

LES INSTITUTIONS DE REGULATION

Par Mr KHELLOUFI Rachid*

INTRODUCTION

En 1990, apparaissait pour la première fois dans le paysage institutionnel algérien un organisme aussi nouveau qu'original ; il s'agissait du conseil supérieur de l'information (c.s.i)¹.

La mise en place de cette institution, à cette période précise, n'était pas fortuite en ce qu'elle résultait particulièrement du projet de société envisagé dans la constitution de 1989 et notamment dans certaines de ses dispositions.

En effet, cette dernière renfermait un projet différent de celui contenu dans la constitution de 1976 et ce tant sur les plans organisationnel, institutionnel que celui de ses objectifs².

La constitution de 1989 avait, en effet et pour la première fois, consacré le principe de la séparation des pouvoirs ; elle avait également introduit le droit de propriété que garantissait son article 49 de façon absolue et sans aucune réserve mais surtout avait admis, avec une certaine hésitation qui se dégageait de la terminologie juridique de son article 40, le pluralisme politique³. Mais c'est avec la constitution de 1996 que des objectifs et par voie des conséquences les institutions qui les accompagnent se précisent ; en effet, pour la première fois et à ce niveau juridique, «l'impartialité de l'administration» ainsi que «la liberté du commerce et de l'industrie» sont consacrées respectivement dans ses articles 23 et 37 ; de plus, son article 152 prévoit la mise en

* Charge de cours à l'Ecole nationale d'administration Chargé de recherche au CREAD

¹ Le conseil supérieur de l'information a été institué par la loi n° 90-07 du 3/4/1990 relative à l'information J.O n° 14 p. 395.

² Il n'entre pas dans ce modeste article de faire une étude comparée entre les constitutions de 1976 et de 1989 ; cependant, il est possible de dire que la constitution de 1989 a été expurgée des articles 10 à 24 de la constitution de 1976, dispositions qui consacraient le socialisme comme modèle d'organisation et de développement social.

³ Les nouveautés introduites dans la constitution de 1989 ne se limitent pas à ces trois éléments qui n'ont été énoncés que pour les besoins de ce travail.

place d'un système de dualité de juridictions et donc l'existence d'une justice administrative ; par ailleurs, son article 42 lève l'équivoque de l'article 40 de la constitution de 1989 sur l'expression utilisée pour désigner les partis politiques ¹.

Cette évolution constitutionnelle qui s'inscrit dans une perspective de libéralisme ne va pas sans avoir des effets sur le rôle et la mission du premier et grand service public qu'est l'Etat ; effets qui se répercuteront normalement et nécessairement sur les autres services publics.

Cette nouvelle situation des services publics dictée, par ailleurs, par des impératifs de dimension mondiale, implique obligatoirement un renouveau, une modernisation du service public ; or, cette nouvelle vision passe par la redéfinition, voire, pour, employer un terme nouveau qui signifie un véritable bouleversement, la «refondation» des missions, de la réglementation, de l'organisation et de la régulation du service public.

Pour cela, l'Etat a ouvert certains de ses secteurs (communication, énergie électrique, mines) à la concurrence et a mis en place des institutions nouvelles pour, en principe, permettre à ce que cette concurrence se fasse de manière objective et sans favoritisme à l'égard des opérateurs historiques.

Or, cette nouvelle politique soulève un certain nombre d'interrogations préalables mais surtout fondamentales.

Comment concilier nouvelle réglementation (dénommée également déréglementation, dérégulation ou régulation) et abolition des monopoles dans une optique de promotion de la concurrence ?

Autrement dit, quelle déréglementation ?

Quelle modernisation du service public et quelles missions doit il accomplir ? .

Quel rôle pour l'Etat dans cette régulation ?

¹ L'article 40 ci-dessus avait employé les termes « d'associations à caractère politique ».

Quel lien établir entre nouvelle politique de développement et protection du consommateur ?

Les quelques questions soulevées ci-avant renvoient à un problème crucial, celui de l'organisation de l'Etat ; donc ,à la réforme de l'Etat et de ses services publics.¹

La mondialisation, la libéralisation du marché, la concurrence, la déréglementation des services publics, la prise en compte du consommateur, les nécessités de la décentralisation ne sont pas virtuelles mais des réalités qui s'expriment en termes de révision de l'organisation et du fonctionnement de l'Etat ; or, si la nécessité des interventions de l'Etat est évidente pour plusieurs raisons, notamment de souveraineté et de sécurité nationale dans certains domaines, ces dernières ne seront efficaces, sur les plans économique et sociale notamment, que si elles sont claires et limitées.

Cette révision recouvre essentiellement l'émergence d'une déréglementation qui opère autant de fois que nécessaire un transfert du pouvoir législatif, exécutif et/ou judiciaire de l'Etat vers une autre entité ; en d'autres termes, la déréglementation est l'apparition d'un nouveau rapport à la norme qui transcende le modèle classique des trois pouvoirs² ; cette déréglementation repose essentiellement sur le consensus (les règles du contrat) ; c'est-à-dire l'existence d'un droit où l'impérium cède la place à la négociation, à la relation basée sur l'accord de volontés ; c'est à dire également un droit qui va reposer sur le respect d'une procédure plutôt que sur la règle de la majorité.

La politique de la déréglementation est apparue aux Etats unis au milieu des années 1970 ; elle s'est inscrit dans un contexte d'intervention étatique (comme c'était le cas de l'Etat algérien dans le

¹ CHEVALIER. J. La réforme de l'Etat et la conception française du service public. R.F.A.P. 1996 p. 160.
En Algérie, une commission nationale de la réforme de l'Etat a été mise en place et a rendu les résultats de ses travaux au Président de la République en 2000 ; n'étant pas publiés, il n'est pas possible de rendre compte de ces résultats qu'il fallait tout de même signaler.

² Voir à ce propos, l'article de TEITGEN-COLLY C Les instances de régulation et la constitution. R.D.P 1990. p. 153.

contexte de la constitution de 1976 et même au delà) très spécifique, à savoir donner aux agents économiques une marge plus grande de liberté.

Cette politique qui s'est propagée, par la suite, à la plupart des pays occidentaux s'explique d'abord par la reconsidération des frontières et l'interpénétration des économies ; la politique des Etats-Unis qui a débouché sur la déréglementation de pans entiers de leur économie a contraint leurs partenaires à s'aligner sur eux sous la pression de la concurrence.

L'Algérie qui ne peut échapper à ce « tsunami » économique tente de se mettre au diapason de la déréglementation de ses services publics et de ses conséquences.

Cet alignement a fait l'objet d'un certain nombre de recherches¹ mais l'analyse des institutions de la déréglementation reste encore à faire ; certes, une réglementation a vu le jour à partir de 1990, et s'est accélérée vers la fin de dernière décennie du 20^e siècle.

Cette réglementation a créé un certain engouement dans le champ de quelques services publics ; dans cette perspective, leur ouverture à la concurrence services a fait surgir dans le droit algérien des notions nouvelles, telles que « autorité administrative indépendante », « régulation », « déréglementation » ainsi que la création de nouveaux organismes.

Le thème de la déréglementation des services publics s'installe progressivement, d'une manière hésitante et avec un certain nombre de réserves qui ne vont pas sans donner un cachet particulier pour ne pas dire spécifique à la démarche algérienne en matière de déréglementation ; et, si l'expérience algérienne en la matière est encore à ses débuts, il n'est pas prématuré d'en tirer quelques conclusions mais

¹ CHARVIN. R. et GASMI. A – L'Algérie en mutation, les instruments juridiques de passage à l'économie de marché – édition l'Harmattan 2001.

Voir également BENNADJI. C. La notion d'activité réglementée. Revue IDARA de l'école nationale d'administration n° 2 – 2000 p. 25.

également de poser dès à présent une réflexion prospective face à son caractère limitée.

Ce trait de caractère va se traduire par le fait que les institutions de régulation

(ou de la déréglementation) constituent un ensemble non homogène (1^{ère} partie) mais également des institutions sans envergure (2^{ème} partie).

I^o PARTIE : LES INSTITUTIONS DE REGULATION :

UN ENSEMBLE NON HOMOGENE

La déréglementation répond à la démarche qui se veut une réponse à la concurrence nationale inscrite dans la constitution de 1989 et, reconduite d'une façon plus expresse dans la constitution de 1996 qui fait référence et ce pour la première fois «à la liberté du commerce et de l'industrie »

Elle se veut également une invitation à la concurrence internationale par la création d'un environnement juridique compétitif et souple et par la même occasion une préparation des services publics nationaux à surmonter¹ les défis internationaux.

Pour ce faire, un ensemble d'institutions de type nouveau a été créé par le législateur² à partir de 1990.

Ces institutions moulées dans le statut d'une nouvelle catégorie d'institutions apparues dans le paysage institutionnel français, à savoir celui des autorités administratives indépendantes, ont reçu des dénominations différentes et n'ont pas bénéficié des mêmes règles

¹ La ministre de la communication et de la culture, porte-parole du gouvernement a déclaré, en ce qui concerne le secteur de l'audiovisuel que « le secteur public est le meilleur support du service public ». Quotidien « El-moudjahid du samedi 1/2/2003 p.24 .

Cette déclaration est assez significative quant aux difficultés que risque de rencontrer le secteur de l'audiovisuel ; elle dévoile également et surtout des perspectives gouvernementales en la matière et par voie de conséquence, l'ordre des obstacles que vont rencontrer les autorités administratives indépendantes à bénéficier d'un cadre juridique leur permettant d'évoluer en tant qu'autorités de régulation.

² A l'exception du Médiateur de la République qui a été créé par décret présidentiel.

d'organisation et fonctionnement faisant d'elles un ensemble non homogène (chapitre 2^{ème}).

La genèse de ces institutions de régulation sera également un moment pour établir un état de ses autorités et par voie de conséquence des autorités de régulation (chapitre 1^{er})

CHAPITRE 1°: GENESE DES INSTITUTIONS DE REGULATION :

UNE DEMARCHE HESITANTE ET PRAGMATIQUE.

L'histoire des institutions de régulation est intimement liée à celle des autorités administratives indépendantes ; à ce propos, l'indisponibilité des travaux préparatoires qui ont présidé à leur mise en place limite, dans une certaine mesure, l'exposé des différentes raisons de leur création ; toutefois le contexte juridique et historique, expressément inscrit dans les constitutions de 1989 et de 1996 permettra d'éclairer la démarche retenue quant à leur institution ; d'autres éléments découlant de facteurs exogènes participeront à cet éclairage (1^{er}).

L 'inventaire de ces institutions sera un autre moment d'appréciation de cette démarche (2°).

1^{er} Les raisons de cette démarche.

Les considérations précédentes supposent des réponses aux questions suivantes : quelles institutions ? Pour quelle régulation ?

Ces questions centrales renvoient au rôle économique de l'Etat, à l'étendue et à la nature de sa volonté de tracer et de clarifier son domaine d'intervention dans la sphère économique.

La constitution de 1989 s'était déjà démarquée de celle de 1976 en ce qu'elle a été expurgée de toutes les dispositions relatives à l'Etat-providence et sur le «tout-Etat» .

En consacrant le pluralisme politique et en reconnaissant la propriété privée sans autre qualificatif , le texte juridique fondamental de 1989

trace résolument les contours d'une option où le rôle économique de l'Etat ne peut être que celui de régulateur.

