

ARTICLES

LES ASPECTS JURIDIQUES DE LA PRIVATISATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES ÉCONOMIQUES

Nour-Eddine TERKI
Professeur à la Faculté de Droit d'Alger

1 - La notion de privatisation peut être définie, d'une manière générale, comme un passage d'une économie planifiée vers une économie de marché. La privatisation des entreprises publiques a, quant à elle, un double sens. Si on l'envisage dans son acception purement formelle, cette opération a consisté à transformer les entreprises publiques économiques en sociétés commerciales, et plus précisément en sociétés par actions, dans le but de leur conférer davantage d'autonomie en les plaçant sous l'empire du droit privé.

La privatisation quant au fond - qui retiendra notre attention dans le cadre de cette étude - peut être définie comme un transfert total ou partiel du patrimoine des entreprises publiques économiques au profit d'investisseurs privés locaux ou étrangers. C'est dire qu'elle se traduit par un véritable bouleversement de la nature du droit de propriété puisqu'elle permet un flux de la propriété publique vers une propriété privée.

Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance n° 01- 04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques¹, approuvée par la loi n° 01-17 du 21 octobre 2001², « La privatisation désigne toute transaction se traduisant par un transfert à des personnes physiques ou morales de droit privé, autres que des entreprises publiques, de la propriété :

- de tout ou partie du capital social des entreprises détenu directement ou indirectement par l'Etat et/ou les personnes morales de droit public, par cession d'actions, de parts sociales ou souscription à une augmentation de capital ;

- des actifs constituant une unité d'exploitation autonome des entreprises appartenant à l'Etat ».

1 J.O.R.A. du 22 août 2001, p.7 et s.

2 J.O.R.A. du 24 octobre 2001, p.4.

2 - Il convient de rappeler que c'était l'ordonnance n° 95-22 du 26 août 1995³, modifiée et complétée par l'ordonnance n° 97-12 du 19 mars 1997, qui avait organisé, pour la première fois en Algérie, cette privatisation des entreprises publiques. Mais pour des raisons qui restent obscures, cette ordonnance et ses textes d'application⁴ n'ont pas, à notre connaissance, été mis en œuvre. C'est l'ordonnance n°01-04 précitée qui l'a abrogée et qui régit à présent cette matière.

3-Quand on s'interroge sur la justification de la privatisation des entreprises publiques, on prend vite conscience que ce sujet est par excellence polémique.

Les détracteurs de ce processus estiment qu'il va à l'encontre de l'intérêt général essentiellement parce qu'il se traduira inéluctablement par une perte de l'emploi, alors que le pays connaît déjà un taux de chômage élevé, mais également par une détérioration de la qualité des services offerts aux citoyens et par une augmentation de leurs tarifs⁵.

Les adeptes de cette privatisation ont, bien sûr, un avis différent. Ils estiment, tout d'abord, que cette opération est une conséquence normale du passage progressif d'une économie socialiste, dans laquelle l'entreprise publique fait davantage de social que d'économique, vers une économie de marché. Ils ajoutent, d'autre part, qu'avec la mondialisation, le phénomène de la privatisation des entreprises publiques a un caractère quasi universel, sauf dans les derniers pays communistes que sont la Chine, Cuba et la Corée du Nord. Ceci est d'autant plus vrai que l'Algérie - qui n'a d'ailleurs pas le choix - aspire à devenir un acteur actif de ce bouleversement de l'économie internationale. C'est pourquoi elle a conclu un traité de libre échange avec l'Union Européenne et qu'elle est actuellement en train de négocier son adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce. Ils mettent en avant, par ailleurs, le fait que la disparition des postes de travail n'a pas attendu la privatisation pour avoir lieu : «...pas moins de 160 entreprises publiques économiques ont déclaré faillite durant les six dernières années avec une perte de 300.000 emplois »⁶.

Le ministre chargé de ce dossier conforte ce dernier point de vue en expliquant que la privatisation a en réalité pour objet de sauver le secteur industriel très diversifié caractérisé néanmoins par une productivité extrêmement faible concernant à la fois la qualité et

3 J.O.R.A. du 3 septembre 1995, p.3. Pour le texte modificatif, V. JORA n° 15, p.5.

4 V. décret exécutif du 11 mars 1996 portant désignation de l'institution chargée de la privatisation (J.O.R.A. du 20 mars, p.13), décret du 10 septembre 1997 fixant les conditions d'octroi d'avantages spécifiques...(J.O.R.A. du 10 septembre, p.7),décret exécutif du 7 juin 1998 fixant la liste du premier lot d'entreprises publiques à privatiser (J.O.R.A. du 10 juin, p.6)... .

5 C'est la privatisation des chemins de fer au Royaume-Uni qui est souvent avancé comme exemple.

6 Maghreb, 2 mars 2008, p.3.

le coût des produits. Il conclut son intervention en soulignant que notre pays « a besoin de capitaux, de technique et de management »⁷.

4- Pour entrer davantage dans le vif du sujet, il convient à présent d'essayer de délimiter le champ d'application de cette privatisation des entreprises publiques. A cet égard, l'ordonnance 01-04 du 20 août 2001, qui est mal rédigée et pas du tout structurée, a d'abord posé un principe qu'elle a ensuite atténué.

Le principe général est posé par son article 15 en ces termes : « Sont éligibles à la privatisation les entreprises publiques économiques relevant de l'ensemble des secteurs d'activité économiques ». A la lumière de cette disposition, ce sont, a priori, toutes les sociétés dont le capital est détenu par l'Etat qui sont susceptibles de faire l'objet d'un transfert, total ou partiel, au profit d'un ou de plusieurs investisseurs privés. Et il importe de noter que même les entreprises publiques économiques qui assurent une mission de service public n'échappent pas à l'empire de cette privatisation. En ce qui les concerne, le seul engagement que prend la puissance publique consiste à garantir la continuité de ce service public (art.16, ord.01-04)⁸. C'est en tout cas sur cette base légale qu'environ 150 entreprises publiques, sur un total avoisinant les 1200, ont été privatisées⁹.

Mais le législateur a tempéré ce principe - d'une manière maladroitement¹⁰ - en disposant : « 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 » (Art.16).

Que faut-il entendre par activité revêtant « un caractère stratégique » ?

En l'absence d'une définition légale, il est difficile de répondre à cette question, tout comme il était impossible de donner un contenu précis à la notion de « secteurs vitaux » que le code des investissements de 1966 avait utilisé¹¹. La seule indication qui nous est fournie par le ministre en charge de la privatisation est la suivante : sur 1270 entreprises publiques

7 H. Temmar, Energie et Mines, avril 2006, p.40.

8 Sous l'empire de l'ancienne loi précitée du 26 août 1995, le législateur ne s'était pas contenté d'énoncer un principe général ; par le décret exécutif du 7 juin 1998 (op. cit.), il avait fixé la liste du premier lot des entreprises publiques à privatiser. 9 Karim Djoudi, le ministre des finances, a annoncé à l'AFP, le 17 février 2008, que la privatisation du Crédit Populaire d'Algérie, qui avait été suspendue en novembre en raison de la crise des « subprimes » aux Etats-Unis, pourrait être relancée à partir de la fin du premier trimestre.

10 -Au lieu d'énoncer le principe et de l'atténuer ensuite, le législateur a fait l'inverse. Il a commencé par l'atténuer dans l'article 6 avant de le consacrer dans l'article 15. Ce qui constitue une parfaite illustration de la mauvaise rédaction de l'ordonnance n°01-04.

11 V. N. TERKI, Les codes des investissements au Maghreb, C.M.E.R.A., Tunis, 1979, p. 45.

économiques, 1060 sont à privatiser¹². C'est dire, en d'autres termes, que 210 entreprises publiques devraient être exclues du champ d'application de la privatisation. En réalité, il est plus que probable que ce sera seulement à la fin du processus de la privatisation que nous aurons une idée plus précise de ce que le Gouvernement déterminera comme des secteurs stratégiques. En attendant ce moment, il convient de nous contenter de proposer une approche générale consistant à exclure de la privatisation toutes les entreprises publiques dont l'activité est intimement liée à l'exercice de la souveraineté nationale. C'est en particulier le cas de la Sonatrach et de toutes sociétés qui agissent dans l'intérêt de la défense nationale.

5 – Les institutions chargées de la mise en oeuvre de la privatisation, dont le rôle consiste à suivre, à promouvoir et à contrôler cette opération, sont en principe au nombre de cinq : le Ministère de l'industrie et de la promotion des Investissements, le Conseil des Participations d'Etat, le Comité d'Audit¹³ des entreprises publiques, le Comité de Suivi des Opérations de Privatisation et la Commission de Contrôle des Opérations de Privatisation.

Mais dans le cadre limité de cette étude, notre attention ne sera rapidement retenue que par le Conseil des Participations d'Etat (C.P.E.) qui, en dehors du ministère, joue un rôle fondamental. C'est l'article 8 de l'ordonnance du 20 août 2001 qui l'a institué et placé sous l'autorité du Chef du Gouvernement.

