

L'ordre Régulateur : Essai sur l'émergence d'un concept*

Dr. BERRI Noureddine,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ)
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –
Algérie

د. بري نور الدين
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé

Les transformations ayant affectées l'ordre public ont donné naissance à plusieurs ordres publics parmi lesquels on cite l'ordre de la régulation (ordre public économique, ordre concurrentiel et ordre régulateur). Cet ordre, original et si difficile à identifier, est mis en mouvement par l'Etat et les autorités de régulation. Ces dernières ont pour mission d'accompagner les secteurs libéralisés, du monopole à la concurrence. C'est un ordre transitoire et temporaire.

Mots clés

Ordre public régulateur, régulation, prérogatives de puissance publique, intérêt général, autorités de régulation, concurrence.

Regulatory order: an essay about the emergence of a concept

Abstract

The transformations that affected the public order gave birth to many public orders such as the regulation order (the economic public order, competition order and regulatory order). This order, being new and hard to identify, is put into movement by the state and the regulatory authorities. These last have as mission to accompany the liberalized sectors, from the monopoly to the competition. It is a transitory and temporary order.

Key words

Public regulatory order, regulation, publican strength prerogatives, common benefit, regulation authorities, competition

ملخص

ينحدر النظام العام الضبطي من النظام العام التقليدي. قبل الحديث عن النظام العام الضبطي تجدر الإشارة إلى النظام العام التنافسي الذي ينحدر بدوره من النظام العام الاقتصادي. فهذا الأخير ناتج عن تحولات النظام العام بوجه عام. فتحريم الاقتصاد أدى إلى تحول طريقة تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي، فأصبحت تتدخل عن طريق هيئات الضبط المستقلة التي تضطلع بمهمة مرافقة القطاعات الاقتصادية من احتكار الدولة إلى النظام التنافسي. ففي هذه الفترة من

* Article reçu le 02/03/ 2015, expertisé le 06/04/2015, rendu publiable le 03/05/2015

الزمن، نلاحظ أن هيئات الضبط تقوم بمهمة الضبط بحمايتها لنظام عام من نوع خاص نسميه النظام العام الضبطي. وخصوصية هذا النظام تظهر في انتقاله، فهو نظام عام محدد في الوقت على خلاف النظام العام التقليدي.

الكلمات الدالة

النظام العام الضبطي، الضبط، إمتيازات السلطة العامة، المنفعة العامة، سلطات الضبط، المنافسة.

Introduction

S'il est plus facile de récupérer le mercure échappé d'un vieux baromètre que de saisir la notion d'ordre public dans une définition¹, il est encore plus ardu d'identifier l'une de ses subdivisions. En effet, pour bien définir l'ordre régulateur, la logique voudrait que l'on parte d'une définition sûre de l'ordre public *général* et de l'ordre public économique. Or celles-ci n'existent pas². Au surplus, plus un concept se démembre, plus sa définition est difficilement saisissable³. Il faut pourtant se résoudre à tenter l'aventure de la définition de ce concept qui doit être à la fois découvert et construit⁴.

De la notion classique d'ordre public concernant la morale et la politique, le droit contemporain a étendu l'acception aux rivages social et économique. Cette notion a ainsi évolué en fonction des mutations qui ont affecté les missions dévolues à l'administration que l'on pourrait résumer en un passage de l'Etat gendarme à l'Etat providence. Avec ce passage, l'ordre public change de registre et d'échelle. Siège de l'ensemble des règles impératives par lesquelles l'Etat intervient dans l'économie, l'ordre public économique n'est plus une exception mais « *constitue la qualification normale des législations nouvelles* »⁵.

L'ordre public économique prend deux aspects : « *ordre public de protection destiné à protéger des catégories faibles – consommateur, entrepreneur, locataires etc.* » et ordre public de direction « *destiné à transmettre aux différents rouages de l'activité économique que décide l'Etat lorsqu'il opte pour un système dirigiste – politique des prix qui se traduit par le droit de la concurrence* »⁶.

Toutefois, depuis la consécration du principe de la libre concurrence, l'ordre public de direction économique a connu une évolution sans précédent ; « *c'est un nouvel ordre économique : le droit de la concurrence pose le principe de l'économie de marché, mais une économie qui est soumise à un contrôle* »⁷. En conséquence, une expression est apparue sous la plume du Professeur Antoine Pirovano faisant s'entrelacer l'ordre et la concurrence sous le concept d'ordre concurrentiel⁸. Le système juridique, en essayant d'apporter les outils les plus adaptés, s'est d'abord doté du droit de la concurrence puis – *dans le cadre de la libéralisation des secteurs clés de l'économie*- a fait appel à la régulation sectorielle, manifestation d'une sorte d'expansionnisme du droit économique sommé de contrôler, comme il le peut, les métastases de l'ordre concurrentiel ; c'est ce que j'appellerai *ordre régulateur*.

L'objectif de cet article n'est certainement pas de tenter l'innovation, mais simplement de se rendre compte de l'un des *pics* de la transformation des mécanismes d'intervention étatique dans la sphère économique, et de constater au même temps, l'émergence d'un *néologisme* issu d'un *paradigme* : ordre régulateur. Si la concurrence a un ordre⁹, pourquoi pas la régulation¹⁰ !

L'ordre régulateur n'est pas né *ex nihilo*, il suit le chemin de la concurrence. C'est l'ensemble de règles « *Régulateurs* » tendant à faire émerger de la concurrence. Autrement, c'est le mécanisme idéal d'introduction des activités économiques de l'Etat, y compris les services publics, à la concurrence...c'est déjà un ordre ! Mais c'est un ordre transitoire en ce sens qu'il est appelé à retirer ses *échafaudages* au profil de l'*ordre concurrentiel* une fois ce dernier est atteint.

Notre propos se concentre seulement sur la phase d'*introduction à la concurrence*, mais cela suppose que la concurrence « *parfaite* » ne soit pas encore arrivée. Pendant cette phase, la régulation semble fonctionner comme un ordre ; elle constitue par elle-même et pour elle-même une forme d'organisation (I). En outre, étant par essence sectorielle et transitoire, la régulation se met en mouvement par des instances spécialisées dont les pouvoirs traduisent *déjà* la rigueur d'un certain ordre(II).

I- La régulation, un ordre soumis à l'ordre !

L'ordre régulateur repose sur les postulats de l'économie de marché. Cette dernière est avant tout un ordre régulateur et les lois des régulations peuvent être vues comme « *les droits constitutionnels* » des marchés. L'ordre régulateur peut ainsi être conçu comme l'avatar de l'économie de marché¹¹. Il y'a fort bien des éléments qui démontrent la construction d'un ordre dans la régulation (A), et il y'a bien fort des éléments qui le rende transitoire (B). Avez-vous entendu parler d'un *ordre public transitoire* ?

A / Les éléments d'un ordre en construction

La régulation a un caractère profondément polysémique¹². Le terme de régulation provient du latin « *regalis* » qui signifie « *du roi* » ou, plus précisément, « *qui est propre au roi* »¹³. A ce titre, et comme le souligne un auteur, "*l'on mesure d'emblée combien « la régulation » partage la même racine que le terme « régalien » et combien la parenté est d'ores et déjà étroite entre « régulation » et « réglementation*"¹⁴. Sur le seul fondement de la racine étymologique, une première idée semble s'imposer : par son lien avec le « *roi* », la régulation se rattacherait à l'exercice de la souveraineté¹⁵. Un ordre, lié, de surcroit à la souveraineté et bien entendu, à l'intérêt général¹⁶. La régulation est liée également à la notion de dérèglementation qui s'accompagne nécessairement d'une nouvelle réglementation appelée régulation « *pour mieux marquer le nouvel esprit qui l'anime* »¹⁷.

