

Le droit de la régulation économique essai de définition

The Law of Economic Regulation Definition Test

Docteur : Mouhoubi Kamel

Faculté de Droit- Université d'Alger1

k.mouhoubi@univ-alger.dz

Date de soumission :16/08/2022 Date d'acceptation final : 22/11/2022.Date de publication : fevrier 2023

Résumé :

La présente étude a pour objet d'apporter un éclairage sur la notion de régulation économique approchée par le canal du droit. Méthodologie oblige, deux approches se sont avérées aussi nécessaires que complémentaires : l'approche négative, d'abord, en ce qu'elle permet de détacher la régulation de son alter ego un droit classique, la réglementation. L'approche positive ensuite afin de rendre compte des caractéristiques propres à la régulation. Enfin le droit de la régulation économique est un droit corrélé à l'économie de laquelle il puise un certain nombre de caractéristiques : mouvance et souplesse normative.

Mots clefs : Régulation, réglementation, concurrence, intérêt général, équilibre optimal.

ملخص:

وفق منهجية تحليلية وصفية، تتضمن هذه الدراسة محاولة تعريف قانون الضبط الاقتصادي بأبعاده الأفقية والعمودية، انطلاقاً من كون التعريف التشريعي الوارد في القانون الصادر في 2008 والمتمّم للقانون 03 – 03 المتعلق بالمنافسة هو مجرد تعريف وظيفي، عملي لا يستوفي كل الجوانب النظرية للضبط الاقتصادي.

تناولت الدراسة التعريف السلبي للضبط في محاولة لتمييزه عن التنظيم من حيث أسلوب اتخاذ القرار والأهداف، وتم استبعاد ذلك بتعريف إيجابي مفاده أن الضبط يستهدف بالدرجة الأولى التوازنات التي تندرج بدورها ضمن المصلحة العامة.

فتعريف الضبط الاقتصادي يمر أساساً عبر فصله عن التنظيم وتبيان خصائصه المميزة سالف الذكر وكذلك تناغمه مع ضوابط السوق أخذاً بعين الاعتبار العلاقة التكاملية بينهما وكخلاصة يمكن القول أن قانون الضبط بالغ المرونة وأقل معيارية من القانون الكلاسيكي .

Auteur correspondant : Mouhoubi Kamel

Introduction :

La régulation, une nouvelle forme d'action publique adossée à une fonction de puissance publique exercée en dehors de toute logique dirigiste, étant entendu que l'Etat régulateur est par définition non interventionniste. Théoriquement l'Etat régulateur en action ne prend pas en charge les activités productives, il se contente seulement d'articuler des techniques juridiques déterminées en fonction des impératifs de l'ordre public économique.

De ce qui précède, transparait la première caractéristique de l'Etat régulateur : Un Etat *effacé* qui agit par l'intermédiation d'un organe régulateur indépendant qui bénéficie, à son tour d'une délégation régaliennne dont il convient de démontrer le fondement constitutionnel.

Autour de l'organe en question s'est cristallisé au fil du temps un corpus juridique particulier et homogène appelé régulation ou droit de la régulation ; se distinguant de la régulation au sens général, sociologique et politique, qui est au demeurant l'attribut de tout droit y compris dans sa version réglementaire.

La définition de la régulation est un exercice d'une difficulté exceptionnelle : d'abord de par ses origines techniques avant sa transposition dans le champ des sciences sociales, ensuite son caractère évolutif et non figé. Cet état de fait plaide en faveur d'une détermination des circonstances dans lesquelles il est fait usage de ce terme dans les sciences sociales, en faisant ressortir un certain nombre de caractéristiques pouvant servir de critères d'identification de la régulation.

La définition de la régulation que donne l'ordonnance 03/03 modifiée correspond elle à la globalité de la notion, cerne –elle ses contours et rend-elle compte de ses caractéristiques largement dissociables de celles du droit classique, ou au contraire, il s'agit d'une définition fonctionnelle qui rend possible le fonctionnement des organes régulateurs et qui pense la régulation seulement comme outil pratique d'organisation des marchés de manière à atteindre certains objectifs ? L'étude suivante repose sur une méthode analytique et comparative.

Le droit de la régulation économique peut être raisonnablement défini à partir d'une méthode incluant deux approches : positive et négative.

Section 1 – La définition négative de la régulation :

Toute la problématique de la définition négative de la régulation réside incontestablement dans la proximité sémantique avec la réglementation. En effet, la régulation est un phénomène juridique qui intervient à posteriori par rapport à la réglementation¹ ; elle est son corollaire.

L'horreur du vide laissé par la réglementation est comblée par la régulation. Le fait que l'une soit considérée comme un produit juridique de remplacement de l'autre résume en fait tout l'intérêt de démontrer leur caractère détachable et distinct et, sitôt, conclure que la régulation n'est pas la réglementation. Le droit de la régulation ne s'inscrit pas non plus dans le prolongement du droit classique. C'est ce que nous essaierons de détailler ci-dessous.

A – La régulation n'est pas la réglementation :

Une telle distinction permet à l'évidence de donner du sens à la notion de régulation et partant, lui conférer une singularité juridique qui transcenderait les liens qu'elle a ou qu'elle peut avoir avec la réglementation¹² notamment au plan de la fonctionnalité.

A première vue, la réglementation est un procédé du droit classique qui s'inscrit dans la droite ligne du droit positif, elle se résume à la fixation de règles via un corpus juridique structuré de décrets

et règlements dont la finalité est d'imposer des obligations aux agents Economiques. Les obligations en question peuvent relever aussi bien de la raison économique que de la raison sociale³, elles visent, téléologiquement parlant à susciter des comportements stabilisés. Ces attentes comportementales normées et stabilisées constituent l'objectif fondamental de tout processus règlementaire.

A proprement parler, la notion de régulation n'est pas totalement étrangère aux sciences sociales. Jacques Chevalier considère qu'elle est l'attribut de tout droit *classique* idem pour l'économie où la notion est anciennement et régulièrement utilisée par la littérature économique pour désigner un ajustement entre offre et demande. Une telle régulation est à l'évidence fragmentaire et parcellaire ; elle apparaît comme un fragment d'un ensemble et une fraction qui dérive d'un système qui la dépasse, c'est pourquoi notre étude se propose de saisir la régulation dans sa dimension systémique c'est-à-dire un ensemble juridique qui livre sa logique à un système de relations.

Rompant avec l'autoritarisme de la réglementation dans la fixation de règles, la régulation se propose de produire un droit mou, ondulatoire et moins normatif, sachant qu'elle est ordonnée à des techniques et procédures qui relèvent dans beaucoup de cas, plus de l'incitation que de la coercition. Le processus d'élaboration de la règle est à ce titre significatif : il est caractérisé par la participation des acteurs, censés la subir, à son élaboration⁴.

Force donc est de constater que le droit de la régulation est porteur d'une nouvelle forme de normativité : souple, mouvante et ondulatoire précisément parce qu'il est mu non par les postulats théoriques du droit mais par la réalité économique.

L'ascendant du factuel sur la théorie juridique témoigne incontestablement de l'importance prise par le sens économique dans les sociétés actuelles, et correspond aux tendances nouvelles marquées par la recherche effrénée de l'efficacité, but ultime de tout processus économique. De ce point de vue, il n'est pas du tout exagéré de conclure que le droit de la régulation est marqué du sceau de l'économie ; il a été conçu, élaboré de sorte qu'il s'adapte aux transformations et contingences économiques et afin de mieux servir les objectifs économiques.

L'expansion du droit qui est au service d'objectifs économiques risque de provoquer la régression du droit positif au profit du droit de la régulation, produit du pluralisme juridique. Pis, le droit de la régulation dans sa dimension systémique risquerait d'intégrer carrément le système économique en tant que sous-ensemble.

