

L'impartialité des autorités de régulation économique *

TOUATI Mohand Cherif, M A "A",
Département de Droit des Affaires,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

تواتي محند شريف ، أستاذ مساعد "أ"،
قسم قانون الاعمال،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

Le pouvoir répressif reconnu aux autorités de régulation économique ne peut être exercé sans le respect des exigences du procès équitable. Les entreprises doivent bénéficier d'un ensemble de garanties pour faire face au risque d'abus dans la mise en œuvre de ces fonctions. Le respect de l'impartialité constitue l'une des conditions requises pour asseoir cette équité. La neutralité de ces organes reconforte d'autres prescriptions du procès. Son contenu aujourd'hui doit répondre à deux aspects : subjectif et objectif.

Mots clés :

Impartialité, autorité de régulation, répression administrative, procès équitable.

The impartiality the authorities of economic regulatory

Abstract:

The power of the regulatory authorities to impose sanction must be exercised in accordance with requirement of fair trial. Companies should expect to benefit guarantees in order to face the abuse of administration sanction.

The impartiality principle is the main rule to ensure equity. It also consolidates other procedural guarantees. However the impartiality has two approach, objective approach and subjective approach.

Key words:

Impartiality, regulation authorities, administrative sanction, fair trial , administration sanction, objective approach, subjective approach.

* Article reçu le 31/10/2016, expertisé le 05/02/2017, rendu publiable le 12/06/2017.

حياد سلطات الضبط الاقتصادي

الملخص:

لا يمكن مباشرة السلطة القمعية الممنوحة لسلطات الضبط الاقتصادي بدون احترام ضمانات المحاكمة العادلة، حيث يجب أن تستفيد المؤسسات من مجموعة من الضمانات من أجل مجابهة احتمال أي تعسف عند مباشرة هذه الصلاحيات القمعية. ويعتبر احترام مبدأ الحياد إحدى الشروط التي يجب تكريسها من أجل تجسيد هذه العدالة. فحياد هذه الأجهزة تعزز الضمانات الأخرى. مضمونها اليوم يشمل الجانب الذاتي (الحياد الشخصي) و الجانب الموضوعي.

الكلمات المفتاحية:

الحياد، سلطات الضبط، العقاب الإداري، المحاكمة العادلة، الاجراءات القمعية، الحياد الشخصي، الحياد الموضوعي .

Introduction :

"*Nébuleuse institutionnelle*" souligne un auteur⁽¹⁾, pour bien illustrer le nouveau paysage dans lequel évoluent les autorités de régulation indépendantes aujourd'hui. Ce constat ne renvoie pas seulement à une question purement quantitative, mais dévoile, surtout, le véritable malaise suscité par l'incompréhension de certains aspects liés à l'émergence puis l'ancrage de ces nouvelles institutions. Certains parlent de curiosité juridique en les évoquant⁽²⁾. Leur nombre ne cesse d'orner encore le paysage institutionnel au point de constituer une véritable galaxie, c'est pourquoi la haute juridiction administrative Française les qualifie d'objet juridique non identifié⁽³⁾. Or, "*rare furent les voix qui soulignèrent à l'origine la perturbation que ces autorités nouvelles étaient susceptibles d'apporter dans un schéma administratif encore largement dominé par le modèle weberien*"⁽⁴⁾.

La question qui a le plus alimenté les débats reste le pouvoir répressif attribué à certains de ces organes. Certes, son fondement est moins contesté aujourd'hui, après avoir reçu l'aval du conseil constitutionnel français⁽⁵⁾. Cependant, c'est son encadrement qui suscite encore beaucoup de questionnements. Cette question est placée aujourd'hui au centre de toutes les réflexions notamment en droit comparé, sous l'impulsion de la jurisprudence européenne. Le transfert de cette compétence répressive, qui relevait des attributions principales du juge doit être accompagné par des garanties prescrites devant celui-ci. L'émergence des exigences du procès équitable devant ces instances a, en effet, imposé une nouvelle approche dans ce volet répressif du droit économique qui évoluait auparavant en méconnaissant certaines garanties du procès. Il s'agit donc d'insuffler et d'inculquer les impératifs de l'équité à ce nouveau droit répressif.

Dans l'ensemble de ces dispositions, l'impartialité constitue l'élément principal, voire la pierre angulaire du processus de régulation pour plusieurs raisons : elle est présentée comme une caractéristique et une qualité de ces instances originales, voire leur raison d'être ou encore le motif de leur création. Or, à l'origine cette condition avait pour but principal de limiter l'Etat réputé partial dans sa facture classique.

Aujourd'hui, elle constitue la condition principale requise dans tout le processus de régulation. Exigence de premier plan, son respect consolide les règles organisationnelles mais aussi garantit le confort des règles procédurales. C'est la règle transversale pour asseoir les autres exigences du procès. Son objectif initial est de prémunir ces instances du risque d'influence et de capture par les acteurs économiques. Les membres de ces structures sont en majorité issus du milieu économique, ce qui nécessite en conséquence de solides dispositions d'encadrement.

Par ailleurs, le contenu de cette garantie a connu un essor important, le risque de partialité n'est pas lié seulement à la personne appelée à prendre une décision, mais renvoie à la question structurelle des régulateurs. Dès lors, la consécration de cette garantie est conditionnée par la prise en charge de ces deux aspects, sans méconnaître toutefois les spécificités de la fonction de régulation. C'est donc cette quête d'équilibre qui est recherchée dans le contenu mais aussi dans l'esprit des textes. L'objectif n'est pas seulement de s'interroger sur l'instauration de ce principe mais, au-delà, analyser son efficacité.

