

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES ENTREPRISES PUBLIQUES

Contribution de l'Algérie

- Session V -

30 novembre 2018

Cette contribution est soumise par l'Algérie au titre de la Session V du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 29 et 30 novembre 2018.

Veillez contacter Mme Lynn Robertson, si vous avez des questions sur ce document [Tél. : +331 45 24 18 77 courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03439319

Le droit de la concurrence et les entreprises publiques

- Contribution de l'Algérie* -

1. Introduction :

1. Dans sa nature même, le droit de la concurrence est un droit de l'économie de marché. C'est-à-dire un droit conçu pour régir avant tout les relations entre entreprises de statut privé et contrôler leurs comportements par rapport aux règles du marché. Il ne cohabite avec les entreprises publiques que si ces dernières se soumettent à ses principes et à ses règles de fonctionnement.
2. Or, la caractéristique fondamentale de l'entreprise publique est son hybridité.
3. C'est une entreprise et non une administration. Elle a une activité marchande.
4. Mais, à la différence des autres entreprises, elle est publique, en ce sens que son capital est majoritairement détenu par une collectivité publique (ou l'État).
5. L'entreprise publique évolue dans deux domaines principaux qui interagissent : la poursuite de l'intérêt général et le comportement marchand.
6. Son objectif stratégique n'est pas la seule recherche du profit mais surtout la réalisation de la mission d'intérêt général qui lui est confiée.
7. Elle doit évidemment équilibrer ses comptes, faire face à la concurrence, dégager autant que possible un excédent d'exploitation. Mais son objectif prioritaire n'est pas d'enrichir son actionnaire (l'État).
8. Il arrive que l'État prélève ses dividendes d'actionnaire majoritaire ou d'actionnaire unique mais cet excédent doit servir d'abord à l'investissement et à l'amélioration du service rendu.
9. Au fil du temps et de l'histoire de son développement on s'aperçoit que, du fait de son caractère public, l'entreprise publique a vocation à être soutenue par l'État.
10. Elle est de ce fait « porteuse de risque » pour le jeu de la concurrence.
11. Une pression s'exerce alors dans le sens de sa privatisation précédée par l'ouverture à la concurrence et le contrôle des aides de l'État (au niveau européen notamment).
12. L'ouverture à la concurrence des monopoles dits « naturels » (eau, énergie, télécommunications, poste, chemins de fer...) est la donnée de départ.
13. Le contrôle des aides d'État est le corollaire de cette ouverture à la concurrence.
14. Il est interdit dorénavant à La puissance publique, de vouloir au nom de l'intérêt général maintenir en vie coûte que coûte une entreprise en difficulté.

* Contribution écrite de Mr SLIMANI Djilali Membre Permanent au Conseil de la concurrence, Algérie.

15. Cependant, la crise économique de 2008 (consécutives à la crise des subprimes) a montré les limites de la politique économique suivie depuis des années en reconsidérant la place de l'entreprise publique sur le marché.

16. En effet les mouvements de privatisation ne sont pas constants ou définitifs car l'entreprise publique constitue pour l'action publique un outil d'intervention sur le marché et souvent un moyen de réponse à la crise.

« Les analyses transversales, de leur côté, révèlent qu'il n'y a pas aujourd'hui dans le monde un mouvement à sens unique de restriction du secteur public. À l'échelle de la planète, privatisations et publicisations se balancent dans un équilibre relatif, variable selon les activités et les pays concernés » (cf. Mohand Tazerout - Conférence faite à l'institut de France à Alger le 9 octobre 2018.).

17. Il faut cependant souligner que les extensions réalisées par le secteur public se concentrent vers des activités à intérêt général telles que, énergie et transport notamment, ainsi que vers les activités financières (secteur bancaire). Au-delà de ces secteurs l'entreprise publique a vu son domaine se rétrécir et sa marge d'action se réduire.

18. Il n'est pas simple de satisfaire aux pressions libérales et en même temps aux exigences citoyennes ou autrement dit, savoir faire face aux réalités du marché tout en restant fidèle à sa mission d'intérêt général.

19. La dichotomie entre Secteur public et secteur privé en Algérie, semble toutefois dépassée au niveau des textes (voir article 43 de la Constitution Algérienne de 2016). Ces deux secteurs sont complémentaires et peuvent s'influencer positivement l'un et l'autre. « Le public peut trouver des exemples utiles dans les méthodes de gestion du privé. Le privé gagne à reconnaître sa responsabilité sociale ».

20. Par les lignes introductives ci-dessus, nous cherchions à éviter le raccourci dangereux qui consiste à considérer que la solution la plus cohérente pour éviter les distorsions de concurrence entre les sociétés proches de l'État et les acteurs privés consisterait à privatiser les entreprises publiques.

21. En effet, les sociétés privées soumises au même environnement réglementaire que leurs pairs ne faussent généralement pas la concurrence.

22. Dans le cas de l'Algérie, l'échec des privatisations menées durant les années 2000 impose toutefois de réemprunter avec plus de réalisme cette même voie sachant que certaines entreprises publiques non stratégiques demeurent encore sous le giron du secteur Étatique, amplifiant anormalement les risques de distorsions de la concurrence entre secteur public et secteur privé.

23. Nous aborderons le sujet « droit de la concurrence et les entreprises publiques », en ce qui concerne l'Algérie, à travers les volets ci-après :

- Historique de l'État Actionnaire
- La place de l'entreprise publique dans le droit de la concurrence et sa problématique
- Les distorsions potentielles de la concurrence
- Les cas pratiques traités par le Conseil de la concurrence
- Les solutions préconisées pour l'élimination des distorsions de la concurrence engendrées par les entreprises publiques

2. Historique de l'État Actionnaire

2.1. Historique à travers les textes :

24. Initialement a prévalu en Algérie la gestion socialiste des entreprises (GSE), marquée par la mise sous tutelle des différents Ministères, des entreprises de production et de distribution dénommées « sociétés nationales » au sens d'une appartenance totale à l'État. Le secteur privé occupait une place insignifiante dans l'économie nationale.

