LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE

Rachid ZOUAÏMIA

Professeur, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou

INTRODUCTION

La mondialisation peut être perçue en terme de démantèlement des frontières économiques entre États à l'échelle planétaire, de sorte que soit garantie la libre circulation de tous les facteurs de production. Un tel processus est sous-tendu, dans le cas des pays du Tiers Monde comme l'Algérie, par une hégémonie du droit libéral occidental. On y assiste, en effet, à des changements institutionnels, au désengagement de l'État de larges pans de l'économie, à la réception de l'ordre juridique libéral par le biais de l'importation massive de nouvelles technologies juridiques "clés en main". Comme l'exprime à juste titre un auteur, "il devient possible sans occuper de territoires et même sans investir de fonds dans le développement économique et social, de déterminer la forme de culture et d'économie d'autres nations, en y important le système juridique qui influencera l'organisation sociale tout entière" ⁽¹⁾.

Ainsi, le phénomène de mondialisation s'accompagne de la production de nouvelles règles dont la maîtrise s'impose comme une nécessité au regard de l'insertion du pays concerné dans une économie mondia-

1. M. Delmas-Marty, "La mondialisation du droit : chances et risques", D.H., 1999, p. 46.

lisée, sans frontières. Dans le cas algérien, outre l'importation de codes "clés en mains" et parallèlement à la mise en chantier d'un vaste mouvement de déréglementation et de retrait de l'Etat de la sphère économique au profit du marché, on assiste à la mise en place de nouvelles structures calquées sur le modèle occidental des autorités administratives indépendantes chargées de multiples fonctions liées au processus de régulation d'une économie en transition.

En effet et contrairement à ce que laisse suggérer le mythe du retrait ou du désengagement de l'Etat de la sphère économique, le passage de l'Etat providence à l'Etat régulateur s'opère au moyen de la mise en œuvre de nouvelles formes de régulation, en somme d'une régulation par d'autres moyens. Ainsi en est-il de ces nouvelles structures, dénommées autorités administratives indépendantes, que l'Etat utilise au lieu et place de l'administration classique pour remplir les nouvelles tâches que commande la régulation des activités économiques et financières. Toutefois, si ces nouvelles institutions ont servi d'objet d'étude pertinent à de multiples contributions doctrinales en France ⁽²⁾, tel

2. Sur une bibliographie abondante, on peut citer : C.-A. Colliard et G.

Timsit, (s/dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988 ; C. Teitgen-Colly, *Histoire d'une institution : les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988 ; M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991 ; M.-J. Guedon, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991 ; P. Sabourin, "Les autorités administratives indépendantes : une catégorie nouvelle", *AJDA*, 1983, p. 275 ; J. Chevallier, "Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes", *JCP*, 1986.I.3254 ; J.L. Autin, "Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation", *RDP*, 1988, p. 1213 ; C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la Constitution", *RDP*, 1990, p. 153 ; C. Teitgen-Colly, "Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes", *Les Petites Affiches*, 17 janvier 1990, p. 25 ; R. Salomon, "Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales", *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 1, 2001, p.40.

n'est pas le cas en Algérie où le thème des autorités administratives indépendantes demeure méconnu ⁽³⁾.

En dépit de l'extrême hétérogénéité qui les caractérise, ces multiples organes ont en commun de partager la qualification d'autorités administratives indépendantes ainsi que la fonction de régulation de l'activité économique et financière à laquelle ils sont rattachés. Il y a donc lieu de s'interroger d'abord sur la pertinence de la notion d'autorité administrative indépendante appliquée à ces nouvelles structures avant de tenter un examen des multiples fonctions de régulation qui leur sont confiées par la loi et qui soulèvent de redoutables problèmes juridiques.

§ I - PERTINENCE DE LA NOTION D'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE INDÉPENDANTE

La notion d'autorité administrative indépendante semble avoir acquis droit de cité dans une multitude de pays, dont l'Algérie, au point de devenir une catégorie juridique à part entière. Toutefois, dans le cas algérien, il est permis de douter de l'indépendance de telles institutions qui n'est, somme toute, que virtuelle.

A- La consécration de l'institution

1.- Pourquoi des autorités administratives indépendantes ?

La réponse à une telle interrogation est à rechercher dans le droit comparé dans la mesure où de telles institutions sont nées dans les pays occidentaux et qu'elles n'ont vu le jour en Algérie que par phénomène de mimétisme.

3. Cf. R. Khelloufi, "Problématique de la déréglementation des services publics : approche juridique", Les Cahiers du CREAD, n° 64, 2003, p.27 ; N. Lebad, "Les autorités administratives indépendantes", Revue Idara, n° 1, 2001, p. 7 (en arabe) ; M. Belatrache, "Les autorités administratives autonomes dans le système bancaire : nouvelle approche du rôle de l'Etat", Revue Idara, n° 2, 2002, p. 57 (en arabe).

Si l'on prend le cas des Etats-Unis d'Amérique, de tels organes, dénommés "independent agencies" ou encore "independent regulatory commissions" ⁽⁴⁾ couvrent un ensemble de domaines et secteurs d'activité : on a pu recenser dans cette catégorie la Federal Trade Commission chargée de lutter contre les cartels économiques ainsi que les pratiques commerciales déloyales, la Security and Exchange Commission dont le rôle consiste en la surveillance du marché financier et boursier, le Federal Reserve Board en charge de la politique monétaire, la Federal Communications Commission compétente en matière de télécommunications ⁽⁵⁾. Pour justifier leurs raisons d'être, les auteurs avancent plusieurs arguments tels la tentation de neutraliser politiquement une administration envahissante, "de promouvoir la compétence professionnelle, d'assurer la stabilité d'institutions placées sous la protection du Congrès, de favoriser la cohérence et la rationalité de l'action administrative". ⁽⁶⁾

S'agissant du "modèle" français, la naissance des autorités administratives indépendantes est liée, pour certains auteurs, à la nécessité "d'établir un correctif au désengagement de l'Etat" ⁽⁷⁾ au nom de l'intérêt général. Dans la mesure où un tel retrait s'accompagne de nouvelles tâches, celles-ci ne pouvaient être confiées à l'administration classique. La doctrine s'accorde à évoquer le développement fulgurant de l'Etat de droit qui ne peut en effet s'accommoder d'une certaine dépendance à l'égard des partis et des attitudes politiciennes qui caractérisent l'administration classique et que l'opinion réproouve dans son

4. M. H. Davis, "L'expérience américaine des « independent regulatory commissions »", in C.-A. Colliard et G. Timsit, (s/dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit. p. 222 et s.

5. F. Moderne, "Les modèles étrangers", in C.-A. Colliard et G. Timsit, (s/dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit. p. 193.

6. Ibid. p. 195-196.

7. P. Nicolăy, "L'avenir des autorités administratives indépendantes", in C.-A. Colliard et G. Timsit, (s/dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit. p. 302.

ensemble ⁽⁸⁾. En somme, le passage de l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur est à l'origine de la mise en œuvre de nouveaux mécanismes institutionnels de régulation sociale au motif que les instances administratives traditionnelles sont inadaptées "pour satisfaire le besoin nouveau de régulation sociale et de protection des libertés" ⁽⁹⁾.

En Algérie, dès lors que l'Etat se désengage de l'activité économique dans le cadre de la mise en chantier de réformes libérales, les pouvoirs publics sont contraints d'adopter les mécanismes de l'économie libérale tels le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, celui de libre concurrence ou encore celui de l'intangibilité de la propriété privée.

Dans la mesure où l'Etat cesse d'être "scénariste, metteur en scène et acteur du développement" selon la formule consacrée, le législateur opère un vaste mouvement de remise en ordre de l'ordonnancement juridique en vigueur. On assiste en effet à la réception de l'ordre libéral au moyen de l'importation de technologies juridiques occidentales "clés en mains". Les pouvoirs publics ne s'arrêtent pas aux règles matérielles ; l'ordre juridique interne est également envahi par les organes et institutions chargées d'en assurer l'application. Ainsi, les autorités administratives indépendantes sont nées en Algérie par suite d'un phénomène de macro-mimétisme, "à savoir le recours à l'adoption chez soi d'un modèle étranger complet, du cadre d'un système (...) choisi à cet effet, ainsi que de son contenu (fonctionnement réel), c'est-à-dire d'un tout distinct et fermé" ⁽¹⁰⁾.

C'est dans le domaine de l'information qu'une telle autorité a vu le jour pour la première fois ⁽¹¹⁾ sous la dénomination de Conseil supé-

8. J. Rivero, "Questions", in C.-A. Colliard et G. Timsit, (s/dir.), Les autorités administratives indépendantes, op. cit. p. 310.

9. C. Teitgen — Colly, "Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution", in C.-A. Colliard et G. Timsit, (s/dir.), Les autorités administratives indépendantes, op. cit. p. 37.

10. G. Langrod, "Genèse et conséquences du mimétisme en Afrique", RISA, 1973, p. 121.

11. Loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, JORA n° 14 du 04-04-1990.

rieur de l'information. Durant la même année, l'édiction de la loi sur la monnaie et le crédit ⁽¹²⁾ a été l'occasion de l'institution du Conseil de la monnaie et du crédit et de la Commission bancaire. En 1993, c'est l'activité boursière qui accueille un tel type de structure avec la création de la Commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse (COSOB) ⁽¹³⁾ Celle-ci sera suivie par la création du Conseil de la concurrence et ce, en vertu des dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence ⁽¹⁴⁾. Le législateur adopte la même démarche à l'occasion de la refonte de la législation ayant trait aux télécommunications avec l'institution de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications (ARPT) ⁽¹⁵⁾, de celle relative à l'activité minière avec la création de l'Agence nationale du patrimoine minier et de l'Agence nationale de la géologie et du contrôle minier ⁽¹⁶⁾, de celle enfin ayant trait à l'énergie électrique et à la distribution du gaz par canalisations avec l'institution de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG) ⁽¹⁷⁾.

Toutefois, si le principe de l'érection de ces nouvelles structures de régulation est admis, il n'en demeure pas moins que le législateur

12. Loi n° 90-10 du 14 avril 1990 relative à la monnaie et le crédit, JORA n° 16 du 18-04-1990. Après trois modifications (1993, 1996, 2001), elle a été abrogée et remplacée par l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, JORA n° 52 du 27 août 2003.

13. Décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, JORA n° 34 du 23-05-1993 ; modifié et complété par l'ordonnance n° 96-10 du 10 janvier 1996, JORA n° 03 du 14-01-1996 et la loi n° 03-04 du 17 février 2003, JORA n° 11 du 19 février 2003 (rectificatif in JORA n° 32 du 7 mai 2003).

14. Ordonnance n° 95-06 du 25-01-95 relative à la concurrence, JORA n° 09 du 22-02-1995, abrogée et remplacée par ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORA n° 43 du 20 juillet 2003.

15. Loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, JORA n° 48 du 06-08-2000.

16. Loi n° 2001-10 du 3 juillet 2001 portant loi minière, JORA n° 35 du 04-07-2001.

17. Loi n° 2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, JORA n° 08 du 06-02-2002.

semble répugner à les qualifier expressément d'autorités administratives indépendantes.

2 - Le contenu de la notion ou les hésitations du législateur

Si le Conseil supérieur de l'information a été expressément qualifié d'autorité administrative indépendante par le législateur, il n'en est pas de même pour les autres structures statuant en matière économique et financière en ce sens que différentes qualifications ont pu être utilisées : il s'agit des notions d'institution, d'autorité administrative, d'organisme indépendant, d'autorité de régulation indépendante ou encore d'autorité administrative autonome.

Dans le cas du Conseil de la concurrence, si l'ordonnance de 1995 le qualifie d'institution jouissant de l'autonomie administrative et financière, celle de 2003 en fait "une autorité administrative jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière".

Quant à l'organe chargé de l'encadrement des activités postales et de télécommunications, le législateur utilise la notion d'autorité de régulation indépendante dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière. La même qualification est utilisée à l'occasion de la modification de la législation relative à la bourse des valeurs mobilières dans laquelle la COSOB passe du statut d'organe sans personnalité juridique à celui d'autorité de régulation indépendante jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière.

Dans le cas de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), la loi lui attribue le qualificatif d'organisme indépendant doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière.

C'est en matière d'activités minières que le législateur se rapproche le plus de la notion consacrée : les deux agences chargées de la régulation des activités de prospection, d'exploration et d'exploitation des substances minérales sont qualifiées d'autorités administratives autonomes.

Enfin, s'agissant des activités bancaires, aucune qualification n'est attribuée aux deux organes en charge de la réglementation et du contrôle de la profession.

On peut déduire, à partir d'une telle multiplicité dans la qualification juridique de tels organes, une certaine hésitation du législateur et l'absence d'une vision cohérente et achevée s'agissant du statut à réserver à ces nouvelles structures.

Quoiqu'il en soit, il s'agit bien d'autorités administratives indépendantes. Il reste cependant à vérifier la pertinence des éléments constitutifs d'un tel triptyque.

a - La notion d'autorité

Les autorités administratives indépendantes sont d'abord des autorités en ce sens qu'elles ne sont pas de simples organes consultatifs. Non seulement elles bénéficient d'un véritable pouvoir de décision, mais un tel pouvoir décisionnel relève traditionnellement de la compétence du pouvoir exécutif.

En effet, et au même titre que les autorités administratives indépendantes des pays occidentaux, les nouvelles structures sont chargées de multiples fonctions de régulation relevant traditionnellement de la compétence des ministères. C'est ainsi que l'on assiste à un lent processus de "diffraction du pouvoir étatique" ⁽¹⁸⁾ qui consiste à décharger le pouvoir exécutif d'un ensemble de tâches et en la mise en œuvre d'une politique de transfert de telles compétences en matière de régulation du marché au profit de ces nouvelles structures que sont les autorités administratives indépendantes. La régulation du marché n'est plus ainsi du ressort du pouvoir exécutif et des administrations classiques qui lui sont rattachées. A titre d'exemple, la loi de 1989 ayant trait aux prix ⁽¹⁹⁾ dispose en son article 31 que "tout acte de concentration d'entreprises ayant pour effet de contrôler une part significative du marché national doit être soumis, par ses auteurs, à une autorisation préalable.

18. C. Teitgen-Colly, "Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution", op. cit., p. 37.

19. Loi n° 89-12 du 5 juillet 1989 relative aux prix, JORA n° 29 du 19-07-1989.

Les modalités d'application de ce principe sont déterminées par une loi particulière".

Certes, aucune loi n'a été édictée en la matière jusqu'en 1995, année de l'entrée en vigueur de l'ordonnance relative à la concurrence. On peut supposer toutefois qu'à l'occasion de l'adoption d'une telle loi spéciale, pareilles attributions auraient été confiées de droit au ministre chargé du commerce qui représente l'autorité en charge de la régulation du marché.

En outre et en matière bancaire, la loi de 1986 ⁽²⁰⁾ dispose en son article 25 que "la nature et l'étendue des activités de la banque centrale et des établissements de crédit, leur organisation, leur fonctionnement ainsi que le mode spécifique de représentation du personnel au sein de leurs organes respectifs d'administration et de direction sont régies par des dispositions réglementaires". En somme, la réglementation de la profession relève de la compétence du pouvoir exécutif comme l'atteste l'édition d'un arrêté du ministre des finances fixant le détail des intérêts créditeurs ⁽²¹⁾.

A la suite de la mise en œuvre des réformes et dans le cas du domaine de la concurrence, le ministre du commerce se voit déposséder de pouvoirs qui devaient lui revenir de droit au profit du Conseil de la concurrence.

En matière bancaire, le ministre des finances perd l'ensemble des attributions que lui confère la loi de 1986 et ce, au profit du Conseil de la monnaie et du crédit que la nouvelle loi qualifie d'autorité monétaire.

La même remarque est valable pour les autorités de régulation en matière de poste et télécommunications, dans le domaine de l'électricité et la distribution du gaz par canalisations ainsi qu'en matière minière qui héritent des compétences antérieurement confiées respec-

20. Loi n° 86-12 du 19 août 1986 relative au régime des banques et au crédit, JORA n° 34 du 20-08-1986.

21. Arrêté du 22 septembre 1986 fixant les conditions de banque, JORA n° 40 du 01-10-1986.

tivement aux ministres chargés des postes et télécommunications, de l'énergie et des mines.

Enfin, il convient de signaler que certaines de ces autorités administratives indépendantes disposent d'un véritable pouvoir répressif traditionnellement reconnu au profit des autorités juridictionnelles. Ainsi, la notion d'autorité appliquée à ces structures ne fait aucun doute.

b - Le caractère administratif de l'organe

Le caractère administratif de ces organes ne fait non plus aucun doute lorsqu'ils bénéficient d'une telle qualification par le législateur. Ainsi en est-il du Conseil de la concurrence que l'ordonnance de 2003 qualifie expressément d'autorité administrative. Il en est de même des deux agences de régulation de l'activité minière que le législateur qualifie expressément d'autorités administratives autonomes. Pour les autres structures que le législateur qualifie tantôt d'autorité de régulation indépendante, tantôt d'organisme indépendant, il y a lieu de rechercher le caractère administratif qui s'y applique au moyen d'un double critère :

- D'abord et au point de vue matériel, l'activité de ces organes a pour but de veiller à l'application de la loi dans le champ de compétences que celle-ci leur confie. Ainsi, la nouvelle ordonnance relative à la monnaie et le crédit dispose expressément en son article 105 que la Commission bancaire est notamment chargée "de contrôler le respect par les banques et les établissements financiers des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables". Dans certains cas, ils reçoivent compétence pour l'édiction de règlements, comme dans le cas du Conseil de la monnaie et du crédit, voire pour l'élaboration ainsi que l'exécution des règlements comme dans le cas de la COSOB. Les actes émanant de ces structures sont ainsi manifestement des actes administratifs, des décisions exécutoires qui sont la manifestation de l'exercice de prérogatives de puissance publique traditionnellement reconnues aux autorités administratives.

- En second lieu, et au point de vue contentieux, les actes de tels organes sont susceptibles d'être déférés devant le juge administratif au

même titre que les actes administratifs ordinaires. Il en est ainsi des actes à caractère réglementaire comme les règlements édictés par la COSOB qui sont susceptibles d'un recours en annulation. L'article 33 du décret législatif de 1993 utilise toutefois une notion ambiguë, celle de recours judiciaire. Il y est spécifié en effet que "en cas de recours judiciaire, le sursis à exécution des dispositions du règlement objet du recours peut être ordonné si ces dispositions sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou si des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité sont intervenus depuis leur publication". De telles dispositions ne révèlent en fait qu'une simple maladresse du législateur qui entendait soumettre de tels règlements à un contrôle juridictionnel. Or un tel contrôle ne peut échoir qu'au Conseil d'Etat au motif que le contentieux des actes individuels pris par la COSOB lui a été expressément dévolu par la loi et qu'en l'absence d'une disposition expresse attribuant le contentieux de la légalité au juge judiciaire, on est contraint de faire appel aux règles générales de compétence telles que prévues par le Code de procédure civile et la loi organique relative Conseil d'Etat qui dispose en son article 9 que ce dernier "connaît en premier et dernier ressort des recours en annulation formés contre les décisions réglementaires ou individuelles émanant des autorités administratives centrales, des institutions publiques nationales et des organisations professionnelles nationales" ⁽²²⁾. La même solution est adoptée s'agissant des règlements édictés par le Conseil de la monnaie et du crédit, sauf que dans ce dernier cas, le recours pour excès de pouvoir n'est ouvert qu'au profit du ministre des finances ⁽²³⁾.

Il en est de même des décisions individuelles prises par ces différents organes que sont le Conseil de la monnaie et du crédit, la Commission

22. Loi organique n°98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'Etat, JORA n° 37 du 01-06-1998.

23. L'art. 65 de l'ordonnance relative à la monnaie et le crédit dispose en effet que "un règlement promulgué et publié comme indiqué à l'article 64 ci-dessus ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation formé par le ministre chargé des finances devant le Conseil d'Etat".

bancaire, la COSOB ⁽²⁴⁾, l'ARPT, la CREG, les deux agences relevant du secteur minier et qui relèvent toutes du contrôle du Conseil d'Etat. A titre d'exemple, l'article 17 de la loi fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications dispose que "les décisions prises par le conseil de l'autorité de régulation peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Conseil d'Etat dans le délai d'un mois à compter de leur notification. Le recours n'est pas suspensif", tandis que l'article 139 de la loi relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations précise que "les décisions de la commission de régulation sont motivées. Elles peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel devant le Conseil d'Etat".

A signaler toutefois que les décisions prises par le Conseil de la concurrence constituent une exception et échappent à la compétence du juge administratif dans la mesure où la loi prévoit qu'elles relèvent de celle du juge judiciaire, soit la Cour d'Alger statuant en matière commerciale. Une telle compétence ne doit pas signifier que le Conseil de la concurrence n'est pas un organe administratif puisque la loi lui attribue une telle qualification de manière expresse. Elle rend simplement compte du phénomène précédemment évoqué de mimétisme. En effet, le législateur algérien s'est contenté de reproduire le droit français de la concurrence dans le détail et notamment les dispositions législatives qui prévoient que les décisions du Conseil de la concurrence peuvent "faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause et le commissaire du Gouvernement devant la Cour d'appel de Paris" ⁽²⁵⁾.

c - L'indépendance

La notion d'indépendance au sens juridique signifie que ces organes ne sont soumis ni à un contrôle hiérarchique, ni à un contrôle de

24. A l'origine, les recours contre les décisions de la Chambre disciplinaire et arbitrale près la COSOB relevaient de la compétence de la Cour statuant en matière administrative.