Cette option a été confortée et plus explicitement établie dans la constitution de 1996 qui consacre, pour la première fois et à ce niveau du droit, «l'impartialité de l'administration»¹ et le principe «de la liberté du commerce et de l'industrie»².

Il ressort à travers la lecture et l'analyse des textes juridiques pris pour la mise en place de ces institutions que le modèle choisi (avec les réserves qui seront exposées plus tard) est celui des autorités administratives indépendantes consacrées dans le droit français.

Cette inspiration du modèle français par le législateur algérien ne peut qu'amener à rappeler, d'une manière extrêmement sommaire, les grands principes qui ont prévalu dans le statut de ces autorités administratives indépendantes pour mesurer l'étendue de cet emprunt tant sur le plan de l'organisation et le fonctionnement des institutions de régulation en droit algérien que sur le plan de leurs attributions.

A/ Les autorités administratives indépendantes dans le droit français³.

Les autorités administratives indépendantes sont présentées comme des organismes administratifs qui agissent au nom de l'Etat et disposent d'un réel pouvoir sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement.

Elles forment un ensemble de structures originales dans l'appareil d'Etat ; leur domaine d'intervention touche essentiellement trois grands secteurs :

- la lutte contre la bureaucratie, contre les effets négatifs de l'appareil administratif

¹ Article 23 de la constitution.

² Article 37 de la constitution.

³ Des autorités administratives indépendantes ont été également créées dans d'autres pays notamment en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis d'Amérique sous d'autres dénominations ; « Indépendant agencies » aux Etats unis et « Quangos » en Grande-Bretagne.

- la régulation de l'économie de marché en luttant contre les abus de toute position dominante

- l'information et la communication par la protection des citoyens contre les manipulations de l'opinion émanant du pouvoir étatique ou de tout autre origine.

Pour réussir ces différentes missions, les autorités administrative indépendantes sont organisées dans un cadre juridique qui leur garantit une indépendance organique et fonctionnel ;cette garantie est réalisée par l'option pour un texte de valeur législative comme cadre institutif et l'adoption de règles protectrices pour ce qui concerne principalement le statut des membres et leur mode de désignation ainsi que la durée et les conditions d'exercice de leur mandat.

De plus, ces autorités disposent d'un certain nombre d'attributions et de pouvoirs multiformes qui leurs permettent d'exercer efficacement leurs missions ; elles peuvent, dans cette perspective :

- émettre des avis
- formuler des propositions ou des recommandations
- faire des injonctions
- prendre des décisions individuelles
- exercer le pouvoir réglementaire
- disposer d' un pouvoir d'investigation et de sanction
- participer à la fonction juridictionnelle

Certaines autorités détiennent l'ensemble de ces pouvoirs ; d'autres n'en exercent qu'un certain type ; la reconnaissance à ces autorités des prérogatives d'exercer le pouvoir réglementaire et de disposer du pouvoir de sanction notamment, est révélateur du degré d'indépendance et d'autorité de ces organismes et par voie de conséquence, de la volonté de l'Etat, de se dégager de la sphère économique tout en restant le principal régulateur.

Ensuite, le caractère d'autorité indépendante et les prérogatives qui leur sont reconnues ne dispensent pas ces organismes d'un contrôle juridictionnel effectué, selon la nature du litige, par le juge judiciaire ou le juge administratif.

Enfin, la reconnaissance de ce statut a fait l'objet d'un débat engagé et tranché par les juges constitutionnel et administratif ainsi que d'un apport doctrinal qui portent sur la légitimité de l'insertion des ces autorités administratives indépendantes agissant au nom de l'Etat tout en étant détachées du pouvoir exécutif dans le système institutionnel français.

En effet, la question de l'insertion des autorités administratives indépendantes dans le paysage institutionnel s'ouvrait à trois interrogations².

La première interrogation concernait l'insertion de ces autorités dans le paysage institutionnel³.

La seconde interrogation avait trait à l'exercice du pouvoir réglementaire par ces mêmes autorités.

Enfin la troisième interrogation s'est intéressée à la reconnaissance à ces dernières d'un pouvoir de sanctions au regard du principe de la séparation des pouvoirs.

En ce qui concerne la première interrogation, le conseil constitutionnel français a, dans sa jurisprudence relative aux instances

¹ SABOURIN P. Les autorités administratives indépendantes – A J D A. 1983 P. 275.

CHÉVALIER. J. Reflexions sur l'institutions des autorités administratives indépendantes. J C P 1986 I 3254.

AUTIN. J. L. Les autorités administratives indépendantes et la constitution. Revue administrative 1988 p. 33

FRISON-ROCHE. M.A. Comment fonder juridiquement les pouvoirs des autorités administratives indépendantes. Revue d'économie française n° 60 – janvier 2001 p 85

² Il reste évident que les quelques éléments rapportés ici ne peuvent en aucun cas suffire pour présenter les multiples facettes et les profonds débats du conseil constitutionnel français, du conseil d'Etat et de la doctrine française.

³ TEITGEN-COLLY. Les instances de régulation et la constitution. R D P. 1990 p. 153

de régulation (et donc aux autorités administratives indépendantes) adopté la position de ne pas figer le schéma institutionnel face à l'essoufflement des instances classiques et a, lors d'une décision rendue en 1984¹, entériné l'existence d'une autorité de régulation, en l'occurrence la haute autorité de la communication audiovisuelle .

Quant à la seconde interrogation, malgré le fait que l'article 21 de la constitution de 1958 confie le pouvoir réglementaire au seul pouvoir exécutif, le conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article 21 ci-dessus ne fait pas obstacle à ce qu'une loi confère un pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes, un pouvoir réglementaire d'application mais en aucun cas un pouvoir réglementaire autonome.

Pour la troisième interrogation, le même conseil constitutionnel n'a pas émis d'objection de principe à ce que les autorités administratives indépendantes soient dotées de pouvoir de sanction et ce sans autre atteinte au principe de la séparation des pouvoirs à condition que ce pouvoir soit précisément encadré par le législateur.

B / Les autorités administratives indépendantes en droit algérien.

Avec la constitution de 1989 et plus particulièrement avec la constitution de 1996 et notamment deux des dispositions de cette dernière², quelques réformes ont été introduites et ont touché un certain nombre de secteurs.

Ces réformes se sont traduites, notamment, par l'institution d'organismes inconnus dans le précédent schéma institutionnel. Ces organismes, dénommés différemment, ont été mis en place en vue de rendre les institutions administratives classiques plus performantes pour accompagner les réformes économiques et tenir compte des exigences des usagers.

¹ décision n° 84-173 DC DU 26/7/1984 . Rec. P. 63

² Articles 23 et 37.

L'expression «autorité administrative indépendante» a été utilisée, pour la première et dernière fois,¹ dans la loi n°90-07 du 3/4/1990 relative à l'information dans son article 59 pour qualifier le C S I (conseil supérieur de l'information)² « d'autorité administrative indépendante de régulation ».

Par la suite, d'autres dénominations ont été employées pour qualifier des organismes susceptibles d'être rangés dans la catégorie des autorités administratives indépendantes.

Un premier inventaire³ fait ressortir que depuis 1990 des organismes de ce type ont vu le jour ; il s'agit :

- du conseil supérieur de l'information institué par la loi n° 90-07 du 3/4/1990 relative à l'information⁴ dénommé «autorité administrative indépendante de régulation.

- du conseil de la monnaie et du crédit institué par la loi n° 90-10 du 14/4/1990 relative à la monnaie et aux crédits⁵ dénommé «organe administratif »

- de la commission bancaire instituée par la loi n° 90-10 ci-dessus ; l'article 153 de la dite loi ne propose aucune dénomination et se limite à disposer qu'il est institué une commission bancaire

- de la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourses instituée par la loi n° 93-10 du 23/5/1993 relative à la bourse des valeurs mobilières⁶

¹ La même expression avait été utilisée par le législateur français pour la première fois en 1978 en instituant la C N I L (commission nationale de l'informatique et des libertés) dans la loi du 6/1/1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

² Le C S I a été dissout en 1993 soit trois après par le décret législatif n° 93-13 DU 26/10/1993. J O n° 69 p. 4

³ cet inventaire n'est pas exhaustif, une recherche plus approfondie permettra d'en déceler d'autres.

⁴ J.O. n° 14 p. 395

⁵ J.O. n° 16 du 18/4/1990 p. 450. Cette loi a été modifiée par l'ordonnance n° 01-01 DU 27/2/2001. Cette dernière a été approuvée par la loi n° 01-04 9/5/2001

⁶ J.O. n° 34 du 23/5/1993 p. 3

du conseil de la concurrence institué par la loi n° 95-06 du 25/1/1995 relative à la concurrence¹ qui ne prévoit aucune dénomination

- du médiateur de la République institué par décret présidentiel n° 96-113 du 23/3/1996² qui dispose dans son article 2 que le médiateur de la République est «une instance de recours non juridictionnelle »

- de l'agence de régulation des postes et des télécommunications instituée par la loi n° 2000-03 du 5/8/2000 fixant les règles générales relatives aux postes et télécommunications³. Cette agence a été dénommée «autorité de régulation indépendante »

- de l'agence nationale du patrimoine minier instituée par la loi n° 01-10 du 3/7/2001 portant loi minière⁴ ; cette agence est «une autorité administrative autonome »

- de l'autorité nationale de la géologie et du contrôle minier instituée par la loi n° 01-10 du 3/7/2001 ci-dessus dénommée également «autorité administrative autonome »

- de la commission de régulation de l'électricité et du gaz instituée par la loi n° 01-01 du 5/2/2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation⁵

de l'autorité de régulation des transports instituée par la loi des finances n° 02-11 du 24/12/2002 portant loi de finance pour 2003⁶ ; son article 102 dispose qu'il est crée «une autorité de régulation des transports » et renvoie au règlement la détermination des règles de son fonctionnement et de ses attributions

Cette liste d'institutions administratives de type nouveau est composée essentiellement d'institutions de régulation ; en effet, à l'exception du conseil supérieur de l'information et du médiateur de la

¹ J.O. n° 09 du 22/2/1995 p. 12

² J.O. n° 20 de l'année 1996 p.4

³ J.O. n° 48 du -/8/2000 p.

⁴ J.O. n° 35 du 4/7/2001 p. 4

⁵ J.O. n° 8 du 6/2/2002 p. 4

⁶ J.O n° 86 de l'année 1986

République¹, les autres institutions s'apparentent, dans une certaine mesure, aux autorités de régulation existant notamment en droit français.

S'il n'entre pas dans les perspectives et les limites de ce travail d'effectuer une étude comparative approfondie entre les autorités de régulation en droit français et en droit algérien, il n'en demeure pas moins que l'influence directe ou indirecte du droit français demeure suffisamment présente et invite à poser le questionnement soulevé à l'occasion de la mise en place des autorités de régulation en droit français.

La première interrogation² concerne l'insertion de ces institutions dans l'ordre institutionnel et administratif ; autrement dit, est ce que les constitutions de 1989 et de 1996 permettent-elles l'existence de cette catégorie d'institutions ? est ce que ces autorités de régulation qui s'inscrivent dans le moule des autorités administratives indépendantes peuvent être considérées comme des personnes morales de droit public ?

Toutes les lois qui ont servi de cadre juridique à la mise en place des autorités administratives indépendantes et donc aux autorités de régulation font références aux dispositions relatives au domaine législatif³ dans leurs visas⁴.

¹ Ces deux institutions ont été dissoutes respectivement en 1990 et en 1991.

