

(19 MARS 1962)

Le rôle du secteur privé dans la gestion des services en réseau

Thèse en vue de l'obtention du diplôme de Doctorat en science
Spécialité droit public

Thèse dirigée par
KARADJI Mustapha

Par l'étudiant
SEIHOUB Salim

Devant le jury

CHAIB Soraya	Maître de conférence A	UNIVERSITÉ DE SIDI- BEL-ABBÈS DJILALI LIABES	Président
KARADJI Mustapha	Professeur	UNIVERSITÉ DE SIDI- BEL-ABBÈS DJILALI LIABES	Encadreur et rapporteur
SAIDI Cheikh	Maître de conférence A	Université de Saida Dr. Moulay Tahar	Examineur
DOUINI Mokhtar	Maître de conférence A	Université de Saida Dr. Moulay Tahar	Examineur

Année universitaire
2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿أَلَمْ تَرَ كَيْفَ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا
ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ ﴿٢٤﴾ تُؤْتِي أُكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا
وَيَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾

(سورة ابراهيم الايتين 24 و 25)

Dédicace

Je dédie ce travail

A mes parents .

A ma femme .

A mon frère .

A ma fille Joury .

Remerciements

Mes remerciement les plus sincères s'adressent à mon encadreur professeur KARADJI Mustapha qui a dirigé ce travail avec patience et générosité . que Dieu le protège et lui accorde la santé et une longue vie.

Je remercie également :

Ma mère qui a contribué à la correction de ce travail .

Ma femme qui a su m'encourager et me soutenir.

Mon ami Janico Bernard qui a aussi contribué

à la correction .

Tables des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique du droit administratif français
ARPT	Autorité de régulation des postes et des télécommunications
Ass	Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
C	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CEDH	Cour européenne des droits de l'
CJCE	Cour de justice des communautés européenne
Coll	Collection
Concl	Conclusion
CREG	Commission de régulation d'électricité et du gaz
DA	Droit administratif
Dalloz	Recueil Dalloz
Dir	Sous la direction
éd	édition
fasc	Fascicule
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Ibidem	A l'endroit précité de la précédente citation
JCP	La semaine juridique
JOCE	Journal officiel de la communauté européenne
JORA	Journal officiel de la république algérienne
JORF	Journal officiel de la république française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
P	Page
PP	pages
Obs	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OMC	Organisation mondiale du commerce
Op .cit	Ouvrage précité

PUF Presses universitaires de France
RASJEP Revue algérienne des sciences juridiques et politiques
RDP Revue de droit public et de la sciences politiques
RFDA Revue française du droit administratif

Sect Section du contentieux du conseil d'Etat
Vol volume

SOMMAIRE

PARTIE I

L'accès du secteur privé aux services publics en réseau

TITRE I L'accès du secteur privé aux activités concurrentielles en réseau

CHAPITRE I - la reconnaissance du rôle du secteur privé à travers l'ouverture à la concurrence.

SECTION I - la situation des services en réseau avant leur libéralisation

SECTION II - Une libéralisation influencée par les modèles étrangers

CHAPITRE II - l'étendue de l'accès aux activités concurrentielles en réseau

SECTION I- l'accès aux activités ouvertes entièrement à la concurrence

SECTION 2 - l'accès aux services ouverts d'une façon limitée à la concurrence

TITRE II - L'accès du secteur privé aux activités non concurrentielles en réseau

CHAPITRE I - Une remise en cause du monopole public sans l'instauration de concurrence

SECTION I - l'ouverture des services en réseaux par un transfert d'exclusivité de gestion

SECTION II - le modèle contractuel envisagé pour le transfert de l'exclusivité de gestion

CHAPITRE II - la soumission des dévolutions du service public au respect de la concurrence

SECTION I - Les règles destinées à la protection de la concurrence à phase d'attribution

SECTION II - Le contentieux lié à l'accès aux contrats de délégation

PARTIE II

La régulation du rôle du secteur privé dans les services publics en réseau

TITRE I - Les fondements de la régulation des services publics en réseau

CHAPITRE I - les exigences liées à l'intérêt général

SECTION I - La consécration des exigences traditionnelles de l'intérêt public

SECTION II - les nouvelles exigences de l'intérêt public

CHAPITRE II - Les exigences liées à l'ouverture des réseaux à la concurrence

SECTION I - la consécration du droit d'accès aux réseaux et ressources rares

SECTION II- Une l'organisation adaptée à l'ouverture à la concurrence

TITRE II - L'organisation de la régulation du rôle du secteur privé dans les services en réseau.

CHAPITRE I - La régulation de la mise en oeuvre du rôle du secteur privé dans la gestion des activités concurrentielles

SECTION I - Le pouvoir d'encadrement et de contrôle

SECTION II - L'encadrement du rôle du secteur privé par une fonction contentieuse de la régulation

CHAPITRE II La régulation des activités non concurrentielles en réseau

SECTION I - les pouvoirs d'encadrement de l'autorité délégante

SECTION 2 - le financement des activités en réseaux assumées dans le cadre de la délégation.

Introduction générale

Par services en réseau, on entend l'ensemble des services publics qui reposent sur des infrastructures, tel que l'électricité et le gaz, les télécommunications, le transport¹. Le réseau est le support de leur fourniture aux usagers finals. Ces services expriment l'attachement de l'Etat à la cohésion sociale, ils sont synonymes de l'Etat providence puisqu'ils appartiennent à la catégorie des services publics industriels et commerciaux. A titre de rappel, l'apparition de cette catégorie est le résultat d'une interventionnisme public dans l'économie, ce qui a amené au renouvellement de la notion du service public en droit administratif français.

Les services en réseau occupent une place primordiale dans les sociétés modernes, leur disfonctionnement est de nature à fragiliser la sécurité nationale et compromettre les intérêts économiques et sociaux de l'Etat. C'est l'une des raisons et pas la moindre qui a milité en faveur d'une gestion publique dans la plupart des pays du monde, y compris dans les pays libéraux. Ils étaient comme des forteresses imprenables du secteur public.

Mais devant un grand mouvement de libéralisation, l'efficacité de ces services sous la gestion monopolistique est remise en question. Ainsi, est inauguré le processus de libéralisation des services publics, et on assiste à la profusion des thèses néolibérales prônant le moins Etat.

En droit algérien, on peut lire dans le dernier amendement apporté à la Constitution algérienne une déclaration implicite du désengagement de l'Etat de la sphère économique. L'article 43 précise les contours du rôle que devrait assumer l'Etat « L'Etat œuvre à améliorer le climat des affaires. Il encourage sans discrimination l'épanouissement des entreprises au service du développement économique national. L'Etat régule le marché. »²

N'est ce pas là un appel de la part du Constituant algérien à une redéfinition du rôle de l'Etat, de telle sorte que celui-ci se concentre sur ses missions régulatrices. Il s'agit

¹ Thierry PENARD, «Economie de réseaux et services en réseaux ; application aux stratégies concurrentiels dans l'économie numérique », document correspond au chapitre « Stratégies et concurrence dans la Net-Economie », in M. Basle et T.Pénard (Eds.) eEurope : la société européenne de l'information en 2010, Economica, 13-50, 2002. Document téléchargé du site :

<https://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard/biblio/europe1.pdf> . Consulté le 10-09-2016

² Article 43 de la loi n 16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, JORA n 14 du 07 mars année 2016,p10 .

d'une vraie mutation de l'intervention publique .Peut on déduire de ces dispositions que le rôle du secteur privé a vocation à s'élargir pour s'étendre aux services publics, notamment ceux qui expriment la cohésion sociale ou ceux qu'on appelle services en réseau.

Certes, le service public a été considéré comme antinomique au marché .C'est-à-dire qu'il ne peut être géré par la seule logique marchande³ .Mais rien dans sa définition ne présage nécessairement une gestion publique. Notons par ailleurs, que les justifications qui militent en faveur d'une exclusion du secteur privé l'ont remporté dans le passé sur l'importance du rôle du secteur privé dans la gestion en réseau.

L'étude du rôle du secteur privé dans la gestion des services en réseaux nous amène à examiner le cadre juridique relatif aux services en réseaux. Notre objectif est de déterminer les conditions générales qui régissent ce rôle .Mais il convient de souligner dès le début que la reconnaissance d'un tel rôle dépend de la possibilité d'ériger une organisation qui se substitue à l'organisation monopolistique publique. Or une telle possibilité dépend de la capacité à surmonter le problème du monopole naturel.