25. Art. L. 464-7 du Code de commerce, partie législative, annexe à l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, Livre IV, JORF n° 219 du 21 septembre 2000.

tutelle, peu importe que l'organe jouit ou non de la personnalité juridique dans la mesure où un tel élément n'est point un critère déterminant pour mesurer le degré d'une telle indépendance. En effet, parmi les huit (8) autorités administratives indépendantes recensées dans le domaine économique et financier, certains organes n'ont pas de personnalité juridique propre au même titre que les structures de même nature en France. C'est le cas du Conseil de la monnaie et du crédit, de la Commission bancaire et de la COSOB avant la réforme de 2003.

D'autres bénéficient par contre de la personnalité juridique : c'est le cas du Conseil de la concurrence, de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications (ARPT), des deux Agences de régulation de l'activité minière, de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG) et enfin de la COSOB. Pour cette dernière, qui n'avait pas de personnalité morale à l'origine, c'est à l'occasion des amendements du décret législatif de 1993 intervenus en 2003 que le législateur opère un revirement en la dotant de la personnalité morale en ces termes : " Il est institué une autorité de régulation indépendante d'organisation et de surveillance des opérations de bourse, jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière " ⁽²⁶⁾.

Pour certaines autorités administratives, l'indépendance leur est reconnue par la loi. A titre d'exemple, l'autorité de régulation en matière de poste et télécommunications est qualifiée d'indépendante par la loi ; c'est également le cas des deux agences instituées par la loi minière. Dans le domaine de l'électricité et la distribution du gaz par canalisations, il s'agit d'un organisme indépendant ; enfin, en matière boursière, la COSOB est dénommée autorité de régulation indépendante. Dans les autres matières, une telle indépendance peut être déduite essentiellement sur la base de deux critères : l'un organique, l'autre fonctionnel.

26. Loi n°03-04 du 17 février 2003 modifiant et complétant le décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 modifié et complété relatif à la bourse des valeurs mobilières, JORA n° 11 du 19 février 2003 (rectificatif in JORA n° 32 du 7 mai 2003).

Au plan organique, l'indépendance des structures est consacrée par la technique du mandat durant lequel les personnes en charge de la gestion des organes dirigeants ne peuvent être relevés de leurs fonctions que dans des circonstances exceptionnelles.

Au plan fonctionnel, l'indépendance signifie que les décisions des organes ne peuvent être annulées, modifiées ou remplacées par une autorité supérieure.

S'agissant du Conseil de la concurrence, si l'ordonnance de 1995 en fait une "institution", générique qui suggère une certaine indépendance de l'organe, celle de 2003 se contente de le qualifier d'autorité administrative jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière en le plaçant "auprès du Chef du gouvernement". Toutefois, si l'on se réfère à l'exposé des motifs de l'avant projet de loi relative à la concurrence, on s'aperçoit que les rédacteurs du texte visaient la mise en place d'une "institution indépendante" ⁽²⁷⁾. En outre, l'indépendance de l'organe ne peut être contestée du fait qu'il soit placé auprès du Chef du gouvernement dans la mesure où il échappe à la tutelle d'un ministère, ensuite du fait qu'une telle affiliation peut s'expliquer pour des raisons d'ordre budgétaire. Enfin, les neuf (9) membres du Conseil de la concurrence sont nommés par décret présidentiel pour un mandat de cinq (5) ans.

Dans le domaine de l'activité bancaire et financière, l'indépendance des organes de régulation en la matière peut être déduite des termes de la loi sur la monnaie et le crédit. Sous l'empire de la loi de 1990, l'indépendance du Conseil de la monnaie et du crédit se manifeste d'abord au niveau organique. Le gouverneur et les vice gouverneurs, qui font l'objet d'une nomination par décret présidentiel, bénéficient d'un mandat au cours duquel il ne peut être mis fin à leurs fonctions que dans des cas extrêmes, à savoir en cas d'incapacité dûment constatée ou en cas de faute grave. Par ailleurs et au niveau fonctionnel, les règlements du Conseil s'imposent au ministre des finances qui ne peut s'y opposer. Il ne dispose que d'un recours en annulation devant la

27. Ministère du commerce, Avant-projet de loi relative à la concurrence, Alger, mars 2003.

juridiction administrative, l'action contentieuse n'étant pas suspensive d'exécution du règlement en cause. Le Conseil bénéficie ainsi d'un véritable domaine "réservé" (28). A cela il faut ajouter que les membres de la Commission bancaire sont nommés pour un mandat de cinq (5) ans par le Président de la République.

Enfin, en matière boursière, les membres de la COSOB jouissent d'un mandat de quatre (4) ans. Quant au président, Il ne peut être mis fin à ses fonctions en cours de mandat "qu'en cas de faute professionnelle grave ou circonstances exceptionnelles dûment exposées en Conseil du Gouvernement" (29).

Ainsi, ces nouvelles institutions peuvent être qualifiées, malgré les hésitations du législateur, d'autorités administratives indépendantes. Il reste que si la notion d'autorité et le caractère administratif sont appropriés pour qualifier ces nouvelles structures de la régulation, leur indépendance ne manque pas de susciter des discussions au point où on est en droit de se demander si elle n'est pas simplement virtuelle.

B - L'indépendance des organes : entre le réel et le virtuel

Si la notion d'autorité administrative n'est pas une nouveauté, celle de l'indépendance de tels organes n'a pas manqué de susciter l'intérêt de la doctrine qui s'est interrogée sur la place qu'occupent ces nouvelles figures juridiques dans l'édifice institutionnel. En Algérie, un tel débat peut sembler ésotérique dans la mesure où la notion d'indépendance, bien que consacrée par le législateur, est battue en brèche tant du fait de considérations d'ordre politique qu'au point de vue de l'argumentaire juridique.

28. Voir R. Zouâïmia, "Les investissements étrangers en Algérie", *Journal du Droit International*, n° 3, 1993, p. 577 et s.

29. Art. 3 du décret exécutif n° 94-175 du 13 juin 1994 portant application des articles 21, 22 et 29 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, *JORA* n° 41 du 26-06-1994.

1 - Le statut des autorités administratives indépendantes dans l'édifice institutionnel

Dans la mesure où la notion d'indépendance signifie que ces organes ne sont soumis, vis-à-vis du pouvoir exécutif, ni à un contrôle hiérarchique ni à un contrôle de tutelle, une telle indépendance de ces organes pose un problème épineux au regard des dispositions de la Loi fondamentale. En effet, le titre II de la Constitution, qui traite de l'organisation des pouvoirs, comprend trois (3) chapitres relatifs au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif et au pouvoir judiciaire. La question qui se pose dès lors est de savoir où ranger la catégorie des autorités administratives indépendantes du fait justement de leur indépendance qui signifie qu'ils ne sont soumis ni à un contrôle hiérarchique, ni à un contrôle de tutelle. On ne peut évidemment songer à les situer sur le même plan que les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire dans la mesure où une telle entreprise relèverait des prérogatives du Constituant.

Par ailleurs, l'article 85 de la Constitution dispose : "outre les pouvoirs que lui confèrent expressément d'autres dispositions de la Constitution, le Chef du Gouvernement (...) veille au bon fonctionnement de l'administration publique". A la lumière de ces dispositions, on est en mesure de conclure que si les autorités administratives indépendantes sont des organes administratifs, nul doute qu'ils doivent relever du pouvoir exécutif au même titre que les autres structures administratives. Or leur indépendance les soustrait au principe de subordination à l'égard du pouvoir exécutif, ce qui sème le doute sur le caractère administratif qui leur est attaché, lequel, pourtant, ne souffre aucune équivoque. D'où l'imbroglio juridique auquel on est confronté en tentant l'examen de ces nouvelles institutions.

En France, une telle équation a été résolue dans le sens de la reconnaissance d'un statut hybride au profit des autorités administratives indépendantes. Le Conseil constitutionnel considère en effet qu'elles s'intègrent parfaitement dans l'architecture institutionnelle et leur création n'est pas incompatible avec les dispositions de la Loi fondamentale. Il a pu réaliser ainsi la synthèse difficile entre le caractère administratif de ces entités et l'indépendance dont elles bénéficient à

l'égard du pouvoir exécutif, sous réserve toutefois qu'une telle indépendance soit doublement encadrée : la soumission des ces "instances" au droit et la limitation des compétences réglementaires de tels organes de manière à ce que soit préservé le pouvoir réglementaire général du gouvernement ⁽³⁰⁾.

En Algérie, il n'est pas sûr que le même problème reçoive la même solution qu'en France dans la mesure où le mimétisme du législateur se heurte à une architecture des institutions politiques différente de celle de la France. En effet, l'un des traits caractéristiques du système politique algérien réside dans la centralisation du pouvoir au niveau de l'instance exécutive ⁽³¹⁾ qui n'accepte de se décharger de ses attributions que moyennant un contrôle plus ou moins étroit sur les structures qui héritent de telles compétences ⁽³²⁾.

L'analyse affinée des nouveaux modes d'articulation des rapports de pouvoir entre l'exécutif et ces nouvelles structures montre que les réformes n'ont pas affecté le mode de régulation étatique du champ socio-économique : certes, autoritarisme et centralisation ne s'expriment plus de manière brutale comme par le passé ; le pouvoir central use des catégories juridiques des Etats libéraux en les vidant toutefois de toute leur substance originelle. Si le droit consacre ainsi l'autonomie des structures, le politique resurgit pour en anéantir l'expression au point où l'ineffectivité de la règle de droit devient une pratique tout à fait courante ⁽³³⁾.

30. C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la Constitution", RDP, 1990, p. 231 et s.

31. Voir R. Zouaïmia, "Institutions et forces politiques : l'incertitude", in M. Lakkhal (sous la direction de), Algérie : de l'indépendance à l'état d'urgence, Larmises/L'Harmattan, Paris, 1992, p. 227.

32. Pour une comparaison avec les rapports entre pouvoir central et collectivités locales, cf. R. Zouaïmia, "L'introuvable pouvoir local", *Insaniyat (Revue Algérienne d'Anthropologie et de Sciences Sociales)*, n° 16, 2002, p. 31.

33. Sur la question, cf. R. Zouaïmia, "Déréglementation et ineffectivité des normes en droit économique algérien", *Revue Idara*, n° 1, 2001, p. 125.

La compétence discrétionnaire reconnue au pouvoir exécutif de pourvoir aux emplois auprès des autorités administratives indépendantes le conduit à opter pour des critères d'appartenance politique, régionale, familiale, de sorte que soit assurée, derrière la fiction de l'indépendance, l'allégeance au pouvoir politique et en particulier aux gouvernants. Il faut sans doute ajouter à cela que contrairement à la pratique française, le législateur algérien laisse peu de place à la représentation des milieux professionnels au sein des autorités administratives indépendantes qui sont constituées essentiellement d'agents issus des différents corps et organes de l'Etat.

