specialized competence.

Key words: Competence, principle, competition, authorities, sector of activity.

Introduction

Le droit de la régulation a vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie, à la fois un rapport d'organisation et de contrainte et un rapport détaché du passage nécessaire par l'Etat et son organisation administrative¹

Des secteurs de l'économie peuvent être laissés au libre jeu du marché. C'est en principe le cas des marchés de biens et services. Bien sûr, le droit a sa part en la matière parce que le marché ne fonctionne qu'articulé sur des règles de droit - celle du contrat pour commencer - et parce que le droit constitue le garde-fou du système économique libéral, par le droit de la concurrence.

A souligner que le droit de la régulation se distingue du droit de la concurrence car, s'il est vrai qu'on y trouve l'importance de la concurrence, il s'agit d'un droit qui la construit et la maintient, et non pas d'un droit qui la garde simplement en l'état¹.

La régulation est généralement organisée autour de trois instances principales: le gouvernement, les agences administratives indépendantes et les instances judiciaires. Le gouvernement désigne ici l'instance qui élabore les lois et règlements. Il s'agit donc de la réunion des pouvoirs exécutif et législatif qui élaborent des textes définissant un certain nombre de principes généraux² et des priorités de politiques publiques³.

Les agences administratives – souvent qualifiées de « régulateurs » – sont chargées de traduire la volonté politique sous forme de normes techniques et économiques ou de règles de marché, qu'il s'agisse des conditions des licences d'exploitation, des tarifs de certains services ou de seuils de qualité de service.

Elles surveillent également l'application de ces normes et règles, et sont parfois dotées de pouvoirs de sanction.

En pratique, elles disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire, ne serait-ce que parce que les objectifs qui leur sont assignés par les pouvoirs publics ne sont pas toujours compatibles entre eux ou ne sont pas réalistes. Elles établissent donc des priorités et procèdent à des interprétations.

Les acteurs du marché, de leur côté, disposent d'un recours auprès de la justice lorsqu'ils estiment que les autorités de régulation ont outrepassé leur pouvoir, commis des erreurs dans l'interprétation de tel ou tel principe législatif, ou bien encore décidé à tort de sanctionner, suivant la nature du dossier, ils peuvent se retourner vers la justice administrative ou civile.

Le statut précis des autorités de régulation, leur degré d'autonomie administrative et budgétaire, le mode de nomination de leurs commissaires, etc. sont assez hétérogènes d'un pays à l'autre et plutôt instables dans le temps⁴.

D'ailleurs ce phénomène est constatable même au niveau interne; ce qui nous conduit à poser la problématique suivante: Quel est le fondement juridique de la compétence liée à la régulation du marché concurrentiel en Algérie?.

D'où le plan suivant:

Titre 1 : La régulation du marché par le conseil de la concurrence

Titre 2 : La régulation du marché par les autorités administratives indépendantes (A.A.I)

2-Titre 1 : La régulation du marché par le conseil de la concurrence

Le conseil de la concurrence, a vu depuis sa création en 1995, une succession d'évolutions au sujet de son statut, de ses missions ainsi que de ses compétences.

Commençant par l'ordonnance n°95-06⁵, en pleine transition vers une économie de marché, cette ordonnance vient poser les règles élémentaires régissant les opérations des acteurs économiques. Le point central de cette réforme est l'institution de cette ordonnance.

L'article 16 de cette dernière prévoit "qu'il est créé un conseil de la concurrence chargé de la promotion et de la protection de la concurrence", le conseil est donc en charge de réguler l'activité économique et de sanctionner les infractions.

En 1995, le législateur n'a pas fourni une définition claire du conseil de la concurrence.

Or, selon l'ordonnance 03-03⁶, fort est de constater que l'intégration de l'Algérie à des organismes mondiaux tel que l'O.M.C, implique d'adapter notre législation en matière de concurrence.

Par cette Ordonnance, le législateur, contrairement à celle de 1995, vient apporter une définition plus claire du conseil de la concurrence, le faisant sortir de l'image d'un simple organe consultatif.

En effet, en vertu de l'article 23 de l'ordonnance 03-03 «est créé auprès du Chef du gouvernement une autorité administrative ci-après dénommée "Conseil de la concurrence", jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière".

Lors de la cinquième conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble des principes et des règles équitables convenues au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives.

En Novembre 2005, l'Algérie a communiqué ses motifs justifiant l'adoption de la nouvelle ordonnance octroyant un champ d'action plus élargi et d'avantage de moyens d'actions pour le conseil.

Parmi ces motifs on retrouve la volonté du législateur d'instaurer une réelle culture de concurrence, en écartant le caractère trop «répressif » qui était en place, afin de favoriser une coordination.

Après, on retrouve la loi 08-12⁷, dont le législateur apporte d'avantage d'autonomie au conseil de la concurrence, le nouveau texte place le conseil de la concurrence auprès du ministre chargé du commerce.

Pour la composition du conseil de la concurrence qui est organisé en collège, a l'initial , sous l'ordonnance 95-06 de 1995; celui-ci était constitué de douze (12) membres organisés comme suit⁸:

- Quatre (04) membres de professionnels venant du secteur de la production, de la distribution, de l'artisanat, de services ou de professions libérales, c'est-à-dire des secteurs d'activités visés par l'Ordonnance.