Il est alors important de discuter les arguments du monopole public en les confrontant avec ceux prônant la remise en cause du monopole, car c'est à travers cette confrontation qu'on peut apercevoir la possibilité d'une gestion privée des services en réseaux.

Afin d'asseoir l'organisation monopolistique publique, le monopole naturel implique d'abord le rejet de la concurrence dans le domaine des réseaux et conduit à privilégier une gestion publique. Il est évident qu'une telle légitimation du monopole public conduit nécessairement à l'exclusion du secteur privé du domaine des réseaux.

En sciences économiques, une activité est considérée comme ayant le caractère d'un monopole naturel, lorsque les économies d'échelles y sont très fortes . Ce phénomène est dû à un rapport très élevé entre les coûts fixes et les coûts variables, ce qui conduit à une baisse significative du coût avec l'accroissement des quantités produites et distribuées⁴. Le monopole naturel se caractérise aussi par l'importance des investissements exigés pour la mise en place des réseaux et les autres infrastructures. Il est d'ailleurs connu que les

³ Pierre BAUBY , « services publics de la tutelle à la régulation » ,Flux ,n 31 /32,1998 ,p 25 .

⁴ Laurent BENZONI , service public de réseaux quelle intervention positive de l'Etat dans une économie de Marché ,CFDT ,n20, 1999, p 03 et 04.

services en réseaux sont des secteurs clés qui exigent des investissements initiaux très lourds et des durées d'amortissement très longues ⁵ .

La duplication des réseaux serait irrationnelle économiquement, ce qui conduit à considérer que l'activité est exploitée de façon plus efficace et plus conforme à la rationalité économique si elle est exercée par un seul opérateur que par plusieurs ⁶ . Ceci concerne aussi bien les réseaux matériels tels l'électricité et le gaz, et les chemins de fer que le cas d'une infrastructure humaine comme le cas de la poste ⁷ Le réseau apparaît donc comme un bien rare qu'il revient aux pouvoirs publics de gérer et développer pour l'intérêt public. Le caractère de bien rare justifie dans certains systèmes juridiques une protection constitutionnelle, tel est le cas en droit algérien où la Constitution range les réseaux dans la catégorie des biens publics⁸ .

La concurrence est alors écartée d'un double point de vue, d'abord parce que techniquement le monopole garantit l'unicité de réseau comme condition pour le fonctionnement de ces secteurs. En matière de télécommunications, il était indispensable que tous les abonnés soient reliés au même réseau téléphonique pour qu'ils puissent communiquer entre eux ⁹ . En matière d'électricité, le problème du caractère non stockable –adossé au phénomène des rendements croissants- est l'origine de la constitution d'un réseau interconnecté qui relie des systèmes différents. Cette solution a permis de bénéficier des complémentarités entre systèmes différents et profiter du foisonnement des aléas pour améliorer la fiabilité de la desserte ¹⁰ .

Ensuite, la concurrence s'avère néfaste puisque dans un système concurrentiel, la disposition de la plus grande capacité installée et utilisée permettra à la firme d'avoir les coûts les plus faibles, et de survivre en conséquence à long terme pour éliminer tous ses

⁵ Ecole nationale d'administration, Services publics comparés en Europe « exception française, exigence européenne » tom 1 p1 .

⁶ Laurent RICHER, Droit d'accès et service public , AJDA , n° 2/2006 , p73 Thierry PENARD ,Economie des réseaux et services en réseaux : une application aux stratégies concurrentielles dans l'économie numérique,article précité p 5. Voir aussi M. WALRAVE, les réseaux de services publics dans le monde, commissariat général du plan ,année 1995 , p23. On retrouve l'idée de la rationalité comme justificatif du monopole chez Jean MAGNAN De BORNIER ,Le monopole , Que sais -je ?, p 17 .

⁷ M . WALRAVE :,Les réseaux de services publics dans le monde : organisation ;régulation ;concurrence ESKA ,1995, p23 .

⁸ La constitution algérienne « art 18 » inclut dans le domaine de la propriété publique les « transports ferroviaires ,maritimes et aériens ,les postes et les télécommunications » . La loi n 16-01 du 6 mars portant révision constitutionnelle, loi précitée .

⁹ Jean MAGNAN DE BORNIER , le monopole, op cit, p 18.

¹⁰ Commissariat du plan, services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, , année 2002, p 35.

concurrents¹¹. On voit donc que la reconnaissance de la concurrence, conduira nécessairement dans les réseaux à produire un monopole de fait ¹². Ce monopole profitera de la situation pour fournir aux usagers des services à un prix très élevé. L'élimination de la concurrence conduira en conséquence à une gestion inefficace¹³.

Pour remédier au problème du monopole naturel, la doctrine économique préconise pour une maximisation de l'utilité collective qu'une seule entreprise agit d'une manière altruiste en satisfaisant la demande à moindre coût par des tarifs égaux à des coûts marginaux. Ainsi, les économies d'échelle sont exploitées au maximum sans que l'entreprise monopolistique ne prélève une « rente de monopole » que lui permet sa situation. Le monopole apparaît comme la structure de marché spontanément « optimale » d'où l'appellation « monopole naturel¹⁴.

L'intégration à travers un monopole juridique répond aussi au besoin d'investissement pour le développement de l'infrastructure grâce aux économies d'échelles.

Il est important de noter par ailleurs que le monopole naturel n'implique pas nécessairement l'emprise publique¹⁵, car aux Etats unis et au Canada, le monopole légal des télécommunications a été octroyé à des entreprises privées. En revanche, dans la plupart des pays, notamment en Europe, la solution consiste à unifier la gestion du réseau par l'institution d'un monopole public.

Le recours à une organisation monopolistique est un choix qui a été décidé sous l'influence d'une nouvelle conception de l'Etat. Surtout, après la crise mondiale qui a conduit au renforcement du rôle des pouvoirs publics dans l'économie.

Devant les problèmes que posent le monopole naturel, et l'échec du marché à garantir une allocation efficace des ressources, l'intervention des pouvoirs publics dans les

¹¹ Laurent BENZONI , service public de réseaux quelle intervention positive de l'Etat dans une économie de Marché, article précité , p 03 et 04.

¹² Laurent CHRISTE, La fourniture quasi-privée des services publics locaux en réseau, Thèse de doctorat en sciences économiques, faculté de droit et sciences économiques Université de Neuchâtel , 1992 , p1 .

¹³ Ibidem .

¹⁴ Anne BRIAND et Arnaud LEMAITRE , « Privatisation de la distribution de l'eau potable en Afrique : une aubaine ? »In Actes de la journée d'études ,les territoires de l'eau ,Université d'Artois ,Arras ,26 mars 2004 ,p 100 .

¹⁵ Laurent BENZONI , service public de reseaux quelle intervention positive de l'Etat dans une économie de Marché, article précité , p 3

services en réseaux s'avère indispensable ¹⁶ . Cette intervention sera directe sous la forme d'un monopole public dans la plupart des pays. Elle sera compatible avec un mouvement général de l'accroissement du rôle de l'Etat dans l'économie, surtout quand il s'agit de secteurs clé pour le développement économique et social¹⁷ .

En effet, la prise en considération des intérêts sociaux et les enjeux économiques dans la politique de l'Etat, a contribué à asseoir l'intervention de celui-ci dans l'économie. Cette intervention s'effectue dans le cadre d'une nouvelle conception de l'Etat, désignée sous l'appellation « l'Etat providence ». Désormais, les nouvelles missions de l'Etat, dépassent le cadre traditionnel d'un Etat gendarme dont les missions se confinaient dans les domaines de sécurité et de justice. ¹⁸

Dans ce contexte interventionniste, les services publics industriels et commerciaux ont vu le jour pour combler le vide dû à la carence de l'initiative privée .Un modèle de service public est né, caractérisé par une intégration très avancée réunissant dans une seule personne de droit public les missions de gestion .L'idée du service public elle-même reflète une nouvelle figure de l'Etat qui puise sa légitimité non pas dans la violence mais dans une solidarité sociale .¹⁹

Tout un modèle est mis en place, incompatible avec le développement d'un secteur privé. A ce titre, on assiste à une période des interventions publiques, notamment celles des collectivités locales. D'ailleurs, on a appelé ce phénomène « le socialisme municipal ».²⁰ La jurisprudence du conseil d'Etat concernant l'activité commerciale des personnes publiques s'est assouplie progressivement. Au début, le principe de la liberté de commerce et de l'industrie s'opposait à ce que ces personnes exercent des activités commerciales, sauf si elles se justifient de circonstances exceptionnelles²¹, plus tard, seules des circonstances particulières de temps et de lieu suffisent²².