Le deuxième élément de différenciation se situe au-delà des considérations formelles et se projette résolument dans la téléologie. En effet, si la réglementation vise la stabilisation ordonnée à des attentes comportementales, la régulation participe, par contre, d'un objectif fondamentalement plus complexe : contrôle, normalisation, régularité du fonctionnement, maîtrise de l'évolution, équilibre (et rééquilibre) etc... Il s'agit en quelque sorte d'une matrice qui donne lieu à une trajectoire corrective des incompatibilités et du désordre normatif et/ou fonctionnel, (prévention des conflits qui surgissent à partir d'une situation de pouvoir).

En sus de cette fonction réductrice de la complexité, la pratique internationale fait ressortir d'autres dimensions fonctionnelles inhérentes à la régulation : harmonie et protection. Pour ce qui concerne l'harmonie, il convient de préciser que la construction régionale, à la mode actuellement, s'accompagne tout le temps d'un besoin d'harmonisation des règles juridiques destinées à réguler l'échange et assainir le contexte concurrentiel. L'exemple qui mérite d'être cité est l'accord d'association entre l'Algérie et l'Union européenne qui fait obligation à l'Algérie d'adopter la politique européenne de concurrence⁵. C'est le domaine où l'harmonisation est plus favorisée compte

tenu de son importance et de l'enjeu économique qu'il représente dans le cadre de la zone de libre-échange euro- méditerranéenne⁶.

Par ailleurs, la dimension protectrice de la régulation se manifeste plus particulièrement dans le secteur financier où elle est tournée tantôt vers la protection des valeurs nationales, tantôt vers la protection contre le risque systémique exacerbé par la mondialisation financière dont le corollaire est la dérèglementation⁷. La régulation prudentielle ainsi évoquée n'est en fait qu'un aspect de la régulation financière dans sa large acception, laquelle œuvre dans le sens de la transparence du marché financier et la protection des épargnants⁸.

En conclusion, on peut raisonnablement estimer que la multifonctionnalité de la régulation permet de la distinguer relativement de la réglementation ; son contenu variable et évolutif lui permet de poursuivre à la fois ou séparément, plusieurs objectifs qui participent tous, d'un état d'équilibre sur lequel nous reviendrons plus loin.

Le troisième élément de différenciation réside dans le fait que la régulation soit adossée à deux variables censées être complémentaires dans la quête de l'équilibre. En effet, si la réglementation relève d'un processus strictement juridique, la régulation, par contre, renvoie dans sa première variante à un fait de nature : le jeu spontané du marché. Il s'agit en fait d'une autorégulation où le marché secrète ses propres lois tendant vers l'optimum (l'équilibre), ou plus concrètement encore une régulation adossée à des catégories marchandes (offre, demande, prix, coûts de transaction). Une telle logique part du principe suivant lequel le marché est irremplaçable dans l'ordre économique ; elle conduit tout naturellement à consacrer le marché comme maître du jeu économique et fait perdre à l'Etat l'essentiel des moyens de son emprise sur l'économie.

Partant du principe selon lequel la réglementation est le reflet de l'interventionnisme et le dirigisme étatiques, il serait alors évident de considérer la régulation comme un élément favorisant le repli étatique dans une organisation sociale qui permet au marché de prendre le dessus sur l'Etat. En fin de compte, cette variante érige le marché en mécanisme régulateur, elle est appelée *autorégulation* précisément parce que le mécanisme agit de son propre chef⁹.

Cependant, si la régulation marchande bénéficie de l'unanimité autour de son caractère nécessaire, il est de moins en moins évident qu'il en soit ainsi concernant son caractère suffisant y compris parmi les théoriciens du libéralisme.

C'est précisément à ce niveau qu'intervient la deuxième variante de la régulation : la régulation juridique qui est le fait de l'Etat non pas pour prendre en charge des activités productives¹⁰ ou s'immiscer directement dans l'économie, mais pour veiller sur l'intérêt collectif qui ne résulte pas automatiquement de la confrontation et la sommation des intérêts privés, et ce à travers des mesures juridiques consacrant un droit mou, souple, moins prescriptif, structuré par l'incitation, recommandations et directives¹¹.

Le droit de la régulation, de par ses deux variantes, n'autorise pas l'Etat à intervenir initialement dans la sphère économique ; le marché, grâce au calcul économique, favorise naturellement l'émergence de comportements rationnels et harmonieux, ce qui fait que le rôle économique de l'Etat dans le cadre de la régulation juridique est sujet à des inflexions profondes. Il s'inscrit dans la logique de complémentarité du marché. Ce dernier émet des signaux valables uniquement à court terme, alors que le processus de développement économique et social passe par une projection à moyen et long termes.

Le droit de la régulation consacre donc l'Etat stratège au lieu et place de l'Etat dirigiste, interventionniste, lequel dispose de deux types d'action : action en amont consistant à fixer les normes

concourant à une définition stratégique des objectifs globaux et sectoriels du développement. A cette planification stratégique s'ajoute une action en aval dont l'optique d'évaluer les politiques publiques sectorielles rattachées à la planification stratégique¹².

Force donc est de constater que le cadre de la régulation contribue à maintenir l'Etat dans une position d'extériorité vis-à-vis de la sphère économique qui contracte l'emprise de la réglementation sur l'économie. Placée dans le contexte de la mondialisation et du libre-échange¹³, cette tendance s'accroît en raison notamment de l'extériorisation du processus décisionnel réduisant par ricochet le rôle et la place de la réglementation dans l'encadrement et l'orientation des activités économiques. Aussi est-il opportun d'estimer qu'une nouvelle identité du droit est en train de se construire autour de la diminution du volume et du poids des normes juridiques pesant sur les acteurs économiques par un allègement du droit positif¹⁴.

Auquel cas, la régulation ne saurait être considérée que comme un nouveau paradigme juridique imprégné de réalisme économique qui assujettit l'étude du droit aux phénomènes sociaux, économiques et culturels qui l'induisent. En cela la régulation ne se recoupe, dans le meilleur des cas, que très partiellement avec la réglementation¹⁵.

C'est précisément le reflux de cette dernière qui a laissé le champ libre à ce nouveau paradigme, plus à même de maîtriser la complexification des rapports socio-économiques grâce à ses outils modernes qui, en termes de réactivité, flexibilité et réalisme économiques dépassent largement les outils du droit classique. Pour cela le droit de la régulation doit concourir à la complémentarité non intégrationniste.

B – Le droit de la régulation ne s'inscrit pas dans le prolongement du droit classique

La régulation, à l'instar de tout fait de nature ou de construction parfaitement élaborée, serait gouvernée par la notion substantielle d'équilibre ; le fait que le droit classique soit récipiendaire de l'attribut régulateur pourrait donc donner lieu à une vraisemblable confusion quant à l'extranéité du droit de la régulation, en le plaçant dans la perspective évolutive du droit classique. Ce faisant, le droit de la régulation serait disqualifié en tant que nouveau paradigme juridique à caractère systémique, conduisant à la formation d'un nouveau système normatif, cohérent, obéissant à des conditions particulières en ce qui concerne la genèse, la nature et la juridicité de la norme. Le but de cette étude est d'essayer de démontrer exactement le contraire, que le droit de la régulation s'inscrit foncièrement dans un autre registre juridique en rupture avec le Droit Classique. Les dynamiques à l'œuvre ont produit une logique de mutations profondes : sociale, économique, technologique ; le droit ne saurait y échapper et l'on serait fondé alors de parler de mutation juridique induite par la postmodernité.

En effet, l'ère moderne conjuguée à l'apparition de l'Etat - nation ont eu une influence profonde sur la représentation du droit. Celui-ci est directement issu de la conception « unitariste », fondée sur le centralisme juridique donnant lieu à un droit codifié et ordonné au volontarisme étatique.

L'identification du droit avec l'Etat est, pour les partisans du droit positif, un enjeu de très grande importance, il y va de sa complétude et de sa cohérence que d'avoir une source unique et étatique du droit. En droit économique, ce modèle juridique est représenté par l'école de Nice dont le raisonnement s'est construit autour de l'analyse substantielle dans l'optique d'adapter le droit aux faits pertinents¹⁶.