Initialement on a pu remarquer que la question liée à l'impartialité des autorités de régulation n'est pas récente, elle s'est imposée dès l'insertion de ces structures dans le paysage institutionnel. Mais parallèlement, la réaction du législateur était immédiate. En effet, conscient du risque de capture par les puissants du marché, l'aspect subjectif de cette garantie est vite cantonné (I). Mais la problématique suscitée aujourd'hui est d'un autre aspect : il s'agit de l'impartialité objective qui reste encore un principe méconnu (II)

I- L'impartialité subjective des Autorités de régulation : un principe cantonné

L'impartialité subjective renvoie à la conviction personnelle de celui qui est appelé à prendre une décision. C'est l'objectivité qui doit caractériser son choix. Elle constitue un principe processuel pour garantir la neutralité de la décision. Son application est étendue aux organes de régulation, toutefois, une certaine divergence est ressortie dans son instauration. En effet, tandis qu'elle est consacrée expressément par tous les textes s'agissant la catégorie des autorités commerciales de régulation⁽⁶⁾, dans le cas des autorités dites administratives indépendante, un seul texte fait exception, il s'agit de la loi n°2002-01 relative à l'électricité et la distribution du gaz par canalisation qui dispose en son article 129 que :

« Les membres du comité de direction et agents de la commission de régulation exercent leurs fonctions en toute transparence, impartialité et indépendance ». La même exception est à relever en droit français, en effet, l'article L.133-6 § 1 du code de l'énergie précise que :

« Les membres et agents de la Commission de régulation de l'énergie exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme... »

Mais l'absence de telles dispositions dans d'autres secteurs n'épargne pas ces régulateurs de cette obligation. En effet, tout un arsenal juridique est mis en œuvre afin de les préserver d'une éventuelle influence, d'autant plus que ces instances de régulations comportent des membres issus du milieu professionnel, qui se trouvent par conséquent dans une situation de proximité avec le milieu à réguler. Ces mesures sont contenues dans le régime des incompatibilités instauré (A) et l'obligation d'information imposée (B).

A- La soumission des membres au régime des incompatibilités

L'incompatibilité constitue la mesure initiale instaurée pour garantir la neutralité des régulateurs. Son objectif est d'amener les membres de ces organes à se consacrer

pleinement à leurs fonctions, mais aussi de les placer à l'abri de toute influence extérieure liée aux conflits d'intérêts. Elle comporte deux approches : l'interdiction de cumul de fonctions et l'interdiction de détention d'intérêts.

1. L'interdiction de cumul de fonctions

Cette interdiction est rappelée expressément dans l'ensemble des textes. On remarque cependant une divergence de régimes quant à la portée de cette prescription et les emplois concernés ; l'incompatibilité est parfois totale et parfois elle n'est que partielle. Cette divergence de régimes est accentuée davantage par l'étendue des membres impliqués.

S'agissant de l'incompatibilité totale, la prohibition est élargie, elle englobe toutes les activités, quelles soient publiques, professionnelles ou mandat électif. Elle est requise au préalable dans le domaine de l'énergie en vertu de l'article 121 de la loi relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations⁷ qui précise que :

« La fonction de membre du comité de direction est incompatible avec toute activité professionnelle, tout mandat électif national ou local, tout emploi public et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur de l'énergie ou dans une entreprise ayant la qualité de client éligible ». Ensuite, c'est l'autorité de régulation de la presse écrite qui est soumise à cette obligation. En effet l'article 56 de la loi organique n°12-05 relative à l'information⁽⁸⁾ dispose que : « Les fonctions de membre de l'autorité de régulation de la presse écrite sont incompatibles avec tout mandat électif, tout emploi public ou toute activité professionnelle... ». Au final, c'est l'autorité de régulation de l'audiovisuel (l'ARAV) qui se voit appliquer ce régime d'incompatibilité d'après l'article 61 de la loi relative à l'activité audiovisuelle⁽⁹⁾ qui énonce que : « Le mandat de membre de l'autorité de régulation de l'audiovisuel est incompatible avec tout mandat électif, tout emploi public, toute activité professionnelle ou responsabilité exécutive dans un parti politique à l'exception des missions provisoires dans l'enseignement supérieur et la supervision de la recherche scientifique »

Quant à l'incompatibilité partielle, elle est appliquée à toutes les autres structures avec, toutefois, une différence au niveau des emplois concernés. A titre d'exemple, dans le domaine des télécommunications, l'interdiction ne vise pas les mandats électifs. L'article 18 de la loi n°2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, modifiée et complétée, précise que : « la fonction de membre du conseil est incompatible avec toute activité professionnelle, tout autre emploi public et toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans une entreprise du secteur de la poste, des télécommunications, de l'audiovisuel et de l'informatique »⁽¹⁰⁾.

Dans le domaine de la concurrence, l'interdiction porte seulement sur les activités professionnelles, comme c'est indiqué à l'article 29 § 3 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée, qui prévoit que : « La fonction de membre du conseil de la concurrence est incompatible avec toute autre activité professionnelle »⁽¹¹⁾.