¹⁶ F. MODERNE et G.MARCOU ,l'idée de service public dans le droit des Etats de l'union européenne, éd L'Harmattan ,2001, p 13 .

¹⁷ J –P.VALETTE ,droit public économique , éd Hachette ,2 ème édition ,2009,p 35 .

¹⁸ M .CLIQUENNOIS ,Droit public économique, Paris, éditions Ellipses, coll. Universités – Droit, 2001, p9.

¹⁹ F. MODERNE et G.MARCOU ,l'idée de service public dans le droit des Etats de l'union européenne, , op cit,p 9 et 10.

²⁰ Voir J –P.VALETTE ,op cit ,pp 27-28 .

²¹ CE 29 mars 1901,CASANOVA . M .Long et autres ,les grands arrêts de la jurisprudence administrative , Dalloz ,18 ème éditions ,2001, p51 et s .

²² CE Sect. 30 mai 1930.

Ces circonstances signifient seulement une carence de l'initiative privée ,c'est- à-dire une absence ou une insuffisance quantitative ou qualitative ²³ .Donc , la notion de service public , a joué un rôle important pour légitimer l'intervention des pouvoirs publics et imposer une vision monopolistique qui exprime l'attachement à l'égalité de traitement entre utilisateurs de ces services²⁴ . Les activités en réseaux constituent un terrain privilégié pour la création des services publics. Pour un auteur, les services publics ne sont que les services en réseaux « *ce n'est que des services publics en réseaux que l'on veut parler lorsque on évoque le service public à la française* »²⁵ .

Un courant doctrinal est allé jusqu'à dire que le secteur privé ne pouvait gérer certains services , y compris les services en réseaux ce qui légitime à ses yeux le monopole public , pour éviter le désordre social, ²⁶ . La même idée est adoptée en jurisprudence d'une façon aussi radicale²⁷ .

La crise qu'a connue l'économie mondiale en 1929 a donné plus de pertinence à l'intervention publique, même si les Etats n'ont pas réagit de la même façon. Aux Etats unis, la réponse à la crise est apportée à travers l'institution d'un contrôle gouvernemental .En Europe, les réactions sont plus importantes, la plus radicale d'entre elles est la nationalisation des services en réseaux.²⁸ Depuis 1930, on assistait à une « économie dirigée, nombreuses sont les interventions économiques nées de la crise »²⁹

En France, le discours politique après la seconde guerre mondiale énonce clairement la volonté d'instaurer un Etat providence .Le discours du Général De Gaulle, inaugure le renversement des valeurs libérales ³⁰ . La politique de ce pays, va s'orienter vers l'instauration d'un compromis social et la reconstruction du pays par la réalisation des

²³ M .Long et autres ,les grands arrêts de la jurisprudence administrative , op cit ,p 269 .

²⁴ J.BOURGOUGNOUX, « la régulation des services publics en réseau », Problèmes économiques ,10 septembre 2000,p 16 .

²⁵ R DENOIX DE SAINT MARC ,Le service public Rapport au Premier ministre, La documentation française, Paris, 2006 ,p 14 .

²⁶ C.COLSON, Traité d'économie politique, II, p. 385

²⁷ Conseil d'État, 7 août 1909, Winkell, Rec., p. 1302, cité par G. JÈZE, Les principes généraux du droit administratif, Paris, Marcel Giard, 1914, p. 3.

²⁸ E.COHEN , « De la réglementation à la régulation :histoire d'un concept » Problèmes économiques 20 septembre 2000,p 1 : l'Europe a réagit aussi comme le dit Elie Cohen en instituant des institutions administratives dépendant du pouvoir d'Etat avec mission de réglementer tel ou tel secteur

²⁹ P DELVOLLE, Droit public de l'économie,Dalloz ,1998, p.25.

³⁰ Discours et messages 1940 -1946 discours prononcé à Alger le 14/07/1943

grands services nationaux en réseaux .Ce mouvement est l'origine de la politique de nationalisation qu'a connue la France.³¹ .

Le programme de nationalisation est destiné à réaliser une gestion coordonnée, et prévisionnelle des secteurs les plus importants de l'économie française ³² et de reconstruire les infrastructures que la guerre a détruit, d'où la nécessité dans un domaine comme l'électricité de remplacer l'initiative privée défaillante et d'instituer une coordination de la production et du réseau.

Le mouvement de nationalisation est légitimé en droit français par des dispositions constitutionnelles contenues dans l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ³³. Selon ce texte : « Tout bien, toute entreprise, d'où l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité » . Les premiers secteurs concernés par ces dispositions sont l'énergie et les télécommunications³⁴ .

Pour la doctrine, ce texte est considéré en droit français comme le deuxième pilier après le monopole naturel du monopole public. Dans d'autres systèmes juridiques l'intervention publique est justifiée par la cofinance au secteur public, le mieux garant du service public ou en d'autres terme par l'échec de la concurrence à garantir l'intérêt public ³⁵ . Même en droit anglais, qui ne connaît pas la notion du service public, il y a une notion proche « public utilities »³⁶ qui équivaut aux services industriels et commerciaux en droit administratif français.

Le monopole se justifie par ses avantages sociaux, en ce qu'il permet à l'Etat de remplir la mission de cohésion sociale et territoriale à travers la péréquation tarifaire. Cette dernière se décline en deux formes :

Une péréquation sociale qui permet une compensation entre catégories d'utilisateurs différentes de telle sorte que dans le domaine de télécommunications ,les tarifs élevés pour

³¹ J.BOURGOUGNOUX, « la régulation des services publics en réseau »,Article précité , p 16.

³² Ibidem .

³³ L'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946 française dispose que : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité »

³⁴ Ç.TANSUO , La régulation des services publics en France et en Turquie, l'harmattan ,2009 , p 76

³⁵ A.Larget – ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux LGDJ ,2002,Paris ,p 14 .

³⁶ AVIS adopté par le Conseil économique et social ,Mardi 24 avril 2001, p 13

les communications de longues distances permettent une tarification inférieure pour les communications locales .

Une péréquation géographique qui garantit une égalité entre les utilisateurs des régions différentes du pays. Ceci permet aux habitants des régions isolées ou de faible densité démographique de bénéficier des services essentiels au même titre que les habitants des autres régions ³⁷ .

Aux Etats Unis, la solution était différente, elle n'excluait pas le secteur privé .Ils se sont contentés de soumettre le monopole privé à un contrôle étroit mené par des organismes indépendants « les commissions indépendantes de la régulation » . Ce choix correspond à la place importante de la concurrence dans l'organisation de l'économie, tout en veillant à ce qu'elle ne conduise pas à des dérives³⁸.

Le modèle Américain de réglementation des services en réseaux connu sous le terme de régulation, a constitué une alternative entre l'exclusion pure et simple du secteur privé, méthode suivie en Europe, et un libéralisme sans limite. H HAISl définit ce modèle « *La régulation des service en réseaux s'est construite progressivement à partir de l'activité des entreprises privées et du fonctionnement du marché libre, elles ont été mise en place pour défendre le libéralisme contre lui même* »³⁹ . Donc, le système capitaliste américain basé sur l'initiative privée n'a pas été remis en cause par la crise des années 30, mais il a été combiné avec un pouvoir de régulation exercé sur l'économie ⁴⁰

Hormis l'exemple des Etats unis le monopole public se dotait d'une légitimité sociale et économique dans le monde , en ce qu'il permet le soutien des projets à rentabilité faible et incertaine et d'assurer la continuité des prestations selon les principes d'égalité et non discrimination à toutes les catégories sociales ⁴¹ .Cependant, cette légitimité est confrontée à un nouveau contexte dans lequel elle perd sa pertinence et se trouve ainsi remise en cause.

³⁷Ecole nationale d'administration ,Services publics comparés en Europe ,op cit , p 175.

³⁸ A.Larget – ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux ,op cit , p130

³⁹ Cité par A.Larget – ANNAMAYER,p 15 et 16 .

⁴⁰ Elie COHEN ,l'ordre économique mondial ,essai sur les autorités de régulation ,Fayard, p 220 .

⁴¹ L.BENZONI , service public de réseaux quelle intervention positive de l'Etat dans une économie de Marché , op cit p 02

En effet, le monopole est contesté de toute part, tant du point de vue économique que technique, et politique. Il est confronté à une rude critique face à laquelle, il recule pour laisser la place à une nouvelle organisation.