- Trois (03) personnalités connues pour leurs expertises et compétences en matière économique et juridique.

- Cinq (05) personnes ayant exercées au sein de la Cour Suprême, ou exerçant toujours au sein de celle-ci, ou encore de la Cour des Comptes en qualité de magistrat ou de membre.

Certaines modifications ont été apportées à travers l'ordonnance n° 03-03 de 2003, en réduisant le nombre des membres au sein du Conseil à neuf (09)⁹:

Les représentants professionnels ont été exclus, le nombre des membres des hautes juridictions (Cour Suprême ou Cour des Comptes) a été diminué à deux (02), et les experts en matière juridique et économique augmentés à sept (07), dont l'un d'entre eux est choisi sur proposition du ministre chargé de l'intérieur¹⁰.

Toutefois, par la loi 08-12, le législateur émet quelques réformes :

- Réinstaurer le nombre des membres au sein du Conseil à douze (12) membres.

- Éloigner le corps des magistrats ou les membres des organisations judiciaires.

- Réintégrer les représentants professionnels.

- Instaurer des critères de sélection des membres.

A l'heure actuelle, le Conseil de la concurrence comprend:

- Six (06) membres d'experts avec minimum 08 années d'expérience dans le domaine juridique ou économique, propriété intellectuelle...Etc.

- Quatre (04) membres de professionnels qualifiés ayant exercés des postes à responsabilité avec minimum cinq années d'expérience dans les secteurs d'activités visés par l'Ordonnance et précités.

- Deux (02) membres représentants des associations de protections des consommateurs.

Pour plus d'autonomie et d'indépendance, la réforme de 2008, destitue au ministre chargé de l'intérieur la compétence de nommer une personne de son choix, tel que prévu en 2003.

S'agissant du statut du conseil de la concurrence nous l'avons vu, le Conseil de la concurrence est sans nul doute une autorité administrative, aussi bien au regard de l'ordonnance de 2003 que de la loi 2008.

Toutefois cette autorité a été placée successivement sous l'égide du chef du gouvernement puis sous celle du ministre chargé du commerce depuis 2003. Se pose alors un doute quant à la nature exacte de cette autorité.

Ainsi, le conseil peut être consulté sur tout projet de loi ou règlement, en rapport avec la concurrence. On se hâterait alors de dire que le conseil est une personne administrative, avant de noter que le conseil possède également des compétences qui se rapprochent de celles des instances juridictionnelles.

Si la nature juridique du conseil sème une confusion, il n'en va pas de même quant à l'opportunité de l'appellation faite d' « *autorité* »:

En effet, le conseil de la concurrence n'est pas un simple organe de consultation, dans sa mission de promotion de la concurrence, le conseil émet des règlements, des directives, des circulaires...Etc.

Comme les autorités de concurrence, le conseil est doté de pouvoirs particulièrement importants en matière de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, en ce qui concerne les suites à réserver aux pratiques qu'il examine, il dispose d'un pouvoir non seulement d'injonction, mais aussi de sanction¹¹.

L'utilisation du qualificatif d'autorité est plus évidente, dans la mesure où sous l'empire de la loi du 5 juillet 1989 relative aux prix¹², la sanction des pratiques restrictives de la concurrence relevait du juge pénal, mais depuis 2003, inspiré du système français, c'est désormais le Conseil qui assure le contrôle de l'application des règles du droit de la concurrence¹³.

Ainsi, lorsque l'on s'inscrit dans un système juridique donné, il n'en ressort pas que des lois et des réformes, mais aussi les effets de ses dernières, dans la dynamique de mondialisation, entraînant une diminution des prérogatives de l'Etat, le système Algérien assiste lui aussi à "une diffraction du pouvoir étatique"¹⁴.

En effet, plusieurs fonctions qui appartenaient au pouvoir exécutif, telle que la régulation du marché, ont été transférées aux nouvelles institutions, notamment le conseil de la concurrence.

Qualifier la nature juridique du conseil et de ses compétences, n'étant pas une tâche facile, il est plus aisé de se référer à sa fonction et à son but. Bien que la question de la qualification de la nature du conseil sème la discorde, l'unanimité tient au fait que les moyens mis à disposition du conseil constituent une mission d'intérêt général.

Le conseil est spécialisé dans l'analyse et la régulation de la concurrence sur l'ensemble des marchés; il est doté d'une mission d'intérêt général qui consiste à faire respecter l'ordre public économique plus précisément, faire respecter les dispositions législatives et réglementaires applicables aux opérateurs économiques dans sa dimension concurrentielle.

La doctrine¹⁵ décrit le conseil de la concurrence comme une autorité administrative en ce qu'il exerce des prérogatives de puissance publique. Le législateur le charge à cet effet d'une mission d'intérêt général qui consiste à s'assurer du respect des dispositions législatives et réglementaires applicables aux opérateurs du marché, ce qui signifie qu'il reçoit pour mission la protection de l'ordre public dans sa dimension concurrentielle".

Le conseil ne résout pas les litiges entre opérateurs; il protège l'ordre public économique, avec comme maître principe, le principe de la libre concurrence, afin de veiller sur la régulation de la concurrence qui contient la régulation des activités économiques de production et de distribution.

Les fonctions du conseil se divisent en deux: des actions en amont, d'autres en aval.

