

Les aides de l'Etat aux entreprises publiques économiques : une entrave au principe de libre concurrence ?*

Pr. ZOUAÏMIA Rachid,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie

بروفيسور زوايمية رشيد،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

Le droit de la concurrence a vocation à appréhender toute activité humaine, pourvu qu'elle soit économique, c'est-à-dire qu'elle puisse être présente sur un marché où se rencontrent l'offre et la demande. Dans le cas des entreprises publiques, elles sont soumises *de plano* au droit de la concurrence et à la compétence du Conseil de la concurrence dans le cadre de leurs activités de production, de distribution ou de services et ce, au même titre que toute entreprise privée. Toutefois, depuis la fin des années 2000, on assiste à la résurgence de l'Etat-producteur et à un renouveau de l'interventionnisme de la puissance publique qui contraste fort avec la substance des réformes de 1988, de sorte que l'entreprise publique revient sur la scène pour s'imposer comme un agent économique particulier aux yeux de l'Etat. Ce dernier renoue avec les anciennes pratiques de subventions à l'excès à un secteur public déstructuré, ce qui nécessite d'analyser la nouvelle politique d'aides de l'Etat aux entreprises publiques sous le prisme du droit de la concurrence.

Mots-clés :

Aide, Concurrence, Entreprise publique, Service public, Subvention.

The state Aid to economic public companies: a barrier to the principle of free competition?

Abstract:

The competition law is intended to capture all human activity, provided it is economic, that is to say, it may be present in a market where supply and demand meet. In the case of public companies, they are submitted automatically to the competition law and the jurisdiction of the Competition Council in the context of their production, distribution and services and, just like any business Private. However, since the late 2000s, there has been a resurgence of the producing state and a revival of interventionism of public power that contrasts strongly with the substance of the 1988 reforms, so that the public company returned to the stage to itself as a particular economic agent in the eyes of the state. This revives the old practices of excessive subsidies to public sector unstructured, requiring an analysis of the new policy on state aid to public companies under the prism of competition law.

Key words:

Aid, Competition, Grant, Public company, Public service.

* Article reçu le 22/12/2016, rendu publiable le 12/06/2017.

مساعادات الدولة للمؤسسات العمومية الاقتصادية في مواجهة مبدأ المنافسة الحرة الملخص:

يهدف قانون المنافسة إلى تغطية كل نشاط بشري، شريطة أن يتسم بالطابع الاقتصادي، أي أن يتواجد في السوق حيث يلتقي العرض بالطلب. بالنسبة للمؤسسات العمومية، يتم إخضاعها تلقائياً إلى قانون المنافسة واختصاص مجلس المنافسة في إطار قيامها بنشاط إنتاجي أو توزيعي أو خدماتي وذلك مثل أية مؤسسة خاصة. غير أنه منذ أواخر الألفينيات، نسجل عودة الدولة المنتجة وإحياء التدخل المبدئي للسلطة العامة الذي يتناقض بشدة مع جوهر إصلاحات سنة 1988، مما أدى إلى إعادة الإعتبار للمؤسسة العمومية التي أصبحت تمثل العون الاقتصادي المميز في نظر الدولة. فتلجأ السلطات العمومية إلى سياسة الدعم المبدئي للقطاع العام مما يتطلب تحليل سياسة المساعدات المفرطة المعتمدة من طرف الدولة من منظور قانون المنافسة.

الكلمات المفتاحية:

المرفق العام، الدعم، مساعدة، المنافسة، مؤسسة عمومية.

Introduction

L'objet du droit de la concurrence, qui est un instrument de mise en œuvre de la politique de la concurrence, consiste à réguler le marché de manière à ce que l'exercice de l'activité économique ne soit pas perturbé par des pratiques de nature à fausser le jeu de la loi de l'offre et de la demande. En d'autres termes, il peut être défini comme un instrument de régulation de la politique économique qui tend à assurer le fonctionnement concurrentiel du marché⁽¹⁾. D'un point de vue finaliste, la concurrence stimule les agents économiques et favorise la croissance. A ce titre, la politique de la concurrence adoptée par les pouvoirs publics n'est pas un but en soi.

L'arsenal juridique mis en œuvre permet d'assurer le progrès économique à travers l'utilisation efficace des moyens de production, l'augmentation de l'offre de biens et services, l'efficacité économique qui résulte d'une saine compétition entre entreprises. En définitive, le droit de la concurrence n'est qu'un moyen mis en œuvre par les pouvoirs publics en vue d'assurer un développement équilibré et harmonieux des activités économiques et le progrès économique. Ici, on relève que la notion d'ordre public économique domine tout le droit de la concurrence. En effet, les atteintes au droit de la concurrence ne sont pas tant réprimées en ce qu'elles touchent les intérêts des entreprises qui en sont victimes, elles le sont spécialement en ce qu'elles portent atteinte à l'ordre public économique, une sorte d'intérêt général économique qui domine le marché.

Le droit de la concurrence a vocation à appréhender toute activité humaine, pourvu que celle-ci soit économique, c'est-à-dire qu'elle puisse être présente sur un marché où se rencontrent l'offre et la demande même si l'offre est réduite à un seul opérateur comme dans le cas d'un monopole. Aux fins de l'application de la loi, pour que l'agent ou l'entité soit considéré comme une entreprise, il est nécessaire que lui soit reconnu l'exercice d'une activité économique sur un marché. C'est ainsi qu'une

personne qui achète un produit quelconque sur un marché pour sa consommation personnelle ne peut être envisagée comme une entreprise.

Pour que le même acheteur réponde à la définition du droit de la concurrence, il est nécessaire que les produits qu'il achète fassent l'objet soit d'une revente, soit fassent l'objet d'une transformation pour être offerts sur un marché.

S'il ne fait aucun doute qu'une entreprise privée intervenant sur un marché doit se soumettre aux dispositions de la loi, la solution n'est pas des plus évidentes pour les personnes publiques ou encore les syndicats, les organisations professionnelles, les ordres professionnels. Dans le cas des personnes publiques, elles sont soumises au même titre que les personnes privées au droit de la concurrence, pourvu qu'elles exercent des activités économiques et non des missions régaliennes⁽²⁾ ou des activités sociales fondées sur le principe de solidarité, comme dans le cas des caisses de sécurité sociale par exemple.

La notion d'activité économique est entendue au sens large dans la mesure où se trouvent concernées les associations⁽³⁾ et corporations professionnelles. Il a par exemple été considéré en droit français que l'activité de commissaire-priseur constituait une « activité économique » qui relève du dispositif ayant trait à la concurrence. La même solution a été adoptée dans le cas des autres professions libérales. S'agissant enfin des organismes professionnels, les syndicats ou associations professionnelles, si ceux-ci n'exercent pas d'activité économique, il n'en demeure pas moins qu'ils sont soumis aux dispositions de l'ordonnance dès lors que les pratiques qui leur sont imputables ont associé leurs adhérents, lesquels exercent une activité d'une telle nature.

Quant aux entreprises publiques économiques, elles sont soumises de plein droit au droit de la concurrence et à la compétence du Conseil de la concurrence dans le cadre de leurs activités de production, de distribution ou de services et ce, au même titre que toute entreprise privée.

Toutefois, depuis la fin des années 2000, on assiste à la résurgence de l'Etat-producteur et à un renouveau de l'interventionnisme de la puissance publique qui contraste fort avec la substance des réformes de 1988, de sorte que l'entreprise publique revient sur la scène pour s'imposer comme un agent économique particulier aux yeux de l'Etat. Ce dernier renoue avec les anciennes pratiques de subventions à l'excès à un secteur public déstructuré, ce qui nécessite d'analyser la nouvelle politique d'aides de l'Etat aux entreprises publiques sous le prisme du droit de la concurrence.

I – Le statut de l'entreprise publique

A la suite des réformes entreprises à partir de l'année 1988, l'entreprise publique a subi de profonds bouleversements dans son statut : elle intègre désormais le champ des personnes morales de droit privé et obéit au régime des sociétés commerciales.

A - L'entreprise publique : une personne morale de droit privé

En France, l'entreprise publique est une catégorie qui comprend divers organismes :

- Les établissements publics à caractère industriel et commercial, personnes morales de droit public ;
- Les sociétés nationales, soit des entreprises de droit privé dont le capital appartient en majorité ou intégralement à l'Etat ;

– Les sociétés d'économie mixte, soit des sociétés privées dans lesquelles l'Etat, les collectivités territoriales ou des entreprises du secteur public détiennent une participation majoritaire⁽⁴⁾.

En Algérie, la situation se présente différemment. La notion d'entreprise publique se distingue de celle des établissements publics industriels et commerciaux. En effet, et en vertu des dispositions de l'article 4 de la loi n° 88-01 du 2 janvier 1988, « L'entreprise publique économique se distingue :

1) des établissements publics, personnes morales de droit public, chargés de la gestion de services publics,

2) des associations, coopératives et autres groupements »⁽⁵⁾.

On le voit, le législateur distingue l'entreprise publique de l'établissement public, quelle que soit sa nature. En effet, si l'entreprise publique est une personne morale de droit privé, l'établissement public relève de la catégorie des personnes morales de droit public.