A noter qu'une particularité est à relever dans le domaine boursier et celui des assurances du fait qu'une forme d'incompatibilité présidentielle est instaurée. L'article 24 du décret législatif n°93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilières, modifié et complété, dispose que : « La fonction de président de la commission est exercée à plein temps par son titulaire. Elle est incompatible avec tout mandat électif, fonction publique ou de toute autre activité à l'exception d'activités d'enseignement et de création artistique et intellectuelle ». L'article 209 ter §2 de la loi relative aux

assurances rappelle que : « La fonction de président de la commission de supervision des assurances est incompatible avec tous les mandats électifs ou fonctions gouvernementales »

Cependant, il reste le cas de la commission bancaire dont aucune disposition spécifique à l'incompatibilité n'est consacrée par la loi relative à la monnaie et au crédit. Mais cela ne signifie guère que cet organe central chargé de la régulation bancaire échappe à cette règle de transparence. Certains membres sont soumis au régime des incompatibilités imposé par leur statut d'origine, c'est le cas des deux magistrats détachés en vue de siéger dans le collège de cette structure, qui sont soumis aux interdictions imposées par la loi organique portant statut de la magistrature. Le juge ne peut exercer toute autre fonction, publique ou privée à l'exception de certaines tâches dans l'enseignement et la formation⁽¹²⁾.

Le président de la commission est soumis au régime d'incompatibilité en sa qualité de gouverneur de la banque d'Algérie⁽¹³⁾.

En revanche, les trois (3) autres membres de la commission ne sont soumis à aucune interdiction. *"Ce qui ne manque pas de rejaillir sur l'impartialité de l'organe lorsqu'il est amené à statuer sur les manquements dont se seraient rendus coupables un établissement financier ou une banque dans lesquels les membres en question auraient des intérêts"*⁽¹⁴⁾.

Au regard de ces dispositions, on remarque une différenciation de régimes d'incompatibilité, l'incohérence qui caractérise l'ensemble des textes est palpable. Le paradoxe est que, du point de vue du législateur, certains domaines présentent moins de risque que les autres, or ce sont les secteurs les plus sensibles en matière d'intérêts. Pire encore, pour certaines activités, il se focalise seulement sur le président de l'autorité, tel le cas de la COSOB et la commission de supervision des assurances, or un tel choix suscite des ambiguïtés. On est en droit de s'interroger, si le fait de garantir seulement la neutralité du président est suffisant pour assurer l'impartialité de l'organe ? La réponse à cette question nécessite de se pencher à nouveau sur le mode de fonctionnement de ces deux organes. En effet, si la collégialité est effective, l'incompatibilité présidentielle ne peut assurément garantir l'impartialité. Mais cette formulation peut être révélatrice du monopole exercé par les présidents de ces deux organes et le rôle décoratif des autres membres.

Toutefois, globalement l'interdiction de cumul de fonctions ne peut garantir à elle seule la question des conflits d'intérêts du fait que ce dernier peut prendre plusieurs formes, pour cela le législateur a adopté une solution radicale : l'obligation de désintéressement.

2. L'interdiction de détention d'intérêt : l'obligation de désintéressement

Afin de couper tout lien entre le régulateur et le milieu économique, le législateur interdit aux membres de certaines instances de régulation, la détention d'intérêts.

Cette prescription est rappelée expressément dans certains textes: il s'agit de ceux ayant trait au domaine bancaire⁽¹⁵⁾, à l'énergie⁽¹⁶⁾ à l'information⁽¹⁷⁾ et aux télécommunications⁽¹⁸⁾. Dans le domaine boursier, le législateur se contente seulement d'interdire aux membres de la commission et l'ensemble de son personnel d'effectuer des transactions sur des actions admises en bourse⁽¹⁹⁾. Cependant, les autres secteurs échappent ainsi à cette condition, ce qui suscite des interrogations quant aux critères retenus dans ce choix. Comment les membres des collèges du conseil de la concurrence et de la commission de supervision des assurances sont exclus de cette obligation ? Sont-ils des domaines qui présentent moins de risque en

matière d'intérêts? Or, il est observé que pour certains organes, cette prohibition ne concerne pas seulement les membres mais elle est même étendue à leurs proches. Comme c'est le cas des membres de l'autorité de régulation de la presse écrite auxquels s'applique une telle interdiction en vertu de l'article 57 de la loi relative à l'information qui précise que : « Les membres de l'autorité de régulation de la presse écrite ainsi que les membres de leurs familles, ascendants, descendants premier degré, ne peuvent ni directement ni indirectement exercer des responsabilités, ni détenir une participation dans une entreprise liée au secteur de l'information »

L'autre paradoxe est lié aux rapporteurs du conseil de la concurrence, en effet, il semble que cette catégorie se trouve épargnée complètement par le régime des incompatibilités. Aucune disposition ne leur fait allusion. Ils ne sont soumis ni à l'interdiction de cumul de fonctions ni à l'obligation du désintéressement. Ils se trouvent en somme, dans une forme de situation de non droit, sachant que leur rôle est primordial en matière d'enquête.

En droit français, ces enquêteurs sont soumis à des mesures singulières, avant et pendant leurs fonctions dans l'objectif de les mettre à l'abri de toute forme d'influence. Ces obligations sont contenues dans le règlement intérieur de l'autorité de la concurrence adopté par décision du 30 mars 2009⁽²⁰⁾. D'abord l'article 5 de ce texte rappelle le principe général de l'impartialité, ensuite l'article 6 précise que : « Lors de leur entrée en fonctions, le rapporteur général et le conseiller auditeur communiquent au président de l'Autorité, s'il y a lieu, la liste des intérêts qu'ils détiennent, directement ou par personne interposée, et des fonctions qu'ils exercent dans une activité économique à cette date, conformément au troisième alinéa de l'article L.461-2 du code de commerce, ainsi que la liste des fonctions qu'ils ont exercées, des mandats dont ils ont été titulaires au sein d'une personne morale et des intérêts qu'ils ont détenus au cours des cinq années précédant cette date.