Aux termes de l'article 2 du décret exécutif du 10 septembre 2001¹⁴, le Conseil des participations est composé de la plupart des ministres concernés, directement ou indirectement, par le processus de privatisation.

Placé sous la présidence du Chef du Gouvernement, il se réunit au moins une fois par trimestre. Mais il peut être convoqué à tout moment soit par son président, soit à la demande de l'un de ses membres. Et son secrétariat est assuré par le ministre chargé des participations (Art. 10).

Ses attributions sont importantes. En vertu des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 01-04, ce Conseil est chargé :

- « de fixer la stratégie globale en matière de participation de l'Etat et de privatisation ;

- de définir et de mettre en oeuvre les politiques et programmes concernant les participations de l'Etat ;

- de définir et d'approuver les politiques et programmes de privatisation des entreprises publiques économiques ;

12 H. TEMMAR, Energie et Mines, avril 2006, p. 40.

13 Ce Comité d'Audit n'est pas prévu par l'ordonnance n° 01-04. Il a été institué par la résolution du Conseil des Participations d'Etat n° 01-2003 du 28 juin 2003.

14 J.O.R.A. du 12 septembre 2001, p. 5.

- d'examiner et d'approuver les dossiers de privatisation ».

Et cette approbation s'effectue par le biais de résolutions que nous aurons l'occasion de retrouver tout au long de cette étude.

6 - La privatisation des entreprises publiques telle qu'elle est organisée par l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001, est gouvernée par un principe fondamental consistant à sortir de l'étatisme pour tenter de mettre en place une économie moderne et compétitive. C'est pourquoi l'accent est notamment mis sur les qualités que doit présenter le futur acquéreur. C'est à dire sa compétence technique, sa notoriété et sa solvabilité. Ce sont ces préalables qui constitue un gage du respect de l'obligation qui lui faite de pérenniser l'entreprise, de son engagement à maintenir l'emploi et, éventuellement, de le développer.

La mise en place d'une économie de marché ne doit pas pour autant signifier le désengagement total de l'Etat. C'est cette volonté politique qui justifie l'exclusion du domaine de la privatisation des entreprises publiques économiques exerçant une activité stratégique.

7 - Pour analyser à présent l'ordonnance n° 01 - 04 du 20 août 2001, il importe d'étudier tout d'abord le cadre légal de la privatisation qu'elle met en place. Il faudra envisager ensuite, dans deuxième étape, la mise en œuvre contractuelle de cette privatisation.

PREMIÈRE PARTIE - LE CADRE LÉGAL DE LA PRIVATISATION

8 - L'étude de ce cadre légal nous oblige à aborder successivement le contenu du processus de privatisation et la détermination des éventuels bénéficiaires de cette opération.

Section 1- Le contenu du processus de privatisation

9 - La privatisation des entreprises publiques économiques nécessite un travail de préparation qui est effectué soit par une Société de Gestion des Participations (S.G.P.)¹⁵ en vue de la privatisation de l'une ou plusieurs de ses filiales, soit par une entreprise publique non affiliée telle que la SNVI, Air Algérie ou la SNTF. C'est pourquoi il convient de passer en revue les conditions préalables à la privatisation. Dans une seconde étape, il y aura lieu de se pencher sur les modalités et les formes de ce processus.

Paragraphe 1 - Les conditions préalables à la privatisation

10 - C'est sur proposition du ministre de l'industrie et de la promotion des investissements que le C.P.E. adopte une résolution autorisant la privatisation d'une entreprise publique économique. A 15 Ce sont ces Sociétés de Gestion des Participations qui se sont substituées aux anciens Holdings.

partir de ce moment, deux opérations importantes doivent être menées à bien par la S.G.P. concernée : il s'agit de l'évaluation du patrimoine de cette entreprise et de l'établissement d'un cahier des charges.

A- L'évaluation du patrimoine de l'entreprise publique à privatiser

11 – C'est l'article 18 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 qui pose le principe de cette évaluation en ces termes : « Préalablement à toute opération de privatisation, les éléments d'actifs et titres à privatiser devront faire l'objet d'une évaluation par des experts, fondée sur les méthodes généralement admises en la matière ».

La rédaction de cette disposition est contestable tout d'abord en ce qu'elle vise uniquement l'évaluation des éléments d'actifs. Or tout le monde sait que le patrimoine de l'entreprise publique, auquel le législateur aurait du normalement faire référence, comprend à la fois des éléments d'actifs et des éléments représentant son passif, autrement dit des créances et des dettes telles qu'elles apparaissent au bilan de la société.

Par ailleurs, l'évaluation des « éléments d'actifs » ne s'impose que lorsque la société à qui ils appartenaient a fait l'objet d'une dissolution en raison de sa mauvaise situation financière et que, pour augmenter les chances de la privatisation, il a été décidé de céder que ces éléments d'actifs.

Enfin, cette disposition est critiquable en ce que ses rédacteurs semblent ignorer que les titres d'une entreprise publique, c'est-à-dire des actions¹⁶, ne sont évaluées que par rapport au contenu du patrimoine de cette société. Plus celle-ci est prospère plus la valeur de ses actions augmentent et plus sa situation est déficitaire et plus la valeur de ses titres baisse. Même lorsqu'une société est cotée en bourse, la valeur boursière de ses actions est dans une grande mesure le reflet de son patrimoine. Et l'évaluation de ce patrimoine doit s'imposer aussi bien en cas de privatisation totale ou partielle du capital social d'une entreprise publique.

Cela étant dit, cette évaluation devrait en principe incomber au Comité d'Audit des Entreprises Publiques, qui a été institué par le Conseil des Participations d'Etat dans sa résolution n°01-2003 du 28 juin 2003¹⁷. Cet organisme s'est vu fixer pour mission d'auditer les entreprises publiques économiques en ce qui concerne :

- « l'état de leurs ratios de rentabilité (chiffres d'affaires, valeur ajoutée, stocks, frais de personnel), l'état de leur endettement, l'état de leur patrimoine et les perspectives de leurs plans d'action ».

¹⁶ Puis que la quasi-totalité des entreprises publiques économiques ont la forme de sociétés par actions.

¹⁷ Ces résolutions même à portée générale ne sont pas publiées.

La résolution n°07-04 du 2 août 2004 a apporté des précisions supplémentaires en ce qui concerne les conditions et les modalités d'évaluation des entreprises et des actifs à céder. Tout en réaffirmant le principe d'une estimation préalable à la privatisation, elle prévoit l'actualisation éventuelle de cette évaluation si une assez longue période s'écoule entre cette évaluation et la négociation du contrat de cession. Cette résolution impose par ailleurs aux SGP et aux entreprises non affiliées de déposer sous scellé, auprès du Ministre chargé des privatisations, une version originale du rapport d'évaluation, lequel devra indiquer la valeur de l'entreprise ou de l'actif à céder selon la méthode de « l'actif net corrigé ».

Mais comme l'évaluation du patrimoine d'une entreprise publique est une opération vraiment complexe qui nécessite l'intervention de spécialistes confirmés, le C.P.E. avait commencé par donner la possibilité à ce Comité d'Audit de faire appel à toute expertise. La résolution du 2 août 2004 a néanmoins préféré donner ce pouvoir de choisir des experts directement aux SGP et aux entreprises publiques non affiliées. C'est ce qui explique que se sont souvent des cabinets d'audit qui sont en fait chargés de cette évaluation. Et dans le cas de la privatisation partielle du Crédit Populaire d'Algérie, ce sont des banques étrangères de notoriété mondiale qui ont été chargées de cette mission.

Cette évaluation du patrimoine de l'entreprise publique doit bien sûr être effectuée sous le sceau de la confidentialité de manière à ce que les éventuels acquéreurs puissent à leur tour faire leur propre évaluation dans le cadre de ce que l'on appelle une « Due diligence », sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir plus loin. C'est à l'issue de cette opération que l'éventuel acheteur sera en mesure de faire, en toute indépendance, une proposition de prix.

B - L'établissement d'un cahier des charges

12- L'article 19 de l'ordonnance n° 01-04 fait référence au cahier des charges sans le définir pour autant. D'une manière générale, il consiste en un document préparé unilatéralement par une SGP ou une entreprise publique non affiliée, avant le lancement de l'opération de privatisation. Il a pour but de donner le maximum d'informations sur cette dernière et d'organiser les conditions que les éventuels soumissionnaires doivent respecter ainsi que la procédure qu'ils doivent suivre. La disposition précitée prévoit que ce cahier des charges fait partie intégrante du contrat de cession qui sera négocié ultérieurement avec le partenaire qui aura été choisi. La résolution n° 01-47 du 1^{er} février 2005 a fixé le contenu de cahier des charges. Après avoir exposé ses grandes lignes, il faudra nous intéresser à ce que le législateur appelle l'action spécifique.

1 - Le contenu du cahier des charges

13 - Après une présentation rapide de l'entreprise à privatiser, ce document doit indiquer s'il s'agit d'une cession totale ou partielle de son capital, tout comme il doit préciser les objectifs visés par cette opération, constitués essentiellement par une amélioration de la productivité et de la compétitivité grâce à un apport technologique et une maîtrise du management.