Pour les actions en amont; à travers la loi de 2008, le législateur élargit le champ de consultation du conseil en prévoyant, en son article 36, que "*le conseil de la concurrence est consulté sur tout projet de texte législatif et réglementaire ayant un lien avec la concurrence*". Ainsi, contrairement à ce qui était prévu en 2003, la mission de consultation du conseil ne se limite plus aux projets de textes réglementaires.

Aux termes de ces consultations, le conseil peut soumettre l'exercice d'une profession ou d'une activité, ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, établir des droits exclusifs dans certaines zones, instaurer des conditions particulières pour l'exercice d'activité de production de distribution et de service, ou encore fixer des pratiques uniformes en matière de conditions de vente.

Pour les actions en aval; par son article 37, la loi susmentionnée octroie au conseil la compétence d'agir en aval du pouvoir législatif. Ainsi le législateur ne se limite pas à édicter des lois et créer des cadres juridiques, il s'interroge également sur la réalité pratique de ces normes dans la vie économique.

De cette façon, le conseil enquête sur les conditions d'application de la législation et de la réglementation ayant un lien avec la concurrence¹⁶.

Il peut être saisi à la demande du ministre chargé du commerce, de toute personne, ou de sa propre initiative. Une fois que la requête est recevable, on vérifie la qualification des pratiques à l'encontre desquelles il est saisi, afin de savoir si elles sont prohibées ou pas, par la loi.

Dès lors qu'il s'agit de pratiques prohibées par la loi relative à la concurrence: d'ententes, d'abus de positions dominantes, d'exploitation abusive, d'offre de prix abusivement bas, le conseil engage les procédures d'instructions.

On retrouve aussi des compétences dignes d'une instance juridictionnelle, du moment où le conseil intervient, dans le champ de compétence des fonctions juridictionnelles en raison de ses compétences contentieuses et de son pouvoir de sanction et d'injonction¹⁷.

Comme précisé précédemment, le juge pénale, sous l'ordonnance de 1995 et la refonte de 2003, a été dépossédé de sa compétence de répression des atteintes au principe de la libre concurrence.

Ainsi toutes les compétences de répression du conseil ne peuvent être imputées qu'aux entreprises qui participent à ces pratiques anticoncurrentielles, de ce fait, aux termes de l'article 45 de l'ordonnance de 2003, le conseil peut prononcer des injonctions et des amendes.

Commençant par les injonctions: "Dans la mesure où les requêtes et les dossiers dont le conseil est saisi ou dont il se saisit relève de sa compétence, le conseil de la concurrence fait des injonctions motivées visant à mettre fin aux pratiques restrictives de concurrence constatées"¹⁸.

Lors de son constat de faits d'espèce, caractérisant l'infraction au principe de concurrence précisés aux articles 06 et 07 de l'ordonnance 03-03, le conseil de la concurrence, utilise comme première action d'intervention les injonctions.

A rappeler que l'injonction est " un ordre, une prescription ou un commandement de faire ou de ne pas faire qui impose à son destinataire l'obligation de modifier le comportement critiqué comme contraire à la loi"¹⁹.

Ce sont donc des ordres que le conseil de la concurrence impose aux entreprises dites à l'origine de pratiques anticoncurrentielles afin de modifier leurs pratiques et respecter les objectifs du droit de la concurrence.

L'usage du pouvoir d'injonction du conseil doit avoir pour effet de rétablir des conditions de fonctionnement concurrentiel du marché, c'est la finalité du pouvoir d'injonction²⁰.

En principe, le conseil utilise cette mesure lorsqu'il constate que les effets du comportement d'une entreprise qui avait bénéficié d'avantage, ne fait pas le poids face aux restrictions qu'elle produit sur le marché, parmi ces effets, on peut citer les pratiques qui entraînent la disparition d'entreprises ou réduisent de façon significative la concurrence sur le marché.

Sur le plan procédural, on retrouve aussi les mesures provisoires. Selon la loi, le conseil de la concurrence peut, sur demande du plaignant ou du ministre chargé du commerce, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques présumées restrictives faisant l'objet de l'instruction; il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique générale²¹.

Les mesures conservatoires permettent au conseil d'agir dans le cas de situations urgentes afin de prévenir des atteintes pouvant être irrémédiables.

Le conseil prononce des mesures conservatoires dans deux cas:

-Le cas des comportements qui ont définitivement pour effet et objet d'écartier du marché certains opérateurs. Parmi ces comportements on peut citer: le boycott, la discrimination...etc.

-Le cas des comportements inhérents au poids économique de l'auteur sur le marché, de façon à porter atteinte à l'économie générale.

Ici, c'est la notion d'urgence qui justifie le recours du conseil aux mesures conservatoires, une notion qu'il apprécie au cas par cas afin de déterminer si le dommage éventuel sera irrémédiablement irréparable²².

Quant aux sanctions pécuniaires à l'encontre des auteurs d'infractions, le conseil peut:

- Prononcer ces sanctions à effet immédiat, en vertu de l'article 56 de l'ordonnance 03-03, cette dernière modifiée et complétée par l'article 26 de la loi 08-12:

"les pratiques restrictives visées (...), sont sanctionnées par une amende ne dépassant pas les 12% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie, ou sanctionnées au cours du dernier exercice clos, ou par une amende égale au moins à deux fois le profit illicite réalisé à travers ces pratiques sans que celle-ci ne soit supérieure à quatre fois ce profit illicite; et si le contrevenant n'a pas de chiffre d'affaires défini, l'amende n'excédera pas six millions de dinars ".

