

Le juge administratif face au droit de la concurrence

AREZKI Nabila, M A "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.
Email : nabila.arezki@gmail.com

Résumé:

Si le législateur opte pour le transfert de compétences d'une partie du contentieux de la concurrence au profit du juge judiciaire, cela ne signifie nullement que le juge administratif est étranger à l'application du droit de la concurrence. Le juge a gardé compétence pour recevoir les recours exercés contre les décisions de concentrations économiques du Conseil de la concurrence. Il est appelé, en outre, à appliquer les dispositions du droit de la concurrence dans le bloc de la légalité des actes administratifs, et pour statuer sur les pratiques restrictives de concurrence de personnes publiques liées à une mission de service public ou à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Toutefois, la confrontation entre le juge administratif et le corpus concurrentiel suscite des interrogations sur l'expertise du juge administratif dans l'application du droit de la concurrence.

Mots-clés :

Juge administratif, concurrence, service public, intérêt général, analyse économique, expertise.

The administrative Judge in the opposition of the competition law

Abstract :

If the legislator opts for the transmission of a part of the dispute of the competition for the benefit of the judicial judge, it doesn't mean that the administrative judge is foreign with care of the competition law. The judge keep competence to receive the recourses exercised against the decisions of economic concentrations of the Competition Council. It is, called to apply the measures of the competition law in the block of the legality of administrative acts, and to rule on the restrictive practices of public persons' competitors connected to a mission of public service or to an exercise of privileges of public authorities. However, the confrontation between the administrative judge and the competitive corpus arouses questioning on the expertise of the administrative judge in the application of the competition law.

Keywords:

Administrative judge, competition, public service, general interest, economic analysis, expertise.

القاضي الإداري في مواجهة قانون المنافسة**المخلص:**

ان كان المشرع قد اختار تحويل جزء من منازعات المنافسة للقاضي العادي، فهذا لا يعني بتاتا استبعاد القاضي الإداري من تطبيق قانون المنافسة. فالقاضي يحتفظ باختصاصه في الفصل في الطعون ضد قرارات التجميعات الاقتصادية الصادرة من مجلس المنافسة. كما يتولى إضافة، تطبيق أحكام قانون المنافسة عند النظر في مشروعية القرارات الإدارية، وعند الفصل في الممارسات المقيدة للمنافسة للأشخاص العمومية المرتبطة بأداء مهام مرفق عام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

لكن، تبقى المواجهة بين القاضي الإداري و النظام التنافسي تثير إشكالات في مدى خبرة القاضي الإداري في تطبيق أحكام قانون المنافسة.

الكلمات المفتاحية:

القاضي الإداري، المنافسة، المرفق العام، المصلحة العامة، التحليل الاقتصادي، الخبرة.

Introduction

Le Conseil de la concurrence- autorité administrative indépendante- est une institution chargée de garantir le respect de l'ordre public économique et réprimer les pratiques restrictive de concurrence. Néanmoins, si cette autorité assure une mission de régulation sur le marché, elle n'est pas l'unique protectrice de la concurrence, une telle mission ne peut remplacer le rôle du juge : juge complément du régulateur/ ou juge contrôleur du régulateur-le régulateur n'est point un juge et le juge ne saurait être un régulateur¹.

Dans cette optique, le législateur a octroyé aux tribunaux administratifs et judiciaires un rôle important dans l'application du droit de la concurrence et la mise en œuvre de la politique de la concurrence qui se manifeste par le contrôle des décisions du conseil de la concurrence et le contrôle des actes de puissance publique au regard du droit de la concurrence.

Il est toutefois pertinent de relever que, le phénomène de l'application du droit de la concurrence par le juge administratif se rattache au problème général des relations entre sphères publique et privée. En se restreignant à des aspects techniques : celle de la compétence du juge administratif pour appliquer le droit de la concurrence, et celles des moyens dont il dispose pour pénétrer le monde des affaires. Le droit de la concurrence ne touchant l'administration que par ricochet. Le juge

¹ - Renaud DENOIX de SAINT MARC, "Régulateurs et juges : Introduction générale", in *les régulations économiques légitimité et efficacité*, (S/dir) Marie Anne FRISON-ROCHE, Vol. I Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp.113.117.

administratif a la lourde tâche d'apprécier l'action administrative à travers le prisme du comportement d'opérateurs économiques². Ce qui nous amène à s'interroger sur l'office du juge administratif pour faire face au droit de la concurrence ?

I- Le juge administratif juge naturel du contentieux de la concurrence

Le juge administratif est le juge naturel de l'action administrative. Il a une compétence normale pour connaître de l'activité de l'administration, et notamment de celles des autorités administratives indépendantes. En effet, à l'exception de certaines décisions de l'autorité générale de concurrence, la plupart des textes institutifs d'autorités administratives indépendantes en Algérie confèrent la compétence du contrôle de leurs décisions au juge administratif, soit le Conseil d'Etat³. Une telle attribution évoque des problématiques juridiques sur la compétence du juge administratif en matière de concurrence, un contentieux dérogatoire au contentieux administratif classique (A) et suscite à s'interroger sur les limites de la compétence du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, notamment suite au transfert d'une partie de ce contentieux au juge judiciaire, un contentieux éparpillé entre deux ordres de juridictions (B).

A-Problématique juridique de la compétence du juge administratif ?

Si les textes institutifs des autorités administratives indépendantes en général et relatif à la concurrence en particulier, renvoient les recours contre leurs décisions au juge administratif, cela ne peut s'opérer sans soulever quelques problématiques quant à l'attribution de la compétence au Conseil d'Etat par un texte ordinaire (1). Du transfert de compétence au profit du juge judiciaire, une compétence du juge administratif désormais étreinte en matière de concurrence (2). Et enfin un régime dérogatoire au contentieux administratif classique représentant ainsi : un contentieux administratif spécifique (3).

1- De l'incertitude de la compétence du Conseil d'Etat ?

En matière de concurrence, l'article 19 de l'ordonnance de 2003 renvoie expressément les recours contre les décisions de rejet de concentration devant le Conseil d'Etat. Or les compétences du Conseil d'Etat, sont fixées par l'article 9 de la loi organique n°98-01 ayant trait aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat⁴ comme suit : "*Le Conseil d'Etat connaît en premier et dernier ressorts des recours en annulation, en interprétation et en appréciation de la légalité formés contre les actes administratifs émanant des autorités*

² - Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J, Paris, 2005., p.157.

³ - A titre d'exemple l'article 17 de la loi n°2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06 août 2000 modifiée et complétée par loi n°06-24 du 26 décembre 2006, portant loi de finances pour 2007, *JORA* n° 85 du 26 décembre 2006, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014, portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014 ; l'article 139 de la loi n° 02-01 du 5 février 2001 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, *JORA* n° 8 du 6 février 2002... etc.

⁴ - Loi organiques n° 98-01 du 30 mai 1998 relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, *JORA* n° 37 du 1^{er} Juin 1998. Modifiée et complétée par loi organique n°11-13 du 26 juillet 2011, *JORA* n°43 du 03 août 2011.

administratives centrales, des institutions publiques nationales et des organisations professionnelles.

Il connaît également des affaires que lui confèrent des textes particuliers»

Ce texte suscite quelques interrogations sur la vraie compétence du Conseil d'Etat à recevoir de tels recours, dans la mesure où il n'englobe pas expressément les recours en annulation formés contre les décisions des A.A.I, on s'interroge dès lors sur la place de ces autorités dans ce texte ?