En second lieu, l'indépendance de l'organe n'a de sens que dans un Etat de droit. Or, lorsque même le pouvoir judiciaire se retrouve dans un état de subordination par rapport au pouvoir exécutif au mépris des termes de la Constitution ⁽³⁴⁾, on ne peut assurément envisager l'existence d'une quelconque indépendance au profit d'autres organes, qualifiés qui plus est d'administratifs. A titre d'exemple, la loi de 1990 relative à la monnaie et au crédit, qui consacre l'indépendance de la Banque d'Algérie, prévoit que le gouverneur de l'institution et président du Conseil de la monnaie et du crédit ainsi que de la Commission bancaire, est nommé pour un mandat de six (6) ans et qu'il ne peut être mis fin à ses fonctions qu'en cas "d'incapacité dûment constatée ou de faute lourde". Or, le gouverneur nommé à la suite de la promulgation de la loi, soit le 15 avril 1990 ⁽³⁵⁾, a été relevé de ses fonctions par décret présidentiel en date du 21 juillet 1992 ⁽³⁶⁾, soit deux années après son entrée en fonction alors que le mandat qu'il tient de la loi courait jusqu'en avril 1996, ce qui montre à l'évidence la

34. L'art. 138 de la Constitution dispose que "le pouvoir judiciaire est indépendant. Il s'exerce dans le cadre de la loi".

35. Décret présidentiel du 15 avril 1990 portant nomination du gouverneur de la Banque centrale d'Algérie, M. Abderrahmane Roustoumi Hadj Nacer, JORA n° 28 du 11-07-1990.

36. Décret présidentiel du 21 juillet 1992 mettant fin aux fonctions du Gouverneur de la Banque centrale d'Algérie, M. Abderrahmane Roustoumi Hadj Nacer, JORA n° 57 du 26-07-1992.

fonction "décorative" ⁽³⁷⁾ que remplit la loi et dont les innovations libérales constituent à l'évidence une simple façade essentiellement destinée à la consommation étrangère : pays occidentaux et institutions internationales comme la Banque Mondiale ou le Fonds Monétaire International.

2 -Une indépendance virtuelle

Si au plan juridique les autorités administratives indépendantes échappent au contrôle hiérarchique comme au contrôle de tutelle, l'examen minutieux des textes qui les instituent révèle pourtant qu'elles n'échappent pas à une certaine emprise du pouvoir exécutif que l'on peut relever à plusieurs niveaux.

D'abord si la création des autorités administratives indépendantes relève de la loi, c'est en vérité le gouvernement qui en est à l'origine du fait du monopole qu'il exerce dans le domaine de l'initiative législative. Rien n'interdit ainsi à ce qu'il altère le statut de l'organe comme dans le cas du Conseil de la monnaie et du crédit à la suite de la modification de la loi bancaire en 2001 et de l'édiction de l'ordonnance de 2003 portant sur la même matière ⁽³⁸⁾. Ni même à ce qu'il supprime ce qu'il a institué comme dans le cas du Conseil supérieur de l'information qui n'a pas été en mesure de faire face aux résistances du milieu administratif et aux pesanteurs conservatrices de l'administration classique. Il a en effet été dissout en 1993 et ses attributions ont été transférées au ministère de l'information ⁽³⁹⁾.

37. Sur la question en droit économique d'une manière générale, cf. R. Zouaïmia, "Le droit économique dans la régulation en Algérie", *Revue Africaine de Droit International et Comparé*, n° 1, 1990, p. 103.

38. Les modifications apportées à la loi sur la monnaie et le crédit en 2001 puis la promulgation d'un nouveau texte régissant la matière en 2003 entrent bien dans une perspective de récupération par le gouvernement de prérogatives liées à la gestion des réserves en devises et qu'il répugnait à laisser entre les mains de la Banque centrale qui disposait d'une autonomie pour le moins surprenante dans un pays du tiers monde où la concentration du pouvoir au niveau de l'exécutif est une constante bien établie.

39. Décret législatif n° 93-13 du 26 octobre 1993 se rapportant à certaines dispositions de la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, *JORA* n° 69 du 27-10-1993.

En outre, s'agissant du statut des membres des différents organes, leur nomination relève du pouvoir discrétionnaire des autorités de l'Etat ; ils sont également révocables ad nutum et se retrouvent ainsi dans une situation de précarité vis-à-vis du pouvoir exécutif. En matière bancaire, certes l'ordonnance de 2003 prévoit un mandat de cinq (5) ans pour les membres de la Commission bancaire ⁽⁴⁰⁾. Or, le gouverneur de la Banque d'Algérie et qui préside la Commission, devient, aux termes des dispositions de la même ordonnance, révocable ad nutum ; ce qui pose le problème du sens à accorder à la notion de mandat dans l'esprit des rédacteurs du texte. Dans le cas de la COSOB, le président est nommé par décret exécutif pris en Conseil du gouvernement tandis que les autres membres sont nommés par arrêté du ministre chargé des finances ⁽⁴¹⁾, ce qui tranche avec la procédure adoptée dans le cas des autres organismes et qui est celle du décret présidentiel.

Par ailleurs et dans le cas de la COSOB, les règlements qu'elle édicte sont approuvés par voie réglementaire. Ils sont publiés au journal officiel avec le texte d'approbation qui relève de la compétence du ministre chargé des finances ⁽⁴²⁾. Peut-on en déduire le statut d'organe subordonné de la COSOB ? On peut penser, à première vue, que l'approbation est synonyme d'homologation. Dans ce cas, ce n'est pas l'arrêté du ministre des finances qui élève les décisions de la COSOB au rang de règlements. Bénéficiant en eux-mêmes de la qualification d'actes administratifs à caractère réglementaire, l'homologation est simplement considérée comme une condition de leur entrée en vigueur dans la mesure où elle se traduit par leur publication au journal officiel. Toutefois, le législateur utilise sciemment la notion d'ap-

40. Art. 106 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, op. cit.

41. Décret exécutif n° 94-175 du 13 juin 1994 portant application des articles 21, 22 et 29 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, op. cit.

42. Décret exécutif n° 96-102 du 11 mars 1996 portant application législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, JORA n° 18 du 20-03-1996.

probation au lieu de celle d'homologation, ce qui signifie que le texte non approuvé reste à l'état de projet.

Dans le domaine de l'activité minière, le législateur franchit un pas supplémentaire dans la soumission des nouveaux organes au pouvoir exécutif en ce qu'il prévoit que les règlements intérieurs de l'Agence nationale du patrimoine minier et de l'Agence nationale de la géologie et du contrôle minier est pris par décret ⁽⁴³⁾. Les doutes sur le degré d'indépendance des deux agences est ensuite totalement levé à la lecture des termes de l'article 43 in fine de la loi minière qui dispose que "leurs statuts assurent ... leur indépendance ... par rapport aux opérateurs", ce qui semble signifier que vis-à-vis du pouvoir exécutif, une telle indépendance doit être écartée.

Il y a lieu de noter également que le gouvernement est en mesure de passer outre les décisions prises par certaines autorités administratives indépendantes. A titre d'exemple, en matière de concurrence et en vertu de l'article 21 de l'ordonnance de 2003, "lorsque l'intérêt général le justifie, le Gouvernement peut, sur le rapport du ministre chargé du commerce et du ministre dont relève le secteur concerné par la concentration, autoriser d'office ou à la demande des parties concernées, la réalisation d'une concentration rejetée par le Conseil de la concurrence".

Le pouvoir exécutif se voit reconnaître également un pouvoir de substitution dans certaines situations, notamment en matière boursière. Ainsi, à l'initiative du ministre des finances, le gouvernement peut se substituer à la Commission en cas de carence relevée à l'encontre de cette dernière dans l'exercice de ses missions ⁽⁴⁴⁾. Le ministre des finances peut également se substituer à la COSOB, il est vrai dans un cas extrême. Le texte législatif donne compétence à celle-ci pour "suspendre, pendant une durée ne dépassant pas cinq jours francs, les

43. Art. 51 de la loi n° 2001-10 du 3 juillet 2001 portant loi minière, op. cit.

44. Art. 50 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 modifié et complété relatif à la bourse des valeurs mobilières, op. cit.

opérations en bourse en cas d'événement majeur entraînant un dysfonctionnement de la bourse ou des mouvements erratiques des cours de bourse". Le dispositif ajoute que "lorsque cet événement nécessite une suspension supérieure à cinq jours francs, la décision est du ressort exclusif du ministre chargé des finances" (45).

Enfin, si les autorités administratives indépendantes sont soumises à la loi, elles le sont également au règlement qui est l'œuvre du pouvoir exécutif comme elles subissent un contrôle juridictionnel sur les actes qui en émanent, de sorte que même si elles ne subissent ni contrôle hiérarchique ni contrôle de tutelle, elles se retrouvent dans un état de subordination diffuse et difficile à identifier.

Ainsi peut-on affirmer qu'en l'état actuel des choses, les autorités administratives indépendantes ne bénéficient que d'une indépendance virtuelle. Non pas qu'il s'agit là d'une illusion qui s'oppose au réel dans la mesure où le virtuel, dans la philosophie scolastique, est "ce qui existe en puissance et non en acte" (46). A ce titre, l'indépendance de tels organes existe en puissance dans les textes qui les instituent, mais le passage de l'indépendance virtuelle à l'indépendance réelle dépend en grande partie de l'évolution du système politico-institutionnel dans son ensemble.

§II - LES FONCTIONS RÉGULATOIRES DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

Dans la perspective de la mise en place d'une économie libérale, l'Etat se trouve confronté à des problèmes nouveaux. De nouvelles exigences de régulation se manifestent dans différents secteurs : mise en œuvre d'une saine concurrence entre opérateurs, arbitrages d'un genre nouveau, contractualisation des relations avec les entreprises intervenant sur certains segments du marché. De telles missions sont confiées aux autorités administratives indépendantes qui interviennent dans leur champ sectoriel de compétences sous des formes multiples. Mais si l'exercice de telles attributions ne remet pas en cause les compé-

45. Ibid. art. 48.

46. P. Lévy, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, La découverte, Paris, 1995, p. 13.

tences générales du pouvoir réglementaire, il reste que la loi les dote, pour certaines d'entre elles, d'un pouvoir répressif de sorte qu'elles empiètent sur le domaine réservé du juge.

A - La multiplicité des formes de régulation

Les autorités administratives indépendantes sont des "autorités" en ce sens qu'elles ne sont pas de simples organes consultatifs. Investies d'un véritable pouvoir de décision, elles remplissent diverses fonctions en relation avec le champ sectoriel de rattachement que l'on peut résumer sous le vocable de régulation.