- Prononcer ces sanctions dans le cas où une précédente décision d'injonction ou une mesure provisoire n'a pas été suivie d'effet, en vertu de l'article 2 de la loi 08-12, modifiant et complétant l'article 57 de l'ordonnance de 2003, " le conseil peut prononcer des astreintes d'un montant qui ne doit pas être inférieur à cent cinquante mille dinars, par jour de retard, en

cas où les injonctions ou les mesures provisoires prévues ne sont pas exécutées dans les délais fixés".

Afin d'assurer l'efficacité préventive des sanctions, ces dernières se veulent dissuasives, c'est-à-dire, pour que cette sanction soit efficace elle doit envoyer à l'ensemble des contrevenants potentiels un signal les encourageant à ne pas commettre des comportements anticoncurrentiels²³.

Si l'effet de la sanction est de dissuader et de prévenir, celle-ci n'a pas pour but de dédommager le préjudice subi par le consommateur ou l'entreprise.

L'entreprise victime pourrait demander à être dédommager devant les juridictions compétentes, toutefois, dans le cas où l'entreprise victime est partie au contrat qui comporte une clause illicite de concurrence, celle-ci ne pourra pas faire prévaloir son préjudice afin d'être dédommager, sauf si, elle parvient à démontrer que la clause illicite est constitutive d'un dol, sans lequel, elle n'aurait pas consenti à conclure le contrat, à l'entreprise alors de prouver qu'elle est victime du dol²⁴.

Le montant des sanctions prévues par l'ordonnance n° 03-03²⁵, se calcule selon les indicateurs suivants:

- La gravité des faits.
- Le préjudice causé à l'économie.
- Le bénéfice cumulé par le contrevenant.
- Le niveau de collaboration de l'entreprise avec le conseil pendant la durée de l'instruction.

De plus, nous pouvons ajouter, que les recours contre les décisions du Conseil de la Concurrence, se font auprès de la chambre commerciale de la Cour d'Alger²⁶.

3. Titre 2 : La régulation économique par les autorités administratives indépendantes (A.A.I).

La volonté d'ouvrir à la concurrence ces secteurs historiquement en position de monopole, vient notamment de l'analyse que ce qui était considéré historiquement comme un monopole naturel ne l'est sans doute que pour des segments limités, alors que la plupart des services ou des segments peuvent être fournis par des entreprises différentes, en concurrence, cette évolution tient notamment au progrès technique.

Alors qu'il pouvait être pertinent de reconstruire ou de déployer les grandes infrastructures dans un cadre public, en raison de l'ampleur des investissements à consentir, des économies d'échelle d'un déploiement centralisé avec des technologies connues, cette pertinence a pu s'estomper lors des dernières décennies.

Le progrès technique a ouvert de nouvelles possibilités, de nouveaux choix techniques (énergies vertes, technologie de la téléphonie mobile, compteurs intelligents, etc.), pour lesquels il faut faire des choix (quelle technologie ? quel déploiement ?).

Les administrations publiques historiques ne sont pas nécessairement les plus à même de faire ces choix, qui dépendent des préférences des utilisateurs qui ne sont pas connues a priori et d'avancées technologiques, sur le succès desquelles il y a toujours une incertitude²⁷.

Des investisseurs privés sont sans doute plus à même d'explorer les multiples technologies possibles et d'imaginer de nouveaux services innovants pour les consommateurs, ouverture à la concurrence ne veut pas pour autant forcément dire concurrence effective. En présence de fortes externalités de réseau, il est tout à fait possible qu'une technologie à un moment donné ou sur un créneau donné puisse être la seule économiquement viable²⁸.

Rompant avec le droit public traditionnel, le « droit de régulation » lié aux différents secteurs, quant à lui, signale un changement de mentalité et rompt avec les mesures et techniques du droit commun, comme conséquence de la transformation du rôle de l'État, nous assistons également à une transformation de son droit qui prend la forme désormais d'un droit de régulation qui vient s'ajouter au droit classique, mais ayant un but différent, celui de l'harmonisation des intérêts en présence .

La doctrine²⁹ inscrit l'émergence du droit de régulation dans une perspective d'évolution plus large du phénomène juridique. Ainsi, « le droit de régulation constituerait en effet une nouvelle figure, un autre « corps » du droit, n'ayant plus guère à voir avec le droit réglementaire classique; succédant au « droit général abstrait et désincarné »³⁰.

Suite à cela, lorsque la régulation est liée aux secteurs, elle permet de construire les secteurs qui sont ainsi en équilibre sur de la concurrence et autre chose que de la concurrence.

Lorsqu'un secteur est laissé au principe de la libre concurrence, c'est le dynamisme de la compétition économique qui construit le marché.

L'essentiel est que le droit de la concurrence préserve les compétiteurs de la construction dolosive de barrières à l'entrée. Lorsque le secteur est régulé, c'est l'inverse, et cet inverse est produit par le droit pose les conditions de recevabilité d'entrer dans les secteurs.

Cette recevabilité entraîne un phénomène de club qui caractérise chacun de ces secteurs. La construction du secteur se fait donc en premier lieu par ce filtrage, dont le droit est à la fois l'instrument et la mesure car le principe de non-discrimination le régit.