L'évolution va basculer l'organisation des services en réseaux de la sphère du monopole ⁴² vers la sphère du marché. Cela entraînera une reconnaissance du rôle du secteur privé. Plusieurs facteurs vont conduire au recul du monopole public et à l'affirmation du rôle du secteur privé.

Contrairement à ce qui était soutenu en doctrine économique, et mis en application par les législations relatives aux services en réseaux, le monopole naturel ne justifie pas un monopole absolu sur ces services. Car, les nouvelles approches économiques, notamment celles de l'économie industrielle ont montré que les structures monopolistiques peuvent être décomposées en deux segments « phénomène de segmentation »: l'infrastructure physique qui reste dans le périmètre du monopole naturel, et le segment des services qui peuvent être exercés librement et s'ouvrir à la concurrence ⁴³.

En décomposant structures monopolistiques, les ressources essentielles liées aux monopoles naturels ne peuvent plus justifier des droits exclusifs au profit des entreprises publiques, car les usagers des services ou les consommateurs sont les demandeurs de services non du réseau. Le réseau n'est que le moyen d'acheminement de ces services. Il s'est avéré donc raisonnable de dissocier entre ce qui revient au monopole et ce qui doit être ouvert à la concurrence. ⁴⁴

Les économistes revendiquent alors de contenir le monopole dans les segments d'activités dont les rendements sont croissants, c'est-à-dire les infrastructures ou plus précisément « le support physique des réseaux : rail, conduits, électriques, canalisations d'eau, fils téléphoniques ». Le support de l'activité peut être humain comme le cas de la distribution dans l'activité postale ⁴⁵. Dans cet ordre d'idée, l'activité du secteur privé consiste à satisfaire la demande des utilisateurs du réseau et non pas la gestion et

⁴² Commissariat du plan, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport, précité, p 162.

⁴³ Ibid, p 04

⁴⁴ Anne Yvrande –Billon, Vers une Europe de réseaux, université Paris 1 Panthéon –Sorbonne p04.

⁴⁵ C.STOFFAES, services publics et question d'avenir op cit, p 184

l'optimisation de la circulation des flux sur l'infrastructure⁴⁶. En outre, les consommateurs des services de réseaux revendiquent la qualité de clients et non pas simplement comme des usagers. C'est à dire qu'ils sont « *soucieux de la qualité des services publics et entendant jouer un rôle prééminent dans leur définition et le contrôle de leur mise en œuvre* »⁴⁷

La nouvelle organisation des services en réseaux prend en considération cette dissociation et distingue entre l'infrastructure qui reste sous le monopole public avec la garantie d'accès des opérateurs et les activités qui peuvent être exercées librement. Ainsi, deux exigences sont conciliées, l'ouverture à la concurrence et la sauvegarde du caractère de l'infrastructure stratégique.

Toutefois, les activités des services en réseaux ne sont pas ouvertes à l'initiative privé avec le même degré d'ouverture. Car l'ouverture à la concurrence se fait pour chaque réseau par un régime qui lui est taillé sur mesure.

L'apport de la science économique à la relativisation du monopole naturel se fait aussi par le biais de la théorie des marchés contestables. Un marché contestable est un marché auquel un opérateur peut accéder pour concurrencer l'entreprise monopolistique en raison de l'absence des couts irréversibles. Une telle situation, suppose l'impossibilité effective pour cette entreprise monopolistique de dissuader les nouveaux entrants.⁴⁸

Si on transpose cette analyse au secteur de l'électricité par exemple, le caractère contestable des marchés de production et de fourniture de l'électricité est facilement admis. Car, ils ne présentent pas des difficultés économiques qui s'opposent à l'arrivée de nouveaux acteurs au marché. Ceci est valable pour les autres services en réseaux, tel les télécommunications, le transport ferroviaire. Cependant, le degré de contestabilité n'est pas le même dans tous ces secteurs, et même dans un seule domaine. Dans les télécommunications, les systèmes de radioélectriques terrestres ou satellitaires sont réputés plus contestables que les réseaux filaires⁴⁹. En effet, l'introduction de la concurrence

⁴⁶ N. CURRIER, Régulation des réseaux approches économiques Annales des mines ,réalités industrielles Octobre 1994 p20 à 26 .

⁴⁷ Anne Y vrande –Billon, Vers une Europe de réseaux ,article précitée ,p 2.

⁴⁸ C. ISIDORO ,l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire, Bibliothèque de droit public, p 92 .

⁴⁹ Ibidem ,p 93.

connaît ses limites devant le réseau qui demeure un monopole naturel dans certains cas ,et donc loin d'être contestable.

La pertinence du monopole naturel, est dépassée aussi par les évolutions technologiques qui ont permis le contournement du problème de la non duplication des réseaux. L'évolution a entraîné dans le domaine des télécommunications l'adoption d'un substitut au réseau traditionnel par l'utilisation de la fibre optique, et l'amélioration des liaisons radio et câble avec des coûts non prohibitifs. Ces évolutions, ont montré la possibilité d'une concurrence dans le la téléphonie mobile entre l'opérateur historique et les opérateurs privés .De ce fait , comme l'exprime M Çagla TANSUO se sont les bases techniques et économiques du monopole qui ont en grande partie disparu « *le perfectionnement des réseaux internationaux de communication et le développement des technologies de l'information ont changé l'échelle de ces activités* »⁵⁰ Il résulte de ce changement une réduction de la dimension du monopole naturel que contrôlait les opérateurs historiques.

L'évolution technique a conduit à une évolution des structures de coûts favorable .En d'autres termes, le secteur de télécommunication n'est plus dominé par les forts rendements croissants. Dès lors, les charges d'investissement sont déplacées vers les services de commande. Il en résulte de cette évolution qu'il n'est plus irrationnel d'envisager une duplication des réseaux physiques.⁵¹

L'industrie électrique a connu aussi des évolutions technologiques à travers l'adoption des filières turbines à gaz et cycles combinés à haut rendement présentant l'avantage d'être moins capitaliste, et plus rapides à construire⁵² . Le résultat de cette évolution a permis la réduction de la grandeur optimale des unités de production d'énergie, et en conséquence la durée et les coûts d'investissement. L'introduction de la concurrence est facilitée également par le développement des technologies informatiques qui facilitent la prévision des ventes d'énergie, notamment dans le segment de la vente au détail⁵³ .

⁵⁰ Ç. TANSUO , La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit, p 97 .voir aussi COHEN .E L'ordre économique mondial , op cit , p 262 .

⁵¹ Ecole nationale d'administration ,Services publics comparés en Europe ,op cit , p 177

⁵² CREG , Lettre de la commission de la régulation de l'électricité et du gaz ,n 1 mai 2008 p 04 .

⁵³ Ç.TANSUO , La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit , p 97

Il n'en demeure pas moins que le monopole naturel sauvegarde dans certains services en réseau toute sa pertinence pour légitimer la sauvegarde de la gestion exclusive, tel est le cas du service de l'eau .

Le monopole public a été aussi remis en question par l'analyse économique .Celle ci a montré la défaillance de l'Etat entrepreneur, et la nécessité de bénéficier des gains d'efficacité résultant de la propriété privée⁵⁴ . Les déficits financiers qu'engendrent les interventions économiques justifient pour les néolibéraux l'abandon du secteur public⁵⁵.

En effet, après une période du succès du monopole public, comme mode de gestion dominant des services en réseaux dans le monde, un bilan négatif est engendré .Les évolutions techniques⁵⁶ et la montée en puissance du libéralisme économique ont révélé les limites de la gestion monopolistique .Celle-ci s'est avérée à cause de sa rigidité et de la bureaucratie, incapable de répondre aux attentes et besoins des usagers.

Les déficits qu'a connus le monopole –notamment dans les services en réseaux - sont dus selon certaines analyses économiques à l'instrumentalisation de ces services à des fins étrangères à la bonne gestion. C'est-à-dire, que les entreprises publiques sont orientées par les politiques publiques vers l'accomplissement d'objectifs socioéconomiques, et même comme sources de recettes budgétaires⁵⁷, et non pas seulement pour la réalisation d'une gestion efficace et rationnelle. En d'autres termes, la gestion monopolistique s'est caractérisée par une collusion « *entre la sphère politico –administrative et les entreprises elles-mêmes* »⁵⁸

En outre, l'exclusivité dont ont bénéficié les monopoles publics conduisait naturellement ses détenteurs à abuser de leur position dominante au détriment des usagers. Il s'est avéré que les grandes firmes ont grâce à l'asymétrie d'information le pouvoir de capturer le régulateur en le transformant en défenseur de leurs intérêts ⁵⁹ .