25. Jusqu'en 1988 année marquant l'enclenchement des différentes réformes économiques, la loi 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques précisait en son article 2 « Les entreprises publiques économiques sont des entreprises socialistes revêtant les formes juridiques prévues par la présente loi ».

26. Cependant tout en étant socialiste l'entreprise publique économique en l'article 5 de la loi 88-01 est définie comme suit : « les entreprises publiques économiques sont des sociétés par actions ou des sociétés à responsabilité limitée dont l'État et/ou la collectivité locales détiennent directement ou indirectement la totalité des actions et /ou parts sociales ».

27. Il faut souligner que le terme « entreprises socialistes » a été supprimé dans la loi 88-04 du 12 janvier 1988 (donc publiée le même jour que la loi 88-01) modifiant et complétant l'ordonnance n°75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce et fixant les règles particulières applicables aux entreprises publiques économiques.

28. C'est en fait le prélude à l'introduction du droit des sociétés par l'avènement de la réforme portant autonomie des entreprises (années 1988-1990)

29. Ces années (1988-1990) succédèrent à la première restructuration des entreprises (1980-1984) qui vit les grandes sociétés nationales éclater en plusieurs entreprises de taille considérées comme « gérables » face au « gigantisme » ayant caractérisé les sociétés nationales.

30. L'État maintenait alors son omniprésence par la détention de la totalité des actions du capital social des entreprises.

31. Ce n'est qu'en 2001 et à la promulgation de l'ordonnance n°01-04 du Aouel Joumada Ethania 1422 correspondant au 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques que la stratégie de désengagement économique partielle de l'État est clairement définie.

32. En son article 2, cette ordonnance s'aligne (non sans efforts) sur la norme internationale des pays à économie de marché en stipulant :

« Les entreprises publiques économiques sont des sociétés commerciales dans lesquelles l'État ou toute autre personne morale de droit public détient directement ou indirectement la majorité du capital social. Elles sont régies par le droit commun ».

33. L'État actionnaire ne détient plus, et obligatoirement, la totalité du capital social des entreprises, il est cependant, dans tous les cas, majoritaire dans ce capital.

34. Encore plus, la privatisation des entreprises publiques est pleinement affichée en l'article 4 de l'ordonnance sus évoquée qui précise :

« Le patrimoine des entreprises publiques économiques est cessible et aliénable conformément aux règles de droit commun et des dispositions de la présente ordonnance. Leur capital social constitue le gage permanent et irréductible des créanciers sociaux ».

35. Cependant comme nous le verrons par la suite les dispositions des articles ci-dessous (notamment les Articles 5 et 6 de l'ordonnance 01-04) ouvrent la porte à la possibilité d'ingérence de l'État dans « l'espace marchand » des entreprises, exposant ces dernières aux possibles distorsions de la concurrence.

36. Article 5 « Des formes particulières d'organes d'administration et de gestion peuvent être prévues par voie réglementaire pour les entreprises publiques économiques, dont le capital est détenu en totalité, directement ou indirectement par l'État ou toute autre personne morale de droit public

37. La décision de soumettre une entreprise publique économique aux formes particulières prévues à l'alinéa ci-dessus est prise par résolution du Conseil des participations de l'État visé à l'article 8 ci-dessous ».

38. Art. 6 « Nonobstant les dispositions de la présente ordonnance, les entreprises publiques dont l'activité revêt un caractère stratégique au regard du programme du Gouvernement sont régies par leurs statuts organiques en vigueur, ou par un statut spécial fixé par voie réglementaire ».

2.2. Historique à travers la réorganisation du secteur public économique :

39. Sans pour autant nous attarder sur le bilan des privatisations enclenchées par les textes dès 1995 et stoppées en 2007, (417 entreprises publiques privatisées sur un total de 1200 dont 192 privatisées totalement selon le Ministère de l'Industrie et des Mines) il convient de signaler que la restructuration du secteur public marchand est passée par cinq étapes sans qu'aucune de ces étapes ne soit couronnée d'efficacité économique eu égard au financement récurrent par l'État de l'assainissement financier des entreprises publiques. Cette restructuration s'est opérée en effet à cinq reprises :

- Les (huit) fonds de participation : 1988-1995
- Les (onze) holdings publics :1996 -2000
- Les (cinq) holdings (fusion des onze précédents) :2000-2001
- Les (vingt-huit) sociétés de gestion de participation :2002 à 2015
- Les (treize) groupes industriels :2014 à ce jour

40. IL faut savoir que les grandes entreprises publiques (souvent monopoles ou quasi monopoles) à l'exemple de SONATRACH–SONELGAZ–AIR ALGÉRIE n'ont pas été concernées par les différentes restructurations, alors que la dernière restructuration en groupes industriels a consisté aussi à rattacher aux Ministères de tutelle respectifs les entreprises publiques agissant dans le même secteur (à l'exemple du Ministère du tourisme auquel les entreprises exerçant dans le tourisme ont été rattachées ou le Ministère des travaux publics auquel les entreprises de bâtiments et de travaux publics ont été rattachées).

41. Quoi qu'il en soit les entreprises publiques économiques continuent à représenter une grande part du secteur économique propriété de l'État alors que la plupart d'entre elles sont à vocation privée telles que celles composant le Groupe Agro-industries, le Groupe Industries Chimiques, le Groupe Equipements Electriques Electrodomestiques et

Electroniques ; le Groupe Industries Locales, le Groupe Mécanique, le Groupe Textiles et Cuirs, le Groupe Ciments GICA etc.

42. La première conclusion à tirer est que dans ce contexte de marché où l'entreprise publique côtoie l'entreprise privée tout en se livrant mutuellement concurrence, il n'est pas exclu que des distorsions de concurrence potentielles prévalent et peuvent se manifester sous différentes formes (prix prédateurs, gré à gré dans les marchés publics, abus de position dominante).

43. Le maintien par l'État de l'existence d'entreprises publiques à vocation privée dans le tissu industriel national reste un terrain propice aux distorsions de la concurrence d'autant plus qu'il s'agit souvent d'entreprises publiques en état de déséquilibre financier récurrent.