Selon une analyse du Professeur ZOUAIMIA, ces autorités peuvent être rangées dans la catégorie *des institutions publiques nationales*, dans la mesure où la première catégorie vise l'administration centrale de l'Etat, constituée par l'ensemble des autorités qui forment le pouvoir exécutif, et la deuxième vise les ordres professionnels (notaires ; avocats; médecins, pharmaciens...) ⁵. Le Conseil d'Etat ne peut donc être compétent des recours en annulation contre les décisions rendues par les autorités administratives indépendantes, que si l'on admet qu'elles rentrent dans la catégorie des institutions publiques nationales, étant exclu qu'elles soient rangées dans les deux premières ⁶.

2- La juridiction administrative partiellement dépossédée : un transfert au juge judiciaire injustifié

Dès 2003, le juge judiciaire se voit attribuer la compétence du contrôle d'une partie du contentieux de la concurrence- les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence en matières de pratiques restrictives de concurrence-.Le transfert de compétence du juge administratif au juge judiciaire ouvre le débat autour de la notion du litige administratif, en ce qu'il pose une exception à la compétence de principe des juridictions administratives. S'avère alors la nécessité de s'interroger, sur le fondement juridique d'un tel transfert ?

2.1.- La bonne administration de la justice : fondement de transfert de compétence juridictionnelle au droit comparé

En l'absence de justification en droit algérien du transfert de compétences au profit du juge judiciaire, il est pertinent de faire référence aux décisions du Conseil constitutionnel français en la matière ⁷.

⁵ - Voir, Rachid ZOUAÏMIA, "Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien", *Revue Idara*, n°29,2005, pp. 5-48. Voir également Rachid ZOUAÏMIA, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, édition Belkeise, Alger, 2012, pp.213-220.

⁶ - Le code de procédure civile et administrative –loi ordinaire- fixe également les compétences du Conseil d'Etat (art. 901 à 903). Il prévoit à l'art. 901§2 que le Conseil d'Etat "Connait également des affaires que lui confèrent des textes particuliers", ainsi, il reconnaît implicitement la compétence du Conseil d'Etat à recevoir les recours contre les décisions des autorités administratives indépendantes. Désormais, il est inutile de chercher à justifier sa compétence en les introduisant dans la catégorie des "institutions publiques nationales". De telles dispositions restent toutefois entachées d'inconstitutionnalité en ce que l'article 153 de la Constitution réserve à la loi organique le soin de fixer les attributions du Conseil d'Etat. Ce dernier reste ainsi lié, s'agissant de ses compétences, par les dispositions de la loi organique du 30 mai 1998.

⁷ - Le législateur algérien a recours constamment aux dispositions du droit français, comme l'affirme un auteur en s'exprimant sur l'état des mutations que connaît l'économie algérienne : « *L'Algérie, comme la plupart des Etats du sud, malgré le caractère vivants de son nationalisme et les spécificités de sa culture, a eu constamment recours à des modèles extérieurs* ». V. Robert CHARVIN, "D'un modèle à l'autre : La part du Droit", in *L'Algérie en mutation : les*

A l'origine, les décisions du Conseil de la concurrence français relevaient de la compétence du Conseil d'Etat⁸, mais suite à l'édiction d'une loi sur la concurrence en date du 20 décembre 1986 qui modifie les articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le législateur opère un transfert de compétences juridictionnelles au profit de la cour d'appel de Paris, qui devient juge de droit commun en matière de concurrence. Suite à cela, un groupe de députés saisit le Conseil constitutionnel afin de se prononcer sur la conformité de la loi transférant à une juridiction de l'ordre judiciaire la compétence pour statuer sur les recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence⁹.

Le Conseil constitutionnel a rendu le 23 janvier 1987 une décision rappelant le principe fondamental de réserve de compétence au profit de la juridiction administrative à l'égard des actes des autorités publiques. Ce qui ne l'empêche pas de considérer que l'aménagement des règles de compétence juridictionnelle doit être "précis et limité", et dans un souci « de bonne administration de la justice » l'unification du contentieux de la concurrence sous l'autorité de la Cour de cassation, doit être admise¹⁰.

Le droit de la concurrence opère donc une synthèse entre les deux ordres juridictionnels classiques au profit de la Cour d'appel de Paris, qui se voit attribuer une mission de contrôle de régulation du système économique que sous-tend la liberté d'entreprendre. Selon la doctrine, la notion de bonne administration de la justice niche à deux endroits : d'abord dans la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, et ensuite dans la désignation des juges compétents au sein de chacun des deux ordres¹¹.

instruments juridiques de passage à l'économie de marché, (S/dir), Robert CHARVIN & Ammar GUESMI, éd. L'Harmattan, Paris, 2001, pp.19-48., Dans ce cas précis, le législateur algérien a franchi un pas supplémentaire pour étendre son mimétisme des dispositions de la loi française ayant trait au contentieux des décisions du Conseil de la concurrence. V. Rachid ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique*, Editions Houma, Alger, 2005, p. 124.

⁸ - V. L'article 15 de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986. www.legifrance.fr.

⁹ - Cette loi a reçu la bénédiction du Conseil constitutionnel, sauf en ce qui concerne le sursis à exécution qui n'existe pas dans la procédure civile et qui n'avait pas été aménagé dans ce premier texte du 20 décembre 1986. Voir, C. Const. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *RD*, n° 05, 1987, p. 1351, conc. Note. Yves GAUDEMET, voir également, Louis FAVOREU & Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999 pp. 701-702. La loi du 6 juillet 1987 transférant à la Cour d'appel de Paris le contentieux de la réformation des décisions du Conseil de la concurrence, permet enfin à la Cour de différer l'exécution d'une décision frappée d'un recours, qui n'est pas suspensif., ce texte est intégré dans le code de commerce français en vertu de l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000, *JORF* n°219 du 21 septembre 2000, modifiée et complétée par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n° 113 du 16 mai 2001.

¹⁰ - Pour la première fois, le juge constitutionnel affirme que le législateur peut aménager les règles de compétence juridictionnelle dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. , Voir, Petit SERGE, *Le contentieux judiciaire de l'administration*, éd. Berger-LEVRAULT, Paris, 1993, pp. 319-337

¹¹ - Nathalie LAVAL, "La bonne administration de la justice", *LPA*, n°160, 12 août 1999, p.14. Voir également, Olivier GABARDA, "L'intérêt d'une bonne administration de la justice", *RD*, n° 1, 2006, p. 153. Le législateur français a opéré des transferts de compétence au juge judiciaire du contentieux de plusieurs autorités de régulation, notamment l'autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (*ARCEP*) et le contentieux de la commission des opérations de bourse (*COB*). Les décisions répressives de la *COB* sont passibles d'un recours devant la cour d'appel de Paris, les décisions individuelles et réglementaires, devant le Conseil d'Etat.

2.2.- La difficile transposition du transfert de compétence en droit algérien

Le Conseil de la concurrence étant qualifié par le législateur d'autorité administrative de manière expresse¹², le contentieux de ses décisions devait relever en toute logique de la compétence du Conseil d'Etat, et ce à l'instar de celui des décisions émanant des autres autorités administratives. Toutefois, le législateur pose une exception en la matière, en ce qu'il donne compétence au juge judiciaire pour connaître des recours formés contre une partie de ses décisions en vertu des dispositions de l'article 63 de l'ordonnance relative à la concurrence, "**Les décisions du conseil de la concurrence concernant les pratiques restrictives de concurrence peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Cour d'Alger, statuant en matière commerciale ...**".