Le droit positif est exclusif ; il n'exprime pas le besoin de se référer aux autres sources normatives générées par la réalité sociologique y compris sa branche économique réputée par son dynamisme et dont les faits sont incontournables. Cependant la permanence du monopole normatif

de l'Etat serait largement tributaire de l'incontestabilité du modèle étatique. Mais force est de constater à l'évidence que le modèle en question est en crise. Celle-ci est certainement occasionnée par l'expansion sur le double plan de la réflexion et de la pratique de la théorie de « moins d'Etat ». Au plan international déjà, l'effondrement de l'ordre bipolaire a mis fin à la vision centrée uniquement sur les relations inter-étatiques.¹⁷ Du coup, la description de l'émergence du système juridique global ne saurait se suffire de normes universelles générales, ouvrant ainsi la voie à une approche pluraliste dont le corollaire est la contestation de l'Etat et de son droit.

Le droit classique codifié produit du « monisme juridique » et incarné par des règles élaborées par l'Etat reste tout de même majoritaire, néanmoins, il perd le monopole dans le paysage juridique et partant, son hégémonie dans la régulation des rapports sociaux. Plusieurs facteurs y ont contribué : d'abord il faudrait signaler la part de plus en plus croissante de la société civile dans la production normative. En effet, si l'Etat est incontestablement hégémonique dans l'ordre politique et diplomatique, la société civile est, elle aussi, irremplaçable dans l'ordre économique et social.

Ensuite, il faudrait compter avec l'avènement de l'économie normative ou l'analyse économique du droit dans sa version normative¹⁸ autorisant les économistes à déterminer unilatéralement les normes applicables dans la sphère qui leur est propre. Les normes ainsi élaborées seraient plus rationnelles, plus effectives et plus légitimes, d'où la consécration du pluralisme juridique.

Le pluralisme juridique résulte indéniablement d'une lecture plus souple et moins dogmatique du droit. Celui-ci est envisagé d'après sa fonction et inséré dans un champ social marqué du sceau de l'enchevêtrement et de l'autonomie limitée de ses différentes composantes. Ce qui, à l'évidence, tranche radicalement avec l'approche positive concevant le droit sous le prisme de la centralité, la formalité et de l'autonomie du droit des autres registres de la vie sociale.

Comme reflet de la pluralité des sources de droit, le pluralisme permet par ailleurs de mobiliser autant de ressources qu'exigerait le contexte de mondialisation dont le trait distinctif est l'accélération des mutations économiques et l'interdépendance croissante jusqu'à rendre le droit codifié incapable de gérer un système global. Ainsi, la *lex mercatoria* comme activité normative de l'action sociale n'a-t-elle pas fourni aux acteurs du commerce international des normes techniques adaptées à la spécification du contexte international ?

A partir de cet état de fait, on peut aisément affirmer que le pluralisme juridique, duquel le droit de la régulation tire son existence et sa raison d'être, est une construction normative teintée de réalisme. La pensée postmoderniste, « censée être l'incarnation même de la raison »¹⁹ mène le combat pour la reconnaissance de la juridicité de la norme sociale via la redéfinition de la nature même de la norme et des critères de sa juridicité. L'enjeu est de taille, car, face aux mutations profondes, complexes et multi-dimensionnelles, il serait impensable de ne pas rendre compte du réel afin de permettre au droit d'être en phase avec les dynamiques sociales à l'œuvre²⁰.

Le droit de la régulation comme produit du pluralisme juridique est contrairement au monisme, dépourvu de toute tentation d'exclusivité. En tant que porteur d'une normativité nouvelle, induite de la réalité, il n'ambitionne qu'une place dans le droit étatique pour qu'il soit partie prenante du dispositif juridique, tout en étant distinct des codifications étatiques.

Il est tout à fait clair que les différents organes de régulation créent un droit distinct du droit classique. Vu sous cet angle le droit de la régulation serait l'expression d'un besoin de régulation neutre et technique²¹ en ce sens que ses normes seraient le reflet d'une réalité têtue et incontournable et moins ordonnées au volontarisme étatique. Sans être formellement un Droit, le droit de la

régulation en tant que droit étatique ou para-étatique se situerait à l'aval du droit formel classique. C'est un paradigme normatif structuré autour de standards généraux et spécifiques, d'avis et de propositions et conseils. Autant de normes techniques qui complètent le dispositif juridique classique. Il s'ensuit alors un système normatif hybride où se côtoient deux catégories normatives. Une telle hybridité soulève naturellement la problématique de la compatibilité. En conséquence, il est strictement interdit, de notre point de vue, d'envisager la relation entre les deux composantes normatives sous l'angle de l'autonomie ou de l'indépendance.

L'unicité du champ social, du point de vue spatial et temporel, objet de régulation, plaide en faveur de rapports complémentaires et paisibles entre le droit codifié et le système normatif occasionné par le droit de la régulation en ayant recours aux techniques juridiques appropriées comme celles de délégation et/ ou d'intégration et un effort de coordination soutenu. En définitive, la régulation ne saurait en aucun cas s'appliquer seulement par opposition à la réglementation classique ; une démarche positive axée sur les propriétés intrinsèques de la régulation s'impose.

Section II Définition positive de la régulation :

Dans une société ayant le marché comme base d'organisation sociale, le système de régulation est configuré selon une logique d'interdépendance de deux éléments qui interagissent : le premier élément évoque l'autorégulation, c'est-à-dire une régulation naturelle et spontanée secrétée par les lois du marché, elle est aussi nécessaire qu'insuffisante en raison des limites inhérentes aux seules forces du marché. Le deuxième élément est un palliatif aux défaillances de l'autorégulation marchande ; il est appelé régulation étatique ou juridique parce qu'elle s'effectue par le canal du droit. Ce tout formé du couple Marché – Etat, participe d'une volonté d'instaurer l'équilibre social et économique, lequel est naturellement subordonné à l'intérêt général.

A – La régulation poursuit l'objectif de l'équilibre optimal :

L'équilibre est une notion strictement économique et insaisissable juridiquement. Le marché est, en effet, un processus d'organisation fondamentalement régulateur et par conséquent tend vers l'équilibre, mais le marché n'est assurément pas un équilibre. La raison en est l'incapacité du marché à assurer en permanence la reproduction du système et à s'éviter les crises en s'appuyant sur ses propres mécanismes de réajustement. C'est pourquoi l'Etat se trouve dans l'obligation de compléter le marché en œuvrant dans le sens de la prévention des crises et la tempérance des excès. La régulation étatique, qui vient donc en appoint à la régulation impersonnelle du marché, se fixe certains objectifs expressément cités par l'article 03 de la loi 08/12, cité ci dessus. Parmi ces objectifs y figurent en particulier :

1 - L'équilibre des forces du marché :

La notion d'équilibre est consubstantielle à la régulation. Les définitions en la matière mentionnent, sinon toujours, du moins souvent l'instauration ou la réinstauration de l'équilibre. Selon la théorie économique, (néoclassique), celui-ci se réalise par l'interaction entre l'offre et la demande, une fois couplée au libre mouvement des prix²², et en cas de l'avènement d'un déséquilibre, les variations de prix les corrigent automatiquement et instantanément.

En réalité, l'empirisme montre à l'évidence que si les forces du marché, au meilleur des cas, tendent vers l'équilibre, elles ne l'atteindraient jamais et quand bien même il se réaliserait, il serait incontestablement sous-optimal²³.

Dans ce cas de figure, le marché apparaît, comme un mode de régulation incomplet et partant, l'Etat acquiert de facto tout la légitimité à prendre des initiatives complémentaires à l'effet d'aider le

marché à atteindre l'équilibre souhaité. L'action de l'Etat sous couvert de régulation est éminemment stabilisatrice ; elle consiste à réguler l'activité économique en agissant, selon le cas, soit sur la demande (court terme), soit l'offre (moyen terme) afin de ramener le marché à son fonctionnement optimal. Inciter les acteurs du marché à déployer une activité optimale fait de l'Etat un vecteur d'équilibre. C'est d'ailleurs ce que soutiennent les juristes privatistes qui schématisent la régulation par la recherche constante des équilibres économiques²⁴, alors que les juristes publicistes y voient une nouvelle théorie de l'Etat : Un Etat régulateur et arbitre du jeu économique¹ et en aucun cas un acteur et encore moins un entrepreneur. Une telle affirmation, si elle est en adéquation avec les évolutions économiques, elle ne cadre pas, en revanche, avec les réalités marchandes qui pourraient induire une intervention fonctionnelle de l'Etat afin de combler l'absence de l'initiative privée dans un secteur ou une activité aussi déterminante pour l'économie ou le fonctionnement normal et régulier du marché²⁴.

