

Intervention de Maître Mourad MEDJNAH,
Avocat à la Cour d'appel de Paris, Docteur en droit de la concurrence :

LES ENTREPRISES À L'ÉPREUVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

INTRODUCTION

La neutralité des règles de concurrence en droit algérien favorise le traitement égalitaire de tous les opérateurs économiques, publics et privés, afin de leur permettre de jouer à armes égales sur un marché concurrentiel. Voilà, en résumé, ce qu'il convient de démontrer dans le cadre de notre sujet portant sur « *Les entreprises à l'épreuve du droit de la concurrence* » eu égard à la problématique de la neutralité des règles de concurrence.

Pour ce faire, il convient de partir d'un constat simple, mais tendancieux. Dans la réalité économique, en Algérie, comme ailleurs, l'activité économique des entreprises est au cœur même du droit de la concurrence, issu de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003, modifiée et complétée, relative à la concurrence, puisque, sans entreprises, il ne peut y avoir de marché, le bien-être des consommateurs ne peut être satisfait, et l'action régulatrice du Conseil de la concurrence n'aurait pas de sens ni d'intérêt.

Inversement, les entreprises sont aussi saisies et imprégnées par le droit de la concurrence tant au niveau de leurs comportements qu'au niveau de leurs structures. Au niveau du comportement d'abord, toute entreprise qui entend adopter un comportement économiquement rationnel, relevant de l'éthique des affaires, prend nécessairement en compte dans sa stratégie commerciale les règles de concurrence qui interdisent les pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique, pratiques de prix discriminatoire ou abusivement bas), dans la mesure où celles-ci ont pour objet et pour effet de restreindre le libre jeu de la concurrence sur un marché pertinent. Il y a aussi les objectifs de la politique de concurrence à prendre en considération, tels que le fait de vouloir préserver un environnement concurrentiel sain, protéger une concurrence juste, libre et loyale, garantir aux consommateurs un libre choix de biens et de services. Ce sont, il faut le rappeler, des objectifs nobles qui doivent être intégrés dans la stratégie de toute entreprise, ou plus généralement dans leurs relations contractuelles avec des opérateurs concurrents et/ou leurs clients. Ensuite, au niveau de la structure d'entreprise, les entreprises qui souhaitent participer à une opération de concentration économique (fusion-acquisition-absorption ou création d'une entreprise commune) doivent également prendre en compte les mesures de contrôle prévues à cet effet par le droit de la concurrence. Il est prévu que tout projet de concentration doit être notifié préalablement au Conseil de la concurrence qui, après un examen approfondi, autorisera ou interdira l'opération de concentration s'il estime qu'elle est de nature à créer ou à renforcer une domination du marché qui serait susceptible d'évincer des opérateurs concurrents déjà présents sur le marché ou de limiter l'accès aux concurrents potentiellement efficaces qui souhaiteraient accéder au marché.

En tenant compte de ces deux paramètres, on s'aperçoit que le lien entre les entreprises et le droit est très étroit. C'est la raison pour laquelle je suis en désaccord avec ceux qui pensent de façon dogmatique que la libéralisation de l'économie est source de compétition sauvage entre

opérateurs économiques. En réalité, la principale source d'inquiétude des entreprises actives sur un marché n'est pas de s'aventurer dans des guerres commerciales contre des concurrents, mais bien au contraire, de faire en sorte que leur liberté d'entreprendre soit préservée et leur sécurité juridique garantie.

Cette attente des entreprises, en termes de protection de leur liberté et de leur sécurité, peut justement être satisfaite au travers de leur conformité aux règles de concurrence dont la fonction première est de protéger : protéger le marché pour qu'il soit un facteur de prospérité ; protéger les acteurs de marché (entreprises et consommateurs) pour qu'ils soient des facteurs de compétitivité ; et protéger le service public dans un environnement concurrentiel pour qu'il soit facteur de qualité. L'équation est alors relativement simple : qualité → compétitivité → prospérité → croissance. Ce cercle vertueux n'est plus à démontrer. De nombreuses études scientifiques et académiques ont été faites à ce sujet sous l'angle de l'analyse économique du droit, celles-ci démontrent que la conformité par tous aux règles de concurrence constitue un puissant levier de croissance économique profitable à tous. Pour cette raison, il serait assez réducteur de penser que le droit algérien de la concurrence se limite à une fonction répressive, celle de réprimer les atteintes à la concurrence.