En second lieu, et sans qu'il faille y voir une contradiction, la construction du secteur par le droit se fait encore par l'incitation à la concurrence, afin que des entreprises soient enclines à entrer sur le secteur, malgré la puissance demeurée de l'opérateur public historique. Pour cela, les droits n'ont pas la même portée selon les opérateurs.

Le maintien ensuite; il peut certes arriver que le droit ne soit pertinent que pour une régulation transitoire, le temps et les actes nécessaires à la construction et à la maturation d'un marché concurrentiel qui peut être par la suite laissé à ses propres forces. Certains le soutiennent à propos du secteur des communications. Mais, le plus souvent, l'attelle juridique doit demeurer.

Ce déploiement du droit de la régulation dans le temps est alors essentiel parce que c'est grâce à ce droit que le secteur perdure, survit, se développe.

Le droit de la régulation lié aux secteurs a pour ambition une maîtrise du temps, en maintenant des équilibres instables, par exemple dans l'articulation dans un même secteur de prix et de tarifs³¹.

D'ailleurs, le libéralisme effréné du XIXe siècle, notamment aux États-Unis, a conduit, en retour, à constater les limites du marché tant du fait de la difficulté à ajuster des milliers, parfois des millions, de décideurs individuels (qui plus est exposés à des signaux informationnels imparfaits et incomplets), qu'à cause des comportements prédateurs de

certaines opérateurs, construisant puis exploitant leur pouvoir de marché, à nouveau au détriment de l'innovation et du public. C'est dans ce contexte que sont nées les formes contemporaines de régulation des marchés aux États-Unis à l'aube du XXe siècle.

Il s'est agi, d'abord, de réguler la concurrence, quand cette dernière aboutissait à l'émergence de monopoles.

Mais des régulations sectorielles sont aussi apparues nécessaires dans les secteurs d'infrastructures où la concurrence avait pu conduire, soit à des situations de refus d'interconnexion et de développement d'infrastructures concurrentes, parfois chacune non viables, soit à des monopoles. La notion de monopole réglementé s'est alors imposée.

Les pouvoirs publics octroyant des licences d'exploitation en échange d'obligations de service. Au-delà de ces secteurs, et face aux abus d'un certain nombre d'industriels et d'entreprises de services vis-à-vis des consommateurs et usagers, une régulation des produits est également née.

Les agences administratives spécialisées sont apparues dans ce contexte.

Il fallait des administrations spécialisées pour prévenir les abus, organiser les secteurs « régulés », mettre au point et superviser l'application des normes de service, etc.³².

Le partage des tâches entre ces deux types d'interventions est traditionnellement le suivant :

Les missions de régulation sectorielle, confiées à des instances spécifiques s'appliquent à des secteurs initialement en monopole ou du moins en oligopole à entrée fermée, en voie d'ouverture à la concurrence. Ces secteurs comportent souvent des éléments de service public ou universel dont les principes de fonctionnement se trouvent profondément modifiés par l'évolution des règles du jeu concurrentiel.

Comme la structure initiale du marché est peu propice à l'émergence d'informations sur le secteur, les missions premières de l'autorité de régulation consistent à mettre en place des audits sur les coûts et l'organisation interne des opérateurs en place, et à instaurer des procédures permettant la révélation des informations, avant d'entreprendre à proprement parler des actions pro-concurrentielles en faveur de l'entrée de nouveaux concurrents.

La politique de la concurrence sectorielle, quant à elle, surveille, pour des marchés dont le mode de fonctionnement est la concurrence, que les règles du jeu sont respectées³³.

Dans ce contexte, l'entreprise est amenée à agir sur ses partenaires ainsi que sur son environnement. Cependant, tous les actes de l'entreprise ne sont pas sans conséquences et celles-ci peuvent être négatives. C'est pourquoi, il existe des autorités administratives indépendantes, leurs mission est la sauvegarde de l'ordre public économique, parmi ces autorités, évidemment, existe le conseil de la concurrence qui est spécialisé dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés.

Ainsi, la mise en place des A.A.I ne constitue pas forcément la seule réponse au problème de l'action publique. Celle-ci pourrait être envisagée par un mode de régulation « intégré » pour certains secteurs, dès lors que les principes énoncés plus haut sont respectés.

Les principes de professionnalisme et d'efficacité ne nécessitent pas de structures spécifiques mais seulement les moyens de désignation et d'action adéquats. En revanche, le principe d'impartialité pourrait poser la question de cette structure, de son autonomie.

Or, le principe d'impartialité n'est pas consubstantiel à celui d'autonomie. En conséquence, il paraît qu'un service spécifique et intégré à un ministère par exemple pourrait tout aussi bien remplir ces critères. Mais il convient de ne pas perdre de vue non plus que l'indépendance recherchée l'est au regard du politique, représenté tout à la fois par l'exécutif et le législatif, et au regard des opérateurs. Les organes de régulation doivent relever du technique, par opposition au politique³⁴.

S'agissant de l'origine, une autorité administrative indépendante (A.A.I) est une institution de l'État chargée, en son nom, d'assurer la régulation de certains secteurs considérés comme essentiels et pour lesquels le Gouvernement veut éviter d'intervenir trop directement.

Alors qu'en Algérie les A.A.I ont été créés en 1990, celles-ci sont issues en France de la Loi du 6 janvier 1978 créant la Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L).