Au sens strict, la régulation vise des secteurs économiques particuliers mais dont le point commun est d'être des secteurs qui n'ont pas en l'état la capacité intrinsèque de produire leur propre équilibre. Dans ce sens, le Professeur Stéphane Braconnier parle de "*voie médiane entre l'interventionnisme forcené de l'Etat dans l'économie et*

le libéralisme sauvage"¹⁸. Cette définition se rapproche de celle retenue par l'étude de François Gazier et d'Yves Connac, selon laquelle la régulation désigne "*l'activité intermédiaire entre la définition de la politique, qui revient au gouvernement et au parlement et, d'autre part, la gestion entrepreneuriale qui relève des opérateurs économiques*"¹⁹. La régulation est liée à la libéralisation de l'activité économique et de l'ouverture à la concurrence des services publics. Dans cette optique, plusieurs définitions peuvent être retenues et parmi lesquelles on note celles proposées par le professeur Marie-Anne Frison-Roche. Dans une première acception du terme, la régulation signifierait "*une technique d'intervention de nature politique dans un secteur qui le requiert parce que les intérêts de la nation sont en jeu*"²⁰. Dans une autre définition, la régulation correspondrait au moyen dynamique de passage sectoriel d'un système monopolistique à un système concurrentiel²¹. Enfin, la régulation devrait être considérée comme étant "*un moyen dynamique de maintenir les grands équilibres*" d'un secteur²².

De toutes ces définitions ressort un certain esprit d'ordre : L'intérêt (économique) de la nation, voie médiane entre interventionnisme et libéralisme, le maintien des grands équilibres d'un secteur... Mais c'est un ordre transitoire.

B/ L'ordre régulateur, ordre transitoire !

L'ordre public ne doit pas être conçu comme un corps de règles. Il est des règles, des lois qui sont dites d'ordre public parce qu'elles puisent dans l'ordre public, même si elles ne se confondent pas avec lui²³. On parle d'ordre juridique éternel²⁴. Toutefois, les métamorphoses de l'ordre public ont fait naître un ordre d'un type nouveau : un ordre « juridique » transitoire. Or, la disparition des dispositions du droit sectoriel et des régulateurs spécialisés est inscrite dans leurs « gènes » puisqu'ils ne constitueraient, initialement, qu'un marchepied, un simple moyen pour mettre en place les conditions d'une concurrence loyale (1). Après la maturation des règles du marché, les autorités de régulation sectorielles ainsi que les règles qu'elles appliquent perdraient leur raison d'être. La régulation sectorielle est essentiellement un moyen de prévention contre les excès du monopole, ce n'est pas un substitut de la concurrence, c'est uniquement un moyen de monter la garde en attendant que la concurrence arrive²⁵. Il est toutefois pertinent de relever que, pour transiter vers la concurrence, les règles du droit sectoriel doivent atteindre certains objectifs (2).

1- Le principe de la disparition de l'ordre régulateur

Le cadre législatif algérien relatif aux régulations, mis en place initialement à partir de 1995, est à l'image du modèle européen, marqué par la volonté d'assurer la transition du monopole à la concurrence. Il apparaît implicitement, dans les textes que le droit de la concurrence prendra le relais des régulations sectorielles une fois la concurrence installée sur tous les segments des marchés.

Le cadre européen est plus explicite quant à la disparition de la régulation sectorielle au profit du droit commun de la concurrence. Si l'on suit le scénario envisagé par la Commission européenne, les autorités de régulation n'ont pas vocation à s'inscrire durablement dans le paysage institutionnel des secteurs

économiques régulés, leur mission n'étant que d'accompagner l'ouverture à la concurrence des secteurs anciennement monopolisés²⁶. C'est le cas par exemple dans le domaine des télécommunications. En effet, la directive Européenne 2002/19 relative à l'accès au réseau de communications électroniques prévoit que " (...) *l'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché*"²⁷. Le désengagement de l'Etat a conduit immédiatement à se poser la question de savoir si l'attribution de pouvoirs aux autorités sectorielles spécialisées n'était que séquentielle, c'est-à-dire si elle s'épuisait par la vertu de la finalisation du passage au secteur concurrentiel²⁸. La directive cadre du 7 Mars 2002, en son article 16, définit une procédure d'analyse de marché à l'issue de laquelle, " *lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques* "²⁹.

Le législateur français a suivi l'analyse communautaire, notamment décelable dans la formulation de l'exposé des motifs du projet de loi n°2004-669 du 3 juin 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle : " *le projet de loi marque l'entrée dans une nouvelle phase de la régulation qui doit conduire graduellement au remplacement des règles sectorielles spécifiques par l'application du droit général de la concurrence* ". A ce propos, le Conseil de la concurrence, dans sa réponse à la consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques, a manifesté le souhait que le législateur fixe une date pour la convergence des droits sectoriels vers le droit de la concurrence³⁰. Le Conseil remarque que, sous l'impulsion du droit communautaire, la loi précitée marque une étape importante dans l'abolition d'une régulation *ex ante* et le rapprochement entre droit sectoriel et droit de la concurrence³¹.

Cet avis rejoint l'opinion du professeur Marie-Anne Frison-Roche qui, parmi les nombreuses acceptions qu'elle a dégagées de la notion de régulation, la définit comme étant " *le moyen dynamique de faire passer un secteur d'un état à un autre et notamment d'assurer la transition d'une organisation monopolistique à une organisation concurrentielle*"³². Le même auteur reconnaît la pertinence d'un droit éventuellement transitoire de la régulation, à travers " *le temps et les actes nécessaires à la construction et la maturation d'un marché concurrentiel qui peut être par la suite laissé à ses propres forces*"³³.

Dans le même sens, un auteur souligne que " *Le marché devenant mature, le moment est donc venu de permettre le basculement de l'ensemble du secteur sous le régime du droit commun du marché*"³⁴. Le choix de ce moment critique - du passage de l'*ex ante* à l'*ex post* - est dénommé par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, le *Kairos*³⁵ ; c'est-à-dire " *le bon moment où il faut retirer les échafaudages de l'ex ante pour laisser prospérer l'ex post, pas trop tôt pour que le relais sur la seule puissance des acteurs puisse s'opérer, pas trop tard pour que l'ex ante n'étouffe pas le dynamisme plus naturellement engendré par les espaces de liberté*"³⁶. La recherche du bon point de passage entre *ex ante* et *ex post* est le travail auquel se livrent normalement les autorités de régulation, en accord avec le Conseil de la concurrence.

Car, l'action conjointe des deux autorités devrait aboutir, non pas à un chevauchement de compétences mais à une cohérence des deux systèmes de contrôle. Le professeur Jacques Chevallier va même jusqu'à affirmer qu'avec l'apparition des régulateurs indépendants, on assiste à l'apparition d'un Etat régulé et surplombé par l'ordre concurrentiel³⁷.

Les régulateurs sectoriels ont pour mission, dans le cadre d'un ordre public régulateur, de veiller à l'existence d'une concurrence effective et loyale sur les marchés soumis à régulation en prenant toutes les mesures nécessaires afin de promouvoir ou de rétablir la concurrence sur ces marchés³⁸. Ayant une mission de régulation *ex ante*, ces régulateurs se chargent d'accompagner leurs secteurs respectifs vers un système concurrentiel. Ils sont à, ce titre, habilités à fixer eux-mêmes les règles du jeu, procèdent à des sanctions et à des arbitrages. S'agissant du Conseil de la concurrence, sa mission relève de la régulation *ex post* en ce sens qu'il intervient en aval pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence. Sa mission consiste alors à surveiller le degré de conformité des pratiques des opérateurs aux règles de la concurrence. Cela suppose, comme l'écrit le professeur Zouaïmia Rachid, que "*les entreprises en cause évoluent dans un marché mature, un marché concurrentiel. Ce qui signifie que le Conseil de la concurrence est appelé à prendre le relais des autorités sectorielles au moment où le secteur en cause dépasse l'étape transitoire et entame son accès à l'ordre concurrentiel*"³⁹. Ce qui confirme bien le caractère transitoire des règles du droit sectoriel.

2- Les préalables à la suppression de l'ordre régulateur

Si l'on peut évoquer, théoriquement, la possibilité de la suppression de la régulation sectorielle au profit du droit de la concurrence, il n'en est pas de même d'un point de vue pratique, car le moment du retrait des "*échafaudages de l'ex ante*" semble très loin.