Celle-ci a pu être définie comme "un ensemble de processus (sociaux, juridiques, économiques) qui, par l'interaction d'acteurs, de règles et de structures ; règlent dans la durée la vie sociale au sein d'un ou de plusieurs groupes en y maintenant le lien social" ⁽⁴⁷⁾. A la différence de la période du "Tout Etat" où la puissance publique intervient à travers la mise en œuvre d'un droit étatique unilatéral et envahissant qui embrasse toutes les sphères de l'activité économique et sociale ⁽⁴⁸⁾, l'option libérale conduit à l'édiction de règles moins contraignantes, plus souples, soit des règles de plus en plus flexibles. Flexibilité qui marque ainsi "le lien avec certaines préoccupations dominantes aujourd'hui dans le champ social, en économie ou en politique, et souligne par-là les nécessités accrues de souplesse et d'adaptation du système juridique face aux multiples évolutions technologiques et économiques" ⁽⁴⁹⁾.

47. A. Chouraki, "Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social", in F. Chazel et J. Commaille (dir.), Normes juridiques et régulation sociale, LGDJ, Paris, 1991, p. 285.

48. R. Zouïmia, "L'ambivalence de l'entreprise publique en Algérie", RASJEP, 1989, n° 1, pp. 145 et 146.

49. A. Chouraki, "Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social", in F. Chazel et J. Commaille (dir.), Normes juridiques et régulation sociale, op. cit. p. 294.

Dans le cas des autorités administratives indépendantes auxquelles échoient les nouvelles missions de régulation du champ économique et financier, elles développent de nouvelles techniques qui tranchent avec celles utilisées par l'administration classique. En effet, "instituéés et composées de manière à représenter autant qu'à décider, chargées aussi d'orienter et de conseiller ou de suggérer, mais également dotées de pouvoirs réels et autonomes" ⁽⁵⁰⁾, ces institutions font appel à une gamme variée de moyens leur permettant d'exercer les compétences qui leur sont imparties : elles font appel, à côté de la réglementation, à un ensemble de techniques comme la concertation, la négociation, la contractualisation, sans oublier la mise en œuvre des pouvoirs de sanction que leur reconnaît la loi.

En raison de la multiplicité des fonctions qu'elles exercent dans le cadre de la régulation du secteur d'activité de rattachement, il y a lieu de s'en tenir aux plus importantes d'entre elles que l'on peut classer en trois catégories :

- le contrôle de l'accès à la profession et la surveillance du marché ;
- des compétences normatives ;
- des compétences répressives.

1 - Le contrôle de l'accès à la profession et la surveillance du marché

a - Le contrôle de l'accès à la profession

Si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été consacré par la Constitution, il n'en demeure pas moins qu'il comporte des limites en raison de l'intervention de la puissance publique dans le sens de la réglementation de certaines activités économiques et financières jugées particulières ⁽⁵¹⁾ pour les soumettre au régime exorbitant de l'autorisation préalable qui prend la forme de l'agrément, de l'autorisation

50. M. Miaille, "La critique du droit", Droit et Société, 1992, n° 20-21.

51. Ch. Bennadji, "La notion d'activités réglementées", Revue Idara, n° 2, 2000, p. 25.

ou de la licence que délivrent certaines autorités administratives indépendantes.

Dans le cas de l'activité bancaire et financière, c'est le Conseil de la monnaie et du crédit qui exerce un contrôle préalable des conditions d'exercice de la profession bancaire. La constitution d'une banque ou d'un établissement financier est soumise en effet à autorisation du Conseil. Une fois l'autorisation obtenue, la société constituée doit requérir un agrément qui est délivré par le gouverneur de la Banque d'Algérie qui vérifie si l'intéressée a pu remplir toutes les conditions auxquelles elle est soumise en tant que banque ou établissement ainsi que les conditions spéciales dont l'autorisation a pu être éventuellement assortie.

En matière boursière, la COSOB exerce deux types de contrôles, le premier vise l'accès au marché boursier tandis que le second s'exerce sur l'accès à la profession.

• Dans le premier cas, l'admission des valeurs mobilières à la négociation sur le marché boursier est décidée par la COSOB. Les sociétés qui émettent des valeurs mobilières en faisant publiquement appel à l'épargne sont tenues de publier une notice destinée à l'information du public. Toutefois, le projet de notice est obligatoirement soumis au visa préalable de la COSOB qui dispose d'une large compétence d'appréciation pour l'accorder ou le refuser en fonction des informations dont elle dispose et ayant trait à l'organisation, la situation financière et l'évolution de la société ⁽⁵²⁾.

52. L'art. 42 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 modifié et complété relatif à la bourse des valeurs mobilières dispose en effet que "la commission examine le projet de notice soumis au visa préalable et indique, le cas échéant, les énonciations à modifier ou les informations complémentaires à insérer.

La commission peut également demander toute explication ou justifications concernant les informations contenues dans le projet de notice.

Si les demandes de modification ne sont pas satisfaites, la commission peut refuser son visa.

• Dans le deuxième cas, la COSOB reçoit compétence pour délivrer l'agrément aux intermédiaires en opérations boursières, soit "les sociétés commerciales constituées à titre principal pour cet objet, les banques et les établissements financiers" ⁽⁵³⁾. Elle dispose d'une large compétence d'appréciation pour agréer l'ensemble des activités relevant de l'intermédiation boursière ou limiter l'agrément à une partie seulement de telles activités ⁽⁵⁴⁾.

Dans le domaine des télécommunications, la loi établit différents régimes : celui de la licence d'exploitation, celui de l'autorisation et enfin celui de la simple déclaration. Sont assujettis au régime de la licence d'exploitation, qui est délivrée par décret exécutif, l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications, et/ou la fourniture des services téléphoniques. Par contre, l'établissement et l'exploitation de réseaux privés empruntant le domaine public, y compris hertzien ou de réseaux utilisant exclusivement des capacités louées à des opérateurs titulaires de licence et enfin les services de fourniture d'accès à l'Internet obéissent au régime de l'autorisation qui est délivrée par l'autorité de régulation ⁽⁵⁵⁾.

Dans le domaine de l'énergie, la loi précise que les activités liées à la production, au transport, à la distribution, à la commercialisation de l'électricité ainsi qu'au transport, à la distribution et à la commercialisation du gaz par canalisations sont prises en charge, " dans le cadre du service public", par des personnes physiques ou morales de droit public ou privé. S'agissant des activités de production de l'énergie électrique, la loi dispose qu'elles sont ouvertes à la concurrence mais conditionne la réalisation et l'exploitation de nouvelles installations à l'obtention d'une autorisation dont l'octroi relève des prérogatives de l'autorité de régulation. Celle-ci instruit les demandes d'autorisation

53. Art. 6 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 modifié et complété relatif à la bourse des valeurs mobilières, op. cit.

54. Ibid. Art. 7.

55. Décret exécutif n° 2001-123 du 9 mai 2001 relatif au régime d'exploitation applicable à chaque type de réseaux, y compris radioélectriques et aux différents services de télécommunications, JORA n° 27 du 13-05-2001.

d'exploiter en se fondant sur de multiples critères tels les capacités techniques, économiques et financières ainsi que l'expérience professionnelle du demandeur et la qualité de son organisation ; le respect des règles de protection de l'environnement ; la sécurité et la sûreté des réseaux d'électricité, des installations et des équipements associés ; l'efficacité énergétique ; la nature des sources d'énergie primaire ; le choix des sites, l'occupation des sols et l'utilisation du domaine public ; le respect des obligations de service public en matière de régularité et de qualité de la fourniture d'électricité ainsi qu'en matière d'approvisionnement de la clientèle ⁽⁵⁶⁾. C'est dire l'étendue du pouvoir d'appréciation dont dispose la Commission de régulation pour accorder ou refuser l'autorisation d'exploitation ⁽⁵⁷⁾.

Par ailleurs et outre les activités de production, la loi encadre également les activités de commercialisation du gaz et de l'électricité en soumettant l'accès à la profession d'agent commercial à l'autorisation d'exercer délivrée par la Commission de régulation qui, comme dans le cas précédent, se fonde sur plusieurs paramètres comme la réputation, la compétence et l'expérience professionnelle du demandeur ; les capacités techniques et financières et la qualité de l'organisation ; le respect des obligations de service public en matière de régularité et de qualité dans l'alimentation électrique et gazière ⁽⁵⁸⁾.

Enfin et en matière minière, les activités de prospection, d'exploration et d'exploitation sont soumises à la délivrance d'un titre minier qui prend la forme d'une autorisation de prospection, d'un permis d'exploration, d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation délivrés par l'Agence nationale du patrimoine minier. Seule

56. Art. 13 de la loi n° 2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, op. cit.

57. L'art. 18 de la loi précitée ajoute que "la commission de régulation se prononce sur la suite à réserver à l'autorisation en cas de transfert de l'installation ou en cas de changement de contrôle, de fusion ou scission du titulaire de l'autorisation. Elle fixe le cas échéant les conditions à remplir et les procédures à suivre pour le maintien ou la délivrance d'une nouvelle autorisation d'exploiter".

58. Ibid. art. 82.

la concession minière échappe à la compétence de l'Agence en ce qu'elle est attribuée par décret exécutif.

b - La surveillance du marché

L'ordonnance de 2003 sur la monnaie et le crédit investit la commission bancaire d'une mission de surveillance et de contrôle. Elle dispose à cet effet de larges pouvoirs d'investigation pour procéder ou faire procéder à des contrôles sur pièces et sur place. En vertu de l'article 105 du texte précité, elle est chargée de contrôler le respect par les banques et les établissements financiers des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables. Aux fins de veiller à la qualité de leur situation financière et au respect des règles de bonne conduite de la profession, elle examine les conditions d'exploitation des banques et des établissements financiers et, à ce titre, elle peut leur demander tous renseignements, éclaircissements et justifications nécessaires à l'exercice de sa mission sans que puisse lui être opposé le secret professionnel.

Lorsqu'elle constate des défaillances, la commission est habilitée à enjoindre à la banque ou à l'établissement financier en cause de prendre les mesures de nature à rétablir ou à consolider son équilibre financier ou à corriger ses méthodes de gestion. Enfin, sur le registre des obligations comptables, l'article 103 de l'ordonnance dispose que "la commission bancaire est habilitée à ordonner aux établissements concernés de procéder à des publications rectificatives dans le cas où des inexactitudes ou des omissions auraient été relevées dans les documents publiés".

En matière boursière, outre l'encadrement du marché des valeurs mobilières et dans le cadre de sa mission de protection de l'épargne, la COSOB est chargée d'assurer la transparence sur le marché ainsi que l'égalité de traitement des actionnaires. A l'occasion de la conclusion d'opérations financières, elle examine la sincérité et l'exactitude des informations que lui fournissent les entreprises concernées. En somme, elle est chargée d'assurer la surveillance du marché des valeurs mobilières avec pour finalité de veiller tant à la transparence et au bon

fonctionnement qu'à la protection des investisseurs en valeurs mobilières.