⁵⁴ Anne Yvrande –Billon, Vers une Europe des réseaux ?, article précité ,p 3.

⁵⁵ François SERVOIN , droit administratif de l'économie , PUG ,2ème édition ,p 40.

⁵⁶ Anne YVRANDE-BILLON, Vers une Europe des réseaux ?, article précitée , p 01 .

⁵⁷ E COHEN et CL HENRY ,service public ,secteur public ,la documentation française , 1997 ,p 51.

⁵⁸ H.DUMEZ et A.JEUNEMAITRE in Droit et économie de la régulation, Règles et pouvoir dans les systèmes de régulation Volume sous la direction de Marie Anne Frison –Roche ,Presses et sciences politiques et Dalloz, 2004,p 3.

⁵⁹ Ecole nationale d'administration ,Services publics comparés en Europe « exception française, exigence européenne » ,op cit , p 43

Les critiques reprochent aussi au monopole public les pratiques bureaucratiques ⁶⁰, et son inefficience par rapport aux entreprises qui activent dans environnement concurrentiel ⁶¹. Ce qui conduit une partie des usagers dans certains cas à se réfugier dans des activités substituables. C'est le cas en France du service postal dont le fonctionnement défectueux a poussé à la création de réseaux de transport parallèles ⁶².

En raison de l'inefficacité du monopole, l'introduction de la concurrence est présentée comme moyen de réforme des services en réseau en contraignant les entreprises monopolistiques à adopter une gestion efficace et pratiquer une tarification à coût moyen.

Le processus de la libéralisation des services en réseau a été aussi stimulé par le phénomène de la mondialisation. En effet, les activités des services en réseaux sont considérées dans le cadre d'une économie globalisée, comme des facteurs importants de compétitivité des économies nationales et ne peuvent échapper en conséquence au jeu du marché ⁶³. Ils n'expriment pas, comme avant, seulement les besoins collectifs essentiels, ils intéressent aussi les opérateurs privés qui sont attirés par les perspectives de rentabilités et de développement qu'ils représentent ⁶⁴.

En outre, ces services sont un vecteur de développement pour les acteurs internationaux dont ils exigent le développement et l'ouverture à la concurrence. Dans le domaine des télécommunications, les entreprises internationales exigent pour leurs applications les mêmes prestations disponibles au niveau national.

De ce fait, les acteurs économiques internationaux vont peser en tant que demandeurs des activités de réseaux de télécommunications sur les Etats pour une ouverture du secteur à la concurrence. Leur pression se fait par le biais des groupes comme les Multinationales de télécommunications council, l'association internationale des usagers des télécommunications (INTUG), la chambre de commerce internationale CCI qui

⁶⁰ Commissariat général du plan, Rapport de la commission présidé par Christian SOFFAES, services publics question d'avenir la documentation française, rapport précité, p 181.

⁶¹ A.BRIAND et A.LEMAITRE, Privatisation de la distribution de l'eau potable en Afrique : aubaine ?, article précité, p101.

⁶² Richard MOULIN et Pierre BRUNET, droit public des interventions économiques, LGDJ, 2007, p 20.

⁶³ E. COHEN, l'ordre économique mondial, op cit, 227 ; OCDE, les infrastructures de télécommunications les avantages de la concurrence, 1995, p 14

⁶⁴ J.CHAPPEZ, Y.LAIDIE, G.SIMON, la mondialisation et services publics in La mondialisation du droit, sous la direction d'Eric LOQUIN et C.KESSEDJIAN, centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2000, p 505.

transmettent les informations concernant les besoins de leurs membres, et formulent des critères de référence relatifs au service international pour les réseaux privés⁶⁵.

Une bataille est lancée depuis par les leaders mondiaux des télécommunications pour conquérir les marchés internationaux. Tel était le cas de AT&T dont le président a déclaré que sa société avait comme objectif de tirer 50% de ses recettes hors des Etats unis⁶⁶.

Un autre facteur de libéralisation, il s'agit des organisations internationales qui influencent de plus en plus la décision des gouvernements dans le monde. En effet, des organisations comme l'OMC, l'UE, la Banque mondiale sont des grands défenseurs de l'économie du marché⁶⁷

Toutefois, il ne faut pas conclure que la libéralisation des services en réseaux n'intéresse que les forces du marché. Car, les gouvernements trouvent aussi l'intérêt pour ouvrir ces activités aux capitaux privés pour lancer des projets de grande envergure⁶⁸. C'est d'ailleurs, ce qui les a poussés à suivre la politique de déréglementation

Les services en réseau sont aussi influencés par le grand mouvement de dérégulation de l'économie lancé dans le monde. C'est aux Etats unis que le terme de dérégulation a été inventé pour désigner une approche critique envers les réglementations sectorielles. L'objectif consiste à éliminer tout effet restrictif à la liberté économique individuelle qui ne serait pas justifié au regard de l'intérêt général⁶⁹.

Cette définition exprime la confiance extrême aux lois du marché qui suffisent en elles mêmes à organiser les activités en réseaux d'une façon optimale⁷⁰. Cependant, pour arriver à la phase où seule la concurrence entre opérateurs suffira à produire l'équilibre des marchés libéralisés et atteindre l'intérêt général, une période intermédiaire est nécessaire avec le maintien d'une réglementation sectorielle. C'est ce qui se traduit dans le processus de libéralisation des télécommunications en droit communautaire. En effet celui-ci dans l'objectif de soumettre le marché au droit commun de la concurrence prévoit une réduction

⁶⁵ OCDE, les infrastructures de télécommunications les avantages de la concurrence, op cit, p 14.

⁶⁶ Ibidem p15

⁶⁷ La mondialisation du droit, sous la direction d'Eric loquin et Catherine op cit pp504

⁶⁸ P.COSSALTER et B.DU MARAIS, Institut de la gestion déléguée de la gestion déléguée, mars 2001p 76.

⁶⁹ D. POPOVIC, le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques, LGDJ, 2009, p 3.

⁷⁰ Idem

des réglementations sectorielles progressive, en les limitant aux cas où « le droit de la concurrence n'est pas capable de remédier à lui seul à des défaillances persistantes des marchés concernés »⁷¹

Deux hypothèses peuvent justifier l'intervention d'une réglementation sectorielle : quand le droit de concurrence ne permet pas le contrôle du pouvoir du marché des entreprises, ou quand l'intervention publique est indispensable pour satisfaire l'intérêt public⁷².

La nouvelle approche de gestion des services en réseaux est liée au changement du rôle de l'Etat, qui passe de la fonction de propriétaire interventionniste à un Etat incitateur, régulateur par la politique de privatisation et de libéralisation de l'économie⁷³.

On peut conclure de ce qui précède que l'organisation des services en réseau est contrainte d'évoluer vers l'ouverture à la concurrence et les forces du marché. Et on peut ainsi s'interroger sur le rôle du secteur privé dans la nouvelle organisation et son cadre juridique.

Pour étudier ce rôle, nous partons du constat que ces services fonctionnent selon deux modèles. L'un novateur puisqu'il implique une pluralité d'intervenants sur les marchés concurrentiels. Tandis que le second est réputé traditionnel, car il correspond au modèle de la gestion déléguée.

L'existence de ces deux modalités en droit algérien suscite l'intérêt de les aborder dans un cadre unifié. Or une telle tâche s'avère un peu difficile, car chaque modèle se caractérise par ses propres problématiques. Néanmoins, on peut relever deux idées fondamentales autour desquelles s'articule le rôle du secteur privé quel que soit le modèle dans lequel, il s'effectue. La première consiste à étudier la liberté d'accès des opérateurs privés aux activités en réseau. On doit ici distinguer entre l'accès aux activités

⁷¹ Recommandation 2003/311/CE de la commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du parlement européen et du conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques JOCE n L144 du mai, 2003, p 45.

⁷² D. POPOVIC, le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques, op cit, 51

⁷³ C. GENOUD, Libéralisation Et Régulation Des Industries De Réseau, Revue internationale de politique comparée, vol 11, 2004 p19

concurrentielles et l'accès aux contrats de gestion exclusive. L'étude de cette question nous permet d'évaluer le degré d'ouverture des activités en réseau à l'initiative privée.