3. La place de l'entreprise publique dans le droit de la concurrence et sa problématique :

3.1. Les ambiguïtés de l'ordonnance relative à la concurrence dans la soumission de l'entreprise au droit de la concurrence

44. Le droit de la concurrence est essentiellement représenté en Algérie par l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée ainsi que par ses sept décrets d'application et la décision portant règlement intérieur du Conseil de la concurrence.

45. Pour rappel, le droit de la concurrence est né en Algérie en 1995 (à la suite des réformes économiques initiées dès 1988) par ordonnance n°95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, cette ordonnance a été abrogée en 2003 et remplacée par l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée respectivement en 2008 et 2010.

46. L'article 3 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée donne la définition de l'entreprise au sens du droit de la concurrence. Cette définition ne fait aucune distinction entre entreprise publique et entreprise privée, bien plus elle en donne une définition très large inspirée du droit de la concurrence Européen, à savoir que l'entreprise est « toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant d'une manière durable des activités de production, de distribution, de services ou d'importation ».

47. En outre, l'article 2 de la même ordonnance précise que les dispositions de celle-ci « s'appliquent aux activités de production, y compris agricoles et d'élevage ; aux activités de distribution, dont celles réalisées par les importateurs de biens pour la revente en l'état, les mandataires, les maquignons et chevillards ; aux activités de services, d'artisanat et de la pêche, ainsi qu'à celles qui sont le fait de personnes morales publiques, d'associations et de corporations professionnelles, quels que soient leur statut, leur forme et leur objet ; aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché ».

48. Toutefois, l'article 2 limite aussitôt sa portée en stipulant que « toutefois la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique. »

49. La formulation actuelle du dernier alinéa de l'article 2, « Toutefois la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique », pose la question de l'application du principe de la non discrimination entre secteur public et privé (consacré par l'article 43 de

la Constitution amendée en 2016) pour les entreprises privées auxquelles les pouvoirs publics délèguent des missions de service public, comme le service des eaux, du gaz ou de l'électricité. Ces entreprises pourraient adopter des comportements anticoncurrentiels dans l'exercice de leurs activités en se prévalant de la mission de service public.

50. Pour cette raison, le Conseil de la concurrence a proposé dans le cadre d'un projet d'amendements de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence, d'éliminer les termes « l'accomplissement de missions de service public » du dernier alinéa de l'article 2.

51. À ce propos, il est intéressant de noter, par exemple, que la loi égyptienne No. 3 de 2005 portant sur la protection de la concurrence, en son article 9, exempte les services publics gérés par l'État, mais pas automatiquement les services publics gérés par des sociétés soumises au droit privé. (Ces dernières ayant la possibilité de demander une exemption à l'autorité de la concurrence à condition de démontrer que cela permet d'obtenir des avantages pour les consommateurs qui dépassent les effets de la restriction de la liberté de la concurrence).

52. En droit de la concurrence français, la clarification est encore plus nette et ce, telle qu'édictée par l'article L410 -1 du livre IV du Code de commerce qui stipule « Les règles définies au présent livre 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 ».

3.2. La problématique des concentrations et fusion au sein du secteur public économique au regard du droit de la concurrence

53. Sur un autre plan alors que l'ordonnance de 1995 (abrogée) en son article 22 alinéa 4 stipulait « Le Conseil de la concurrence peut également formuler des recommandations pour la restructuration des entreprises publiques entrant dans le champ d'application de la présente ordonnance , afin d'éviter des positions dominantes ou monopolistiques susceptibles d'entraver la concurrence et de provoquer des abus , en cas de cession d'éléments d'actif, ou de mise en œuvre d'actions visant leur privatisation quelle qu'en soit la forme », la nouvelle ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée n'en fait pas acte .

54. Or, il est constaté comme évoqué plus haut qu'entre 1995 et 2003 au moins deux restructurations se sont effectuées (passage des holdings aux Sociétés de gestion des participations) sans pour autant que le Conseil de la concurrence n'ait eu à formuler des recommandations.

55. La restructuration en groupes industriels (2014 à ce jour) n'a pas non plus fait l'objet de demande d'avis par les Ministères concernés par les restructurations en dépit des dispositions des articles 34,35 et 36 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence qui incitent à le faire.

4. Les distorsions potentielles de la concurrence vues sous l'angle des textes :

56. Au lendemain de l'indépendance de l'Algérie, le secteur public économique occupa une position dominante au sein de l'économie nationale. Cette situation a été confortée plus tard par la Constitution de 1976 qui écarta le secteur privé de l'ensemble des secteurs d'activités économiques. L'Algérie s'étant proclamée socialiste.

57. Cette exclusion a été remise en cause par la Constitution de 1989 en consacrant la liberté de commerce et d'industrie, et surtout par celle de 2016 en consacrant en son article 43 la liberté d'investissement et de commerce :

« Art. 433 — La liberté d'investissement et de commerce est reconnue. Elle s'exerce dans le cadre de la loi. L'État œuvre à améliorer le climat des affaires. Il encourage, sans discrimination, l'épanouissement des entreprises au service du développement économique national. L'État régule le marché. La loi protège les droits des consommateurs. La loi interdit le monopole et la concurrence déloyale »

58. Les pouvoirs publics se défendent aujourd'hui plus que jamais d'un traitement de faveur des entreprises publiques au détriment des entreprises privées. et le justifient par le développement important du secteur privé.

59. En effet Au cours de la dernière décennie, le secteur privé a pris une importance de plus en plus marquée dans l'industrie manufacturière hors hydrocarbures. En effet, il avait bénéficié d'une dynamique depuis la libéralisation de l'économie, notamment par la mise en œuvre, en 1988, d'un dispositif législatif et réglementaire relatif à l'orientation des investissements économiques privés nationaux.

60. Ces réformes ont induit l'ouverture du commerce extérieur et le recul du secteur public, suite à la liquidation de plusieurs entreprises publiques non rentables (1989-2006) et la privatisation de 417 entreprises publiques (2003-07).