14 - Les investisseurs, locaux ou étrangers, ne peuvent soumissionner que s'ils remplissent certaines conditions : bénéficier d'une expérience suffisante dans le métier, disposer d'une couverture financière suffisante et d'une exposition internationale, jouir de ses droits civiques et ne pas avoir fait l'objet d'une procédure de faillite.

Conformément aux prescriptions de la résolution précitée, le cahier des charges rappelle les trois obligations principales qui s'imposent aux éventuels acquéreurs. Il s'agit en l'occurrence de la pérennité de l'entreprise publique privatisée, du développement de l'investissement et de la préservation de l'emploi. C'est dire que l'investisseur s'engage de la sorte à inscrire son action dans la durée.

15 - En ce qui concerne la procédure, le soumissionnaire, après avoir retiré le cahier des charges, dispose d'un délai précis pour déposer les documents constitutifs de son offre, c'est-à-dire d'une offre technique et d'une offre financière.

L'offre technique doit comprendre une lettre de soumission, une caution bancaire de soumission - destinée à empêcher le retrait de la candidature pendant un certain délai -, une description de l'entreprise soumissionnaire¹⁸,

un business plan - c'est-à-dire en gros une étude de marché pour déterminer, à moyen terme, le chiffre d'affaires prévisionnel et le cash flow -, un plan d'investissement et une présentation de la politique sociale envisagée.

L'offre financière, qui doit être établie selon un modèle en annexe du cahier des charges, détermine le prix proposé exprimé en dinars, en euros ou en dollars.

16 - Pour terminer de résumer le contenu de ce cahier des charges, contentons nous de dire qu'il contient le maximum d'informations sur l'ouverture des offres - qui doit être faite en public par un comité d'évaluation à une date et une heure précise - sur l'examen préliminaire des offres et, enfin, sur la procédure d'évaluation des offres.

¹⁸ Cette description doit comprendre une structure de l'actionnariat et son évolution, une copie des statuts, un extrait du registre du commerce ainsi que les bilans certifiés des trois dernières années.

2 - L'action spécifique

17 - Cette action spécifique a été introduite par l'article 19, alinéa 2 de l'ordonnance n° 01-04 qui prévoit que « Les cahiers des charges peuvent, le cas échéant, prévoir la conservation à titre provisoire par le cédant d'une action spécifique ». C'est le décret exécutif n°01-352 du 10 novembre 2001¹⁹ qui fixe les conditions et modalités d'exercice de cette action spécifique. Il l'a défini comme « une action du capital social de la société résultant de la privatisation d'une entreprise publique économique que l'Etat conserve provisoirement et par laquelle il se réserve le droit d'intervenir pour des raisons d'intérêt national » (Art.2).

18 - En ce qui concerne les conditions d'exercice de cette action spécifique, il faut noter qu'elles sont assez strictes. C'est après un rapport établi par le ministre chargé des participations, qu'elle peut être prévue au profit du cédant par une décision du Chef du Gouvernement, approuvée par le Conseil des Participations d'Etat.

Par ailleurs, cette action spécifique doit obligatoirement être insérée dans le cahier des charges de manière à ce que les investisseurs ne s'engagent qu'en connaissance de cause. Et elle doit également être prévue dans les statuts de la nouvelle entreprise résultant de la privatisation.

19 - Même si cette action spécifique n'a aucune incidence financière, ses effets, surtout psychologiques, n'en restent pas moins importants. Elle donne le droit au cédant de nommer un ou deux représentants dans le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la nouvelle société, ainsi que dans ses assemblées générales. Mais cette participation s'effectue sans voix délibérative.

Elle donne en outre le pouvoir à son bénéficiaire de s'opposer à toute décision portant sur le changement de la nature de l'activité de l'entreprise, sur sa liquidation volontaire ou sur la réduction de ses effectifs.

Comme on le voit, cette action spécifique, qui est l'équivalent de ce que les anglo-saxons appellent la « Golden share », confère des pouvoirs exorbitants à son détenteur. C'est une sorte de Cheval de Troie qui lui permet de s'informer sur toute la marche de l'entreprise, alors que la confidentialité est de rigueur dans le monde des affaires, et de faire opposition à certaines décisions. Et une telle immixtion risque de constituer un sérieux obstacle à la privatisation des entreprises publiques. C'est sans doute ce qui explique que cette action spécifique n'a jamais, à ma connaissance, été mise en oeuvre. On peut même se demander si elle présente une quelconque utilité à partir du moment où, comme on l'a vu, le cahier des charges impose déjà la

¹⁹ JORA du 11 novembre 2001 p.13.

pérennité de l'entreprise et le maintien de l'emploi aux soumissionnaires²⁰. Ce qui signifie que l'acquéreur de l'entreprise publique est susceptible d'engager sa responsabilité civile en cas de violation de ces obligations.

Paragraphe 2 - Les modalités et les formes de la privatisation

A - Les modalités de la privatisation

20 - Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001, la privatisation des entreprises publiques désigne toute transaction se traduisant par un transfert de leur propriété au profit d'une personne physique ou morale, locale ou étrangère, de droit privé. Cette privatisation totale s'opère par la cession de toutes les actions²¹ de l'entreprise, détenues directement ou indirectement par l'Etat. Par cette acquisition de tout le capital de la société privatisée, cet actionnaire²² devient ainsi le seul maître de cette personne morale dont le patrimoine comprend des dettes et des créances qui sont indissolublement liées. Et lorsque le passif de cette entreprise est disproportionné par rapport à son actif, la SGP l'apure au moins en partie pour ne pas décourager les investisseurs.

Dans certains cas, c'est une privatisation partielle de l'entreprise publique qui est choisie par l'Etat pour des raisons stratégiques ou tout simplement financières. C'est ainsi qu'il a décidé de privatiser le capital du Crédit Populaire d'Algérie qu'à hauteur de 51%. Dans ce cas de figure, le futur acquéreur pourra certes gérer librement cette entreprise puisqu'il dispose de la majorité au sein de l'assemblée ordinaire, mais il ne pourra pas, par contre, procéder à une modification des statuts sans la collaboration de son associé²³. Sans l'aval de ce dernier, il ne pourra pas, en d'autres termes, augmenter ou réduire le capital social, transformer la forme de la société, modifier l'objet social ou encore décider une dissolution anticipée de la société pour cause de fusion... . Pour diverses raisons, il peut arriver que le capital social de l'entreprise publique soit privatisé à 75 ou 80%. Dans cette hypothèse, le cessionnaire dispose alors de tous les pouvoirs non seulement au sein de l'assemblée générale ordinaire, mais également au sein de l'assemblée générale extraordinaire. Il convient enfin de noter que lors que l'entreprise publique économique est privatisée partiellement, le

20 Supra, n° 14.

21 L'article 5 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 dispose que « La création, l'organisation et le fonctionnement des entreprises publiques économiques obéissent aux formes propres aux sociétés de capitaux prévues par le code de commerce ».

22 Comme la société par actions ne peut pas comporter moins de sept actionnaires, l'acquéreur de l'entreprise privatisée devra donc trouver six autres associés plus ou moins fictifs.

23 Aux termes de l'article 674, al.3 du code de commerce, l'assemblée générale extraordinaire, qui est seule habilitée à modifier les statuts, ne délibère valablement qu'à la majorité des 2/3.

cédant et le cessionnaire concluent à la fois un contrat de cession et un pacte d'actionnaires pour organiser leurs relations au sein de la nouvelle société.

En principe, le législateur prévoit que la privatisation d'une entreprise publique peut également s'effectuer par une souscription à une augmentation de son capital. Mais ce procédé, qui a été utilisé au moins à deux reprises par les entreprises ERIAD-Sétif et AURASSI, a davantage pour finalité de financer le développement de l'entreprise à moindre coût²⁴ que de la privatiser réellement. Cette augmentation du capital a donc plus de chance d'intéresser des épargnants que des investisseurs. Ce que recherchent ces derniers c'est avant tout d'acheter suffisamment d'actions pour être en mesure d'exercer un contrôle sur la gestion de la société. Or il est peu probable qu'une simple augmentation du capital d'une entreprise publique leur permette d'accéder à son contrôle. Car il ne faut pas oublier que les gestionnaires qui lancent cette opération ne tiennent pas à ce que l'équilibre en place soit bouleversé.

C'est pourquoi ils auront tendance à limiter l'importance de l'augmentation du capital pour éviter tout changement au niveau du jeu de la majorité.

La dernière modalité est constituée par la privatisation des actifs d'une entreprise publique. Comme nous l'avons déjà montré²⁵, c'est uniquement lorsque l'entreprise publique est lourdement endettée que la SGP n'a pas d'autre solution que d'isoler cet actif par rapport au passif et de proposer sa privatisation aux investisseurs.