Contrairement à une idée reçue, sont considérés comme personnes morales de droit public non seulement les établissements publics à caractère administratif, mais également les établissements publics à caractère industriel et commercial. A titre d'exemple, la société nationale des transports ferroviaires a été transformée en établissement public industriel et commercial. Le texte portant transformation de la nature juridique de l'entité précise en son article 1^{er} que « La société nationale des transports ferroviaires, par abréviation la "SNTF" est, en vertu des dispositions des 4, 44 à 47 de la loi n° 88-01 du 12 janvier susvisée, transformée en établissement public à caractère industriel et commercial, personne morale de droit public »⁽⁶⁾. Il en est de même de l'entreprise nationale de télévision, transformée en établissement public à caractère industriel et commercial : le décret exécutif y ayant trait dispose en son article 1^{er} que « L'entreprise nationale de télévision créée par décret n° 86-147 du 1^{er} juillet 1986 susvisé, est érigée en établissement public à caractère industriel et commercial dénommé « Etablissement public de télévision ». Quant à l'article 3 du même texte, il précise que « L'établissement est doté de la personnalité morale de droit public et de l'autonomie de gestion administrative et financière »⁽⁷⁾. La même démarche a été adoptée par les pouvoirs publics s'agissant tant de l'entreprise nationale de radiodiffusion sonore que de l'agence nationale télégraphique de presse « Algérie presse service », toutes les deux transformées en établissements publics à caractère industriel et commercial. En effet le texte ayant trait à l'entreprise nationale de radiodiffusion sonore dispose en son article 1^{er} que « L'entreprise nationale de radiodiffusion sonore créée par décret n° 86-146 du 1^{er} juillet 1986 susvisé est érigée en établissement public à caractère industriel et commercial dénommé établissement public de radiodiffusion sonore, par abréviation "R.A" ». L'article 3 du même dispositif précise que « L'établissement est doté de la personnalité morale de droit public et de l'autonomie de gestion »⁽⁸⁾. Quant au décret exécutif relatif à l'agence nationale télégraphique de presse, il dispose en son article 1^{er} que « L'agence nationale télégraphique de presse "Algérie presse service" (APS) réorganisée par le décret n° 85-285 du 19 novembre 1985 susvisé est érigée en établissement public à caractère industriel et commercial ». L'article 2 du texte ajoute : « L'établissement est doté de la personnalité morale de droit public et de l'autonomie de gestion administrative et financière »⁽⁹⁾.

S'agissant de l'entreprise publique, son appartenance au secteur public ne s'oppose pas à son intégration dans la catégorie des personnes morales de droit privé. Elle est désormais régie par le droit commun contrairement aux établissements industriels et commerciaux qui obéissent à un régime mixte de droit privé et de droit

public. La transformation du statut de l'entreprise peut être aisément perçue au niveau des rapports contractuels qui se nouent entre elle et d'autres parties. Une telle mutation marque le passage de la culture de la prescription à la culture du contrat, de la contrainte imposée unilatéralement (l'acte administratif) à la contrainte consentie (le contrat) et ce, sous la pression « des nécessités accrues de souplesse et d'adaptation du système juridique face aux multiples évolutions technologiques et économiques »⁽¹⁰⁾.

Le contrat devient ainsi l'instrument privilégié de l'organisation des relations économiques et ce, au vu de sa capacité à produire à la fois un droit plus « réactif » et mieux en phase avec les attentes de l'entreprise. En un mot, on assiste à l'émergence de la régulation de la sphère économique par le contrat qui traduit le libre choix des agents dans l'organisation de leur activité économique.

Une telle tendance à la contractualisation des relations juridiques peut être perçue essentiellement au plan des rapports qu'entretient l'entreprise avec ses employés, ses cocontractants ainsi qu'avec l'Etat.

1 - Relations de l'entreprise avec ses employés

Durant la période interventionniste, on relève une nette tendance du législateur à l'unification des règles applicables aux entreprises publiques et aux établissements publics à caractère administratif. C'est le cas notamment en matière de relations professionnelles et ce, avec la promulgation du Statut général du travailleur (SGT)⁽¹¹⁾.

En vertu des dispositions du SGT, les rapports entre l'entreprise et ses employés sont soumis à un régime exorbitant de droit commun en ce que la loi et ses textes d'application déterminent dans le détail un ensemble de prescriptions obligatoires qui s'étendent à tous les aspects de la relation de travail. A titre d'exemple, les textes législatifs et réglementaires fixent la classification des postes de travail, les salaires, le régime indemnitaire, les règles d'avancement et de promotion (...), de sorte que l'entreprise n'a plus rien à négocier. Les pouvoirs publics ont par ailleurs établi un contrat-type de travail qui s'impose à toutes les entreprises.

Ici, le législateur tente de concilier entre deux logiques contradictoires :

- d'une part, le choix de la technique contractuelle au lieu du régime statutaire et réglementaire, traduit la volonté du législateur de soumettre la relation de travail à un régime souple comparativement aux règles applicables aux fonctionnaires ;
- d'autre part, le caractère instrumental de l'entreprise, conçue comme un instrument d'exécution des plans de développement, incite au contraire à la soumettre à un régime exorbitant qui permet son étroite soumission au pouvoir central.

En pratique, on aboutit à l'émergence de relations contractuelles d'un type particulier : le contrat, qui reproduit les clauses déterminées par voie réglementaire, n'a plus qu'un lointain rapport avec la technique contractuelle du droit commun. La notion de contrat usitée par le législateur n'est qu'un simple excès de langage en ce que toutes ses clauses sont déterminées par les pouvoirs publics et s'imposent aux parties. Des auteurs ont pu parler à ce titre de contrats d'adhésion. Une telle qualification ne peut être retenue en ce que ce n'est pas l'une des parties au contrat qui impose des clauses à l'autre partie, il s'agit d'un tiers, l'Etat, qui impose de telles clauses aux deux parties.

Dans la mesure où le contrat est enserré dans un réseau dense de prescriptions de nature à faire douter de la nature contractuelle de la relation qui unit les parties en cause, une partie de la doctrine s'est empressée de le qualifier de contrat « réglementaire ».

Dès 1988, les pouvoirs publics édictent un ensemble de textes destinés à lever, à tout le moins de manière partielle, les contraintes qui pèsent sur l'entreprise en lui reconnaissant une certaine marge en matière de rémunération, s'agissant notamment du régime indemnitaire⁽¹²⁾, ainsi qu'en matière de classification des postes de travail⁽¹³⁾.

Par ailleurs, à l'occasion de la promulgation de la loi de 1990 relative aux relations de travail, on assiste au retrait de l'Etat de la sphère ou du champ de la réglementation de la relation de travail en ce que désormais, le contrat succède au règlement dans diverses matières précédemment réglementées dans le détail par voie de prescriptions unilatérales et autoritaires⁽¹⁴⁾.

A titre d'exemple, l'article 81 de la loi précitée précise que le salaire de base résulte de la classification professionnelle de l'organisme employeur. C'est le contrat qui détermine par ailleurs le régime indemnitaire auquel peut prétendre le travailleur.

2 - Relations de l'entreprise avec les cocontractants

Il s'agit de l'un des domaines où l'entreprise publique ne se distinguait en rien de l'établissement public administratif. En effet, si au lendemain de l'indépendance le législateur algérien opte pour le régime dualiste à travers lequel on distingue entre les contrats conclus par les établissements publics à caractère administratif, soumis au code des marchés publics⁽¹⁵⁾, et les contrats de l'entreprise publique, régis par le droit commun, dès 1974, le législateur opère une brèche dans le régime dualiste en ce qu'il soumet les contrats d'équipement des entreprises au code des marchés publics⁽¹⁶⁾. En 1982, il est définitivement mis fin à un tel régime et le législateur opte pour un régime unitaire⁽¹⁷⁾. Désormais, les contrats conclus par toute entité relevant du secteur public sont soumis aux dispositions du code des marchés publics, peu importe le caractère administratif ou commercial de l'entité publique. Ainsi, l'entreprise publique perd toute latitude dans ses rapports contractuels en ce que les dispositions du code lui imposent une série de prescriptions qui sont autant de limites à la liberté contractuelle dont doit pouvoir jouir tout agent économique : choix du cocontractant, du mode de passation du marché, contrôle *a priori*, ...

A titre d'exemple, l'article 23 du décret précité dispose que « l'opérateur public doit solliciter, en priorité, la production nationale disponible ». Par ailleurs, l'article 24 précise que « l'appel à la concurrence et le choix du partenaire cocontractant par l'opérateur public s'opèrent dans l'ordre de priorité suivant :

- les opérateurs publics nationaux,
- les entreprises privées nationales,
- les entreprises étrangères offrant une garantie d'Etat,
- les entreprises étrangères offrant des garanties appropriées de bonne exécution ».

En outre, « le choix du cocontractant s'effectue dans le cadre des orientations générales et directives du Gouvernement » (Art. 52). Ce à quoi il faut ajouter que « les marchés conclus par les opérateurs publics sont soumis au contrôle, préalablement à leur mise en vigueur, durant et après leur exécution » (Art. 105).

Enfin, la conclusion du contrat est soumise au visa préalable de la commission des marchés qui peut refuser de le délivrer (Art. 151).

En 1988, la loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques rompt avec une telle démarche et l'entreprise publique recouvre sa liberté contractuelle⁽¹⁸⁾.

L'article 7 de la loi précitée dispose en effet que « l'entreprise publique économique à la pleine capacité juridique de stipuler, s'engager et contracter, d'une manière autonome, par le biais de ses organes habilités à cette fin, par les statuts, conformément aux règles du commerce et aux dispositions législatives en vigueur en

matière d'obligations civiles et commerciales ». Quant à l'article 59, il précise que « les entreprises publiques économiques et les établissements publics à caractère industriel et commercial, régis par les règles de droit commercial, ne sont pas assujettis aux dispositions de l'ordonnance n° 67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics ».

En application de telles dispositions, le décret de 1982 est amendé de sorte qu'il ne s'applique plus aux contrats des entreprises publiques. Les textes ultérieurs confirment une telle tendance : c'est le cas de l'ordonnance relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat qui qualifie les entreprises de sociétés commerciales régies par le droit commun⁽¹⁹⁾, c'est le cas également de l'ordonnance relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques dont l'article 2 précise que « les entreprises publiques économiques sont des sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient directement ou indirectement la majorité du capital social. Elles sont régies par le droit commun »⁽²⁰⁾.

Enfin, les différents textes relatifs aux marchés publics excluent l'entreprise publique de leur champ d'application. Il en est ainsi du décret présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010 modifié et complété portant réglementation des marchés publics dont l'article 2, après plusieurs modifications, précise que « Les entreprises publiques économiques ne sont pas soumises au dispositif de passation des marchés prévu par le présent décret. Toutefois, elles sont tenues d'élaborer et de faire adopter, par leurs organes sociaux, des procédures de passation de marchés, selon leurs spécificités, fondées sur les principes de liberté d'accès à la commande, d'égalité de traitement des candidats et de transparence »⁽²¹⁾.