Le rapporteur général transmet également au président de l'Autorité, au plus tard le 1^{er} février de chaque année, la liste mise à jour des intérêts qu'il détient, directement ou par personne interposée... »

Dès lors, on remarque que les dispositions relatives au désintéressement comportent autant d'insuffisances et d'incohérences que les règles liées aux cumuls de fonction. Il est difficile d'instaurer un régime unifié. Dans une telle situation, on est amené à dire qu'on est devant une situation d'incompatibilité de régimes et non de régimes d'incompatibilités. Conscient de cette incohérence, le législateur a pris l'initiative de généraliser l'obligation de désintéressement. Une telle tendance à l'unification⁽²¹⁾ est mise en œuvre par l'ordonnance n°07-01 du 1^{er} mars 2007 relative aux incompatibilités et obligations particulières attachées à certains emplois et fonctions⁽²²⁾.

Ces dispositions rappellent d'abord, dans le premier article, l'étendue de son application quant aux personnes : il s'agit des titulaires d'une fonction supérieure de l'Etat, exerçant dans des institutions et administrations publiques, des établissements publics et les entreprises publiques économiques, y compris les sociétés mixtes où l'Etat détient 50% au moins du capital ainsi qu'au niveau des autorités de régulation ou tout organisme public assimilé assurant des missions de régulation, de contrôle ou d'arbitrage. Le deuxième article définit la portée de l'interdiction. Les titulaires des fonctions précitées se voient interdire de détenir, en cours d'activité par eux-mêmes ou par personnes interposées, des intérêts auprès d'entreprises ou d'organismes dont ils assurent un contrôle ou une surveillance ou avec lesquels ils ont conclu un marché ou émis un avis en vue de la passation d'un marché.

Outre ces obligations, un régime d'incompatibilité postérieur est instauré. Certes, la démarche n'est pas complètement originale du fait que trois textes l'ont déjà instaurée dans trois domaines différents à savoir, le domaine de l'électricité et du gaz⁽²³⁾, le domaine bancaire⁽²⁴⁾ et l'audiovisuel⁽²⁵⁾ mais cette disposition présente une grande particularité. L'article 3 de l'ordonnance dispose que : « Sans préjudice des incompatibilités prévues par la législation et la réglementation en vigueur, à la fin de leur mission et ce, quel qu'en soit le motif, les titulaires des emplois et fonctions cités à l'article 1er ci-dessus ne peuvent exercer, pour une période de deux (2) années, une activité de consultation, une activité professionnelle de quelque nature que ce soit ou détenir des intérêts directs ou indirects auprès d'entreprises ou d'organismes dont ils ont eu à assurer un contrôle ou une surveillance, à conclure un marché ou à émettre un avis en vue de la passation d'un marché, ainsi qu'auprès de toute autre entreprise ou organisme opérant dans le même domaine d'activité ».

Par ailleurs, l'autre apport le plus important de ce texte de grande envergure réside dans la sanction instaurée. L'existence d'un conflit d'intérêt constitue une infraction pénale sanctionnée lourdement. L'article 6 précise que : « Est punie d'un emprisonnement de six (6) mois à un (1) an et d'une amende de 100.000 à 300.000 dinars algériens toute personne ayant contrevenu aux dispositions des articles 2 et 3 ci-dessus ». Dans cette situation, le législateur tend purement à réprimer et sanctionner, ce qui est contraire, à notre sens, aux objectifs attendus de cette prescription qui cherche à privilégier la prévention à la répression.

Toutefois, compte tenu de cette ambiguïté de finalité, l'application de cette gamme de dispositions ne peut produire son effet que si, les régulateurs y sont associés, ce qui est recherché sans doute à travers l'instauration de l'obligation d'information.

B- L'obligation d'information

Mettre en place une panoplie d'interdictions peut s'avérer sans efficacité devant la difficulté de la preuve. Il est difficile souvent de parvenir à déceler ce qui influence le for intérieur et les principales motivations des membres des instances de régulation. Seule leur implication demeure l'ultime solution. C'est dans cette optique que le législateur a instauré une obligation d'information qui s'impose à ces personnes et qui consiste à se manifester ou à se déporter volontairement devant des situations de conflits d'intérêts.

L'idée est de les impliquer, afin de les amener à faire preuve d'un grand sens de responsabilité avant la prise de décision et empêcher ainsi le risque de l'iniquité de la procédure en temps utile et éviter par conséquent les annulations a posteriori des décisions pour partialité. Une recherche de coopération qui tend à insuffler un peu d'éthique dans ce processus. Toutefois, malgré les avantages incontestables qu'elle présente, elle est loin d'être généralisée, elle n'est consacrée qu'en matière de concurrence et ce, en vertu de l'article 29 de l'ordonnance 03-03 qui précise que :

« Aucun membre du conseil de la concurrence ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a un intérêt ou s'il a un lien de parenté jusqu'au quatrième degré avec l'une des parties ou, s'il représente ou a représenté une des parties intéressées... ».

Une mesure analogue est instaurée en droit de la concurrence français en vertu de l'article L.461-2 § 2 et 3 du code de commerce qui dispose: «Tout membre de l'autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique.

Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées ».

Toutefois, le rapprochement entre les deux textes, montre que la démarche du législateur français est plus cohérente du fait qu'il a instauré une obligation d'information suivie du procédé d'empêchement, contrairement à notre législateur qui a consacré uniquement l'obligation d'abstention.