Dans ce cas L'Etat devient interventionniste et doit être lui-même soumis à la régulation.

En conclusion, on peut raisonnablement estimer que la régulation est un instrument d'optimisation économique. En cela, le droit de la régulation est en intrication avec l'économie, car pour fixer les attributs d'un optimum, il faudrait se référer aux mécanismes économiques afin de construire un raisonnement décisionnel²⁵ circonstancié.

L'équilibre optimal a besoin donc d'être relayé par l'action publique mais, en aucun cas, ne peut faire l'économie de l'organisation du marché.

2 – Liberté de la concurrence :

Fondement institutionnel de l'économie de marché, la concurrence est un instrument, un moyen au service de la croissance économique, du progrès social et technique et le bien-être du consommateur.

Elle est également un processus de régulation en contribuant à la réduction de la complexité marchande et la réalisation de l'équilibre grâce à l'allocation optimale des ressources. C'est pourquoi le droit de la concurrence veille à son instauration et à son maintien, tant elle est menacée par des pouvoirs économiques privés (et publics) qui auraient tendance à abuser de leurs forces en imposant leur logique au lieu et place de celle du marché.

L'interface entre concurrence et régulation crée le droit de la régulation de la concurrence qui prend, dans ce cas, le sens d'une invention, ou substitution ou encore protection de la concurrence. Les deux premiers cas (invention, substitution) s'appliquent seulement à la régulation sectorielle où il est question d'abandonner l'interventionnisme ou la démonopolisation du secteur concerné via l'introduction de la concurrence.

L'introduction de la concurrence par le canal du droit grâce à la régulation ex-ante, normative, prend le sens littéral *d'une invention* de la concurrence. L'autorité de régulation compétente démonopolise le secteur dont elle a la charge. Elle crée ainsi la concurrence en organisant l'entrée de nouveaux compétiteurs

Mais pour ce faire, pour rendre la concurrence effective sur un marché de réseau, l'autorité chargée de la régulation doit d'abord procéder à l'égalisation des conditions de concurrence en dépouillant l'opérateur historique, anciennement en situation de monopole, de tout ou d'une partie de ses avantages pouvant empêcher le fonctionnement concurrentiel du marché selon le paradigme de la concurrence effective.

Une telle évolution témoigne, si besoin est, de l'extension de l'ordre concurrentiel qui, désormais n'épargne même pas les secteurs anciennement monopolistiques, et conduit immanquablement au repli du droit positif classique et réglementaire au profit d'un nouveau paradigme juridique.

Outre l'invention, la régulation peut parfois être regardée comme un substitut à la concurrence. Les défaillances du marché sont largement vérifiées, notamment lorsque la configuration du marché exclut d'avance toutes formes d'organisation concurrentielle. C'est bien évidemment le cas de monopole naturel où la régulation a essentiellement pour fonction de réguler l'entrée, la sortie et les prix à travers une tarification devrait se situer légèrement au-dessus du coût marginal afin d'assurer l'efficacité redistributive et partant éviter des situations rentières (prix plafond).

Le monopole naturel est caractérisé par un seul offreur de biens ou de services. Il est incontournable lorsque, en termes d'allocation des ressources, le partage de production entre plusieurs entreprises est moins efficace²⁶. En sus des prix, le monopole dit naturel s'accommoderait également avec l'une des techniques les plus caractéristiques de la planification socialiste : le quantitatifisme lequel postule un niveau de production compatible avec la demande du marché. Enfin, le monopole naturel ne symbolise pas l'échec du marché, mais sa défaillance ; il serait alors légitime d'exiger de la régulation, substitut du marché, qu'elle produise les effets et les vertus que la concurrence a l'habitude de produire : innovation, qualité, prix raisonnables et accessibles, niveau d'investissements conséquent.

Pour cela, la régulation ne doit lésiner sur aucun moyen : quantité, prix, entrée et sortie, planification des investissements etc.... Dans les deux cas de figure qui viennent d'être cités (invention et substitution) la régulation s'exerce de manière ex-ante et ex- post ; tantôt volontariste, tantôt réactive ; elle est surtout portée par un organe censé être compétent (proximité avec les professionnels du secteur) et indépendant (neutralité).

Par ailleurs, comme les conditions théoriques de la concurrence ne sont pas naturelles, celle-ci est constamment menacée par des pouvoirs qui seraient tentés par un processus d'auto-substitution au marché, l'obligation qui est faite à l'organe multisectoriel de régulation est au-delà de l'instauration, l'élaboration d'une organisation marchande protectrice de la concurrence.

Le conseil de la concurrence²⁷, organe de régulation horizontale, transversale, a pour mission de veiller à ce que le fonctionnement concurrentiel du marché soit préservé et maintenu dans le temps en éliminant toutes les pratiques susceptibles de réduire substantiellement la concurrence. Pour ce faire, le *Conseil* agit sur deux registres : la structure du marché et le comportement des acteurs économiques.

Pour ce qui est du premier registre, la théorie économique postule une structuration purement et parfaitement concurrentielle. La praxis économique démontre, par contre, le caractère inopérant de ce postulat théorique, quoique construit sur des bases et arguments homogènes. La factualité économique a fini par imposer une structuration imparfaitement concurrentielle configurée par *des flots de Pouvoir*²⁸ qui émergent grâce au processus d'expansion capitaliste. Il en est résulté une structuration oligopolistique²⁹, reflet de la réalité marchande, dont il s'agit de faire adapter au fonctionnement concurrentiel du marché.

C'est à partir de cet état de fait que le conseil en tant que régulateur doit agir et le sens de son action est de démontrer qu'une telle structuration n'est pas antinomique avec la concurrence, mais qu'elle constitue, cependant, le seuil minimum de compatibilité, si bien qu'y aller en deçà reviendrait à vider complètement la concurrence de sa substance.

C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'il faudrait comprendre l'assujettissement de l'opération de concentration à l'autorisation préalable³⁰. La concentration est une démarche d'agrandissement de la dimension et de l'influence de l'entreprise par le truchement de la technique de fusion (absorption, alliance, scission). Elle relève de la liberté contractuelle en principe, mais liée

par des considérations d'intérêt général et le bon fonctionnement économique, en ce sens qu'une concentration non sujette au contrôle à priori pourrait aisément crever le plafond des parts de marché, limité à 40 %³¹.

Le plafond en question est calculé en référence au marché pertinent³², et se justifie par la nécessité de contrôler les positions dominantes, lesquelles expriment un rapport de forces entreprise-marché qui est en faveur de la première. En gros, la concentration est la résultante des dépenses de fonctionnement engagées par des entreprises afin de réduire les coûts d'échange³³.

En revanche la régulation n'est pas mue uniquement par la raison économique, la raison sociale y est présente et associée avec harmonie, à la raison économique. En témoigne la non application du plafond suscité aux entreprises actrices de la concertation, lorsque cette

dernière est susceptible d'améliorer l'emploi ou le positionnement concurrentiel des petites et moyennes entreprises (PME)³⁴. Il s'ensuit logiquement que des entorses aux règles concurrentielles peuvent être tolérées à condition :

Primo, que ces entorses contribuent à la concrétisation des équilibres économiques et sociaux, faisant de la concurrence simple moyen parmi tant d'autres au service d'une finalité (croissance, progrès social et technique). Secondo, qu'elles ne remettent globalement pas en cause l'ordre concurrentiel dans sa structuration compatible avec la concurrence (oligopole = plusieurs offreurs). Toutefois, la structure du marché, aussi concurrentielle soit-elle, est insuffisante ; encore faudra-t-il contrôler le comportement des acteurs économiques.