² D'autres questions que soulèvent ces autorités de régulation seront posées au fur et à mesure.

³ L'article 115 de la constitution de 1989 et l'article 122 de la constitution de 1996

⁴ Une lecture attentive des visas aux dispositions constitutionnelles dans les lois instituant les autorités de régulation est édifiante.

Premièrement, toutes les lois prises dans le cadre de la constitution de 1996 en la matière et tout en visant l'article 119, notamment son paragraphe relatif à la présentation des projets de lois en conseil des ministres, ne mentionnent pas expressément l'avis du conseil d'Etat.

Deuxièmement, dans la loi n° 90-07 du 3/4/1990 relative à l'information, les dispositions constitutionnelles relatives au domaine législatif ne sont pas visées mais il est fait référence à l'article 40 concernant la création des partis politiques.

Troisièmement, dans la loi relative à la monnaie et aux crédits, la « spécificité » signalée dans le deuxième ci-dessus, est à souligner ; en effet, il est fait référence à des dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir de nomination du président de la République.

Si ces quelques remarques ne sont pas spécifiques aux lois, objet de cette étude, et peuvent paraître sans grande importance en ce que les visas peuvent ne pas être considérés comme une formalité substantielle,

Est ce à dire que ces articles constitueraient le fondement juridique à la mise en place de ces institutions ?

A ce propos, une distinction s'impose entre les institutions mises en place dans le cadre de la constitution de 1989 et celles instituées dans le cadre de la constitution de 1996.

Les lois portant institution des autorités de régulation dans le cadre de la constitution de 1989, en l'occurrence le conseil supérieur de l'information, le conseil de la concurrence, la commission bancaire, la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourses et le conseil de la monnaie et du crédit, visent l'article 115 de cette dernière ; or, aucun de ses 26 points ne prévoit expressément une quelconque disposition permettant à l'instance législative de voter des lois concernant cette catégorie d'institutions ; cette même constitution ne renferme pas de disposition autorisant l'instance exécutive à cet effet .

Devant cet état du droit, comment justifier l'institution de ces autorités de régulation ?

Est-ce que le mot «également» du paragraphe 2¹ de l'article 115 élargit le domaine législatif et que la liste qui suit énumère seulement les différentes matières réservées au pouvoir législatif ?

Est-ce que la réflexion du conseil constitutionnel français, à propos de la légitimation constitutionnelle des autorités de régulation, peut être transposée et utilisée pour admettre que les dispositions de la constitution de 1989 ne figent pas le schéma institutionnel aux institutions classiques ?

En l'absence d'une jurisprudence constitutionnelle et l'indisponibilité des travaux préparatoires des projets de lois instituant ces autorités et eu égard aux différents emprunts que fait le législateur algérien au droit

¹ Article 115 de la constitution de 1989 :

paragraphe 1^{er} : l'assemblée populaire nationale légifère dans les domaines que lui attribue la constitution

paragraphe 2 : relèvent également du domaine de la loi.....

français¹, la voie envisagée par le juge constitutionnel et juge administratif français peut être empruntée pour justifier l'existence de ces institutions au plan du droit.

Quant aux autorités de régulation mises en place dans le cadre de la constitution de 1996, en l'occurrence l'agence de régulation des postes et des télécommunications, de l'agence nationale du patrimoine minier, de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier, de la commission de régulation de l'électricité et du gaz et de l'autorité de régulation des transports, leurs textes institutifs renvoient à l'article 122 de la constitution de 1996 qui détermine le domaine juridique du Parlement; ce article a été amendé en ce qu'il énumère une liste composée de 30 points (au lieu de 26 dans la constitution de 1989); le point 29 permet à l'instance législative de légiférer en matière de «création de catégories d'établissements».

Est ce à dire que ces termes referment le domaine nouveau des autorités administratives indépendantes et donc des autorités de régulation ?

Une première supposition qui force quelque peu la lecture de la constitution de 1996 permet d'avancer que la « volonté » du constituant exprimé, pour la première fois à travers ce point 29, est révélateur d'une perspective institutionnelle variée, ouverte et adaptée aux situations et aux nécessités nouvelles.

Une certaine interprétation des termes «catégories» et «établissements» peut, également, être envisagée pour étayer la légitimation constitutionnelle de ces institutions; le terme «catégories», au pluriel, renferme, dans une certaine mesure, l'idée d'une large gamme incluant plusieurs sortes de personnes morales et par voie de conséquences celles dénommées «autorités administratives».

Quel sens donner au terme «établissement» sans autre qualificatif ?

¹ DUBOIS et ETIEN - L'influence de la constitution française de 1958 sur la constitution de 1976 . revue algérienne n° 3 - 1978 p. 485

S'agit-il de la catégorie définie par et dans le droit administratif ?

Ne s'agit-il pas non plus d'un terme utilisé dans un générique renvoyant à celui de personne morale ?

Rejeter cette interprétation équivaldrait à considérer ces autorités comme étant illégales, voire inconstitutionnelles et ce, sous réserve de l'apport du juge constitutionnel.

Quant à l'insertion de ces autorités dans l'ordre administratif, l'organisation du contrôle juridictionnel des autorités de régulation qui accorde des attributions au profit du juge judiciaire et du juge administratif ne permet pas de trancher de façon absolue en faveur de la nature proprement administrative de ces autorités¹.

Si cette interrogation n'a pas posé de problème au législateur en ce qu'il ne s'est pas embarrassé de ces considérations pour voter les lois en question, d'autres éléments montrent que ces autorités présentent une diversité tant sur le plan organisationnel que fonctionnel.

CHAPITRE 2 : LA DIVERSITE DES CADRES JURIDIQUES DES AUTORITES DE REGULATION

La lecture des statuts juridiques réservés aux autorités administratives indépendantes listées dans le chapitre premier ci-dessus fait ressortir des éléments d'homogénéité (A) mais également et surtout un ensemble des éléments d'hétérogénéité (B) dont le nombre et l'importance font pencher la balance largement en faveur de ce dernier aspect.

Il est vrai que cette hétérogénéité est liée aux raisons de leur création en ce sens que ces autorités sont le plus souvent instituées pour résoudre un problème donné à un moment donné dans un contexte donné²; chaque autorité est, dès lors, instituée dans un cadre juridique spécifique.

¹ le même problème s'est posé en ce qui concerne l'insertion de ces autorités dans l'ordre administratif français et la position du conseil d'Etat se remarque par une démarche du cas par cas.

² l'exemple le plus caractéristique est donné par le mode de création de l'autorité de régulation des transports; en effet, le législateur algérien n'a pas hésité à emprunter la procédure des cavaliers budgétaires pour instituer, en un seul article (article 162 de la loi n° 02-11 du 24/12/2002 portant loi de finance pour l'année 2003), la dite autorité; cette création a été dictée par les difficultés posées pour la réalisation de l'aéroport international de la capitale.

Il est vrai aussi qu'un modèle juridique uniforme pour toutes les autorités de régulation est irréaliste car une forme unique de statut les priverait de ce qui est leur raison d'être, à savoir apporter une réponse adaptée à un problème spécifique.

A/ Les éléments d'homogénéité.

Un premier élément d'homogénéité ressort de la valeur juridique de leurs textes institutifs ; en effet, toutes les autorités de régulation ont été instituées par un texte à caractère législatif¹ ; cependant, il est à remarquer que l'autorité de régulation des transports a été créée par un texte législatif à caractère singulier².

Le deuxième élément d'homogénéité concerne le mode de désignation des membres des autorités de régulation ; à l'exception des membres de la COSOB qui sont nommés, pour le président de la commission par décret exécutif en conseil du gouvernement et pour les autres membres par arrêté du ministre des finances, tous les membres des autres autorités de régulation sont nommés par décret du Président de la République³ ; les quatre membres de la commission bancaire qui étaient nommés par décret du Chef du gouvernement conformément aux dispositions de l'article 144 de la loi sur la monnaie et le crédit⁴ sont en 2002 nommés par décret du Président de la République.

¹ Parmi toutes les autorités administratives indépendantes, seul le médiateur de la République a été créé par décret présidentiel ; ce dernier n'est pas une autorité de régulation.

² Cette autorité a été instituée dans le cadre d'une loi de finance

³ En droit français , le mode de désignation est assez varié : par décret du Président de la République en conseil des ministres, décrets du premier ministre, arrêté ministériel, quelquefois par le représentant du Sénat ou de l'Assemblée nationale ; l'élection est également utilisée comme mode de désignation , c'est le cas des membres de la CNIL.

⁴ Article 144 : la commission bancaire est composée du Gouverneur ou du vice-gouverneur qui le remplace, président, et des quatre membres suivants

deux magistrats détachés de la cour suprême proposés par le premier président de cette cour après avis du conseil supérieur de la magistrature.

Deux membres choisis en raison de leur compétence en matière bancaire, financière et surtout comptable, proposés par le ministre chargé des finances.

Les quatre membres sont nommés pour une durée de 5 ans renouvelable par décret du chef du gouvernement.

Un troisième élément commun à toutes les autorités de régulation concerne les moyens financiers dont elles disposent ; l'Etat apparaît comme le principal pourvoyeur de moyens financiers.

Un quatrième élément commun est relatif aux missions des autorités administratives indépendantes ; en effet, si les missions de ces dernières touchent deux grands domaines, la régulation et la protection des libertés publiques, avec la disparition du conseil supérieur de l'information en 1996 et celle du médiateur de la République¹, la liste des autorités administratives indépendantes se confond, actuellement, avec celle des autorités de régulation.

Un cinquième et dernier élément commun concerne le contrôle juridictionnel qui est exercé soit par le juge administratif ou le juge judiciaire sur l'ensemble de ces autorités.

Qu'en est-il des éléments d'hétérogénéité ?

B/ Les éléments d'hétérogénéité.

Ces éléments, les plus nombreux et les plus importants, ont trait aux aspects qui touchent les pouvoirs de ces institutions de régulation et leur statut d'autorité ainsi que les moyens mis à leur disposition.

1^{er}. Les éléments d'hétérogénéité concernant leur statut.

Un premier élément tout à fait formel fait ressortir que ces autorités de régulation sont dénommées différemment par le législateur ; c'est ainsi que le terme de « conseil » a été employé pour désigner les autorités en matière de monnaie et du crédit², et de concurrence³ ; le terme « commission » a été utilisé pour désigner les autorités relatives à la banque⁴, aux opérations boursières¹ et en matières d'énergie électrique et du gaz².

¹ Le CSI et le médiateur de la République étaient les seules autorités dont la mission visait la protection des libertés publiques.

² Art 32 de la loi 90-10 du 14/4/1990.

³ Art 16 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

⁴ Art 143 de la loi 90-10 du 14/4/1990.

Le mot «organisme» désigne le statut de commission de régulation de l'électricité et du gaz³.

Par ailleurs, le terme plus explicite d'«autorité» a été employé pour qualifier les institutions chargées des questions relatives aux banques⁴ de télécommunications et des postes⁵ et des transports⁶.

Quant au mot «régulation», qui n'était employé que pour qualifier les autorités chargées de la poste et des télécommunications⁷, de l'électricité et du gaz⁸ et des transports⁹ a été étendu à la COSOB en 2003¹⁰.

Enfin, l'expression «autorité administrative autonome» a été employée pour déterminer les institutions chargées des questions minières¹¹.

Un deuxième élément d'hétérogénéité touche l'organe de gestion de ces autorités. Si ces dernières disposent toutes d'un organe collégial, la composition de ce dernier varie d'une autorité à un autre puisque le nombre de ces organes de gestion oscille entre 5 et 12 membres.