On peut dire que c'est une catégorie juridique nouvelle, qui n'est pas soumise à la hiérarchie d'un ministre.

La création des A.A.I. intervient simultanément avec la libéralisation de certains services publics à objet économique, c'est donc à juste titre que d'après la doctrine³⁵: " lorsque la régulation est liée à la libéralisation d'un secteur, elle opère l'articulation entre la concurrence et le service public".

En effet, en libéralisant certains secteurs tels que les transports, l'énergie, les télécommunications, cela implique que le secteur en question soit confrontés à des situations de concurrence, éventuellement de violation des règles de concurrence, et donc de devoir opérer à sa régulation.

Que l'on considère que c'est le secteur public qui a pénétré la sphère de la concurrence, ou inversement que la concurrence pénètre le service public, cela ne change pas le fait que la réglementation fasse place à la régulation: c'est-à-dire un processus de guidage sur le marché, par adéquation, d'une autorité extérieure qui va rétablir l'harmonie des intérêts que le comportement irrationnel d'un acteur a compromis. La régulation va alors lui redonner une légitimité faisant de lui "le principe d'ordre et de cohésion"³⁶.

Quant à la qualification faite pour un organisme d'A.A.I, est une qualification expresse de la loi.

Parfois, les textes qualifient l'organisme d'autorité publique indépendante, comme pour l'Autorité des marchés financiers. Cette seconde dénomination traduit en général la volonté du législateur de mieux affirmer l'indépendance d'un organisme intervenant dans le domaine économique et s'accompagne alors de l'attribution de la personnalité morale et de ressources propres.

La différence entre le conseil de la concurrence et les A.A.I, est que le conseil est une autorité nationale de régulation qui n'est pas confiné à un secteur précis, sa compétence s'étend à l'encontre de toutes les pratiques anticoncurrentielles, les A.A.I. sont créés dans des secteurs déterminés, dont le service public s'est ouvert à la concurrence, de ce fait, bien qu'elles aient des pouvoirs de contrôle, de sanction et même de régulation, au même titre que le conseil de la concurrence, les décisions des A.A.I sont réservés à des secteurs précis.

D'autant plus que les professions réglementées sont des activités professionnelles exercées par des personnes physiques, dont l'accès est soumis au respect de conditions fixées par l'autorité publique et dont les modalités d'exercice peuvent faire l'objet d'une réglementation sectorielle³⁷.

Il existe en Algérie plusieurs autorités administratives indépendantes, nous pouvons citer :

- Le conseil de la monnaie et du crédit.
- La commission bancaire.
- L'autorité de régulation de la poste et des communications électroniques.
- L'agence nationale du patrimoine minier.
- L'agence nationale de géologie et du contrôle minier.
- La commission de supervision des assurances.
- La commission de régulation de l'électricité et du gaz.
- L'autorité de régulation des transports.
- L'autorité de régulation des services publics de l'eau.
- L'agence nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine.

Le rôle de l'A.A.I. est d'assurer le fonctionnement harmonieux du secteur dont elle est en charge, car l'Etat n'intervient pas directement, soit en raison des conséquences politiques possibles ou des impacts économiques éventuels.

Pour assurer sa mission, l'A.A.I. organise le secteur, en tenant compte des demandes et des besoins des acteurs de ce secteur, et soumet alors des règles et sanctionne leurs violations.

L'A.A.I. tisse une relation particulière de confiance avec les acteurs du secteur dont elle est chargée de réguler, afin de permettre une garantie d'impartialité des interventions de l'Etat. L'A.A.I. fait participer les professionnels de ce secteur, quel que soit le degré de compétence de ces derniers, afin que chacun se sente concerné par la tâche ardue qu'est la régulation et surtout agir rapidement, en effet, une action rapide et primordiale au regard de la rapidité d'évolution du marché³⁸.

Aussi, les régulateurs sectoriels ont une action sur les structures des entreprises actives sur les marchés: ils peuvent en effet scinder une entreprise en plusieurs entités, soit verticalement, soit horizontalement.

La séparation verticale, souvent préconisée pour éviter le favoritisme dans l'accès aux facilités essentielles, intervient lorsqu'une entreprise intégrée est démantelée en entités distinctes assurant l'une la gestion de l'infrastructure, les autres des services.

Le découpage horizontal, peut être motivé par la volonté d'éviter les subventions croisées entre différents segments de marché, ou pour des raisons d'efficacité dans l'organisation interne de l'entreprise. Il peut se traduire, par exemple, par la scission d'une entreprise en monopole national en entreprises d'envergure locale, ou bien par la séparation d'activités distinctes³⁹.

On peut constater que l'approche de la régulation néglige la problématique de la stabilité de la norme et de la sécurité juridique. Il reste que si l'on veut parler d'un droit de la régulation, notamment par secteur, le système normatif doit prévoir en son sein des règles qui contrôlent et sanctionnent.

Or, ce problème de la malléabilité de la norme se pose aussi bien dans le droit public que dans le droit privé de la régulation économique, si tant est que cette distinction soit d'ailleurs pertinente.