En effet, ceux-ci seraient tentés par la coopération ou le partenariat de type commercial, sous forme d'ententes³⁵, dont l'objet est de complémentariser leurs politiques commerciales. Les offres commerciales qui en résultent seraient le produit de la concertation et non des fondamentaux du marché³⁶ et le fonctionnement du marché serait donc dénué de tout fondement compétitif.

Force donc est de constater que la fonction centrale et essentielle du régulateur multisectoriel est de veiller à protéger le couple structuration concurrentiel-fonctionnement compétitif et de rendre le marché le plus contestable possible

3 - l'allocation des ressources : En sus de l'équilibre et la libre concurrence, l'article 03 de la loi 08/12, pris dans son alinéa E, fixe un autre objectif, et non des moindres, à la régulation : la distribution optimale des ressources du marché entre les différents agents.

L'allocation des ressources est le produit du raisonnement typiquement économique que le droit de la régulation économique ne saurait ignorer au risque de se mettre en porte à faux avec sa raison d'être.

On connaît déjà la difficulté qu'éprouvait le droit classique (réglementaire) à concilier les deux logiques : l'une économique mouvante et souple, l'autre juridique (relativement) rigide ; la première étant difficilement soluble dans la deuxième.

Le propre du droit de la régulation économique serait donc sa capacité à intégrer les notions économiques dans le dispositif juridique, à insérer des logiques économiques insaisissables juridiquement parlant, dans des moules juridiques de plus en plus souples et de moins en moins rigides.

L'allocation des ressources consiste en la distribution des facteurs de production entre agents économiques. Dans une économie libre et concurrentielle, l'allocation est initialement marchande. La rencontre de l'offre et de la demande fait en sorte que les ressources soient allouées de la manière la plus efficace possible. Ce sont les enseignements de la théorie néo-classique, mais c'était sans

compter avec les mutations marchandes qui avaient fait évoluer le marché vers la concurrence imparfaite. Les rapports entreprises-marché ont évolué en faveur des premières qui pourraient mettre en jeu leur influence, due aux positions de domination économique, afin d'infléchir le cours des allocations.

Par ailleurs, les défaillances du marché autorisent également l'Etat à présider à l'allocation des ressources ; les exemples les plus indiqués sont :

primis, le monopole naturel où, comme il a été indiqué auparavant, l'allocation marchande est naturellement non seulement inefficace mais inopérante. Secundo, les externalités empêchent également l'allocation marchande d'atteindre l'optimum. Les externalités sont des effets externes produits par les agents économiques et qui procurent soit une utilité (externalité positive), soit une désutilité (externalité négative).

L'effet externe positif n'est pas rémunéré car non reconnu par le système des prix, ce qui pousse son émetteur à développer une activité sous optimale. L'émetteur de l'effet externe négatif (pollution par exemple) provoque, inversement, le même résultat. Dans ce cas de figure, la régulation a pour objet de permettre à l'Etat de redistribuer³⁷ les ressources en restreignant les décisions des agents pour les allocations que le marché ne peut allouer efficacement ; l'équilibre en dépend.

A tout cela s'ajoute l'aspect informationnel relatif aux échanges ; l'asymétrie informationnelle peut être source de dérèglement empêchant ainsi les agents d'agir au mieux de leurs intérêts. Cela se manifeste particulièrement dans le secteur financier ; le régulateur financier fait obligation de transparence aux acteurs du marché financier précisément parce que la fausseté des informations porte atteinte à la sécurité du marché ; de la même façon, le régulateur interdit l'exploitation de l'information privilégiée et oblige ses détenteurs à la diffuser au profit de tous les intervenants sur le marché.

Finalement, des objections pourraient être émises quant à la similitude des fonctions dévolues à la réglementation et à la régulation. Sans doute, la réglementation était et est toujours l'instrument de l'Etat au service des mêmes objectifs que ceux qu'on vient d'énumérer ; sauf que la nuance est d'ordre technique.

Effectivement, la régulation est l'outil privilégié d'encadrement juridique de l'économie et le perfectionnement de sa structure juridique et ce, de par son caractère souple, élastique et sa capacité à *phagocyter* des catégories marchandes (allocations des ressources, équilibre etc...³⁸)

Si le droit économique est objectivement corrélé aux transformations économiques, le droit de la régulation économique appuie cette tendance et approfondit les liens et interfaces droit-économie selon une logique qui participerait de la subordination, tant les rapports qu'entretient le droit avec son environnement économique sont surdéterminés économiquement³⁹.

Le rapport de subordination n'est pas symbolique, il est fondamental à plus d'un titre :

En premier lieu, l'efficacité comme valeur économique intègre l'amont et l'aval du droit, elle est à la fois source et finalité de la règle de droit ; s'ensuit alors la prééminence de l'aspect téléologique sur le contenu technique de la règle juridique, dont la rationalité est jugée à l'aune de l'efficacité et son évaluation obéit, du moins en partie, à des critères économiques tels que l'optimalité et l'équilibre.

En second lieu, étant conçu pour des visées économiques, le droit de la régulation ne se détache pas facilement des autres registres de la vie sociale. En cela, il est en porte à faux avec le

droit positif soucieux de son autonomie dans l'élaboration et la représentation des rapports sociaux et de l'intérêt général.

B - L'intérêt général :

La loi 08-12 modifiant l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, prise en son article 3, alinéa e, définit la régulation comme étant un ensemble de mesures au service des équilibres économiques et sociaux par le truchement de la régulation de l'allocation des ressources, de l'entrée, la sortie, les prix et l'action stabilisatrice du marché. Il convient, cependant, de mentionner le fait que l'article en question se caractérise également par un non-dit, en ce sens que l'ensemble du dispositif juridique régulateur est à insérer dans le cadre global de l'intérêt général.

Si les variantes marchande et juridique de la régulation convergent, à l'évidence, vers l'intérêt général, il convient alors de préciser, par démonstration, la contribution de chacune à la réalisation de cet objectif.

1- La contribution marchande à l'intérêt général :

La contribution marchande à l'intérêt général évoque exclusivement l'impact des mécanismes marchands sur l'intérêt général. Celui-ci est idéologiquement représenté comme la résultante d'une coordination marchande des activités économiques à même de produire l'équilibre optimal⁴⁰ où chaque agent peut réaliser son plan optimal⁴¹.

Une telle approche, résultante de l'addition des intérêts privés et postulant une situation statique où rien ne bouge⁴² est présentée comme la meilleure définition de l'intérêt général⁴³. Outre l'homogénéité de la construction théorique, la conception de l'intérêt général ainsi évoquée cadre parfaitement, du point de vue finalité, avec la notion de régulation entendue comme *l'ensemble des processus par lesquels les systèmes cherchent à maintenir leur état stationnaire en annulant l'effet des perturbations extérieures*⁴⁴.

La logique de la régulation postule une rupture radicale avec l'Etat providence ; l'Etat providence ne prend plus en charge les activités productives et ne contrôle plus directement les secteurs clés de l'économie. Rapportée à l'intérêt général, le périmètre de l'action publique est défini de manière restreinte par la régulation, il se borne en principe au cadrage du marché et au profit de celui-ci : fixer les règles du jeu et contribuer à la résorption des conflits.

En revanche, on assiste à l'expansion de l'ordre concurrentiel par l'élargissement du périmètre des activités appelées à être gouvernées par les seules règles de concurrence⁴⁵.

La concurrence, autant que possible, est le moyen privilégié de dispersion du pouvoir économique, du renforcement de l'efficacité, et de la réalisation du bien-être social. Ainsi, l'intérêt général est substantiellement pris en charge par la concurrence marchande. Nul besoin de prouver cet état de fait dès lors que la praxis a bien établi la supériorité de l'ordre économique et social gouverné par la société civile. La supériorité en termes de système de production (et d'échange) est telle que l'hypertrophie de l'Etat entrepreneur-producteur ne saurait rivaliser.