Le transfert de compétence tel qu'opéré dans l'article 63 ne s'applique pas en droit algérien sans poser quelques problèmes juridiques. En effet, de telles dispositions heurtent de front les dispositions de la Constitution de 1996, dont l'article 153 prévoit que "**L'organisation, le fonctionnement et les autres attributions de la Cour Suprême, du Conseil d'Etat et du tribunal des Conflits, sont fixé par une loi organique**"¹³. Dans la mesure où le législateur a opté pour la compétence du juge judiciaire en vertu d'une ordonnance approuvée par une loi ordinaire¹⁴, il a manifestement méconnu le principe de la hiérarchie des normes que consacrent les dispositions de la Constitution et qui détermine le rang des règles dans l'ordonnement juridique : au sommet la constitution ; au dessous les lois organiques, ensuite les lois ordinaires¹⁵. Seule une loi organique est susceptible de poser des exceptions à la compétence de principe du Conseil d'Etat, qui est déterminée par une loi organique et en conséquence, une loi ordinaire qui modifie la substance d'une loi organique est susceptible d'être entachée d'inconstitutionnalité.

En outre, la référence au principe de bonne administration de la justice ne peut être globale et ainsi intégrer tout les contentieux des autorités administratives indépendantes. Le transfert de compétences en droit algérien est opéré uniquement en matière de concurrence. En effet, après avoir confirmé que le recours des décisions du Conseil de la concurrence, prises dans le cadre de pratiques restrictives de concurrence, relèvent de la compétence de la Cour d'Alger statuant en matière

¹² - Selon l'article 23 de la loi n° 03-03 relative à la concurrence tel que modifiée et complétée par loi n° 08-12 op. cit. "**Il est créé une autorité administrative autonome, ci-après dénommée « Conseil de la concurrence**».....".

¹³ - Décret présidentiel n° 96-438 du 7 décembre 1996 relatif à la promulgation du journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire de la révision constitutionnelle adoptée par référendum du 28 novembre 1996, *JORA* n° 76 du 08-12-1996 complétée par loi n° 02-03 du 10 avril 2002 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 25 du 14 avril 2002 ; modifiée par loi n° 08-19 du 15 novembre 2008 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 63 du 16 novembre 2008, modifiée et complétée par loi n° 16-01 du 06 mars 2016 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 14 du 07 mars 2016.

¹⁴ - Loi n° 03-12 du 5 octobre 2003 portant approbation de l'ordonnance n° 03-03 du 19 /07/2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 64 du 26 octobre 2003.

¹⁵ - A plusieurs occasions, le Conseil constitutionnel algérien a relevé la suprématie de la loi organique sur les lois ordinaires que consacre la Constitution.- A titre d'exemple : Avis n° 10/A.R.I./C.C./2000 du 13 mai 2000 relatif à la conformité du règlement intérieur de l'assemblée populaire nationale à la constitution, *JORA* n° 46 du 30-07-2000., Avis n° 02/ A.LO/ CC/ 04 du 22 août 2004 relatif au contrôle de conformité de la loi organique portant statut de la magistrature à la constitution, *JORA* n° 57 du 8 septembre 2004., Avis n° 01/A.L.O/C.C./05 du 17 juin 2005 relatif à la conformité de la loi organique relative à l'organisation judiciaire à la constitution, *JORA* n° 51, 2005.

commerciale¹⁶ ; le législateur réaffirme qu'il relève des attributions du Conseil d'Etat de connaître le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence en matière de concentration économique¹⁷. Pourtant, il est erroné de comparer l'opération de concentration entre le droit algérien et le droit français ; ce dernier confère la compétence au ministre chargé de l'économie de prendre la décision de concentration et par conséquent, au juge administratif l'annulation ou la réformation de la décision du ministre¹⁸. Tandis que dans le cas algérien, c'est le Conseil de la concurrence qui prend la décision de concentration¹⁹ et non le ministre du commerce, ce qui change nécessairement la nature juridique de la décision et, à ce titre, aucun argument pertinent ne permet de morceler le contentieux de ses décisions²⁰.

Ainsi, la solution française de la compétence judiciaire ne peut être transposée de façon mécanique en droit algérien.

3 -Un régime dérogatoire au contentieux administratif classique

Le caractère spécifique ou dérogatoire de la procédure contentieuse devant le juge administratif se manifeste par rapport à la multiplicité des délais de recours (3.1); de la juridiction compétente : tribunal administratif ou Conseil d'Etat (3.2) ; et enfin de la problématique du sursis à exécution en matière de concurrence (3.3).

¹⁶ - Sont concernées, les ententes, des abus de position dominante, de l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique, des clauses d'exclusivité monopolistiques en matière de distribution, des pratiques de prix abusivement bas.

¹⁷ - L'article 19§3 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence prévoit que " *...la décision de rejet de la concentration peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat*".

¹⁸ - Un revirement s'est produit en droit français suite à l'édiction de la nouvelle loi dite de modernisation de l'économie. C'est la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui remplace le Conseil de la concurrence par l'Autorité de la concurrence (dont les missions sont également précisées dans l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 de modernisation de la régulation de la concurrence), V. Code de commerce français, www.legifrance.gouv.fr. L'article 96 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 transfère à l'Autorité de la concurrence des compétences jusque-là confiées au ministre de l'économie en ce qui concerne le contrôle de concentration. Dans l'architecture mise en place par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, le contrôle des concentrations économiques, relevait du ministre de l'économie qui prenait sa décision en s'appuyant éventuellement sur l'avis du Conseil de la concurrence, à condition de l'avoir sollicité. Aux termes de l'article L.430-1 du code de commerce définissant les critères juridiques d'une opération de concentration et l'article L. 430-2 fixant les seuils financiers, en termes de chiffres d'affaires, le ministre pouvait soit : constater par décision motivée, que l'opération projetée ne répondait pas aux critères définis par les articles L. 430-1 et L. 430-2. Soit autoriser l'opération éventuellement en la subordonnant, par décision motivée, à la réalisation effective des engagements pris par les parties. Soit, enfin, saisir pour avis le Conseil de la concurrence si l'opération projetée était de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements pris ne suffisaient pas à y remédier. Désormais, l'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir décisionnel en matière de concentration en lieu et place du ministre de l'économie ; lequel conserve toutefois la main. En effet, l'article L. 430-7-1 du code de commerce issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dispose d'une part que celui-ci peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération et d'autre part qu'il « peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence », lesquels motifs « sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi ». Voir, l'article L.430-7-1 du code de commerce français, op.cit.

¹⁹ - L'article 19§1 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence prévoit que "*Le Conseil de la concurrence peut, après avis du ministre chargé du commerce, autoriser ou rejeter, par décision motivée, la concentration*".

²⁰ - Voir, Rachid ZOUAIMIA, *Les autorités administratives indépendantes (...)*, op.cit, p. 132.

3.1.-La multiplicité des délais de recours devant le juge administratif

La question des délais de recours devant le juge administratif, contre les décisions des autorités administratives indépendantes en général reste entachée d'ambiguïté ; en ce que le législateur, à travers des dispositions spécifiques, détermine des délais multiples et hors du droit commun ; optant tantôt pour le mode de calcul en jours, tantôt en mois, et parfois reste carrément silencieux.

Dans la mesure où l'opérateur économique dispose d'un droit d'option : il peut saisir pour un contentieux de la concurrence le Conseil de la concurrence ou une autorité de régulation sectorielle s'il entre dans son secteur régulé, il sera confronté à des délais de recours différents. Concernant les décisions du Conseil de la concurrence, il y'a lieu de distinguer entre celles réprimant les pratiques restrictives de concurrence qui sont susceptibles de recours devant la Cour d'Alger statuant en matière commerciale dans un délai d'un mois et, de 20 jours lorsqu'il s'agit de mesures provisoires ; et celles relatives aux rejets de concentration économique qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. La loi reste toutefois muette sur le délai de recours contre ces décisions, et nous renvoi ainsi implicitement à l'application des dispositions du Code de procédure civile et administrative²¹.