61. En 2015, le secteur privé a contribué à hauteur de 77 % à la valeur ajoutée de l'industrie manufacturière hors hydrocarbures et compte 97 % des 95 447 unités industrielles actuelles (contre 14 000 en 1988). Les tendances se sont renforcées en 2016-2017 et 2018.

62. Cependant, force est de constater que les textes législatifs et réglementaires accordent dès l'année 1988, un traitement préférentiel aux entreprises publiques.

63. Ces dernières érigées en sociétés par actions à capitaux publics se sont vues attribuer le statut d'entreprise publique économique – EPE — avec la permission de porter, sur tous leurs actes et documents commerciaux, la mention distinctive EPE aux côtés des mentions obligatoires prévues par le code de commerce que sont la dénomination, la forme juridique et le montant du capital social.

64. En outre l'ordonnance n°01-04 du 20 août 2001 qui est venue régir l'organisation, la gestion et la privatisation des EPE, exclut du champ d'application du code de commerce les entreprises publiques dont l'activité revêt un caractère stratégique au regard du programme du gouvernement.

65. C'est ainsi que l'Article 6 stipule : « Nonobstant les dispositions de la présente ordonnance, les entreprises publiques dont l'activité revêt un caractère stratégique au regard du programme du Gouvernement sont régies par leurs statuts organiques en vigueur, ou par un statut spécial fixé par voie réglementaire ».

66. Le Programme du gouvernement pour le quinquennat 2015-2019 couvre en fait une multitude de secteurs allant du secteur bancaire, aux travaux publics, au tourisme et à la pêche etc., faisant que toutes les Entreprises Publiques Économiques constituant le portefeuille de ces secteurs deviennent stratégiques et ne sont donc pas susceptibles de mise en faillite au sens de l'article 715 bis²⁰ du code de commerce.

67. La distinction entre le secteur public et le secteur privé est aussi constatée en termes de discriminations à travers les mesures suivantes prises par les pouvoirs publics :

- Les actes (administratifs) des Entreprises Publiques Économiques sont à établir gratuitement par la direction des Domaines tandis que les actes des entreprises privées sont à établir auprès des notaires moyennant paiement d'honoraires.
 - Les entreprises publiques ne peuvent ouvrir de comptes qu'au niveau des banques publiques, ce qui implique que les banques privées ne peuvent détenir dans leur portefeuille les comptes d'entreprises publiques.
 - Les salaires des travailleurs des entreprises privées ne sont pas pris en charge par l'État lorsque leur entreprise est en difficulté, contrairement à ceux des entreprises publiques, lesquelles bénéficient fréquemment de dotations budgétaires lors des difficultés financières, en vue de garantir la rémunération de leurs employés.
68. À cela peuvent s'ajouter les problèmes de créances détenues par les entreprises privées sur les collectivités locales (État) dont le paiement ne s'effectue pas aux échéances contractuelles.
69. Certains textes législatifs et mesures réglementaires instaurent en fait un traitement de faveur au profit de l'entreprise publique par rapport à l'entreprise privée.
70. La présence d'Entreprises Publiques Économiques sur le marché dotées d'avantages indus (faveurs) empêche le libre jeu de la concurrence et ce, d'autant plus que chaque ministère est devenu gestionnaire de fait des EPE se trouvant sous sa tutelle. (cf. dernière restructuration en groupes industriels)
71. Par ses interventions dans l'économie, l'État réduit de sa capacité d'accomplir les missions de régulation de l'économie, capacité indispensable pour sécuriser les opérateurs économiques, sachant que réguler le marché consiste à y encadrer les comportements en amont, et à appliquer en aval les sanctions lors de la violation de la règle de droit. Cette position de juge et partie va à l'encontre des objectifs poursuivis pour l'instauration effective d'une économie de marché et impacte négativement la concurrence.

4.1. Les aides de l'État aux entreprises publiques

72. Il est notoirement connu que les entreprises publiques sont passées par plusieurs opérations d'assainissement financier à la charge du trésor public (effacement de la dette). Ces opérations de restructuration financières sont généralement engagées à la veille de chaque nouvelle restructuration organique confirmant ainsi l'échec de la précédente organisation.
73. L'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence ne s'oppose pas aux opérations de réhabilitation du secteur public, en revanche la prise en charge des opérations de restructuration financière d'entreprises déstructurées au moyen de subventions du trésor peut s'interpréter comme aide d'État.
74. De telles aides peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la libre concurrence dans la mesure où elles favorisent les entreprises publiques en les protégeant indument contre la sanction du marché.
75. En effet les différentes restructurations des entreprises du secteur public ont toutes eu comme objectif d'éviter la dissolution des entreprises publiques ayant consommé plus des deux tiers de leur capital social, tombant sous l'effet de l'article 715 bis 20 du code de commerce.
76. Ceci nous amène à préciser le concept d'aide de l'État.

4.2. Le concept d'aide d'État

77. Le concept d'aide d'État aux entreprises publiques n'apparaît pas dans le dispositif juridique Algérien alors que dans le droit de l'union européenne, la notion d'aide englobe toutes les « interventions qui sous des formes diverses allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise ».

78. Seul le concept de subvention est utilisé dans les textes Algériens et qui concerne essentiellement des compensations octroyées par l'État pour couvrir les dépenses d'entreprises publiques soumises à des sujétions de service public.

79. Les aides d'État aux entreprises publiques ont consisté cependant et principalement à faire bénéficier ces dernières de différentes mesures telles que les recapitalisations, les rééchelonnements de dettes, les aides au fonctionnement, la reconstitution d'un fond de roulement), les allègements fiscaux, la priorisation dans l'octroi des marchés publics et divers autres éléments d'aides d'État.

4.3. Les dysfonctionnements engendrés par les aides de l'État

80. L'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence occulte à son tour le concept d'aide de l'État aux entreprises publiques alors que, paradoxalement, dans son article 1^{er} elle introduit la notion « d'efficacité économique », concept purement économique qui renvoie à la maîtrise et à la réduction des coûts de l'entreprise et à sa rentabilité par l'utilisation de ses propres moyens humains, matériels et financiers.