De ce point de vue, il serait opportun de préciser que la logique portée par le droit de la régulation s'apparente à une approche de l'intérêt général sous le prisme de l'économique. De ce fait elle accentue la tendance sus-citée en procédant par l'intrication de deux aspects : cognitif et normatif.

L'aspect cognitif est consubstantiel à la rationalité. Si l'Etat providence avait l'habitude de lier la rationalité à la synthèse des positions conflictuelles via la concertation, l'Etat régulateur mise,

par contre sur la rationalité individuelle matérialisée par les capacités cognitives à produire l'équilibre en termes d'efficacité économique et de justice sociale⁴⁶.

L'aspect normatif, quant à lui, est un complément du cognitif ; l'avènement d'une normativité nouvelle est à inscrire dans le registre de la recherche effrénée de l'efficacité⁴⁷, elle a donné lieu à ce que l'on pourrait appeler la doctrine de l'effet.

Autrement dit la sanction marchande prime les aspects formels du droit. Le marché acquiert ainsi une puissance normative lui permettant de déterminer la licéité des pratiques de marché en fonction du bilan (effet) économique et indépendamment de leur qualification juridique⁴⁸. Une telle évolution de la politique de concurrence européenne⁴⁹ pourrait, du reste, inspirer le législateur algérien afin de soumettre les opérations de concentration au contrôle à posteriori (bilan économique) compte tenu du faible taux d'intégration caractérisant l'appareil de production nationale⁵⁰.

Sans aller jusqu'à affirmer que l'intérêt général est réductible au marché, l'esprit de la régulation plaide en faveur de la dépendance de l'intérêt général à l'égard de la concurrence. Aussi, le calcul économique (efficacité, efficience) est à la base de l'intérêt général.

Le droit qui en résulte, est un droit dépourvu de ses attributs traditionnels, son identité est altérée par la factualité et la contingence de l'économie, lui faisant perdre sa généralité et sa systématicité ainsi que sa capacité à modeler l'économie ; se contentant ainsi de fournir un cadre formel aux pratiques économiques suivant une logique qui réduirait le sujet de droit à l'homo-oeconomicus : être doté de rationalité et mû uniquement par son seul intérêt.

2 - La contribution institutionnelle :

La contribution institutionnelle est le produit du volontarisme étatique ; l'Etat décide ainsi d'imprimer sa propre logique à la conception de l'intérêt général. Les inflexions qui en résultent font de l'intérêt général une structure composée de deux éléments aussi autonomes l'un de l'autre que complémentaires : la logique concurrentielle et le volontarisme institutionnel ; c'est-à-dire que la définition institutionnelle propre à l'Etat providence, et dont la tradition française est la référence la plus indiquée, érige le fonctionnement concurrentiel comme première exigence de l'intérêt général sans qu'elle soit exclusive.

En effet, l'Etat promoteur de l'intérêt général n'intervient pas de manière sporadique. Il intervient lorsqu'il estime devoir intervenir pour imposer dans le champ économique des impératifs extra-économiques (notamment sociaux et environnementaux)⁵¹

C'est d'ailleurs, selon G. Farjat, la finalité du droit économique qui s'approprie les faits économiques, il décrit leur évolution et opère l'évaluation sous le prisme exclusif du droit. Autrement dit, l'économie est un objet d'étude juridique, soumise à la normativité juridique laquelle est le reflet du volontarisme étatique.

Le droit de la régulation, par contre, serait un processus institutionnel tendant vers la désinstitutionnalisation de l'intérêt général. Dans la conception de l'intérêt général, la régulation maintient le fait suivant lequel l'intérêt général est le but ultime, mais en revanche, elle opère une mutation des rapports Etat- marché structurés désormais autour de la dépendance du premier vis-à-vis du second. Cela s'explique à deux niveaux :

En premier lieu, l'idéologie marchande, concurrentielle attribuée à l'Etat un rôle largement secondaire sans la concrétisation de l'intérêt général. La raison en est simple : les ajustements marchands sont plus à même d'y contribuer car, naturellement, plus aptes à atteindre l'équilibre.

La définition volontariste qui s'impose aux agents économiques est ainsi battue en brèche et de facto, l'Etat se retrouve dans une situation de subsidiarité vis-à-vis du marché : il ne peut accomplir son devoir inhérent à l'intérêt général qu'en cas de défaillance identifiée du marché⁵² ; encore faudrait

–il rajouter l'absence d'alternatives à l'Etat ; susceptibles de générer moins de distorsions. Il s'ensuit un rôle étatique de type utilitariste qui confère à la notion d'intérêt général un fondement essentiellement marchand.

En second lieu, paradoxalement, le marché de par ses défaillances, peut se retrouver exceptionnellement dans une situation de dépendance à l'égard de l'Etat : le monopole naturel en est l'archétype ; il témoigne de l'incapacité totale du marché à faire fonctionner un secteur dont les infrastructures ne sauraient être dupliquées et où les rendements d'échelle sont croissants⁵³.

Cependant, l'Etat qui vient à la rescousse du marché est censé être efficace et insusceptible de défaillances tels que le clientélisme, le populisme et l'électoratisme etc... C'est dans cette perspective qu'il faudrait inscrire la création des autorités administratives indépendantes, faisant office d'autorités de marchés et veillant à ce que la gestion soit dépourvue de toutes tentations néfastes sus-citées.

Une telle configuration qui manifeste le besoin d'un rôle étatique supplétif et qui s'exprime à l'occasion de la gestion d'un monopole naturel (par exemple) donne, certes, l'impression d'une dépendance à l'égard de l'Etat. Mais, il n'en demeure pas moins que l'autorité de régulation concernée adopte un référent marchand.

Celle-ci impose à l'entreprise régulée⁵⁴, chargée de gérer le monopole, une rationalité économique et un alignement systématique sur les normes économiques : techniques, financières, comptables, afin de faire bénéficier au secteur organisé en la forme de monopole naturel les vertus de la concurrence. Le régulateur est donc chargé de faire régner la concurrence sans concurrence moyennant le recours à des critères d'efficacité productive et redistributive⁵⁵.

Il en résulterait que, si l'Etat libéral interventionniste est dépendant de manière non mécanique à l'égard du marché, l'adoption du profil marchand propre à l'Etat régulateur, risquerait d'introduire du moins une certaine mécanique dans la relation de dépendance de l'Etat vis-à-vis du marché. La tempérance est, cependant, de mise. Les besoins de stabilisation à moyen et long termes du marché obligent l'Etat régulateur à transcender la myopie du marché en procédant à la planification des investissements. Les objectifs à court terme de la concurrence ne garantissent pas la satisfaction à long terme des investissements, et par ricochet la satisfaction de la demande.

Tout compte fait, le droit de la régulation est pragmatique par excellence ; il priorise la concurrence mais ne diabolise pas pour autant le monopole. Grande donc est la possibilité de voir le rôle de l'Etat dépasser ce cadre minimaliste (pas au sens régalien), au gré de la conjoncture et les impératifs de l'ordre public économiques.

Conclusion :

La régulation économique d'un point de vue juridique, est un approfondissement de l'interface droit-économie. Si le droit économique classique intègre les faits économiques, le droit de la régulation économique pousse cette tendance à son extrême en épousant les contours de l'économie, en obéissant à ses lois et en englobant tout le système économique : production (biens et services), consommation, échange, distribution etc.. Se pose alors à la régulation le défi de la cohérence globale. Celle-ci à l'évidence, ne se suffit pas d'un mécanisme formel comme celui de l'organe régulateur⁵⁶ sectoriel (vertical) ou multi-sectoriel (horizontal) ; encore faudra-t-il la doter de mécanismes juridiques et juridictionnels et de techniques de fonctionnement qui lui sont propres ; car il s'agit d'agir sur l'ensemble de l'action économique selon ses moyens propres.