Selon les dispositions du Code de procédure civile et administrative²², le délai de recours est de quatre (4) mois à compter de la date de la notification ; durant cette période la personne concernée par l'acte administratif peut adresser une réclamation à l'autorité administrative en cause (un recours administratif préalable)²³. Toutefois, si la personne décide d'intenter un recours administratif préalable, elle doit respecter les délais qu'il introduit, dans ce cas le recours n'est plus facultatif, en d'autres termes on se retrouve devant deux possibilités : si l'autorité administrative saisie d'une réclamation garde silence, pendant deux (2) mois à compter de sa notification, ce qui signifie une décision de rejet, l'intéressé dispose pour introduire un recours contentieux devant le Conseil d'Etat, d'un délai de deux mois à partir de la date d'expiration de cette période de silence (deux mois); en revanche, en cas de réponse à la réclamation, le délai de deux mois ne commence qu'à compter de la date de notification de rejet. En tout état de cause, le délai ne peut dépasser huit mois, une période qui s'avère tout de même un peu longue vu la nature économique du contentieux de la concurrence.

A savoir que le même délai s'applique concernant les recours relatifs aux pratiques restrictives de concurrence de personnes publiques devant le juge administratif soit le tribunal administratif soit le Conseil d'Etat.

S'agissant des délais de recours contre les décisions des autorités de régulation sectorielles, ils diffèrent d'une autorité à une autre, concernant les recours contre les décisions de la commission bancaire statuant en matière répressive ainsi que les

²¹ - Voir les articles 19 et 63 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée, op. cit.

²² - Voir, les articles 901, 829 à 832 du Code de procédure civile et administrative, op. cit.

²³ - Aujourd'hui le problème du recours administratif préalable ne se pose plus, dans la mesure où le code de procédure civile et administrative ne l'exige pas- devenu plutôt une procédure facultative- pour les recours devant le Conseil d'Etat. L'article 830, dispose que « La personne concernée par l'acte administratif peut adresser une réclamation à l'autorité administrative qui l'a rendu ... ».

décisions individuelles du Conseil de la monnaie et du crédit doivent être formées dans un délai de soixante (60) jours de la date de leurs notifications²⁴. Tandis que, les décisions de la chambre statuant en matière disciplinaire de la (COSOB) et celle du conseil de l'ARPT peuvent faire l'objet d'un recours dans un délai d'un mois à compter de leur notification²⁵. Quant aux décisions de la commission de régulation de l'électricité et du gaz, la loi se contente de préciser qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat sans en fixer les délais²⁶. On y applique donc le délai de quatre (4) mois tel que prévu par le code de procédure civile et administrative²⁷.

Enfin, pour éviter d'induire les plaignants en erreur, le législateur devra unifier les délais ainsi que la procédure de recours contre les décisions de l'ensemble des autorités administratives indépendantes.

3.2.- La juridiction compétente : tribunal administratif ou Conseil d'Etat ?

Si le juge administratif se voit compétent en matière du contrôle juridictionnel des décisions des autorités administratives indépendantes, en matière du contentieux de la concurrence il dispose de compétence plus élargit. En effet le juge administratif, en plus des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence relatives aux opérations de concentrations économiques qui s'opère devant le Conseil d'Etat au même titre que les recours contre les décisions des autorités sectorielles, il se voit compétent pour statuer sur les pratiques restrictives de concurrence de personnes publiques indissociables à l'accomplissement d'une mission de service public ou à l'exercices de prérogatives de puissance publique d'une part, et d'autre part le contentieux des marchés publics au regard du droit de la concurrence. A savoir que la juridiction compétence : tribunal administratif ou Conseil d'Etat, dépend de la nature de la personne publique :

-relève de la compétence du tribunal administratif dès que la personne publique auteur de la pratique restrictive de concurrence est l'Etat, la wilaya, la commune ou l'établissement public à caractère administratif²⁸.

²⁴ - Art. 107 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaires pour l'année 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009, modifiée et complétée par l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010, *JORA* n° 50 du 1er septembre 2010, modifiée et complétée par loi n° 13-08 du 30 décembre 2013 portant loi de finance pour 2014, *JORA* n° 68 du 31-12-2013, modifiée et complétée par loi n° 16-14 du 28 décembre 2016 portant loi de finance pour 2017, *JORA* n° 77 du 29-12-2016.

²⁵ - Art. 57 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières *JORA* n° 34 du 23 mai 1993, modifié et complété par l'ordonnance n° 96- 10 du 10 janvier 1996, *JORA* n° 03 du 14 janvier 1996 et loi n° 03-04 du 17 février 2003, *JORA* n° 11 du 19 février 2003 (rectificatif in *JORA* n° 32 du 7 mai 2003). ; Et art. 17 de la 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 modifiée et complétée par loi n°06-24 du 26 décembre 2006, portant loi de finances pour 2007, *JORA* n° 85 du 26-12-2006, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31-12-2014.

²⁶ - Art. 139 de la loi n° 2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, op. cit.

²⁷ - Art. 907, 829 à 832 du code de procédure civile et administrative, op. cit.

²⁸ - Art. 800 et 801 du code de procédure civile et administrative, op.cit.

- relève de la compétence du Conseil d'Etat dès que la personne publique auteur de la pratique restrictive de concurrence est une autorité administrative centrale, institution publique nationale ou une organisation professionnelle nationale²⁹.

3.3.- Problématique du sursis à exécution :

Les décisions administratives sont revêtues de l'autorité de la chose décidée, c'est-à-dire s'appliquent tant que le juge ne les a pas annulées³⁰. En effet, le caractère non suspensif du recours devant les juridictions administratives est fondé, en droit administratif, sur la théorie de « la décision exécutoire » thèse, selon laquelle l'administration peut procéder à l'exécution de ses propres décisions et n'a pas à se faire autoriser par le juge³¹. Il se fonde également sur le principe de la séparation de l'administration et de la juridiction. Quoique dans des cas extrêmes, cette exécution peut s'avérer néfaste aux intérêts économiques et financiers des requérants et comporter des effets irréparables dans le cas où elles seraient annulées par le juge, notamment lorsque ces décisions sont l'œuvre d'autorités administratives indépendantes³².

Si en France, le principe de sursis à exécution a une valeur constitutionnelle³³, en Algérie, les textes régissant les diverses autorités administratives indépendantes reprennent pour la plupart les mêmes dispositions³⁴ qui rejettent une telle garantie, dépossédant ainsi le juge d'un pouvoir d'appréciation que lui reconnaît le Code de procédure civile et administrative et qui, selon l'article 910 jouit de la faculté de surseoir à l'exécution des décisions attaquées³⁵.

S'agissant des décisions du Conseil de la concurrence, il faut distinguer entre celles qui relèvent du contrôle du juge judiciaire de celles du juge administratif. Pour la

²⁹ - Art. 09 de la loi organique n° 98-01 relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, op.cit.

³⁰ - Voir, Rachid ZOUAÏMIA & Marie Christine ROUAULT, *Droit administratif, Collection droit pratique*, Berti éditions, Alger, 2009, p.164. Le caractère non suspensif d'une décision signifie que les personnes sanctionnées par l'autorité de régulation doivent l'exécuter même s'ils exercent un recours juridictionnel.

³¹ - Voir, BENNACER Mohamed, "Les procédures d'urgence en matière administrative", *Revue Conseil D'Etat*, n° 04, 2003, pp.54-68.

³² - L'exemple le plus courant est celui du retrait d'agrément à une banque qui conduit à sa mise en liquidation et qui reviendrait à être annulé quelques années plus tard par le Conseil d'Etat ; comme l'exprime un auteur « la justice est rendue avec une grande lenteur et dans des conditions de délai qui privent quelques fois de tout intérêt pratiques les arrêts rendus », Jean-Louis AUTIN, "Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation", *RDJ*, 1988, tome 104, p. 1219.