D'un point de vue institutionnel, la question posée renvoie d'abord à la problématique de la place, de la légitimité du régulateur, et plus précisément de son rôle et de sa responsabilité. Il conviendrait de disposer des outils d'évaluation et d'une temporalité dans cette évaluation, ce qui pourrait apporter un début de réponse à la stabilité de la norme. En outre, le caractère malléable de la norme, du point de vue substantiel, pose la question de la sécurité juridique des transactions et des conditions de leur contestation. Pourtant, il ne s'agit pas non plus d'éviter ce qui est nouveau et efficace, au prétexte que cela présente un danger.

Les nombreuses recherches sur le mode régulateur ont conduit l'observateur du terrain à retenir le contexte historique de la déréglementation. On sait effectivement que le phénomène régulateur a été identifié dans ce processus d'ouverture à la concurrence considéré comme étant celui du désengagement de l'État.

L'apparent désengagement de l'État a conduit immédiatement à se poser la question de savoir si l'attribution de pouvoirs aux autorités spécialisées n'était que séquentielle, c'est-à-dire si elle s'épuisait par la vertu de la finalisation du passage au secteur concurrentiel.

En effet, on a relevé que le droit de la régulation a principalement pour finalité « la construction de la concurrence »⁴⁰.

D'où la naissance de la question du contrôle des A.A.I, qui recouvre deux points essentiels: celui de la place de l'État par rapport à ces autorités, ce qui conduit à poser la question de la place de l'État dans le changement social, et celui des méthodes de contrôle.

Pour le premier point, il convient de partir du constat que les A.A.I. sectorielles, pour indépendantes qu'elles soient, n'en procèdent pas moins par délégation du ministère de tutelle. En outre, les A.A.I. n'existent qu'au niveau national, aucune A.A.I. ne peut être dupliquée au niveau régional. Ces observations conduisent à poser la question d'une régulation, qui serait l'outil d'une nouvelle tentation centralisatrice⁴¹.

Ainsi, la distinction État – autorité de régulation doit être pertinente par rapport au pouvoir gouvernemental. Il doit avoir une mission distincte de celle des A.A.I. et avoir un contrôle sur ces institutions car il doit éviter tout conflit d'intérêt entre ses fonctions d'opérateur économique et ses fonctions de responsable d'une régulation équilibrée et équitable d'un marché concurrentiel national mais aussi international.

En conséquence, le recours aux A.A.I. doit être encadré par quelques principes qui ne sont pas sans rappeler ceux de proportionnalité et subsidiarité. Il conviendrait peut-être d'analyser le caractère nécessaire de la création et du maintien de chaque A.A.I. en prévoyant

un réexamen périodique de maintien de ses missions car la définition des missions induit celle des prérogatives.

La description de ce processus qui requiert de l'État d'être le garant renvoie au modèle néo corporatiste. Celui-ci implique en effet que « l'État délègue une part de ses pouvoirs de gestion à des groupes en contrepartie de leur participation à la définition ou la conduite de politiques, qui s'en trouvent en retour légitimées. Le tout constitue une régulation des médiations entre la société et les structures décisionnelles de l'État »⁴².

Enfin, la question de la régulation des régulateurs est de plus en plus souvent posée:

comment évaluer les performances des régulateurs sectoriels ou des autorités de la concurrence? La mise en œuvre de procédures de concurrence comparative, permettant d'évaluer l'action des différentes institutions, même si elle reste encore de nature purement informative, constitue certainement une étape importante de la construction d'une architecture satisfaisante.

D'ores et déjà, les différentes autorités sont souvent tenues de fournir des informations⁴³, et la construction d'indicateurs qualitatifs fiables de leurs activités offre un outil important sur la voie de la mise en concurrence des autorités et des régulateurs eux-mêmes⁴⁴.

En définitive, le pouvoir répressif attribué aux autorités de régulation tire son origine de la répression administrative classique sous l'exigence de la dépénalisation. Cette dernière est considérée comme un rejet net de l'intervention du juge dans des litiges économiques. Elle est définie aussi comme: « La substitution des autorités de régulation au juge, pour édicter des sanctions administratives au lieu de peines pénales ».

Ainsi, l'initiative de dépénalisation n'est pas entièrement reconnue, l'intervention des juridictions dans certaines infractions est du champ exclusif de la compétence du juge. Cette compétence qui tient à ses limites, affectant les pouvoirs des régulateurs ou à la demande de ces derniers eux-mêmes. L'intervention nécessaire du juge en complément du régulateur est justifiée par la limitation des pouvoirs quasi-juridictionnels des régulateurs, qui ne se voient jamais accorder le droit de condamner à la réparation du dommage subi par les acteurs du marché.

Seuls les juges ont le pouvoir d'évaluer les indemnités qui doivent être accordées aux opérateurs victimes de pratiques contraires aux règles de droit de la concurrence, et de condamner l'auteur de telles violations à réparer le préjudice subi par les victimes

4- Conclusion :

La régulation du marché de la concurrence est liée à différents secteurs, étant exercé soit par le conseil de la concurrence, soit par les autorités sectorielles.

S'agissant des secteurs, nous constatons une expansion, avec le développement des produits et services. Car on tend nous aussi vers une dynamique de mondialisation et d'une course aux bénéfices. Ce qui va sans doute donner naissance à d'autres autorités sectorielles. Nécessitant des « textes perfectionnés ».

Pour cela, nous formulons les recommandations suivantes :

- Une coordination entre les administrations du commerce, le conseil de la concurrence et les entreprises s'impose, surtout avec l'interférence dans l'exploitation des produits et services, soulignée dans plusieurs secteurs d'activités économiques.