La seconde idée n'est que le prolongement naturel de la première, puisque l'entrée des opérateurs privés aux services en réseau pose la question de la mise en œuvre de leur rôle .Ici nous pouvons ramener le rôle du secteur privé à un cadre unifié relativement autour de l'intérêt public et la concurrence.

Le cadre unifié que nous adoptons s'exprime par deux parties complémentaires :

Partie 1 L'accès du secteur privé aux services publics en réseau

Partie 2 la régulation du rôle du secteur privé dans les services publics en réseau

Partie I

L'accès du secteur privé aux services publics en réseau

L'étude de la problématique de l'accès aux activités en réseau constitue la première exigence du traitement de notre sujet .Car le rôle du secteur privé est conditionné d'abord par l'ouverture de ces services à l'initiative privée .La question d'accès se pose de deux manières différentes .Ce qui nous oblige de scinder cette partie, en deux titres l'un consacré à l'accès aux activités en réseau concurrentielles et l'autre à l'accès aux activités non concurrentielles .

L'étude de l'accès aux activités concurrentielles nous oblige d'aborder le processus de libéralisation de certains services en réseau et leur ouverture à la concurrence . Nous examinons aussi les modalités prévues pour encadrer l'accès des opérateurs privés à ses services .Ceci nous permet de déterminer l'étendu du droit d'accès reconnu à ses opérateurs à l'égard des activités concurrentielles en réseau . « **Titre1** »

Et pour l'étude de l'accès aux activités non concurrentielles, nous aborderons le cadre juridique qui régit leur gestion . L'objectif est de déterminer les conditions qui permettent une liberté d'accès des opérateurs privés à ces activités . Nous examinerons les modalités contractuelles adoptées pour l'ouverture des services concernés à l'initiative privée et comment la concurrence intervient pour rendre effective cette ouverture « **Titre 2** » .

Titre I

L'accès du secteur privé aux activités concurrentielles en réseaux

Les expériences se rapprochent partout dans le monde concernant la remise en cause des monopoles historiques sur les services en réseaux. Elles se rejoignent sur l'ouverture plus ou moins complète de ces services aux opérateurs privés, et la législation algérienne s'inspire de ces expériences⁷³ et notamment du droit communautaire, mais elle s'en démarque par un degré limité de l'ouverture à la concurrence.

Selon le modèle de la concurrence dans le marché, les services publics sont ouverts à plusieurs opérateurs qui se mettent en concurrence pour la fourniture des services aux usagers. En d'autres termes, *« c'est un modèle de recours privilégié au marché pour remplacer les dispositifs d'intégration et de planification des investissements et des décisions des firmes »*⁷⁴.

Il s'agit alors d'une remise en cause du monopole accompagnée par une instauration de vrais marchés concurrentiels. Les services en réseaux en question ne sont donc plus régis seulement par les règles traditionnelles du service public. Ils sont pénétrés par une logique du marché. Celle-ci s'impose mais toujours dans le respect des exigences d'intérêt public. Le compromis entre l'intérêt public et la concurrence se manifeste dans l'organisation des services en réseaux selon ce modèle.

A travers ce titre, on démontrera que les secteurs concernés par ce modèle sont les plus avancés quant à l'introduction du secteur privé. La promotion de la concurrence dans cette partie des services en réseaux se fait sous l'influence du mouvement de mondialisation. Elle atteint son apogée en droit algérien dans le domaine des télécommunications. Celui-ci présente l'exemple d'un secteur totalement ouvert à la concurrence. Les services de télécommunications se transforment en effet en activités concurrentielles.

En revanche, les autres services ne connaissent qu'une concurrence limitée en raison de la subsistance d'un monopole naturel, et l'importance de l'existence de droits exclusifs au profit d'un opérateur public.

Ainsi, on abordera dans ce titre la reconnaissance du rôle du secteur privé à travers l'ouverture à la concurrence (**chapitre 1**) et les modalités d'exercice de ces activités pour connaître l'étendue de cette ouverture (**chapitre 2**).

⁷³ Le projet de la loi sur les télécommunications reconnaît l'inspiration des expériences étrangères voir journal des délibérations officielles de L'assemblée populaire nationale du 07 août 2000, p 04.

⁷⁴ E. GRAND T. VEYRENC, L'Europe de l'électricité et du gaz Acteurs, marché, régulation, Economica, Paris 2011, p 120.

Chapitre I

La reconnaissance du rôle du secteur privé à travers l'ouverture à la concurrence

L'introduction des acteurs privés dans certains secteurs en réseau se fait sur le fondement de l'ouverture à la concurrence. La concurrence est choisie comme moyen de réforme des services en réseau et leur développement. L'entrée de plusieurs opérateurs à ces services est donc un résultat naturel de cette ouverture à la concurrence.

On assiste alors à un passage d'un secteur gouverné dans le passé par une organisation administrative à un espace ouvert à la concurrence et aux lois du marché. Dès lors, l'introduction de la concurrence a supprimé les barrières à l'accès du secteur privé.

Le secteur de télécommunication présente le modèle précurseur de libéralisation pour les services en réseaux dans le monde, y compris en droit algérien qui s'inspire des expériences internationales, notamment du droit communautaire. Celui-ci, a en effet, propulsé la concurrence dans les services en réseaux dans les pays membres de l'Union Européenne afin de construire le marché européen . L'ouverture à la concurrence devient ainsi l'objectif principal du législateur communautaire sur le fondement des articles 37 et 90 du traité de la communauté européenne.

Mais l'influence du modèle communautaire sur le processus de libéralisation des services en réseau en droit algérien n'est que limitée, c'est-à-dire que certaines activités restent fidèles à une gestion non concurrentielle. Les services de l'eau et d'assainissement et le transport ferroviaire sont exclus du champ d'application du modèle de la concurrence dans le marché .

Il est important dans ce chapitre de présenter l'expérience de libéralisation de services en réseaux en droit communautaire comme modèle de référence à la législation algérienne (**Section 1**)⁷⁵. Mais avant d'étudier le processus de libéralisation des services en réseau, on ne peut se passer de parler de la situation antérieure de ces services, afin de connaître dans quel univers intervient cette libéralisation et l'impact des mesures de libéralisation sur l'organisation actuelle de ces services (**Section 2**).

Section 01 : la situation des services en réseau avant leur libéralisation

Le mouvement de libéralisation des services en réseaux intervient pour bousculer une organisation monopolistique qui a été maintenue pendant des dizaines d'années. L'étude de l'histoire de ces services, en Europe notamment révèle des similitudes entre les pays quant

⁷⁵ Le ministre des postes et des télécommunications reconnaît dans sa présentation du projet de la loi 2000-03 devant l'assemblée populaire nationale que le texte a été inspiré dans ses principes fondamentaux de l'expérience des autres pays qui nous ont précédé dans la libéralisation de ce secteur .Journal officiel des délibérations précité ,p 04 .

à l'adoption du modèle monopolistique (**Sous section 1**) .L'Algérie a aussi connu cette organisation pendant la période coloniale, et va la prolonger après l'indépendance, car elle correspondait à l'option socialiste (**sous section 2**) .

Sous section 1 La situation antérieure des grands services en réseaux en droit comparé

Avant l'intervention communautaire dans le domaine des services en réseaux, ceux-ci ont connu dans presque tous les pays de l'Europe une tendance générale à la monopolisation .Cela concerne les grands services en réseaux : Les postes et les télécommunications, l'électricité et le gaz, transport ferroviaire. Par ailleurs, le début des services en réseaux est l'œuvre de l'initiative privée⁷⁶ . D'ailleurs, c'est grâce au partenariat avec les opérateurs privés que des grands projets d'infrastructures ont pu voir le jour dans ces domaines ⁷⁷.

§1 la situation des postes et des télécommunications

Les activités des postes et des télécommunications ont connu une organisation monopolistique au sein du même organisme, même si pour les télécommunications, leur début a été l'œuvre de l'initiative privée (**A**) contrairement au domaine postal dont la gestion a été dès le début dominé par l'emprise publique (**B**) .

A- les postes et les télécommunications

Les services de télécommunications ont été contrôlés dès leur début par les pouvoirs publics en raison de leur caractère stratégique. Mais sans que cela amène nécessairement à leur monopolisation. En France, la législation permettait l'initiative du secteur privé. En effet, la loi du 02/05/1837 et le décret loi du 27/12/1851, donnaient le pouvoir d'autorisation au ministre pour octroyer des autorisations en matière de télégramme aux acteurs privés. L'autorisation est utilisée comme moyen de contrôle sur une activité qui revêt une importance primordiale ⁷⁸ .