B – Les formes de la privatisation

21 - L'article 26 de l'ordonnance du 20 août 2001 énumère plusieurs formes de privatisation dont la première est représentée par un recours aux mécanismes du marché financier notamment par une introduction en bourse. C'est par le biais de cette cotation en bourse que la privatisation des entreprises publiques s'est faite dans tous les pays industrialisés disposant d'une bourse des valeurs digne de ce nom. Mais pour le moment, la Bourse d'Alger est encore loin de remplir la mission pour laquelle elle a été créée²⁶ ; d'autant plus que les entreprises qui y sont cotées sont vraiment l'exception. C'est sans doute ce qui explique qu'aucune privatisation n'a encore été faite par un tel recours à la bourse des valeurs mobilières.

La privatisation par un appel d'offre est certainement de loin la forme la plus utilisée. Cette procédure se traduit concrètement par un appel à manifestation d'intérêt adressé aux investisseurs locaux et étrangers. Tout en précisant

24 Comme le crédit bancaire est souvent cher, les entreprises peuvent recourir à une augmentation de leur capital pour se financer sans avoir à payer des intérêts. Les nouveaux actionnaires ne perçoivent des bénéfices que si la société en réalise.

25 *Supra*, n° 11.

26 Décret législatif n° 93 -10 du 23 mai 1993 relatif à la Bourse des valeurs mobilières, J.O.R.A n°34, p. 3.

s'il s'agit d'une privatisation totale ou partielle de l'entreprise publique, cet avis, qui est publié dans la presse, donne une description sommaire de cette société en mettant l'accent sur la nature de son activité, sur le nombre de ses salariés, sur son dernier chiffre d'affaires et sur la progression de celui-ci par rapport à l'année précédente. Par ailleurs, cet appel invite les candidats qui sont intéressés à cette opération à contacter la SGP - par courrier express ou par porteur - en lui faisant parvenir, dans le délai prévu, certains documents²⁷. Ce sont seulement les candidats qui remplissent ces critères qui recevront une notification en vue du retrait du cahier des charges. Et la sélection du ou des bénéficiaires de l'opération de privatisation se fera en fonction du respect des conditions prévues par ce cahier des charges.

Section 2 - La détermination des éventuels bénéficiaires de la privatisation

22—Conformément aux dispositions de l'ordonnance n°01 - 04, l'éventuel bénéficiaire de la privatisation peut être soit une personne physique ou morale de droit privé étrangère à l'entreprise, soit la masse des salariés de celle-ci.

Paragraphe 1 – Les personnes physiques ou morales étrangères à l'entreprise

23 - Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance précitée, la privatisation des entreprises publiques s'effectue au profit d'une personne physique ou morale, locale ou étrangère, de droit privé, à l'exclusion d'une autre entreprise publique. Mais le législateur a réduit la sphère de ce choix en prévoyant des incompatibilités et en sanctionnant leur violation.

A - Les incompatibilités

24 – La première incompatibilité a trait à la gestion. En effet, les membres de la commission de contrôle des opérations de privatisation sont exclus de l'exercice d'un mandat au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de toute entreprise publique économique inscrite au programme de privatisation. Cette incompatibilité étend ses effets aux fonctionnaires en charge de la privatisation, ainsi qu'aux experts et leurs éventuels associés (Art. 36).

²⁷ Ces documents sont en général constitués par une manifestation d'intérêt, par une brochure présentant la société, son implantation, son expérience dans ce domaine d'activité et son chiffre d'affaires des trois dernières années.

La seconde incompatibilité semble plus importante. En dehors des salariés²⁸, « il est interdit à toute personne qui, en raison de ses fonctions ou de l'autorité qu'elle exerce ou a exercées sur les structures concernées par des opérations de privatisation, a eu à connaître ou a pu avoir à connaître de tout ou partie du dossier de privatisations des dites structures, de se porter au moment de la privatisation acquéreur directement ou indirectement de tout ou partie de ces dernières »(Art. 38). A la lumière de cette disposition, on constate qu'elle exclut une personne du processus de privatisation lorsqu'elle réunit deux conditions. D'une part, avoir été proche, par le poste qu'elle occupe, de l'environnement de la privatisation surtout si elle dispose ou a pu disposer d'un pouvoir hiérarchique sur la SGP chargée de cette opération. Ce qui signifie, en d'autres termes, que toute personne ayant une fonction au sein de cette SGP ou de son ministère de tutelle est visée par cette interdiction. A condition, d'autre part, qu'elle a ou aurait pu avoir accès aux informations qui touchent la privatisation d'une entreprise publique déterminée. Pour résumer, on dira que c'est l'appartenance à la sphère des initiés qui justifie une telle incompatibilité.

B - Les sanctions de la violation des incompatibilités

25 - « Constitue une infraction toute inobservation des dispositions relatives à l'incompatibilité au sens de l'article 36 ci-dessus » (Art. 39, al. 2). L'auteur de cette violation encourt une amende de 1.000.000 à 2.000.000 DA. Il est, par ailleurs, susceptible d'engager aussi bien sa responsabilité civile qu'administrative.

Abstraction faite du caractère dérisoire de cette pénalité au regard des profits pouvant résulter de l'acquisition d'une entreprise publique économique, il est singulier de constater que cette amende n'est applicable qu'à la première incompatibilité. C'est dire que l'inobservation de la seconde incompatibilité, qui est autrement plus importante, n'est pas constitutive d'une infraction et qu'elle n'est donc pas punissable et ce, en vertu du principe de la légalité des délits et des peines. Dès lors la seule question qui se pose consiste à se demander si cet oubli est fortuit ou volontaire ? Les salariés ne sont pas en tout cas concernés par ces incompatibilités.

Paragraphe 2 – La masse des salariés de l'entreprise

26 - Les salariés de l'entreprise publique en voie de privatisation ont en principe la possibilité de faire un choix entre deux options : soit une participation au capital social à titre gracieux, soit le bénéfice d'un droit de préemption.

28 Infra, n° 26 et s.

A - La participation gracieuse au capital social de l'entreprise privatisée

27 - Aux termes de l'article 28 de l'ordonnance n°01- 04, « Les salariés des entreprises publiques éligibles à la privatisation totale bénéficient à titre gracieux de 10% maximum du capital de l'entreprise concernée ». Le droit qui leur est ainsi reconnu a un caractère uniquement financier. Lorsque l'entreprise réalise des bénéfices, ce pourcentage des profits doit en principe revenir aux travailleurs. Par contre, même si cette quote-part est représentée par des actions, celles-ci ne donnent pas à leurs titulaires le droit de voter au sein des assemblées générales ni d'être représentés au conseil d'administration ou au directoire de l'entreprise privatisée.

En dépit de la reconnaissance aux salariés de ce droit à une participation gracieuse, il semble que celui-ci ne soit pas toujours respecté en fait. C'est ainsi que ce droit paraît avoir été ignoré lors de la cession totale des Unités Aïssat Idir et Smaïlia du Groupe Eriad Alger²⁹. Mais dans d'autres cas, les salariés auraient donné leur préférence à une indemnisation plutôt qu'à cette participation au capital de la nouvelle société³⁰.

Toujours est-il qu'il importe de rappeler que cette participation gracieuse n'est prévue qu'en cas de cession totale du capital de l'entreprise publique. Ce qui signifie a contrario qu'elle est exclue lorsque nous nous trouvons en présence d'une privatisation partielle.

B - Le bénéfice d'un droit de préemption sur la reprise de l'entreprise

28 – La première question que suscite ce droit de préemption concerne la délimitation de sa portée. Il convient d'envisager ensuite deux hypothèses : celle de la reprise de l'entreprise par les salariés et celle de l'absence de cette reprise.

1 - La portée du droit de préemption

29 - Selon les dispositions de l'article 29 de l'ordonnance du 20 août 2001, « Les salariés intéressés par la reprise de leur entreprise bénéficient d'un droit de préemption... ». A la lumière de ce texte, cette faculté qui est ainsi reconnue aux travailleurs de l'entreprise publique semble avoir un caractère absolu. Mais il n'en est rien en réalité puisque le décret exécutif n° 01-353 du 10 novembre 2001³¹, définissant les conditions et modalités de reprise d'une entreprise publique économique par ses salariés, limite sa portée. Il prévoit en effet que « La décision de reprise d'une entreprise publique économique par ses salariés est prise par le Conseil des Participations

29 V. El Watan du 15 novembre 2006 p. 6.

30 Le texte d'application, qui aurait pu clarifier cette situation, n'est pas encore paru à ce jour.

31 JORA du 11 novembre 2001, p. 14.

sur rapport circonstancié du ministre chargé des participations » (Art. 2). Ce qui signifie clairement que l'exercice du droit de préemption reconnu au personnel est subordonné à un avis favorable de cet organisme.

Toute la question consiste à se demander quels sont les critères qui sont pris en considération par le CPE pour prendre une telle décision, c'est-à-dire pour faire la distinction entre les entreprises publiques qui sont ou ne sont pas susceptibles d'être reprises par les salariés. A cet égard, force est de constater que la loi est muette sur ce point. Et cette incertitude risque de susciter l'incompréhension des salariés qui apprennent que leur entreprise est privatisée au profit d'un investisseur local ou étranger. Pour éviter ce genre de difficultés, il serait donc souhaitable que le législateur intervienne pour clarifier cette situation. En attendant, on est tenté de penser que les décisions prises par le CPE pour autoriser le personnel à reprendre éventuellement son entreprise sont essentiellement justifiées par trois paramètres : la dimension réduite de cette entreprise, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une PME, la relative simplicité de sa gouvernance et le recours à une technologie de base.