Ce constat est fondé dans la mesure où, d'une part, l'on remarque que non seulement le besoin de régulation sectorielle *ex ante* ne diminue pas mais il semble au contraire avoir tendance à augmenter et, d'autre part, à défaut d'une réelle concurrence entre opérateurs, on n'imagine pas comment une industrie de réseau, par exemple, pourrait fonctionner sans intervention d'une autorité de régulation garantissant la neutralité de l'accès à l'infrastructure essentielle⁴⁰. Or, le développement de la concurrence par les infrastructures est nécessaire pour réduire progressivement le champ de la régulation sectorielle : les nouvelles technologies permettraient de déployer de nouveaux réseaux d'infrastructures concurrentes de celles de l'opérateur historique (développement du satellite, des réseaux sans fils, de la fibre optique, etc.) ce qui permettrait alors d'accroître la concurrence.

A ce propos, le Conseil de la concurrence Français constate, dans un avis rendu le 31 janvier 2005 que "*la régulation ex ante peut permettre des objectifs plus larges que ceux recherchés par le droit de la concurrence, notamment quant à l'horizon temporel pris en compte. L'analyse des obstacles à la concurrence faite au niveau*

communautaire conclut ainsi que seule une concurrence suffisante entre les infrastructures peut permettre à terme, de garantir l'exercice d'une concurrence effective, la réglementation ex ante ayant pour objet à titre transitoire de permettre la concurrence entre services et le choix du consommateur mais également de favoriser l'investissement, de développement des infrastructures concurrentes à celles de l'opérateur historique"⁴¹. Pour que la concurrence arrive à maturité, les opérateurs alternatifs devront déployer des boucles locales résidentielles optiques, marquant ainsi le point d'aboutissement d'un processus graduel d'investissement dans des réseaux de plus en plus capillaires, leur permettant ainsi progressivement de s'affranchir du réseau de l'opérateur historique. Ce dernier, à défaut d'une concurrence par les infrastructures, reste en situation de monopole par rapport aux opérateurs alternatifs. Pour pouvoir espérer une ouverture totale du secteur à la concurrence et, donc opérer, à terme, cette transition vers l'ordre concurrentiel, les pouvoirs publics, en collaboration avec l'expertise du régulateur sectoriel, doivent de prime abord, dégroupier la boucle locale de l'opérateur historique et permettre ainsi, aux nouveaux entrants de développer une concurrence effective sur le marché⁴².

L'ordre concurrentiel et l'ordre régulateur cohabitent dans la mesure où, même en transition, les secteurs libéralisés sont soumis à la fois aux deux ordres. L'ordre concurrentiel est déjà de mise en ce sens que les règles du droit de la concurrence sont bien établies et, même si les autorités spécialisées sont appelées à céder leur place au Conseil de la concurrence⁴³, le droit sectoriel et le droit de la concurrence demeureront. S'agissant des autorités sectorielles, elles exercent un contrôle particulier sur les opérateurs qui ne relève pas du droit commun de la concurrence et ne peut donc être hérité par le Conseil de la concurrence : celui qui consiste à veiller au respect par les opérateurs des obligations de service public.

Il est en somme pertinent de conclure cette partie en affirmant que l'ordre régulateur « engendre les conditions juridiques de son existence (réguler la liberté d'entreprendre) et de son fonctionnement ; il en résulte l'apparition de nouvelles branches du droit et de nouveaux biens et services qui sont directement liés à l'ordre régulateur ; ce dernier a donc juridiquement un effet créateur sur l'économie »⁴⁴. Mais pour cela, il a besoin de l'ordre public, il est protégé par lui, il repose sur lui afin de garantir son efficacité et sa pérennité⁴⁵.

II- La mise en mouvement de l'ordre régulateur

La nouvelle fonction de régulation est exercée, au nom de l'ordre public, par des instances spécialisées en application des prérogatives de puissance publique. En effet, on assiste dans ce cadre, à l'apparition de nouveaux actes administratifs édictés par de nouvelles autorités administratives que l'on peut dénommer « actes régulateurs » (A), qui sont soumis, comme les actes administratifs classiques, au contrôle de la légalité (B).

A- L'acte réglementaire : un acte relevant des prérogatives de puissance publique

Les prérogatives de puissance publique constituent la manifestation de procédés spécifiques de puissance publique visant la satisfaction de l'intérêt général dont le simple particulier ne bénéficie pas directement⁴⁶. La fonction de régulation du marché, envisagée comme une mission de la puissance publique, est exercée par le biais de moyens juridiques. En effet, une fonction juridique se concrétise par des prérogatives qui permettent à la puissance publique d'édicter des actes juridiques⁴⁷.

Puisque les actes de régulation sont édictés par des autorités administratives dans le cadre d'une mission d'intérêt général, rien ne permet de penser qu'ils ne seraient pas le résultat de prérogatives de puissance publique traditionnelle. Or, comme le relève un auteur, « *Les actes juridiques auxquels donne lieu la fonction de régulation demeurent en fin de compte très classiques* »⁴⁸. Les actes de régulation se révèlent être donc des prérogatives de puissance publique.

La puissance publique s'exprime au travers des trois pouvoirs constitutionnels (exécutif, législatif et judiciaire)⁴⁹. Pourtant, le pouvoir exécutif doit être considéré comme le seul détenteur de prérogative de puissance publique *stricto sensu*. Les autorités de régulation usent de prérogatives de puissance publique pour réguler leurs secteurs respectifs en les accompagnant vers l'ordre concurrentiel. Pour bien assurer cette tâche, le législateur les a dotées de pouvoirs similaires aux trois pouvoirs constitutionnels. En effet, certaines autorités de régulation sont investies d'un pouvoir de sanction et de règlement des différends (2). Des pouvoirs inhérents à la nouvelle fonction de régulation qui est mise en œuvre par des prérogatives de puissance publique. Mais leurs décisions unilatérales demeurent au premier rang de ces prérogatives en rapport avec le droit du marché⁵⁰ (1).

1-Les décisions unilatérales des AAI : Pour un ordre sur le marché

Les décisions des autorités de régulation sont de véritables actes administratifs. L'acte administratif unilatéral est un « *acte juridique, adopté unilatéralement par une autorité administrative, qui modifie ou refuse de modifier les droits et obligations des administrés indépendamment de leur consentement* »⁵¹. L'acte réglementaire administratif est imputé à une autorité administrative ; il se distingue des actes législatifs et des actes juridictionnels ; c'est un acte unilatéral et c'est un acte inégalitaire en ce que l'autorité administrative peut se passer du consentement des destinataires de l'acte pour modifier les situations juridiques⁵². En relation avec l'intérêt général, les décisions des autorités de régulation ont pour objectif principal, le respect d'un certain ordre par leurs destinataires.

Les autorités de régulation n'interviennent pas uniquement en aval pour résoudre des litiges ou de sanctionner un opérateur du marché, mais d'abord en amont pour fixer les règles du jeu entre eux dans le but de définir les équilibres souhaitables⁵³.

La fonction de régulation s'exerce donc par des actes réglementaires. Un acte réglementaire se caractérise par la généralité de la norme qu'il pose et ses effets sont impersonnels. Il constitue un nouveau type d'actes administratifs. Certaines autorités de régulation sont investies d'un tel pouvoir de manière explicite⁵⁴. La raison d'une telle dévolution s'explique par leur connaissance précise des exigences à satisfaire et

des problèmes à résoudre. Elles apportent ainsi les éléments utiles à la réflexion sur l'élaboration de normes nouvelles, ou la réforme d'une réglementation mal adaptée ou lacunaire⁵⁵, or, "*dans le monde moderne, le processus classique de production de normes par les instances traditionnelles démocratiques paraît inadapté aux exigences de certains secteurs clés de la vie sociale. En matière d'éthique, d'information, de communication, de concurrence..., l'intervention exclusive et directe de l'Etat, par l'intermédiaire du Parlement ou du pouvoir exécutif, semble désormais inappropriée au règlement de problèmes sensibles, techniquement complexes et en constante évolution*"⁵⁶.

Les autorités de régulation disposent donc d'un pouvoir de type réglementaire (avec homologation) régi par un cadre posé par la loi, en vertu duquel elles peuvent être créatrices de normes dans certaines limites⁵⁷ :

-Le pouvoir réglementaire de la COSOB et du Conseil de la monnaie et du crédit sont soumis à homologation et au procédé de la seconde lecture. S'agissant de la COSOB, l'article 32 du décret législatif n° 93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilière prévoit que les règlements édictés par la COSOB sont approuvés par voie réglementaire, ils sont publiés au journal officiel avec le texte d'approbation qui relève de la compétence du ministre chargé des finances⁵⁸.