Abstraction faite de la posture du droit vis-à-vis de l'économie⁵⁷, il serait évident que faire œuvre de régulation consiste essentiellement à susciter la fluidité du droit dans le circuit économique,

pris dans sa dimension systémique, selon des techniques, des procédures parfaitement adaptées aux besoins spécifiques du monde économique, jusque et y compris le cadrage juridique de l'incertitude de l'environnement marchand.

Le fait d'être travaillé par les valeurs marchandes, fait du droit de la régulation un droit fondamentalement pragmatique ; preuve en est la mise à mal de la sacro sainte séparation des pouvoirs, en dotant les organes régulateurs de pouvoirs quasi-législatifs et quasi-judiciaires en même temps. La réunion de ces deux fonctions au sein d'un même organe participe d'une logique d'efficacité et partant de légitimité.

Aussi le processus règlementaire auquel participe les acteurs du marché, censés être parfaitement informés, est de nature à permettre la maîtrise de la complexité inhérente aux domaines très techniques comme ceux des réseaux et du secteur financier ; de même, le pouvoir arbitral et de sanction exercés par une administration experte et compétente confèrent au processus décisionnel sa forme la plus aboutie possible, engendrant ainsi l'adhésion.

Cependant, une prise sur le réel est nécessaire lorsque l'on se positionne dans le contexte algérien où le problème de l'effectivité du droit se pose avec acuité. La sphère économique en Algérie est hétéronome en raison de l'emprise injustifiée du politique, lequel risque grandement de fausser le *jeu* de la régulation.

En guise de conclusion à la conclusion, la principale caractéristique du droit de la régulation peut être schématisée par la définition de J. Chevallier suivant lequel le ***droit de la régulation ne vise plus à encadrer les comportements, mais à atteindre certains objectifs et à produire certains effets économiques et sociaux.***⁵⁸

Transposée dans la sphère strictement économique, la régulation apparaît comme un *art* de conduire, de faire conduire et d'accompagner le processus économique à son terme : l'optimum comme prélude à une représentation essentiellement marchande et accessoirement étatique de l'intérêt général.

Au-delà de l'innovation institutionnelle matérialisée par des organes regroupant à la fois des fonctions quasi législatives et quasi-judiciaires, mettant ainsi à mal la traditionnelle et sacro-sainte séparation des pouvoirs, le Droit de la régulation se caractérise également par le déplacement du lieu de légitimation de l'Etat vers le marché, de la volonté politique vers l'utilité marchande mesurée en termes de satisfaction des besoins, via la prospérité et le bien être individuel et social. Le droit de la régulation économique plaide ainsi en faveur d'un consensus autour des libertés économiques et la croissance précisément parce qu'il est mû par le culte du résultat chiffré et quantifiable ; son utilitarisme s'efforce à calquer sur l'Etat le modèle de l'entreprise.

Les promoteurs de ce paradigme juridique devraient alors s'inspirer des travaux des économistes du droit dans le sens où l'analyse économique du droit , notamment dans sa variante normative, permet, un tant soit peu, d'éclairer et d'orienter l'action juridique dans l'optique d'une convergence droit /économie.

En effet, le décalage peut parfois devenir inconciliable entre les pratiques économiques et leur qualification juridique à l'instar de la recherche de la maximisation du profit, pratique somme toute normale et justifiée, qui pourrait être assimilée juridiquement à un abus de position dominante. Cependant un tel rapprochement doit susciter chez le juriste l'envie de préserver une certaine autonomie du droit et sa substance qui constitue sa raison d'être : l'idéal de justice porté depuis

longtemps par le droit ne doit en aucun cas s'effacer devant les impératifs du couple efficacité/efficience.

¹ - C., CHAMPAUD, régulation et droit économique, *Revue internationale de droit économique*, 2002 1t . XVI, p. 27 : L'auteur note que c'est par le fait de la dérèglementation, impératif européen, que la régulation a fini par conquérir l'ordre juridique national.

² - P, BOULANGER, Régulation ou règlementation, in observatoire du discours financier en traduction, [CDFI.nt2.ca/blog/régulation ou règlementation](http://CDFI.nt2.ca/blog/régulation-ou-règlementation) : selon l'auteur les notions de régulation et de règlementation peuvent prêter à confusion. Il cite le cas de la règlementation conçue dans le sens de la régulation. A ce titre Keynes prônait la règlementation comme agent de régulation.

³ - Par exemple, préservation de l'emploi et la protection offerte aux petites et moyennes entreprises.

⁴ - Les acteurs économiques privés sont devenus eux-mêmes producteurs de normes (chartes, code de conduite, règles éthiques)

⁵ - Déclaration de l'Algérie relative à l'art 41 de l'accord d'association entre l'Algérie et l'UE, établissant l'inspiration de l'Algérie de la politique européenne de la concurrence assise sur les art 85 et 86 du traité de l'UE. Décret présidentiel n° 05-159 du 27/04/2005 portant ratification de l'accord euro-méditerranéen pour l'établissement d'un partenariat entre l'Algérie et l'UE, JORA 31 du 30/04/2005.

⁶ - L'harmonisation est censée être contraignante pour qu'elle puisse remplir la fonction d'organisation et de rationalisation des rapports économiques à l'échelle régionale. A défaut d'être contraignante, la co-régulation devient incontournable. Voir, l'intelligence juridique : un nouvel outil stratégique (ouvrage collectif), Institut des hautes études de défense nationale, Economica, Paris, 2004, p. 117 et suivants

⁷ - Dérèglementation, décloisonnement et désintermédiation sont les éléments constitutifs de la mondialisation financière.

⁸ - M, MEDINA, *la conception post-moderne de la régulation de la concurrence*, archives-les-echos.fr/cercle/20/02/08/29/arde : 52816 HTM

⁹ - C, CHAMPAUD, op. cité, p. 31 et s.

¹⁰ - L'Etat providence a l'habitude de prendre en charge les secteurs-clés de l'économie soit pour des raisons stratégiques, soit en raison de l'absence de l'initiative privée. voir K., MOUHOUBI, l'entreprise publique autonome et le marché, mémoire de Magister, Université Benyoucef Benkhedda Alger1, Faculté de droit 1998.

¹¹ - J., CHEVALIER, L'Etat régulateur, in *Revue française de droit administratif*, n° 111, 2004, p. 473-482.

¹² - k., MOUHOUBI, *Droit public économique*, photocopié en arabe, fac de droit Alger 2012-2013.

¹³ - Zones méditerranéennes arabe et africaine de libre-échange. Cette dernière est en gestation. La zone de libre-échange implique l'extériorisation du processus décisionnel sous forme de transfert de concurrence afin d'égaliser les conditions de concurrence dans l'espace couvert de la dite zone.

¹⁴ - Rapport du Commissariat général du Plan présidée par C. MARTINAND, intitulé la régulation des services publics, éd. ESKA, Paris, 1999, p 44 et suivants.

¹⁵ - Loi 08/12 du 25/06/2008 modifiant et complétant l'ordonnance 03/03 du 19/07/2003 relative à la concurrence, JORADP n° 36 du 02/08/2008.

¹⁶ - En tant que théorie positive qu'elle est, l'école de Nice opère déjà un glissement vers le réel. Le droit ne modèle pas l'économie, il se contente de la formaliser

¹⁷ - BERGE, Jean-Sylvestre, l'application du droit dans un contexte global : questions de méthode, les cahiers de droit, volume 56, num 2, juin 2015. [https:// doi.org/10.7202/103135ar](https://doi.org/10.7202/103135ar).

¹⁸ - Dans l'analyse économique du droit, deux approches coexistent : l'une est positive qui, à l'instar de la sociologie du droit, mesure les conséquences de l'application de la règle de droit ; l'autre approche est normative.