2 - La reprise par les salariés de leur entreprise

30 - Avant toute chose, il faut rappeler que jusqu'à présent les salariés ont acquis au moins 80 entreprises publiques³². C'est dire que toutes les conditions imposées par le législateur ont été réunies dans ces précédentes opérations : en l'occurrence celles qui sont préalables à cette reprise, celles qui sont relatives à la nouvelle société et celles qui concernent le prix de cette acquisition.

a - Les conditions préalables à la reprise de l'entreprise publique

31 - C'est seulement après que le Conseil des Participations d'Etat ait autorisé les salariés à reprendre leur entreprise, que ceux-ci disposent d'un délai de un mois, après la notification de l'offre de cession, pour manifester aux institutions concernées leur volonté d'acquérir l'intégralité du capital social de cette société.

Que faut-il entendre par salarié ayant le droit d'exercer ce droit de préemption ? C'est « tout salarié de l'entreprise inscrit depuis une année au moins au tableau des effectifs à la date de (cette notification) et ce, quelle soit la nature juridique de son contrat » (Art. 4, décret n° 01- 353).

32 - Une autre condition préalable est exigée. L'entreprise proposée à la reprise par ses salariés doit, bien sûr, faire l'objet d'une évaluation. Elle doit être effectuée par des experts désignés non

32 V. H. Temmar, op. cit.

pas par la SGP³³ mais par l'assemblée générale de cette entreprise.

C'est sans doute à cause de cette particularité et du fait que les salariés sont présumés connaître la situation patrimoniale de leur entreprise que le législateur ne semble pas leur donner la possibilité d'effectuer leur propre « Due diligence », à l'instar des investisseurs étrangers à l'entreprise publique économique.

b - Les conditions relatives à la nouvelle société

33 – Après avoir manifesté leur intention d'acheter leur entreprise, les salariés intéressés doivent obligatoirement constituer une société qui aura pour objet de procéder à cet achat. Même si le législateur ne donne aucune indication sur la forme de cette société, il est probable que les salariés choisiront, en fonction de leur nombre, soit la société par actions, soit dans une moindre mesure la société à responsabilité limitée.

La participation de chaque salarié au capital de cette nouvelle société est proportionnelle au montant de son apport. A ce propos, si aucun minimum de participation n'est exigé, un salarié ne peut pas détenir 50% ou davantage des droits de vote au sein des assemblées de la nouvelle société (Art. 8). Mais cela n'empêchera pas ce dernier d'utiliser, éventuellement, un homme de « paille » pour se donner la possibilité de contrôler, d'une manière occulte, cette entreprise.

Les titres obtenus en contrepartie de cet apport sont incessibles pendant une période de cinq ans à compter de la date de leur souscription. Par contre, « Les titres de la société rachetée détenus en portefeuille par la société de reprise ne peuvent faire l'objet de transaction avant leur paiement intégral » (Art. 9, al. 1^{er}). En cas de violation de cette disposition, la société de reprise est non seulement obligée de rembourser le montant de l'abattement qui lui a été consenti, mais elle perd également le bénéfice des autres avantages qui lui ont été accordés.

c - Les conditions relatives au prix de la reprise

34 - Les conditions relatives au prix de cession de l'entreprise publique économique sont organisées par l'article 29 de l'ordonnance du 20 août 2001 et surtout par les dispositions du décret exécutif précité du 10 novembre 2001. Conformément à ces prescriptions, les salariés bénéficient d'un abattement de 15% au maximum sur le prix de cession de l'entreprise privatisée.

Le paiement de la somme restante s'effectue d'abord par le versement d'un apport initial dont le montant sera déterminé par le contrat de cession. Ce qui signifie que le législateur, dans un souci d'encourager

33 Supra, n° 11.

une telle privatisation, laisse une liberté aux parties contractantes pour négocier le quantum de cette première tranche. Mais la libération de cet apport initial n'intervient pas lors de la conclusion du contrat de cession. Elle ne se concrétise qu'au terme d'un délai de deux années.

Le reliquat du prix de cette privatisation sera ensuite remboursé sur une période de vingt ans, courant après ce différé, par des annuités fixes payables à la fin de chaque année.

En dehors des avantages qui leur sont ainsi reconnus, les salariés qui rachètent leur entreprise par le biais de la société nouvellement créée bénéficient, en outre, d'un taux d'intérêt relativement allégé de 6%, applicable seulement à partir de la sixième année du paiement du reliquat.

En contrepartie de toutes ces faveurs, la société de reprise accorde à l'ancien actionnaire de l'entreprise publique, c'est-à-dire le plus souvent à la SGP, un nantissement des titres qu'elle détient à hauteur du reliquat de leur valeur. Ce qui signifie, en d'autres termes, que l'assiette de cette garantie subira une réduction après le versement de chaque annuité.

3 - L'absence de reprise par les salariés de leur entreprise

35 - Si les salariés refusent d'exercer le droit de préemption qui leur a été accordé, deux alternatives s'offrent alors à eux : ou bien conserver leur statut d'employés dans l'entreprise privatisée, ou bien bénéficier d'une indemnisation conformément à la législation en vigueur (Art. 7, d. n° 01 - 353).

Après avoir décrit l'essentiel du cadre légal de la privatisation, il importe à présent de tenter de montrer comment s'effectue sa mise en œuvre contractuelle.

DEUXIÈME PARTIE - LA MISE EN OEUVRE CONTRACTUELLE DE LA PRIVATISATION

36 - La mise en œuvre contractuelle de la privatisation suppose la sélection préalable du soumissionnaire ayant fait la meilleure offre. En ce qui concerne le cheminement de la procédure qui aboutit à effectuer ce choix, il convient de rappeler rapidement que son point de départ est constitué par l'appel à manifestation d'intérêt³⁴ lancé par la SGP chargée de privatiser l'une de ses filiales. Après avoir retiré le cahier des charges³⁵, les candidats intéressés par cette opération ont la possibilité de procéder à l'évaluation du patrimoine ou des actifs de cette entreprise dans le cadre de ce que l'on appelle une « Due diligence ». Ils ont en effet la possibilité d'avoir accès à la « Data room », c'est-à-dire à la salle qui

34 Supra, n° 21.

35 Supra, n° 12.

contient tous les documents comptables et autres de l'entreprise des trois dernières années. Tout comme ils ont la faculté d'apprécier l'état des équipements et des immeubles de cette société. C'est seulement après avoir mené à bien cette évaluation, que les candidats seront en mesure de faire parvenir à la SGP leur offre technique et leur offre financière³⁶.

C'est sur la base de ces deux offres que la commission d'évaluation de la SGP choisit un ou deux soumissionnaires les mieux placés. Mais le choix de l'éventuel bénéficiaire de la privatisation ne devient définitif que lorsqu'il aura été avalisé par une résolution du Conseil des Participations d'Etat et qui, en même temps, rappelle les conditions de cette privatisation. Qu'il s'agisse du prix de la cession, du nombre des emplois à sauvegarder, de la nature des bâtiments ou de la superficie du terrain³⁷ à inclure dans cette opération... .

Les parties peuvent, à l'issue de cette phase de désignation du cocontractant, commencer les négociations en vue de la privatisation de l'entreprise publique économique. Si l'intégralité du capital de celle-ci est cédée, c'est uniquement un contrat de cession qui est discuté entre les deux partenaires. Par contre, si la privatisation est partielle, les futurs associés devront en outre négocier un pacte d'actionnaires.

Section 1-Le contrat de cession de l'entreprise publique économique

37 - Le projet de contrat de cession que les parties vont négocier, pendant une période plus ou moins longue, commence presque toujours par un préambule qui rappelle que cette négociation s'effectue conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 01 - 04 du 20 août 2001, que l'investisseur a manifesté son intérêt en vue de la reprise d'une partie ou de la totalité du capital social de l'entreprise publique en voie de privatisation, qu'il a librement procédé à la « Due diligence » avant de faire son offre et, enfin, que le CPE a approuvé cette opération dans une résolution particulière en subordonnant cette transactions à certaines conditions. Après avoir analysé ces obligations, il faudra ensuite survoler le régime de ce contrat.

Paragraphe 1 – Les obligations résultant du contrat de cession de l'entreprise publique

38 – Alors que certaines de ces obligations s'imposent au cessionnaire, c'est-à-dire à l'acquéreur, d'autres s'appliquent au cédant.

36 Supra, n° 15.

37 L'opération de privatisation s'est également accompagnée d'une récupération du foncier excédentaire des entreprises publiques économiques. Au début de l'année 2006, il semble que 88 hectares auraient été récupérés et remis aux domaines afin que ces surfaces soient mises à la disposition des investisseurs (H. Temmar, op. cit.).

A – Les obligations du cessionnaire

39 – Les obligations du cessionnaire sont consécutives au paiement du prix, au plan pluriannuel d'investissement, au maintien des effectifs et à sa garantie.