De plus, une autre différence ressort quant à la qualité de ses membres; seuls les membres du conseil de la monnaie et du crédit sont nommés, pour la totalité, en raison de leur compétence en la matière¹²;

¹ Art 20 du décret législatif 93-10 du 23/5/1993.

² Art 111 de la loi 02-01 du 5/2/2002.

³ Art 112 de la loi 01-01 du 5/2/2002.

⁴ Art. 44 de la loi 90-10 du 14/4/1990.

⁵ Art 10 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

⁶ Art 102 de la loi 02-11 du 24/12/2002.

⁷ Art 10 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

⁸ Art 111 de la loi 02-02 du 5/2/2002.

⁹ Art 102 de la loi 02-11 du 24/12/2002.

¹⁰ La loi 03-04 du 17/2/2003 (JO. n° 11 p. 16) qui a modifié la loi 90-13 a utilisé ce terme dans son article 20 pour désigner la COSOB qui devient « une autorité de régulation indépendante »

¹¹ Art 43 et 44 de la loi 01-10 du 3/7/2001.

¹² Art 32 de la loi 90-10 du 14/4/1990.

les membres du conseil de la concurrence sont pour choisis, en partie en raison de leur expérience¹.

Quant aux membres des autorités de la poste et des télécommunications, de l'énergie et du gaz et celle des mines, leurs statuts institutifs ne mentionnent pas cette spécificité.

Enfin, la qualité des membres de l'autorité de régulation des transports reste inconnu dans la mesure où le cadre juridique portant son institution² renvoie au domaine réglementaire la détermination des règles relatives à son organisation, son fonctionnement et ses attributions.

La durée et les conditions d'exercice des fonctions des membres de ces différentes autorités constituent un autre niveau où les disparités sont suffisamment marquées ; ces dernières ont trait à l'idée du mandat, de sa durée et de son nombre ainsi que des incompatibilités fixées par la loi.

S'agissant de l'existence d'un mandat, les seuls textes qui consacrent cet élément sont ceux relatifs au conseil de la concurrence³, de la COSOB⁴ et à la commission bancaire⁵ ; l'ensemble des membres des autres autorités de régulations sont nommés en dehors de tout mandat.

Quant aux membres nommés dans le cadre du mandat, la durée de ce dernier est de 5ans pour les membres de la commission bancaire⁶ et le conseil de la concurrence⁷ et de 4 ans pour la COSOB⁸ ; le conseil de la monnaie et du crédit présente quelques particularités en ce sens que seuls le gouverneur de la banque d'Algérie et le vice gouverneur,

¹ Art 29 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

² Cette autorité a été créée dans le cadre de la loi de finances pour 2003 dans un seul article, le n° 102.

³ Art 30 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

⁴ Art 21 du décret législatif 93-10 du 23/5/1993.

⁵ Art 144 de la 90-10 du 14/4/1990.

⁶ Art 144 ci-dessus.

⁷ Art 30 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

⁸ Art 21 du décret législatif 93-10 du 23/5/1993.

membre de ce conseil sont nommés dans le cadre d'un mandat renouvelable pour une durée respective de 6ans et 5 ans¹

Ces mandats sont renouvelables uniquement pour les membres de la commission bancaire et le conseil de la concurrence ; quant aux membres de la COSOB, les articles 21 et 22 de la loi n° 93-10 du 23/5/1993 utilisent le terme de «un» mandat et non un « unique » mandat ; ce qui laisse supposer que le terme «un» est utilisé pour déterminer la durée et non le nombre de mandat.

Enfin, le principe de l'irrévocabilité du mandat² n'est pas consacré au bénéfice des membres qui exercent leurs fonctions dans le cadre du mandat à l'exception des membres de la COSOB dont la fin de fonction en cours de mandat ne peut intervenir qu'en cas de faute grave ou circonstances exceptionnelles dûment exposées en conseil de gouvernement³.

2° les éléments d'hétérogénéité concernant les pouvoirs reconnus aux autorités de régulation.

Les pouvoirs attribués aux autorités de régulation sont divers. Cette diversité apparaît aussi bien dans leur nature que dans leur étendue⁴ ; ils vont de l'avis ou de la recommandation jusqu'au pouvoir de sanction ; ces autorités disposent, à l'intérieur de cette fourchette de pouvoirs d'autorisation, d'investigation, d'injonction et même de celui d'édicter des mesures réglementaires ; ces pouvoirs ne leur sont pas attribués de la même façon.

¹ Art 22 de la loi 90-10 du 14/4/1990.

² D'autres éléments, comme le secret professionnel ainsi que le principe de détachement des membres de ces autorités, sont également des sujets de disparité.

³ Art 3 du décret n° 94-175 J.O. n° 41 du 26/6/1994. A ce propos, il y a lieu de signaler que cette garantie est prévue seulement dans le cadre du texte à caractère réglementaire et non dans le texte institutif.

⁴ Le conseil d'Etat français dans son rapport sur les autorités administratives indépendantes établi en 2000 a relevé un éventail identique de pouvoirs reconnus aux autorités de régulation ; mais cette identité reste tout au plus quantitative.

Le pouvoir d'émettre des avis et des recommandations est reconnu au conseil de la concurrence¹, à l'autorité de régulation des postes et des télécommunications² et de la commission de régulation de l'électricité et du gaz³.

Les pouvoirs de formuler des propositions, d'investigation et du contrôle et de délivrer des autorisations sont attribués à l'ensemble de ces autorités.

Quant au pouvoir de décision, seules les autorités de régulation instituées entre 1990 et 1995, en l'occurrence le conseil de la monnaie et du crédit⁴, de la COSOB⁵ et le conseil de la concurrence⁶ disposent de ce type de prérogatives, les autres autorités de régulation créées entre 2000 et 2002, à savoir l'autorité de régulation des postes et des télécommunications, la commission de régulation de l'électricité et du gaz, l'agence nationale du patrimoine minier et de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier, leur cadre juridique ne leur reconnaît pas cette attribution.

Le même constat se répète quant à la disposition du pouvoir réglementaire ; seules la commission de la monnaie et du crédit (créée en 1990) et la COSOB (créée en 1993) sont dotées de ce pouvoir⁷.

A l'issue de cette première partie consacrée principalement à exposer les autorités de régulation et leurs principales attributions, il est possible de conclure que la lecture de leurs statuts juridiques fait apparaître un ensemble d'institutions non homogènes tant sur le plan

¹ Art. 18, 19, 20 et 22 de la loi 95-06 du 52/1/1995.

² Art. 13 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

³ Art 114 de la loi 02-01 du 2002.

⁴ Art 45 de la loi 90-10 du 14/4/1990.

⁵ Art 45 de la loi 93-10 du 23/5/1993.

⁶ Art 24 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

⁷ Le conseil d'Etat français dans son rapport (voir note n° 3 ci-dessus) avait signalé que la loi confiait le pouvoir réglementaire indépendant lorsque le domaine était plus ou moins technique comme par exemple la COB (l'équivalent de la COSOB), l'ART (l'équivalent de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications ARTP) de la CRE (l'équivalent de la commission de régulation de l'électricité et du gaz CREG) ce qui n'est pas le cas dans le schéma général en Algérie.

organisationnel que sur le plan fonctionnel ; cependant, une analyse de ce même cadre juridique fera ressortir que ces autorités de régulation sont des institutions sans envergure

II° PARTIE : LES AUTORITES DE REGULATION : DES INSTITUTIONS SANS ENVERGURE.

L'Etat a, depuis 1990, mis en place de nouvelles institutions qui peuvent être regroupées et classées sous la rubrique des «autorités de régulation» ; ces dernières ont été créées dans des secteurs stratégiques (télécommunication, énergie, banque, transport) en dehors des établissements publics à caractère industriel et commercial et des services publics à caractère industriel et commercial, creuset traditionnel de l'action de l'Etat.

Ces autorités de régulation qui puisent leur statut dans celui des autorités administratives indépendantes soulèvent, pour le cas des autorités de régulation en droit algérien, deux interrogations fondamentales.

Est-ce que ces institutions sont des autorités indépendantes ?

Est-ce que ces institutions sont des autorités de régulation ?

CHAPITRE 1^{er} DES AUTORITES INDEPENDANTES ? ¹

La réponse à l'interrogation posée dans l'intitulé de ce chapitre passe obligatoirement par le rappel de quelques données juridiques fondamentales (A) pour analyser, à travers le statut des autorités de régulation, leur degré d'indépendance (B).

A/ L'indépendance des autorités de régulation à travers quelques données juridiques fondamentales de leur statut.

Le législateur a utilisé les termes de «autorité», «autorité autonome», «autorité indépendante» pour désigner et qualifier les institutions de

¹ Les points de suspension qui terminent cet intitulé dans la forme interrogative signifie d'une part que ce dernier ne représente qu'une première partie de l'exposé ; d'autre part, l'hésitation à affirmer le contenu des mots qui le composent.

régulation ; or, cette qualification suffit-elle pour les considérer comme des autorités et surcroît des autorités indépendantes ?

Organiquement, une autorité est une institution dont le rôle ne se limite pas à la consultation¹ ; en d'autres termes, le terme d'autorité signifie, dans le vocabulaire juridique, l'exercice d'un pouvoir de commandement, de décision².

Qu'en est il lorsque ces institutions ne disposent que d'un «pouvoir d'influence»³ ; lorsqu'elles ne disposent que d'attributions en matière d'instructions, d'avis, de propositions, de recommandations, d'observation ?

Autrement dit, peuvent-elle être considérée comme des autorités ?

Quant au terme «indépendante»⁴ qui reste l'une des principales justifications de la création de ses autorités, il signifie, d'une manière

¹ Cette définition a été retenue par le conseil d'Etat français dans son rapport sur les autorités administratives indépendantes élaboré en 2000.

² Le Larousse définit le terme autorité comme «le pouvoir de commander, de prendre des décisions, de se faire obéir».

Pour G. DUPUIS : «l'autorité exerce des compétences et ne se contente pas de remplir des attributions ; elle peut modifier l'ordre juridique par des actes normateurs unilatéraux ou plurilatéraux par des décisions ou des conventions » in Les autorités administratives indépendantes – P.U.F 1988 P.15.

J. CHEVALIER écrit que le véritable statut d'«autorité» se traduit par l'existence d'un pouvoir de décision... autorités les autorités administratives indépendantes (donc les autorités de régulation ; cette expression entre guillemets n'est pas de J. CHEVALIER mais rajouté par nous car les autorités de régulation sont moulées dans celui des autorités administratives indépendantes) le sont dans les deux sens du terme. D'abord, parce que leur fonction n'est pas de gestion mais de régulation ; ensuite parce qu'elles disposent, pour remplir la fonction qui leur est assignée, de pouvoir de décision qui leur donne la possibilité de modifier l'ordonnancement juridique et des situations individuelles» Les autorités administratives indépendantes – AJDA 1983 p. 275.

CHAPUS. R écrit que la catégorie des autorités administratives indépendantes ne peut avoir de spécificité et le terme d'autorité ne peut être justifié que si elle ne comprend que les organismes détenant pour l'accomplissement de leurs missions d'un pouvoir de décision» -droit administratif général – 7^e édition p. 175.

³ Le pouvoir d'influence est une conception plus nuancée de la notion d'autorité ; cette expression est utilisée à propos d'organisme sans pouvoir de décision.