81. En apportant des aides à l'entreprise, « l'État modifie le jeu de la concurrence en rompant artificiellement l'égalité des moyens et partant des chances des entreprises venant en compétition ».

82. En outre, les entreprises en cause échappent à la sanction du marché qui se traduit par la mise en faillite de toute entreprise non performante.

83. C'est pourquoi l'aide d'État fausse la concurrence dans la mesure où « elle supprime la sanction du jeu de l'économie de marché qui est la suppression des entreprises non compétitives ».

84. D'un autre côté, Il ressort des dispositions du code de commerce que les entreprises publiques ne sont pas des sociétés commerciales ordinaires et qu'elles gardent donc une « spécificité dérogatoire » indiquée à l'article 217 du Code de commerce qui dispose : « Les sociétés de capitaux totalement ou partiellement publics sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires. Les mesures de désintéressement des créanciers peuvent être toutefois prises par l'autorité publique habilitée par voie réglementaire. Les mesures visées à l'alinéa ci-dessus emportent clôture de la procédure en cours conformément aux dispositions de l'article 357 ci-dessous ».

85. Il en découle à priori la possibilité d'opposer à l'État (dans ses relations d'aides financières aux entreprises publiques) le droit de la concurrence.

86. Cependant cela ne paraît pas être envisageable pour deux raisons :

- Le Conseil de la concurrence n'est pas compétent s'agissant d'un acte administratif. C'est le juge administratif qui est habilité à annuler l'acte en ce qu'il comporte des effets restrictifs sur le libre jeu de la concurrence.

- Les mesures d'aide financières de l'État aux entreprises publiques sont prises par voie législative et sont inscrites dans les lois de finances.

4.4. Les missions imposées par l'État aux entreprises publiques

87. Les aides de l'État aux entreprises publiques tout en étant nuisibles à la concurrence n'en comportent pas moins certaines dérogations justifiées par les missions particulières qui peuvent leur être imposées par l'État :

«C'est moins alors le statut d'entreprise publique en tant que telle qui justifie des aménagements du régime de la concurrence, que la mission particulière attribuée à des entreprises publiques : il se trouve que cette mission pèse souvent sur elles et que les aménagements leur profitent particulièrement» Pierre DELVOLVE, « Les entreprises publiques et le droit de la concurrence »,

88. On distingue deux types de dérogations prévues dans le droit Algérien :

- le cas de l'exercice de missions de service public (l'article 57 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques); nous développerons ce point particulièrement ;
- le cas d'exercice de fonctions administratives qui relèvent traditionnellement de la compétence de l'administration publique. (l'article 55 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques).

89. Lorsque l'entreprise publique exerce ce type de missions, étrangères aux activités à caractère commercial et industriel, l'État est en droit de subventionner les entreprises en cause du fait qu'elles subissent des sujétions publiques n'ayant aucun rapport avec son objet social.

4.5. La soumission de l'entreprise publique à des sujétions de service public

90. L'article 57 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques dispose que, « Lorsque l'entreprise publique économique subit des sujétions de service public, il lui est attribué, selon les procédures budgétaires, une dotation financière équivalente aux charges subies à ce titre, et évaluée conformément à la réglementation en vigueur. Dans tous les cas, ladite subvention est prédéterminée ».

91. Par ailleurs, l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques en son article 7 dispose que « Des conventions peuvent être conclues entre l'État représenté par le Conseil des Participations de l'État visé à l'article 8 ci-dessous et les entreprises publiques économiques soumises à des sujétions de service public ».

92. À ce niveau il peut être constaté que l'entreprise publique économique peut légalement se substituer à l'établissement public en prenant en charge des activités de service public (voir notamment la délégation de service public telle qu'introduite dans le Décret présidentiel n° 15-247 du 2 Dhou El Hidja 1436 correspondant au 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public).

93. En Algérie, divers textes législatifs mettent à la charge des entreprises publiques un ensemble de sujétions publiques que justifient les missions de service public. On peut mentionner, à titre d'exemple, celles relevant du transport aérien ou celles relevant de services publics en réseaux (exemple électricité et gaz ainsi que transport ferroviaire ou télécommunications).

94. Dans toutes ces situations, les compensations financières octroyées par l'État, qui faut-il le préciser, ne sauraient être considérées comme aides de l'État, ne sont pas de nature à fausser le jeu de la libre concurrence dans la mesure où il s'agit de sujétions de service public qui ne relèvent pas de l'activité économique propre à l'entreprise publique ni donc de son objet social.

95. En conclusion à cette partie, il ressort que l'acuité des relations de l'entreprise publique Algérienne avec l'État ne peut être sérieusement appréhendée sans en référer à la gouvernance de l'entreprise publique (ce que nous tenterons de faire en dernière partie en la rapprochant des lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques édition 2015).

96. Cependant il se dégage à priori, que les pouvoirs publics, à des fins d'équilibre social (préservation de l'emploi dans la sphère publique) ont des difficultés à s'extirper de l'économie administrée.

97. À titre d'illustration, en 2016 l'environnement économique Algérien a enregistré le rachat par l'État du Groupe Sidérurgique METAL-SIDER (dont 70% des actions appartenaient au groupe Indien LNM-ISPAT) et ce, après une privatisation de plus de dix années. Cette opération a été suivie par le rachat par l'État de l'opérateur de télécommunications DJEZZY filiale de ORASCOM (prise de participation par l'État de 51% dans le capital).

98. Deux opérations qui signent un recul dans la mise en place d'une économie de marché et donc d'un marché concurrentiel dans les activités sidérurgiques et de téléphonie mobile.