³³ - "Compte tenu de la nature non juridictionnelle, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, les cas échéant, un sursis à exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense". Con. Const. n° 87-224 DC du 27 janvier 1987, 22^{ème} Cons.

³⁴ - A titre d'exemple : art. 107 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 aout 2003 relative à la monnaie et au crédit, op. cit. ; art. 17 de la loi n° 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, op. cit. ; Pour le cas de la CREG, la loi reste muette, voir art. 139 de la loi n° 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, op. cit. Voir l'analyse de Rachid ZOUAÏMIA, *Droit de la régulation économique*, op. cit, pp. 175-178 ; voir également, Pierre ARHEL, "Concurrence (Règles de procédure)", *Rép. Com. Dalloz, Recueil, V° Concurrence*, juin 2001, p. 34 et s.

³⁵ - L'article 910 du Code de procédure civile et administrative, renvoie aux dispositions applicables devant les tribunaux administratifs (art. 833-837), la même disposition était prévue à l'article 283§2 de l'ancien code de procédure civile, op. cit.

première catégorie, l'article 63 de l'ordonnance relative à la concurrence prévoit que *"le recours auprès de la Cour d'Alger n'est pas suspensif des décisions du Conseil de la concurrence. Toutefois, le président de la Cour d'Alger peut décider, dans un délai n'excédant pas quinze (15) jours, de surseoir à l'exécution des mesures préventives prévues aux articles 45 et 46 ci-dessus prononcées par le Conseil de la concurrence, lorsque des circonstances ou des faits graves l'exigent"*³⁶. Il a ainsi expressément reconnu une telle garantie aux justiciables. S'agissant de la deuxième catégorie, l'article 19 de la même loi se contente de prévoir qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, ce qui nous renvoie à l'application des dispositions du Code de procédure civile et administrative relatives au sursis à exécution.

B- Délimitation du champ de compétence du juge administratif en matière de concurrence : une compétence étrécie

Principalement, le contrôle des décisions des autorités administratives indépendantes –en tant qu'institutions publiques nationales- devrait relever pour la totalité de la compétence du Conseil d'Etat. Or, celles du Conseil de la concurrence représentent plutôt un cas singulier : dans la mesure où le législateur opte pour le transfert de compétence de contrôle d'une partie de ses décisions au profit du juge judiciaire, sur le fondement de "la bonne administration de la justice" et l'unification de son contentieux, il distingue pourtant les décisions de refus des opérations de concentration qui sont soumises à l'appréciation et au contrôle du Conseil d'Etat³⁷. Cette position appelle à s'interroger sur la logique d'une telle séparation ?

En réalité, éparpiller le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence entre deux ordres de juridictions n'est point le génie du législateur algérien, mais juste le fruit d'un mimétisme aveugle des dispositions du droit de la concurrence français. En effet, si en droit français, la compétence du Conseil d'Etat pour connaître des décisions relatives aux opérations de concentration, est justifié du fait que ce n'est guère le Conseil de la concurrence qui octroie les autorisations de concentration mais plutôt une autorité ministérielle : soit le ministre chargé de l'économie ou le ministre chargé du secteur concerné³⁸ ; en Algérie, de telles compétences relèvent du Conseil de la concurrence et devraient donc relever de la compétence de la Cour d'Alger afin d'unifier le contrôle de ses décisions sous les mains de la même juridiction en l'occurrence : la Cour suprême.

On constate donc, que suite au transfert de compétence d'une partie du contentieux de la concurrence au profit du juge judiciaire, celle du juge administratif s'avère strictement limitée aux seules recours contre les décisions de rejet de concentration (1), de celles relatives aux pratiques restrictives de concurrence exercées par des personnes publiques dans le cadre de leur mission de service public

³⁶ - Les articles 45 et 46 visent les injonctions, les sanctions pécuniaires et les mesures provisoires.

³⁷ - V. art. 19 et 63 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée, op. cit.

³⁸ - En effet, l'article L 430-7 du code de commerce français dispose que : " *Le ministre chargé de l'économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné peuvent, par arrêté motivé (...) interdire l'opération de concentration et enjoindre le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante* ". www.lexinter.dz.

ou l'exercice de prérogatives de puissance publiques(2), et enfin le contentieux des marchés publics au regard des dispositions du droit de la concurrence (3).

1- Le contrôle des concentrations économiques

L'article 19 de l'ordonnance de 2003 renvoie expressément les recours contre les décisions de rejet de concentration devant le Conseil d'Etat. ".....la décision de rejet de la concentration peut faire l'objet d'un recours devant la Conseil d'Etat."

Certainement, si le législateur reconnaît formellement l'éventualité de recours contre les décisions des opérations de concentration devant le Conseil d'Etat, il le limite pourtant aux seules décisions de rejet de concentration, sans pour autant accorder une telle potentialité aux personnes extérieures à une opération de concentration autorisée, qui peuvent subir à l'occasion, un préjudice imminent. Or, si on se réfère aux dispositions du droit français, une telle garantie est affirmée à l'encontre même des personnes externes à l'opération de concentration (notamment les entreprises concurrentielles, les fournisseurs...etc.), qui peuvent à leur tour recourir au Conseil d'Etat pour demander l'annulation de la décision du ministre portant autorisation de concentration et ce, pour excès de pouvoir³⁹. A savoir que malgré cette restriction de la compétence du conseil d'Etat, les décisions d'autorisation de concentration ne sont pas pour autant immunisées contre tout contrôle juridictionnel, dans la mesure où, les personnes lésées peuvent intenter un recours pour excès de pouvoir contre les décisions d'autorisation de concentration sous le fondement de l'article 143 de la constitution algérienne qui prévoit que : "*La justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives*".

2- La compétence pour statuer sur les pratiques restrictives de concurrence de personnes publiques indissociablement liées à une mission de service public ou à l'exercice de prérogatives de puissance publique

La question qui s'impose : le juge administratif peut-il connaître de la légalité d'actes administratifs au regard du droit de la concurrence ?

A l'évidence, si le litige se rapporte à une simple activité économique de production, de distribution, d'importation ou de services, d'une personne publique indépendamment de l'exercice d'une mission de service public ou de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, ce litige relève de la compétence transversale du Conseil de la concurrence telle que prévue par la loi relative à la concurrence⁴⁰. En contrepartie, si un tel contentieux se rapporte à une décision par

³⁹ - Voir sur la question, François BRUNET & Ianis GIRGENSON, " Le nouveau régime de contrôle des concentrations :Les ambivalences d'une "révolution antitrust" à la française", *JCP, Economica*, n°46, 2002. p. 1638. Malgré cette restriction de la compétence du conseil d'Etat, les décisions d'autorisation de concentration ne sont pas pour autant immunisées contre tout contrôle juridictionnel, dans la mesure où, les personnes lésées peuvent intenter un recours pour excès de pouvoir contre les décisions d'autorisation de concentration sous le fondement de l'article 143 de la constitution algérienne qui prévoit que : "*La justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives*".

⁴⁰ - Art. 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, tel que modifié et complété par la loi n° 10-05 du 15 août 2010, op. cit, qui veut dire que le litige se rapporte à une pratique ou à un comportement d'une personne publique

laquelle la personne publique assure une mission de service public qui lui incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, décision constituant en même temps un acte de production, de distribution ou de services ou porte tout simplement atteinte à la concurrence. Ce litige relève de la juridiction administrative qui est appelée à apprécier la légalité et la conformité de cette décision au droit de la concurrence et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par la personne publique (ex : choisir ou écarter une entreprise pour exécuter un marché public)⁴¹. Toutefois, même en attribuant au juge administratif la compétence du contrôle de telles pratiques, ce dernier est appelé à appliquer les dispositions du droit de la concurrence dans le bloc de légalité de ces actes en combinaison avec d'autres tempéraments, "concilier entre la concurrence et les impératifs du service public"⁴², autrement, faire la balance entre les spécificités des missions de l'autorité publique et le nécessaire respect par celle-ci du droit de la concurrence⁴³.