⁴ Ce terme a été utilisé dans la dénomination :

de la commission de l'autorité de régulation des postes et des télécommunication, article 10 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

de la commission de régulation de l'énergie et du gaz, article 110 de la loi 02-01 du 5/2/2002.

générale, l'absence de tutelle ministérielle ; le terme «autonome»¹ signifie quant à lui que l'autorité est placée sous une certaine tutelle ministérielle ; ce qui a pour conséquence de rendre incompatible ces autorités, ne bénéficiant que d'une autonomie, avec les objectifs de la régulation.

A ces premières données juridiques, s'ajoute un autre élément assez singulier qui révisé la notion même d'autorité administrative indépendante ; cet élément (qui a été introduit par le législateur à partir de l'année 2000, avec la création de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications, de la commission de régulation de l'électricité et du gaz, de l'agence nationale du patrimoine minier et de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier et de l'autorité de régulation des transports) consiste en la reconnaissance de la personnalité morale à ces institutions².

Cette spécificité pour ne pas dire cette curiosité juridique soulève la question de savoir pourquoi les institutions créées après cette date ont la personnalité morale auxquelles le législateur a également reconnu l'autonomie financière alors que les institutions précédentes n'ont pas ces caractéristiques ? N'est-ce pas là des éléments distinctifs des établissements publics ?

Si les établissements publics sont rattachés soit à l'administration centrale soit à une collectivité territoriale alors que ces institutions ne le sont pas, n'est-il pas permis de conclure que ces institutions de «deuxième génération» constituent une catégorie «spécifique» d'autorité de régulation ?

Certes, ce premier résultat n'apporte pas de réponse directe et conséquente à la question de l'indépendance de ces institutions, mais fait

¹ Ce terme a été utilisé pour désigner l'agence nationale du patrimoine minier et de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier, articles 44 et 45 de la loi 01-10 du 3/7/2001.

² En droit français les autorités administratives indépendantes et par voie de conséquences des autorités de régulation sont dénuées de personnalité morale distincte contrairement aux établissements publics ; ce qui ne les empêche pas d'agir en justice ; leur qualité d'autorité administrative indépendante leur suffit, comme le reconnaît le conseil d'Etat, pour agir personnellement et directement en justice.

apparaître, tout de même, une certaine «anarchie terminologique» qui ne facilite pas la tâche à une systématisation et à une « synthétisation» des autorités de régulation ; le point suivant qui s'attardera sur les éléments permettant de mesurer le degré de cette indépendance.

B/ Le degré d'indépendance des autorités de régulation à travers les éléments de leur statut

Les autorités de régulation sont une partie inhérente de l'Etat ; leur indépendance ne peut être ni absolue ni totale ; à ce titre, elles sont soumises au régime juridique des organismes administratifs¹ de l'Etat.

La question de l'indépendance des autorités de régulation en droit français a fait l'objet de nombreux débats et écrits de la doctrine et de la jurisprudence administrative et constitutionnelle². Les études effectuées montrent que leurs statuts renferment un certain nombre d'éléments qui garantissent, pour la majorité de ces autorités, une indépendance certaine.

¹ En ce qui concerne la nature des autorités administratives indépendantes, le conseil d'Etat français dans son rapport intitulé «réflexions sur les autorités administratives indépendantes" élaboré en 2000 p. 293 constate que «si, bien qu'en principe non dotées de la personnalité juridique, les autorités administratives indépendantes ne sont pas rattachées aux structures hiérarchiques de l'administration centrale, elles n'en sont pas pour autant extérieures à l'Etat ; c'est au nom et pour le compte de l'Etat qu'elles agissent et sur sa responsabilité qu'elles engagent par leur actes dommageable soit devant le juge administratif soit devant le juge judiciaire selon le juge compétent pour connaître du contentieux des actes de l'autorité. Elles sont pleinement des autorités de l'Etat et leur nature administrative apparaît aujourd'hui comme un élément incontestable».

Qu'en est-il de la nature des autorités de régulation en droit algérien ?

Cette question ne s'est encore posée ni devant le juge constitutionnel ni devant le juge administratif ou le juge judiciaire pour rappeler une position jurisprudentielle, cependant il est permis de supposer que :

d'une part, le critère organique posé dans l'article 7 du code de procédure civile n'est pas d'un grand secours pour répondre à cette question ; des éléments du critère matériel peuvent suppléer pour apporter un début de réponse ; il s'agit, notamment de certaines prérogatives reconnues à ces autorités mais également et surtout la soumission d'un grand nombre de leurs litiges au juge administratif.

d'autre part, «l'emprunt» du droit algérien au droit français en la matière laisse également supposer que les conclusions du conseil d'Etat français sur la nature juridique de ces autorités peuvent être retenues en droit algérien.

² La liste des ces travaux et études est difficile à énumérer dans ce travail ; cependant, quelques références ont été signalées dans la bibliographie annexée à ce travail.

Qu'en est-il de l'indépendance des autorités de régulation en droit algérien ?

Est-ce que les règles relatives à leur indépendance leur confèrent-elles une originalité dans l'appareil de l'Etat ?

Les éléments qui permettent de mesurer cette indépendance se retrouvent à un double niveau : organique et fonctionnel.

1^{er} L'indépendance des autorités de régulation au plan organique.

Les éléments de cette forme d'indépendance sont à rechercher dans :

le mode de désignation des membres de ces autorités

les conditions d'exercice de leurs fonctions

a / l'indépendance des autorités de régulation à travers la composition et le mode désignation de leurs membres.

nombre varie entre 4 et 12 membres¹, répartis comme suit :

- une seule autorité comprend un collège composé de 4 membres, il s'agit de la commission de régulation de l'électricité et du gaz².
- deux autorités disposent d'un collège composé de 5 membres ; il s'agit de l'agence nationale du patrimoine minier et de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier³
- de la commission de la monnaie et du crédit⁴, de la commission bancaire⁵,
- de la COSOB⁶ et de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications⁷.

¹ En droit français, ce chiffre varie entre 3 et 21 membres ; mais la majorité des autorités de régulation ont des collèges dont le nombre se situe dans la fourchette de 5 à 10 membres.

² Art. 117 de la loi 02-01 du 5/2/2002.

³ Art. 48 de la loi 01-10 du 3/7/2001.

⁴ Art. 32 de la loi 90-10 du 14/4/1990.

⁵ Art. 144 de la loi 90-10 du 14/4/1990 modifiée par l'ordonnance 01-01 du 27/02/2001. J.O n°14 du 28/12/2001.

⁶ Art. 20 de la loi 93-10 du 23/5/1993.

⁷ Art. 15 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

le conseil de la concurrence est le seul collège composé de 12 membres¹.

Si l'indépendance des autorités de régulation repose moins sur la composition de leur collège que sur les règles relatives à l'exercice de leurs fonctions et si la recherche du pluralisme dans la composition permet une confrontation quant à la recherche de solutions équilibrées, la composition de ces collèges n'est fondée sur aucun motif valable.

Par ailleurs et au-delà du fait que l'ensemble des membres des autorités de régulation sont, soit nommés soit désignés par le Président de la République depuis l'institution de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications en l'an 2000, les textes ayant mis en place les nouvelles institutions ne mentionnent plus la règle du profil professionnel comme condition à être membre d'une autorité de régulation.

Si ce constat ne renseigne pas, également et d'une manière effective, sur le degré d'indépendance des autorités de régulation, l'analyse des règles relatives à l'exercice des fonctions de ses membres est au contraire édifiante.

b/ l'indépendance des autorités de régulation à travers les règles relatives à l'exercice des fonctions de leurs membres.

Ces règles concernent notamment le mandat² qui reste la garantie d'indépendance dans l'exercice de la fonction de membre d'une autorité de régulation ; les incompatibilités qui touchent les membres de ces institutions sont également un autre élément d'appréciation.

A la lecture des textes institutifs des autorités de régulation, trois régimes ont été retenus :

- un premier régime retient la règle du mandat pour le conseil de la concurrence , de la commission bancaire et de la COSOB

¹ Art. 29 de la loi n° 95-06 du 25/1/1995.

² Tous les membres des autorités de régulation en droit français exercent leurs fonctions dans le cadre du mandat.

- un deuxième régime qui ne prévoit de mandat que pour une partie des membres ; il s'agit de la commission de la monnaie et du crédit

un troisième régime qui ne met pas en place la règle du mandat ; il s'agit de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications, de la commission de régulation de l'énergie et du gaz, de l'agence nationale du patrimoine minier, de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier et de l'autorité de régulation des transports.

La consécration de la règle du mandat qui constitue une garantie d'indépendance est renforcée lorsque d'autres aspects accompagnent ce même mandat ; il s'agit de son caractère renouvelable, de sa durée et de son irrévocabilité.

En effet, un mandat unique, expressément consacré, constitue un gage d'indépendance en ce sens que les membres des autorités de régulations ne seront pas tentés, pour espérer un autre mandat, par des réactions de compromis ; le mandat unique ne permet pas, d'un autre côté, à l'autorité de nomination de laisser croire à une possibilité d'un autre mandat.

L'irrévocabilité du mandat constitue, sauf cas de commission de fautes par le mandataire expressément consacrées et définies, constitue un autre gage d'indépendance en ce que les membres de l'autorité de régulation sont assurés de terminer la mission pour laquelle ils ont été nommés.

Qu'en est-il du régime juridique retenu pour les autorités de régulation de régulation dont les membres exercent leurs fonctions dans le cadre d'un mandat ?

La durée des mandats des membres de la commission bancaire (article 144 de la loi 90-10 du 14/4/1990) et du conseil de la concurrence (article 30 de la loi 95-06 du 25/1/1995) est de 5 ans ; elle est de 4 ans pour les membres de la COSOB (article 21 de la loi 93-10 du 23/5/1993) ; la durée des mandats du gouverneur de la banque d'Algérie et des vices-gouverneurs (membres de la commission de la monnaie et du crédit) est respectivement de 6 et 5 années.

En ce qui concerne le caractère renouvelable du mandat, les membres de la commission bancaire (article 144 de la loi 90-10 du 14/4/1990) et du conseil de la concurrence (article 30 de la loi 95-06 du 25/1/1995) bénéficient d'un mandat renouvelable.

Les membres du conseil de la monnaie et du crédit (article 22 de la loi 90-10 du 14/4/1990) exercent leur fonction dans le cadre d'un mandat renouvelable une fois.

Le principe de l'irrévocabilité du mandat n'est pas consacré pour les membres des autorités exerçant leurs fonctions dans le cadre du mandat à l'exception de ce qui ressort du texte d'application du décret législatif n° 93-10 du 25/5/1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières ; à ce propos, le décret exécutif n° 94-175 du 13/6/1994 portant application des articles 21,22 et 29 du décret législatif ci-dessus rajoute¹ une disposition consacrant le principe d'irrévocabilité au bénéfice du seul président de la COSOB. Cette particularité ne peut constituer en soi une garantie d'indépendance en ce que le texte la prévoyant (décret) peut être modifié aisément par l'autorité de nomination voire même écarté par le juge².

Quant aux membres des autorités de régulation nommés ou désignés en dehors de tout mandat, le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité de nomination réduit sensiblement l'indépendance de ces autorités.