5. Les cas pratiques traités par le Conseil de la concurrence

Rappel :

99. Le Conseil de la concurrence Algérien a été installé en 1995 et a exercé ses missions jusqu'en 2003. Entre 2003 et 2012 ses activités ont été gelées dans l'attente du renouvellement des membres du collège qui ne s'est effectuée qu'en janvier 2013. Depuis cette date le Conseil de la concurrence fonctionne dans le cadre de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence qui est venue en substitution à l'ordonnance 95-06 du 25 janvier 1995 abrogée. A l'heure actuelle le Conseil de la concurrence effectue son deuxième mandat de quatre années (2017-2020).

5.1. Les saisines inhérentes aux entreprises publiques et traitées par le Conseil de la concurrence :

5.1.1. Phase 1995-2003 :

100. Durant les années 1998 et 1999, le Conseil de la concurrence a eu à traiter de pratiques anticoncurrentielles imputables à des entreprises publiques.

101. C'est ainsi qu'il a rendu deux décisions sanctionnant des abus de position dominante imputables à deux entreprises publiques, l'une relative à des pratiques mises en œuvre par l'entreprise des tabacs et allumettes SNTA (Décision N°98L03 du 13 décembre 1998), la seconde (décision N°99L01 du 23 juin 199) relative aux pratiques d'abus de position dominante de l'Entreprise Nationale des Industries Électroniques (ENIE de Sidi-Bel-Abbès).

102. Dans la décision N°98L03 du 13 décembre 1998, le Conseil de la concurrence enjoint à la Société nationale des tabacs et allumettes de « mettre fin immédiatement aux pratiques abusives qui lui étaient imputées et qualifiées de pratiques de ventes concomitantes et discriminatoires » en référence aux dispositions de l'ordonnance de 1995.

103. Dans la décision du 23 juin 1999, le Conseil de la concurrence enjoint à l'entreprise publique ENIE de mettre fin aux pratiques auxquelles elle s'est livrée en violation des dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence et notamment l'article 7 de l'ordonnance de 1995 portant sur l'abus de position dominante.

104. Dans les deux cas sus visés les deux entreprises publiques (SNTA et ENIE) ont été sanctionnées par une amende. Respectivement de 786 000 Dinars et 4 348 560 dinars.

5.1.2. Phase 2013-A ce jour :

105. Durant cette période, le Conseil de la concurrence a traité peu de cas inhérents aux pratiques anticoncurrentielles imputables aux entreprises publiques.

106. Comme il convient de préciser que s'agissant du contrôle des concentrations ou fusions réalisées dans le cadre des restructurations successives du secteur public économique, aucune notification n'a été faite au Conseil de la concurrence et ce, eu égard au vide juridique caractérisant, en ce domaine, l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence.

- **Le bilan 2014** fait ressortir sur les 20 saisines traitées par le Conseil de la concurrence, trois (03) concernant les entreprises publiques agissant en tant que maîtres d'ouvrages dans le cadre des marchés publics et qui ont fait l'objet de plaintes par des opérateurs économiques pour « favoritisme ». Les trois saisines ont fait l'objet de rejet pour irrecevabilité sachant que les griefs invoqués relèvent du tribunal administratif et non pas du Conseil de la concurrence.
- **Le bilan 2015** fait ressortir sur les (12) saisines traitées par le Conseil de la concurrence, une seule (1) saisine relative à des pratiques anticoncurrentielles imputables à l'entreprise publique des Hydrocarbures SONATRACH, il s'agit du contentieux opposant SONATRACH Spa à l'association professionnelle des distributeurs privés de lubrifiants qui dénonçait auprès du Conseil de la concurrence le transfert ,avec la complaisance de l'Autorité de Régulation de Hydrocarbures (ARH), de l'approvisionnement des distributeurs privés de lubrifiants de la Société productrice SONATRACH vers sa propre filiale la Société NAFTAL.

107. S'appuyant sur l'article 60 de l'ordonnance n° 03 -03 du 19 Juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence qui dispose que « le conseil de la concurrence peut décider de réduire le montant de l'amende ou ne pas prononcer d'amende contre les entreprises qui, au cours de l'instruction de l'affaire les concernant , reconnaissent les infractions qui leur sont reprochées , collaborent à l'accélération de celle-ci et s'engagent à ne plus commettre d'infractions liées à l'application des dispositions de la présente ordonnance. Les dispositions de l'alinéa 1 ci-dessus ne sont pas applicables en cas de récidive quelle que soit la nature de l'infraction commise », le collège du Conseil de la concurrence en sa séance du 16 Avril 2015 a décidé, sur demande du Président Directeur Général de SONATRACH faisant suite à l'injonction du Conseil de la concurrence et ne contestant pas les griefs qui lui sont reprochés par ce dernier, de faire bénéficier SONATRACH de la procédure d'engagement.

108. Les engagements écrits de SONATRACH se sont matérialisés par les correspondances suivantes :

- N°73/DG/2014 du 21 janvier 2015 dans laquelle il est fait état de la récupération effective de l'activité vente des lubrifiants et de la tenue en ce sens de réunions de travail avec les distributeurs privés de lubrifiants à l'effet d'établir les contrats de vente dont la négociation des clauses contractuelles est en cours.
- N°77 /DG /2015 du 21 /02/2015 dans laquelle il est souligné que toutes les mesures ont été prises pour le respect des règles de la concurrence dans le marché des lubrifiants.

109. Sur la base des écrits sus mentionnés, le Président du Conseil de la concurrence par Décision n°01/2016 du 03/02/2016 a désigné un rapporteur pour suivre l'exécution des engagements arrêtés dans la décision N°20/2015 du Conseil de la concurrence.

110. En date du 03/03/2016, le rapporteur s'étant déplacé au siège de la Division Commerciale de SONATRACH a constaté qu'effectivement le contrat commercial liant SONATRACH aux distributeurs de lubrifiants (privés et public) a fait l'objet d'amendements de ses articles 1, 2, 3, 4 visant à intégrer les engagements imposés par le Conseil de la concurrence à SONATRACH.

111. C'est ainsi que de nouveaux contrats commerciaux liant les deux parties ont été signés par les deux parties à partir de l'année 2015.