Mais grâce à l'introduction des techniques de l'électricité dans les réseaux de télécommunications, le réseau téléphonique s'élargit, ce qui permet l'amplification des signaux émis et des communications sur des distances plus longues avec une qualité

⁷⁶ Institut de la gestion déléguée « La place de la gestion déléguée dans le secteur de l'électricité au lendemain de la loi du 10 février 2000 », année 2001 ; M.MARGAIREZ ; « Experts et les services publics économiques entre experts ,praticiens et gouvernants dans le premier XXE siècle » ,revue d'histoire moderne et contemporaine » n 3 ,2005 ,p134

⁷⁷ J -P- VALETTE, Droit public économique, Hachette, 2009, p 23 ; D. LINOTTE et R ROMI, services publics et droit public économique, Litec ,2003, p326.

⁷⁸ L'article unique de la loi du 2 mai dispose : « Quiconque transmettra ,sans autorisation ,des signaux d'un lieu à un autre ,soit à l'aide de machines télégraphiques ,soit par toute autre moyen sera puni... » .Quant au décret -loi du 27 décembre 1851,il dispose qu' « aucune ligne télégraphique ne peut être établie ou employée à la transmission des correspondances que par le gouvernement ou avec son autorisation ».Les textes sont cités par R.ERRERA , Errera Roger. De quelques problèmes juridiques. In: Communications, 21, 1974.

améliorée. Dès lors, les industries privées en Europe sont appelées à disparaître devant l'objectif d'intégration des grands réseaux de télécommunications⁷⁹.

La nationalisation a été effectuée très tôt en France. En 1889, l'ensemble de réseaux sont nationalisés et le monopole sur le secteur est octroyé à l'administration centrale « la direction général de télécommunication » qui se substitue au monopole privé de fait détenu par la société générale⁸⁰.

La tendance est la même dans les autres pays de l'Europe et du monde. En Allemagne, les télégrammes sont régis par la poste, le monopole sera consacré ultérieurement par une loi constitutionnelle de 1949. En grande Bretagne, les pouvoirs publics ont nationalisé le réseau télégraphique en 1868 et confié le monopole des communications électriques en 1869 à la Poste office. Ce monopole a été étendu plus tard au téléphone. En Italie ce sont les compagnies privées qui se sont investies dans le domaine de la téléphonie et l'ont développé, mais très vite ils ont été nationalisés en 1907. Le monopole a été institué sur le téléphone interurbain et international⁸¹.

En droit français, le monopole plaçait les télécommunications dans le cercle des services publics administratifs. Car il résulte de la gestion monopolistique des télécommunications l'application du droit public au secteur de télécommunications. C'est ce que constate JD Ricard en écrivant que les « PTT sont soumis au procédé du service public ». Dans son ouvrage, il étudie les questions soulevées par l'application des règles de droit public, à savoir la fonction publique –la compatibilité publique – l'expropriation les servitudes qui peuvent être imposées, les contraventions de grande voirie⁸². Et ce n'est qu'en 1990 que la France transfère l'activité de télécommunication à un établissement public à caractère industriel et commercial. France Télécom est crée pour gérer les télécommunications⁸³. Ce constat va s'imposer aussi comme on va le voir en droit algérien

A l'instar des pays européens, d'autres pays du monde instituent le monopole sur les télécommunications. Au Japon, ce monopole est confié à des entités publiques : les services intérieurs de télécommunications sont gérés depuis le début des années 50 par Nippon télégraphe and téléphone. Et les services internationaux seront aussi assumés par

⁷⁹I BOULKHOUS, L'impact du progrès technique sur l'évolution du concept de service public, thèse de doctorat, université Montpellier 1, 8 janvier 2007, p151.

⁸⁰ La loi du 16 juillet 1889 décide du rachat de la concession et l'exploitation par l'administration des postes et des télégraphes. La loi est citée par Sandrine GARCERIES « l'élaboration d'une notion juridique du service public industriel et commercial », thèse, université de CERGY –PONTOISE, année 2010, p 106

⁸¹, M. WALRAVE, les réseaux de services publics dans le monde, op cit, p 74.

⁸²J-D RICARD Droit et jurisprudence en matière des postes et télécommunications, Tom 1 le service public, l'administration et le personnel des PTT, Sirey 1931, p 10.

⁸³ LOI n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, JORF n°0157 du 8 juillet 1990 page 8069.

des entreprises publiques .Le monopole institué perdure au pays du soleil levant jusqu' à 1985, l'année de la réforme du secteur .⁸⁴

En Turquie, malgré l'orientation libérale du pays après l'indépendance, l'Etat a pris l'engagement de la réalisation des infrastructures des services en réseaux, et a crée des monopoles dans les domaines des télécommunications. La loi n 406 sur le télégramme et la téléphonie a attribué à la PTT le monopole de la construction de l'infrastructure et l'exploitation des télécommunications sur le territoire national .Le contrôle des pouvoirs centraux se substitue aux régulateurs locaux et régionaux considérés défaillants dans leur mission⁸⁵ .

Aux Etats Unis, et à l'instar des activités électriques et gazières les services de télécommunications ont connu un monopole privé exercé par l'entreprise AT &T. Aux yeux des décideurs américains, ce choix évitait à la fois la nationalisation telle qu'elle a été pratiquée en Europe, et aussi la concurrence nuisible⁸⁶ .Toutefois, le monopole privé est accompagné par un contrôle et une réglementation de l'Etat.⁸⁷ Ainsi, un consensus entre l'industrie de télécommunication et l'intérêt public se réalise dans le monopole octroyé à l'entreprise AT&T qui dure jusqu'aux années 1980.

B- Le secteur postal

L'emprise des pouvoirs publics sur le secteur postal est plus forte que dans les télécommunications pour des considérations historiques et sociales.

D'abord, parce que ce service manifeste le besoin humain de communication. Toutes les grandes civilisations l'ont organisé à travers les routes postales. L'intérêt public du service postal a été reconnu très tôt en Angleterre⁸⁸ , où indépendamment de la distance parcourue par l'émetteur la taxe postale sur une lettre simple serait faible.⁸⁹

Dans plusieurs pays, y compris la France, le service a été assuré au début par des opérateurs privés. Mais en raison de son importance sociale, il sera confié à l'administration centrale pour desservir tout le territoire depuis l'ancien régime .Et la révolution confirmera ce monopole .En 1805, Napoléon crée un fond de péréquation pour

⁸⁴ S .KAHIL ,La déréglementation du secteur de télécommunications en Algérie –Diffusion de la téléphonie mobile entre 2000-2011 ,Thèse de Doctorat en sciences économiques soutenue à l'université d'Oran année 2012 -2013 ,p 29.

⁸⁵ Ç . TANSUO , La régulation des services publics en France et en Turquie, L'harmattan ,2005, p 71 et 72

⁸⁶ L'expérience de la concurrence se traduit sur le terrain par des résultats négatifs : fourniture inefficace des services –des recettes fantaisistes et déraisonnables –absence de péréquation –l'impossibilité d'une tarification réduite. voir sur les résultats de la concurrence J P .SIMON, L'esprit des règles réseaux et réglementation aux Etats unis, L'Harmattan ,1991, p150

⁸⁷ T N NAIL déclare en 1910 que « s'il doit y avoir contrôle de l'Etat pour une société s'efforçant de servir l'ensemble de la communauté à l'encontre d'une concurrence agressive qui ne porte que sur la partie de l'activité la plus profitable » Cité par J P. SIMON ,Ibidem , p151

⁸⁸ M.MARGAIREZ, experts et les services publics économiques, article précité ,p 133

⁸⁹ Commissariat général du plan, sous la présidence de J. BOURGOUGOUX, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, avril 2000, p 164

financer le service public « des relais de poste par les entreprises privées de messagerie qui contournaient leurs services »⁹⁰. L1 du code de PTT français disposait que « le transport des lettres ainsi que les paquets de papiers n'excédant pas 1 KG est exclusivement confié à l'administration des PTT »⁹¹

Ce monopole est défendu même par les plus fervents défenseurs du libéralisme économique, tel Paul Leroy –Beaulieu qui écrit : « *Est –il bon que le service de la poste soit un monopole d'Etat ? A cette question, on peut répondre affirmativement sans présomption* »⁹². Le recours au monopole est défendu aussi par H .BERTHELEMY pour qui « *l'intervention de l'Etat en matière postale est beaucoup plus facilement acceptée que l'intervention en matière de chemins de fer .Tout le monde convient des avantages que présente ici le monopole et on reconnaît que ce monopole doit être exploité par l'administration publique* » .Pour cet auteur, les exigences du service postal suppose que le nombre des correspondances confiées au même transporteur soit considérable .En outre, selon lui ,l'Etat est le mieux placé pour la conclusion des conventions internationales ,or celles-ci ont une importance particulière dans ce domaine ⁹³.