A titre d'exemple, elle s'assure que les sociétés dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation à la bourse de valeurs mobilières se conforment aux dispositions législatives et réglementaires ayant trait à la tenue des assemblées générales, la composition des organes de gestion et de contrôle et aux publications légales. Lorsqu'elle relève des omissions dans les documents publiés ou fournis, la COSOB ordonne à ces sociétés de publier des rectificatifs.

Elle procède à des enquêtes auprès des entreprises "faisant appel public à l'épargne, des banques et établissements financiers, des intermédiaires en opérations de bourse ainsi que des personnes qui, en raison de leur activité professionnelle, apportent leur concours à des opérations sur valeurs mobilières ou sur des produits financiers cotés ou assument la gestion de portefeuilles de titres" ⁽⁵⁹⁾.

Dans le domaine de l'activité postale et des télécommunications, la nouvelle loi précise que l'autorité de régulation s'assure de l'existence d'une concurrence effective et loyale entre les différents opérateurs sur le marché et du respect de la législation et de la réglementation applicable en la matière. A ce titre, elle est habilitée à effectuer des contrôles et à requérir des opérateurs les informations et documents utiles à l'accomplissement d'une telle mission.

En matière de concurrence, le Conseil de la concurrence est chargé d'une mission générale de régulation des activités économiques de production et de distribution, soit de discipliner le marché sur la base du sacro-saint principe de libre concurrence qui constitue l'un des principes fondateurs de l'économie libérale. Dans cette optique, il est chargé d'exercer une surveillance à l'égard d'activités ou de comportements susceptibles de compromettre le jeu de la libre concurrence. A titre d'exemple, si la loi interdit les pratiques restrictives de la concurrence telles les ententes et abus de position dominante, il est permis au

59. Art. 37 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 modifié et complété relatif à la bourse des valeurs mobilières, op. cit.

Conseil d'autoriser "les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché"⁽⁶⁰⁾, ce qui donne au Conseil un large pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'accorder ou de refuser de telles autorisations.

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence est chargé d'instruire les dossiers relatifs aux projets de concentration économique lorsque celle-ci est susceptible de renforcer la position dominante d'une entreprise dans un marché. Le Conseil peut rejeter ou autoriser la concentration et, dans ce dernier cas, il dispose de la faculté d'assortir l'autorisation de prescriptions de nature à atténuer les effets de la concentration sur la concurrence⁽⁶¹⁾

En outre, il dispose d'une compétence générale à l'effet de diligenter des enquêtes sur les conditions d'application de la législation et de la réglementation ayant un lien avec la concurrence. "Dans le cas où ces enquêtes révèlent que l'application de ces textes donne lieu à des restrictions à la concurrence, le Conseil de la concurrence engage toutes les actions pour mettre fin à ces restrictions"⁽⁶²⁾.

Il exerce enfin un rôle d'arbitrage entre les acteurs économiques que sont les entreprises en se prononçant sur la recevabilité des recours portés par devant lui et sur la qualification des pratiques et actions dont il est saisi.

2 - Le pouvoir réglementaire

A côté des attributions liées à la surveillance du marché auquel elles sont rattachées, certaines autorités administratives indépendantes se voient reconnaître un véritable pouvoir réglementaire. C'est le cas du

60. Art. 9 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, op. cit.

61. Ibid. Art. 17 et 19.

62. Ibid. Art. 37.

Conseil de la monnaie et du crédit auquel la loi ⁽⁶³⁾ attribue un ensemble de compétences en tant qu'autorité monétaire. En vertu des dispositions de l'article 62 du Code de la monnaie et du crédit, le Conseil est compétent pour fixer les prescriptions d'ordre général applicables aux banques et établissements financiers par voie de règlements. Parmi les matières relevant de sa compétence, on peut citer :

- la définition des règles prudentielles sur le marché monétaire ;
- les conditions d'agrément et de création des banques et des établissements financiers ainsi que les conditions d'ouverture en Algérie de bureaux de représentation de banques et établissements financiers étrangers ;
- les normes et ratios applicables aux banques et établissements financiers, notamment en matière de couverture et de répartition des risques, de liquidité de solvabilité et de risques en général ainsi que les normes et règles comptables qui leur sont applicables ;
- la protection de la clientèle des banques et des établissements financiers, notamment en matière d'opérations avec cette clientèle ;
- les conditions techniques d'exercice de la profession bancaire et des professions de conseil et de courtage en matière bancaire et financière;
- la réglementation des changes et l'organisation du marché des changes.

C'est également le cas de la COSOB à laquelle le législateur confie un ensemble de compétences à caractère normatif. Elle dispose d'un pouvoir réglementaire général qui s'étend au fonctionnement du marché boursier placé sous son contrôle comme elle est habilitée à prescrire des normes de pratique professionnelle qui s'imposent tant aux intermédiaires en opérations boursières qu'aux intervenants sur le

63. Ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, op. cit.

marché. Ainsi, l'article 31 du décret législatif s'y rapportant précise qu'elle édicte des règlements concernant notamment :

- les capitaux susceptibles d'être investis dans les opérations de bourse ;
- les conditions d'agrément des intermédiaires en opérations boursières ainsi que les règles professionnelles qui leur sont applicables ;
- l'étendue et le contenu de la responsabilité des intermédiaires et les garanties qu'ils doivent à leur clientèle ;
- les conditions de qualification des agents autorisés à effectuer des négociations en bourse ;
- les émissions dans le public et l'admission aux négociations de valeurs mobilières admises en bourse ;
- le contenu des clauses obligatoires à inclure dans les contrats de mandats entre les intermédiaires en opérations de bourse et leurs clients ;
- les offres publiques d'achat de valeurs mobilières ;
- la publication périodique des informations concernant les sociétés dont les valeurs sont cotées.

D'autres ne se voient pas reconnaître un tel pouvoir pour établir des normes mais les attributions qui leur sont reconnues par la loi les associent dans une certaine mesure à l'exercice du pouvoir réglementaire. A titre d'exemple, "le Conseil de la concurrence donne son avis sur toute question concernant la concurrence à la demande du Gouvernement et formule toute proposition sur les aspects de concurrence" ⁽⁶⁴⁾. Par ailleurs, il "est consulté sur tout projet de texte réglementaire ayant un lien avec la concurrence ou introduisant des mesures ayant pour effet notamment :

- de soumettre l'exercice d'une profession ou d'une activité, ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;

64. Art. 35 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, op. cit.

- d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ou activités ;
- d'instaurer des conditions particulières pour l'exercice d'activités de production, de distribution et de services ;
- de fixer des pratiques uniformes en matière de conditions de vente" ⁽⁶⁵⁾.

Par ailleurs, la loi n° 2000-03 du 5 août 2000 prévoit que l'autorité de régulation est consultée par le ministre chargé de la poste et des télécommunications pour la préparation de tout projet de texte réglementaire relatif aux secteurs de la poste et des télécommunications. Elle est également consultée par les pouvoirs publics sur l'opportunité ou la nécessité d'adopter une réglementation relative à la poste et aux télécommunications ⁽⁶⁶⁾.

Des dispositions identiques sont contenues dans la loi n° 2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations. Il y est spécifié à l'article 115 que dans le cadre des missions de conseil dont elle est investie auprès des autorités publiques en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement du marché de l'électricité et du marché national du gaz, la Commission de régulation "contribue à l'élaboration des règlements d'application prévus dans la présente loi et des textes d'application qui lui sont rattachés".

3 - Le pouvoir répressif

La plupart des autorités administratives indépendantes jouent un rôle certain en amont de la répression pénale. Lorsqu'à la suite d'investigations elles constatent que les opérateurs qui exercent dans le champ de leur compétence matérielle ont commis des infractions à la législation et à la réglementation en vigueur, elles sont habilitées à saisir le parquet pour la mise en mouvement de l'action publique. Dans certains cas, elles jouent un rôle d'expertise auprès du juge lorsque la loi prévoit que ce dernier peut les saisir pour avis, notamment dans des domaines techniques comme en matière bancaire. A titre d'exemple,

65. Ibid. Art. 36.

66. Art. 13 de la loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, op.cit.

l'article 140 de l'ordonnance de 2003 relative à la monnaie et le crédit dispose : "en tout état de procédure, le tribunal peut demander à la commission bancaire tous avis et informations utiles".

Dans des cas extrêmes, certaines autorités administratives indépendantes sont dotées d'un pouvoir de sanction qu'elles mettent en œuvre en dehors de toute intervention du juge. Certaines de ces sanctions ont un caractère moral : c'est le cas de l'avertissement ou du blâme que l'on retrouve tant en matière bancaire qu'en matière boursière. Quant aux autres sanctions mises en œuvre, elles peuvent être classées, selon une typologie dressée par deux auteurs⁽⁶⁷⁾ en deux catégories : les sanctions restrictives ou privatives de droits et les sanctions patrimoniales.

a - Les sanctions restrictives ou privatives de droits

S'agissant des sanctions restrictives de droits, on peut relever, en matière bancaire, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité ainsi que la suspension temporaire de l'un ou de plusieurs des dirigeants. La commission bancaire a déjà eu l'occasion d'infliger de telles sanctions à des banques privées auxquelles ont été suspendues les opérations de transfert de fonds en direction de l'étranger⁽⁶⁸⁾. En matière boursière, de telles sanctions qui sont infligées à l'encontre des intermédiaires en opérations boursières par la Chambre disciplinaire placée auprès de la COSOB, se limitent à l'interdiction à titre temporaire de tout ou partie de l'activité.

Quant aux sanctions privatives de droits, elle peuvent d'abord toucher les dirigeants de l'entreprise. Ainsi, la commission bancaire peut prononcer la cessation des fonctions de l'un ou de plusieurs des dirigeants des établissements en cause avec ou sans nomination d'administrateur provisoire. Elles peuvent sanctionner directement la personne morale et se traduisent par le retrait définitif de l'autorisation

67. M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, Economica, Paris, 1992, p. 76 et s.

68. Voir les extraits de la note de la Commission bancaire sur la supervision bancaire en Algérie, in El Watan du vendredi 4-samedi 5 avril 2003.

d'exploiter une installation comme en matière d'énergie électrique ⁽⁶⁹⁾ ou le retrait d'agrément tant en matière boursière qu'en matière bancaire. Ainsi, la commission bancaire a eu l'occasion d'infliger pareille sanction extrême à l'encontre de deux banques privées : El Khalifa Bank et la Banque Commerciale et Industrielle d'Algérie (BCIA) ⁷⁰. Une telle sanction conduit à la cessation de l'activité professionnelle et à la mise en liquidation de la banque.

b - Les sanctions patrimoniales

Il s'agit de sanctions pécuniaires prévues dans les textes relatifs à la concurrence, à l'énergie électrique, la bourse et la monnaie et le crédit et dont le mode de fixation diffère d'une matière à une autre, ce qui dénote des degrés dans le pouvoir d'appréciation laissé aux autorités administratives indépendantes disposant de compétences répressives dans le champ sectoriel d'intervention.