Une autre règle qui relève d'une déontologie visant à éviter tout conflit d'intérêt est consacrée dans tous les textes ayant mis en places ces autorités ; il s'agit des «incompatibilités» ; la liste de ces incompatibilités est plus ou moins variée et spécifique à chaque autorité ; cependant, ces mêmes incompatibilités peuvent être un

¹ J.O. n° 41 de 1994 p. 6 – article 3 : «il est mis fin à ses fonctions (il s'agit du président) dans les mêmes formes. Toutefois la fin de fonction, en cours de mandat ne peut intervenir qu'en cas de faute professionnelle grave ou de circonstances exceptionnelles dûment constatées en conseil des ministres».

² En effet, le juge administratif saisi éventuellement par le président de la COSOB éventuellement renvoyé en cours de mandat peut refuser son recours au motif que les dispositions de l'article 3 ci dessus n'ont pas de fondement juridique.

élément défavorable à ce qui reste comme indépendance à ces autorités de régulation en ce qu'elles constituent un instrument d'appréciation entre les mains de l'autorité de nomination.

L'exposé des éléments relatifs au fonctionnement des autorités de régulation renseigne à son tour sur la nature et l'étendue de l'indépendance de ces autorités.

2 ° L'indépendance des autorités de régulation au plan fonctionnel.

L'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation repose fondamentalement sur un ensemble d'éléments qui sont :

- les modalités d'établissement de leurs règles d'organisation et de fonctionnement.
- les aspects liés aux moyens financiers dont elles disposent.
- La nature des relations qu'elles entretiennent avec l'administration centrale

a / les modalités d'établissement des règles d'organisation et de fonctionnement .

La question soulevée par les modalités d'établissement des règles d'organisation et de fonctionnement des autorités de régulation concerne principalement l'autorité chargée d'élaborer le règlement intérieur de ces dernières.

Le pouvoir de fixer les règlements intérieurs est certes évoqué dans les textes instituant ces autorités¹ , mais son niveau d'élaboration varie d'une institution à une autre.

¹ A l'exception de la commission bancaire pour laquelle la loi 90-10 du 14/4/1990 relative à la monnaie et au crédit n'a pas fait état d'un règlement intérieur ; cependant, son article 145 prévoit expressément une règle de fonctionnement lorsqu'il dispose que les décisions de la commission bancaire sont prises à la majorité. En cas d'égalité celle du président est prépondérante. Cette disposition ne précise pas s'il s'agit de la majorité des membres de la commission ou celle des membres présents ; à ce propos, la jurisprudence du conseil d'Etat français a décidé que dans ce cas de figure qu'une commission ne peut valablement délibérer qu'en présence de la majorité des membres qui la compose

C'est ainsi que le règlement intérieur du conseil de la concurrence¹, de l'agence nationale du patrimoine minier et de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier² sont tous deux pris par décret présidentiel, mais sur propositions et après adoption de l'autorité de régulation pour ce qui est du règlement intérieur du conseil de la concurrence.

L'élaboration des règlements intérieurs de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications et des postes³, de la commission de régulation de l'énergie et du gaz⁴ et de la COSOB⁵ est faite par et au niveau de ces mêmes autorités.

Quant au règlement du conseil de la monnaie et du crédit, la loi n° 90-10 du 14/4/1990 relative à la monnaie et au crédit a prévu des dispositions à cet effet puisque les articles 35 à 39 renferment les principales règles de fonctionnement du conseil.

L'analyse des règles relatives aux modalités d'élaboration des règlements intérieurs ne révèle le degré d'indépendance des autorités de régulation que lorsque leurs membres exercent leurs fonctions dans le cadre d'un mandat qui leurs garantit une indépendance certaine ; or, le statut des membres des autorités de régulation en droit algérien est loin de remplir cette condition, ce qui, du point de vue de la recherche de l'indépendance, tout intérêt au fait que certaines autorités élaborent elles mêmes leur propre règlement intérieur.

¹ Art. 34 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

² Art. 51 de la loi 01-10 du 3/7/2001.

³ Art. 20 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

⁴ Art. 126 de la loi 02-01 du 5/2/2002.

⁵ Art. 26 de la loi 93-10 du 23/5/1993.

b/ L'indépendance des autorités de régulations à travers ses moyens financiers¹.

Le législateur a reconnu au conseil de la concurrence², de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications³, de la commission de régulation de l'électricité et du gaz⁴ notamment l'autonomie financière⁵. Ce premier signe d'indépendance des autorités de régulation n'a de portée que si ces dernières sont à même de générer leurs propres ressources ; or, l'origine de leurs ressources financières témoignent à l'évidence que cet aspect de l'indépendance est loin d'être consacré entièrement.

En effet, il ressort de la lecture des textes instituant ces autorités que :

la COSOB⁶, l'autorité de régulation des postes et des télécommunications⁷, de la commission de régulation de l'électricité et du gaz⁸, de l'agence nationale du patrimoine minier et de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier⁹ disposent de ressources qui proviennent, selon l'ordre présenté dans leurs textes institutifs, de leurs activités et, dans une certaine mesure, de subvention de l'Etat. Cependant, si l'origine des ressources de ces autorités de régulation semble aller dans le sens d'une certaine indépendance fonctionnelle, la fixation de ces ressources par voie réglementaire remet en cause cette tendance.

¹ Certes, le « nerf de la guerre » est important dans l'analyse de l'indépendance des autorités de régulation à travers le prisme financier mais le cadre de ce travail ne permet de procéder à une étude détaillée sur leurs moyens financiers ; aussi, le rappel de l'origine de leurs ressources constitue dans une démarche juridique un indicateur suffisant.

² Art. 11 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

³ Art. 10 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

⁴ Art. 112 de la loi 02-01 du 5/2/2002.

⁵ Le législateur n'a pas prévu une autonomie financière pour la commission bancaire, le conseil de la monnaie et du crédit et la COSOB

⁶ Art. 27 et 28 de la loi 93-10 du 23/5/1993.

⁷ Art. 22 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

⁸ Art. 127 de la loi 02-01 du 5/2/2002.

⁹ Art. 52 et 154 de la loi 01-10 du 3/7/2001.

- les moyens financiers du conseil de la monnaie et du crédit et de la commission bancaire sont supportés par le budget de la banque d'Algérie

- le conseil de la concurrence dispose de moyens qui sont à la charge de l'Etat¹

Ainsi , les données sur les aspects liés aux moyens financiers indiquent que les autorités de régulation ne disposent pas d'une réelle autonomie financière dans la mesure où l'administration centrale détient les cordons de la bourse.

c/ l'intervention de l'administration dans le fonctionnement des autorités de régulation.

Les autorités de régulation ne sont soumis, de par leur statut d'autorités administratives indépendantes, ni au pouvoir hiérarchique ni au pouvoir de tutelle ; mais la présence, auprès de ces mêmes autorités de représentant de l'administration centrale fait que l'autorité de nomination n'est pas dépourvue d'un pouvoir d'influence sur ces mêmes autorités.

Ces représentations prennent des formes et des dénominations diverses ; c'est ainsi que ce représentant prend la forme d'un conseil consultatif au sein de la commission de régulation de l'électricité et du gaz², de directeur général au sein de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications³, de secrétaire général au sein de l'agence nationale du patrimoine minier et de l'agence nationale de la géologie et du contrôle minier⁴ et de secrétaire général avec des rapporteurs au sein du conseil de la concurrence⁵.

¹ Art. 52 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

² Art. 125 de la loi 02-01 du 5/2/2002.

³ Art. 19 de la loi 2000-03 du 5/8/2000.

⁴ Art. 46 de la loi 01-10 du 3/7/2001

⁵ Art. 36 de la loi 95-06 du 25/1/1995.

Toutefois, les conséquences de cette représentation doivent être prises au second degré ; car si la présence de représentant de l'administration centrale au sein de ces autorités administratives indépendantes prend une ampleur remarquée auprès des autorités de régulation en droit français, cette représentation en droit algérien est sans grande incidence en ce sens que tous les membres des autorités de régulation sont nommés par le Président de la République sans garantie d'indépendance.

Par ailleurs, l'intervention de l'administration centrale dans le fonctionnement des autorités de régulation apparaît dans le pouvoir d'homologation qui lui est reconnu par les textes ; c'est notamment le cas des projets de règlement du conseil de la monnaie et du crédit qui doivent être soumis au ministre des finances pour d'éventuelles modifications¹

Qu'est-ce à dire de l'indépendance des autorités de régulation ?

La procédure de nomination sans délai et en dehors du cadre du mandat des membres de ces autorités de régulation, notamment après 2000, l'extrême fragilité des mandats reconnus pour des membres d'autres autorités sont loin de constituer une garantie d'indépendance organique ; sur le plan fonctionnel, la dépendance directe ou indirecte de ces mêmes autorités essentiellement sur le plan financier mais également et surtout les prérogatives des ministres et leurs services à leur égard fragilisent la distanciation qui existe entre elles et le pouvoir politique.

Si ces autorités ne bénéficient pas d'une indépendance nécessaire et suffisante, sont-elles des autorités de régulation ?

¹ Art. 46 de la loi 90-10 du 14/4/1990

CHAPITRE 2° : ... DE REGULATION ?

Après une première interrogation sur l'indépendance des autorités de régulation, une deuxième interrogation non moins importante s'impose dans ce travail ; elle concerne le statut de régulateur attribué à ces autorités ; dans cette perspective, il s'agit de déterminer leur degré de participation à la mission pour laquelle elles ont été instituées, en l'occurrence «la régulation»¹.

Le vocable de régulation² est apparu récemment dans le discours des responsables politiques des secteurs économiques et plus particulièrement des services publics économiques.

Sur le plan économique, l'ouverture à la concurrence, de secteurs publics jusqu'à présent protégés³ comme les secteurs de l'électricité, des télécommunications et des transports a déclenché la mise en place de nouveaux mécanismes qui auront pour missions de développer la concurrence tout en défendant le bien être des consommateurs et en assurant la pérennité du service universel.

Les motifs juridiques ne sont pas, également, étrangers à l'émergence de cette nouvelle situation ; en effet, la constitution de 1996 a introduit, pour la première fois, dans le droit constitutionnel d'importantes dispositions qui constituent le fondement de ces autorités administratives indépendantes et de leurs fonctions de régulation ; il s'agit de la règle de «l'impartialité»⁴ de l'administration et de « liberté du commerce et de l'industrie »⁵.

¹ D'une manière générale, les chercheurs s'accordent à dire que la mission de régulation consiste en la défense du bien être du consommateur par le biais de la concurrence tout en assurant la pérennité du service public.

² - FRISON-ROCHE . M.A – les différentes définitions de la régulation. L.P.A. du 10/7/1998 n° 82.

- COHEN-TANUGI . L – Emergence de la notion de régulation. L.P.A du 10/7/1998 n° 82.

CHAMPAUD . C. et DANET. D. – N.R.E (nouvelles régulations économiques) – revue trimestrielle de droit commercial – janvier- mars 2002 p. 17.

³ L'article 17 de la constitution de 1996 qui a reproduit la même disposition contenue dans les constitutions de 1989 et de 1976 inscrit ces secteurs comme relevant du domaine de l'Etat.

⁴ Art 23 de la constitution de 1996.

⁵ Art . 37 de la constitution de 1996.

Enfin, les effets de la mondialisation sur les plans économique et juridique ne sont pas en reste et rendent, au même titre que les deux raisons précédentes, la régulation inévitable.

Si la politique de la régulation est assez récente en Algérie et ne permet pas d'en porter un jugement définitif en ce qu'elle n'a pas produit tous ses effets, il n'en demeure pas moins qu'il est tout à fait loisible d'en tirer quelques enseignements à partir du cadre et du régime juridiques de la régulation.