Conscient de l'importance d'une telle prescription pour consolider sa transparence, le conseil de la concurrence a pris lui-même l'initiative de l'introduire dans son règlement intérieur adopté par décision en date du 24 juillet 2013⁽²⁶⁾. En effet, l'article 35 de ce texte prévoit que: « Lorsque, au vu de l'ordre du jour de la séance, un membre estime qu'il ne peut délibérer pour l'une des raisons visées à l'article 29, alinéa 1 de l'Ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003, modifiée et complétée, relative à la concurrence, il informe sans délai le président du Conseil, en tout état de cause, huit (08) jours avant la tenue de la séance.

Lorsque le président du Conseil estime qu'un membre ne peut délibérer dans une affaire, il le prévient au moins (08) jours avant la tenue de la séance ».

Il faut toutefois signaler, qu'en France, l'obligation d'information est étendue à d'autres domaines et les dispositions applicables à l'Autorité du marché financier présentent beaucoup de particularités. En effet, l'article L.621-4 du code monétaire et financier précise que : « Tout membre de l'autorité des marchés financiers doit informer le président :

1° Des intérêts qu'il a détenus au cours des deux ans précédant sa nomination, qu'il détient ou vient à détenir ;

2° Des fonctions dans une activité économique ou financière qu'il a exercées ou cours des deux années précédant sa nomination, qu'il exerce ou qu'il vient à exercer ;

3° De tout mandat au sein d'une personne morale qu'il a détenu au cours des deux années précédant sa nomination, qu'il détient ou vient de détenir;

Ces informations, ainsi que celles concernant le président, sont tenues à la disposition des membres de l'Autorité des marchés financiers.

Aucun membre de l'Autorité des marchés financiers ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des deux années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat, a représenté une des parties intéressées ».

En somme, au regard des avantages importants que peut apporter l'obligation d'information, elle aurait pu pallier les lacunes contenues dans les prescriptions relatives aux incompatibilités, mais à défaut de sa généralisation, son impact reste insignifiant.

Mais compte tenu des lacunes relevées s'agissant de l'impartialité personnelle ou subjective qui empêchent de garantir une base solide de neutralité aux instances de régulation, l'urgence se pose aujourd'hui au niveau structurel.

II- L'impartialité objective : un principe méconnu

Contrairement aux difficultés circonstanciées suscitées par l'exigence de l'impartialité subjective, l'impartialité objective soulève un véritable problème structurel, par conséquent elle ajoute une bonne dose de difficultés à une matière qui se caractérise déjà par une certaine complexité. Son émergence a donné lieu à une jurisprudence abondante.

Son contenu comporte deux volets. Le premier consiste à concilier le pouvoir d'auto-saisine et neutralité. L'idée est d'insuffler plus d'objectivité dans la mise en œuvre de cette liberté d'action. S'agissant du deuxième, il tend à l'organisation du cumul des fonctions de poursuite et de sanction au sein du même organe. Or, si le législateur Français semble être plus réceptif à ces changements, en revanche, le

législateur algérien méconnaît encore cette évolution. La procédure de saisine d'office ne reçoit pas un solide encadrement (A), la confusion de fonctions et le défaut de séparation organique, reste encore le mode de fonctionnement de toutes les instances de régulation (B).

A- L'encadrement insuffisant de l'auto-saisine

Les autorités de régulation présentent beaucoup de spécificités dans leur mode de fonctionnement et d'organisation. Mais l'autre particularité qui caractérise ces structures réside, sans doute, dans leur liberté d'action. En effet, le pouvoir d'auto-saisine constitue un outil indispensable pour ces structures afin de mener efficacement leur mission. Prendre le devant face aux phénomènes économiques est primordial. En droit de la régulation, c'est la logique de la prévention qui prime. Mais cette faculté procédurale n'est reconnue que tacitement pour les régulateurs en droit algérien à l'exception du conseil de la concurrence et l'autorité de régulation de l'audiovisuel.

Pour le garant du droit de la concurrence, dont la démarche est sans doute inspirée du droit français⁽²⁷⁾, cette prérogative est rappelée par l'article 44 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence modifiée et complétée qui dispose que : « Le conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé du commerce, il peut se saisir d'office ou être saisi par toute entreprise ou, pour toute affaire dans laquelle ils sont intéressés, par les institutions et organismes visés à l'alinéa 2 de l'article 35 de la présente ordonnance ». Quant à l'ARAV, elle est confirmée par l'article 99 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle ainsi formulé: « L'autorité de régulation de l'audiovisuel peut, soit s'autosaisir, soit être saisie par les partis politiques et/ou les organisations professionnelles et syndicales représentatives de l'activité audiovisuelle, et/ou les associations et toute autre personne physique ou morale, en vue d'engager la procédure de mise en demeure ».

Cette faculté présente beaucoup d'avantages, elle n'est jamais contestée à l'origine, toutefois la jurisprudence a œuvré à l'ajuster aux exigences du procès notamment le principe de l'impartialité. L'engagement des poursuites par le même organe appelé à sanctionner n'est pas sans risque sur le sort de la décision. Le Conseil d'Etat français juge: *" la saisine d'office admissible à condition que l'acte par lequel l'autorité décide de se saisir elle-même de certains faits de nature à motiver une sanction ne donne pas à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu"*⁽²⁸⁾. Dans la même démarche la Cour européenne des droits de l'homme semble exiger davantage *"d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure"*⁽²⁹⁾.