En matière bancaire, l'ordonnance de 2003 relative à la monnaie et le crédit dispose en son article 114 que "la commission peut prononcer, soit à la place, soit en sus des sanctions susvisées, une sanction pécuniaire au plus égale au capital minimal auquel est astreint la banque ou l'établissement financier", ce qui dénote le large pouvoir d'appréciation que le législateur laisse entre les mains d'un tel organe.

En matière boursière, la Chambre disciplinaire peut infliger "des amendes dont le montant maximum est fixé à 10 millions de dinars ou égal au profit éventuellement réalisé du fait de la faute commise" ⁽⁷¹⁾.

Dans le domaine de l'énergie électrique, les manquements aux obligations légales sont passibles d'une amende infligée par l'autorité de

69. Art. 149 de la loi n° 2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, op. cit.

70. Cf. M. Khelifa, "Que cache la liquidation de la BCIA ?", El Watan du dimanche 2 et lundi 3 novembre 2003.

71. Art. 55 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 modifié et complété relatif à la bourse des valeurs mobilières, op. cit.

régulation et qui se situe entre trois (3) et cinq (5) pour cent du chiffre d'affaires ⁽⁷²⁾.

Enfin, dans le cas du Conseil de la concurrence, la loi établit une assiette pour le calcul du montant des amendes que l'organe est habilité à prononcer lorsque les faits imputés à l'entreprise en cause sont qualifiés d'entente illicite, d'abus de position dominante, d'exploitation abusive de l'état de dépendance ou de concentration illicite : il s'agit du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise, d'où le caractère de proportionnalité attaché aux amendes prononcées par le Conseil de la concurrence. A titre d'exemple, les pratiques restrictives comme les concentrations réalisées sans autorisation du Conseil sont punies d'une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 7% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie au cours du dernier exercice clos. Lorsque surgissent des difficultés pour le calcul du chiffre d'affaires, la loi laisse un large pouvoir d'appréciation au Conseil de la concurrence pour fixer le montant des amendes en se contentant d'en fixer le maximum. A cela il faut ajouter que le Conseil peut prononcer des astreintes lorsque les entreprises en cause n'auront pas fait déféré aux injonctions prononcées à leur encontre ou n'auront pas respecté les mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques présumées restrictives dans les délais fixés et ce, à raison d'un montant de cent mille dinars (100.000 DA) par jour de retard ⁽⁷³⁾.

B - L'empiétement sur les compétences des organes juridictionnels

La mise en place progressive d'un Etat de droit devait se traduire par un corrélatif déclin des sanctions administratives qui traduisent, selon un auteur, "l'exercice brut de la puissance publique" ⁽⁷⁴⁾. On pouvait s'attendre, en effet, à ce que le juge retrouve les compétences dont il a été dépossédé au profit d'une administration envahissante. On l'a vu,

72. Art. 148 de la loi n° 2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, op. cit.

73. Art. 58 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, op. cit.

74. F. Moderne, "Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé", Mélanges René Chapus, Droit administratif, Montchrestien, Paris, 1992, p. 411.

il n'en est rien. Non seulement l'administration classique conserve ses prérogatives traditionnelles en la matière ⁽⁷⁵⁾ mais de nouveaux pouvoirs de sanction sont attribués à des autorités administratives indépendantes aux dépens de l'ordre judiciaire. Une telle évolution ne manque pas de soulever une série d'interrogations : certaines ont trait aux fondements de ce pouvoir répressif dont jouissent les autorités administratives indépendantes aux dépens de l'autorité judiciaire, d'autres ont trait au degré d'encadrement de ce pouvoir répressif, de sorte que soient préservés les libertés et droits fondamentaux reconnus et garantis par la Constitution.

1 - Le fondement du pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes

Si l'on prend l'exemple du droit de la concurrence, on constate que la répression des atteintes au principe de libre concurrence relevait de la compétence du juge répressif sous l'empire de la loi de 1989 ⁽⁷⁶⁾. A l'occasion de l'édiction du nouveau dispositif juridique relatif à la concurrence en 1995, le juge répressif a été purement et simplement dépossédé de telles compétences qui ont été transférées au Conseil de la concurrence. On assiste ainsi à un phénomène de dépenalisation des infractions dans le domaine économique qui se traduit par le transfert de compétences traditionnellement reconnues au juge au profit d'organes administratifs. Or une telle pratique semble heurter de front les dispositions de la Constitution qui consacrent le principe de la séparation des pouvoirs en distinguant soigneusement entre les compétences du pouvoir législatif, celles du pouvoir exécutif et enfin celles relevant du pouvoir judiciaire. C'est là la position du Conseil constitutionnel qui n'a pas manqué de réaffirmer à plusieurs reprises un tel principe. Il considère en effet que " le constituant a posé le principe de

75. Ainsi en est-il en matière douanière, de change et d'infractions aux règles de loyauté et de transparence des pratiques commerciales où la loi introduit le procédé de la transaction pénale qui décharge le juge de ses compétences répressives. Sur la question, cf. F. Naar, La transaction en matière économique, Mémoire de Magister en Droit des Affaires, Faculté de Droit, Université de Tizi-Ouzou, 2003.

76. Loi n° 89-12 du 5 juillet 1989 relative aux prix, JORA n° 29 du 19-07-1989.

la séparation des pouvoirs comme un élément essentiel de l'organisation des pouvoirs publics" (77), "que le principe de séparation des pouvoirs commande que chaque pouvoir exerce ses prérogatives dans le domaine que lui attribue la Constitution" (78) ou encore que "le constituant, en érigeant la séparation des pouvoirs en principe fondamental de l'organisation des pouvoirs publics, entend fixer leurs compétences qui ne sauraient être exercées que dans les cas et suivant les modalités que la Constitution leur a expressément fixés" (79).

Ainsi, reconnaître des compétences répressives à un organe administratif porte atteinte au principe de séparation des pouvoirs qui commande, au contraire, que soient distinguées les trois types de fonctions au niveau de l'Etat :

- dire le droit ;
- en assurer l'exécution ;
- rendre la justice.

Cette dernière fonction relève assurément du pouvoir judiciaire et ne peut être exercée que par des juridictions. L'article 141 de la Constitution dispose en effet que "la justice est rendue par des magistrats. Ils peuvent être assistés par assesseurs populaires, dans les conditions fixées par la loi". C'est à ce même pouvoir judiciaire que l'article 139 de la loi fondamentale confie la charge de protéger "la société et les libertés. Il garantit, à tous et à chacun, la sauvegarde de leurs droits fondamentaux". D'où vient donc ce pouvoir répressif reconnu à des autorités administratives ? Quels en sont les fondements juridiques, notamment lorsque le même organe cumule, comme dans le cas de la COSOB, la fonction de dire le droit, celle d'en assurer l'exécution et

77. Avis n° 1-A-L-CC-89 du 28 août 1989 relatif au règlement intérieur de l'Assemblée populaire nationale, in Le Conseil constitutionnel, Fascicule 1, Alger, 1990, p. 50.

78. Décision n° 2 D-L-CC-89 du 30 août 1989 relative au statut de député, JORA n° 37 du 04-09-1989 (rectificatif in JORA n° 45 du 25-10-1989).

79. Avis n° 4 - AO-CC- du 19 février 1997 relatif à la constitutionnalité de l'article 2 de l'ordonnance portant découpage judiciaire adoptée par le Conseil national de transition le 6 janvier 1997, JORA n° 15 du 19-03-1997.

celle de réprimer les atteintes à la réglementation dont elle est l'auteur ?

En droit comparé, certaines constitutions reconnaissent à l'administration le pouvoir de prendre des sanctions administratives. Tel est le cas des Constitutions portugaise et espagnole. La première distingue les infractions pénales des infractions administratives auxquelles s'appliquent des sanctions correspondantes, tandis que la seconde prévoit "des sanctions pénales ou éventuellement administratives" en cas de violation de la réglementation ayant trait à l'environnement ⁽⁸⁰⁾.

Dans le silence de la loi fondamentale, comme en France, par exemple, la doctrine s'est attelée à forger une construction théorique de la sanction administrative. Analysant le pouvoir reconnu à la puissance publique d'infliger des sanctions à l'encontre des agents économiques, les auteurs proposent comme fondement à un tel pouvoir la notion de mission de service public. Les entreprises concernées sont ainsi associées "à une activité d'organisation de la production ou de régulation des prix qui est une mission de service public et le pouvoir répressif qui est reconnu à l'administration pour sanctionner les infractions à cette réglementation constitue bien un pouvoir disciplinaire" ⁽⁸¹⁾, comparable à celui qu'exerce la puissance publique à l'encontre des fonctionnaires. Comme si l'entreprise privée se retrouvait dans le même état de subordination hiérarchique que l'agent public vis-à-vis de l'administration !

Devant la fragilité d'une telle construction, d'autres auteurs proposent de dissocier les deux catégories de sanctions, disciplinaire et administrative, pour conclure que cette dernière est de type pénal mais sans pour autant fonder un tel pouvoir entre les mains de l'administration.

80. F. ModerneE, "Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé", op. cit. p. 415-416.

81. J-L. De Corail Jean-Louis, "Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression", Mélanges René Chapus, Droit administratif, Montchrestien, Paris, 1992, p. 120.

C'est enfin la jurisprudence constitutionnelle qui a été amenée à se prononcer sur la légitimité des sanctions administratives, notamment lorsqu'elles relèvent des attributions de ces nouvelles figures de la régulation que sont les autorités administratives indépendantes.

D'abord la Cour suprême des Etats-Unis considère que les "independent agencies" peuvent se voir déléguer par le législateur le "droit de définir des incriminations spécifiques et d'en assurer la sanction"⁽⁸²⁾.

En Allemagne, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a pu distinguer entre infractions pénales qui relèvent de la compétence du juge et infractions "réglementaires", propres notamment au domaine économique, où elle admet l'intervention de la répression administrative⁽⁸³⁾.

En Italie, le juge constitutionnel déclare conforme à la Constitution une loi qui transforme des sanctions pénales en sanctions administratives⁽⁸⁴⁾ dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique de plus en plus répandue, celle de la dépénalisation des infractions.

En France, enfin, le Conseil constitutionnel, après avoir estimé dans un premier temps que la répression "ne saurait être confiée à une autorité administrative", finit par admettre la notion de sanction administrative pour s'incliner devant le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes, même si, par ailleurs, il tente de l'encadrer et de le canaliser. Dans sa décision du 28 juillet 1989 rendue à propos des pouvoirs reconnus à la Commission des opérations boursières (COB), le Conseil constitutionnel juge que "le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction

82. F. Moderne, "Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé", op. cit. p. 417.

83. Ibid.

84. Ibid.

susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis" (85).

En somme, la répression administrative, qui ne heurte en rien le principe de séparation des pouvoirs, n'est pas contraire à la Constitution. Elle est présentée "comme un instrument nécessaire à l'action administrative, précisément comme une expression normale des prérogatives de la puissance publique" (86). Le fondement d'un tel pouvoir répressif reconnu au profit de l'administration d'une manière générale et des autorités administratives indépendantes en particulier réside ainsi dans la notion de prérogative de puissance publique, "élément nécessaire et normal d'une activité de service public".

On s'achemine ainsi en droit comparé à la légitimation du pouvoir répressif reconnu au profit de l'administration sans qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Ce qui semble signifier que l'on assiste en fait à une nouvelle lecture de la théorie de la séparation des pouvoirs de l'Esprit des lois de Montesquieu (87) qui s'accommode bien du transfert de compétences répressives du juge judiciaire au profit de structures administratives, censées plus efficaces dans l'accomplissement d'une telle mission.

Mais dans la mesure où toute sanction s'analyse comme une atteinte aux libertés individuelles garanties par la constitution, que les sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes sont de type pénal, il convient de s'interroger sur l'étendue de l'encadrement d'un tel pouvoir répressif à même de permettre une entière protection des personnes et agents visés.

85. Cf. Teitgen-Colly Catherine, "Les instances de régulation et la Constitution", op. cit. p. 197.

86. Delmas-Marty Mireille et Teitgen-Colly Catherine, punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, op. cit. p. 32.

87. Voir, par exemple, l'essai de G. Timsit, "M. Le Maudit. Relire Montesquieu", Mélanges René Chapus, Droit administratif, op. cit. p. 617 et s.

2 - Les conditions d'exercice du pouvoir répressif

Dans la mesure où le législateur opte pour la répression administrative au lieu et place de la répression pénale et où les sanctions administratives constituent de véritables peines, on est en droit de s'interroger sur le degré d'encadrement d'un tel pouvoir placé entre les mains des autorités administratives indépendantes. En d'autres termes, de quelles garanties bénéficient les agents économiques "justiciables" de telles autorités ?

Au même titre que pour la répression pénale, le législateur consacre, de manière inégale selon les matières, le droit à la défense en matière de répression administrative et ce comme l'exige l'article 151 de la Constitution qui dispose que " le droit à la défense est reconnu. En matière pénale, il est garanti". Une telle garantie fondamentale peut être décomposée en deux éléments essentiels : il s'agit de l'accès au dossier et du droit de se faire assister par un défenseur .

•L'accès au dossier

Il s'agit là de la première exigence du principe du contradictoire. Dès que la personne mise en cause fait l'objet d'une procédure répressive, elle doit être informée des charges et griefs qui pèsent sur elle. En outre, elle doit pouvoir accéder au dossier pour pouvoir organiser sa défense ⁽⁸⁸⁾.

En matière de concurrence, l'article 30 de l'ordonnance de 2003 relative à la concurrence consacre le principe du contradictoire en termes explicites. Il prévoit que "le Conseil de la concurrence entend contradictoirement les parties intéressées qui doivent présenter un mémoire" et dispose en son alinéa 2 que les parties intéressées "ont droit à l'accès au dossier et à en obtenir copie". Avant l'audience se rapportant à l'affaire soumise au Conseil de la concurrence, les parties

⁸⁸. Sur la question en droit français, cf. R. Salomon, "Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales", *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 1, 2001, p. 40.

ont droit à la notification du rapport ayant trait à l'affaire en cause. Elles disposent d'un délai de deux (2) mois pour présenter leurs observations par écrit. Enfin, ces dernières sont mises à la disposition des parties adverses qui peuvent les consulter quinze (15) jours avant la date de l'audience ⁽⁸⁹⁾.

Toutefois, le législateur apporte des restrictions au principe dans la mesure où le texte de l'article 30 précité autorise le président du Conseil de la concurrence, soit de son propre chef, soit à l'initiative de l'une des parties, à refuser la communication de documents ou pièces dont la divulgation est susceptible de mettre en jeu le secret des affaires. Le même article 30 ajoute que "dans ce cas, ces pièces ou documents sont retirés du dossier. La décision du Conseil de la concurrence ne peut être fondée sur les pièces ou documents retirés du dossier".

Dans le domaine des télécommunications, les titulaires d'une autorisation d'exploitation qui manquent à leurs obligations sont passibles de sanctions multiples allant de la suspension au retrait définitif de l'autorisation, sanctions qui ne peuvent être prononcées par l'autorité de régulation "que lorsque les griefs retenus contre l'intéressé lui ont été notifiés et qu'il a été à même de consulter le dossier et de présenter ses justifications écrites" ⁽⁹⁰⁾.

En matière minière, lorsque le titulaire d'un titre minier ne satisfait pas aux obligations auxquelles le soumet la loi ou en cas d'infraction dûment constatée, l'Agence nationale de la géologie et du contrôle minier lui adresse une mise en demeure "lui fixant un délai d'un (1) mois soit pour satisfaire à ses obligations, soit pour présenter ses justifications" ⁽⁹¹⁾. Il s'agit là, toutefois, d'une procédure qui précède la phase répressive proprement dite qui, quant à elle, se déroule devant

89. Art. 55 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, op. cit.

90. Art. 39 in fine de la loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, op. cit.

91. Art. 39 du décret exécutif n° 2002-65 du 6 février 2002 définissant les modalités et procédures d'attribution des titres miniers, JORA n° 11 du 13-02-2002.

l'Agence nationale du patrimoine minier qui reçoit compétence pour prononcer le retrait du titre minier. Or durant cette phase, les textes juridiques restent muets s'agissant des garanties qui entourent le prononcé d'une telle sanction et dont doit bénéficier le titulaire du titre minier.

En matière bancaire, par contre, on ne trouve aucune référence au principe du contradictoire et de l'accès au dossier. L'ordonnance relative à la monnaie et le crédit se contente de prévoir que lorsqu'une banque ou un établissement financier a transgressé les règles de bonne conduite de la profession, la commission bancaire doit mettre les dirigeants de l'entreprise "en mesure de présenter leurs explications" ⁽⁹²⁾. Ce qui suppose que les intéressés bénéficient simplement du droit à la communication des griefs, faute de bénéficier expressément du droit à la communication du dossier.

•Le droit à l'assistance d'un défenseur

Outre l'accès au dossier, les droits de la défense comprennent également le droit de se défendre. Au droit de se défendre soi-même, on assimile le droit de se faire assister d'un défenseur de son choix. Or, en la matière, le législateur fait preuve d'une extrême timidité en ce qu'il ne consacre un tel droit que dans le domaine de la concurrence et en matière boursière.

En matière de droit de la concurrence, le droit à l'assistance d'un défenseur est consacré aussi bien au niveau de la phase d'instruction qu'au niveau de l'audience se rapportant à l'affaire devant le Conseil de la concurrence. S'agissant de la première phase, lorsque le Conseil de la concurrence est saisi d'une plainte relative à des pratiques restrictives, il est procédé à la désignation d'un rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire. Au moment de l'audition, "les personnes entendues peuvent être assistées d'un conseil" ⁽⁹³⁾. Les personnes mises en

92. Art. 111 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, op. cit.

93. Art. 53 al. 2 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, op. cit.

cause bénéficient également des mêmes garanties lors de la mise en œuvre de la procédure répressive proprement dite, soit à l'audience où il est statué sur le bien-fondé de la plainte. L'ordonnance de 2003 relative à la concurrence dispose en effet qu'à ce stade de la procédure, "les parties peuvent se faire représenter ou se faire assister par leurs avocats ou par toute personne de leur choix" ⁽⁹⁴⁾.

En matière boursière, le droit à l'assistance d'un défenseur est d'abord reconnu à toute personne appelée à fournir des informations ayant trait aux affaires dont est saisie la COSOB dans le cadre de sa mission de surveillance et de contrôle. A ce titre, " toute personne convoquée a le droit de se faire assister d'un conseil de son choix" ⁽⁹⁵⁾. En outre, dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure répressive devant la Chambre statuant en matière disciplinaire, la loi prévoit que " aucune sanction ne peut être prononcée sans que le représentant qualifié du mis en cause n'ait été préalablement entendu ou dûment appelé à être entendu" ⁽⁹⁶⁾.

Dans les autres matières, comme en matière bancaire, par exemple, on ne trouve aucune trace d'une telle garantie légale, ce qui ne manque pas de soulever des interrogations autour du caractère sélectif de la réception du droit occidental en ce que le législateur a tendance à mimer les règles consacrant les structures d'autorité tout en écartant les normes garantissant les droits et libertés dont peuvent se prévaloir les agents économiques ⁽⁹⁷⁾.

En somme, on remarque le caractère rudimentaire de la protection qu'accorde la loi au profit des personnes poursuivies devant les autorités administratives indépendantes lorsqu'elles statuent en mettant en œuvre leur pouvoir répressif. On remarque également l'hétérogénéité

94. Ibid. Art. 30.

95. Art. 38 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 modifié et complété relatif à la bourse des valeurs mobilières, op. cit. 96.

96. Ibid. Art. 56.

97. Sur les garanties fondamentales qu'accorde le droit français en matière bancaire, cf. R. Salomon, "Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales", op. cit. p. 44.

des règles applicables en la matière dans la mesure où les conditions de mise en œuvre d'un tel pouvoir répressif varient d'un texte à un autre, ce qui n'est pas de nature à garantir le même traitement pour les personnes poursuivies devant des autorités administratives indépendantes différentes. Certes la nouveauté des institutions peut expliquer les lacunes de la loi, il n'en demeure pas moins que la multiplication des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et l'identité des fonctions répressives qui leur sont imparties commandent l'unification des règles de procédure en matière de répression administrative dans le sens d'une protection effective des droits de la défense.

CONCLUSION

Les autorités administratives indépendantes représentent aujourd'hui une pièce maîtresse de l'arsenal juridique et institutionnel au moyen duquel l'Etat affronte les nouvelles fonctions qui lui échoient dans la perspective de la mise en place progressive d'une économie de marché. Si toutefois le législateur algérien s'inspire largement de l'expérience de pays occidentaux comme la France, il reste que la greffe de structures indépendantes dans un Etat qui n'a pas renoncé à son caractère démiurge aboutit à l'institution de simples excroissances du pouvoir exécutif et dont l'indépendance virtuelle ne peut être analysée qu'en terme d'autonomie, somme toute relative.

Dans la mesure toutefois où les institutions sont perméables et où elles expriment des luttes et intérêts contradictoires de groupes sociaux, les autorités administratives indépendantes sont en mesure de se transformer, sous l'effet de la progression de l'Etat de droit, de simples courroies de transmission du pouvoir exécutif en véritables acteurs de la régulation sociale dans le domaine qui est le leur : l'activité économique et financière qui représente le nœud gordien de la problématique du développement.