Enfin, à l'occasion de la refonte du texte réglementaire, le nouveau dispositif prévoit à l'article 9 que « Les entreprises publiques économiques ne sont pas soumises au dispositif de passation des marchés publics prévu par le présent titre. Toutefois, elles sont tenues d'élaborer et de faire adopter, par leurs organes sociaux, des procédures de passation de marchés, selon leurs spécificités, fondées sur les principes de liberté d'accès à la commande, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »⁽²²⁾.

Ainsi, le régime des marchés publics ne s'applique plus à l'entreprise en ce qu'il ne concerne que l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif. Quant à l'entreprise publique, elle recouvre sa capacité de contracter en toute liberté dans le cadre du dispositif juridique de droit commun que constituent le code civil et le code de commerce.

3 - Rapports de l'entreprise à l'Etat

La loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 rompt avec une pratique ancrée qui consiste à imposer à l'entreprise un ensemble de sujétions qui n'ont aucune relation avec son activité ou qui sont susceptibles de grever sa trésorerie. Outre la pratique des prix réglementés à laquelle elle est soumise, l'entreprise reçoit des injonctions en vue de répondre aux besoins de la population de sorte qu'elle exerce souvent des missions de service public à part entière.

En vertu de la loi d'orientation sur les entreprises publiques, « 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 » (Art. 57). Si l'Etat peut

imposer des obligations de service public à l'entreprise, il ne peut le faire que moyennant compensation financière de telles charges.

Dès lors que les objectifs des pouvoirs publics s'écartent de la logique de l'entreprise, cette dernière a droit à une rémunération des charges que l'Etat fait peser sur elle, ce qui aboutit à la dissociation entre les notions d'entreprise et de service public. Formule d'autonomie qui rappelle la technique des contrats de programme du droit français où les engagements réciproques des parties sont fixés à la suite d'une série de consultations⁽²³⁾. Il s'agit de contrats pluriannuels où l'Etat définit les objectifs publics, l'entreprise établit son plan d'entreprise, enfin le contrat fixe les engagements réciproques⁽²⁴⁾.

L'ordonnance de 2001 est plus explicite quant au moule dans lequel se nouent les rapports entre l'Etat et l'entreprise. L'article 7 du texte en question dispose en effet que « des conventions peuvent être conclues entre l'Etat représenté par le Conseil des Participations de l'Etat visé à l'article 8 ci-dessous et les entreprises publiques économiques soumises à des sujétions de service public ». On passe ainsi de la prescription au contrat : l'entreprise est habilitée à négocier les clauses du contrat en fonction de ses intérêts propres.

Au plan pratique, on peut citer la convention conclue entre l'Etat et la société nationale des transports ferroviaires (S.N.T.F.)⁽²⁵⁾ et ce, avant qu'elle ne soit transformée en établissement public à caractère industriel et commercial en 1990⁽²⁶⁾. A titre d'exemple, l'article 8 de la convention stipule que « lorsque l'Etat estime nécessaire un abaissement des tarifs applicables à certains transports ou demande d'effectuer des transports à titre gratuit, il indemnise la société nationale des transports ferroviaires du montant correspondant à la perte de recettes résultant de l'abaissement en cause ou de la gratuité, compte tenu des tarifs en vigueur ». Ainsi, dans la situation où les rapports de l'Etat à l'entreprise se contractualisent, la part des liens prescrits de manière unilatérale y régresse au profit des liens consentis.

Une telle pratique contractuelle est susceptible d'être mise en œuvre essentiellement dans les activités économiques soumises à des sujétions de service public comme dans le domaine des télécommunications, de la distribution du gaz et de l'électricité ou encore de l'eau.

B – L'entreprise publique : une société commerciale

En vertu des dispositions de l'article 5 de la loi relative n° 88-01 du 12 janvier 1988, « Les entreprises publiques économiques sont des sociétés par actions ou des sociétés à responsabilité limitée dont l'Etat et/ou les collectivités locales détiennent, directement ou indirectement, la totalité des actions et/ou parts sociales »⁽²⁷⁾. A l'occasion de la refonte de la législation ayant trait aux entreprises publiques en 2001, le législateur opte pour une nouvelle définition : selon les termes de l'article 2 de l'ordonnance du 20 août 2001, il n'est plus nécessaire que l'Etat ou les personnes morales de droit public détiennent la totalité du capital social pour l'entreprise relève du secteur public. En effet, l'article en cause dispose : « Les entreprises publiques économiques sont des sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient directement ou indirectement la majorité du capital social. Elles sont régies par le droit commun ». Ainsi, la détention de la majorité du capital suffit pour que l'entreprise ait le caractère public⁽²⁸⁾. C'est la position du Conseil d'Etat français qui considère comme entreprise du secteur public toute entreprise dont plus de la moitié du capital social est détenu par les collectivités publiques⁽²⁹⁾.

Par ailleurs, l'article 5 de l'ordonnance de 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 ». Il ressort de ces dispositions que l'entreprise publique est une société commerciale intégralement soumise au Code de commerce⁽³⁰⁾. A ce titre, elle est assimilable à l'entreprise privée sauf que les actionnaires ou les détenteurs des parts sociales de l'entité sont des personnes morales de droit public.

En représentation du capital social de l'entreprise, l'Etat ou les personnes morales de droit public actionnaires détiennent des fonds publics sous forme d'actions, de titres participatifs, de certificats d'investissements, de parts sociales ou autres valeurs mobilières et dont les modalités d'émission, d'acquisition et de cession sont prévues par le Code de commerce.

Par ailleurs, dans la mesure où l'entreprise publique adopte le moule de la société commerciale, il va sans dire qu'elle est tenue de reproduire les organes sociaux prévus par le Code de commerce, soit une assemblée générale, un organe d'administration⁽³¹⁾ et un organe de gestion. Comme dans le cas de toute société par actions, l'entreprise publique est dirigée soit par un directeur général, soit par un directoire, elle est administrée soit par un conseil d'administration, soit par un conseil de surveillance, les deux organes agissant sous le contrôle de l'assemblée générale⁽³²⁾.

En outre, dans la mesure où l'entreprise publique est régie par les dispositions du Code de commerce, elle se voit appliquer tout le dispositif du Livre III sur les faillites. C'est ainsi que l'article 217 du Code de commerce précise que « Les sociétés à capitaux totalement ou partiellement publics sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires ».

Par ailleurs, l'article 4 de l'ordonnance de 2001 dispose : « 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 ». De telles dispositions tranchent avec celles en vigueur sous l'empire de la Constitution de 1976 qui considérait irréversible l'appropriation par l'Etat des moyens de production et proclamait le caractère inaliénable des biens gérés par les entreprises publiques. D'ailleurs avant même l'adoption de la Constitution de 1976, un texte législatif a été adopté en vue de régler la question des dettes imputables aux entreprises publiques : pour écarter toute procédure de saisie sur les biens de l'entreprise, le texte législatif précise en son article 5 que « Les justiciables bénéficiaires de décisions de justice portant condamnations pécuniaires (...) des entreprises socialistes (...), peuvent recouvrer, auprès du trésor public et dans les conditions ci-après déterminées, le montant de leurs créances »⁽³³⁾. Le texte en cause a été abrogé par une loi du 8 janvier 1991 qui remet en cause la garantie du trésor public et soumet ainsi l'entreprise publique aux règles de droit commun en matière de saisie. En effet, l'article 5 de la loi dispose : « Les justiciables bénéficiaires de décisions de justice portant condamnations pécuniaires de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics à caractère administratif peuvent recouvrer auprès du trésor public et dans les conditions déterminées aux articles 6 et suivants de la présente loi, le montant de leurs créances »⁽³⁴⁾.

En somme, les biens de l'entreprise publique sont non seulement aliénables mais répondent également des engagements de l'entreprise de sorte qu'ils peuvent être saisis par les créanciers de cette dernière comme dans le cas de toute société commerciale.

Les entreprises publiques apparaissent ainsi comme des sociétés de droit commun qui exercent des activités de production, de distribution ou de services au sens de l'ordonnance relative à la concurrence. « Cette reconnaissance de leur commercialité va de pair avec l'application des règles de concurrence puisqu'il faut et il suffit qu'elles se livrent à des activités économiques pour y être assujetties »⁽³⁵⁾.

En vertu de l'article 2 de l'ordonnance de 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence, « Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent, nonobstant toutes autres dispositions contraires :

- 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 ».

Par ailleurs, l'article 3 du texte législatif précise qu'il est entendu par la notion d'entreprise « 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 ».

Le législateur opte ainsi pour un critère matériel pour l'applicabilité des dispositions de l'ordonnance, rejetant par là-même la conception organique de l'entreprise. Le champ d'application de l'ordonnance est ainsi défini en termes non d'entité mais en termes d'activité : si les entreprises publiques ne font pas « l'objet d'un traitement particulier : cela confirme leur soumission de principe au droit de la concurrence »⁽³⁶⁾.

En tant que sociétés commerciales, les entreprises publiques sont soumises de plein droit au droit de la concurrence et à la compétence du Conseil de la concurrence et ce, en ce qu'elles exercent des activités de production, de distribution ou de services et ce, au même titre que n'importe quel opérateur privé.

C'est ainsi que sous l'empire de l'ordonnance de 1995, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de connaître de pratiques imputables à des entreprises publiques. 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 SNTA, la seconde aux pratiques d'abus de l'ENIE de Sidi-Bel-Abbès.

Dans une première décision, le Conseil de la concurrence enjoint à la Société nationale des tabacs et allumettes (unité de Tiaret) de mettre fin immédiatement aux pratiques abusives qui lui étaient imputées et qualifiées de pratiques de ventes conditionnées et discriminatoires selon les termes de l'ordonnance de 1995⁽³⁷⁾.

Dans une seconde décision du 23 juin 1999, le Conseil de la concurrence fait injonction 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 (art. 7 de l'ordonnance de 1995 portant sur l'abus de position dominante) et ce, en ces termes : « Il est fait injonction à l'Entreprise nationale des industries électroniques (unité de Sidi-Bel-Abbès) de mettre fin immédiatement aux pratiques auxquelles elle s'est livrée en violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance relative à la concurrence »⁽³⁸⁾. En conséquence, l'entreprise est tenue de renégocier les termes des contrats qui la lient à ses partenaires tels les grossistes de manière à en élaguer toutes les stipulations leur accordant des privilèges au détriment d'autres opérateurs.