En réalité l'attribution au juge administratif d'une telle compétence se justifie par le fait qu'aussi bien le Conseil de la concurrence que la Cour d'appel d'Alger ne disposent que de prérogatives limitées (mesures conservatoires, suspensions, injonctions aux parties de revenir à l'état antérieur ou de mettre fin aux pratiques, sanctions). A aucun moment il n'a été confié à ces autorités un pouvoir d'annulation ou de réformation des actes administratifs⁴⁴.

3- Contentieux des marchés publics au regard du droit de la concurrence

L'article 02 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence tel que modifié en 2008 soumet expressément les marchés publics aux dispositions du droit de la concurrence « *Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent nonobstant toutes autres dispositions contraires : aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché.....* ». On s'interroge sur l'étendue de cet article, détermine-t-il l'opposabilité du droit de la concurrence aux marchés publics? Ou alors élargit-il la compétence du Conseil de la concurrence pour connaître le contentieux des marchés publics ?

Un tel article se confronte avec les dispositions de l'article 946 du code de procédure civile administrative qui réserve la compétence du contentieux des marchés publics au tribunal administratif en ses termes : « *Le tribunal administratif peut être saisi par requête en cas de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumises la passation des contrats administratifs et des marchés publics.....* »

A première vue, on pourrait croire à une contradiction ou plus précisément à un conflit de compétences entre le Conseil de la concurrence et le tribunal administratif

détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, le recours relève du Conseil de la concurrence et de la cour d'appel d'Alger.

⁴¹ - Voir sur la question, Philippe TERNEYRE, "La compétence du juge administratif", *ADJA* 2000, p. 697.

⁴² - Voir, Didier CHAUVAUX & Thierry-Xavier GIRARDO, "Application des règles de concurrence aux actes administratifs", *AJDA*, 1997, p. 142.

⁴³ - Olivier FUCHS, "La conciliation des intérêts dans le contentieux administratif de la concurrence", *AJDA*, 2006, p. 746.

⁴⁴ - Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, op.cit., p.143.

dans le contentieux des marchés publics. Toutefois on se trouve confronté à deux hypothèses :

-Si la pratique restrictive de concurrence relative à un marché public- qui prend le plus souvent la forme d'une entente prohibée- à été mis-en œuvre par les soumissionnaires aux marchés entre eux uniquement, elle relève de la compétence exclusive du Conseil de la concurrence qui va appliquer les dispositions du droit de la concurrence aux marchés publics.

-Si la pratique restrictive de concurrence relative à un marchés publics à été mis-en œuvre par l'administration contractante et un soumissionnaire, elle relève de la compétence du juge administratif qui est toutefois appelé à appliquer les dispositions du droit de la concurrence au contentieux des marchés publics

Au final les ententes prohibées dans le domaine des marchés publics ne sont plus immunisées contre les dispositions du droit de la concurrence.

II. L'étendue de la compétence du juge administratif dans le contentieux de la concurrence

A l'évidence, la nature administrative du Conseil de la concurrence, de ses décisions, et l'objet du recours déterminent sans aucun doute en matière de concurrence la compétence du juge administratif, en dépit, du transfert de compétence au juge judiciaire qui apparaît immédiatement comme dérogatoire aux règles normales de répartition de compétences, et à la compétence de principe du juge administratif.

La notion de l'application du droit de la concurrence par le juge administratif se définit comme l'utilisation, par ce dernier, des règles de concurrence pour trancher les litiges qui lui sont soumis⁴⁵. On s'interroge dès lors sur les méthodes du juge administratif dans le règlement du contentieux de la concurrence (**B**). Exerce-t-il un simple contrôle pour excès de pouvoir ou peut-il engager la responsabilité de ces organes (**A**).

A-L'intensité du contrôle du juge administratif

Globalement, les AAI sont astreintes à un contrôle comparable à celui exercé à l'égard des autorités administratives ordinaires. En effet, les recours dirigés contre les actes des autorités administratives indépendantes chargées de missions de régulation économique conduisent le juge administratif à contrôler différents aspects de leurs décisions et de l'exercice de leurs missions, contrôle également le respect des procédures encadrant l'adoption de leurs décisions. L'attribution de compétence au juge administratif en matière du contentieux de la concurrence incite à s'interroger sur l'étendue de son contrôle, s'agit-il d'un simple juge d'excès de pouvoir ? (**1**), où plus encore d'un juge de responsabilité ? (**2**).

⁴⁵ - David KATZ, Juge administratif et droit de la concurrence, thèse honoré, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2003. p.197.

1. Le juge administratif : juge d'excès de pouvoir ?

Aux termes des dispositions des articles 2 et 19 de l'ordonnance relative à la concurrence, le juge administratif se voit compétent pour apprécier la validité d'un acte administratif au regard des règles de concurrence, notamment lorsqu'il s'agit d'un recours contre une décision de rejet de concentration ou contre les décisions et pratiques de personnes publiques exerçant une activité économique. Le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir ne peut qu'annuler la décision, il ne peut la réformer⁴⁶. A cet effet, ce dernier doit apprécier les arguments des parties et être pénétré des méthodes du droit de la concurrence pour apprécier le débat qui se déroule devant lui et y répondre⁴⁷. A titre d'exemple, s'agissant des décisions de rejet de concentration, le contrôle du Conseil d'Etat s'exerce d'abord classiquement sur la légalité externe et porte sur les modalités d'adoption de la décision (la compétence, la procédure et la forme de la décision)⁴⁸; ensuite il doit examiner la réalité des atteintes qu'une telle concentration était susceptible d'apporter à la concurrence; et d'apprécier en même temps l'éventuelle contribution apportée par le projet au progrès économique⁴⁹. L'application du droit de la concurrence, même dans le contexte de l'excès de pouvoir, exige une assez lourdes mises en œuvres de critères précisant et concrétisant la règle de droit et des appréciations complexes sur les effets économiques des mesures contestées, qui requiert une analyse économique en profondeur des marchés⁵⁰.

Le juge doit donc opérer un contrôle de la légalité externe et de légalité interne de l'acte administratif au regard du droit de la concurrence

1.1. Le contrôle de la légalité externe :

Le juge administratif doit contrôler la légalité externe des actes administratifs qui lui sont déférés, une légalité qui s'apprécie au regard des règles de compétences, de procédure et de forme.

1.2. Le contrôle de la légalité interne des actes administratifs :

Il s'exerce notamment sur l'erreur de droit, la qualification des faits, l'inadaptation de la décision aux faits, l'erreur manifeste d'appréciation, comme on pourrait trouver la censure du détournement de pouvoir.

Enfin, les pouvoirs du juge administratif sont limités, il ne peut qu'annuler la décision, il ne peut la réformer. En réalité offrir la possibilité pour le juge de se substituer à un organe de régulation ruine le bien-fondé du recours à de telles

⁴⁶ - Nicole DECOOPMAN, "Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes", www.u.picardie.fr, p. 225.

⁴⁷ - Jean-Yves CHEROT, "Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", *AJDA* 2000, p. 687.

⁴⁸ - V. Didier THEOPHILE & Hugues PARMENTIER, "L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droit interne et communautaire", *Revue Concurrence* n° 1, Doctrines, 2006, p. 39-46.

⁴⁹ - V. Guillaume LHUILLIER, "l'application des règles de concurrence par le juge administratif", publié dans les catégories : *Derniers articles parus. Droit administratif. Droit des affaires*, 24 mars 2010, <http://www.etudesdedroit.com>.