- Les règlements pris par le Conseil de la monnaie et du crédit sont soumis au ministre chargé des finances à titre de projets. Ce dernier peut, à l'issue d'un délai de dix (10) jours, demander leur modification. Dans ce cas, le Conseil est tenu de se réunir dans un délai de cinq (5) jours en vue de statuer sur les modifications proposées par le ministre. C'est à l'issue de cette seconde délibération que le règlement est promulgué et acquiert force exécutoire⁵⁹.

- S'agissant du Conseil de la concurrence, le législateur lui confie un pouvoir réglementaire quelque peu large. L'article 34 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence prévoit que : " (...), le Conseil de la concurrence peut prendre toute mesure sous forme notamment de règlement, de directive ou de circulaire qui est publié dans le bulletin officiel de la concurrence prévu à l'article 49 de la présente ordonnance". En édictant de telles dispositions, le législateur érige le Conseil de la concurrence en un véritable « législateur des marchés ».

-Le cas de l'ARPT est plutôt singulier dans la mesure où elle dispose de ce que l'on pourrait désigner comme étant un pouvoir normatif de fait résultant de ses fonctions contentieuses qui lui sont attribuées par la loi (pouvoir de règlement des différends et d'arbitrage). L'ARPT prend également des décisions à caractère réglementaire. Cette compétence inédite trouve sa légitimité dans le fait que le régulateur est amené à préciser et adapter périodiquement le cadre législatif applicable au secteur de la poste et des télécommunications.

Les règles de droit fixées par l'Etat pourront être remises en cause par l'autorité en charge de réguler le secteur en édictant des normes plus conformes à la technique du moment, aux nécessités économiques actuelles ou aux besoins des acteurs du marché⁶⁰. En témoignage, l'adoption par l'ARPT, sans qu'elle en soit chargée par le législateur, d'un « code spécial » portant procédures de règlement des litiges en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage⁶¹.

Ainsi, malgré le silence de la loi, de façon audacieuse et dans le but d'ordonner le secteur des télécoms, l'ARPT s'est investie elle-même d'un pouvoir réglementaire ; un pouvoir « *auto-proclamé* »⁶². Cet exemple témoigne à lui seul du besoin d'un ordre du marché assuré par une autorité de régulation.

In fine, toutes les décisions à caractère réglementaire des autorités de régulation sont exécutoires et, la décision exécutoire constitue l'un des modes d'édition de normes juridiques⁶³. Elle est spécifique en ce qu'elle traduit l'exercice juridique d'un pouvoir. Pourvu que ce dernier, soit conforme aux dispositions constitutionnelles⁶⁴.

2-Pouvoir de sanction et de règlement des litiges : au nom de l'ordre sur le marché

Pour veiller au maintien de l'ordre sur le marché, le législateur a confié aux autorités de régulation des compétences originales. Elles sont investies d'un pouvoir de sanction qui s'apparente à celui du juge (a), et d'un pouvoir d'arbitrage à caractère spécifique (b).

a/ Le pouvoir de sanction

La sanction administrative est définie comme étant la décision unilatérale prise par une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, qui inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements⁶⁵.

La sanction administrative est un mode de régulation ancien et traditionnel⁶⁶, antérieur à l'existence d'actes de régulation. Dans ce sens, le Doyen André De Laubadère écrivait : « *le pouvoir d'infliger des sanctions administratives d'une autorité étrangère à l'ordre des juridictions pénales est évidemment très exorbitant et constitue une forme extrême des prérogatives susceptibles d'être reconnues à l'administration* »⁶⁷. Ce pouvoir reconnu à l'administration classique a ensuite été étendu à des personnes échappant à la hiérarchie administrative. Ainsi, plusieurs autorités de régulation disposent d'un pouvoir de sanction. Le rapport entre les notions de régulation et de sanction est perçu par la majorité de la doctrine comme étant si étroit, que la première a parfois été présentée comme un simple substitut de la seconde⁶⁸. La sanction constitue pour les régulateurs, un mode essentiel de leur action de régulation et de surveillance des marchés. La volonté de faire échapper ces derniers aux poursuites pénales, a pour objectif essentiel d'instituer une procédure de proximité, plus simple et plus efficace que la procédure de droit pénal.

La procédure devant les AAI a également une vocation préventive et adaptative, tentant de prévenir et de corriger les manquements constatés pour éviter la prise de mesures plus sévères⁶⁹. On soulignera, à cet égard l'innovation que constitue la possibilité donnée à certaines autorités de régulation d'édicter des injonctions, éventuellement assorties de sanctions pécuniaires si les parties n'exécutent pas dans les délais qu'elles fixent⁷⁰. Ces injonctions peuvent tendre à la prescription de certaines mesures ou encore ordonner la modification, l'adjonction ou la suppression des clauses contractuelles contraires à l'ordre public.

Les controverses juridiques posées par l'attribution de ce pouvoir aux autorités de régulation ont donné naissance à un encadrement strict au plan substantiel que

procédural. Le Conseil Constitutionnel français a reconnu la conformité, au principe de la séparation des pouvoirs, du pouvoir de sanction de ces autorités sous réserve qu'il respecte un certain nombre de conditions de forme et de fond, transposées de la procédure pénale (*surtout l'application des règles du procès équitable inspirées de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*)⁷¹.

b/ Pouvoir d'arbitrage : Un ordre processuel régulateur ?

La nature administrative des autorités de régulation ne les empêche pas de résoudre les litiges relevant de rapport de droit privé. Cette « innovation juridique d'inspiration économique » se traduit par l'exercice, parallèlement au juge civil et commercial, d'une véritable fonction contentieuse entourée de garanties d'ordre procédural⁷². La fonction d'arbitrage devant les AAI est difficile à qualifier en ce que l'arbitrage juridictionnel vise la constitution du tribunal et la mise en place d'une procédure dont les éléments essentiels sont contractuellement décidés par les parties au litige mais qui aboutit à un acte de nature juridictionnel, rendu par les arbitres privés qui tranchent un litige en tant que juges⁷³. Ainsi, reconnaître une compétence d'arbitrer les litiges opposant les opérateurs constitue une dérogation au concept classique d'arbitrage qui est dominé par un élément essentiellement contractuel⁷⁴.

L'arbitrage devant les AAI se fait en dehors de la sphère contractuelle. Une telle fonction s'apparente en somme, à la fonction juridictionnelle traditionnellement exercée par le juge. A ce titre le professeur Frison-Roche souligne que « *l'évolution du droit de la régulation transforme à l'occasion les régulateurs en juridictions, non seulement à travers la mission désormais assise de répression et de rappel à l'ordre, mais encore par la fonction de règlement des différends* »⁷⁵.

Au-delà de ces différences, la résolution des litiges au sein des AAI et les instances arbitrales ont comme point commun, la *jurisdictio*, c'est-à-dire le pouvoir de déterminer les règles générales applicables à l'espèce⁷⁶. Dans ce type d'arbitrage, l'autorité de régulation ne renonce pas à la règle de droit⁷⁷.

Si le règlement des différends n'est qu'un mode de régulation⁷⁸, il n'en demeure pas moins un moyen favorisant l'évitement du juge⁷⁹. L'accès à cette " *justice régulateur*" permet de combler les lacunes sur les rapports entre des domaines techniques nouveaux (comme l'Internet) et le droit, en utilisant des modes nouveaux de résolution des litiges. Ce changement du paysage « *judiciaire* », voulu et organisé par l'État, peut être considéré comme un simple transfert de compétence pour des raisons techniques et pratiques (désengorgement des tribunaux, rapidité et efficacité)⁸⁰.

En étant proche de celle suivie devant les juridictions, la procédure de règlement des litiges devant les autorités de régulation rappelle en effet, les principes régissant la justice étatique. L'existence et application de ces principes (*jurisdictio* et *l'imperium*) accorde aux régulateurs des pouvoirs similaires que ceux du juge étatique⁸¹.