On retrouve le même type d'injonction dans la décision du Conseil rendue à propos des pratiques d'abus de position dominante imputées à la Société algérienne des foires et expositions⁽³⁹⁾.

Sous l'empire de l'ordonnance de 2003, et dans une affaire plus récente, un groupe de distributeurs privés de lubrifiants dénonce des pratiques restrictives à la concurrence imputables à l'entreprise publique SONATRACH avec la complaisance de l'Autorité de Régulation de Hydrocarbures (ARH). Après examen du dossier relatif à l'affaire, le conseil a prononcé la recevabilité de la saisine et fait injonction à SONATRACH « de récupérer l'activité de vente des lubrifiants aux distributeurs et ce, en vue d'éviter de recréer une situation de monopole en faveur de NAFTAL qui, en plus, demeure une de ses filiales »⁽⁴⁰⁾. Toutefois, dans la mesure où SONATRACH reconnaît l'infraction qui lui est reprochée et s'engage à ne plus commettre d'infractions liées à l'application des dispositions des textes régissant la concurrence, il lui est fait application des dispositions de l'article 60 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée⁽⁴¹⁾ : elle est exonérée de la sanction pécuniaire en contrepartie de l'engagement à souscrire par écrit, « dans un délai maximum de deux mois à compter de la notification de cette décision, aux opérations suivantes qui feront l'objet de suivi et évaluation périodique par le Conseil de la concurrence :

- Le transfert des dossiers des distributeurs privés de NAFTAL vers SONATRACH en vue de leur approvisionnement direct et régulier.
- Le traitement de l'ensemble des distributeurs privés ou publics sur un même pied d'égalité et sans discrimination de prix, de qualité ou de répartition des quantités »⁽⁴²⁾.

II – Les aides de l'Etat sous le prisme du droit de la concurrence

On assiste depuis la promulgation de la loi de finances complémentaire pour 2009 non seulement à un reflux de la privatisation des entreprises publiques, mais également à un redéploiement du secteur public qui confirme la thèse de la résurgence de l'Etat producteur. Il s'agit en somme de la remise en cause de toute la politique de privatisation des entreprises publiques et de la mise en branle d'une action de grande envergure de réhabilitation d'entreprises dont le mode de gestion aboutit à alourdir de manière continue les charges du trésor public.

Dans un rapport édité en novembre 2009, le ministère des finances estimait la dette totale des entreprises publiques à plus de 300 milliards de dinars. Le rapport précise que « Cent cinquante entreprises en difficulté requièrent une intervention urgente de l'Etat pour assurer leur avenir » et d'ajouter que l'objectif est de « mettre un terme à la pression financière constante résultant de l'injection continue par le Trésor public de grandes quantités d'argent pour garantir la survie de ces entreprises ». Parmi les entreprises ciblées par le rapport, on peut citer cinq d'entre elles que sont SAIDAL, Air Algérie, la Compagnie nationale de l'industrie automobile (CNIA), le Comptoir national des industries électroniques et la Société de production de matériaux de construction⁽⁴³⁾.

Si la réhabilitation du secteur public marchand ne pose pas de problème particulier eu égard aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence, il en va différemment lorsque l'Etat prend en charge de manière systématique les opérations de restructuration financière d'entreprises déstructurées au moyen de subventions du trésor qui s'analysent comme des aides d'Etat. Se pose ainsi la question de savoir si de telles aides n'ont pas pour effet de fausser le jeu de la libre concurrence sur un segment du marché dans la mesure où elles favorisent les entreprises publiques qui ne sont pas soumises en conséquence à la sanction du marché.

A – Le principe de la prohibition

1 - L'objet de la prohibition : la notion d'aide

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 »⁽⁴⁴⁾. A cela il convient d'ajouter que du point de vue finaliste, l'aide a pour caractéristique d'être « spécialement destinée à la poursuite d'une fin déterminée, laquelle ne pourrait en général être atteinte sans un concours étranger »⁽⁴⁵⁾. Pour qu'une mesure soit ainsi qualifiée, il est nécessaire « qu'elle comporte une charge pécuniaire pour les finances publiques, soit sous la forme d'une dépense, soit sous la forme d'une recette en moins »⁽⁴⁶⁾.

Au niveau des organismes internationaux on retiendra que pour l'OMC, la notion de subvention comporte trois éléments :

- c'est une contribution financière ;
- elle est allouée par les pouvoirs publics ou par tout organisme public du ressort territorial d'un État membre ;
- elle confère enfin un avantage.

En droit comparé, et pour le Conseil d'Etat français, « l'aide peut indifféremment prendre la forme d'une subvention proprement dite, d'une bonification d'intérêt, d'une garantie de prêt à des conditions plus favorables que celles du marché ou d'un taux de réescompte préférentiel à l'exportation. Elle peut aussi consister en une exonération fiscale, un allègement des charges sociales dues par l'entreprise, un tarif préférentiel consenti pour une fourniture déterminée ou des facilités de paiement octroyées par un organisme public »⁽⁴⁷⁾. En somme, l'aide peut prendre une multitude de formes comme l'ont fait remarquer les télévisions privées qui ont mis en cause « un ensemble de mesures d'aides d'État qui comportaient des recapitalisations, des rééchelonnements de dettes, des aides au fonctionnement, des allègements fiscaux et divers autres éléments d'aides d'État »⁽⁴⁸⁾.

En Algérie, la notion d'aide d'Etat ne figure dans aucun texte juridique. C'est plutôt celle de subvention que l'on retrouve dans certains dispositifs juridiques, notamment à propos des compensations octroyées par l'Etat pour couvrir les dépenses d'entreprises publiques soumises à des sujétions de service public.

2 – Les justifications de la prohibition des aides

L'analyse littérale du texte de l'ordonnance relative à la concurrence ne permet pas de conclure à l'effet restrictif de concurrence des actes de la puissance publique par lesquels celle-ci intervient au profit des entreprises publiques en vue de les faire bénéficier d'aides destinées à leur permettre de s'affranchir des règles de rentabilité. En effet, le texte en cause ne vise que les ententes, les abus de position dominante, l'abus de dépendance économique ou exploitation abusive d'un état de dépendance économique, les pratiques de prix abusivement bas, les pratiques exclusives.

Toutefois, au-delà de l'analyse littérale, on découvre qu'il y a lieu d'établir une distinction entre :

- Les règles de la concurrence : celles contenues dans le dispositif de l'ordonnance et qui se déclinent comme un ensemble de prescriptions imposant aux entreprises des comportements de nature à garantir une saine concurrence sur les marchés.
- Le principe de libre concurrence : il s'impose aux pouvoirs publics dans le cadre du fonctionnement et de l'activité des organes de l'administration.

En somme, si les aides de l'Etat ne portent pas nécessairement atteinte aux règles de la concurrence, en revanche, elles créent une distorsion de concurrence. L'article 1^{er} de l'ordonnance de 2003 précise en effet que le texte « a pour objet de

fixer les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché, de prévenir toute pratique restrictive de concurrence et de contrôler les concentrations économiques afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs ». La notion d'efficacité économique ne peut en effet s'accommoder d'un régime d'aides qui fausse le jeu de la concurrence entre entreprises publiques et privées. Le principe de base du droit de la concurrence consiste en effet à orienter les comportements des entreprises dans le sens d'une saine compétition de sorte qu'elles fournissent les meilleurs produits aux meilleurs coûts. Le principe de libre concurrence se décline ainsi comme un instrument d'une politique économique bénéfique pour le consommateur en ce qu'il se traduit par une compétition autour des prix, profitable aux entreprises dans la mesure où il incite sans cesse au dynamisme, avantageux pour l'économie d'une manière générale en ce sens que sa mise en œuvre participe d'une lutte contre les effets pervers de l'inflation.

Par ailleurs, il est nécessaire que l'entreprise subisse ce qu'on appelle la contrainte d'incitation : « une entreprise si elle sait par exemple à l'avance que ses dépenses, ses coûts vont être couverts par la compensation, eh bien elle n'est pas incitée à faire des efforts amenant à une réduction des coûts »⁽⁴⁹⁾. En effet, les contraintes concurrentielles imposent « une gestion financièrement plus efficace et constamment adaptée à des évolutions rapides, obligent les entreprises à se doter d'une gouvernance davantage réactive et vigilante »⁽⁵⁰⁾.

Lorsque l'Etat adopte une législation sur la concurrence, on en déduit qu'il accepte le principe « que les autorités publiques agissant dans le champ économique doivent se comporter comme des investisseurs privés en économie de marché »⁽⁵¹⁾.

En déployant des opérations d'aides systématiques au profit d'entreprises du secteur public, l'Etat contrevient au principe de libre concurrence en ce sens que ces dernières échappent à la compétition et ne subissent plus la contrainte qui pousse les opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en termes de qualité et de prix pour s'imposer sur le marché.

Comme le fait remarquer un auteur, « l'aide se traduit par une prise en charge par les pouvoirs publics d'une partie des coûts qui incombent normalement à l'entreprise bénéficiaire, qu'il s'agisse de la recherche, des investissements de la main d'œuvre, des matières premières, ou encore de la commercialisation »⁽⁵²⁾. En apportant une telle aide à l'entreprise, « l'Etat modifie le jeu de la concurrence en rompant artificiellement l'égalité des moyens et partant des chances des entreprises venant en compétition »⁽⁵³⁾.

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. L'aide d'Etat « a pour objectif essentiel de maintenir en vie des entreprises qui, sans cette intervention, auraient été amenées à disparaître »⁽⁵⁴⁾. C'est pourquoi l'aide fausse la concurrence dans la mesure où « elle supprime la sanction normale du jeu de l'économie de marché qui est la suppression des entreprises non compétitives »⁽⁵⁵⁾. Dès lors, l'entreprise publique ne peut être assimilée à l'entreprise privée en ce qu'elle échappe à la discipline de la concurrence et de la responsabilité et ce, comme en témoignent les dispositions de l'article 217 du Code de commerce qui, après avoir énoncé que « Les sociétés de capitaux totalement ou partiellement publiques sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires », ajoutent que « 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 ».

C'est dire que les entreprises publiques ne sont pas des sociétés commerciales ordinaires et peuvent ainsi échapper à la sanction du marché dans la mesure où l'Etat ne se comporte pas comme un investisseur privé sur le marché.

C'est ainsi par ricochet que le droit de la concurrence peut être opposable à l'Etat dans ses rapports financiers à l'entreprise publique. Ce dernier ne peut, sans violer le principe de libre concurrence, fausser les conditions d'une libre concurrence entre agents économiques, notamment en recourant aux dispositifs classiques de subventions au profit des entreprises du secteur public. Le droit comparé fournit de précieuses indications dans ce sens comme dans le cas d'aides de l'Etat français à des entreprises publiques telles Air France⁽⁵⁶⁾ ou le Crédit Lyonnais⁽⁵⁷⁾.

Toutefois, il n'existe pas de sanction prévue dans le texte et 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 nocifs sur le libre jeu de la concurrence. Il reste que de telles mesures sont généralement prises par voie législative, dans les lois de finances, ce qui écarte toute possibilité de mise en échec de telles interventions des pouvoirs publics devant le juge de l'excès de pouvoir.

B – Les tempéraments au principe de l'interdiction

Au-delà de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence, le principe comporte certaines dérogations qui se justifient par les missions particulières qui peuvent leur être imparties par les pouvoirs publics. « 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 »⁽⁵⁸⁾.

On distingue entre deux types d'aménagements au principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence : d'abord dans le cas de l'exercice de missions de service public, ensuite lorsque l'entreprise exerce des fonctions administratives qui relèvent traditionnellement de la compétence de l'administration publique. Lorsque l'entreprise publique exerce ce type de missions, étrangères aux activités à caractère commercial et industriel, l'Etat est en droit de subventionner les entreprises en cause du fait qu'elles subissent des sujétions exorbitantes.

1 – L'exercice de missions étrangères à l'activité économique

En vertu de l'article 55 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, « Lorsque l'entreprise publique économique est régulièrement habilitée à gérer, dans le cadre de la mission qui lui est dévolue, des ouvrages publics ou une portion du domaine public artificiel, la gestion des biens domaniaux est assurée conformément à la législation régissant le domaine public.

Dans ce cadre, la gestion s'effectue conformément à un contrat administratif de concession et un cahier de clauses générales. Le contentieux portant sur les dépendances du domaine public est de nature administrative »⁽⁵⁹⁾.

De telles dispositions, toujours en vigueur, signifient que l'entreprise publique est habilitée à gérer pour le compte de l'Etat une portion du domaine public qu'elle met à la disposition du public ou des entreprises. A ce titre, elle subit des charges étrangères à son activité d'agent économique. Il en est ainsi lorsqu'elle réalise des équipements permettant l'utilisation de la dépendance domaniale ou lorsqu'elle engage des dépenses destinées à l'entretien des biens publics en cause. Ici, l'entreprise est en droit de bénéficier de subventions destinées à la couverture des frais d'entretien ou de réalisation des équipements qui sont mis à sa charge. Les

mesures prises dans ce cadre par l'entreprise publique sont de nature administrative, ce qui explique qu'elles relèvent de la compétence du juge administratif.

Par ailleurs, on se retrouve dans la même situation en application des dispositions de l'article 56 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques. Celui-ci prévoit que « Lorsque l'entreprise publique économique est régulièrement habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique et, qu'a ce titre, elle délivre au nom et pour le compte de l'Etat, des autorisations, licences et autres actes administratifs, les modalités et conditions d'exercice de ces prérogatives, ainsi que celles du contrôle y afférents, font préalablement l'objet d'un règlement de service établi conformément à la législation et à la réglementation en vigueur. Le contentieux y afférent est régi par les règles applicables à l'administration »⁽⁶⁰⁾. Ici encore, on se retrouve face à une mission étrangère à l'activité économique de l'entreprise et qui est susceptible de lui occasionner des dépenses n'ayant aucun rapport avec son objet social.

2 – La soumission de l'entreprise publique à des sujétions de service public

En vertu de l'article 57 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques, « 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 ».

De telles dispositions, toujours en vigueur, sont reprises par l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques dont l'article 7 précise que « Des conventions peuvent être conclues entre l'Etat représenté par le Conseil des Participations de l'Etat visé à l'article 8 ci-dessous et les entreprises publiques économiques soumises à des sujétions de service public »⁽⁶¹⁾.

On le sait, les activités de service public sont généralement prises en charge par des établissements publics. Toutefois, il arrive souvent qu'elles le soient par des entreprises publiques ou même des personnes privées dans le cadre des formules de délégation de service public⁽⁶²⁾.

En droit comparé, l'article 77 du traité de Rome admet « les aides... qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » (art. 73 dans la version consolidée après le traité d'Amsterdam). De même, la directive du 19 décembre 1996 sur le marché intérieur de l'électricité admet en son article 3.2 que « les Etats membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public, dans l'intérêt économique général, qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et les prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement ».

En Algérie, divers textes législatifs mettent à la charge des entreprises publiques un ensemble de sujétions exorbitantes que justifient les missions de service public dont elles ont la charge. On peut mentionner, à titre d'exemple, celles intervenant dans le transport aérien d'une part et celles ayant la charge de services publics en réseaux.

2.1. – L'entreprise publique de transport aérien

Si la loi relative à l'aviation civile autorise la réalisation et l'exploitation d'un aéroport, d'un aérodrome ou d'une héliport ouverts à la circulation aérienne publique par des personnes physiques de nationalité algérienne ou des personnes morales de droit algérien et ce, sur la base d'une convention⁽⁶³⁾, il reste que le

transport aérien comporte des charges de service public. C'est pourquoi l'article 9 de la loi précitée prévoit que « Le transport aérien public et les services de travail aérien sont assurés par une ou plusieurs compagnies nationales de transport aérien.

Une ou plusieurs compagnies nationales de transport aérien peuvent être chargées d'assurer les sujétions de service public en contrepartie d'une compensation financière versée par l'Etat et ce, conformément aux droits et obligations du cahier des charges fixé par voie réglementaire ».

Un décret exécutif du 27 décembre 2003 établit le cahier des charges applicable à la compagnie nationale de transport aérien chargée d'assurer des sujétions de service public : il précise en son article 1^{er} : « En application des dispositions de l'article 9 de la loi n° 98-06 du 27 juin 1998, modifiée et complétée, susvisée, le présent décret a pour objet de définir le cahier des charges applicable à la compagnie nationale de transport aérien qui est chargée d'assurer des sujétions de service public en contrepartie d'une compensation financière versée par l'Etat. Cette compensation est inscrite au budget de l'Etat »⁽⁶⁴⁾.

De manière plus précise, le cahier des charges précise en son article 2 : « En contrepartie de la réalisation de ces sujétions de service public, la compagnie nationale désignée ci-dessus reçoit de l'Etat une compensation financière juste et équitable ».

Au plan pratique, les contributions de sujétions de service public sont inscrites au budget du ministère en charge de l'aviation civile. La compagnie nationale adresse au ministre chargé de l'aviation civile, avant le 30 avril de chaque année, une évaluation des subventions qui doivent lui être allouées pour la couverture des charges réelles induites par les sujétions de service public qui lui sont imposées par l'Etat pour l'exercice en cours. S'agissant du montant des dotations, il est arrêté en commun par le ministre chargé des finances et le ministre chargé de l'aviation civile. Il reste que le cahier des charges prévoit que « Les dotations de crédits peuvent faire l'objet d'une révision en cours d'exercice, au cas où de nouvelles sujétions de service public sont imposées à la compagnie nationale ».

Enfin, un bilan de l'utilisation des contributions de l'Etat doit être obligatoirement transmis au ministre chargé des finances à la fin de chaque exercice budgétaire.

2.2. – Les services publics en réseaux

2.2.1. - L'électricité et le gaz

La loi du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations précise en son article 1^{er} que les activités liées à la production, au transport, à la distribution, à la commercialisation de l'électricité ainsi qu'au transport, à la distribution et à la commercialisation du gaz par canalisations « sont assurées, selon les règles commerciales, par des personnes physiques ou morales de droit public ou privé et exercées dans le cadre du service public ». Par ailleurs, l'article 3 du même texte législatif dispose que « La distribution de l'électricité et du gaz est une activité de service public ». Ce dernier « a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité et en gaz, sur l'ensemble du territoire national, dans les meilleures conditions, de sécurité, de qualité, de prix et de respect des règles techniques et de l'environnement »⁽⁶⁵⁾. C'est ce qui explique que SONELGAZ ait été érigée en établissement public à caractère industriel et commercial⁽⁶⁶⁾. Si la loi relative à l'électricité et au gaz l'a transformée en holding de sociétés par actions, il reste qu'elle continue, en dépit de la mutation de sa nature juridique, à exercer des missions de service public comme en témoignent les dispositions de l'article 7 de ses

nouveaux statuts qui précisent que l'entreprise publique « assure une mission de service public conformément à la législation et la réglementation en vigueur »⁽⁶⁷⁾.

L'exercice de l'activité de distribution est régi, comme toute activité de service public, par les lois de Rolland : principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité. A ce titre, l'article 5 du texte réglementaire ayant trait à la concession de distribution d'électricité et du gaz dispose que « Les principes généraux de la concession de distribution d'électricité et/ou du gaz sont notamment : (...) l'obligation pour le concessionnaire de respecter les principes de continuité et d'adaptabilité du service concédé, l'égalité de traitement des clients ainsi que toute autre obligation résultant des missions de service public »⁽⁶⁸⁾. Quant à l'article 12 du cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire de distribution de l'électricité et/ou du gaz, il prévoit que « le concessionnaire a l'obligation, pendant toute la durée de la concession, d'assurer le service concédé dans les meilleures conditions de continuité et de qualité sur l'ensemble du périmètre de la concession »⁽⁶⁹⁾ et ce, même en cas d'exploitation déficitaire.

Au plan pratique, le distributeur est tenu de livrer l'électricité et le gaz en permanence, hors le cas d'interruption motivée par des intempéries ou en cas de force majeure⁽⁷⁰⁾ ; il est tenu de prévoir des groupes de secours dans chaque site de production, à charge pour la commission de régulation de l'électricité et du gaz de s'assurer que la capacité installée permet la garantie de la continuité du service. Par ailleurs, et au titre du principe de l'adaptabilité du service, le concessionnaire doit s'engager « à améliorer les critères de performance en matière d'exploitation de service concédé sur les plans technique, commercial, économique et financier ainsi qu'en matière de respect des obligations du service public »⁽⁷¹⁾. Quant au principe d'égalité qui s'impose au bénéficiaire de la concession, la réglementation prévoit que « A conditions identiques, le distributeur est tenu à tous les égards à une stricte égalité de traitement vis-à-vis des clients quels qu'ils soient »⁽⁷²⁾.

En contrepartie des charges et sujétions exorbitantes qui pèsent sur l'entreprise publique délégataire, celle-ci bénéficie de droits et avantages. En effet, lorsque de telles sujétions de service public sont de nature à porter atteinte à l'équilibre financier de l'exploitation de l'activité et à sa rentabilité, elle bénéficie d'une compensation financière. L'article 4 de la loi du 5 février 2002 dispose en effet que « Toute sujétion de service public donne lieu à rémunération par l'Etat, après avis de la commission de régulation, notamment dans les cas suivants :

- les surcoûts issus de contrats de fourniture et d'achat d'énergie imposés par l'Etat ;
- les participations en faveur de client spécifique ;
- les surcoûts des activités de production et de distribution dans des régions particulières ;
- les contraintes identifiées comme telles par la commission de régulation ».

Au plan pratique, il appartient à la Commission de régulation de l'électricité et du gaz d'établir « le calcul des coûts et pertes relatifs aux sujétions de service public et aux coûts de transition »⁽⁷³⁾ et ce, en ce que le texte législatif l'investit « d'une mission de réalisation et de contrôle du service public de l'électricité et de la distribution du gaz par canalisations »⁽⁷⁴⁾.

Enfin, l'Etat peut imposer à l'entreprise le déplacement ou la modification d'ouvrages de production, de transport ou de distribution d'électricité ou de distribution publique de gaz, notamment pour des motifs liés à l'aménagement, l'urbanisme, l'environnement. Dans ce cas de figure, et « Lorsqu'il s'avère indispensable que les travaux de déplacement d'ouvrage doivent être réalisés, l'entreprise bénéficiera des délais nécessaires à l'exécution du déplacement ou à la

modification des ouvrages concernés ». Par ailleurs, lorsque le déplacement ou les modifications apportées aux ouvrages en cause sont imposés par l'Etat à titre de sujétion de service public, « les frais de déplacement ou de la modification sont pris en charge sur le budget de l'Etat »⁽⁷⁵⁾. Dans toutes ces situations, les compensations financières octroyées par l'Etat 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 de l'entreprise publique comme une société commerciale soumise aux règles de la rentabilité.

2.2.2. - Le secteur des télécommunications

L'activité des télécommunications a toujours été considérée comme une activité de service public. Au point de vue de ses modalités de gestion, le service public était exploité sous le régime de la régie en ce que c'est l'administration centrale qui prend en charge la gestion des activités et ce, sans qu'il n'y ait création d'une personne publique distincte de l'Etat. Toutefois, à l'occasion de la réforme du secteur en 2000⁽⁷⁶⁾, le législateur renonce au régime de la régie en confiant l'activité postale à un établissement public à caractère industriel et commercial⁽⁷⁷⁾ tandis que l'exploitation des télécommunications est dévolue à un opérateur public : Algérie Télécom Mobile qui est une entreprise publique à caractère économique.

Dans la mesure où l'exploitation d'activités de télécommunications constitue une activité de service public, le législateur en soumet la délégation à un ensemble de sujétions auxquelles correspondent des droits et prérogatives au profit du délégataire.

S'agissant des sujétions de service public qui pèsent sur le délégataire, il y a lieu de noter les trois règles fondamentales qui gouvernent traditionnellement l'ensemble des services publics : la continuité, l'égalité et l'adaptabilité du service. C'est ce que prévoient les dispositions des articles 8 et 9 de la loi relative aux télécommunications qui précisent que le délégataire est tenu à la mise à disposition des usagers d'un service minimum « et ce, dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité ». Le délégataire se voit plus précisément imposer un ensemble de charges que le législateur traite sous le générique de service universel⁽⁷⁸⁾ : dans le domaine des télécommunications, le service universel consiste en la mise à la disposition du public usager d'une desserte en cabines téléphoniques installées sur la voie publique, de l'acheminement gratuit des appels d'urgence, de la fourniture du service de renseignements et d'un annuaire d'abonnés, de la desserte téléphonique, de la fourniture des services internet, de l'accès aux services internet à un débit minimum de 512 kbits⁽⁷⁹⁾.

En outre, et dans la mesure où l'intérêt général l'exige, notamment pour des raisons liées à l'ordre public ou à la sécurité nationale, l'administration est en mesure de modifier le cahier des charges, sous réserve que la décision de modification soit notifiée au titulaire de la licence au moins 6 mois avant son entrée en vigueur⁽⁸⁰⁾. De telles modifications ne doivent pas toutefois remettre en cause de manière fondamentale les équilibres économiques sous-jacents à la licence.

Par ailleurs, on recense un ensemble de sujétions qui pèsent sur l'entreprise publique et qui sont répertoriées dans le cahier des charges relatif à l'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et à la fourniture des services de télécommunications au public⁽⁸¹⁾. Le texte impose en effet à l'opérateur "Algérie Télécom" un ensemble de sujétions liées à la défense nationale et à la sécurité publique. C'est ainsi que l'article 24 dudit cahier des charges prévoit que le titulaire de la licence « est tenu de répondre positivement et dans les plus brefs délais aux injonctions des autorités compétentes en vue de respecter les

prescriptions exigées par la défense nationale, la sécurité publique, et les prérogatives de l'autorité judiciaire en mettant en œuvre les moyens nécessaires, en particulier en ce qui concerne :

- l'établissement de liaisons de télécommunications dans les zones d'opérations ou sinistrées ;
- le respect des priorités en matière d'utilisation des réseaux en cas de conflit ou dans les cas d'urgence ;
- l'interconnexion avec les réseaux propres aux services chargés de la défense nationale et de la sécurité publique ;
- les réquisitions des installations pour des besoins de sécurité intérieure ;
- l'apport de son concours, en permettant (i) l'interconnexion et l'accès à ses équipements et (ii) l'accès aux fichiers et autres informations détenues par le titulaire, aux organismes traitant au niveau national des questions de protection et de sécurité de systèmes de télécommunications ;
- l'interruption partielle ou totale du service ou l'interruption des émissions radioélectriques, sous réserve du versement d'une indemnité correspondant à la perte de chiffre d'affaires générée par ladite interruption ».

Le même dispositif est reproduit à l'article 22 du cahier des charges annexé au décret exécutif du 2 décembre 2013 portant approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications de troisième génération (3G) et de fourniture de services de télécommunications au public attribuée à la société "Algérie Télécom Mobile"⁽⁸²⁾ : il y est prévu, notamment, qu'en matière de prescriptions exigées pour la défense nationale et la sécurité publique, l'entreprise est tenue de répondre aux injonctions des autorités compétentes en décidant « l'interruption partielle ou totale du service ou l'interruption des émissions radioélectriques, sous réserve du versement d'une indemnité correspondant à la perte de chiffre d'affaires générée par ladite interruption ». Le même texte ajoute : « Le Titulaire est indemnisé pour sa participation aux actions ci-dessus dans la mesure des conditions prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur ».

En contrepartie de telles sujétions exorbitantes, le cahier des charges prévoit ainsi que l'entreprise publique titulaire de la licence bénéficie d'une indemnisation au titre de sa participation aux diverses actions mentionnées à l'article 22 précité. A ce titre, une telle compensation est compatible avec les règles ayant trait à la concurrence dans la mesure où l'entreprise publique n'a pas vocation à supporter les charges de service public au même titre qu'un établissement public et qu'elle est gouvernée par la loi du profit au même titre qu'une entreprise privée.

Conclusion

L'entreprise publique en Algérie ne peut être analysée au même titre que n'importe quelle entreprise du secteur public dans un quelconque pays libéral où l'intervention d'une telle entité reste encadrée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, il est admis que les personnes publiques ne peuvent « prendre en charge une activité économique [...] que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence » ; en outre, « pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée »⁽⁸³⁾. La tendance qui se dégage de la jurisprudence du Conseil d'Etat français tourne d'ailleurs autour d'un principe suivant lequel « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée »⁽⁸⁴⁾. Même si la jurisprudence du Conseil

d'Etat a évolué sur la question de sorte que l'intervention des personnes publiques soit largement admise dans son principe, « une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci »⁽⁸⁵⁾.

Dans le cas algérien, l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie à travers les entreprises publiques est une donnée de base héritée de l'économie administrée et qui n'a pas été véritablement remise en cause. En témoignent de manière éclatante la remise à l'ordre du jour des mesures de nationalisation, d'étatisation et de préemption qui visent à étendre le secteur public en remettant en cause la politique de privatisation des entreprises du secteur public. Il s'ensuit que l'entreprise publique joue de nouveau le rôle qui était le sien sous l'empire de l'économie administrée, soit celui de catalyseur des contradictions sociales et d'instrument de la paix sociale.

Une telle pratique des pouvoirs publics, largement favorisée par l'embellie financière consécutive à l'accumulation de réserves de change d'un niveau appréciable, a conduit à la remise en cause de toutes les réformes engagées entre 1990 et 2008. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, consacré par la Constitution de 1996⁽⁸⁶⁾, est purement et simplement mis entre parenthèses et l'entreprise publique redevient, comme par magie, l'acteur-clé du développement économique du pays. Une telle situation donne tout naturellement naissance à un phénomène connu en Algérie : celui de l'ineffectivité des règles juridiques. C'est notamment le cas de tout le dispositif juridique ayant trait à la concurrence et qui ne joue plus qu'un rôle décoratif : si l'Etat est en droit de subventionner les entreprises publiques soumises à des sujétions de service public, il ne l'est pas en dehors de ce cas de figure et il viole de manière délibérée le principe de libre concurrence qui s'oppose à ce que les pouvoirs publics octroient des aides systématiques aux entreprises du secteur public dont la majorité accuse annuellement un déficit. C'est ainsi que dans l'une de ses propositions d'amendement de l'ordonnance de 2003, le Conseil de la concurrence suggère de « soumettre les aides de l'Etat et des collectivités aux entreprises à l'avis du Conseil de la concurrence dès lors qu'elles peuvent avoir un impact sur la concurrence »⁽⁸⁷⁾.

Il reste toutefois que la crise dans laquelle s'enfonce le pays à la suite de la baisse drastique des ressources tirées de la rente pétrolière a remis en cause pareille politique en ce que le trésor public ne peut continuer à prendre en charge de telles subventions systématiques. C'est ce qui ressort des dispositions de la loi de finances pour 2016 qui renouent avec le processus de privatisation des entreprises publiques⁽⁸⁸⁾. On en arrive ainsi à la même situation que celle consécutive à la mise sous tutelle du FMI que le pays a vécu au cours des années 1990 et qui a abouti à l'édiction d'un ensemble de textes de lois, dont celui ayant trait à la privatisation des entreprises publiques. En un mot, c'est l'histoire qui se répète !

Notes :

⁽¹⁾ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *Droit de la concurrence*, Belkeise Editions, Alger, 2012.

⁽²⁾ Lorsque la personne publique exerce des missions régaliennes, elle peut toutefois se voir appliquer les règles de la concurrence par effet de ricochet, comme par exemple lorsqu'elle impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 6 ou renforce les effets de telles ententes. Dans un tel cas de figure, c'est le juge administratif et non le Conseil de la concurrence qui est compétent pour apprécier la conformité de l'acte aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence.

⁽³⁾ A titre d'exemple, en France, a été considérée comme une activité de services la mise à disposition par une association chargée de l'organisation de manifestations culturelles ou commerciales, de locaux

d'exposition à des antiquaires et brocanteurs. Voir, Commission française de la concurrence, *Rapport annuel pour 1984*, p. 11.

⁽⁴⁾ Voir, Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON, Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 9^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2004, pp. 322-329.

⁽⁵⁾ Loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, *JORA* n° 02 du 13 janvier 1988 (partiellement abrogée. Les titres III et IV de la loi ont été maintenus en vigueur par l'ordonnance n° 95-25 du 25 septembre 1995 relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat, *JORA* n° 55 du 27 septembre 1995).

⁽⁶⁾ Décret exécutif n° 90-391 du 1^{er} décembre 1990 portant transformation de la nature juridique et statut de la société nationale des transports ferroviaires, *JORA* n° 54 du 12 décembre 1990.

⁽⁷⁾ Décret exécutif n° 91-100 du 20 avril 1991 érigeant l'entreprise nationale de télévision en établissement public à caractère industriel et commercial, *JORA* n° 19 du 24 avril 1991.

⁽⁸⁾ Décret exécutif n° 91-102 du 20 avril 1991 érigeant l'entreprise nationale de radiodiffusion sonore en établissement public de radiodiffusion sonore, *JORA* n° 19 du 24 avril 1991.

⁽⁹⁾ Décret exécutif n° 91-104 du 20 avril 1991 érigeant l'agence nationale télégraphique de presse « Algérie presse service » en établissement public à caractère industriel et commercial, *JORA* n° 19 du 24 avril 1991.

⁽¹⁰⁾ Alain CHOURAKI, « Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (s/dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991, p. 294.

⁽¹¹⁾ Loi n° 78-12 du 05 août 1978 portant statut général du travailleur, *JORA* n° 32 du 08 août 1978 (abrogée).

⁽¹²⁾ Décret n° 88-219 du 2 novembre 1988 fixant les modalités de calcul de l'indemnité de nuisance, *JORA* n° 46 du 09 novembre 1988 ; Décret n° 88-220 du 2 novembre 1988 complétant et modifiant le décret n° 81-14 du 31 janvier 1981 fixant les modalités de calcul de l'indemnité de travail posté, *JORA* n° 46 du 09 novembre 1988 ; Décret n° 88-221 du 2 novembre 1988 portant conditions de mise en œuvre des primes de rendement et des mécanismes de la liaison salaires-production, *JORA* n° 46 du 09 novembre 1988.

⁽¹³⁾ Décret n° 88-222 du 2 novembre 1988 modifiant et complétant le décret n° 80-119 du 12 avril 1980 portant création des comités et commissions de classification des postes de travail, *JORA* n° 46 du 9 novembre 1988.

⁽¹⁴⁾ Loi n° 90-11 du 21 avril 1990 modifiée et complétée relative aux relations de travail, *JORA* n° 17 du 25 avril 1990.

⁽¹⁵⁾ Ordonnance n° 67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics, *JORA* n° 52 du 27 juin 1967 (abrogée).

⁽¹⁶⁾ Ordonnance n° 74-9 du 30 janvier 1974 portant réaménagement du code des marchés publics, *JORA* n° 13 du 12 février 1974 (abrogée).

⁽¹⁷⁾ Décret n° 82-145 du 10 avril 1982 modifié et complété portant réglementation des marchés de l'opérateur public, *JORA* n° 15 du 13 avril 1982 (abrogé).

⁽¹⁸⁾ Loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, op. cit.

⁽¹⁹⁾ Ordonnance n° 95-25 du 25 septembre 1995 relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat, *JORA* n° 55 du 27 septembre 1995.

⁽²⁰⁾ Ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 47 du 22 août 2001, complétée par ordonnance n° 08-01 du 28 février, *JORA* n° 11 du 2 mars 2008.

⁽²¹⁾ Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, *JORA* n° 58 du 7 octobre 2010, modifié et complété par décret présidentiel n° 11-98 du 1^{er} mars 2011, *JORA* n° 14 du 6 mars 2011, décret présidentiel n° 11-222 du 16 juin 2011, *JORA* n° 34 du 19 juin 2011, décret présidentiel n° 12-23 du 23 janvier 2012, *JORA* n° 4 du 26 janvier 2012, décret présidentiel n° 13-03 du 13 janvier 2013, *JORA* n° 02 du 13 janvier 2013 (abrogé).

⁽²²⁾ Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *JORA* n° 50 du 20 septembre 2015.

⁽²³⁾ Voir, André de LAUBADERE, Pierre DELVOLVE, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1986, p. 829.

⁽²⁴⁾ Voir, Michel BAZEX, « Contrats de plan entre l'Etat et les entreprises publiques », *AJDA* 1984, p. 69.

⁽²⁵⁾ Décret n° 88-128 du 28 juin 1988 portant approbation de la convention entre l'Etat et la société nationale des transports ferroviaires (S.N.T.F.), *JORA* n° 26 du 29 juin 1988.

⁽²⁶⁾ Décret exécutif n° 90-391 du 1^{er} décembre 1990 portant transformation de la nature juridique et statut de la société nationale des transports ferroviaires (SNTF), *JORA* n° 54 du 12 décembre 1990.

⁽²⁷⁾ Loi n° 88-01 du 2 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, op. cit.

⁽²⁸⁾ Ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 complétée relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, op. cit.

⁽²⁹⁾ Voir, CE, Ass. 22 décembre 1982, Comité central d'entreprises de la S.F.E.N.A., *RDP* 1983.497, concl. Bacquet, note J.M. Auby ; *AJDA* 1983.172, chr. Lasserre et Delarue.

(30) Toutefois, et en vertu de l'article 6 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001, « 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 ». C'est le cas, à titre d'exemple, de SONATRACH (Décret présidentiel n° 98-48 du 11 février 1998 portant statuts de la société nationale pour la recherche, la production, le transport la transformation et la commercialisation des hydrocarbures "SONATRACH", *JORA* n° 7 du 15 février 1998, modifié et complété par décret présidentiel n° 2000-271 du 23 septembre 2000, *JORA* n° 57 du 24 septembre 2000), ou encore de SONELGAZ (Décret présidentiel n° 02-195 du 1^{er} juin 2002 portant statuts de la Société algérienne de l'électricité et du gaz dénommée " SONELGAZ Spa ", *JORA* n° 39 du 2 juin 2002).

(31) S'agissant de la composition de l'organe d'administration, l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 prévoit en son article 5 *alinéa* 2 que « Le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, selon le cas, doit toutefois, comporter deux sièges au profit des travailleurs salariés, selon les dispositions prévues par la loi relative aux relations de travail ».

(32) Toutefois, l'article 5 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 prévoit que « 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'Etat ou toute autre personne morale de droit public ». Voir décret exécutif n° 2001-283 du 24 septembre 2001 portant forme particulière d'organe d'administration et de gestion des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 55 du 26-09-2001. En vertu des dispositions du texte en cause, il est prévu une forme particulière d'organes dans le cas des entreprises chargées des participations de l'Etat. Elles sont dotées d'une assemblée générale et d'un directoire. Quant à la soumission de l'entreprise à de telles formes particulières, elle est décidée par voie de résolution du Conseil des participations de l'Etat.

(33) Ordonnance n° 75-48 du 17 juin 1975 relative à l'exécution des décisions de justice et des sentences arbitrales, *JORA* n° 53 du 4 juillet 1975 (abrogée).

(34) Loi n° 91-02 du 8 janvier 1991 relative aux dispositions particulières à certaines décisions de justice, *JORA* n° 02 du 9 janvier 1991.

(35) Martine LOMBARD, « Les conséquences juridiques du passage de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence », *Revue française d'administration publique*, n° 4, 2007, p. 573.

(36) Pierre DELVOLVE, « Les entreprises publiques et le droit de la concurrence », www.asmp.fr/

(37) Cons. conc., Décision n° 98-D-03 du 13 décembre 1998 relative aux pratiques mises en œuvre par la Société nationale des tabacs et allumettes (inédite).

(38) Cons. conc. Décision n° 99 D 01 du 23 juin 1999 relative aux pratiques mises en œuvre par l'Entreprise nationale des industries électroniques (ENIE), unité de Sidi-Bel-Abbès (inédite).

(39) Cons. conc. Décision n° 2000 D 03 du 19 novembre 2000 relative à la saisine de la Société SOMEX International contre la Société SAFEX (inédite).

(40) Cons. conc. Décision n° 20/2015 du 16 Avril 2015, Saisine du 31 mars 2013 relative au dossier n° 49/2013, M. DOUKHANDJI Rabah c/ ANRH et SONATRACH, in Rapport d'activité du Conseil de la concurrence, Année 2015, *Bulletin Officiel de la Concurrence*, n° 10, 24 octobre 2016, p. 52 et s. La décision est publiée intégralement en langue arabe in *Bulletin Officiel de la Concurrence*, n° 8, 2 juin 2016, p. 56.

(41) L'article 60 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence dispose : « 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 ».

(42) Cons. conc. Décision n° 20/2015 du 16 Avril 2015, op. cit.*

(43) Marah BUKAI, « L'Algérie envisage une aide aux entreprises publiques endettées », 9 novembre 2009, www.menabwn.org/fr/

(44) Marianne DONY-BARTHOLME, « Les aides publiques aux entreprises face au droit européen de la concurrence », *Politiques et management public*, n° 4, 1991, p. 3.

(45) Idem.

(46) Ibid.

(47) Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, 2002, p. 366.

(48) Nicolas CHARBIT, « Table ronde : financement des services publics et aides d'Etat : Quelles compensations aux obligations du service public admettre ? », *LPA*, 2004, p. 52.

(49) François LEVÊQUE, « Table ronde : financement des services publics et aides d'Etat : Quelles compensations aux obligations du service public admettre ? », *LPA*, 2004, p. 42.

(50) André DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *Revue française d'administration publique*, n° 4, 2007, p. 549.

(51) Guylain CLAMOUR, « La notion d'entreprise et d'aide sectorielle », Colloque : Entretiens du Palais Royal sur les aides d'Etat, *Concurrences*, n° 3, 2008, p. 48.

- (52) Marianne DONY-BARTHOLME, « Les aides publiques aux entreprises face au droit européen de la concurrence », op. cit. p. 7.
- (53) *Idem.*
- (54) *Ibid.*
- (55) *Ibid.*
- (56) Décision de la Commission du 27 juillet 1994 concernant l'augmentation de capital d'Air France, T.P.I. 12 décembre 1996, Air France c/ Commission, aff. T- 358/94. Rec.II.2109.
- (57) Voir, Laurence IDOT, « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », *RTDE*, 1998, p. 295 ; Jan WOUTERS et Bruno VAN HEES, « Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'Etat », *RMCUE*, n° 2, 1999, p. 35.
- (58) Pierre DELVOLVE, « Les entreprises publiques et le droit de la concurrence », op. cit.
- (59) Loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, op. cit.
- (60) Dispositions en vigueur.
- (61) Ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 complétée relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, op. cit.
- (62) Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Belkeise Editions, Alger, 2012.
- (63) Loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, *JORA* n° 48 du 28 juin 1998, modifiée et complétée par loi n° 2000-05 du 6 décembre 2000, *JORA* n° 75 du 10 décembre 2000, modifiée et complétée par ordonnance n° 03-10 du 13 août 2003, *JORA* n° 48 du 13 août 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-02 du 23 janvier 2008, *JORA* n° 4 du 27 janvier 2008, modifiée et complétée par loi n° 15-14 du 15 juillet 2015, *JORA* n° 41 du 29 juillet 2015.
- (64) Décret exécutif n° 03-501 du 27 décembre 2003 portant cahier des charges applicable à la compagnie nationale de transport aérien chargée d'assurer des sujétions de service public en contrepartie d'une compensation financière versée par l'Etat, *JORA* n° 82 du 28 décembre 2003.
- (65) Loi n° 02-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, *JORA* n° 8 du 06 février 2002, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014.
- (66) Décret exécutif n° 91-475 du 14 décembre 1991 portant transformation de la nature juridique de la société nationale de l'électricité et du gaz (SONELGAZ), en établissement public à caractère industriel et commercial, *JORA* n° 66 du 22 décembre 1991 (abrogé), décret exécutif n° 95-280 du 17 septembre 1995 portant statuts de l'établissement public à caractère industriel et commercial "SONELGAZ", *JORA* n° 54 du 24 septembre 1995 (abrogé).
- (67) Décret présidentiel n° 02-195 du 1^{er} juin 2002 portant statuts de la Société algérienne de l'électricité et du gaz dénommée " SONELGAZ Spa ", *JORA* n° 39 du 2 juin 2002.
- (68) Art. 5 du décret exécutif n° 08-114 du 9 avril 2008 fixant les modalités d'attribution et de retrait des concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire, *JORA* n° 20 du 9 avril 2008.
- (69) Cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire annexé au décret exécutif n° 08-114 du 9 avril 2008 fixant les modalités d'attribution et de retrait des concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire, *JORA* n° 20 du 9 avril 2008.
- (70) Art. 2 du décret exécutif n° 02-194 du 28 mai 2002 portant cahier des charges relatif aux conditions de fourniture de l'électricité et du gaz par canalisations, *JORA* n° 39 du 2 juin 2002.
- (71) *Ibid.* Art. 13. Les critères pris en compte concernent notamment la qualité et la continuité de l'alimentation en énergie, le taux de desserte, la relation avec la clientèle et le montant des investissements.
- (72) Art. 6 du décret exécutif n° 02-194 du 28 mai 2002 portant cahier des charges relatif aux conditions de fourniture de l'électricité et du gaz par canalisations, *JORA* n° 39 du 2 juin 2002.
- (73) Art. 115/25 de la loi n° 02-01 du 5 février 2002 modifiée et complétée relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, op. cit.
- (74) *Ibid.* Art. 114.
- (75) Art. 50 du décret exécutif n° 90-411 du 22 décembre 1990 relatif aux procédures applicables en matière de réalisation et de déplacement des ouvrages d'énergie électrique et gazière et au contrôle, *JORA* n° 56 du 26 décembre 1990, modifié par décret exécutif n° 08-114 du 9 avril 2008 fixant les modalités d'attribution et de retrait des concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire, op. cit.
- (76) Loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06-08-2000, modifiée et complétée par loi n° 06-24 du 26 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007, *JORA* n° 85 du 27 décembre 2006, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014.
- (77) Décret exécutif n° 02-43 du 14 janvier 2002 portant création d'"Algérie Poste", *JORA* n° 4 du 16 janvier 2002.

(78) Sur la question du service universel en Algérie, voir, Noureddine BERRI, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse de doctorat en sciences, spécialité droit, Université M. Mammeri de Tizi-Ouzou, 2014, pp. 175-194, Noureddine BERRI, « La régulation des services publics: le secteur des télécommunications », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 02, 2010, pp. 13-27, Noureddine BERRI, « La régulation des télécommunications en Algérie : Essai sur une concurrence en demi-teinte ! », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 01, 2013, pp. 42-65, Nasser LEBED, « La place du service universel dans l'action administrative », in Walid LAGGOUNE (s/dir.), *Algérie : Cinquante ans après. La part du droit*, Tome II, AJED Editions, Alger, 2013, pp. 699-728.

(79) Voir décret exécutif n° 03-232 du 24 juin 2003 déterminant le contenu du service universel de la poste et des télécommunications, les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement, *JORA* n° 39 du 29 juin 2003, modifié et complété par décret exécutif n° 09-310 du 23 septembre 2009, *JORA* n° 55 du 27 septembre 2009, modifié et complété par décret exécutif n° 16-188 du 22 juin 2016, *JORA* n° 39 du 29 juin 2016.

(80) Art. 22 du décret exécutif n° 01-124 du 9 mai 2001 portant définition de la procédure applicable à l'adjudication par appel à la concurrence pour l'octroi des licences en matière de télécommunications, *JORA* n° 27 du 13 mai 2001.

(81) Cahier des charges relatif à l'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et à la fourniture des services de télécommunications au public annexé au décret exécutif n° 02-186 du 26 mai 2002 portant approbation, à titre de régularisation, de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et de fourniture de services de télécommunications au public, *JORA* n° 38 du 29 mai 2002 (rectificatif in *JORA* n° 4 du 22 janvier 2003), complété par décret exécutif n° 03-36 du 13 janvier 2003, *JORA* n° 4 du 22 janvier 2003.

(82) Décret exécutif n° 13-405 du 2 décembre 2013 portant approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications de troisième génération (3G) et de fourniture de services de télécommunications au public attribuée à la société "Algérie Télécom Mobile", *JORA* n° 60 du 2 décembre 2013.

(83) CE, Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, www.legifrance.gouv.fr/ ; CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, www.legifrance.gouv.fr/

(84) CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, www.legifrance.gouv.fr/

(85) CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, www.legifrance.gouv.fr/

(86) A la suite de la révision constitutionnelle de 2016, l'article 37 devient l'article 43 ainsi rédigé : « La liberté d'investissement et de commerce est reconnue. Elle s'exerce dans le cadre de la loi.

L'Etat œuvre à améliorer le climat des affaires. Il encourage, sans discrimination, l'épanouissement des entreprises au service du développement économique national » (Constitution du 28 novembre 1996, promulguée par décret présidentiel n° 96-438 du 7 décembre 1996 relatif à la promulgation au *Journal officiel* de la République algérienne démocratique et populaire de la révision constitutionnelle adoptée par référendum du 28 novembre 1996, *JORA* n° 76 du 8 décembre 1996, modifiée par Loi n° 02-03 du 10 avril 2002 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 25 du 14 avril 2002, Loi n° 08-19 du 15 novembre 2008 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 63 du 16 novembre 2008, Loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 14 du 7 mars 2016, rectificatif in *JORA* n° 46 du 3 août 2016).

(87) Rapport d'activité du Conseil de la concurrence, Année 2015, *Bulletin Officiel de la Concurrence*, n° 10, 24 octobre 2016, p. 83.

(88) Art. 62 de la loi n° 15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finances pour 2016, *JORA* n° 72 du 31 décembre 2015.