- Il est donc d'une ultime importance d'assurer la sécurité juridique dans le domaine de la régulation. Que ce soit en ce qui concerne la modification des textes existants ou bien même des solutions préventives; avant la mise en place des nouvelles autorités.

-En définitive, des notions juridiques en la matière sont à réviser. Principalement l'indépendance des autorités de régulations. D'autant plus, qu'elle présente des failles au regard de certains systèmes et de certaines expériences étrangères

Renvois

- 1 - Marie-Arme FRISON –ROCHE, Le droit de la régulation, Le Dalloz, 2001, n°07, p610.
- 2 - Par exemple, l'introduction de la concurrence dans les industries de réseaux.
- 3 - A titre d'exemple, réduire les émissions de gaz à effet de serre dans la production d'énergie.
- 4- Éric BROUSSEAU, La régulation et ses modèles, Economie et management, avril 2016, n°159, p 12.
- 5 -Ordonnance n° 95-06 du 25 Janvier 1995 Relative à la concurrence.JO n° 9 du 22 Février 1995, p 12.

- 6 - Ordonnance n° 03-03 du 19 Juillet 2003 Relative à la concurrence. JO n° 43 du 20 Juillet 2003, p21.

- 7 -Loi n° 08-12 du 25 Juin2008 JO N° 36 du 02 Juillet 2008, p 10, modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence.
- 8 -Article 29 de l'ordonnance 95-06.
- 9-Article 24 de l'ordonnance 03-03.
- 10 Article 24 de l'Ordonnance 03-03.
- 11 - Pierre ARHEL, Répertoire Dalloz droit commercial, Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions, 2019, p07.
- 12 -Loi n°89-12 du 05 juillet 1989, JO n°29 du 19juillet 1989, p639, relative aux prix.
- 13- Adila MERAD, Le droit de la concurrence en Algérie: Du dispositif juridique actuel vers un plus grand respect des règles du marché concurrentiel. Etude comparée, thèse finale de l'Institut Supérieur de Gestion et de Planification, Algérie, 2015, p 33.
- 14Situation qualifiée par: Catherine TEITGEN-COLLY, les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution, inspiré de Claude Albert COLLIARD et Gérard TIMSIT, Les autorités administratives indépendantes, PUF, Paris1988, p 37.
- 15 -Rachid ZOUAIMIA, droit de la régulation économique, Berti editions, Algerie, 2006, p57.
- 16- L'article 37 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 lui donne le pouvoir d'engager toutes les actions adéquates pour mettre fin aux restrictions constatées.

17- Adila MERAD, *op.cit*, p 37.

18-Article 45 de l'ordonnance 03 -03.

19-Fernand-Charles JEANTET, *Réflexions sur les injonctions et les exemptions du droit de la concurrence*, JCP 1988, n° 1, p3348.

20 Rapport du Conseil de la concurrence pour 2005, p 100.

21- Article 46 de l'ordonnance n° 03-03.

22- Rapport conseil de la concurrence français pour 2007, p 49.

23-Laurent BENZONI, *Quelles sanctions pour les comportements anticoncurrentiels?*, *problématiques économiques*, n°2. 714, 23 mai 2001, p. 29.

24-CA. Paris, 22 avril 2004, D. 2004, jurisprudence p. 3020.

25 - Les dispositions des articles de 56 à 62 de l'ordonnance n° 03-03.

26 -Article 63 de l'ordonnance 03-03.

27 - Succès exceptionnel de la téléphonie mobile mais échec à ce jour de la télévision mobile personnelle par exemple.

28- Lionel JANIN, *Concurrence et régulation: mise en œuvre et effets de politiques publiques en France*, *Economies et finances. Télécom ParisTech*, 2011, p17.

29 -Gérard TIMSIT.

30- Karim SEFFAR, *La régulation du commerce électronique global*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2013, p136.

31 - Marie-Arme FRISON –ROCHE, *op.cit*, p610.

32-Éric BROUSSEAU, *op.cit*, p 12.

33 - Anne PERROT, *Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence*, *Revue française d'économie*, volume 16, n°4, 2002, p 81.

34 -Jean MARIMBERT, *Les conditions de l'indépendance comme condition de la légitimité*, *Droit et économie de la régulation*, 2004, p 83.

35- Selon Marie-Anne FRISON –ROCHE, qui est professeur de droit économique à l'Institut d'études politiques de Paris et spécialiste du droit de la régulation dont elle a fondé la doctrine en France.

36-Mustapha MENOUEUR, *droit de la concurrence*, Berti édition, 2013. p155.

37 - Sophie NICINSKI, Actualité du droit de la concurrence et de la régulation, AJDA 2019 p.2591.

38 - Adila MERAD, op.cit, p 37.

39 - Anne PERROT, op.cit, p 81.

40 - Danièle BRIAND-MELEDON, Autorités sectorielles et autorités de concurrence: Acteurs de la régulation, Revue Internationale de Droit Économique, 2007, p 345.

41- Bertrand DU MARAIS, Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 568.

42 - Jean-Pierre GAUDIN, L'action publique – Sociologie et politique, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 134.

43 -Comme les informations fournies par le biais du rapport annuel de l'autorité de régulation.

44 - Anne PERROT, op.cit, p 81.