112. La procédure d'engagement a eu ainsi les effets souhaités à savoir le respect des règles concurrentielles, la stabilisation du marché des lubrifiants et le traitement équitable des opérateurs publics (NAFTAL notamment) et des opérateurs privés (les 85 distributeurs).

113. Nous considérons par cette affaire que le Conseil de la concurrence a mis fin aux distorsions de la concurrence relevées sur le marché national des lubrifiants tout en permettant de restaurer une concurrence non faussée et de mettre fin à des clauses contractuelles abusives imposées par la plus importante entreprise publique du pays.

114. **Le bilan 2016** fait ressortir une saisine sous forme de demande d'Avis exprimée par un organisme privé d'assurances « ALLIANCES ASSURANCES Spa » contre l'Entreprise publique « COSIDER Spa » auteure selon le plaignant de pratiques restrictives de la concurrence à l'occasion d'un lancement d'un avis d'appel d'offres national restreint pour le mise en place d'une couverture d'assurance.

115. En effet il était reproché à « COSIDER Spa » par « ALLIANCES ASSURANCES » d'ouvrir l'appel d'offres à concurrence aux seules compagnies d'assurances disposant d'un capital social minimal de quatre milliards de dinars, excluant de ce fait toutes les compagnies d'assurances privées au profit des compagnies d'assurances publiques.

116. L'examen de cette demande par le collègue du Conseil de la concurrence a permis de constater qu'il s'agissait d'un avis d'appel d'offres restreint lancé par l'entreprise publique COSIDER conforme à la réglementation des marchés publics, que cette dernière (COSIDER) n'avait aucune intention d'évincer les compagnies d'assurances privées dès lors qu'une Compagnie d'assurances privée répondait à ce critère et était retenue dans la sélection des soumissionnaires et qu'enfin l'exigence d'un capital minimum par le service contractant ne constituait pas en soi une barrière à l'entrée du marché pertinent des assurances mais constituait beaucoup plus une garantie de protection des actifs considérables dont disposait COSIDER Spa.

5.2. Les conclusions à tirer des cas pratiques traités par le Conseil de la concurrence:

- Dans l'état actuel de développement de l'économie de marché, les entreprises publiques-eu égard au nombre faible de saisines introduites auprès du Conseil de la concurrence tant par elles-mêmes (pour défendre leurs parts de marché dans l'objectif d'une saine concurrence) qu'à leur détriment (plaintes d'opérateurs privés ou publics victimes de pratiques anticoncurrentielles)- ne paraissent pas constituer un facteur majeur de distorsions de la concurrence ni souffrir de comportements anticoncurrentiels d'entreprises privées.
- De notre avis, cette situation paradoxale reste liée à la faible culture de la concurrence qui prévaut tant au niveau des opérateurs publics que privés, lesquels sont réticents encore à présenter leurs contentieux concurrentiels au Conseil de la concurrence. Ce dernier est entrain de s'investir totalement en multipliant les journées d'études vulgarisant le droit de la concurrence mais aussi en lançant durant cette année 2018 avec l'appui du programme P3A de l'Union Européenne les programmes de conformité aux règles de la concurrence.
- Cependant le « silence » observé par les entreprises publiques en matière « d'animation » du droit de la concurrence est à mettre en relation , comme nous l'avons exposé dans la partie précédente, avec les aides d'État récurrentes aux entreprises publiques consistant à faire bénéficier ces dernières de différentes mesures telles que les recapitalisations, les rééchelonnements de dettes, les aides au fonctionnement (reconstitution d'un fond de roulement), la priorisation dans l'octroi des marchés publics et divers autres éléments d'aides d'État. En présence de ce dispositif d'assistance des pouvoirs publics, les entreprises publiques paraissent insensibles aux pratiques anticoncurrentielles dès lors que leur mise en faillite n'est plus une menace ; elles peuvent en revanche être auteurs de pratiques anticoncurrentielles sans risquer non plus de grandes incidences sinon des amendes dont l'incidence peut se répercuter sur le contribuable et consommateur.
- Les saisines des entreprises privées victimes de pratiques anticoncurrentielles exprimées au Conseil de la concurrence n'ont en fait concerné entre 2013 à ce jour que la dénonciation de « favoritisme » dans l'octroi de marchés publics par les entreprises relevant de l'État actionnaire. Nous avons expliqué précédemment que le Conseil de la concurrence, observant qu'il s'agissait de relations litigieuses entre le maître d'ouvrage et le soumissionnaire, ces cas relevaient du juge administratif et ne relevaient donc pas de la compétence du Conseil de la concurrence.
- Il en ressort que pour appliquer le droit de la concurrence aux entreprises publiques il faut que ces dernières épousent la logique de maximisation de leurs bénéfices au même titre qu'une entreprise privée et ce afin de mener des enquêtes dans les situations où leur comportement risque de porter préjudice aux consommateurs sur le marché.
- En effet le Conseil de la concurrence est conscient que lorsqu'il enquête sur un comportement anticoncurrentiel d'une entreprise publique il peut se heurter, aux difficultés d'analyse découlant des objectifs alloués par l'État à l'entreprise publique en cause tels que la réalisation d'un objectif de politique publique.

6. Les solutions préconisées pour l'élimination des distorsions de la concurrence engendrées par les entreprises publiques

117. Dans cette partie nous avons examiné les lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques édition 2015 et notamment celles qui se réfèrent particulièrement au marché.