¹⁹ - BARRAUD, Boris, *théories du droit du pluralisme juridique : introduction et conclusion. Tome II : La théorie syncrétique et la possibilité du pluralisme juridique*, Presses universitaires d'Aix e- Marseille, 2016

²⁰ - MAISANI , Pauline, et WIENER, Florence, réflexions autour de la conception postmoderne du droit, DR. Et société, 1994/27/PP443.464

²¹ - BELLEY, Jean-Guy, L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique, in *sociologie et sociétés*, vol. 18 num. 1, avril 1986 pp 11-32. URI [https://id .erudit.org/iderudit :001041ar](https://id.erudit.org/iderudit :001041ar)
Dans une démarche visionnaire, l'auteur en question précise, dès la moitié des années 80, que la dynamique à venir est à envisager sous l'angle d'une organisation axée sur des objectifs de coordination et de contrôle par des modes de régulation plus neutres (techniques) que des modes de régulation juridique.

²² - L'article 03 de la loi 10/05 du 15/08/2010 modifiant et complétant l'ordonnance 03/03 relative à la concurrence, JORADP n° 46 du 18/08/2010, érige la liberté des prix en règle générale.

²³ - Il s'agit de l'une des principales critiques du courant keynésien à l'encontre des néo-classiques.

²⁴ - Jacques, CHEVALIER, op. cité

²⁵ - C'est une action de stabilisation qui se définit comme un mécanisme généralisé d'ajustement de la production de biens et services avec la demande solvable. Voir Nabil MENASRIA, *analyse du rôle régulateur de l'Etat en économie de*

marché à travers le cas de l'ARTP dans le secteur des télécommunications, mémoire de Magistère, Faculté de droit et sciences économiques, université A. Mira, Béjaia.

²⁶ - André, DELION, *Notion de régulation et droit de l'économie*, in *Annales de la régulation*, vol. 1, 2006, p. 8.

²⁷ - Le monopole naturel se justifie aussi par l'impossibilité de dupliquer les infrastructures ; la duplicité relèverait de l'irrationalité économique.

Créé par l'article 23 de la loi 03/03 du 19/07/2003, relative à la concurrence, JORADP n° 43 du 20/07/2003.

²⁸ - Voir Kamel, MOUHOUBI, *L'Entreprise publique autonome et le marché*, Mémoire de Magister, Fac de droit, Université Alger 1 Ben Youcef Benkhedda, p. 15 et s.

²⁹ - L'oligopole est une structuration caractérisée par quelques vendeurs et une multitude d'acheteurs.

³⁰ - Art 17 de la loi 03/03 relative à la concurrence, op cité.

³¹ - Art 17 de la loi 03/03 relative à la concurrence, op cité.

³² - Décret exécutif n° 05/115 du 12/05/2005 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, JORADP n° 35 du 18/05/2005, p. 3. La notion de *marché pertinent* se définit selon soit le critère géographique, soit la nature des biens et services concernés et l'existence ou non de biens et services alternatifs.

³³ - Kamel, MOUHOUBI, *Droit public économique*, op. cité, 2^{ème} partie, p. 06 et s.

³⁴ - L'article 21 bis de la loi 08/12 du 25 juin 2008, modifiant et complétant l'ordonnance n° 03/03 du 19 juillet 2003, relative à la concurrence, JORADP n° 36 du 02/07/2008, p. 10

³⁵ - Article 06 de la loi 03/03, op cité, la jurisprudence exige cependant la pluralité des volontés lorsqu'il s'agit d'entreprises appartenant à un seul groupe, autrement dit, l'autonomie de chaque filiale en matière de politique commerciale.

³⁶ - Cela conduit, entre autres, à empêcher la détermination du prix par les mécanismes de marché.

³⁷ - Vincent, DESREUMAUX, *la théorie de l'équilibre général : un colosse aux pieds d'argile*, in revue de la régulation, 1^{er} semestre 2018, p. 7. <http://journals.openedition.org>. Consulté le 30/09/2019

³⁸ - Il s'agit également d'un droit flexible et pragmatique.

³⁹ - J, CAILLOSSE, *Surdétermination économique du droit et nouvelles figures du service public*, in *Politiques et Management Public*, éd. Lavoisier, V 29 N° 3, juillet-septembre 2012, p. 307, 308.

⁴⁰ - DE MARAIS, Bertrand, *droit public de la régulation économique*, presses de sciences politiques et Dalloz, Paris 2004, p. 38 : selon l'auteur l'équilibre optimal est un concept d'allocation des biens, duquel résulte le fait que toute amélioration de la satisfaction d'un agent se traduirait par la diminution de la satisfaction d'un autre agent. Il s'agit, à l'évidence, d'un équilibre statique.

⁴¹ - CHIGOLET, Grégory, recherche sur la notion d'équilibre et ses applications aux théories de la planification économique, thèse de doctorat, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008, p. 08,

⁴² - CHIGOLET, Grégory, op cité, l'équilibre équivalent au repos d'un système (physique), p.11

⁴³ - DE MARAIS, Bertrand, op. cité, l'auteur reprend la définition de Christophe MARCHAND ; économie des interventions de l'Etat, PUF, collection que sais je, Paris, 1999, p. 12.

⁴⁴ - CHEVALIER, Jacques, *La régulation juridique en question*, *Droit et société* 49 – 2000, p. 828.

⁴⁵ - MARTY, Frédéric, *Intérêt général et concurrence, les entités à but non lucratif à l'épreuve des règles européennes*, [HTTPS://halsls-archives-ouvertes.fr/halsls-01166066](https://halsls-archives-ouvertes.fr/halsls-01166066), 2015, p. 03

⁴⁶ - C, CHAMPAUD, op cité, p. 13

⁴⁷ - L'efficacité est son complément dialectique.

⁴⁸ - MARTY, Frédéric, op cité, p. 102. Selon l'auteur toutes les pratiques de marché doivent être évaluées à l'aune de l'effet économique ; Il en est de même du juge de la concurrence qui doit faire reposer sa décision sur le critère exclusif d'efficacité économique, censé être neutre, l'objectif est celui du bien être du consommateur. De notre point de vue, les réflexions insistant sur ce critère occultent souvent les difficultés qu'éprouve la doctrine dans son entreprise de définition de l'efficacité économique.

⁴⁹ - Ibid, l'école ultra libérale de Chicago en est la conceptrice.

⁵⁰ - Le contrôle à posteriori ou le bilan économique, en opposition au contrôle à priori sous-tendu par la recherche de la sécurité juridique, serait en mesure de renforcer la liberté contractuelle des agents dans un contexte caractérisé par un faible taux d'intégration économique.

⁵¹ - FARJAT, Gérard, un droit économique spécifique pour les pays émergents ? s/d/ CHARMI, Robert et GUESMI, Ammar, séminaire : *l'Algérie en mutation, les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, l'Harmattan 2001, p. 343 à 366.

⁵² - MARTY, Frédéric, op cite, p. 6 : selon l'auteur, la définition jurisprudentielle de la défaillance se suffit de son caractère relatif, (Conseil d'Etat, mars 2010, département de la Corrèze). Dans tous les cas de figure, le rôle supplétif de l'Etat doit être proportionné à son objectif.

⁵³ - Exemple de la gestion de la distribution de l'électricité, loi 02-01 du 5 février 2002, relative à l'électricité et le gaz et à la distribution du gaz par canalisations, JORA n° 08 du 06/06/2002, p. 05

⁵⁴ - DELVOVE, Pierre, BOITEAU, Claude, NICINSKI, Sophie, et PET, Thomas, *Droit public de l'économie*, (Rubrique S/D), *Revue française de droit administratif*, n° 3, 2018, p. 469. L'entreprise régulée est soumise à la régulation exercée par l'autorité de régulation de manière pérenne e non occasionnelle.

⁵⁵ - Ibid, p ; 470, l'efficacité productive incite à réduire les coûts de production. L'efficacité redistributive tend à éviter l'accaparement d' une rente importante au détriment des consommateurs.

⁵⁶ - L'organe régulateur matérialisé par l'autorité administrative indépendante est une évolution dans la conception de l'Etat vers une administration experte, efficace en raison de la proximité avec les acteurs et donc légitime.

⁵⁷ - La doctrine économique du droit adopte des approches différentes : les institutionnalistes intègrent le Droit dans l'action économique ; les néo-classiques plaident, en revanche, la séparation.

⁵⁸ - J, Chevalier, op. cité p. 832