En tout état de cause, qu'elles protègent ou qu'elles sanctionnent, les règles de concurrence s'appliquent également à toutes les entreprises sans distinction, sans différenciation, sans traitement préférentiel ou discriminatoire. Cela veut dire que toutes les entreprises, privées ou publiques, sont soumises aux mêmes règles, celles du droit commun de la concurrence, et aucune ne voit conférer des avantages injustifiés sous prétexte que l'Etat en serait propriétaire ou partie prenante. Il y a toutefois une difficulté pratique à relever : l'Etat est à la fois garant de l'ordre public économique et actionnaire majoritaire dans le capital des opérateurs publics. Cette situation hybride peut engendrer des risques de distorsions de la concurrence sur le marché au détriment opérateurs privés, ce qui est problématique dans l'économie algérienne nouvellement libéralisée ou en voie de libéralisation.

Cela étant dit, force est de constater que l'application des règles de concurrence à l'ensemble des secteurs de l'économie et à tous les opérateurs économiques, publics ou privés, produit dans l'ensemble des avantages non négligeables : elle est source de croissance économique, de bien-être social et de confiance. La confiance est ici une valeur primordiale. Il ne faut pas oublier que l'économie algérienne est une économie où le secteur privé est encore peu développé, et parmi celui-ci, 95% des entreprises sont des petites et moyennes entreprises (PME), des toutes petites entreprises (TPE) et des micro-entrepreneurs. Il est donc très encourageant pour ces petits opérateurs n'ayant aucune puissance économique sur le marché de savoir que le droit de la concurrence s'applique à tous de façon égalitaire, harmonieuse et uniforme, en l'absence de toute application à géométrie variable.

C'est en ce sens que s'inscrit la journée d'étude consacrée à la « *neutralité des règles de concurrence* », laquelle se traduit aussi, en pratique, par la neutralité d'action du Conseil de la concurrence. En tant que régulateur des marchés concurrentiels et garant de l'effectivité des règles de concurrence, le Conseil de la concurrence arbitre les litiges qui lui sont notifiés de façon neutre et impartiale au nom même de la neutralité des règles de concurrence. C'est de là qu'il tire sa légitimité à l'égard de tous. Cependant, la neutralité du Conseil de la concurrence ne signifie pas qu'il est un organe isolé. Non seulement il rend des comptes aux pouvoirs publics, mais aussi il informe les acteurs de marché du déroulement de ses activités à travers la publication régulière du *Bulletin Officiel de la Concurrence* (BOC). Les décisions et avis du Conseil de la concurrence peuvent également être consultés sur son site Internet

(www.conseil-concurrence.dz). Dans le cadre de son activité régulatrice, il s'applique à faire preuve de pédagogie et sensibilisation afin de gagner la confiance de tous, sans pour autant imposer ses vues. C'est ainsi que le Conseil de la concurrence a acquis la qualité d'organe régulateur, neutre et impartial.

Ce message est d'une importance capitale. En aval, les entreprises sont encouragées à adopter un comportement rationnel, éthique, conforme aux règles de concurrence, en évitant notamment toutes pratiques restrictives, abusives ou discriminatoires qui affecteraient la concurrence sur un marché, justement parce que, en amont, le droit de la concurrence est lui-même rationnel, et à travers lui, le Conseil de la concurrence l'est également. Par sa neutralité, il n'est ni partial ni sélectif ni discriminatoire à l'égard des entreprises, qu'elles soient victimes ou auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Un escalier se nettoie toujours en commençant par le haut...