1 – Le paiement du prix

40 - La principale obligation de l'acquéreur est constituée par le paiement du prix convenu par les parties, et approuvé par la résolution du CPE, en contrepartie du transfert de la totalité ou d'une partie du capital social de l'entreprise publique économique. Ce prix est en principe déterminé d'une manière définitive. Mais exceptionnellement, il peut faire l'objet d'une actualisation dans les circonstances suivantes : lorsqu'il a été fixé à une date déterminée et que la signature du contrat de cession est intervenue plusieurs mois plus tard, le prix est alors réajusté afin de tenir compte de l'évolution positive de la situation financière de l'entreprise publique privatisée. Et conformément aux prescriptions du cahier des charges, le versement de cette somme peut être effectué en dinars, en euros ou en dollars par virement sur un compte d'affectation spécial³⁸.

41 - En ce qui concerne les modalités de paiement, il convient de rappeler que les salariés qui consentent à exercer leur droit de préemption jouissent d'un statut favorable³⁹. En dehors de ce cas particulier, la résolution du CPE n° 01 - 48 du 15 février 2005 fait une distinction : lorsque la privatisation concerne une entreprise publique de taille PME, le paiement du prix doit s'effectuer au comptant ; en revanche, quand cette opération touche une grande entreprise publique, les conditions de paiement sont arrêtées par le CPE. Ce qui signifie, implicitement, que le repreneur peut alors bénéficier d'un paiement échelonné. A condition sans doute qu'il accepte de payer un intérêt et qu'il offre au cédant une garantie suffisante constituée soit par un nantissement des valeurs mobilières acquises, soit par une caution bancaire à première demande.

2 – Le plan pluriannuel d'investissement

42 - En dehors du paiement du prix, le cessionnaire doit également s'engager à réaliser un plan d'investissement d'une durée de trois ou quatre années et d'un montant global déterminé. Dans l'esprit de la puissance publique, une telle obligation a essentiellement pour objet le renouvellement ou le développement des équipements existants et, par voie de conséquence, de pérenniser l'entreprise privatisée tout en sauvegardant les emplois.

38 Ce compte d'affectation spéciale n° 302 - 083 intitulé « Ressources des privatisations » est ouvert auprès du Trésor Public.

39 Supra, n° 34.

Bien que cet engagement figure dans son offre de soumission et qu'il sert finalement ses intérêts à moyen terme, l'acquéreur a souvent du mal à l'accepter au cours de la négociation du contrat de cession. D'une part, parce qu'il considère que cette obligation qui est ainsi mise à sa charge constitue une immixtion dans son pouvoir de gestion de la nouvelle société. D'autre part, parce qu'il estime qu'il s'agit non pas d'une obligation de résultat mais de moyen. C'est pour cette raison que sa réalisation doit dépendre des conditions du marché et du chiffre d'affaires obtenu par l'entreprise. Il serait en effet pour le moins anormal d'imposer un tel investissement alors que la conjoncture économique est défavorable.

Quoiqu'il en soit, les parties au contrat conviennent en général de se rencontrer une fois par an pour apprécier l'état d'avancement de ce plan d'investissement. Chaque fois que le cédant constate une insuffisance dans ce domaine, il doit en informer par écrit son partenaire et provoquer une réunion en vue d'en discuter. Et à défaut d'accord sur l'analyse de la situation économique, les deux parties doivent alors désigner d'un commun accord un expert ayant pour mission de trancher cette question.

3 – Le maintien des effectifs

43 – En dépit du principe de l'effet relatif des contrats, il est classique de voir les contrats de travail liant les salariés à leur entreprise continuer à produire leurs effets même lorsque celle-ci est passée sous le contrôle d'une autre société. Le cédant n'est pas contenté de cette règle traditionnelle ; il a préféré imposer d'emblée dans le cahier des charges cette exigence consécutive à la sauvegarde de l'emploi. C'est pour cette raison que le cessionnaire assume cette obligation de maintenir tous les emplois existants au moment de la conclusion du contrat de cession. Et dans certains cas, il va même au-delà en s'engageant à créer de nouveaux postes de travail dans un délai déterminé.

Pour permettre au cédant de vérifier que cette exigence est respectée, l'acquéreur consent à lui fournir annuellement un état répertoriant les salariés de l'entreprise, les départs à la retraite et les nouvelles recrues.

4 – La garantie du cessionnaire

44 – La première garantie que l'acquéreur est tenu d'assumer a trait à sa capacité juridique pour signer le contrat de cession. Ce qui signifie qu'il doit être dûment habilité par les organes statutaires compétents à conclure l'opération de privatisation et à exécuter toutes les obligations qui en découlent.

Il doit en outre garantir au cédant que la société qu'il représente a été valablement constituée, qu'elle ne fait pas l'objet d'une procédure de faillite ou

de règlement judiciaire et qu'aucune décision judiciaire ou arbitrale pouvant avoir de graves répercussions sur son patrimoine n'a été prononcée contre elle.

B - Les obligations du cédant

45 - La principale obligation du cédant est constituée par le transfert de la propriété des actions qu'il détient dans le capital de l'entreprise publique en voie de privatisation. Mais il doit également fournir une garantie à l'acquéreur.

1 - Le transfert de la propriété des actions

46 - En contrepartie du prix que doit payer l'acquéreur, le cédant est tenu de lui transférer la propriété de l'intégralité ou d'une partie du capital social de l'entreprise publique économique objet de la privatisation. Mais comme les actions ne sont pas matérialisées, il s'oblige à accomplir toutes les formalités en vue d'opérer un tel transfert. Il doit, en d'autres termes, convoquer une assemblée générale extraordinaire pour procéder à une modification des statuts sociaux. Celle-ci consiste à y substituer le nom du cessionnaire à celui du cédant comme nouveau titulaire des valeurs mobilières détenues jusqu'alors par ce dernier. Et pour que cette modification ait une valeur juridique, il faut nécessairement qu'elle prenne la forme d'un acte authentique.

47 - Dans les cas exceptionnels où la privatisation ne porte que sur les actifs d'une entreprise publique économique, le cédant doit, en fonction de la nature mobilière ou immobilière des biens, effectuer, le cas échéant, les formalités nécessaires pour transférer valablement tous ces actifs au cessionnaire. C'est ainsi, par exemple, qu'il devra contacter un notaire pour transférer la propriété d'un bien immobilier ou une daïra compétente pour modifier les cartes grises des véhicules compris dans ces actifs.

2 - La garantie du cédant

48 - La première garantie qui est imposée au cédant concerne la plénitude des pouvoirs qu'il détient en vue de la conclusion et de l'exécution du contrat de cession. A cet égard, il convient de rappeler qu'il est habilité à signer cet accord par l'article 24 de l'ordonnance n° 01-04 qui prévoit que « L'acte de cession est signé par un représentant dûment mandaté par l'assemblée générale de l'entreprise publique économique concernée ». Même si cette disposition ne le précise pas, c'est sans aucun doute l'assemblée générale extraordinaire qui est compétente pour accorder ce mandat, puisque la privatisation d'une entreprise va nécessairement se traduire par une modification de ses statuts. Singulièrement, alors que cette justification légale se suffit à elle-même, le CPE a cru utile d'adopter la résolution n° 06-04 du 29 juin 2004 pour attribuer ce pouvoir de négociation aux organes sociaux de la SGP⁴⁰.

40 Ce qui constitue une contradiction par rapport à l'article 24 précité qui charge l'assemblée générale de mandater le représentant de l'entreprise publique économique.

Le cédant doit également garantir que les documents et livres comptables de la société ont été tenus conformément aux dispositions légales en vigueur ainsi qu'aux usages et que le bilan reflète exactement la situation active et passive de la société. Dans le même ordre d'idées, il doit en plus déclarer qu'à la date de l'arrêt des comptes de l'exercice de la dernière année, l'entreprise publique en voie de privatisation n'a inscrit aucun engagement hors bilan au sens des règles de la comptabilité ; et qu'il a obtenu un quitus des administrations fiscales et sociales.

49 - Par ailleurs, lorsque cette entreprise n'est pas propriétaire de certains locaux dont elle a la jouissance, le cédant s'engage à obtenir la négociation d'un avenant entre celle-ci et le bailleur en fixant le loyer à son niveau actuel et une durée d'au moins quatre ans à compter de la date de signature du contrat de cession.

Il peut enfin arriver que l'entreprise publique économique en cours de privatisation soit bénéficiaire d'une concession en vue de l'occupation d'un terrain appartenant au domaine public ou de l'exploitation d'une mine. Le cédant doit, dans ce cas de figure, négocier avec l'administration compétente, et cela avant la signature du contrat, une prolongation appréciable de la durée de cette concession.

Paragraphe 2 - Le régime du contrat de cession

50 - L'analyse rapide de ce régime suppose d'aborder successivement la détermination de la loi applicable, la fiscalité, les transferts de fonds, l'entrée en vigueur du contrat et le règlement des différends.