L'intervention « *expertale* » des AAI dans le règlement du contentieux de la concurrence et économique en général, est perçue par la majorité de la doctrine

comme étant une justice à part, une "*magistrature économique*"⁸² à laquelle s'appliquent des règles procédurales spécifiques. On assiste en effet à la constitution d'un droit processuel économique⁸³, ou de ce qu'il convient d'appeler « *ordre processuel économique* ». Une avancée notable doit être signalée à cet égard ; c'est l'ouverture de l'action devant les autorités de régulation aux associations. S'agissant par exemple du secteur des télécommunications, une association de consommateurs agréée, au nom de l'intérêt général, peut saisir l'autorité de régulation de toute atteinte aux droits des consommateurs des services de télécommunications⁸⁴. La décision de l'autorité, enjoignant aux opérateurs assignés, de supprimer par exemple une clause illicite ou abusive incriminée profite, pour l'avenir, à tous les consommateurs. Une telle action est également envisageable devant les juges. L'action associationnelle est, ici, « *Une action d'intérêt général, à caractère préventif* »⁸⁵.

Dans le même ordre d'idée, le Conseil de la concurrence, en tant que régulateur, peut non seulement se saisir d'office, au nom de l'ordre public économique, mais il peut également être saisi par les agents économiques, par le ministre du commerce, les collectivités territoriales, les organisations syndicales, à la suite d'une enquête effectuée par ses services, par les associations de consommateurs⁸⁶ ou éventuellement sur une plainte des victimes de pratiques anticoncurrentielles⁸⁷. La multiplicité des acteurs de la saisine du Conseil s'explique par le fait que sa compétence couvre des pratiques anticoncurrentielles qui peuvent affecter l'intérêt public économique ; le Conseil s'occupe plus de l'intérêt général car est-il le gardien de l'ordre public économique.

B/La soumission des actes réglementaires à la légalité administrative

Le contrôle juridictionnel sur les actes de régulation apparaît essentiel. Il permet d'assurer l'encadrement juridique de ces actes pris par des autorités de régulation indépendantes qui, par hypothèse, échappent au pouvoir hiérarchique mais doivent cependant être soumises au droit, c'est-à-dire aux mécanismes de contrôle qui sous-tendent "l'Etat de droit"⁸⁸. Autorités « indépendantes » donc, mais en tout état de cause nullement affranchies du contrôle du juge⁸⁹. Le contrôle du juge est, à cet égard, considéré comme étant un autre mode de régulation⁹⁰ ; complémentaire à l'action du régulateur⁹¹. Ce dernier ne peut se passer du juge, car "*l'une des difficultés auxquelles il se heurte, est qu'il n'a pas reçu naturellement, dans sa corbeille, tous les attributs d'un juge*"⁹².

A l'exception de certaines décisions du Conseil de la concurrence, la plupart des textes institutifs d'autorités administratives indépendantes confèrent la compétence du contrôle de leurs décisions au juge administratif : le Conseil d'Etat.

Le recours pour excès de pouvoir, est un recours par lequel le requérant demande au juge administratif de contrôler la légalité d'une décision administrative et d'en prononcer l'annulation si elle est illégale⁹³. C'est le recours le plus connu et le plus original du droit administratif. Il peut être exercé en absence de tout texte. De plus, il ressort des quelques décisions du Conseil d'Etat que lorsqu'un texte exclut tout recours, il n'exclut pas, par-là, le recours pour excès de pouvoir⁹⁴.

Le recours pour excès de pouvoir, étant fondé sur la violation de la règle de droit, fait partie du contentieux objectif. C'est un procès fait à un acte et non à une personne ; il tend à la sanction d'une règle de droit et non à la reconnaissance d'un droit subjectif⁹⁵. Par ailleurs, l'annulation d'un acte produit des effets *erga omnes*.

S'agissant des moyens d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, on distingue deux classifications : une première classification tient compte des éléments de l'acte : illégalité relative à l'auteur (l'incompétence), aux formes et procédure (vice de forme), au but poursuivi (détournement de pouvoir), à l'objet de l'acte, aux motifs de l'acte. Une seconde classification distingue les illégalités externes (incompétence et vice de forme) des illégalités internes (violation de la loi et l'erreur de droit, l'erreur dans la qualification juridique des faits, détournement de pouvoir)⁹⁶.

En outre, même pour annuler une décision du régulateur en appréciant sa légalité externe, le juge administratif doit être en mesure d'apprécier l'ensemble de la situation de fait et de droit qui lui est soumise. Il est amené même à appliquer des règles du droit sectoriel et de la concurrence puisque, l'autorité de régulation participe directement au respect de ces règles. A ce titre, un auteur se demande " *si l'effectivité de la règle de droit public de la concurrence ne passe pas par une redéfinition du rôle du juge administratif*"⁹⁷. Ainsi, le contrôle minimum ou normal ne semble plus adapté à des situations concurrentielles où la solution du litige dépend de la position globale de la personne sur un marché. C'est pour ces raisons qu'il est opportun d'opter pour un recours de pleine juridiction ou de partager le contrôle des décisions des autorités de régulation sectorielles entre le juge administratif, pour les décisions prises dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique, et le juge judiciaire (Cour d'Alger) pour les décisions mettant en œuvre des règles de droit privé⁹⁸.

En contrôlant les décisions des AAI, le juge emprunte forcément leurs méthodes de raisonnement et les principes qui régissent les disciplines qu'elles appliquent. Le juge doit, de surcroît, ajuster son raisonnement aux réalités des marchés libéralisés et soumis à la régulation d'une AAI. Il doit recourir à des raisonnements économiques⁹⁹ pour participer pleinement à la protection de l'ordre régulateur.

Conclusion

Dans le domaine du droit économique, l'opérationnalisation technique des concepts suppose toujours une longue période de maturation¹⁰⁰. Toutefois, le concept d'ordre régulateur, du fait qu'il soit temporaire, constitue un concept déjà mature. Mature dès l'instant où il est édicté par les lois de libéralisation et mis en œuvre par les autorités de régulation. Un ordre rendu plus apparent par la panoplie de compétences régulateur qui leurs sont confiées.

La spécificité de cet ordre tient, évidemment, à son caractère transitoire. Il est en revanche judicieux d'avancer l'idée selon laquelle, la régulation sectorielle à plus tendance à augmenter qu'à diminuer. Les autorités de régulation sectorielles seront

plus appelées, dans le future, à faire preuve d'expertise dans les secteurs évolutifs, tels que les télécommunications, dans la mesure où, ni le Conseil de la concurrence investi de pouvoir assez large pour s'intéresser à la technique, ni *a fortiori*, le juge, ne pourront réguler efficacement ces secteurs à la manière des autorités de régulation sectorielles. L'effacement de la régulation sectorielle serait donc un mythe- il ne faut pas s'en étonner- puisque l'idée procède de cette même logique selon laquelle la déréglementation ne signifie pas un allègement du cadre juridique mais conduit plutôt à un surplus de règles : la régulation de la concurrence appelle plus de droit que le dirigisme pur et simple. Or, loin de signer un recul radical de la puissance publique du marché, la régulation en attesterait tout à la fois la pérennité et le caractère protéiforme¹⁰¹.

En somme, il est difficile d'accéder à l'ordre concurrentiel tel qu'il est imaginé par la majorité de la doctrine, et l'on assiste à une équation inversée : de la régulation de la concurrence à la concurrence de la régulation...L'ordre régulateur demeurera.

Notes

¹-Expression à l'origine employée par Marcel Waline pour mesurer la difficulté de cerner la notion de service Public dans une définition. M. Waline, *Le pouvoir exécutif (et son chef)*, Puf, Paris, 1961, p. 57.

²- Cf. M.M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public Régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 261-289

³- « Je ne crois plus aux concepts ! », avait affirmé Antoine Pirovano lorsque l'idée d'organiser un colloque en son honneur sur l'ordre concurrentiel, il y a plus de dix ans, lui fut présentée. Cf. F. Riem, « Retour sur l'ordre concurrentiel », *RIDE*, n° 4, 2013, pp. 435-450.

⁴- Nous reprenons ici, l'expression du Professeure Laurence Boy écrite à propos d'un Essai de définition du concept d'ordre concurrentiel, « L'ordre concurrentiel : Essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 40-63

⁵- M.M. Mohamed Salah, *Ibid*, p. 262.

⁶- M.C. Vincent-Legoux, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Puf, (les grandes thèses du droit Français), Paris, 2001, p.349.