118. Nous avons tiré les enseignements suivants que l'État actionnaire et les entreprises publiques Algériennes gagneraient à mettre en œuvre :

- Lorsque les entreprises publiques exercent des activités économiques Il convient d'opérer une distinction claire entre la fonction d'actionnaire et les autres missions qui incombent à l'État.
- Les parties prenantes y compris les créanciers et les concurrents, doivent pouvoir bénéficier de mécanismes de recours efficaces reposant sur des procédures judiciaires ou arbitrales impartiales s'ils estiment que leurs droits n'ont pas été respectés.
- Lorsqu'une entreprise publique exerce des activités économiques et en même temps poursuit des objectifs de politique publique elle doit assurer la transparence et la diffusion de l'information relative à la structure de ses coûts et de ses recettes, de façon à permettre leur affectation à ses principaux domaines d'activité.
- Les coûts imputables aux objectifs de politique publique doivent être financés par l'État et portés à la connaissance du public. Ceci permet au contribuable (consommateur) de s'assurer de l'utilisation rationnelle des deniers publics.
- Les entreprises publiques qui exercent des activités économiques ne doivent pas échapper à l'application de la législation,
- Les lois et réglementations ne doivent pas les favoriser indûment par rapport à leurs concurrents sur le marché et ce, nonobstant le fait que la forme juridique des entreprises publiques devrait permettre à leurs créanciers de faire valoir leurs droits et d'engager des procédures de faillite telles que prévues par le Code de commerce en Algérie , les entreprises publiques économiques sont généralement des Sociétés par actions ou Sarl susceptibles de mise en faillite ,cependant comme nous l'avions signalé des dispositions juridiques dérogatoires leur sont appliquées pour les maintenir en vie.
- Les activités économiques exercées par des entreprises publiques doivent être soumises aux conditions du marché pour ce qui est de l'accès aux capitaux d'emprunt et aux fonds propres. En particulier :
 - Les relations que les entreprises publiques entretiennent avec l'ensemble des institutions financières et entreprises publiques non financières doivent être fondées sur des règles purement commerciales.
 - Les activités économiques exercées par des entreprises publiques ne doivent bénéficier d'aucun soutien financier indirect leur conférant un avantage sur leurs concurrents du secteur privé notamment sous la forme de financements préférentiels, d'arriérés d'impôt autorisés ou de crédits commerciaux obtenus auprès d'autres entreprises publiques.

- Les activités économiques des entreprises publiques ne doivent pas bénéficier d'intrants (énergie, eau, sols, notamment) à des prix ou conditions plus favorables que ceux auxquels ont accès leurs concurrents du secteur privé.
- Les activités économiques exercées par les entreprises publiques doivent obligatoirement produire des taux de rendement (à conditions d'exploitation similaire) conformes, à ceux obtenus par des entreprises privées concurrentes
- Lorsque des entreprises publiques prennent part à la passation de marchés publics, que ce soit en tant qu'acheteurs ou en tant que soumissionnaires, la procédure suivie doit être ouverte à la concurrence et non discriminatoire ;
- Les états financiers des entreprises publiques doivent être chaque année soumis à une vérification externe indépendante de leurs comptes conformément aux normes internationalement admises. L'existence de procédures spécifiques de contrôle par l'État ne remplace pas le recours à des auditeurs externes indépendants.

7. Conclusion

119. L'étude de la problématique du « droit de la concurrence et les entreprises publique » en Algérie nous revoie inéluctablement à la gouvernance des entreprises publiques.

120. Elle met en avant un acteur majeur, en l'occurrence l'État actionnaire qui ne parvient pas en dépit des réformes initiées à se désengager du secteur productif y compris celui constitué d'entreprises publiques non stratégiques comme nous l'avons montré dans le paragraphe relatif à la nouvelle restructuration des sociétés de gestion des participations en treize groupes industriels.

121. Nous avons souligné que cette situation accroît les risques de distorsions de la concurrence puisque le périmètre relevant de la propriété de l'État s'en trouve anormalement élargi par la présence d'entreprises publiques non stratégiques à caractère purement commercial (à l'exemple d'entreprises de l'agroalimentaire ou du tourisme).

122. La seule explication serait que, les Entreprises Publiques participent, au maintien de la paix sociale et s'en trouvent en conséquence détournées de leur vocation économique naturelle (maximiser les bénéfices et les réinvestir).

123. Dans ce contexte d'évolution, l'ouverture à la concurrence, ne peut produire les effets inscrits dans toute politique de la concurrence même si les textes de mise en œuvre de cette politique le consacrent, à savoir la stimulation de l'efficacité économique et l'amélioration du bien-être du consommateur (voir article 1^{er} de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence).

124. En effet, l'État en conservant des pouvoirs étendus de décision, de financement et d'intervention au sein des entreprises publiques semble faire de l'entreprise publique un substitut à sa politique de régulation ou un instrument de régulation indirecte.

125. Or la notion de marché et précisément d'économie de marché ne peut s'accommoder d'une telle ambivalence des rôles (voir article de Malika AHMED ZAID-CHERTOUK Laboratoire REDYL Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, Algérie).

126. Ce constat est par ailleurs corroboré par la citation suivante « Le renforcement de la discipline de marché dans ce pays exigerait que les pouvoirs publics algériens abandonnent la pratique d'apurement des comptes des entreprises publiques, adoptent une politique de crédits publics plus sélectifs et plus concurrentiels, mettent un terme aux subventions publiques et aux recapitalisations répétées en faveur des firmes déficitaires » (Labaronne, 2013)

127. L'injection récurrente de capitaux dans les Entreprises Publiques a contribué à freiner non seulement leur privatisation, mais également les réformes d'une manière générale.

128. Les différentes restructurations du secteur public n'ont pas dépassé le stade de réorganisation administrative sans toucher en fait le renforcement de la gouvernance des entreprises à travers une plus grande discipline de marché.

129. Dans le contexte algérien, l'État occupe une place importante dans l'économie, sa forte implication dans les entreprises publiques se traduit par le fait qu'il ne soit pas seulement actionnaire, mais également gestionnaire renforçant les risques de distorsion de la concurrence sur le marché.

130. Le remède réside dans la mise en œuvre de nouvelles logiques, l'État actionnaire devant être le garant de la qualité des services et du fonctionnement du marché (protection de la concurrence). IL s'agirait plutôt de mener une politique de protection des entreprises publiques ciblées comme étant stratégiques pour l'économie du pays et élaguer celles à vocation purement commerciale.

131. En conformité aux préconisations de l'OCDE (voir partie V) l'État doit agir dans le sens d'une séparation claire entre son statut d'actionnaire et ses fonctions de puissance publique, afin de garantir des règles du jeu équitables et un environnement économique concurrentiel indemne de conflits d'intérêts.