Avant de mettre en évidence la thèse selon laquelle le droit de la concurrence traite également toutes les entreprises pour leur permettre de jouer à armes égales sur le marché concurrentiel (II), il convient d'abord de clarifier la notion d'entreprise au sens du droit algérien de la concurrence (I).

I.- La notion d'entreprise en droit algérien de la concurrence

A.- L'activité économique sur le marché comme critère d'identification de l'entreprise

L'expression « entreprises » au pluriel garde ici toute son importance ici, puisque la définition légale de la notion d'entreprise ne fait aucune distinction entre entreprise publique et entreprise privée. Selon le droit algérien de la concurrence, la notion d'entreprise se définit comme toute personne physique ou morale exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique, de sa taille ou de son mode de financement. L'entreprise est donc définie selon un critère économique, et non pas sur le fondement d'un critère juridique, en ce sens que seule l'activité économique sur le marché est prise en compte pour identifier une entreprise au sens du droit de la concurrence. Par activité économique, il faut entendre une activité de « *production, de distribution, de services ou d'importation* »¹ moyennant le paiement d'un prix.

Cette analyse économique du droit permet ainsi d'appliquer les règles de concurrence à quasiment tous les acteurs économiques (entreprises privées ou publiques², associations et organisations professionnelles et commerçants personnes physiques) dès lors qu'ils exercent une activité marchande.

Si le législateur a fait le choix de ne pas s'attacher à la conception formelle de l'entreprise, c'est justement pour éviter que les entreprises dissimulent leur véritable forme juridique afin d'échapper à l'emprise du droit de la concurrence. Certaines sociétés peuvent recourir à des montages juridiques tels que la constitution de groupes de sociétés qui sont dépourvues de la personnalité juridique. Par exemple, la responsabilité de la société mère ne peut pas être

¹ Art. 3-a de l'ordonnance n° 03-03 précitée : « toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant d'une manière durable des activités de production, de distribution ou de services ou d'importation ».

² Sous réserve que celles-ci n'interviennent pas dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique ou dans l'accomplissement de missions de service public (art. 2 de l'ordonnance n° 03-03 précitée).

caractérisée si un dommage environnemental est engendré du fait de l'action d'une filiale ; seule celle-ci peut être tenue pour responsable, même si elle est sous l'influence dominante de la société mère. La responsabilité risque ainsi de s'évaporer dans la complexité de l'organisation des entreprises entre elles ou entre plusieurs territoires correspondant à autant de logiques juridiques différentes.

B.- L'extension des règles de concurrence aux entreprises publiques

Dès lors que l'entreprise exerce une activité marchande sur le marché, sa personnalité juridique importe peu. En effet, une entreprise publique peut, à l'instar d'une entreprise privée, poursuivre un objectif de rentabilité et de profit. Elle devient alors, pour les pouvoirs publics, un outil d'intervention sur les marchés concurrentiels, et souvent un moyen de réponse à la crise.

Mais parce qu'elle intervient dans des secteurs économiques dits « stratégiques », tels que l'énergie (gaz, pétrole, électricité), des transports (ferroviaire et aérien), des télécommunications et des services postaux, l'entreprise publique, en sa qualité d'opérateur historique, connaît des avantages et des contraintes que l'on ne retrouve pas normalement dans une entreprise privée. En termes de contraintes, l'entreprise publique se voit assigner des objectifs d'intérêt général, des obligations et des contrôles de l'Etat qui limitent sa liberté d'entreprendre, ce que ne connaît pas l'entreprise privée. En termes d'avantages, si elle est défaillante, l'entreprise publique peut compter sur l'aide financière de l'Etat en tant qu'actionnaire majoritaire ; elle peut aussi bénéficier d'autres mesures telles la recapitalisation, le rééchelonnement des dettes, la priorisation dans l'octroi des marchés publics, les aides au fonctionnement (ex : reconstitution d'un fond de roulement). Ces mesures constituent des avantages spécifiques qui ne profitent pas aux entreprises privées, et peuvent donc avoir pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence. Dans un cas comme dans l'autre, le jeu de la concurrence se trouvera faussé, soit à l'avantage soit au détriment des entreprises publiques.