A - La loi applicable

51 - S'agissant de la désignation de la loi applicable au contrat de cession, c'est évidemment le droit algérien qui s'impose chaque fois qu'il est négocié avec une personne physique ou morale locale. Car il est qualifié dans ce cas de contrat de droit interne.

Par contre, ce contrat acquiert un caractère international dès lors que le cessionnaire jouit d'une nationalité étrangère. C'est en raison de cet élément d'extranéité, que le principe de l'autonomie de la volonté - qui est universellement admis - permet aux parties contractantes de choisir librement la législation qui doit régir la conclusion, l'exécution et l'interprétation du contrat de cession. Et à cet égard, l'expérience enseigne que c'est le droit algérien qui a, dans la grande majorité des cas, la préférence des deux partenaires.

52 - La question du choix du droit applicable à l'entreprise publique économique en voie de privatisation ne se pose pas.

L'implantation de toute son activité, du lieu de sa constitution et, de surcroît, de son siège social en Algérie⁴¹ plaident naturellement en faveur de sa soumission à l'empire de la législation algérienne.

Même si la compétence de ce droit ne fait aucun doute, elle prend une dimension particulière quand l'investisseur se place dans le domaine d'application de l'ordonnance n° 01 - 03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement⁴² dont l'article 2-3 y intègre « les reprises d'activité dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale ». Le cessionnaire, local ou étranger, a en effet intérêt à faire cette démarche pour bénéficier des avantages et des garanties prévus par ce code. Or parmi ces dernières figure celle prévue par l'article 15 : « Les révisions ou abrogations susceptibles d'intervenir à l'avenir ne s'appliquent pas aux investissements réalisés dans le cadre de la présente ordonnance à moins que l'investisseur ne le demande expressément ». Cela signifie, en d'autres termes, que le cessionnaire bénéficie de ce que l'on appelle le gel ou l'intangibilité du droit applicable. Toute son activité reste régit par le droit en vigueur au moment de la signature du contrat de cession. Par voie de conséquence, toutes les modifications ou abrogations législatives lui sont inopposables. Mais il peut néanmoins invoquer le bénéfice des nouvelles dispositions s'il les juge plus favorables que les anciennes.

B - Le régime fiscal

53 – En ce qui concerne ce régime fiscal applicable au contrat de cession, c'est l'article 11 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 doit être sollicité même si ses dispositions manquent de précision. Il prévoit que « Tous les actes, pièces et documents établis dans le cadre des opérations de réorganisation du secteur public économique, décidées par le Conseil des Participations d'Etat, sont exonérés de tous droits et taxes ». Bien que le terme « privatisation » n'ait pas été expressément utilisé, il est clair que cette opération constitue la pièce maîtresse de cette « réorganisation du secteur public économique ». Comme, par ailleurs, le contrat de cession de la totalité ou d'une partie du capital social d'une entreprise est par excellence un acte juridique, on peut raisonnablement penser qu'il bénéficie d'une telle exonération.

54 - L'autre question qu'il importe de se poser consiste à nous demander si l'entreprise publique qui a fait l'objet d'une privatisation peut profiter de certaines incitations fiscales. C'est incontestablement une réponse positive qui s'impose dans plusieurs cas de figure.

41 Pour plus de développement, v. N. TERKI, Les sociétés étrangères en Algérie, OPU, Alger, p.27 et s.

42 J.O.R.A. n° 47 du 22 août 2001, p. 3.

La première hypothèse trouve son fondement dans l'article 17 de l'ordonnance précitée. Il dispose que « Les opérations de privatisation visées à l'article 13 ci-dessus, par lesquelles le ou les acquéreurs s'engagent à réhabiliter ou moderniser l'entreprise et/ou à maintenir tout ou partie des emplois salariés et maintenir l'entreprise en activité, peuvent bénéficier d'avantages spécifiques négociés au cas par cas ». La lecture de cette disposition peut, d'une manière implicite, nous inciter à penser que la réhabilitation de l'entreprise, le maintien des emplois et la pérennité de l'activité de cette dernière ne trouvent leur justification que dans l'engagement de l'acquéreur. Or nous avons montré que ce sont en réalité de véritables obligations que lui imposent le cahier des charges et la résolution du CPE⁴³, même si elles sont ensuite consacrées par les dispositions contractuelles. Cela n'empêchera pas pour autant l'investisseur à négocier des avantages spécifiques comme l'y autorise l'article 17 précité. Mais comme il s'agit d'une simple faculté, il est probable que ces avantages ne seront consentis qu'aux investissements d'une certaine importance.

Il y a une autre voie plus simple et moins incertaine d'accéder à ce statut fiscal privilégié. Il suffit, avant de réaliser la privatisation, de faire une déclaration d'investissement auprès de l'Agence Nationale de Développement de l'Investissement et demander à bénéficier des avantages prévus par le régime général ou par le régime dérogatoire⁴⁴. C'est ainsi que le cessionnaire concerné par le régime général peut bénéficier d'une exonération de droits de douane pour l'importation de biens entrant dans la réalisation de l'investissement, d'une franchise de la TVA, d'une exemption du droit de mutation à titre onéreux pour les acquisitions immobilières, d'une exonération de l'impôt sur les bénéfices des sociétés et de la taxe sur l'activité professionnelle.

C – Les transferts de fonds

55 – Compte tenu de l'inconvertibilité de notre monnaie, il est évident que les investisseurs étrangers ne seraient pas tentés de s'implanter en Algérie s'ils n'avaient pas la possibilité d'effectuer des transferts de fonds. C'est pour cette raison que l'article 31 de l'ordonnance n° 01- 03 leur reconnaît cette garantie à condition que l'investissement soit réalisé par un apport en capital, « au moyen de devises librement convertibles, régulièrement cotées par la Banque d'Algérie et dont l'importation est dûment constatée par cette dernière ». Dès lors que ces exigences sont remplies, l'investisseur bénéficie d'une garantie de transfert du capital immobilisé et des revenus qui en découlent. Et ce texte souligne que c'est le produit réel net qui est susceptible d'être transféré « même si ce montant

43 Supra, n° 42 et 43.

44 V. art. 9 et s. de l'ordonnance n°01-04 (op. cit.) modifiée par l'ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2006, JORA du 19 juillet 2006, p. 15.

est supérieur au capital investi ». Ce qui veut dire en clair que la plus-value résultant de l'acquisition de la totalité ou d'une partie du capital social de l'entreprise publique peut faire l'objet d'un transfert par le cessionnaire.

Le règlement de la Banque d'Algérie n° 05 - 03 du 6 juin 2005 relatif aux investissements étrangers donne instruction aux banques et établissements financiers, intermédiaires agréés, d'exécuter « sans délai les transferts au titre (précise - t - il) des dividendes, bénéfices, produits de la cession des investissements étrangers ainsi que celui des jetons de présence et tantièmes pour les administrateurs étrangers ». Cette énumération a omis de mentionner en particulier le remboursement des intérêts et du capital de l'éventuel emprunt contracté à l'étranger par le cessionnaire en vue de réaliser son investissement.

D - L'entrée en vigueur du contrat de cession

56 – Le contrat de cession constitue en principe un acte sous seing privé puisqu'il est conclu entre deux ou plusieurs sociétés commerciales, dont l'activité est dominée par une exigence de célérité, et que, de surcroît, l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 n'impose aucune condition de forme. La signature des deux parties contractantes devrait donc suffire pour que cet accord entre en vigueur, c'est-à-dire susceptible d'exécution. Mais cette solution traditionnelle est écartée à partir du moment où l'Etat intervient, même d'une manière indirecte, dans cette opération. En effet bien que la SGP soit une personnalité morale bénéficiant d'une autonomie juridique, il n'en demeure pas moins que c'est la puissance publique qui est vraiment détentrice de tout le capital de l'entreprise publique en voie de privatisation. C'est pour cette raison que les parties subordonnent souvent l'entrée en vigueur du contrat de cession à sa signature, au paiement du prix et à l'approbation de l'autorité de tutelle⁴⁵. A cet égard, il convient d'ailleurs d'observer que cette autorité est omniprésente tout au long de la négociation de ce contrat de cession.

57 – Dans certains cas, qui hélas ! ont tendance à se multiplier, le contrat de cession est finalisé devant un notaire, c'est-à-dire qu'il prend la forme d'un acte authentique. Dans la plupart des cas, ce sont les responsables des SGP qui demandent, lors de la phase finale de la négociation, l'intervention de cet officier ministériel en dépit du fait que la législation relative à la privatisation ne leur impose pas une telle obligation. Et s'ils le font c'est sans doute parce qu'ils ont l'impression d'être mieux protégés.

⁴⁵ Pour de plus amples développements, v. N. TERKI, La clause d'entrée en vigueur dans les contrats internationaux de longue durée, *Annales de droit de Louvain*, 1983, 3, pp. 219 à 235.

Il arrive également que ce soit le cessionnaire étranger qui soutient le recours à cette forme authentique pour des raisons à la fois de preuve et de sécurité.

E - Le règlement des différends

58 – Lorsque le contrat de cession est conclu entre la SGP et une personne physique ou morale de nationalité algérienne, les litiges ayant trait à l'interprétation ou à l'exécution du contrat de cession sont souvent confiés au juge local territorialement compétent.