⁷- P. Malaurie, « La notion d'ordre public économique », *RCC*, n° 83, 1995, p. 48

⁸- A. Pirovano, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union- Européenne », in R. Charvin & A.Guesmi, (s/dir.), *L'Algérie en mutations : instruments juridiques de passage à l'économie libérale*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 19.

⁹- A. Pirovano, *ibid*. L. Boy, « « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *op.cit*.

¹⁰- La doctrine emploie parfois l'expression « Régulation de la concurrence » en référence aux droits sectoriels. C'est vrai que le droit sectoriel puise ses sources du droit de la concurrence. V. *infra*.

¹¹- L. Boy, *Ibid.*, p.24

¹²- A. Jeammeaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique : des concepts en jeu », in *Les transformations de la régulation juridique*, (s/dir.) G. Clam & G. Martin, L.G.D.J, Paris, 1998, p.53, cf. également, M-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », in M-A. Frison-Roche (s/ dir.), *Les régulation économiques : légitimité et efficacité*, éd. Dalloz, Paris, 2004, pp. 7-15 ; A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité*, L.G.D.J, Paris, 2000, p. 2. Du fait de multiples usages qu'elle

connait dans le langage des sciences sociales, certains ont pu caricaturer en parlant « *d'anarchie sémantique* », V. C. Champaud, « Régulation et droit économique », *RIDE*, n°1, 2002, p. 32.

¹³ - G. Clamour, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Montpellier I, 2004, p. 646. Le professeur, Laget-Annamayer Aurore, retient comme étymologie le latin « *regula* » (la règle, norme), et « *regere* » (diriger), in *La régulation des services publics en réseaux...*, *op.cit.* p. 3.

¹⁴ - G. Clamour, *Ibid.*, p.646.

¹⁵ - *Ibid.*, V. également, J. Massot, « Les fondements des pouvoirs régaliens de l'Etat sur les marchés », in, *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, Colloque de l'Association Droit et démocratie, *LPA* 17 sept. 2001, n° 185, p. 6.

¹⁶ - Aux Etats-Unis, et durant une bonne partie du 20^{ème} siècle, la régulation a signifié la constitution de certaines entreprises privées en monopoles nationaux (privés) soumis au contrôle de la puissance publique, pour des raisons d'*intérêt général*. C'est au regard de cette acception qu'il faut ainsi comprendre la politique de « *deregulation* » qui a consisté en un démantèlement des monopoles publics ; une politique initiée sous la présidence de *Ronald Reagan*. Cf. F. Van Cauwelaert, *La liberté des opérateurs sur le marché : Etude de droit de la concurrence*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006, p.362 et ss., Voir également, Sur l'ensemble de la question, voir, B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, éd. Dalloz et PNESE, Paris, 2004, p.481 et s ; A. Laget-Annamayer, *Régulation des services publics en réseaux...*, *op.cit.*

p.4

¹⁷ - Cf. J. Chevallier, « Les enjeux de la dérèglementation », *RDP*, 1987, p. 281

¹⁸ -S. Braconnier, « La régulation des services public », *RFDA*, 2001, p.45

¹⁹ - F. Gazier & Y. Connac, *Etude sur les autorités administratives indépendantes*, EDCE, 1983-1984, n° 35

²⁰ - M-A. Frison-Roche, « Les différentes définitions du droit de la régulation », in Colloque DGCCRF sur : *La régulation : monisme ou pluralisme ?*, *LPA*, n° 83, 1998, p.5

²¹ - *Ibid.*

²² - *Ibid.*, p. 6

²³ - J. Carbonnier, « Exorde », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Litec, Paris, 1996, p.2.

²⁴ - F. Terré, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, *Ibid.*, p. 5 et s.

²⁵ - Cf. G. Majone, « Innovations politiques et retards institutionnels », in D. Vandamme et F. Van der Mensbrughe (s/dir.), *La régulation des services publics en Europe*, *op.cit.* p. 359.

²⁶ - En Afrique, la législation du Bénin, par exemple, est explicite quant à la disparition de la régulation sectorielle ; le législateur béninois a institué une autorité de régulation des télécommunications nommée formellement *autorité transitoire de régulation de la poste et des télécommunications* (ATRPT), créée par décret n°2007-209 du 10 mai 2007, www.atrpt.bj/autorite

²⁷ - Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, (Point 13 de l'exposé des motifs), *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002, p.37

²⁸ - Voir, N. Hoberdon, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : recherche sur un ensemble juridique cohérent*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris-Dauphine, 2010, p.334 et s. Cf. également, G. Dezobry, « L'indépendance des autorités de régulation économiques à l'égard des opérateurs régulés », *RFAP*, n°143, 2012/3, pp. 645-654, voir également, D. Brian-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RIDE*, 2007, p. 348

²⁹ - Art. 16 de la Directive 2002/21/CE, *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002, p.37.

³⁰ - N. Hoberdon, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle...op.cit.* p. 335.

³¹ - Voir le commentaire de D. Brian-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *op.cit.* p. 349

³² - M-A. Frison-Roche, « Les différentes définitions de la régulation », *op.cit.* p.5

³³ - *Ibid.*p.5. Dans le même sens, le Conseil d'Etat français explique que, le processus de démonopolisation implique une évolution en trois phases : 1- la régulation de l'entrée, 2- la

régulation de la dominance dans lesquelles, le régulateur produit des normes permettant l'arrivée de nouveaux opérateurs et procéder à des arbitrages et enfin, 3-la régulation de la concurrence dans laquelle, l'utilité du régulateur tend à diminuer pour laisser le relais aux mécanismes du droit de la concurrence. Voir, Rapport du Conseil d'Etat Français, *Les autorités administratives indépendantes*, La documentation française, Paris, 2001, p.388.

³⁴- Sur la question des liens entre droit de la concurrence et régulation sectorielle, voir, N. Hoberdon, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : ...op.cit*, p. 330 et s.

³⁵- Le Kaïros est le temps de l'occasion opportune. " Il qualifie un moment, en mathématique on pourrait dire un point d'inflexion, comme en physique un moment de rupture dans un sens ou dans un autre à partir d'un barycentre par nature toujours en mouvement. Dans le langage courant, on parlerait de point de basculement décisif, avec une notion d'un avant et d'un après". Voir sur la définition, Dictionnaire Le Robert, 2010.

³⁶- M.-A. Frison-Roche, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (s/dir), *Les engagements dans le système de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2006, pp.32-51.

³⁷- Cf. J. Chevallier, « Etat et ordre concurrentiel : rapport introductif », in *L'ordre concurrentiel*, *op.cit*, p. 53. L'auteur, en affirmant que l'Etat est mis en concurrence, explique que la pénétration de la logique concurrentielle dans celui-ci "se traduit essentiellement par la fin des privilèges dont bénéficiaient les services publics économiques : dès l'instant où il entre dans la sphère des activités économiques, c'est-à-dire s'engager à offrir des biens et services sur un marché, l'Etat est tenu de se plier à la loi de la concurrence qui commande ces activités"

³⁸- Voir par exemple, l'article 13 de la loi 2000-03, *op.cit*

³⁹- R. Zouaïmia, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, éd. Belkeise, Alger, 2012, p. 195.

⁴⁰- Cf. G. Dezobry, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », *op.cit*, p. 647.

⁴¹- Cons. conc, avis n° 05-A-03, 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L.37-1 du code des postes et des communications électroniques, (point n° 100), www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05a03.pdf

⁴²- En attendant que cela soit réalisé, le constat qui s'impose est que, l'état de la concurrence actuelle sur le marché des télécoms est contraire aux objectifs tracés par la loi 2000-03, notamment celui du développement et de la fourniture des télécommunications de qualité assuré dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires dans un environnement concurrentiel. Cf. N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Tizi-Ouzou, 2014, p. 138 et s.