⁵⁰ - Jean-Yves CHEROT, "Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", op.cit., p.687.

instances, tel est le cas du recours devant le juge judiciaire qui dispose de pouvoirs plus complets dont un pouvoir de réformation. Est –t-il réellement en mesure de modifier une décision d’une autorité de régulation dotée d’un pouvoir d’expertise en matière économique ?

2. Le juge administratif : juge de responsabilité ?

L’exercice des autorités administratives indépendantes de leur mission de régulation par l’édiction de multiples décisions (agrément ; attribution, refus ou retrait des autorisations d’accès aux marchés, sanctions répressives) peut être néfaste aux droits et intérêts des opérateurs économiques exerçant dans le secteur d’activité placé sous leur autorité. Si ces derniers disposent de la faculté d’intenter un recours en annulation contre leurs décisions entachées d’illégalité devant le juge compétent, qu’en est-il de la possibilité d’engager la responsabilité de ces organes et de demander indemnisation pour le préjudice subi du fait de leurs actes ?

Même si les textes institutifs des autorités administratives indépendantes soumettent leurs décisions au contrôle du juge de l’excès de pouvoir, aucune disposition ne fait référence à l’éventualité d’engager la responsabilité de ces organes à l’occasion de l’exercice de leurs compétences de régulation. Ce qui implique le retour aux règles de droit commun régissant le domaine de la responsabilité des personnes publiques et des autorités administratives.

En vertu des dispositions de l’article 276 de l’ancien Code de procédure civile, on peut conclure que l’opérateur qui s’estime lésé, peut intenter un recours en annulation de la décision litigieuse et y adjoindre une requête ou des conclusions connexes à fin d’indemnisation pour le préjudice subi⁵¹. De telles dispositions n’ont pas été reprises par le Code de procédure civile et administrative, ce qui laisse à supposer que l’opérateur sera obligé d’intenter deux recours : l’un en annulation devant le Conseil d’Etat, et l’autre pour indemnisation devant le tribunal administratif d’Alger qui peut toutefois, décider soit de renvoyer ces demandes connexes au Conseil d’Etat où de lui transmettre carrément le dossier⁵².

Par ailleurs, l’autorité de régulation peut porter préjudice à une entreprise par ses agissements sans pour autant prendre une décision susceptibles d’être actionnée par voie de recours devant le juge⁵³. A titre d’exemple, dans le cas d’une banque qui subit un préjudice du fait d’un règlement édicté par le Conseil de la monnaie et du crédit, elle ne peut se prévaloir de l’illégalité de la mesure réglementaire devant le juge de l’excès de pouvoir, elle ne peut que saisir le juge en vue d’obtenir réparation du préjudice subi⁵⁴. La question qui se pose est de savoir devant quel juge intenter une telle action ?

⁵¹ - Art. 276§2 du Code de procédure civile dispose que : "La chambre administrative de la Cour suprême peut connaître, nonobstant toutes dispositions contraires, des conclusions connexes contenues dans la même requête ou dans une requête connexe à la précédente, tendant à la réparation du dommage imputable à la décision attaquée".

⁵² - Voir les articles 809 et 813 du Code de procédure civile et administrative, op. cit.

⁵³ - Rachid ZOUAIMIA, *Droit de la régulation économique*, op. cit., p. 179.

⁵⁴ - Selon l’art. 65 de l’ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit, modifiée et complétée : "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. Ce recours n’est pas suspensif". Voir d’autres exemples

Le cas des AAI dépourvues de personnalité morale, telle que le Conseil de la monnaie et du crédit et de la commission bancaire, ne pose aucun problème dans la mesure où l'on peut directement invoquer la responsabilité de l'Etat des actes de telles autorités et ce, devant les tribunaux administratifs⁵⁵. Le reste des autorités de régulation échappent à une telle éventualité en ce que le législateur les a dotées de personnalité morale. On est confronté dès lors à un vide juridique que le législateur aurait pu éviter en introduisant les autorités de régulation parmi les organes énumérés à l'article 801 du code de procédure civile et administrative ayant trait à la compétence des tribunaux administratifs.

Concernant le droit applicable au contentieux de la responsabilité des autorités administratives indépendantes, en particulier celle de concurrence, on constate souvent des revirements de jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de responsabilités des personnes publiques en général, tantôt il fait appel aux règles spécifiques du droit public⁵⁶, tantôt il fonde ses décisions sur les dispositions du code civil⁵⁷.

B- Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence

La confrontation entre le juge administratif et le nouveau corpus concurrentiel suscite des interrogations sur les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence ? Le droit de la concurrence confronte-t-il le juge à l'application d'une analyse économique à laquelle il n'est pas habitué et qui le soumet à de nouveaux défis ;(1)comment peut-t-il concilier entre les exigences du fonctionnement concurrentiel des marchés et les nécessités du service public- l'intérêt général revendiqué par la puissance publique ?(2).

1. L'affranchissement du juge administratif par rapport à l'analyse économique

Le problème le plus crucial -de la compétence du juge administratif au règlement d'un contentieux de la concurrence- pourrait être celui de l'expertise du juge administratif dans l'application des règles du droit de la concurrence, tant pour élaborer les critères d'application des normes, largement indéterminées, qu'en raison de la complexité des appréciations de fait que comporte leur mise en œuvre⁵⁸.

cités par : Rachid ZOUAIMIA, "Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien", op. cit., p. 34 et s.

⁵⁵ - Voir l'article 801§ 1 du code de procédure civile et administrative, op.cit, article 7 de l'ancien code de procédure civile, op.cit. En France, un tel problème ne se pose pas dans la mesure où l'action en responsabilité est dirigée contre l'Etat en raison de l'absence de personnalité juridique des autorités administratives indépendantes

⁵⁶ - A titre d'exemple voir, CE 27 juillet 1998, Bouterra Ahmed c/ Directeur du secteur sanitaire de Mila, www.conseil-eta-dz.org/arabe/137131.htm. En ces termes : "Attendu que conformément à une jurisprudence, la responsabilité de l'administration pour les dommages causés aux particuliers du fait des agissements des personnes qu'elle emploie dans le service public ne peut être régi par les principes établis par le Code civil pour les rapports entre particuliers ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, mais qu'elle a ses règles propres qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier entre les droits de l'Etat et les droits particuliers", cité par Rachid ZOUAIMIA, " Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien", op.cit. ; voir les exemples cités par le même auteur, pp. 39-43.

⁵⁷ - On peut citer quelques affaires où le Conseil d'Etat a opté pour l'application des dispositions du Code civil sur la responsabilité administrative: CE du 31 mai 1999, n°160017, Revue du Conseil d'Etat, n° 1, 2002, p. 99 ; CE 11 septembre 2001, n° 161579, Revue du Conseil d'Etat, n° 1, 2002, p. 137.

⁵⁸ - Jean-Yves CHEROT, "Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", op. cit., p. 687.

1.1. Aptitude et analyse économique ?

L'économie n'est pas une matière simplement technique ; elle entretient avec le droit des relations différentes de celles que connaît le savoir technique. Les mécanismes économiques sont des mécanismes vivants. Or le juge administratif, tant par sa formation que par la composition du tribunal, ne connaît que le droit. D'où la nécessité, le plus souvent, de recourir à l'expertise⁵⁹.