La montée en puissance de cette nouvelle conception jurisprudentielle n'a pas eu le même impact en droit algérien et français. En effet, contrairement au législateur algérien, qui laisse encore le pouvoir d'auto-saisine une prérogative intacte, à exercer sans conditions, son homologue français s'est montré soucieux vis-à-vis de cette question, de ce fait il a effectué une grande modification afin de s'aligner à ces développements. Cet apport est contenu dans l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence. En effet, l'article L.462-5 § 3 du code de commerce issu de cet amendement précise que : « Le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et l'article L.430-8 ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de

concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence ». Or, la version initiale de ce texte accorde cette prérogative à l'ancien conseil de la concurrence sans aucune condition. En effet, en vertu de l'article 11 de l'ordonnance n°86-1245 relative à la liberté des prix et de la concurrence: « Le conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'économie, il peut se saisir d'office, ou être saisi par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés au deuxième alinéa de l'article 5... »

Paradoxalement, cet aménagement est passé inaperçu, ou néanmoins n'a pas eu la part de réflexion qu'il mérite, dans une période marquée, non seulement, par de vives réactions autour de la question, mais encore par les profondes controverses autour de cette catégorie : celle des rapporteurs. Or, le texte soulève beaucoup de questionnements. Le législateur veut-il conditionner le pouvoir d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence ? Encore, amener les rapporteurs à s'immiscer dans le déclenchement de la procédure, n'est-il pas de nature à accroître le risque de partialité ?

Difficile de répondre à ces questions du fait que le rapporteur général dispose seulement d'un pouvoir de proposition, son impact sur le pouvoir d'appréciation de l'Autorité de la concurrence reste imprécis. Dès lors, à défaut d'apporter une solution, cette modification a ajouté une autre dose d'ambiguïté à la question.

B-Défaut de séparation organique de fonctions

A l'instar de la question relative à la qualification des organes de régulation, le cumul de fonctions demeure la problématique la plus pertinente en droit de la régulation. Elle reste encore un sujet de pleine actualité. La question ressuscitée aujourd'hui est liée à la configuration originelle des organes de régulation. En effet, le cumul de fonctions, de poursuite et de sanction exercé par un seul organe ne répond plus aux prescriptions de l'équité. L'expérience a montré son impact négatif sur le cheminement du procès.

La première décision remonte à l'affaire dite OURY où l'assemblée plénière de la Cour de cassation a approuvé la décision de la Cour d'appel de Paris qui a annulé la procédure disciplinaire s'étant déroulée devant la Commission des opérations de bourse pour partialité, du fait du cumul de fonctions d'enquête, d'instruction et de jugement par le rapporteur⁽³⁰⁾. A l'instar de cette décision d'autres ont confirmé le même raisonnement. Toutefois, la condamnation du conseil de la concurrence par la Cour de cassation pour partialité reste particulière, elle est allée à l'encontre même du texte juridique. Or, si l'article 25§4 de l'ordonnance n°86-1245 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence dispose que : « Le rapporteur général et le rapporteur assistant au délibéré, sans voix délibérative », la Cour condamne complètement cette participation⁽³¹⁾.

Cette nouvelle approche structurelle des instances de régulation issue de l'interprétation audacieuse de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, marque l'une des plus spectaculaires mutations en droit de la régulation. Ce revirement a fait l'objet de vives réactions. Une partie de la doctrine refuse cette transposition en bloc des exigences du procès à ces institutions. Elle soutient que : *"c'est la raison d'être de l'Autorité administrative indépendante que de pouvoir faire « trois en un » : le contrôle, la poursuite et la sanction. Si l'on casse cette faculté d'agir dans ces trois directions, la répression administrative ne présentera guère de valeur ajoutée par rapport à la répression pénale"*⁽³²⁾.

Mais le législateur Français s'est montré plus réceptif à ces nouvelles conditions pour répondre ainsi aux exigences européennes en la matière, dès lors il a opéré un profond mouvement de restructuration des AAI dotées d'un pouvoir répressif. La séparation organique de fonctions est instaurée dans trois secteurs clés en économie. D'abord, dans le domaine financier par la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière, qui a créé une nouvelle instance, en l'occurrence l'Autorité des marchés financiers (AMF), héritière de la COB, composée d'un collège, une commission des sanctions, et le cas échéant, des commissions spécialisées et des commissions consultatives⁽³³⁾. Ensuite, c'est l'activité bancaire qui se voit introduire cette modification après la création de l'Autorité de contrôle prudentiel et résolution⁽³⁴⁾ et au final c'est le domaine de l'énergie qui a accueilli ce changement après l'amendement de ces dispositions par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011⁽³⁵⁾.

Il reste le cas de l'autorité de la concurrence héritière du conseil de la concurrence⁽³⁶⁾ qui ne s'est pas vue soumise à la dualité tant attendue, toutefois un aménagement est entrepris concernant la présence du rapporteur et du rapporteur général aux délibérés, le législateur consacrant par là pleinement les solutions jurisprudentielles⁽³⁷⁾.

Contrairement à la démarche française, le législateur algérien n'a entrepris aucun ajustement. Toutes les structures sont laissées en leur forme initiale, composée d'un organe unique, à l'exception de la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse dont les textes fondateurs semblent s'inspirer de cette évolution. L'article 51 du décret législatif n°93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilières, modifié et complété, dispose en effet que : « Il est institué au sein de la commission une chambre disciplinaire et arbitrale comprenant, outre le président :

- Deux membres élus parmi les membres de la commission pour une durée de leur mandat,
- Deux magistrats désignés par le ministre de la justice et choisis pour leurs compétences en matière économique et financière.

Le président de la commission assure la présidence de la chambre ».

En apparence, l'organisation de la COSOB apparaît satisfaire pleinement à l'exigence de l'impartialité objective. *"En réalité, il n'en est rien dans la mesure où la chambre disciplinaire comprend trois membres du collège, soit deux membres élus parmi les membres de la Commission ainsi que le président de celle-ci. Or, ce dernier préside aussi bien le collège, auquel échoient les fonctions de poursuite, que la chambre à laquelle le législateur confie le pouvoir de sanction"*⁽³⁸⁾. Par conséquent, l'organisation de cette commission suscite autant d'incertitude en termes de neutralité que les autres structures. Ainsi, en se démarquant complètement de cette dynamique de changement, le législateur condamne et prive ces instruments clés en matière de régulation d'être en harmonie avec l'universalité des exigences du procès.

Conclusion :

De ce qui précède, on conclut que l'incohérence est l'élément qui caractérise les dispositions relatives à l'impartialité des autorités de régulation économique. Le manque de cohérence est relevé d'abord dans les différents régimes applicables pour garantir l'impartialité subjective de ces instances; impartialité totale pour certains organes, impartialité partielle pour les autres. Aussi, l'existence de plusieurs textes qui traitent différemment cette question rend difficile la compréhension et de ce fait la mise en application.

Il faut ajouter ensuite que, compte tenu de cette gamme de dispositions, cet ensemble risque de ne produire aucun effet, du fait qu'il souffre de manque de clarté quant aux procédures de récusation. Certains textes uniquement qui ont fait allusion à cette faculté. Or, l'intérêt de l'entreprise est de prévenir et déclencher cette mesure incontestable avant la prise de décision, afin de lui éviter la lourdeur du recours juridictionnel.

L'incohérence est constatée au final dans le manque d'importance accordé à l'aspect objectif de l'impartialité. C'est regrettable que notre législateur se démarque complètement du grand mouvement du changement qui a soufflé sur ces organes de régulation sous l'impulsion de la jurisprudence européenne. En conséquence, il prive ces institutions de toutes formes de rénovation. Ainsi, on est amené à comprendre que l'impartialité n'occupe pas une place prioritaire en droit algérien. Or, c'est une question qui se pose en urgence à tous les niveaux et devant toutes les structures. Aujourd'hui, elle s'impose comme une norme universelle en matière de procès, c'est une condition pour asseoir les autres exigences de l'équité. En effet, Il s'est avéré qu'il est inutile de rechercher l'efficacité des autres garanties, à l'instar du contradictoire, l'égalité des armes et autres droits de la défense, si cette neutralité n'est pas instaurée.

Notes :

(1) ROQUES-BONNET Marie-Charlotte, "Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ?", VIIe Congrès français de droit constitutionnel, congrès de Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, <http://www.droitconstitutionnel.org/>

(2) AUTIN Jean-Louis, "Autorités administratives indépendantes", J-CI administratif, Fasc 75, (actualisé par BREEN Emmanuel), 2010, p.1.

(3) Office Parlementaire d'évaluation de la législation (Opel), AAI : « évaluation juridique d'un objet non identifié » rapport n°404, la semaine juridique Ed. G. n°26, juin 2006, act. 303. Voir aussi : NOTTE Gérard, "Les autorités administratives indépendantes, (Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation)", La semaine juridique, Ed. entreprise et affaire n°26, juin 2006, act.295.

(4) TEIGEN-COLLEY Catherine, "Les instances de régulation et la constitution", Revue du droit public et de la science politique, n°02 tome 106, 1990, p. 156.

(5) Cons. Cons., décision n° 88-248 du 17 janvier 1989, dite "liberté de communication", Revue du droit public et de la science politique, 1989, p.429 et s. note FAVOREU ; RFDA 1989, p. 215 note GENEVOIS.

(6) Ainsi dans le domaine des hydrocarbures, la loi n°05-07 du 28 avril 2005, relatives aux hydrocarbures, *JORA* n°50 du 19 juillet 2005, modifiée et complétée par ordonnance n°06-10 du 19 juillet 2006, *JORA*, n°48 du 30 juillet 2006, modifiée et complétée par loi n°13-01 du 20 février 2013, *JORA* n°11 du 24 février 2013, modifiée et complétée par loi n°15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finance pour 2016, *JORA* 72 du 31 décembre 2015, précise dans son article 12-34 que : « Le président, les membres du comité de direction, le secrétaire général et les agents de l'agence hydrocarbures exercent leurs fonctions en toute transparence, impartialité, et indépendance ». Quant au domaine minier, c'est l'article 38-19 de la loi n°14-05 du 24 février 2014 portant loi minière, *JORA* n° 18 du 30 mars 2014 qui dispose que : « Le président, les membres du comité de direction et les agents des agences minières exercent leurs fonctions en toute transparence, impartialité et indépendance ». Toutefois malgré cette confirmation du principe d'impartialité, la nature de ces agences reste un élément controversé, voir dans ce sens : ZOUAÏMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Belkeise Editions, 2012, p.60 et s.

(7) La loi n°2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, *JORA* n° 08 du 06 février 2002, modifiée et complétée par loi n°14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n°78 du 31 décembre 2014.

(8) Loi organique n°12-05 du 12 janvier 2012 relative à l'information, *JORA* n°02 du 15 janvier 2012.

(9) Loi n°14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle, *JORA* n°16 du 23 mars 2014.

(10) Loi n°2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06 août 2000, modifiée et complétée par la loi n°06-24 du 26 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007, *JORA* n°85 du 27 décembre 2006, modifiée et complétée par loi n°14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finance pour 2015 *JORA* n°78 du 31 décembre 2014.

(11) Ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n°43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n°08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 2 juillet 2008, modifiée et complétée par loi n°10-05 du 15 août 2010, *JORA* n°46 du 18 août 2010.

- (12) Voir l'article 17 de la loi organique n°04-11 du 6 septembre 2004, portant statut de la magistrature, *JORA*, n°57 du 08-09-2004.
- (13) Ordonnance n°03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n°52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par ordonnance n°09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, *JORA* n°44 du 26 juillet 2009 ; modifiée et complétée par ordonnance n°10-04 du 26 août 2010, *JORA* n°50 du 1^{er} septembre 2010, complétée par loi n°13-08 du 30 décembre 2013 portant loi de finances pour 2014, *JORA* n°68 du 31 décembre 2013. L'article 14 du texte en cause précise que : « La fonction de gouverneur est incompatible avec tout mandat électif, toute charge gouvernementale et toute fonction publique. Il en est de même pour la fonction de vice gouverneur.
- A l'exception de la représentation de l'Etat auprès d'institutions publiques internationales de caractère monétaire, financier ou économique, le gouverneur et le vice-gouverneur ne peuvent, durant leur mandat exercer aucune activité, profession ou fonction... »
- (14) ZOUAÏMIA Rachid, "Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes", *Revue Académique de la Recherche Juridique*, Université Abderrahmane MIRA Bejaia, volume 7, n° 01, 2013, p.8.
- (15) L'article 106 bis § 4 issu de la modification de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit en 2010 énonce que : « Durant une période de deux (2) ans après la fin de leur mandat, les membres de la commission ne peuvent ni gérer ni entrer au service d'un établissement soumis à l'autorité ou au contrôle de la commission, ou d'une société dominée par un tel établissement, ni servir de mandataires ou de conseillers à de tels établissements ou sociétés »
- (16) La loi n°2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, modifiée et complétée, op.cit., dispose en son article 121 que : « La fonction de membre du comité de direction est incompatible ...et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur de l'énergie ou dans une entreprise ayant la qualité de client éligible ».
- (17) L'article 64 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle dispose que : « Le membre de l'autorité de régulation de l'audiovisuel ne peut détenir, directement ou indirectement, des intérêts dans une entreprise ayant pour objet une activité audiovisuelle, de cinéma, d'édition, de presse, de publicité ou de télécommunications ».
- (18) Loi n°2000-03 du 5 août 2000 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, modifiée et complétée, op.cit., précise en son article 18 que : « La fonction de membre du conseil est incompatible avec toute activité professionnelle, tout autre emploi public et toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans une entreprise du secteur de la poste, des télécommunications, de l'audiovisuel et de l'informatique ».
- (19) En vertu de l'article 25 du décret législatif n°93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilières, modifié et complété, op.cit.
- (20) Ce règlement est publié sur le site de l'autorité de la concurrence : www.autoritedelaconcurrence.fr/
- (21) Voir ZOUAÏMIA Rachid, " Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes", op.cit. p.9.
- (22) Ordonnance n°07-01 du 01 mars 2007 relative aux incompatibilités et obligations particulières attachées à certains emplois et fonctions, *JORA* n° 16 du 7 mars 2007.
- (23) Voir l'article 124 de la loi n°2002-01 du 5 février 2002 modifiée et complétée relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, op.cit.
- (24) Voir l'article 106 bis de l'ordonnance 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, modifiée et complétée, op.cit.
- (25) L'article 64 de la loi n° 14-04 du 24 février, relative à l'activité audiovisuelle, op.cit.
- (26) Bulletin officiel de la concurrence n°3, 6 décembre 2015, <http://www.conseil-concurrence.dz/>
- (27) Voir l'article 11§1 de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.
- (28) C.E n° 180122, du 20 octobre 2000, Ste Habib Bank limited, *AJDA* 2000, p.1071. (note P. Subra de BIEUSSES), décision citée par : IDOUX Pascal, "Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales", *RFDA*, 2010, p.927.
- (29) CEDH déc. N° 5242/04 N° 11 juin 2009, DUBUS SA. c. France, *D.* 2009, p.2247. (note A. COURET), déc. citée par : IDOUX Pascale, op.cit., p.927.
- (30) Cass. Ass. Plèn. Du 05/02/1999 affaire Oury, citée par GARAUD Eric, "Nécessité de séparer les fonctions d'instruction et de jugement de la COB", *JCP E*, n°2, 1999, p.129.
- (31) Cass. Com. Décision n° 97-15-617, 05-10-1999, *Dalloz*, 1999, p.44.
- (32) DE BECHILLON Denys, FOURVEL Jacques et GYOMAR Mattias, " L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable", *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°37, octobre 2012, p.168.
- (33) Voir l'article L.621-2 du code monétaire et financier issu de la modification de 2003 apportée par la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière, www.legisfrance.gouv.fr/

(34) L'article L.612-4 du code monétaire et financier précise que : « l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution comprend un collège de supervision, un collège de résolution et une commission des sanctions ».

(35) Voir l'article L.132.1 §1 du code de l'énergie, www.legisfrance.gouv.fr/

(36) Par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, www.legisfrance.gouv.fr/

(37) Voir l'article L.463-7 du code de commerce, www.legifrance.gouv.fr/

(38) ZOUAÏMIA Rachid, " Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes", op.cit. p.13.