Il convient de souligner que ces parties ont également la possibilité de recourir à l'arbitrage interne⁴⁶, alors que ce procédé de règlement des différends est en pratique très peu utilisé.

59 – Quand le contrat de cession a un caractère international du fait en particulier de la nationalité étrangère du cessionnaire, les parties peuvent bien sûr décider d'un commun accord de confier l'éventuel conflit à un juge local. Ce choix a d'ailleurs été fait dans une privatisation récente. Mais il est néanmoins probable que la plupart des investisseurs donneront leur préférence à l'arbitrage international. D'une part parce que les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements étrangers ont tendance à privilégier cette solution⁴⁷. D'autre part, parce que depuis 1993 même les personnes morales de droit public sont autorisées à compromettre dans leurs relations économiques internationales⁴⁸. Et cela est d'autant plus vrai s'il s'agit d'une SGP qui a la forme d'une société commerciale.

Cet éventuel recours à l'arbitrage international est cependant toujours précédé par une tentative en vue d'une résolution à l'amiable du différend.

Section 2 – Le pacte d'actionnaires

59 – Lorsque le capital social de l'entreprise publique économique est cédé dans sa totalité, le cessionnaire contrôle à lui seul la gestion de cette société. En revanche, s'il n'a acquis qu'une partie de ce capital, il aura alors besoin de conclure un pacte d'actionnaires avec son associé, même si celui-ci est minoritaire. En effet, le pacte d'actionnaires, qui constitue une suite logique du contrat de cession, a pour objet de définir la coopération des parties au sein de l'entreprise publique partiellement privatisée. Et cette coopération, dont il convient d'évoquer les grandes lignes, porte sur la gestion de la société et sur la future cession des actions de l'associé minoritaire.

46 V. A. MAHIOU, L'arbitrage en Algérie, Rev. Algérienne des sciences juridiques, 1989, pp.701 à 734.

47 V. M. ISSAD, Deux conventions pour la promotion des investissements, Rev. Alg. 1991, p.729 et S. ; N. TERKI, La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, Rev. Alg., pp. 9 à 31.

48 V. N. TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger.

Paragraphe 1 – La gestion de l’entreprise publique partiellement privatisée

60 – Dans le cadre de ce pacte d’actionnaires, les deux parties doivent d’abord prévoir la convocation de l’assemblée générale extraordinaire en vue de procéder à une modification des statuts sociaux et à la nomination des membres du conseil d’administration ou du directoire.

En ce qui concerne cette modification des statuts, les actionnaires doivent avant tout décider si la société doit changer de forme et de nom. A ce propos, la pratique enseigne que lorsque l’acquéreur de la majorité du capital est notoirement connu, son nom est accolé à celui de l’entreprise publique en voie de privatisation dans le but évident d’améliorer son image de marque.

Mais c’est surtout la nouvelle répartition du capital social qui constitue le changement le plus important que les parties doivent trancher. Car dès lors que les actions ne sont pas matérialisées, ce sont uniquement les statuts de la société qui constituent la seule preuve de l’appropriation du capital social, dans une proportion plus ou moins importante, par le cessionnaire et par le cédant. Si, par exemple, le premier détient 80% de ce capital, cela lui permettra de contrôler à la fois l’assemblée générale ordinaire, dont les délibérations sont votées selon la règle de la majorité, et l’assemblée générale extraordinaire, au sein de laquelle les décisions sont adoptées à la majorité des deux tiers.

Mais le respect de cette dernière condition ne suffit pas pour valider les délibérations de cette dernière assemblée. La modification des statuts n’acquiert une validité juridique que si elle a été effectuée en la forme authentique sur la base du procès verbal de réunion de l’assemblée générale extraordinaire.

61 - La composition du conseil d’administration ou du directoire reflète, en tout cas, cette répartition du capital social. La représentation des associés au sein de cet organe de gestion s’effectue en fonction de l’importance de leur apport. Si nous reprenons l’exemple d’une privatisation de 80% du capital social de l’entreprise publique, cela signifie que sur les huit administrateurs qui siègent au conseil d’administration, six d’entre eux représentent le cessionnaire et les deux autres le cédant.

62 - Le pacte d’actionnaires organise également la nomination du président du conseil d’administration, et éventuellement du directeur général, en confiant évidemment ces postes aux représentants de l’associé majoritaire. Mais il peut arriver que ce dernier accepte, même lorsqu’il détient 80% du capital, que l’associé minoritaire propose un deuxième directeur général à qui il confie des missions bien déterminées.

63 – Le commissaire aux comptes est en principe désigné par l’assemblée générale ordinaire parmi les professionnels inscrits au tableau de l’Ordre National. Ce qui revient à dire que c’est l’associé majoritaire

qui dispose indirectement de ce pouvoir de nomination. Le pacte d'actionnaires peut néanmoins prévoir, dans un esprit de conciliation, d'associer l'actionnaire minoritaire au choix de ce commissaire aux comptes. Dans certains cas la solution retenue est encore plus simple : puisque les dispositions du code de commerce autorisent la pluralité des commissaires aux comptes, chaque actionnaire procède à la désignation de l'un d'eux à condition que ce choix soit approuvé par l'autre. Et en cas de désaccord des parties, la solution subsidiaire qui est quelquefois prévue consiste à avoir recours à l'Ordre National des experts comptables pour lui confier la mission de désigner un commissaire aux comptes.

64 - Le pacte d'actionnaires contient souvent, enfin, des stipulations organisant la répartition des bénéfices. C'est à cet égard, la règle légale qui est souvent prise en considération. Elle consiste à répartir les bénéfices entre les associés proportionnellement aux apports qu'ils ont effectués.

Mais l'assemblée générale ordinaire, qui est contrôlée par l'actionnaire majoritaire, peut refuser de distribuer des bénéfices en invoquant une politique d'autofinancement qui sauvegarde les intérêts de l'entreprise. Dans une telle situation, l'associé minoritaire ne peut que saisir le tribunal compétent en fondant son action sur un abus de la majorité. C'est précisément pour éviter ce genre de difficultés que le pacte d'actionnaires prévoit une répartition annuelle des profits, à condition bien sûr que la société en réalise.

Lorsque l'entreprise publique réalisait des bénéfices avant sa privatisation partielle, le pacte d'actionnaires prévoit que les bénéfices distribués seront au moins équivalents à ceux de l'année précédente, sauf cas de force majeure. L'associé minoritaire profitera de cette distribution tant qu'il n'aura pas cédé ses actions.

Paragraphe 2 - La cession des actions par l'associé minoritaire

65 – La société par actions est par excellence une société de capitaux. C'est dire que les associés qui la composent importent peu. Ce qui compte avant tout c'est uniquement l'apport qu'ils font. C'est pour cette raison que les actions sont librement négociables. Il arrive cependant que les statuts de la société limitent l'exercice de cette liberté. C'est justement cette solution que le pacte d'actionnaires adopte bien souvent. Il prévoit un droit de préemption au profit de l'actionnaire majoritaire qui oblige

l'associé minoritaire, qui veut céder ses titres, à les lui proposer en priorité. Dans certains cas, le pacte d'actionnaires va même jusqu'à fixer à l'avance la date de la cession de ces actions à l'associé majoritaire. Et c'est seulement en cas de refus de ce dernier d'exercer le droit de préemption qui lui est ainsi reconnu que l'associé minoritaire aura alors la possibilité de vendre ses valeurs mobilières à une tierce personne.

66 - Le pacte d'actionnaires prend également soin de déterminer le prix de cession de ces actions. L'un des moyens qui est quelquefois utilisé consiste à prendre en considération la valeur nominale de l'action à compter de la conclusion du contrat de cession augmentée annuellement au moins de dix pour cent.

Lorsque la proposition financière qui lui est faite lui paraît inférieure à ce qui a été prévu, l'actionnaire minoritaire a la possibilité de vendre ses actions au meilleur prix à toutes les personnes intéressées.

Une autre formule peut également être prévue par le pacte d'actionnaires pour déterminer le prix de cession de ces actions. Elle consiste à faire appel à un expert désigné par les parties pour lui demander de procéder à l'évaluation de ces titres, ce qui ne peut être fait qu'en évaluant le patrimoine de l'entreprise.

CONCLUSION

67- Bien que l'ordonnance qui organise la privatisation ait été promulguée en 2001, force est de constater que ce processus de réorganisation de l'économie nationale est loin d'arriver à son terme. Car il reste encore plus de mille sociétés qui devraient être touchées par cette opération d'envergure. Si l'on veut vraiment que les patrimoines de ces entreprises ne se déprécient pas davantage, en augmentant le risque qu'elles ne trouvent plus de repreneurs, il serait raisonnable d'accélérer la concrétisation de cette privatisation. D'autant plus que la volonté politique de la mener à bien existe, en dépit de quelques tâtonnements, et que le temps nous est de toute façon compté si on garde à l'esprit la perspective de l'entrée en vigueur de l'accord de libre échange conclu avec l'Union Européenne et notre éventuelle adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce.