

Sur le principe d'égalité concurrentielle entre les opérateurs économiques publics et privés

DJELLAL Messad épouse MAHTOUT⁽¹⁾

⁽¹⁾ Maître de conférences classe « A », Faculté de droit et des sciences politiques, Université Mouloud Maameri Tizi-Ouzou, 15000, Tizi-Ouzou, Algérie.

Email : mes.djellal@hotmail.com

Résumé :

Le principe d'égalité concurrentielle est l'une des applications du principe d'égalité en général, le juge administratif Français fait appel au principe d'égalité pour trancher une question d'ordre concurrentiel en déduisant d'une atteinte au principe d'égalité par l'atteinte à la concurrence qui a pour exigence de donner les mêmes chances de départ à tous les opérateurs économiques qu'ils soient publics ou privés. Il faut donc s'efforcer de rechercher un équilibre des conditions de concurrence en prenant en compte tous les facteurs de différenciation entre les acteurs concurrents et en privilégiant une approche compensatoire consistant à mettre en balance les contraintes supportées par les opérateurs publics, et les avantages dont ils bénéficient.

On observe aujourd'hui l'application d'un principe d'égalité concurrentielle aux opérateurs publics qui se manifeste notamment au travers de la nécessaire neutralité de leur statut (Chapitre I), et de l'égalisation des conditions de concurrence (Chapitre II).

Mots clés :

L'égalité, conditions de concurrence, missions de service public.

Date de soumission: 19/12/2018, *Date d'acceptation:* 03/11/2019, *Date de publication:* 31/12/2019

Pour citer l'article:

DJELLAL Messad épouse MAHTOUT, " Sur le principe d'égalité concurrentielle entre les opérateurs économiques publics et privés ", RARJ, Vol 10, n°3, 2019, pp. 833-850.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

L'auteur correspondant : DJELLAL Messad épouse MAHTOUT, mes.djellal@hotmail.com

مبدأ المساواة التنافسية بين المتعاملين الاقتصاديين العموميين والخواص

الملخص:

يعتبر مبدأ المساواة التنافسية من أحد تطبيقات مبدأ المساواة بشكل عام، كثيرا ما يلجأ القاضي الإداري الفرنسي مثلا للعمل بمبدأ المساواة من أجل تسوية قضية مرتبطة بالمنافسة عند الفصل في مسألة تخص هذا المجال مستنتجا أن هناك مساس بمبدأ المساواة عن طريق المساس بالمنافسة التي تفرض شرط إعطاء نفس فرصة الانطلاق لجميع المتعاملين الاقتصاديين الذين يمارسون النشاط الاقتصادي.

ولذلك يجب أن نبحث حول تحقيق التوازن في الشروط التنافسية عن طريق مراعاة جميع عوامل التمييز بين المتعاملين المتنافسين و اتباع نهج الموازنة بين القيود التي يتحملها المتعاملون العموميون والمزايا التي يتمتعون بها.

نلاحظ اليوم تطبيق مبدأ المساواة التنافسية على المتعامل الاقتصادي العمومي، والذي يظهر بشكل خاص من خلال الحياد الضروري لوضعه القانوني (الفصل الأول)، وتحقيق تكافؤ شروط المنافسة بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين (الفصل الثاني).

الكلمات المفتاحية:

المساواة، الشروط التنافسية، مهام المرفق العام.

On the Principle of Competitive Equality between Operators Public and Private Economic

Summary:

The principle of equal competition is one of the applications of the principle of equality in general, the French administrative judge, appeal to the principle of equality in order to settle a competitive issue in inferring from infringement of the principle of equality by the infringement of competition which has the requirement to give the same chances of departure to all economic operations carrying on economic activity whether public or private.

We must therefore strive to achieve a balance of competitive conditions by taking into account all the factors of differentiation between competing players and by favouring a compensatory approach consisting in balancing the constraints borne by public operators and the advantages they benefit.

Today we observe the application of a principle of equal competition to public operators, which manifests itself in particular through the necessary neutrality of their status (Chapter I), and the equalization of the conditions of competition (Chapter II).

Keywords

Equality, competitive conditions, public service missions.

Introduction

Il n'existe pas de définition universelle du principe d'égalité concurrentielle. Elle est souvent définie en référence aux entreprises publiques, par rapport aux entités privées.

Le principe d'égalité concurrentielle, en d'autres termes, le principe de Neutralité concurrentielle peut être défini comme « un principe voulant que toutes les entreprises, publiques ou privées, nationales ou étrangères, soient soumises aux mêmes règles et que l'empreinte et l'intervention de l'état sur le marché de même que son rôle en tant qu'actionnaire ne créent pas, en droit ou dans les faits, un avantage concurrentiel injustifié par rapport à un acteur du marché existant ou potentiel ».¹

La neutralité concurrentielle est déterminante pour l'efficacité de la politique de la concurrence. A l'heure où les pouvoirs publics du monde entier renforcent leur arsenal législatif et répressif pour lutter contre les atteintes au droit de la concurrence, il importe que l'état lui-même ne fausse pas et ne restreigne pas de manière injustifiée les règles du jeu concurrentiel. De plus, la neutralité concurrentielle remet en cause les contours et limites de la législation sur la concurrence et des actions visant à la faire respecter.

Cependant l'examen de l'ensemble du statut juridique, de l'opérateur public afin de rechercher si celui-ci, le dote d'un avantage concurrentiel de nature à rompre l'égalité de concurrence est très compliqué à mener. Ce bilan concurrentiel, est naturellement difficile à établir, dans la mesure où il suppose une comparaison entre des opérateurs publics et des opérateurs privés dont leur rapport à l'intérêt général et la maximisation des profits, ne saurait être le même.

Il faut donc s'efforcer de rechercher un équilibre des conditions de concurrence en prenant en compte tous les facteurs de différenciation entre les acteurs concurrents et en privilégiant une approche compensatoire consistant à mettre en balance les contraintes supportées par les opérateurs publics et les avantages dont ils bénéficient.

A défaut de pouvoir assurer une parfaite égalité, le statut de l'opérateur public doit être à tout le moins neutre en droit de la concurrence. Cette neutralité est assurée d'une double manière : d'une part, le statut public de l'opérateur est indifférent tant dans le droit interne que dans les dispositions de l'accord d'association entre l'Algérie et la communauté européenne et de ses membres, d'une autre part, lorsque le statut de l'entreprise est public, les avantages et les inconvénients de celui-ci peuvent s'équilibrer pour permettre d'appliquer le principe de neutralité concurrentielle.

On observe aujourd'hui l'application d'un principe d'égalité concurrence aux opérateurs publics qui se manifeste notamment au travers de la nécessaire neutralité de leur statut (Chapitre I), et de l'égalisation des conditions de concurrence (Chapitre II).

¹ - Organisation de Coopération et de Développement Économique, Table ronde sur : « La neutralité concurrentielle », disponible sur le site <https://www.oecd.org/officialdocument/pub>

Chapitre I : Indifférence du statut public de l'opérateur économique dans le droit de la concurrence

En principe, l'opérateur public ne saurait utiliser la situation que lui confèrent son statut et le régime juridique qui en découle sous peine de violer la concurrence. Entre les opérateurs publics et privés, les armes doivent être égales, sans pouvoir être, par définition totalement identiques. En d'autres termes, l'intervention de la puissance publique « **ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans la quelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissants sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence** » étant entendu que le respect des conditions de concurrence se juge sur pièce.

En effet, le processus concurrentiel exige dans son principe que chaque opérateur bénéficie des mêmes chances de départ car sans un minimum d'égalité, aucune entreprise ne se lancerait dans la compétition. Le conseil de la concurrence Français, actuellement autorité de la concurrence, a considéré dans son avis 95-A-18 (Sernam) que « **L'entreprise publique sous réserve de ses obligations de service publique doit pouvoir saisir les mêmes chances et assumer les mêmes risques qu'une société commerciale quelconque.** »²

Le principe d'égalité concurrentiel suppose l'adoption de l'activité économique comme critère d'applicabilité du droit de la concurrence **section (1)** C'est un principe qui est posé par différents textes juridiques en Algérie **section (2)**, cependant la neutralité des règles de concurrence se trouve conditionnée par quelques impératifs.

Section 1 : L'adoption de l'activité économique comme critère d'applicabilité du droit de la concurrence

Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence : « **Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent, nonobstant toutes autres dispositions contraires ;**

-Aux activités de production..., de distribution..., de services,... y compris l'importation ainsi qu'à celles qui sont le fait de personnes morales publiques...quels que soient leur statut, leur forme et leur objet;

-Aux marchés publics, à partir de la publication de l'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché.

Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique ».³

²- Table ronde sur « L'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques », disponible sur le site :<https://www.oecd.org>.

³- Article 2 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003, relative à la concurrence, JORA n° 43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par la loi 08-12, JORA n° 36 du 02 juillet 2008, et la loi 10-05, JORA n° 46 du 18 août 2010.

Il apparait du contenu de l'article 2 de l'ordonnance 03-03 que c'est l'activité qui doit permettre de qualifier l'organe qui l'exerce en vue de l'applicabilité éventuelle du droit de la concurrence en d'autres termes le droit de la concurrence s'applique sans distinction aucune à toute personne exerçant l'activité économique y compris celles qui sont le fait de personnes morales publiques quelle que soit leurs forme ou leur statut juridique. Sur ce, l'adoption de l'activité économique comme et leur objet critère d'applicabilité du droit de la concurrence est en soit une consécration du principe d'égalité concurrence entre les opérateurs économiques publics et privés. Et pour marquer l'importance de cette règle, il a été choisi de l'inscrire dans le deuxième article de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée.

Le principe de soumission des opérateurs publics au droit de la concurrence est affirmé à titre de principe général **sous-section 1** il est également confirmé dans le cadre de certains régime spéciaux **sous-section 2**.

Sous-section 1 :L'égalité concurrence dans la prise en charge d'une activité économique et le principe général de soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence

L'ordonnance n°03-03 ne vise pas expressément elle, les entreprises publiques. Elle utilise une formule encore plus large dans son article 2 : qui dispose :« **Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent,... Aux activités de production, de distribution de services y compris l'importation et celles qui sont le fait de personnes morales publiques...** »

Il est remarquable que le champ d'application de l'ordonnance de 2003 ait été défini en termes d'activité et non d'entité, et que les entreprises publiques n'aient pas à cet égard fait l'objet d'un traitement particulier : cela confirme leur soumission de principe au droit de la concurrence.

Sur ce, l'adoption de l'activité économique comme critère d'applicabilité du droit de la concurrence est en soit une consécration du principe d'égalité concurrence entre les opérateurs économiques publics et privés.

1- Identification de l'opérateur économique public

Toutes les personnes qui exercent des activités économiques sur le marché sont avant tout des entreprises et, comme telles, soumises au droit de la concurrence.

Le terme d' « entreprise » renvoie à l'exercice d'une activité économique exercée sur marché, il implique l'application des règles de concurrence qui ont vocation à régir tout offreur sur un marché quelle que soit sa forme juridique. En droit Algérien l'entreprise comprend en effet « **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...** »⁴

⁴-Article 3 de l'ordonnance n° 03-03 modifiée et complétée, Op.cit.

Le droit de la concurrence s'applique de plein droit à toute personne morale ou physique exerçant une activité économique, cela couvre nécessairement les entreprises publiques économiques, dans le cadre de leurs activités de production, de distribution, ou de services et ce, au même titre que toute entreprise privée car à la suite des réformes entreprises à partir de l'année 1988, elles intègrent désormais le champ des personnes morales de droit privé et obéit de ce fait au régime des sociétés commerciales.

Contrairement au législateur français qui attribue la qualification d'entreprise publique à trois types d'organes à savoir : l'établissement public industriel et commercial, la société dont le capital est intégralement public et la société d'économie mixte dans laquelle les capitaux sont majoritairement publics⁵, le législateur Algérien distingue l'entreprise publique économique de l'établissement public, quelle que soit sa nature. En effet si l'entreprise publique économique est une personne morale de droit privé, l'établissement public industriel et commercial relève de la catégorie des personnes morales de droit public.⁶

Les règles de droit de la concurrence en vertu des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance 03-03, s'appliquent aux « personnes morales publiques » or l'expression de personnes morales publiques couvre non seulement les établissements à caractère administratif mais également les établissements à caractère industriel et commercial, et en vertu de la loi n°88-01 du 12 janvier 1988, portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, (partiellement abrogée), les établissements publics sont des personnes morales de droit public, chargés de la gestion de services publics soumis aux règles applicables à l'administration et au principe de spécialisation⁷, ils exercent des fonctions régaliennes.

Toutefois, s'il n'est pas admis que le droit de la concurrence s'applique aux établissements à caractère administratif, il n'est pas exclu, par principe, de soumettre les établissements à caractère industriel et commercial aux règles de l'ordonnance 03-03 puisqu'ils sont réputés commerçants et sont soumis aux règles de droit commercial⁸ dans leurs rapports avec les tiers notamment, avec le public, usagers du service public géré par cet établissement, et avec ses fournisseurs et sous-traitants.⁹

Par ailleurs, l'article 47 de la loi d'orientation sur les entreprises économiques dispose : « **Lorsque l'objet et le fonctionnement de l'activité d'un établissement à caractère industriel et commercial, peuvent, désormais, relever des mécanismes**

⁵-BERNARD Sébastien, Droit public économique, LexisNexis, Paris, 2013, p 70.

⁶-ZOUAIMIA Rachid, « Les aides de l'Etat aux entreprises publiques économiques : une entrave au principe de libre concurrence ? », Revue Académique de la Recherche Juridique volume 8 Numéro 1, p-p 7-30, Année 2017, disponible sur le site : <https://asjp.cerist.dz/en/article/25026>.

⁷- Loi n°88-01 du 12 janvier 1988, portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, JORA n° 2 du 13 janvier 1988 (partiellement abrogée).

⁸-Article 45, de la loi 88-01, Ibid.

⁹- Voir l'article 2 du décret exécutif n°90- 391 du 1 décembre 1990 portant transformation de la nature juridique et statut de la société nationale de transports ferroviaires (S.N.T.F), JORA n°54 du 12 décembre 1990.

de marché et que le plan national de développement en prévoit les conditions, sa transformation en entreprise publique économique est opérée.

La modification juridique conséquente intervient selon les dispositions légales en vigueur.»¹⁰ Cela signifie que l'objet et le fonctionnement de l'établissement à caractère industriel et commercial peut relever des mécanismes de marché mais ne peut pas être soumis aux règles de droit de la concurrence qu'aux conditions fixées par l'article 47 de la loi 88-01 sus citées et après avoir procédé à sa transformation en entreprise publique économique.

Sous-section 2- L'égale concurrence dans la candidature à des contrats de la commande publique dans le cadre de certains régimes spéciaux

Des régimes spéciaux sont venus garantir l'effectivité et l'exigence de l'égale concurrence entre les opérateurs publics et les opérateurs privés dans l'accès aux marchés publics et à la passation de contrats de délégation du service public, ainsi, les modalités concernent principalement les contrats publics auxquels les opérateurs publics et privés peuvent être parties et dont l'attribution est soumise à une mise en concurrence.

Ces régimes spéciaux découlent de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée¹¹ et du décret présidentiel n°15-247, l'article 5 de ce dernier stipule qu' : « **En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, les marchés publics doivent respecter le principe de libertés d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures dans le respect des dispositions du présent décret.** »¹²

Les opérateurs publics peuvent se présenter comme prestataires ; elles sont le plus souvent bénéficiaires de prestations, lorsqu'ils se présentent comme prestataires, pour fournir des marchandises, réaliser des travaux ou accomplir des services au profit de personnes publiques, ils peuvent participer à la procédure d'attribution des marchés à égalité avec leurs concurrents privés.

Les opérateurs publics passent aussi des marchés pour leurs propres besoins. La logique d'entreprise devrait suffire à leur faire chercher, par la concurrence, les meilleurs fournisseurs, entrepreneurs, et prestataire. Cette logique n'a pas paru suffisante pour laisser agir toujours librement. Ainsi le décret présidentiel 15-247 a prévu que les entreprises publiques économiques en tant que prestataire ne sont pas soumises aux dispositifs de passation des marchés publics. Toutefois, elles sont

¹⁰- Loi n°88-01, op.cit.

¹¹-L'article 2 de l'ordonnance n° 03-03 modifié et complétée dispose que le droit de la concurrence s'applique : « ... Aux marchés publics, à partir de la publication de l'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché...»

¹²-Décret présidentiel n° 15-247 du 16 Décembre 2015, portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, JORA n°50, du 20 septembre 2015.

tenues d'élaborer et de faire adopter, par leurs organes sociaux, des procédures de passation de marché, selon leurs spécificités fondées sur les principes de liberté d'accès à la commande, d'égalité de traitement des candidats et de transparence de procédures.¹³

Le principe d'égalité concurrence entre offreurs publics et privés est également garanti dans l'accès aux contrats de délégation de service public¹⁴. La convention de délégation de service public est passée selon l'un des deux modes suivants : l'appel à la concurrence, qui constitue la règle générale, et le gré à gré qui constitue l'exception. L'appel à la concurrence est la procédure qui vise à obtenir la meilleure offre, à travers la mise en concurrence de plusieurs opérateurs en vue d'assurer l'égalité de leur traitement, l'objectivité des critères de sélection, la transparence des opérations et l'impartialité des décisions prises.¹⁵

Il apparaît clairement qu'aucun texte ni aucun principe de droit n'interdit en raison de sa nature, à un opérateur public de se porter candidat à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. Le conseil d'état français dans un avis contentieux considère d'ailleurs, qu'il y aurait une erreur de droit à écarter l'offre d'une personne publique au seul motif qu'elle soit une personne publique.¹⁶

Section 2 : La consécration juridique du principe d'égalité concurrentielle en Algérie

Le principe de non discrimination entre les opérateurs économiques est reconnu tant dans les dispositions de l'accord d'association entre l'Algérie et la communauté Européenne et ses membres signé en 2002 **sous-section1** que dans le droit interne Algérien **sous-section2**.

Sous-section 1 :La consécration du principe de non discrimination entre les opérateurs économiques dans l'accord d'association entre l'Algérie et La communauté Européenne.

Les états membres de la communauté européenne et l'Algérie se sont engagés à ajuster progressivement tous les monopoles d'état à caractère commercial de manière à garantir que, pour la fin de la cinquième année suivant l'entrée en vigueur de l'accord d'association, il n'existe plus de discrimination en ce qui concerne les

¹³ - Article 9 du Décret présidentiel n° 15-247 du 16 Décembre 2015, portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, Op.cit.

¹⁴- Voir l'article 209 du décret présidentiel n° 15-247, Ibid.

¹⁵ - Les articles 8 et 11 du décret exécutif n°18-199 du 2 aout 2018, relatif à la délégation de service public, JORA n°48 du 5 aout 2018.

¹⁶- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, LGDJ Lextenso éditions, Issy -les-Moulineaux, 2015, p 111.

conditions d'approvisionnement et de commercialisation des marchandises entre les ressortissants des états membres et ceux de l'Algérie¹⁷.

En outre, L'article 43 de l'accord d'association précédemment cité stipule qu' : « **En ce concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été octroyés, le conseil d'association s'assure qu'à partir de la cinquième année suivant l'entrée en vigueur du présent accord, aucune mesure perturbant les échanges entre la communauté et l'Algérie dans une mesure contraire aux intérêts des parties n'est adoptée ou maintenue. Cette disposition ne fait pas obstacle à l'exécution, en droit ou en fait, des taches particulières assignées à ces entreprises.** »¹⁸

Sous-section 2 : La consécration du principe de non discrimination entre les opérateurs économiques dans le droit interne Algérien

Le droit Algérien pose le principe de non discrimination entre les opérateurs économiques publics et privés, il constitue un principe de valeur constitutionnel (1). Il a été confirmé dans l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée (2). Cependant la neutralité des règles de concurrence se trouve conditionnée par quelques impératifs. (3)

1-La consécration du principe de non discrimination dans la constitution

Le principe de non discrimination entre les opérateurs économiques est posé par l'article 43 de la constitution Algérienne, ce dernier dispose que : « ...**L'état œuvre à améliorer le climat des affaires. Il encourage sans discrimination, l'épanouissement des entreprises au service du développement économique national...** »¹⁹

¹⁷-Article 42 de l'accord d'association euro-méditerranéen signé par la République algérienne démocratique et populaire d'une part et la communauté européenne et ses états membres d'autre part, à Valence le 22/04/2002, ainsi que ses annexes 1 à 6, les protocoles n° 1 à 7 et l'acte final y afférents, ratifié par le décret présidentiel n° 05-159 du 27/04/2005 JORA n° 31 du 30 avril 2005.

¹⁸ -Décret présidentiel n°05-159, Ibid.

¹⁹-La Constitution Algérienne promulguée par Décret présidentiel n° 96-438 du 7 décembre 1996 relatif à la révision constitutionnelle, JORA n°76 du 08/12/1996, complétée par la loi n° 02-03 du 10 avril 2002, portant révision constitutionnelle, JORA n° 25 du 14/04/2002, modifiée par la loi n°08-19 du 15/11/2008, portant révision constitutionnelle, JORA n°63 du 16/11/2008, modifiée et complétée par la loi n°16-01 du 06/03/2016, portant révision constitutionnelle, JORA n° 14 du 07/03/2016.

2) La consécration du principe de non discrimination dans l'ordonnance 03-03

L'ordonnance 03-03 modifiée et complétée, mentionne dans son article 2 qu'il s'applique à tous les opérateurs économiques qu'ils soient du secteur public ou du secteur privé. Cet article confirme clairement le principe de la soumission de toutes les personnes physiques ou morales, privées ou publiques, au droit de la concurrence.

3) Les conditions de la neutralité concurrentielle

La neutralité des règles du droit de la concurrence suppose qu'aucun opérateur ne bénéficie, pour son développement, de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle quelles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations de d'intérêt général. L'état est le gardien et le garant du respect des règles de la concurrence: il doit s'assurer que les opérateurs économiques publics et privés se livrent une concurrence saine et loyale. Néanmoins, cette fonction de régulation d'un marché au bénéfice d'opérateurs concurrents ou de consommateurs n'est plus assurée par les prérogatives de l'état au titre de son rôle d'actionnaire d'un opérateur historique en situation de monopole mais par un ensemble de prérogatives confiées à une autorité indépendante de régulation.²⁰

Chapitre II : L'égalisation des conditions de concurrence entre les opérateurs publics et privés

On ne saurait par définition assimiler le statut d'un opérateur public à celui d'un opérateur privé. Ses relations avec l'état par exemple sont par nature différentes. Cela dit, la particularité de l'ensemble du statut juridique de l'opérateur public, peut conduire à le doter d'avantages concurrentiels de nature à rompre l'égalité de concurrence d'une part, de l'autre part, divers textes mettent à la charge des opérateurs économiques publics un ensemble de sujétions exorbitantes justifiées par les missions de service public **section(1)**.Cependant l'examen de l'ensemble du statut juridique, de l'opérateur public, afin de rechercher si celui-ci le dote d'un avantage concurrentiel de nature à rompre l'égalité de concurrence est plus que nécessaire. Ce bilan concurrentiel, est naturellement d'abord difficile à établir dans la mesure où il suppose une comparaison entre des personnes publiques et des personnes privées dont le rapport à l'intérêt général et la maximisation des profits ne saurait toujours être le même.

Il faudrait que la structure des opérateurs publics soit adaptée aux mécanismes de marché afin d'éviter certains comportements anticoncurrentiels. Il importe surtout qu'existe, au sein de l'entreprise publique, une séparation claire entre les activités

²⁰ -DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit, p123.

exercées en monopole et celles concurrentielles, résultant de la diversification **section (2)**.

Section 1 : La particularité de l'action des entreprises publiques sur le marché

Lorsque les entreprises publiques ne reçoivent pas de fonction particulière, elles sont pleinement soumises au droit de la concurrence, de même que si les entreprises privées sont investies d'un rôle spécial, elles échappent en partie au droit de la concurrence.

A partir de l'année 1988, on assiste à l'ouverture à la concurrence des marchés des télécommunications, de l'électricité, du gaz des services postaux, ou des transports aérien. Ces politiques d'ouverture ne remettent pas totalement en cause le monopole qui était confié à l'opérateur public, mais consistent plutôt à séparer les branches d'activités concurrentielles de celles liées au monopole naturel : « La plus part des activités en réseau », a-t-on ainsi remarqué, « peuvent être découpées en infrastructures et services, les premières étant plus efficacement servies par un monopole, et les secondes par un marché concurrentiel. »²¹

A titre d'exemple et en ce qui concerne le secteur de l'électricité et la distribution du gaz par canalisation, la loi n° 02-01 relative à l'électricité et la distribution du gaz par canalisation précise dans 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 la commercialisation du gaz par canalisation **« ...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. »**²².

Sous-section1 : Différence d'objectifs poursuivis par les opérateurs économiques publics

La plupart des entreprises publiques, et, notamment celles chargées des anciens monopoles, continue à se voir assigner certaines missions de service public, qui correspondent à un service universel ne pouvant pas être rendu par le marché à un prix abordable pour l'ensemble de la population et répondant à certains critères qualitatifs. Cette carence justifie fréquemment le recours à un financement public, normalement prohibé pour les entreprises opérant sur le marché concurrentiel.

Pour les économistes, cette dualité d'action de l'entreprise publique, qui concerne tant le marché que l'accomplissement de certaines missions de service public, fait que les objectifs ne peuvent être considérés comme similaires à ceux

²¹ - PERROT Anne, « L'économie de la régulation », Les cahiers français, n°313, p 52.

²² - Loi n° 02-01 du 05 février 2002 relative à l'électricité et la distribution du gaz par canalisations, JORA n°8 du 6 février 2002, modifiée et complétée par la loi n°14-10 du 30 septembre 2014 portant loi de finance pour 2015, JORA n° 78 du 31 décembre 2014.

d'une entreprise privé dont l'activité serait exclusivement concurrentielle. Cette différence relative aux objectifs l'entreprise publique peut avoir une incidence sur la formation des prix.

Lorsque l'entreprise publique poursuit principalement la maximisation du bien être sociale, et que son action pallie les imperfections du marché, elle n'aura pas d'intérêts à fixer un prix de vente lui permettant de dégager d'importants bénéfices, contrairement à la firme privée, qui recherche la maximisation de son profit.

Les obligations de service public confiées aux entreprises publiques sont donc à l'origine de certaines caractéristiques de l'action de ses entreprises sur le marché. Il faut néanmoins préciser que les missions correspondantes de « service universel » ou « d'obligation de service public » peuvent être confiées à des entreprises privées aussi bien que publiques.

Sous-section 2 : Equilibre du statut public de l'opérateur public au regard du droit de la concurrence

Réalisant au cas par cas une sorte de bilan concurrentiel, les autorités et juges de la concurrence français ont progressivement établi une cartographie des avantages et inconvénients attachés à la qualité d'opérateur public et ont montré que ceux-ci s'équilibrent. L'exercice est complexe, une même disposition du statut juridique de l'opérateur public peut à la fois comporter des avantages et des inconvénients concurrentiels.²³

La concurrence des entreprises publiques est, pour les entreprises privées, une cause de méfiance, elles sont toujours accusées de la fausser en raison de leurs liens avec les pouvoirs publics et des avantages qu'elles peuvent en tirer.

Dans son avis n°98-A-05 du 28 avril 1998 sur les conditions d'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité, le conseil de la concurrence français, actuellement autorité de la concurrence, remarque que si EDF estime qu'il subit un désavantage dans la concurrence du fait du statut de son personnel, son statut d'EPIC ne le soumet pas aux mêmes contraintes financières que ces concurrents.²⁴

Sous-section 3 : Coexistence d'une activité monopolistique et d'une activité concurrentielle au sein d'une même entreprise

Les autorités de concurrence françaises, préfèrent s'en tenir à un bilan avantages/contraintes des financements de l'opérateur public ce qui a pour effet de neutraliser de tels avantages. Coté avantages, on peut recenser par exemple, la possibilité pour une entreprise publique d'obtenir des financements budgétaires sous forme de subventions ou des financements privilégiés qui donnent lieu à des conventions conclues avec l'état.

²³- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit, p123.

²⁴- NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, MONTCHRESTIEN Lextenso éditions, 3ème édition, Paris 2012, p 484.

Il incombe aux autorités de concurrence de vérifier s'il s'agit ou non de compensation et rémunération des charges de service public car si c'est le cas l'avantage budgétaire n'est que la contrepartie des surcoûts pesant sur elles. Il n'est donc pas une aide contraire aux règles de concurrence, c'est un avantage qui ne fait que rétablir l'égalité de concurrence.

En vertu de l'article 57 de la loi n°88-01 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, « **Lorsque l'entreprise publique économique subit des sujétions de services public, il lui est attribué, selon les procédures budgétaires, une dotation financière équivalente aux charge subies à ce titre, et évaluée conformément à la réglementation en vigueur. Dans tous les cas, la dite subvention est prédéterminée.** »²⁵

L'article 7 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 Aout 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques a d'ailleurs repris les dispositions susvisées en précisant que « **Des conventions peuvent êtres conclues entre l'Etat représentée par le conseil de participation de l'Etat visé à l'article 8 ci-dessous et les entreprises publiques économiques soumises à des sujétions de service public** »²⁶

L'opérateur public exerçant à la fois des activités monopolistiques et concurrentielles peut être tenté de faire supporter le maximum de charges aux activités exercées sous monopole légal, en d'autres termes, il peut utiliser les ressources de son monopole pour financer ses activités concurrentielles. C'est ce que l'on appelle les subventions croisées. Il lui sera alors reproché d'éliminer la concurrence sur le marché des activités ouvert à la concurrence.

Il existe en effet un risque très sérieux pour les entreprises publiques de commettre un abus de position dominante en utilisant les ressources de l'activité de service public pour développer des activités concurrentielles, le droit communautaire sanctionne cette pratique sur le fondement de la prohibition des aides d'état.²⁷

Les subventions ou une pratique commerciale qui en est issue qui perturbent durablement le marché, sont anticoncurrentielles. La position du conseil de la concurrence Français est claire, il considère qu'il : « **est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant du secteur concurrentiel, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour**

²⁵ - Loi n°88-01 du 12 janvier 1988, portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, op.cit.

²⁶ -Ordonnance n° 01-04 du 20 Aout 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publique économiques, JORA n°47 du 22 Aout 2001, et l'article 4 de la loi n° 02-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et la distribution du gaz par canalisations, modifiée et complétée, Op.cit, voir aussi le décret exécutif n°03-501 du 27 décembre 2003 portant cahier des charges applicable à la compagnie national de transport aérien chargée d'assurer des sujétions de service public en contrepartie d'une compensation versée par l'Etat, JORA n°82 du 28 décembre 2003.

²⁷ -NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit, p 487.

restreindre l'accès au marché pour ses concurrents en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites; ainsi, une entreprise publique disposant d'un monopole, qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L.420-2 du code de commerce. »²⁸ L'article L420-2 du code de commerce français correspond à l'article 7 du droit de la concurrence Algérien.

-Les règles de concurrence auxquelles sont, en principe, soumises les entreprises publiques peuvent être altérées pour leur permettre de remplir les missions particulières dont elles sont chargées.

C'est ce qu'admet explicitement l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne (Version consolidée) (ex-article 86 du traité instituant la communauté européenne).

Après avoir affirmé le principe d'application des règles de la concurrence aux personnes publiques, le TFUE admet que c'est : « **dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit et en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.** »²⁹ cette disposition a été reprise dans le dernier paragraphe de l'article 2 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée.³⁰

La jurisprudence communautaire souligne l'importance de l'enjeu de concilier les exigences du droit de la concurrence avec les autres nécessités de l'action publique, notamment celles propres au service public. Dans certaines affaires, l'objectif poursuivi par l'entreprise investie d'une mission d'intérêt public a pu être considéré par la cour de justice, comme relevant d'un des objectifs prioritaires du traité CE, prévalent même sur le maintien d'une concurrence non faussée à l'intérieur du marché commun.

Il est désormais acquis que les impératifs de concurrence doivent s'incliner devant les préoccupations d'ordre social ou des exigences environnementales.³¹

Cependant la logique du test de proportionnalité doit conduire le juge administratif à vérifier que la mission spécifique de l'entreprise ne peut être accomplie que dans les conditions dérogatoires aux règles du traité de fonctionnement de la CE, l'obligeant de ce fait à choisir la solution la « moins attentatoire » à la concurrence, compte tenu des contraintes qui pèsent sur l'entreprise,

²⁸ - NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit, p 488.

²⁹ - Article 106 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne (Version consolidée)

³⁰ - L'article 2 de l'ordonnance n° 03-03 dispose que : « ...Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique ».

³¹ - BOUTARD LABARDE M C, CANIVET G, CLAUDEL E, MICHEL-AMSALLEM V, VIALENS J, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ, Paris, 2008, p 688.

³² et dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie ne peut être assuré que par l'octroi de droits spéciaux. Cela implique un délicat équilibre, que la cour de justice européenne a contribué à déterminer.³³

Section 2 : Egalisation des conditions de concurrence entre les opérateurs économiques

Les opérateurs publics entretiennent des rapports étroits avec les pouvoirs publics qui peuvent avoir pour effet de fausser la concurrence. Dans ces conditions, il convient de neutraliser les avantages et inconvénients qui découlent de leur statut et plusieurs moyens permettent d'y parvenir.

Sous-section 1 : Les mesures de prévention

Le Conseil de la concurrence français (aujourd'hui Autorité de la concurrence) conseille fréquemment l'adoption d'un arsenal de mesures de prévention pour pallier le risque latent engendré par les facteurs structurels. Aussi bien le Conseil de la concurrence français que le Conseil d'état français, dans leur fonction consultative, se sont livrés à un exercice pédagogique consistant à définir en amont certaines mesures de prévention pour éviter que les éventuels risques de distorsion de la concurrence générés par les facteurs structurels ne se concrétisent en comportements prohibés.³⁴

Le risque de distorsion de la concurrence réside dans la tentation qu'auraient les opérateurs publics d'utiliser leurs activités d'intérêt général pour financer leurs activités concurrentielles et rendre ainsi leurs prix très attractifs au détriment des opérateurs concurrents.

Ainsi, trois recommandations complémentaires apparaissent fréquemment : la séparation des activités d'intérêt général et des prestations offertes sur le marché concurrentiel, son corollaire qui est l'obligation sous-jacente de transparence, et la stricte compensation des charges de service public.

Sous section 2 : Le principe de séparation entre les activités concurrentielles et les activités sous monopole

Le principe essentiel présidant à la l'égalité des conditions de concurrence réside dans la nécessité d'une homogénéité de ses conditions: « ... les filiales doivent exercer leurs activités dans des conditions comparables à celles des entreprises privées du même secteur ». En d'autres termes, les activités concurrentielles ne

³²- BOUTARD LABARDE M C, CANIVET G, CLAUDEL E, MICHEL-AMSALLEM V, VIALENS J, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, Op.Cit, p 687.

³³- Ibid, p 688.

³⁴- DELVOLVE Pierre, « Les entreprises publiques et le droit de la concurrence », p17, disponible sur le site : <https://www.asmp.fr/travaux/colloque/entreprisepub/devolve.pdf>

doivent pas bénéficier des conditions propres à l'exercice de la mission de service public dont peut être titulaire une entreprise.

C'est au Conseil de la concurrence français (aujourd'hui Autorité de la concurrence) que l'on doit d'avoir mis en avant cette obligation de séparation des différentes activités de l'opérateur public, afin d'isoler les prestations offertes sur le marché concurrentiel. L'idée est de pouvoir contrôler exactement l'attribution de ressources (en argent, en matériel, en locaux, en personne) à l'activité concurrentielle.³⁵

Il existe trois types de séparation d'activités : une séparation structurelle (services affectés à des entités juridiquement distinctes). Une séparation fonctionnelle (entité juridiquement intégrée mais bénéficiant de l'autonomie de gestion), une séparation comptable (tenue de comptes séparés), matérielle et humaine.

1) La séparation juridique

Toutes activités concurrentielles devraient faire l'objet de filialisation et être regroupées dans un holding unique. Les filiales devraient être des personnes morales distinctes, exerçant leurs activités de la manière la plus indépendante possible.³⁶

La diversification des monopoles a d'abord été l'occasion pour le Conseil de la concurrence français, de recommander la séparation des activités concurrentielles et les activités sous monopole. Plus largement, tout opérateur public doit séparer ses activités d'intérêt général sous monopole et les prestations qu'il offre sur le marché concurrentiel, car toute confusion est susceptible de créer un abus de position dominante.

Le Conseil de la concurrence français, recommande parfois expressément la filialisation de l'activité, s'est-à-dire, la séparation structurelle, qui soit la plus complète (EDF en 1994 dans l'avis n°94-A-15, téléphonie mobile au sein de France Télécom dans l'avis n°97-A-07).³⁷

A cet égard, le Conseil de la concurrence français, s'est notamment prononcé dans son avis Activité téléphonie mobile de France Télécom, sur l'absence de séparation, au sein de France Télécom, entre les activités concurrentielles de télécommunication mobiles, et celles relevant du monopole. L'Association française des opérateurs privés de télécommunication, estimait que la coexistence au sein d'une même entité d'une mission de service public, et d'une activité concurrentielle rendait possibles des distorsions de concurrence sous la forme de financement d'investissements concurrentiels par des prêts à des taux avantageux par rapport à ceux du marché financier, de l'utilisation de l'image du service public susceptible d'entretenir une certaine confusion, et des risques de subventions croisées (du service téléphonique de base vers la radiotéléphonie mobile).³⁸

³⁵ - NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit, p 485.

³⁶ - CHARBIT Nicolas, Secteur public et droit de la concurrence, JOLY éditions, Paris, 1999, p 87.

³⁷ - NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit, p 485.

³⁸ - CHARBIT Nicolas, Secteur public et droit de la concurrence, op.cit, p 87.