Par ailleurs, le juge administratif n'a pas les moyens de jouer les économistes, il ne dispose pas de large pouvoir d'investigation d'une autorité de concurrence, il ne peut appréhender pleinement les faits, ni infliger des sanctions, d'autant plus l'indétermination des concepts économiques qui comporte en germe un danger de conflit des interprétations⁶⁰. Les normes issues du droit de la concurrence sont largement indéterminées. Les textes appliqués ne fixent pas avec précision les obligations de l'administration. Il s'agit en effet d'appliquer des notions telles que « ententes ayant pour effet d'affecter la concurrence », « marché pertinent », « position dominante », « abus de position dominante », ce sont donc des normes complexes. Ainsi, on ne peut que reconnaître que les juges administratifs sont volontiers suspects d'hostilité envers le monde de l'entreprise⁶¹. Néanmoins pour y remédier, le législateur a prévu la possibilité de faire appel à l'expertise du Conseil de la concurrence dans toutes affaire liée à la concurrence⁶², ou s'appuyer sur les autorités administratives. Mais quelle autorité donner aux avis rendus sans affecter l'indépendance de sa fonction de juge ?

Une telle solution ne peut s'appliquer concernant les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence ou des autorités sectorielles dans la mesure où il ne peut être juge et partie du litige en même temps ce qui peut nuire à l'impartialité du jugement. Le législateur devra plutôt songer à la spécialisation des juges en matière économique.

1.2. Pouvoirs limités par rapport au Conseil de la concurrence

Le procès économique pose des exigences tant en matière de droit processuel que d'analyse économique. Le juge administratif, de par sa culture, peut-il répondre à ces exigences ? Or, dans un procès économique, l'entreprise attend des décisions claires et complètes ; elle a besoin de savoir pourquoi elle a gagné ou perdu et quelles règles de conduite elle doit en tirer. Et, surtout, le recours pour excès de pouvoir est-il bien adapté au procès économique ?⁶³.

⁵⁹ -Christine BRECHON-MOULENES, "La place du juge administratif dans le contentieux économique public", *AJDA* 2000 p. 679.

⁶⁰ - Voir sur la question, Laurent RICHER, "Le juge économiste ?", *AJDA* 2000, p. 700.

⁶¹ - Jean-Yves CHEROT, "Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", op. cit., p. 687.

⁶² - Art. 38§1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée, op. cit., prévoit que "Pour le traitement des affaires liées aux pratiques restrictives, telles que définies par la présente ordonnance, les juridictions peuvent saisir le Conseil de la concurrence pour avis. L'avis n'est donné qu'après une procédure contradictoire, sauf si le Conseil a déjà examiné l'affaire concernée."

⁶³ - Christine BRECHON-MOULENES, "La place du juge administratif dans le contentieux économique public", op.cit., p.679.

Par ailleurs, le juge administratif ne dispose pas du pouvoir d'expertise d'une autorité de concurrence, il ne peut appréhender pleinement les faits, ni infliger des sanctions, d'autant plus l'indétermination des concepts économiques. Il lui est également reprocher de ne pas bénéficier des pouvoirs dont dispose le Conseil de la concurrence (enquêtes impliquant visites et saisies, sanctions pécuniaires ou mesures conservatoires). Nonobstant, il convient toutefois de relever que, si le Conseil de la concurrence dispose du pouvoir de sanction, ses compétences s'avère très limitées dans la mesure où il ne peut intervenir pour annuler les actes ou décisions qui pourraient être à l'origine de la pratique restrictive de concurrence- une compétence qui demeure par excellence du juge administratif-, notamment que la sanction pécuniaire n'est certainement pas la solution la plus adéquate à une mesure administrative qui troublerait le jeu de la libre concurrence mais l'annulation radicale de la source de la pratique⁶⁴.

2. La conciliation entre les exigences du fonctionnement concurrentiel des marchés et les nécessités du service public

Après le célèbre arrêt S^{té} *Million et Marais* en 1997 en France, l'opposabilité du droit de la concurrence français dans le bloc de légalité des actes administratifs ne fait aucun doute en ce qu'il soumet expressément les actes administratifs aux dispositions du droit de la concurrence. La même position est retenue en droit de la concurrence algérien en ce que le législateur en reformulant les dispositions de l'article 02 de l'ordonnance n°03-03 en 2008 et 2010 exige une conciliation entre une mission de service public et l'application du droit de la concurrence en ces termes : «*Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique.* »

A la lecture de ce texte, force est de constater que les règles ou les principes de concurrence doivent être pris en considération et mis en balance avec les intérêts généraux dont l'autorité administrative à la charge. Le juge administratif va-t-il procéder à un simple contrôle de la proportionnalité des mesures restrictives de concurrence au regard des nécessités d'intérêt général revendiqués par la puissance publique, ou plus encore de mettre en balance l'importance de l'intérêt public par rapport aux principes de concurrence et de peser l'équilibre des intérêts ?

En réalité, le juge administratif doit procéder à la conciliation entre les exigences de service public et le droit de la concurrence par la définition du champ d'application des règles de concurrence et par la mise en œuvre de dérogations aux règles de concurrence. Il est appelé à effectuer un « **bilan** » entre les restrictions que la mesure administrative peut imposer à la concurrence et l'éventuel avantage à l'intérêt général quelle procure (intérêts des consommateurs, protection de l'environnement, protection du marché, protection des services publics et de l'ordre public. L'établissement de ce bilan serait complété par un contrôle de

⁶⁴ - V. Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, op.cit., p 158 et s.

proportionnalité, les atteintes à la concurrence n'étant justifiées que dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif d'intérêt général⁶⁵.

Enfin, si le juge administratif prend en considération les règles de la concurrence, mais en se ménageant la possibilité de les adapter aux nécessités de l'action administrative. Le juge administratif doit faire donc preuve de retenue dans l'application des règles de la concurrence, laissant ainsi ouverte la possibilité d'adaptation du droit économique à l'intérêt général⁶⁶.

Conclusion

Si le juge administratif applique le droit de la concurrence dans différentes hypothèses : les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence concernant les concentrations économiques, les actes administratifs et les pratiques restrictives de concurrence de personnes publique liées à une mission de service public et la mise en œuvre des prérogatives de puissance, et le cas de la mise en concurrence des marchés publics. Il devra pourtant, pour juger du respect ou non du droit de la concurrence, concilier des principes souvent en contradiction : entre les exigences du fonctionnement concurrentiel des marchés et les nécessités du service public. Ainsi dans un article sur les difficultés inhérentes à l'intervention du juge administratif en matière de concurrence, Marie-Anne Frisson-Roche concluait : « un conflit inévitable, une conciliation nécessaire ».

Reste que, la question de l'effectivité du contrôle juridictionnel interpelle le juge lui-même, il doit être en mesure de juger vite, de maîtriser des réglementations nouvelles, parfois instable et touchant à des domaines techniques, de motiver fortement et précisément ses décisions⁶⁷.

Enfin, le juge administratif doit prouver sa « compétence », son efficacité en matière économique est contestée, certains auteurs évoquent même l'hostilité du juge administratif en matière de concurrence. Cela peut-être du à l'inadaptation du domaine du contentieux administratif à l'analyse économique d'un comportement restrictif de concurrence⁶⁸. Pour cette raison, il apparaît indispensable de pouvoir intégrer des données économique dans le raisonnement juridique afin d'atteindre les points d'équilibres de la politique économique et assurer la sécurité juridique⁶⁹, cela ne sera possible qu'en dispensant aux juges une formation spécialisé et continue en matière économique et notamment en renforçons leurs pouvoirs d'expertise à l'instar de ceux des régulateurs pour pouvoir aisément surmener ce type de difficulté.

⁶⁵ - . Ibid., p.165.

⁶⁶ - Laurent RICHER, "Le juge économiste ?", Op.cit., p. 700.

⁶⁷ - Renaud DENOIX, "Régulateurs et juges", *Les petites affiches*, n°17 du 23 janvier 2003, p.6.

⁶⁸ - Voir sur la question l'analyse de : Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, op.cit..

⁶⁹ - "Le rôle du pouvoir judiciaire et dans l'application du droit et de la politique de la concurrence", communication de la Tunisie à la cinquième conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Turquie, 14-18 novembre 2005,