C'est pourquoi il est indispensable que les entreprises publiques qui opèrent dans un environnement concurrentiel soient soumises aux règles de concurrence, au même titre que les entreprises privées, toutes étant placées dans une situation d'égal à égal devant la loi. Peu importe que les statuts des entreprises publiques, leurs pouvoirs ou leurs fonctions sont, par nature, hors concurrence. Tel est le principe de la soumission des entreprises publiques au droit commun de la concurrence.

Toutefois, le dernier alinéa de l'article 2 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 limite la portée de ce principe en précisant que l'application des règles de concurrence « *ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique* ». Il y a lieu de remarquer que cette limitation législative est en contraction avec le principe de non discrimination entre le secteur public et le secteur privé (consacré à l'article 43 de la Constitution algérienne, amendée en 2016³) pour les entreprises privées auxquelles les pouvoirs publics ont délégué des missions de service public pour rendre les services de l'Etat plus efficaces, comme le service des eaux, du gaz ou de l'électricité. Ces entreprises pourraient en effet adopter des comportements anticoncurrentiels dans l'exercice

³ En vertu de l'article 43, al. 2 de la Constitution algérienne, amendée en 2016, « *L'Etat œuvre à améliorer le climat des affaires. Il encourage, sans discrimination, l'épanouissement des entreprises au service du développement économique national* ».

de leurs activités en se prévalant de la mission de service public. C'est pour cette raison que le Conseil de la concurrence a proposé au Gouvernement de supprimer le dernier alinéa de l'article 2 précité dans le cadre d'un projet d'amendements de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003.

A titre de comparaison, en droit français de la concurrence, le problème a été résolu depuis la promulgation de l'article L. 410-1 du Code de commerce qui dispose que les règles de concurrence « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

II.- Le traitement égalitaire des entreprises en droit algérien de la concurrence

A.- L'égalité de traitement en matière de sanction

En cas d'infraction aux règles de concurrence, le Conseil de la concurrence applique le droit qui le même pour tous. Ainsi, les pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique, pratique de prix abusivement bas), ayant pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence, sont sanctionnées par une amende ne dépassant pas 12 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie au cours du dernier exercice clos, ou par une amende égale au moins à deux fois le profit illicite réalisé à travers ces pratiques sans que celle-ci ne soit supérieure à quatre fois ce profit illicite⁴.

La sévérité de la sanction vise à dissuader non seulement les entreprises fautives de réitérer l'infraction, mais aussi tous les opérateurs économiques présents sur le marché de provoquer de telles atteintes à la concurrence. La sanction répond donc un double objectif de répression et de dissuasion à l'égard de toutes les entreprises sans distinction.

Toutefois, il convient de remarquer qu'il s'agit de peines maximales. L'exigence d'individualisation de la sanction oblige le Conseil de la concurrence à sanctionner les comportements fautifs avec justesse et modération. Quelle que soit l'entreprise mise en cause, le Conseil de la concurrence utilisera dans le cadre de son analyse concurrentielle la même méthode d'appréciation des faits pour déterminer le montant de la sanction, au nom de la neutralité des règles de concurrence. Il s'agit de la méthode d'appréciation *in concreto* qui consiste à apprécier, de manière objective et concrète, la gravité de l'infraction, l'importance du dommage causé à l'économie et aux consommateurs, la situation individuelle de l'entreprise intéressée et l'éventuelle réitération.

C'est en utilisant cette méthode que le Conseil de la concurrence a sanctionné à la fois des entreprises publiques et privées :

- 1998 : *Société Nationale des Tabacs et Allumettes* (entreprise publique) : 786.000 DA (abus de position dominante et de dépendance économique sur le marché des tabacs et allumettes)⁵ ;
- 1999 : *Entreprise Nationale des Industries Electroniques* (entreprise publique) : 4.348.560.000 DA (abus de position dominante et de dépendance économique sur le marché des produits électroniques)⁶ ;

⁴ Art. 56 de l'ordonnance n° 03-03 précitée.