Bref, conscients de l'importance du service postale pour la cohésion sociale et de ses obligations, les gouvernements ont préféré le gérer sous le monopole. Il est devenu un élément indispensable de la vie économique⁹⁴. Son financement a été assuré par la péréquation tarifaire géographique⁹⁵. Le modèle de gestion monopolistique choisi est la régie à travers un ministère dédié à ce service, tel était le cas en France et en Grande Bretagne. Celle-ci maintiendra le rôle du ministère jusqu'à la création en 1969 d'une entreprise nationale assumant les activités de poste et de télécommunications. Néanmoins, le secteur demeure sous la tutelle du ministère qui fixe ses objectifs financiers et nomme les membres du conseil d'administration de l'entreprise nationale . ⁹⁶

§2 -L'électricité et le gaz

Le domaine énergétique va connaître un essor remarquable grâce à l'initiative privée avant que l'organisation ne se transforme en monopole .On peut distinguer d'une façon très claire dans l'histoire des activités énergétiques deux phases : celle de la genèse de ces services **(A)** et puis leur nationalisation qui va conduire à remplacer l'initiative privée par une gestion publique directe **(B)** .

⁹⁰ Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport précité , p 164

⁹¹ Richard MOULIN –Pierre BRUNET ,droit public des interventions économiques,LGDJ p 17

⁹² Paul LEROY –BEAULIEU : traité de la science des finances 5^e éd tom 1^{er} Paris ,Guillaumin,1891 p541

⁹³ H.BERTHELEMY, traité élémentaire de droit administratif, Paris , Rousseau ,2éd ,1902 , ,p 672 .

⁹⁴ LAUFENBURGER H ,l'intervention de l'État en matière économique , Paris, LGDJ, 1939, p 31.

⁹⁶ La documentation française , rapport « Concurrence et régulation des services publics en Europe » , Rapport, p31.Document téléchargé du site www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/...publics/984000176.pdf

A- Le début des activités électriques et gazières

Les deux activités connaissent la même histoire, elles étaient au début ouvertes à l'initiative privée qui a joué un rôle important dans leur développement (a). Ensuite, les politiques de nationalisation après la seconde guerre mondiale vont conduire à l'exclusion du secteur privé (b).

a - l'électricité

L'électricité s'est développée d'abord comme une activité gérée par des petits systèmes reliant générateurs à un client pour un usage. Elle s'effectuait alors dans un périmètre local⁹⁷. Ce morcellement connu avant 1900, dans tous les pays, est dû en premier lieu à l'incapacité technique à transporter l'électricité.

Par la suite, l'innovation technologique dans le secteur va permettre la conception des systèmes techniques permettant la fourniture du courant⁹⁸. Cependant, malgré son importance, l'électricité n'était pas en ce temps considérée comme service public, mais simplement comme un bien destiné aux citoyens -2privilégiés, ou pour l'usage industriel et l'éclairage dans les théâtres et les magasins.⁹⁹

Cette période, s'est caractérisée par la multiplicité des intervenants. Une activité croissante des communes est constatée, par leur intervention directe, ou en donnant la permission de voirie aux industriels désirant construire des réseaux et de vendre l'électricité¹⁰⁰.

Plus tard, le modèle concessionnel s'est imposé dans le secteur et conduit à une concurrence entre distributeurs d'électricité afin de tester leur efficacité. La concession permettait aux pouvoirs publics de contrôler cette activité pour réduire le gaspillage¹⁰¹.

Notons que la concession a permis à l'Etat et les collectivités locales de s'adapter aux contraintes techniques et financières dans la gestion des services publics, y compris ceux en réseaux. Selon un auteur « *aucun effort n'est ménagé pour susciter l'afflux des capitaux privés dans les infrastructures publiques* »¹⁰². La concession est devenue le support juridique d'une part non négligeable des activités économiques. Tel était le cas aussi en Angleterre dont le gouvernement permettait aisément aux entrepreneurs particuliers d'effectuer des travaux relatifs aux routes, ponts, canaux et ports.

⁹⁷ N. CHEBEL-HORSTMANN, la régulation du marché de l'électricité, concurrence et accès aux réseaux, L'Harmattan, 2006, p20. Comme le souligne un auteur l'usage industriel de l'électricité nécessitait des améliorations techniques car l'usage de la basse tension rendait non rentable le transport au-delà de 550 mètres voir F CARDOT, Histoire de l'électricité en France Tom 1 :1881-1918 Paris Fayard, 1991.

⁹⁸ C SOFFAES, services publics question d'avenir, Commissariat général du Plan Rapporteur général, p 104

⁹⁹ Aurore Larget – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, P 18

¹⁰⁰ Commissariat du plan, Rapport présidé par C. SOFFAES sur services publics question d'avenir, la documentation française, 1995, p 105.

¹⁰¹ Ibid, p19 ; Institut de la gestion déléguée « La place de la gestion déléguée dans le secteur de l'électricité au lendemain de la loi du 10 février 2000 », op cit, p7

¹⁰² X .BEJINCON, Essai sur les contrats de travaux et des services publics, LGDJ, Paris, 2001 p 104

En France on pouvait distinguer trois concessions selon la loi du 15 juin 1906 relative aux régimes de concession de distribution publique de l'électricité¹⁰³ :

-La concession de distribution publique de l'énergie dont l'objet est d'assurer la fourniture d'électricité aux particuliers.

-Les concessions de distribution aux services publics, ayant pour mission l'alimentation des réseaux de distribution publique, des services de transport en commun et des entreprises grandes consommatrices d'électricité.

-la concession de transport ayant comme objectif l'établissement et l'exploitation d'une ligne ou d'un réseau de lignes reliant les usines productrices entre elles ou avec des postes d'information

Après ce morcellement, est venue l'étape d'une unification des réseaux. Car les problèmes liés à la difficulté de la construction des réseaux, et de leur coût très élevé, ont conduit à l'apparition des monopoles géographiques. Le développement technique a permis la conception d'un système d'acheminement d'électricité par des lignes électriques reliant tout le territoire¹⁰⁴. C'est un phénomène dit d'unification des réseaux privés pour en créer un seul¹⁰⁵. Dès lors, la production a acquis le caractère de service public justifiant une réglementation spécifique.¹⁰⁶

On pouvait en France, déduire le caractère de service public à cette époque des lois sur la distribution, l'hydraulique, et le transport à haute tension. Celles-ci reconnaissaient en faveur des concessionnaires, le droit d'effectuer des travaux sur les propriétés privées, mais en l'accompagnant d'un contrôle technique et tarifaire de l'administration.¹⁰⁷. Ainsi, les obligations incombées aux concessionnaires trouvaient leur justification dans le caractère de service public de la distribution de l'électricité. La logique du profit qui motivait les opérateurs privés au début devra s'accommoder avec les exigences du service public¹⁰⁸.

Le passage d'une gestion décentralisée à une gestion intégrée semblait selon certains aller de soi c'est-à-dire imposé par le progrès technique. Les fruits de ce passage s'avèrent positifs : « la fiabilité, la sécurité » la possibilité est offerte d'une extension des réseaux.

¹⁰³ N.CHEBEL HORSTMANN, la régulation du marché de l'électricité concurrence et accès aux réseaux, op cit, p 21.

¹⁰⁴ M. LEVY –LEBOYER et H. MORSEL, Histoire de l'électricité en France tome deuxième, Fayard, 1991, p 1334

¹⁰⁵ I BOULKHOUS, « L'impact du progrès technique », Thèse précitée, p 148 et J-P Leban, Organisation et régulation du secteur électrique. un voyage dans la complexité, Paris Presse du CEREM, CNAM 1994, p 18.

¹⁰⁶ Michel WALRAVE, les réseaux de services publics dans le monde, op cit, p33.

¹⁰⁷ D BARJOT et H MORSEL, « la nationalisation de l'électricité en France, nécessité technique ou logique politique », Actes du 11^e colloque de l'association pour l'histoire de France, presses universitaires de France p 11.

¹⁰⁸ H.MORSEL, «L'électricité en Île-de-France », in F. CARON, F. CARDOT (dir.), Histoire générale de l'électricité, