

Le contrat entre régulation et concurrence

BERRI Nouredine ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Maître de conférences classe « A », Faculté de droit et des sciences politiques, membre du Laboratoire de recherche sur l'effectivité de la norme juridique, Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

Email : berri_ndz@yahoo.fr

AISSAOUI Azedine ⁽²⁾

⁽²⁾ Maître de conférences classe « A », Faculté de droit et des sciences politiques, membre du Laboratoire de recherche sur l'effectivité de la norme juridique, Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie

Email : aissaoui_azedine@yahoo.fr

Résumé :

Les mutations économiques qu'a connues l'Algérie ont ouvert la voie à la contractualisation de la sphère économique. Le contrat dans ce nouveau contexte n'est plus le contrat connu du droit civil. La liberté contractuelle se trouve limitée en ce sens que les opérateurs du marché sont parfois forcés de contracter. De même, la liberté de négocier son contrat est battue en brèche dans la mesure où de tels opérateurs doivent se plier aux conditions contenues dans les cahiers des charges établis par les autorités de régulation des marchés.

Mots clés :

Contrat, régulation, concurrence, liberté contractuelle, consensualisme.

Date de soumission: 12/06/2019, *Date d'acceptation:* 01/07/2019, *Date de publication:* 31/07/2019

Pour citer l'article:

BERRI Nouredine, AISSAOUI Azedine " Le contrat entre régulation et concurrence", RARJ, n°1, 2019, pp. 357-369.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

L'auteur correspondant : BERRI Nouredine, revuebejaia.droit@gmail.com

العقد بين الضبط و المنافسة

الملخص:

لقد مهدت التغيرات الاقتصادية التي شهدتها الجزائر الطريق أمام التعاقد في المجال الاقتصادي. وبالفعل فإن فتح القطاعات الرئيسية للاقتصاد الوطني للمنافسة يفضي إلى ظهور تقنية العقد كقوة دافعة للاقتصاد. ومع ذلك ، فإن العقد في هذا السياق الجديد لم يعد مثل العقد المعروف في القانون المدني. فالحرية التعاقدية محدودة بسبب إضطرار المتعاملين الإقتصاديين، في بعض الأحيان، إلى التعاقد. و في نفس السياق، يتم تفويض حرية التفاوض على العقد حيث يتعين على هؤلاء المتعاملين الامتثال للشروط الواردة في دفاتر الشروط التي تحددها السلطات الضابطة للسوق. و هو كذلك على سبيل المثال في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية حيث يشجع ضابط القطاع المفتوح على المنافسة الحرة متعامليه على الامتثال للشروط الموضوعية مسبقا. بالإضافة إلى ذلك، يمكن لسلطة الضبط التدخل في العملية التعاقدية حيث أنه يملك القدرة على استعادة التوازن التعاقدية بدلا من القاضي.

الكلمات المفتاحية :

العقد، الضبط، المنافسة، الحرية التعاقدية، التراضي.

The contract between regulation and competition

Summary:

Algeria's economic changes paved the way for economic contracting. Indeed, opening the main sectors of the national economy to competition leads to the emergence of contract technology as a driving force for the economy.

However, the contract in this new context is no longer like the contract known in civil law. Contractual freedom is limited by the fact that economic agents sometimes have to contract. In the same context, the freedom to negotiate a contract is undermined as these dealers must comply with the conditions set forth in the books of conditions set by the market authorities. It is also, for example, in the field of telecommunications where an open-sector officer encourages free competition to comply with pre-set conditions. In addition, the control authority can intervene in the contractual process as it has the ability to restore the contractual balance rather than the judge.

Keywords:

contract, regulation, competition, contractual freedom, consensual.

Introduction

Les mutations économiques qu'a connues l'Algérie ont ouvert la voie à la contractualisation de la sphère économique. En effet, l'ouverture des secteurs clés de l'économie nationale à la concurrence favorise l'émergence de la technique du contrat comme moteur de l'économie. Toutefois, le contrat dans ce nouveau contexte n'est plus le contrat connu du droit civil.

La liberté contractuelle se trouve limitée en ce sens que les opérateurs du marché sont parfois forcés de contracter. De même, la liberté de négocier son contrat est battue en brèche dans la mesure où de tels opérateurs doivent se plier aux conditions contenues dans les cahiers des charges établis par les autorités de régulation des marchés. Il en est ainsi par exemple en matière de télécommunications où le régulateur incite les opérateurs de ce secteur, désormais concurrentiel, à se conformer aux conditions posées. Par ailleurs, le régulateur ne manque pas d'intervenir dans le processus contractuel en ce qu'il est doté d'une compétence de rétablir l'équilibre contractuel à la place du juge.

L'objet de cette recherche est de définir la nouvelle conception de la liberté contractuelle dans un environnement concurrentiel à travers le rôle régulateur des autorités du marché. Rapprocher le droit des contrats du droit de la concurrence n'est pas toujours aisé (I), en dépit de la possible réparation de l'équilibre contractuel par les autorités en charge de la régulation des secteurs ouverts à la concurrence, dépassant ainsi, désormais, l'office du juge (II).

I-La relation controversée entre contrat et concurrence

Il existe entre le droit des contrats et le droit de la concurrence une relation spécifique, qui a donné naissance, selon un auteur, à un droit spécial : celui du « *droit contractuel de la concurrence* »¹, né de l'entrelacement du droit des contrats et du droit de la concurrence² ; une relation dictée par le libéralisme économique (A). Dans cette relation *idyllique*³ entre les deux droits, il y a une emprise très *dérangante* du droit de la concurrence sur le droit des contrats (B).

A- De la compatibilité entre droit des contrats et concurrence

"*Toute qualification juridique dépend d'une analyse économique préalable*"⁴. C'est dire que la norme contractuelle n'est pas asservie à la norme concurrentielle ; elles se compénètrent⁵. Au-delà, le droit de la concurrence, qualifié généralement

¹ - M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouv. Bibl. th. vol. 32, Dalloz 2004, spéc. n° 797 et s.

² - M. Chagny, « Rapport préliminaire ; colloque sur Pratiques contractuelles et droit de la concurrence », in *Concurrences*, Revue des droits de la concurrence, n° 1, 2011, p. 3

³ -Cf. J. Mestre et B. Fages, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTDCom. 1998, p. 71 et s, spéc. p. 77

⁴ -J. Schapira, G. Le Tallec et J.B. Blaise, "Droit européen des affaires", 1992, p. 81.

⁵ - R. Savatier, "L'ordre public économique", Dalloz 1965, p. 37.

comme étant un droit des ententes anticoncurrentielles qui doivent être analysées à l'aune du droit des contrats, tisse des liens avec ce dernier du fait qu'ils sont tous les deux issus d'un concours de volonté. L'intervention du conseil de la concurrence ne se fait alors que si la concurrence est affectée par une entente (contrat), et c'est là que les deux droits se rejoignent. L'efficacité du droit de la concurrence et celle de l'intervention de son autorité dépend alors de la bonne appréciation des stipulations contractuelles. Le droit des contrats peut donc être qualifié comme la source du droit de la concurrence en ce sens que le droit de la concurrence utilise des termes pour d'éventuelles restrictions verticales ou horizontales à la concurrence qui tirent leurs origines du contrat⁶.

Le concours de volonté caractérise « *la concertation répréhensible* », c'est une condition *sine qua non* de tout accord ou convention quelle que soit sa forme juridique⁷. Une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises, termes chers au droit de la concurrence, sont alors le fruit d'un concours de volonté. Le consensualisme est exigé car il ne peut y avoir de contrat ou d'entente sans volonté de contracter ou de s'entendre. C'est dire que la volonté a la même fonction en droit des contrats qu'en droit de la concurrence. Au plan définitionnel, le contrat et l'entente sont identiques. En matière d'investissement par exemple, l'élaboration d'un cahier des charges hors la volonté de l'investisseur n'influence pas le caractère consensuel du contrat d'investissement dès lors que les deux parties se concertent au préalable sur l'ensemble des conditions d'investissement.

En matière de régulation des télécommunications, l'interconnexion entre différents réseaux se matérialise par des contrats librement négociés entre les différents exploitants de réseaux de télécommunications⁸. Il s'agit de conventions décrivant les conditions techniques et financières des prestations de services d'interconnexion. Ces conventions sont la traduction contractuelle de l'obligation posée par la loi faite aux exploitants de réseaux ouverts au public de faire droit aux demandes d'interconnexion raisonnables⁹.

⁶ - E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse, Université Paris X-Nanterre, 1994, p. 4

⁷ -Cf. L. Idot, "Une nouvelle évolution de la notion d'entente en droit communautaire, l'affaire du Polypropylène", *Rev. Europe*, déc. 1991, p.3 ; L. Vogel, "Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence", *J.C.P. éd. E.* 1991, I, n°96.

⁸ - En cas de désaccord dans la conclusion du contrat, les opérateurs peuvent saisir l'arbitrage de l'autorité de régulation.

⁹ -Le droit sectoriel oblige les opérateurs à la mise en place de conventions d'interconnexion. Ce sont des conventions de droit privé dénommées sous les appellations de « *contrats, conventions ou accords d'interconnexion* ». Leur objet est de déterminer, dans le respect de la réglementation des télécommunications, les conditions techniques et financière de l'interconnexion entre les exploitants concernés ; comme elle sanctionne les rapports de chaque opérateur avec chacun des autres. Ces conventions sont soumises à l'approbation de l'autorité de régulation qui vérifie si les conditions techniques de l'interconnexion sont réunies et si les principes tarifaires du catalogue d'interconnexion ont été respectés. Pour plus de détails sur le sujet, V. N. Berri, *Les Télécommunications : textes annotés*, éd. Berri, Béjaia 2015.

En application de la loi sectorielle, le décret sur l'interconnexion prévoit que les opérateurs sont tenus de donner suite aux demandes d'interconnexion formulées par d'autres opérateurs et les prestataires de services, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires¹⁰ ; le refus de la demande devant être motivé par des raisons objectives d'impossibilité techniques majeures¹¹.

La régulation de l'interconnexion est l'occasion de constater la grande part que prend le droit privé dans la régulation des télécommunications, par le fait que les accords d'interconnexion, qualifiés de "conventions d'interconnexion", sont des conventions de droit privé. Ainsi, la technique contractuelle de droit privé fait son entrée dans un secteur anciennement régi par le droit public¹².

Toutefois, au nom de l'ordre public, on peut évoquer une limite du rôle de la volonté en droit de la concurrence en ce sens qu'un opérateur doit conventionner ou contracter.

B- L'ordre public concurrentiel, une limite à la liberté contractuelle !

L'une des caractéristiques du droit de la concurrence est d'être un droit d'ordre public. Celui-ci soumet la volonté contractuelle à une logique qui lui est étrangère ; une ingérence dans les relations contractuelles est alors permise¹³. A cet égard, le code civil algérien prévoit qu'on ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs par des conventions particulières¹⁴. A l'origine, intéressant la morale et la politique, le droit contemporain a étendu l'acceptation d'ordre public à la sphère sociale et économique. Cette notion a ainsi évolué en fonction des mutations qui ont affecté les missions dévolues à l'administration que l'on pourrait résumer en un passage de l'Etat gendarme à l'Etat providence. Siège de l'ensemble des règles impératives par lesquelles l'Etat intervient dans l'économie,

¹⁰ - Art. 5 du décret exécutif n° 02-156 du 9 mai 2002, fixant les conditions d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications, *JORA* n° 35 du 15 mai 2002, p.9

¹¹ - Voir, l'article 25§3 de la loi n° 18-04 du 13 mai 2018 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques, *JORA* n° 27 du 13 mai 2018. L'article 6 du décret précité précise qu' " *Une demande d'interconnexion ne peut être refusée que lorsqu'elle ne peut être satisfaite sur la base du catalogue d'interconnexion dûment approuvé par l'autorité de régulation. Dans ce cas, ou lorsque l'offre est jugée insatisfaisante, le demandeur peut saisir l'autorité de régulation*" cette dernière " *rend une décision motivée dans un délai de 30 jours à compter de sa saisine par le demandeur d'interconnexion, après avoir invité les deux parties à présenter leurs observations...*".

¹² - Toutefois, la question se pose à propos du caractère privé de ces conventions d'autant que la fonction de régulation intervient selon un autre mode opératoire dans ce domaine : le règlement des litiges. En cas d'échec des négociations commerciales, la convention est communiquée à l'autorité de régulation, qui peut en modifier le contenu et régler le litige par décision. Ensuite, il revient au juge administratif d'en apprécier la légalité sans trancher sur le fond.

¹³ - Cf. E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, *op.cit*, p. 4

¹⁴ - Le même cas est relevé s'agissant du droit français. Cf. art. 6 du code de commerce français, www.legifrance.gouv.fr

l'ordre public économique n'est plus une exception mais « *constitue la qualification normale des législations nouvelles* »¹⁵.

L'ordre public économique prend deux aspects : « *ordre public de protection destiné à protéger des catégories faibles – consommateur, entrepreneur, locataires etc.* » et ordre public de direction « *destiné à transmettre aux différents rouages de l'activité économique que décide l'Etat lorsqu'il opte pour un système dirigiste – politique des prix qui se traduit par le droit de la concurrence* »¹⁶. Toutefois, depuis la consécration du principe de la libre concurrence, l'ordre public de direction économique a connu une évolution sans précédent ; « *c'est un nouvel ordre économique : le droit de la concurrence pose le principe de l'économie de marché, mais une économie qui est soumise à un contrôle* »¹⁷. En conséquence, une expression est apparue sous la plume du Professeur Antoine PIROVANO faisant s'entrelacer l'ordre et la concurrence sous le concept d'ordre concurrentiel¹⁸. Le système juridique, en essayant d'apporter les outils les plus adaptés, s'est d'abord doté du droit de la concurrence puis – *dans le cadre de la libéralisation des secteurs clés de l'économie*- a fait appel à la régulation sectorielle, manifestation d'une sorte d'expansionnisme du droit économique sommé de contrôler, comme il le peut, l'épanouissement de l'ordre concurrentiel ; c'est ce qui est appelé l'ordre régulateur¹⁹. C'est l'ensemble de règles « *Régulateurs* » tendant à faire émerger de la concurrence. Autrement, c'est le mécanisme idéal d'introduction des activités économiques de l'Etat, y compris les services publics, à la concurrence. La majorité de telles activités soumises, désormais, aux lois du marché sont sous le contrôle des autorités des marchés.

Ici, l'autorité générale du marché fait plus confiance aux règles du droit commun et met l'accent sur la liberté des acteurs économiques. Elle intervient en principe dans un deuxième temps, une fois que l'intensité de la concurrence se trouve infléchie pour sanctionner les atteintes au libre jeu concurrentiel et corriger les effets qui l'entravent. Son intervention vise dès lors la protection de la concurrence comme processus dont la sauvegarde ne passe pas nécessairement par la survie de tous les

¹⁵ - Cf. M.M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public Régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 261-289, Cf. p.262

¹⁶ - M.C. Vincent-Legoux, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Puf, (les grandes thèses du droit Français), Paris, 2001, p.349.

¹⁷ - P. Malaurie, « La notion d'ordre public économique », *RCC*, n° 83, 1995, p. 48

¹⁸ - A. Pirovano, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union- Européenne », in R. Charvin & A.Guesmi, (s/dir.), *L'Algérie en mutations : instruments juridiques de passage à l'économie libérale*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 19.

¹⁹ - Cf. N. Berri, « L'ordre régulateur : essai sur l'émergence d'un concept ! », *RARJ* n° 1, 2015, pp. 522-548

concurrents. L'autorité sectorielle est plus encline à intervenir directement sur le marché, voire se substituer aux forces du marché en présence de défaillances²⁰.

La transition des marchés passe avant tout par la libre négociation des accords bilatéraux. Le régulateur doit intervenir uniquement lorsqu'un échec est constaté dans la négociation bilatérale des termes de l'accord entre deux opérateurs²¹. Les relations que noue, par exemple, le gestionnaire de réseau de télécommunications avec ses partenaires sont purement conventionnelles. Pour autant, l'affirmation légale de la liberté contractuelle masque difficilement la part prise par un ordre public économique qui confère à l'Etat une extraordinaire puissance ; celle-ci constituant un paradoxe au moins apparent si l'on admet que le droit de la régulation s'est bâti sur le double fond du retrait de l'Etat et de la montée en puissance du marché concurrentiel. De nombreux textes régissant les relations entre opérateurs fourmillent de dispositions propres à borner cette liberté. Il en va d'abord ainsi en matière tarifaire : le principe de liberté des prix est largement remis en cause. La liberté de contracter ou de ne pas contracter est mise à mal : un opérateur est tenu de contracter avec une personne qui en fait la demande. Le refus de contracter n'a rien de souverain : il doit être motivé, ce qui postule son contrôle²². Et ce ne sont là que des exemples démontrant que le droit de la régulation est lardé de dispositions qui entravent la liberté des contractants. Pour le coup, nous sommes très loin du contrôle des prix opéré ordinairement par le juge. Ce qui permet certes de parler d'exacerbation, en matière de droit de la régulation, des tendances lourdes de la théorie générale du contrat, mais peut-être d'aller au-delà en posant l'hypothèse d'une contradiction interne au droit des secteurs régulés²³. Le législateur a certes ouvert le secteur à la

²⁰ - B. Lasser, « Le contrat, entre régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in M.-A. Frison-Roche, *Droit et économie de la régulation*, presses de Sciences Po, Paris 2006, pp. 239-251.

²¹ - Au sens de l'article 8 du décret exécutif n°02-156 sus cité, l'autorité de régulation peut, outre sa prérogative d'approbation des conventions d'interconnexion entre opérateurs, demander aux parties d'apporter des amendements à la convention d'interconnexion c'est-à-dire, elle dispose d'un contrôle *a priori* sur ses conventions. Ceci réduit considérablement, sa compétence d'arbitrage en matière d'interconnexion, compétence qu'elle exerce sans partage. On se demande alors, pourquoi doter le régulateur d'un tel pouvoir puisqu'il exerce un contrôle sur les conventions d'interconnexion avant leur approbation et leur mise en œuvre. D'un autre côté, ce contrôle des tarifs est justifié d'une part, par les impératifs de la préservation de l'ordre public économique, dont la protection du consommateur et d'autre part, par la nature des conventions d'interconnexion.

²² - Cf. A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité*, L.G.D.J, Paris, 2002, p.282

²³ - Sur ce point, un auteur écrit "*le droit des secteurs régulés, vu sous l'angle de la théorie générale du contrat, marque un retour au dirigisme étatique, mais un dirigisme qui ne se présente plus tout à fait sous les mêmes traits ; le contrôle de l'administration est toujours aussi prégnant, mais il s'opère par le biais des organes de régulation et très largement au nom de l'efficacité économique*", C. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *Rec. Dalloz*, 2005, p. 2342

concurrence, mais dans des conditions qui manifestent la prégnance de l'ordre public économique²⁴.

II-La régulation de l'équilibre contractuel : la volonté contractuelle confisquée ?

Le contrat en matière de régulation et de concurrence est souvent conclu pour une longue durée, il est de ce fait incomplet par nature et donc « *exposé à un hold-up contractuel* »²⁵. Dans le cas d'une relation contractuelle purement privée, la possibilité d'envisager un correctif est souvent aisée, mais une convention en matière d'investissement dont la rigidité est frappante, ne peut bénéficier d'une telle flexibilité.

De ce fait, l'institution d'autorités de régulation indépendantes garantit une régulation de l'équilibre économique du contrat sur la base d'une expertise technique (A). L'intervention des autorités de régulation doit, également, consolider la relation contractuelle en ce sens qu'elles sont chargées d'une mission d'arbitrage ce qui permet aux opérateurs du marché d'échapper au juge (B).

A- L'intervention *ex ante* des autorités du marché sur le contrat

L'adoption de l'économie de marché s'accompagne nécessairement de nouveaux outils de régulation. En effet, l'Etat, en abandonnant les catégories juridiques classiques, embrasse celles propres au droit libéral. L'Etat ne se contente pas d'importer les règles matérielles occidentales, l'ordre juridique interne est également envahi par une nouvelle catégorie d'institutions qui sont les autorités de régulation indépendante chargée principalement d'une mission de régulation sectorielle²⁶.

²⁴ - S'agissant de ce point précis, la Cour de Cassation Française a rendu un arrêt célèbre dans le domaine des télécommunications. Dans l'affaire opposant France Télécom et Paris TV câble (SLEC) ; France télécom, gestionnaire du réseau, qui se plaignait de l'atteinte excessive portée à ses prérogatives contractuelles, autrement dit de l'atteinte portée au principe de l'autonomie de la volonté, la Cour a répondu "*que s'agissant des prérogatives contractuelle, les restrictions qui y sont apportées ont été voulue par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'autorité de régulation, dans l'exercice des prérogatives de puissance public, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications*". V. « Conditions d'ouverture des réseaux câblés aux services de télécommunications : Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris », *AJDA* 1998, p. 835. De même, en droit algérien et français, le législateur a expressément limité la liberté contractuelle afin de préserver l'ordre public économique. V. Dispositions de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 2 juillet 2008, modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, *JORA* n° 46 du 18 août 2010.

²⁵ - F. Marty, « Régulation par contrat », www.gredeg.cnrs.fr/working-papers.html

²⁶ - Cf. R. Zouaïmia, *Droit de la régulation économique*, éd. Berti, Alger, 2006, p. 5

En application de la nouvelle orientation économique, le législateur procède donc à la refonte d'un ensemble de textes juridiques destinés à assurer la démonopolisation et l'ouverture à la concurrence de multiples activités économiques dont certaines sont considérées traditionnellement comme étant le siège de services publics²⁷. Ces secteurs dont la régulation relève désormais d'une autorité de régulation sont, entre-autres : la poste et les télécommunications²⁸, les tabacs²⁹, les mines³⁰, l'électricité et le gaz³¹, les hydrocarbures³², les ressources hydrauliques³³, les assurances³⁴, la bourse des valeurs mobilières³⁵, le secteur bancaire³⁶... La notion régulation en Algérie est donc liée à l'émergence de tels organes dans l'architecture administrative du pays.

La régulation est liée à la libéralisation de l'activité économique et l'ouverture à la concurrence des services publics. Il était donc impératif que les autorités de régulation, assurant la transition du monopole à la concurrence, soient chargées d'une mission de « modulateurs » des contrats. A cet effet, on a plus tendance à parler de régulation de la concurrence que d'une régulation tout court. Il s'agit en effet, d'un processus de mise en concurrence par des autorités de concurrence sectorielles.

Ainsi, le droit de la régulation permet aux autorités sectorielles une intervention *ex ante* sur le marché régulé par contrat. Celui-ci formalise le passage du monopole à la concurrence par une contractualisation de prestation jusqu'à alors

²⁷ - Cf. R. Zouaïmia, *Droit de la régulation économique*, *op.cit*, p. 10

²⁸ - Loi n° 2000-03 du 05 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06-08-2000 (modifiée et complétée), remplacée par la loi n° 18-04 du 13 mai 2018 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques, *JORA* n° 27 du 13 mai 2018.

²⁹ - Loi n° 2000-06 du 23 décembre 2000 portant loi de finances pour 2001, *JORA* n° 80 du 24-12-2000 (Art. 33), décret exécutif n° 04-331 du 18 octobre 2004 portant réglementation des activités de fabrication, d'importation et de distribution de produits tabagiques, *JORA* n° 66 du 20 octobre 2004.

³⁰ - Loi n° 2001-10 du 3 juillet 2001 portant loi minière, *JORA* n° 35 du 04-07-2001, modifiée et complétée par ordonnance n° 07-02 du 1^{er} mars 2007, *JORA* n° 16 du 7 mars 2007.

³¹ - 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.

³² - Loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-10 du 29 juillet 2006, *JORA* n° 48 du 30 juillet 2006, modifiée et complétée par loi n° 13-01 du 20 février 2013, *JORA* n° 12 du 24 février 2013.

³³ - Loi n° 05-12 du 4 août 2005 relative à l'eau, *JORA* n° 60 du 4 septembre 2005, modifiée et complétée par ordonnance 08-03 du 23 janvier 2008, *JORA* n° 04 du 27-01-2008, modifiée et complétée par ordonnance n° 09-02 du 22 juillet 2009, *JORA* n° 44 du 26-07-2009

³⁴ - Loi n° 06-04 du 20 février 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n° 95-07 du 25 Janvier 1995 relative aux assurances, *JORA* n°15 du 12 mars 2006 (rectificatif in *JORA* n°27 du 26 avril 2006). Modifiée et complétée par ordonnance n° 10-01 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, *JORA* n° 49 du 29-08-2010.

³⁵ - Décret législatif n° 93-10 du 23-05-1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, modifiée et complétée, *op.cit*

³⁶ - Ordonnance n°03-11 du 26-08-2003 relative à la monnaie et au crédit, modifiée et complétée, *op.cit*

interne à l'opérateur historique³⁷. Dans la régulation, le contrat peut être appréhendé comme une technique d'incitation des agents économiques à l'entrée sur le marché régulé. C'est ce que le Professeur Bruno Lasser appelle « le contrat-incitation »³⁸. Il en est ainsi en matière de régulation des télécommunications où l'ARPC (anciennement ARPT) intervient pour fixer les conditions d'interconnexion. Elle peut également intervenir *ex post* pour apporter des correctifs aux obligations contractuelles des opérateurs du marché. Ici, le régulateur met l'accent sur les contrats régulés, i.e. ceux conclus entre agents économiques afin d'accéder aux infrastructures essentielles. L'opérateur historique, détenteur de l'infrastructure, doit permettre l'accès à l'infrastructure aux opérateurs alternatifs, le tout sous le contrôle attentif de l'autorité de régulation sectorielle qui reste acteur décisif dans ce jeu contractuel à la différence du Conseil de la concurrence qui s'intéresse aux contrats dans leur globalité (contrat de vente, de distribution...).

Le régulateur sectoriel s'intéresse donc aux « *détails contractuels* » et peut être le faiseur de contrat. Dans ce contexte, et dans le cadre d'un recours portant sur l'exercice par l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (France) de ses pouvoirs de régulation *ex ante*, le Conseil d'Etat Français a rendu le 11 juin 2014 une décision essentielle quant aux pouvoirs de l'ARCEP sur un marché déterminé mais également quant à l'applicabilité aux contrats en cours des obligations imposées par cette autorité de régulation. En l'espèce, la décision n° 2012-1137 du 11 septembre 2012 de l'ARCEP, objet du recours déposée par quatre sociétés, portait sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertzienne terrestre des programmes télévisuels en mode numérique, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur. Par cette décision, l'ARCEP a notamment conclu à la nécessité d'imposer à TDF que " *les conventions en vigueur qui ne respectent pas les dispositions de la présente décision soient mises en conformité avec celles-ci dans les deux mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente décision* ". La validation par le Conseil d'Etat de cette faculté d'imposer la modification des contrats en cours constitue l'un des principaux apports de cet arrêt³⁹. En Algérie, l'autorité de régulation des télécommunications a essayé, dans une décision rendue en 2009, d'appliquer l'article 10 du code civil ayant trait à l'équilibre contractuel⁴⁰. Dans des

³⁷ - B. Lasser, « Le contrat, entre régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », *op.cit.*

³⁸ - Ibid. p. 246. Pour le l'auteur, l'autorité de régulation développe un « esprit de négociation » avec les opérateurs afin d'imposer une contrepartie.

³⁹ - P. Sultan, « La consécration du pouvoir de modification des contrats en cours de l'ARCEP au titre de la régulation *ex ante* », *Revue Lexbase Hebdo édition publique* n°339 du 10 juillet 2014, www.earthavocats.com/

⁴⁰ - Décision n° 39/SP/PC/ARPT/05 du 25-10-2005 relative au litige opposant le fournisseur de service Internet/Réseau télécoms SARL IPAT à Algérie télécom sur la modification des dispositions d'une convention de partenariat ADSL. Elle a justifié le rejet de la saisine en se référant aux articles 106, 107 et l'article 110 du code civil qui concerne le contrat d'adhésion et la compétence du juge judiciaire à modifier son contenu afin de rétablir l'équilibre contractuel. Pour plus de détails sur la

conditions similaires, l'autorité de régulation peut se substituer, en cas de litige, au contractant en fixant les variables techniques et financières de l'échange de prestations entre agents économiques. Le pouvoir arbitral confié à quelques autorités de régulation est ainsi propice pour intervenir directement dans l'équilibre contractuel entre les parties. En effet, ce pouvoir permet à l'autorité de régulation d'identifier le déséquilibre et y remédier en imposant sa logique régulatrice.

La consécration d'une régulation indépendante implique que les autorités qui la mettent en œuvre soient indépendantes de l'Etat, entendu comme l'appareil des administrations, notamment ministérielles, susceptibles de troubler le libre jeu des initiatives privées. Elles sont appelées à faire écran entre l'Etat et le marché pour deux raisons qui se combinent. D'abord parce que, dans l'optique libérale, toute intervention publique est *a priori* suspecte et de nature à affecter le libre jeu de la concurrence, ensuite et surtout, parce que le marché libéralisé accueille le plus souvent un opérateur historique sous la forme d'une entreprise publique, donc une entité économique contrôlée par l'Etat et vis-à-vis de laquelle il a des intérêts d'actionnaire à faire valoir dans des conditions exorbitantes du droit commun⁴¹.

B- La régulation *ex post* du contrat

Aujourd'hui, la régulation se présente comme la forme la plus moderne et la plus performante de l'intervention de l'Etat dans la gestion de l'activité économique⁴². Le droit de la concurrence d'une conception globale, "*veille à assurer l'équilibre des relations entre les acteurs de chaque marché et assure le maintien d'une concurrence effective pour l'ensemble des activités économiques*"⁴³. Quant à la régulation, elle est par hypothèse sectorielle, limitée à un seul secteur ou domaine d'activités⁴⁴, elle "*désigne une forme d'interventions des autorités publiques en amont de l'exercice d'une ou de plusieurs activités économiques liées, et qui a pour*

régulation des télécommunications en Algérie, voir, N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse, Université de Tizi-ouzou, 2014

⁴¹ - V. J.-L. Autin, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité*, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson, Presses universitaires de Grenoble, 2004, pp.439-450. Sur le sujet de l'indépendance des AAI, V. N. Berri & A. Aissaoui, « Quel avenir pour la régulation indépendante en Algérie ? », in, *Effectivité de la norme juridique, Mélanges en l'honneur du Professeur Zouâmia Rachid*, éd. BERRI, Béjaia, 2019, pp.74-96

⁴² - Elle se caractérise par l'originalité de ses méthodes fondées sur la négociation, la concertation et le dialogue avec les opérateurs économiques, qui sont l'œuvre d'institutions nouvelles « autorités administratives indépendantes ». Voir, L. Boy, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *op. cit.*

⁴³ - S. Nauges, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *AJDA*, 2007, p. 672.

⁴⁴ - R. Zouâmia, *Droit de la régulation économique*, *op. cit.* p. 84.

objet de créer les conditions d'une concurrence souhaitable dans ce secteur"⁴⁵. L'on peut déduire que les règles issues du droit de la régulation ne sont qu'une émanation du droit de la concurrence, qu'elles tendent à mettre en œuvre et à s'adapter aux spécificités d'un secteur précis⁴⁶. Elles n'ont donc jamais eu d'autre finalité que de tendre vers l'application des règles de concurrence. On aboutit donc à l'existence d'une régulation que l'on peut qualifier de verticale et d'une régulation horizontale en ce qu'elle intervient dans l'ensemble des secteurs économiques, qu'ils fassent ou non l'objet d'une régulation spécifique. Contrairement aux autorités sectorielles, le Conseil de la concurrence a pour mission de laisser fonctionner le contrat mais s'appuie sur la responsabilisation des opérateurs qui ne sont sanctionnés qu'*ex post* en cas d'atteinte à l'ordre concurrentiel. Une sanction qui a pour but de rétablir l'équilibre concurrentiel⁴⁷.

L'intervention du conseil de la concurrence doit être justifiée par le comportement délibéré des opérateurs et non imposé par les structures du marché. Le Conseil de la concurrence et les autorités sectorielles disposent de deux types d'interventions dans les structures des marchés : l'exemption et l'injonction. Ces deux mécanismes exorbitants du droit commun sont les moyens les plus significatifs dans le remodelage des contrats en la matière.

L'exemption qui n'est pas une mesure coercitive permet à l'autorité de concurrence la surveillance et le modelage du contrat. Quant à l'injonction, elle constitue un ordre de supprimer des clauses contractuelles et plus encore un ordre de contracter⁴⁸. Mais, l'annulation d'un contrat relève toujours de la compétence du juge.

Au-delà, il existe une cohabitation entre les deux systèmes de contrôle, entre l'*ex ante* et l'*ex post*. En effet, aux termes de l'article 39 de l'ordonnance relative à la concurrence tel que modifié et complété en 2008⁴⁹: "*Lorsque le Conseil de la concurrence est saisi d'une affaire ayant un rapport avec un secteur d'activité relevant du champ de compétence d'une autorité de régulation, il transmet immédiatement une copie du dossier à l'autorité de régulation concernée pour formuler son avis dans un délai n'excédant pas 30 jours. Dans le cadre de ses missions, le Conseil de la concurrence développe des relations de coopération, de concertation et d'échange d'informations avec les autorités de régulation*".

⁴⁵ - Voir, M. Bazex, « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Rev. conc. consom.* 2001, pp. 37-44, Cf. également, M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *op. cit.* p. 7-15

⁴⁶-A. Gosset-Grainville, « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », in M.-A. Frison-Roche (s/dir.), *Les risques de régulation*, *op.cit.*, pp. 151-159, Cf. p.157.

⁴⁷ - Cf. B. Lasser, « Le contrat, entre régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », *op.cit.*, p.241

⁴⁸ -Cf. E. Claudel, *Ententes anticoncurrentiel et droit des contrats*, *op.cit.*, p. 16

⁴⁹ - Art. 39 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, tel que modifié et complété par la loi n° 08-12, *op.cit.*

Conclusion

En matière de régulation, le contrat peut être vu comme un mécanisme d'introduction de l'activité économique à la concurrence. La régulation est le cadre privilégié au développement des « contrats régulés » ; elle est, en même temps, un champ de limitation de la liberté contractuelle. Une limitation justifiée par les impératifs de l'ordre public « *régulatoire* ».

Concurrence et contrat peuvent être considérés comme complémentaires. Ils peuvent, en certains points, vivre en symbiose. Le droit de la concurrence est le champ privilégié de l'épanouissement de la liberté contractuelle. Pour préserver l'ordre public économique, le législateur a prévu quelques garde-fous en matière de concurrence, repris du droit des contrats, dont la possibilité d'annulation partielle ou totale du contrat entaché d'illégalité ou d'atteinte à l'ordre public économique⁵⁰. Le conseil de la concurrence applique le droit de la concurrence dont l'objectif est de prévenir la mise en œuvre des pratiques contraires à l'ordre public économique, même lorsque ces pratiques résultent d'une entente ou d'une convention entre les parties⁵¹. De ces quelques observations, il est permis de conclure que le contrat est le sujet commun entre la régulation et la concurrence.

⁵⁰ - Voir, l'article 13 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, *op.cit*

⁵¹ - Voir, Conseil de la concurrence Français, avis n° 96-A-04 du 13 mars 1996 relatif à une demande d'avis sur le projet de loi de réglementation des télécommunications, www.autoritedelaconcurrence.fr, Voir, dans ce sens également, Arrêt de la Cour d'appel de Paris, C-A Paris, 8 septembre 1998, *Coca-cola et Orangina*, aff. 1997/04714.