Pour cela et afin de répondre à l'interrogation posée dans l'intitulé de ce chapitre, il est nécessaire de rappeler quelques évidences de la régulation (1^{er}), d'exposer ensuite l'émergence de son concept à partir des textes juridiques fondamentaux (2^{ème}) pour mesurer l'étendue du pouvoir de régulation attribué à ces nouvelles institutions (3^{ème}).

1^{er} : De quelques évidences¹ de la régulation.

La recherche pluridisciplinaire et multidimensionnelle a mis en exergue un certain nombre de paramètres qui composent le concept de régulation.

Ce concept renferme l'émergence d'une nouvelle attitude qui souligne la nécessité d'un transfert du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire de l'Etat vers de nouvelles entités ; ce transfert est justifié par le fait que les règles que peuvent établir ces trois instances ne peuvent pas tout prévoir car la régulation doit s'adapter de façon permanente et ce en fonction des situations et des objectifs .

Ce concept renvoie également à la tendance qui veut que le droit se prépare plus qu'il ne se décide à la majorité et sa légitimité repose beaucoup plus sur le respect de la procédure que sur la règle de la majorité ; en d'autres termes, la régulation est un facteur de transparence, d'équité et de sécurité juridique ; cette tendance est une réponse à l'interventionnisme sous la forme réglementaire qui peut

¹ La présentation de ces quelques paramètres ne s'appuie sur aucun critère, elle se veut simplement un rappel d'un certain nombre d'éléments pour les besoins de ce travail.

conduire à un conflit et à l'arbitraire car aucun principe général ne peut décider du contenu des mesures à prendre.

Ces quelques éléments qui sont loin d'épuiser l'énumération d'autres évidences de la régulation traduisent un souci nouveau celui de la réforme de l'Etat mais également et surtout à disqualifier l'Etat-providence. Ils impliquent également la nécessité de doter les institutions de régulation de moyens matériels, financiers et surtout humains à même de répondre à toutes les exigences de la régulation.

2^{ème} : l'émergence du concept de la régulation dans le droit algérien.

En ne reprenant pas certaines dispositions de la constitution de 1976¹ et en introduisant de nombreuses nouvelles règles, la constitution de 1989 a constitué le point de départ d'un nouveau mode d'organisation et de gestion de l'Etat et donc de ses principaux services publics.

Elle a opté également pour la réalisation d'un nouveau projet économique.

Mais c'est avec la constitution de 1996 que l'orientation s'est précisée en ce que le constituant a consacré, pour la première fois et d'une manière expresse, la règle de « l'impartialité de l'administration »² mais également et surtout celle de « la liberté du commerce et de l'industrie »³.

Si la consécration de la règle de l'impartialité de l'administration à ce niveau de la hiérarchie des normes est à souligner, cette dernière peut être déduite des dispositions de l'article 29⁴ de la constitution relatives à l'égalité de tous devant la loi. Elle se retrouve également à un autre niveau, celui des principes généraux du droit ; en effet, l'un des trois grands principes qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement du service public est celui de l'égalité de tous les usagers devant le service

¹ Notamment les articles 10 à 24 du chapitre II sur le socialisme.

² Art. 23 de la constitution de 1996 : « l'impartialité de l'administration est garantie par la loi ».

³ Art. 37 de la constitution de 1996 : « la liberté du commerce et de l'industrie est garantie . Elle s'exerce dans le cadre de la loi ».

⁴ Art. 29 De la constitution de 1996.

public ; ce qui induit, dans une certaine mesure, l'idée d'impartialité de l'administration dans ses relations avec les citoyens.

Mais quel sens donner à la règle de la liberté du commerce et de l'industrie¹ ?

La doctrine et la jurisprudence françaises, tout en relevant que le contenu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie est ambiguë et polysémique, considèrent que cette liberté vise d'abord la liberté d'entreprendre, la liberté de la création d'une activité économique ; c'est ensuite le libre exercice de l'activité.

La liberté du commerce et de l'industrie est, également, comprise comme «réservant au secteur privé, par priorité, l'exercice des activités industrielle et commerciale ; le secteur public étant normalement exclus et n'intervenant qu'à titre subsidiaire »² ; cependant, la doctrine et la jurisprudence ne manquent pas de souligner que cette liberté doit trouver ses limites dans les règles de la concurrence.

Comment appréhender la règle³ de la liberté du commerce et de l'industrie dans les perspectives de la constitution de 1996 ?

¹ Quelques références bibliographiques sur le sujet de la liberté du commerce et de l'industrie dans le contexte français.

DREYFUS F. La liberté du commerce et de l'industrie – Berger Levrault- l'Administration Nouvelle 1973.

KADHIR M. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? Dalloz Chron. 1993 p. 30.

LINOTTE D. et ROMI R. Services publics et droit public économique – LITEC 4^{ème} édition 2001.

LAVEYSSERE J. Citoyenneté et exercice d'une activité économique. L.P.A. du 22/12/1989.

MAILLOT D. La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français. Thèse . Paris 1964.

MORANGE G. Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie. Dalloz 1956.

² LINOTTE D. et ROMI R. op. cit. p. 120.

³ En France, cette question n'est pas consacrée expressément dans la constitution de 1958 ; en 1982, le conseil constitutionnel français lui reconnaît une valeur constitutionnelle. De la liberté du commerce et de l'industrie.

L'évolution du modèle institutionnel peut, dans une certaine mesure, constituer une première base d'explication singulière en ce que le législateur algérien emprunte avec beaucoup de réserves¹ au modèle institutionnel français², néanmoins, le projet enclenché par la constitution de 1989 et précisé par celle de 1996 autorise une explication différente car la règle de la liberté du commerce et de l'industrie s'inscrit dans le désengagement progressif de l'Etat de la sphère économique et non le résultat d'une révolution comme cela a été le cas de la révolution française de 1789.

Cette évolution ne sera pas sans conséquence sur les aspects organisationnel et fonctionnel des institutions chargées de la régulation.

Ainsi, les constitutions de 1989 et de 1996 peuvent être considérées comme le premier fondement du concept de régulation.

Le concept de régulation a été utilisé par le législateur dans la loi n° 89-12 du 5/7/1989 relative aux prix³. Ce concept réapparaît ensuite en 1990 dans la loi n° 90-07 du 30/4/1990 relative à l'information⁴ qui énonce dans son article 59 : « Il est institué un conseil supérieur de l'information, autorité administrative indépendante de régulation ».

¹ Les intitulés des chapitres 1 et 2 de la deuxième partie de ce travail sous la forme interrogative traduisent ces réserves ; certes, comparaison n'est pas toujours raison ; mais la démarche des pouvoirs publics algériens concernant les institutions de régulation ressemble sur le plan formel à celle empruntée en France ; mais, la comparaison au plan fondamental révèle une hésitation certaine à adopter la démarche retenue pour les autorités de régulation en droit français ; la différence notable entre le statut des organes des autorités de régulation en droit français et celui des organes des autorités de régulation en droit algérien est un exemple édifiant quant à l'hésitation du législateur algérien à adopter toutes les règles de la régulation ; cette hésitation trouvera certainement une explication chez certains thuriféraires ; toutefois, elle n'en traduit pas moins une certaine volonté.

² L'emprunt (qui n'est pas négatif en soi) va jusqu'à utiliser les mêmes dénominations pour désigner les autorités de régulation ayant des missions analogues : autorité de régulation des télécommunications, commission de régulation de l'électricité, commission des opérations de bourses (COB) en droit français et respectivement : autorité de régulation des postes et des télécommunications, commission de régulation de l'électricité et du gaz, COSOB en droit algérien.

³ J.O. n° 29 du 19/7/1989. p. 639.

⁴ J.O. n° 14 p. 395.

Ce terme a été repris ensuite pour qualifier les institutions suivantes : la COSOB¹, l'autorité de régulation des postes et des télécommunications², la commission de régulation de l'énergie et du gaz³ et l'autorité de régulation des transports⁴.

Ainsi, si le concept de régulation est rentré d'une manière plus ou moins franche et directe dans le vocabulaire juridique et institutionnel algérien ; il reste à déterminer son contenu et donc son étendue.

3^{ème} – L'étendue du pouvoir de régulation.

Les autorités de régulation bénéficient d'un certain nombre d'attributions en matière de régulation ; la détermination de leur étendue peut être effectuée selon plusieurs critères.

Selon la démarche basée sur le critère matérielle, cette détermination enseigne sur la quantité et, dans une certaine mesure, sur la qualité de ces attributions mais ne répond pas à la problématique de la deuxième partie de ce travail ; à savoir, l'étendue des attributions des autorités mises en place, en principe, pour réguler certaines activités.

Une autre démarche axée sur la détermination de l'étendue des pouvoirs de régulation et leurs modalités d'exercice par ces autorités permettra de vérifier si l'il s'agit d'une nouvelle forme de gestion de l'Etat ou d'une mise en place de simples relais des pouvoirs publics.

Cette deuxième démarche, privilégiée dans ce travail, se propose de déterminer le ou les domaines de régulation reconnus ou attribués, à titre

¹ Il y a lieu de signaler qu' à l'origine la COSOB n'avait, lors de son institution, reçu aucune qualification expresse ; le législateur s'était contenté de disposer dans l'article 20 de la loi 93-10 du 23/5/1993 : « il est institué une commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourses » ; ce n'est que dans la loi n° 03-04 du 17/2/2003 (J.O. n° 11 p. 16) que le législateur énonce dans l'article 20 : « il est institué une autorité de régulation indépendante d'organisation et de surveillance des opérations de bourses jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière »..

² art. 10 de la loi 2000-03 du 5/8/2000 : « il est créé une autorité de régulation... »

³ art. 111 de la loi 02-01 du 5/2/2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation : « Il est créé une commission de régulation.... ».

⁴ art. 102 de la loi 02-11 du 24/12/2002 portant loi de finances pour l'année 2003 (J.O. n° 86) : « Il est créé une autorité de régulation... ».

exclusif, à ces autorités et ceux que les pouvoirs publics continuent à exercer ; à ce propos, le rappel et la classification des pouvoirs de régulations d'une manière générale ainsi que leurs effets serviront comme outils objectifs à la question d'appréciation de l'interrogation posée dans l'intitulé de ce deuxième chapitre.

a / classification des pouvoirs de régulation.

La régulation est un système dont la fonctionnalité et la réussite exigent un certain nombre d'éléments qui s'expriment en termes de pouvoirs attribués et exercés par les autorités de régulation.

Ces pouvoirs sont généralement classés en trois grandes listes.

La première liste qui constitue le seuil minimum de pouvoirs que l'on puisse accorder aux institutions de régulation est composée :

- du pouvoir d'émettre des avis
- de formuler des propositions ou/et des recommandations
- du pouvoir de médiation.

Ces pouvoirs s'inscrivent au niveau de « la participation » de ces institutions à la fonction de régulation et ne constituent pas un élément important pour considérer ces dernières comme de véritables autorités de régulation, sauf à « extirper » de la distinction avis simple et avis conforme un hypothétique pouvoir.

La deuxième liste comprend un certain nombre d'attributions qui peuvent être regroupées sous la rubrique «pouvoirs de contrôle» de l'autorité de régulation ; il s'agit :

- des moyens d'investigations
- des enquêtes
- des sanctions que peuvent prendre ces autorités
- des pouvoirs quasi-juridictionnels.