Le Conseil avait déjà indiqué dans l'avis EDF/GDF que, pour garantir l'existence d'une concurrence effective, il pouvait être souhaitable de procéder à une séparation juridique des entités assurant des activités différentes. Or, il n'existe pas, en l'état actuel de la législation, de telle obligation de séparation juridique, comme le relevait justement l'ART. Mais c'est précisément à cet égard que la contribution du Conseil est la plus significative : Indiquant toutes les modalités propres à mettre en œuvre la séparation juridique au sein de l'établissement public, le Conseil encourage les autorités ministérielles compétentes à filialiser dès que possible la division France Télécom Mobiles. De même, dans l'avis Activités financières de la Poste, le Conseil a recommandé le groupement dans une filiale de l'intégralité des activités financières de la Poste.³⁹

La politique du Conseil de la concurrence français, dans sa fonction consultative est, d'encourager les autorités de tutelle à procéder à la séparation des activités exercées sous monopole des activités concurrencées. A défaut de procéder à de tels aménagements, le Conseil souligne que le contrôle du respect des règles de concurrence ne peut être véritablement effectif, et ne sauraient suffire sans la séparation comptable et sans la transparence financière adéquate.

2) La séparation comptable et la transparence financière

Le Conseil de la concurrence français préconise également de plus en plus souvent la tenue d'une comptabilité analytique (Parcs de l'Équipement en 1999, EDF en 1998, activité d'installation-maintenance de France Télécom en 2004. Cette exigence semble pourtant poser des difficultés du secteur public, car il n'existe aucune obligation généralisée de tenue d'une comptabilité analytique pour le moment. La séparation impliquerait en outre, une ventilation des frais généraux entre les différents types d'activités d'un opérateur public.⁴⁰

Le Conseil d'Etat français a mis, l'accent sur la transparence comptable et les modalités de contrôler les prix pratiqués par l'opérateur public et des avantages dont ils pourraient bénéficier (avis Jean-Louis Bernard Consultant du 8 novembre 2000. C'est de la directive de transparence n°80-723/CEE (aujourd'hui remplacée par la directive 2006/CE du 16 novembre 2006.⁴¹

Les mesures indiquées constituent donc de simples recommandations destinées à mettre en place les conditions d'un contrôle effectif de concurrence. Pour autant, les principes dégagés, inspirés des directives communautaires, dessinent les solutions appelées à être prises dans les contentieux à venir.

3) Séparation matérielle et humaine

Afin d'agir sur le marché en situation d'égalité avec les autres opérateurs, il est également nécessaire que les filiales ne puissent pas disposer des moyens matériels et

³⁹ - CHARBIT Nicolas, Secteur public et droit de la concurrence, op.cit, pp 87-88

⁴⁰ - NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit, p 486

⁴¹ -Idem.

humains du service public. La séparation matérielle prônée par le Conseil comporte, à cet égard, une double recommandation : les filiales de diversification devraient notamment disposer de leurs propres immobilisations et de leur propre personnel.⁴²

Le Conseil de la concurrence français a ainsi considéré que « **la séparation totale des activités concurrentielles de l'opérateur public suppose également que les filiales aient leur propre personnel, de préférence recruté à l'extérieur d'EDF ou sinon détaché (rémunéré par la filiale). Toute mise à disposition gratuite devant être exclue** ». Ces agents détachés ne pourraient a priori plus effectuer d'autres tâches que celles correspondant à la spécialisation de la filiale. La filialisation entraînerait donc la fin de la polyvalence des agents.⁴³

Conclusion

L'action des entreprises publiques sur les marchés présente un enjeu particulier en raison de leur qualité d'opérateurs historiques sur ces marchés, de gestionnaires de facilités essentielles, dont l'accès est indispensable à leurs concurrents, de prestataires de service public, et enfin, de bénéficiaires de l'image de marque du service public.

L'émergence de l'entreprise privée et son maintien, nécessitent fréquemment l'intervention de l'Autorité de la concurrence.

L'Autorité intervient avant toute infraction, par voie de recommandation permettant à l'entreprise publique d'adapter son organisation aux mécanismes du marché. Lorsqu'un comportement s'avère contraire aux règles de concurrence, ou est susceptible de l'être, les remèdes appliqués prennent en compte les particularités liées à la situation de l'entreprise publique à laquelle le comportement est imputé.

Le maintien d'une concurrence non faussée, c'est-à-dire, dans le cas d'agissement d'une entreprise publique bénéficiant de sa situation d'opérateur historique, d'une concurrence à armes égales, peut donc être assuré par d'autres remèdes.

L'Autorité de la concurrence peut prononcer des injonctions dans le cadre de mesures conservatoires, mettant fin aux pratiques visant à retarder l'entrée de concurrents sur le marché en cours de libéralisation, ou accepter les engagements de l'entreprise publique, lorsqu'ils lui apparaissent suffisants. Elle peut également aménager la sanction pécuniaire éventuellement encourue lorsque l'entreprise ne conteste pas les griefs et prend des engagements mettant fin à ses agissements. Il est d'ailleurs à signaler que le conseil de la concurrence Algérien a commencé à emprunter la même voie.

L'action de l'Autorité de la concurrence peut, en outre, être complétée par celle du juge administratif. Ce dernier peut, en effet, annuler ou résilier les contrats administratifs passés en méconnaissance du droit de la concurrence, ou accorder des dommages et intérêts aux victimes de pratiques anticoncurrentielles.

⁴² - CHARBIT Nicolas, Secteur public et droit de la concurrence, op.cit, p 88.

⁴³ - Ibid .