⁵ Décision n° 98-D-03 du Conseil de la concurrence du 13 décembre 1998 relative aux pratiques attribuées à la Société nationale des tabacs et allumettes (SNTA).

- 2015 : Groupe *Sonatrach* (entreprise publique) : pas de sanction au titre de la procédure d'engagement (pratique des prix discriminatoires sur le marché des produits lubrifiants)⁷ ;
- 2015 : *IFRI* (entreprise privée) : 309.143 DA (pratique des prix discriminatoires sur le marché des eaux minérales)⁸ ;
- 2018 : trois opérateurs privés : 334.383 DA (*ODV +*), 127.427 DA (*PUB CITY*), 53.468 DA (*PUB TOP*) pour entente sur le marché de la publicité⁹.

On retiendra enfin le projet du Conseil de la concurrence de mettre en place une procédure de clémence en matière de traitement des pratiques anticoncurrentielles, dans l'optique de renforcer la collaboration avec les entreprises. Cette procédure vise inciter les entreprises à dénoncer les ententes auxquelles elles participent et à coopérer à l'enquête menée par le Conseil, en contrepartie d'une exonération totale ou partielle de sanction pécuniaire.

B.- L'égalité de traitement en matière de régulation

Le Conseil de la concurrence n'est pas seulement un « gendarme » sanctionnant les infractions aux règles de concurrence. C'est aussi, et avant tout, un régulateur veillant au respect de la règle de la libre concurrence entre les opérateurs économiques qui interviennent sur un marché concurrentiel.

Dans les secteurs d'industrie de réseaux dominés par un monopole légal verticalement intégré (télécommunications, énergie, transport, ...), le Conseil de la concurrence accompagne les autorités de régulation sectorielles pour garantir aux nouveaux entrants un accès libre et non discriminatoire au marché, au plus grand bénéfice des consommateurs en termes de prix, d'innovation et de diversité de l'offre. Ainsi par exemple, en Algérie, l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications s'est accompagnée d'une hausse spectaculaire du nombre des abonnés à la téléphonie mobile 3G et 4G (2018 : 46 millions d'abonnés).

Le Conseil de la concurrence est également doté d'une compétence consultative qui lui permet de rendre des avis sur toute question relevant de la concurrence. Tous les opérateurs économiques sans distinction, y compris les pouvoirs publics, peuvent effectuer une saisine pour avis. C'est un instrument de régulation *ex ante* particulièrement efficace à la disposition du Conseil de la concurrence, lui permettant de détecter des blocages et formuler des recommandations pour les lever, tout en restant souple dans sa démarche sans générer de confrontation directe.

Une nouvelle étape a été franchie durant cette année 2018. Le Conseil de la concurrence, avec l'appui du programme P3A de l'Union européenne, est en train de s'investir totalement pour la mise en place d'un programme de conformité aux règles de concurrence au sein des entreprises publiques et privées qui souhaitent l'adopter. La mise en place de ce dispositif non contraignant se fait dans le cadre d'une démarche strictement pédagogique qui permet au Conseil de la concurrence de considérer toutes les entreprises, quels que soient leurs statuts,

⁶ Décision n° 99/01 du Conseil de la concurrence du 23 juin 1999 relatif aux pratiques de l'Entreprise Nationale des Industries électroniques (ENIE).

⁷ Décision n° 24/2015 du Conseil de la concurrence du 16 avril 2015, M. DOUKHANDJI RABAH c/ SONATRACH.

⁸ Décision n° 13/2015 du Conseil de la concurrence du 15 mars 2015, M.SLIMANI MADJID c/ IFRI.

⁹ Décision n° 06/2018 du Conseil de la concurrence du 19 juillet 2018, ODV +/PUB CITY/PUB TOP.

leurs formes ou leurs activités, comme de véritables partenaires dans la régulation d'un environnement concurrentiel sain, dont l'entreprise constitue le premier acteur.