L'importance de ces attributions est plus nette par comparaison à celles de la première liste ; cependant leur poids, dans une perspective

de redistribution du pouvoir, est tributaire du statut des organes des autorités de régulation.

Une troisième liste est composée d'attributions qui répondent à une certaine « collaboration » des autorités de régulation avec la justice¹.

Enfin, une quatrième liste, la plus importante et la plus efficiente par son objet et ses effets en matière de régulation, a trait à l'exercice du pouvoir réglementaire.

Ce listage des pouvoirs en matière de régulation présente un intérêt certain car il permet d'établir un élément de mesure des pouvoirs reconnus et exercés par les institutions de régulation.

Qu'en est-il de ce listing rapporté aux autorités de régulation en droit algérien ?

b / les domaines de régulation attribués et exercés , à titre exclusif, par les autorités de régulation.

Le législateur n'a pas hésité à accorder le pouvoir minimum prévu dans la première liste énumérée précédemment à toutes les autorités de régulation à l'exception de deux d'entre elles (le conseil de la monnaie et du crédit et la commission bancaire)

Les textes institutifs des autorités de régulation ont prévu un certain nombre d'attributions qui s'inscrivent beaucoup plus dans la mission participative de ces autorités, attributions prévues et classées dans la première liste ; il leur a également reconnu, d'une manière plus ou moins dosée, les attributions contenues dans la deuxième liste (pouvoir

¹ Godet. R. La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun ; l'exemple des autorités de marché – R.F.D.A. septembre – octobre 2002 p. 957.

Lorsque le législateur accorde ce genre d'attributions aux autorités de régulation, cela ne signifie nullement que ces dernières disposent d'un domaine propre car leurs actes quasi-juridictionnels restent soumis au contrôle du juge (de droit commun ou administratif).

en matière d'investigation et de contrôle, d'enquête et de sanction) ainsi que celui de participer au règlement de certains litiges¹

C'est ainsi qu'en matière d'avis et de recommandations, le conseil de la concurrence, l'autorité de régulation des postes et des télécommunications et la commission de régulation de l'énergie et du gaz sont les seules autorités auxquelles le législateur a accordé cette attribution.

La possibilité de formuler des propositions (des textes juridiques notamment²) a été prévu par le législateur au profit du conseil de la concurrence, de la COSOB, de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications, de l'agence nationale de la protection minière et de la commission de régulation de l'énergie et du gaz.

Quel enseignement tirer de ce constat ?

L'explication à donner à cette exception est peut-être à rechercher dans le fait que ces dernières bénéficiant, dans une certaine mesure, du pouvoir réglementaire, peuvent agir et réagir directement.

Qu'en est il de leurs pouvoirs en matière de contrôle de la régulation ? ou le domaine réservé des pouvoirs publics.

B / le pouvoir réglementaire domaine réservé des (aux) pouvoirs publics.

La régulation est généralement définie comme : « mode d'ajustements permanent d'une pluralité d'actions et de leurs effets permettant d'assurer l'équilibre des dynamiques de systèmes instables....la régulation recouvre la réglementation, c'est à dire

¹ -VIANIER .Le modèle français de relation entre le juge et les autorités de marchés. L P A . 15/6/1994 – n° 71 p: 17.

BRECHON-MOULENES - La place du juge administratif dans le contentieux économique public - A J D A – 2000 p. 679.

² Certes le législateur a inscrit dans les textes instituant ces autorités la possibilité pour ces dernières de participer à l'élaboration de normes générales, mais cette collaboration renferme ses propres limites, car, les propositions formulées dans ce cadre ne lient pas les pouvoirs publics qui disposent d'un large pouvoir discrétionnaire.

l'établissement des lois et contrats, le contrôle de leur exécution ainsi que les nécessaires adaptations »¹.

Si cette observation souligne la relation qui existe entre régulation et réglementation, une question fondamentale demeure néanmoins ; il s'agit de savoir si l'ensemble des fonctions de régulation (en l'occurrence la réglementation, la surveillance de la concurrence, l'équité d'accès à l'infrastructure- monopole notamment, la relation entre service public et opérateurs, la tarification du service public, l'évolution de l'efficacité économique et social du système) doit relever d'une responsabilité unique d'un organe ou réparti entre plusieurs niveaux (Etat et régulateur) et entre plusieurs institutions (entre autorités de régulations)².

Ainsi, la régulation ne peut être appréhendée comme une simple technique ; elle répond et s'inscrit essentiellement dans une stratégie ; de ce fait, elle est un enjeu de/du pouvoir³ et soulève le questionnement suivant :

Quelle régulation ? pour quelle politique ?

Régulation de niveau législatif ou réglementation de niveau réglementaire ?

Une réglementation détenue et exercée par les seuls pouvoirs publics ou effectuée en collaboration avec les autorités de régulation⁴ ?

Ces quelques interrogations soulignent, à l'évidence, qu'il ne peut exister de modèle standard de régulation (et donc de réglementation) valable pour toutes les époques et applicables à tous ; néanmoins, une sorte de « s.m.i.g » peut être dégagé des différents modes de régulation ;

¹ BAUBY. P. L'Europe des services publics : entre libéralisation, modernisation, régulation et évaluation – revue politique et management public. Volume n° 20 - n° 1/2002.

² Pour plus de détails concernant cette problématique voir :

BRACONNIER. S. la régulation des services publics. R F D A janvier-février 2001 p.43

FRISON-ROCHE M.A. – La régulation : monisme ou pluralisme – L P A numéro spécial du 10/7/1998.

³ CHEVALIER. Les enjeux de la déréglementation . RDP 1988. P. 281.

⁴ BASEX. M – Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ? A J D A . 1990 p. 650.

ce minimum valable et applicable à tous permet de mesurer l'impact sur le mode de gestion des services publics et de vérifier si les autorités de régulation de nouvelles institutions ou des institutions nouvelles.

Le législateur algérien a opté pour une démarche qui révèle « un jacobinisme régulateur »¹ progressif² et accentué.

Certes, en droit français le pouvoir réglementaire n'est pas exercé exclusivement par les autorités de régulation ; le conseil d'Etat dans son rapport³ sur les autorités administratives indépendantes note que certaines autorités de régulation ne bénéficient pas de ce pouvoir mais relève que : « ce n'est que lorsque le domaine est technique est nécessaire, comme par exemple dans le secteur boursier que la loi confie un tel pouvoir à un régulateur indépendant (comme par exemple la COB, de l'ART ou de la CRE, l'équivalent en droit algérien de la COSOB, de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications et de la commission de régulation de l'énergie et du gaz).

Si, en droit algérien, la COSOB⁴, le conseil de la monnaie et du crédit⁵, disposent, en vertu de la loi, du pouvoir d'édicter des règlements, ces derniers ne deviennent exécutoires qu'après leur approbation par les pouvoirs publics⁶.

Quant aux autres autorités de régulation et notamment celles qui ont été instituées à partir de l'année 2000, le pouvoir réglementaire touchant

¹ Cette expression a été utilisée par Bertrand du MARAIS, maître de requête au conseil d'Etat français dans un article intitulé « le consentement du droit public à la régulation » à la suite de sa lecture du rapport 2001 du conseil d'Etat. Revue dt.21.201 chron AJ.457.

² le tableau n° 1 annexé à la présente étude fait ressortir dans son point relatif aux missions des autorités de régulation que le pouvoir réglementaire autonome n'est plus accordé à ces dernières depuis l'institution de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications.

³ Elaboré en 2001.

⁴ Art. 8,10,13,17,19,29,31,32 et 34 notamment de la loi 93-10 du 25/3/1993

⁵ art. 44 de la loi 90-10 du 14/4/1990.

⁶ - Art. 46 de la loi 90-10 du 14/4/1991 relative à la monnaie et au crédit.

- Art. 32 de la loi 93-10 du 23/5/1993 relative à la bourse des valeurs mobilières

à leur domaine d'intervention est exclusivement exercé par les pouvoirs publics.

De plus, ces règles établies, dans un premier temps au niveau législatif, sont précisées (et donc réétablies faute d'un contrôle juridictionnel par le pouvoir exécutif) au niveau réglementaire¹.

L'interventionnisme des autorités de l'administration centrale ne peut que porter atteinte aux nécessités de la fonction de régulation et ne tient pas compte de la célérité, de l'adaptabilité constante du droit de la régulation aux mouvements du marché ; cet interventionnisme basculera soit en faveur de la liberté d'entreprendre soit en faveur des seuls objectifs du service public et sera loin de réaliser, d'une manière continue, l'équilibre nécessaire entre la concurrence et la préservation de la mission du service public.

Certes, ce jacobinisme régulateur peut trouver une certaine atténuation lorsque les autorités de régulation auront à interpréter les dispositions réglementaires ; mais cette ouverture est sérieusement hypothéquée par la fragilité du statut des organes de ces mêmes autorités de régulation. Cette faculté est également aléatoire car elle favorise les intérêts du moment, intérêts dégagés des considérations personnelles et non fondés sur une institution, des principes clairement établis, sur des éléments objectifs.

A l'issue de ce qui précède, la réponse à apporter à l'interrogation posée par le chapitre consiste à dire que les institutions mises en place dans le cadre d'un nouveau mode et d'une nouvelle perspective de gestions de certains services publics sont loin d'être considérées comme des autorités de régulation.

¹ Le tableau n° 2 en annexe fait ressortir que le renvoi au pouvoir réglementaire est utilisé d'une manière progressive au fur et à mesure de l'élaboration des lois concernant la régulation ; si cette méthode est consacrée par la constitution et répond au principe que la loi étant générale et impersonnelle et qu'elle ne peut régler les détails, le recours excessif à cette dernière ne constitue pas une garantie juridique suffisante et appropriée et reste en dernière analyse une forme de récupération du pouvoir législatif par le pouvoir exécutif.

CONCLUSION.

Ces développements consacrés à la question de l'articulation entre les autorités de régulation et le gouvernement témoignent de la difficulté à concilier ce nouveau mode institutionnel avec une conception de l'Etat traditionnelle unitaire et organisé suivant le principe hiérarchique ; ceci est d'autant plus difficile lorsque le contrôle démocratique ne s'exerce pas ou peu à travers le parlement mais à travers les titulaires du pouvoir exécutif.

Dans ce contexte, la gestion quotidienne des relations entre l'exécutif traditionnel et le régulateur constitue un problème réel posé beaucoup plus pour les autorités de régulation que pour les pouvoirs publics et rendent ces nouvelles institutions tout à fait inopérantes ; or, l'un des objectifs de la régulation est de réduire la distance entre les autorités de régulation et les opérations de régulation surtout lorsque celui-ci passe de l'état de monopole public à celui de la concurrence. L'un des instruments indispensable à la régulation est l'exercice d'un pouvoir normatif par les acteurs directs du secteur, en confiant, dans le cadre de la loi, au régulateur le soin d'adapter la réglementation applicable au secteur dont il a la charge dans une problématique d'une certaine stabilité de la norme et de la sécurité publique.

La mondialisation, la libéralisation et la régulation sont des réalités à prendre en compte et contre lesquelles il serait suicidaire de s'opposer ou de tenter de les ignorer et de les remettre à un lendemain en proposant des solutions puisées dans des principes éculés. Il serait plus responsable de tirer partie de leurs avantages et de limiter leurs effets néfastes. Des autorités de régulation ont été mises en place, il faut les règles du jeu à fond et donc leur donner tous les moyens pour une véritable régulation ; à moins que.....