⁴³- Si l'on peut évoquer la thèse de la suppression des autorités de régulation, force est de constater qu'à travers les expériences des pays anglo-saxons en la matière, aucune autorité sectorielle n'a cédé son rôle au profit de l'autorité générale de la concurrence. La première *independent agencies* américaines ont été créées au début du 20^e siècle : à titre d'exemple, l'*interstate commerce commission (ICC)*, comme autorité administrative a été créée en 1887 ; la *Securities and exchange commission (commission des bourses de valeurs)* créée en 1934. Cf. F. Moderne, « Les modèles étrangers : étude comparée », in C.-A. Colliard & G. Timsit (s/dir), *Les autorités administratives indépendantes*, Puf, Paris, 1988, pp.186-221 ; P.-H. Conac, « Un exemple étranger : la SEC aux Etats-Unis », in *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, éd. Economica, Paris, 2002, pp. 34-42

⁴⁴- Voir, L. Boy (au sujet de l'ordre concurrentiel), « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *op.cit*, p.40

⁴⁵- Le professeur Jacques Chevallier écrit à ce propos qu'il ne faut pas amalgamer purement et simplement ordre concurrentiel et ordre étatique : la différence de logique, l'opposition des réalités substantielles bel et bien ; chacun des ordres a seulement besoin de l'autre. C'est donc un rapport

dialectique qui les unit (Le développement résulte de l'équilibre établi entre le marché et le droit conçu comme instrument de régulation des rapports sociaux) ; selon que le développement penche du côté du marché ou du côté du droit, l'équilibre entre les composantes du tryptique changera. Voir, J. Chevallier, « Etat et ordre concurrentiel : rapport introductif », in *L'ordre concurrentiel*, *op.cit.*, p. 9. et s.

⁴⁶- A. Aurélien, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, L.G.D.J, Paris, 2009, p. 10., Cf. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence...*, *op.cit.*, p. 172, sur la notion d'intérêt général, voir, CE. *L'intérêt général*, La documentation Française, 1999. L'administration tire sa légitimité de la référence à la notion d'intérêt général. Ce dernier imprègne chaque facette de l'activité administrative. V. J.-L. Autin & C. Ribot, *Droit administratif général*, 2^e éd. Litec, Paris, 2003, p.156.

⁴⁷- A. Sée, *La régulation du marché en droit administratif : Etude critique*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Strasbourg, 2010, p. 181

⁴⁸- G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347

⁴⁹- Le juge en est détenteur puisqu'il prononce des décisions au nom du peuple ; le législateur, en adoptant des textes qui s'imposent à tous, sous peine de sanction, use de prérogatives de puissance publique pour organiser la société entière.

⁵⁰- Cf. R. Zouaïmia & M-C. Rouault, *Droit administratif*, éd. Berti, Alger, 2009, p.150. Les autorités de régulation cumulent plusieurs fonctions. Ce cumul de fonctions multiples est l'une des caractéristiques essentielles de la fonction de la régulation.

⁵¹- G. Lebreton, *Droit administratif général*, 4^e éd. Dalloz, Paris, 2007, p. 210 ; V. dans le même sens, Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 18^e éd. L.G.D.J, Paris, 2005, p.260. Cf. également, R. Zouaïmia & M-C. Rouault, *Droit administratif*, *Ibid.*, p.150.

⁵²- Pour une analyse différente, V. M-A Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends : entre office de régulation et office juridictionnel civil, in *Les risques de régulation*, (s/dir) M-A Frison-Roche, Presses de Sc. Po – Dalloz, 2005, p.269. L'auteur considère que les actes de régulation seraient en réalité des actes juridictionnels.

⁵³- N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, *op.cit.*, p. 249.

⁵⁴- *Ibid.*, p. 252 et s.

⁵⁵- M.-J. Guedon., *Les autorités administratives indépendantes*, coll. Système, L.G.D.J, Paris, 1991, p.99.

⁵⁶- J.-L. Bergel., « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative : Essai de synthèse », *RRJ*, n°5, 2001, pp. 2373-2380.

⁵⁷- A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux...* *op.cit.*, p.348 et s.

⁵⁸- Voir, décret exécutif n°96-102 du 11 mars 1996 portant application de l'article 32 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilière, *JORA* n°18 du 20-03-1996.

⁵⁹- V. l'article 65 de l'ordonnance 03-11 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n° 52 du 27-08-2003, modifiée et complétée par ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2010, *JORA* n° 44 du 26-07-2009, modifiée et complétée par ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010, *JORA* n°50 du 1er septembre 2010.

⁶⁰- V. N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, *op.cit.*, p.255 et s.

⁶¹- Décision n° 03/SP/PC/ARPT/ du 08 Juillet 2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, www.arpt.dz/. Exemples de décisions à caractère réglementaire prises par l'ARPT : Décision n° 2 /SP/PC/ARPT/ 03 du 30 juin 2003 relative aux règles applicables par les opérateurs de télécommunications pour la tarification des services fournis au public, www.arpt.dz ; Décision n° 02/SP/PC/ARPT/03 du 30 juin 2003 relative aux règles applicables par les opérateurs de télécommunications pour la tarification des services fournis au public, www.arpt.dz/

⁶²- Cf. N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, op.cit, p. 254 et s. Une technique qui s'inspire de l'expérience de l'autorité de régulation des télécommunications française. Pour plus de détails sur ce point, voir, R. Mettoudi, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Nice, 2004, p.357.

⁶³- Sur la question, voir, J.-M. Février., *Recherche sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, éd. L'Harmattan, Paris, 2000, p.40 et s.

⁶⁴- L'attribution d'un tel pouvoir aux autorités de régulation n'a pas manqué de susciter des discussions doctrinales en ce qu'elle conduit à un « un émiettement de l'Etat (qui) prive le gouvernement d'une partie de son pouvoir réglementaire ». En France, Le Conseil Constitutionnel a eu à se prononcer sur la conformité à la Constitution, de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à ces autorités. Il a estimé dans sa décision du 17 janvier 1989 relative au CSA que les dispositions de l'article 21 de la constitution de 1958 ne font pas obstacle à ce que le législateur confère un pouvoir réglementaire à une AAI. Le conseil a toutefois, posé certaines conditions : Il doit s'agir d'un pouvoir d'application des lois et non d'un pouvoir réglementaire autonome ; il doit s'exercer dans le respect des lois et décrets ; ce pouvoir ne doit porter que sur des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu. Il s'agit donc d'un pouvoir étroitement spécialisé. V. C. Const. n°88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi 86-1067 du 30-09-1986 relative à la liberté de communication, Considérant n° 15, www.conseil-constitutionnel.fr/. Sur les débats doctrinaux, V. par exemple, A. Haquet, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes : réflexion sur son objet et sa légitimité », RDP, n°2, Mars 2008, p.393, M. Degoffe, « Constitution et compétences normatives économiques des autorités de régulation », LPA, n° 16, 22 janvier 2009, p. 18. Le professeur Rachid Zouaïmia écrit que pouvoir réglementaire confié aux AAI en Algérie « ne diffère en rien de celui qu'exercent d'autres autorités et ne porte pas atteinte à la position éminente du Premier ministre que lui confère l'article 125 de la constitution », in, « Réflexion sur le pouvoir réglementaire des AAI », *Revue critique de droit et sciences politiques*, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n° 2, 2011, pp.7-39., cf. p.22.

⁶⁵- V. CE. Rapport public, *Le pouvoir de sanction de l'administration*, 1995, La documentation française, p. 35-36. C'est par sa finalité répressive que la sanction administrative se distingue d'autres décisions administratives, comme les mesures de police ou les mesures restitutives. V. dans ce sens, F. Moderne, *Sanction administrative et justice constitutionnelle*, éd. Economica, Paris, 1993, p. 36 et s.

⁶⁶- Cf. J-L De Corail, « Administration et sanction : réflexion sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Mélanges René Chapus*, LGDJ, Paris, 1992, p.103 ; Cf. également, M. Degoffe, « L'ambiguïté de la sanction administrative », AJDA, 2001, n° spécial, p. 27.

⁶⁷- A. De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 8^e édition, Paris, 1980, p 333.

⁶⁸- Cf. L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2008, p. 516.

⁶⁹- Cf. C. Teitgen-Colly, « Sanction administrative et autorités administratives indépendantes », *LPA*, Janvier 1990, p.25.

⁷⁰- Art. 45 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORA n° 43 du 20/07/2003 (modifiée et complétée). Sur la base de ces dispositions, lors d'une affaire soumise à son appréciation, le Conseil de la concurrence algérien a ordonné l'entreprise ENIE de mettre fin immédiatement aux pratiques auxquelles elle s'est livrée en plus d'une amende à payer. Voir, Décision n° 99 D 01 du Conseil de la concurrence relative aux pratiques mises en œuvre par l'entreprise nationale des industries électroniques (E.N.I.E) Unité de Sidi-Bel-Abbès. Sur la question, voir, N. Arezki, *Contentieux de la concurrence*, Mémoire de magister en Droit, Université de Béjaïa, 2011, p.119.

⁷¹- Cf. D. Chagnollaud, « La sanction (administrative) et le juge constitutionnel : Montesquieu malgré tout ? », in « Les sanctions », Justice et cassation, Dalloz, 2005, p.26 ets. V. décision du

Conseil Constitutionnel relative au CSA. C. Const. 88-248 DC du 17 Janvier 1989, note B. Genevois, *RFDA*, n° 5, 1989, p.215. Sur la question de la validité d'un tel pouvoir en droit algérien, V. R. Zouâmia, « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique », *Revue Idara*, n° 28 (spécial), 2004, pp. 123-165, V. également, N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, *op.cit*, p.264 et s.

⁷²- Cf. R. Zouâmia, « Les fonctions arbitrales des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Mohand Isaad*, éd. AEJD, Alger, 2011, pp. 541-577 ; Cf. également, E. Rolin, « Les règlement de différents devant l'ART », in M-A Frison-Roche (S/dir.), *La régulation : efficacité et légitimité*, Presses de Sc. Po et Dalloz, Paris, 2004, pp. 149-173.

⁷³- M-A. Frison-Roche, « Arbitrage et droit de la régulation », in M-A. Frison-Roche (s/dir.), *Les risques de régulation*, Presses de Sc. Po. & Dalloz, Paris, 2005, pp 223-251.

⁷⁴- Aux termes des articles 1007 & 1011 du code de procédure civile et administrative, c'est le contrat conclu entre les parties qui est à l'origine de ce moyen de résolution des litiges, V. Code de procédure civile et administrative, *JORA* n° 21 du 23 Avril 2008.

⁷⁵- M-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends : entre office de régulateur et office juridictionnel civil », in M-A. Frison-Roche (s/dir.), *Les risques de régulation*, *op.cit*, p.170.

⁷⁶- En témoigne la décision rendue par l'ARPT en 2002, portant les règles de procédure applicables en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage. Décision précitée.

⁷⁷- Cf. N. Berri, « Le règlement des différends devant l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications », in Actes du colloque national sur *les autorités de régulation indépendantes*, Université de Béjaïa, Mai 2007, pp. 65-84

⁷⁸- M-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends... », *Ibid.*, p.174

⁷⁹- Cf. S. Guinchard, « L'évitement du juge civil », in J. Clam et G. Martin (s/dir.), *Les transformations de la régulation juridique* coll. Droit et société, Recherches et travaux, L.G.D.J, Paris 1998, p.221 et s.

⁸⁰- Cf. R. Mettoudi, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité...*, *op.cit*, p.111, le Professeur Zouâmia Rachid souligne qu'un tel transfert de compétences est lié aux exigences de la régulation du marché, in « Les fonctions arbitrales des AAI », *op.cit*, p. 556

⁸¹- Sur la question, Voir, CE, Rapport public, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, Paris, 1993, p.132 et s,

⁸²- C. Champaud, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », *Revue Justice*, n° 1, 1995, p. 61.

⁸³- M-A. Frison-Roche, « Vers le droit processuel économique », *Revue Justice*, n° 1, 1995, pp. 20-34 ; Le droit processuel constitue "un concept commun à tous types de procédure" et par conséquent un concept approprié pour étudier un contentieux décrit volontiers comme étant singulier et hybride. V. M.-C. Boutarde Labarde & Y. Gaudemet, « Le Contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », *LPA*, 25 avril 1990, p.7 ; voir également, C. Delicostopoulos, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, LGDJ, Paris, 2002, p. 280 et s.

⁸⁴- Possibilité déduite de l'article 1^{er} de la décision de l'ARPT relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, *décision précitée*.

⁸⁵- Cf. M.M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique », *op.cit*, p. 281. Les décisions rendues par l'ARCEP dans le cadre d'arbitrage, sont qualifiées par la Cour d'Appel de Paris comme étant d'ordre public. V. A. Sée, *La régulation du marché en droit administratif*, *op.cit*, p. 193.

⁸⁶- Selon un auteur « l'enjeu de la concurrence étant de s'assurer la clientèle des consommateurs, toute disposition du droit de la concurrence concerne dans ses effets, au moins indirectement, les consommateurs ». V. I. Moreau, « La saisine du conseil de la concurrence par les organisations des consommateurs », *Petites Affiches*, 15 mai 1987, p. 16.

- ⁸⁷ - Voir, l'article 44 de l'ordonnance 03/03 relative à la concurrence, *op.cit.*
- ⁸⁸ - Le principe de légalité administrative désigne globalement la soumission de l'administration au droit. Cf. B. Braibant Stirn, *Le droit administratif français*, 7^e éd. Sc. Po. & Dalloz, Paris, 2005, p.231.
- ⁸⁹ - M.-J. Guedon, *Les autorités administratives indépendantes*, *op.cit.*, p.125.
- ⁹⁰ - J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, p. 1213.
- ⁹¹ - F. Dupuis-Tobaul, « Le juge en complémentarité du régulateur », in M.-A. Frison-Roche, (s/ dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, *op.cit.*, pp.132-134.
- ⁹² - A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics...*, *op.cit.*, p. 448.
- ⁹³ - Cf. R. Zouaïmia & M.-C. Rouault, *Droit administratif*, *op.cit.*, p.257, Cf. également, G. Peiser, *Contentieux administratif*, 9^e éd. Dalloz, 1995, p. 136 ; A. Van-Lang et al. *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd. Armand Colin, Paris, 1999 p.29.
- ⁹⁴ - Voir par exemple, CE. 27 juillet 1998, n° 172994 ; CE. 17 janvier 2000, n° 182491, in *Revue du Conseil d'Etat*, n° 1, 2002, p.38 et 109. Le Conseil d'Etat Français a estimé que " *Le gouvernement ne peut ni dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome (...), ni dans celui qu'il pourrait détenir par voie d'ordonnance, soustraire certains actes au contrôle juridictionnel, soit en prononçant la validation de certaines décisions, soit en excluant le recours pour excès de pouvoir*", C.E 24 novembre 1961, *Féd. nat. Synd. Police, D*, 1962, p. 44, cité par G. Peiser, *Contentieux administratif*, *op.cit.*, p.136.
- ⁹⁵ - Cf. R. Zouaïmia & M-C Rouault, *Droit administratif*, *op.cit.*, p.257
- ⁹⁶ - Sur le sujet voir, G. Peiser, *ibid.* p.153 ; R. Zouaïmia (R.) & M-C. Rouault, *Ibid.* p.258
- ⁹⁷ - M. Bazex, « Le droit public de la concurrence », *LPA* du 4 avril 1998, p. 789.
- ⁹⁸ - En Tunisie, la loi sur les télécommunications dispose que « *les décisions de l'instance sont susceptible de pourvoi en appel devant la Cour d'appel de Tunis* » ; Article 73 de la loi n° 1-2001 du 15 janvier 2001 portant promulgation du code de télécommunications ; Au Maroc, les recours pour excès de pouvoir contre les décisions de l'ANRT sont portés devant le tribunal administratif de Rabat, Article 3 de la loi n° 55-1 promulguée par le Dahir n°1-04-154 du 4 novembre 2004.
- ⁹⁹ - Cf. L. Guillaum, « L'application des règles de concurrence par le juge administratif », *Droit administratif, droit des affaires*, 24 mars 2010, www.etudesdedroit.com. Cf. également, N. Mouy, « L'utilisation des concepts économiques de l'analyse concurrentielle par le juge administratif », *JCP*, la semaine juridique, édition Administrations et collectivités territoriales, n°44-45, octobre 2007, p.2289 ; L. Richer, « Le juge économiste », *AJDA* 2000, p.700 ; J-Y. Chérot, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA* 2000, p. 687
- ¹⁰⁰ - MM. Salah, « Les transformations de l'ordre public économique », *op.cit.*, p. 289.
- ¹⁰¹ - Cf. T. Penard & N. Thirion, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in N. Thirion (s/dir.) *Libéralisations, privatisations, régulations : aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, éd. Larcier, Bruxelles, 2008, p.85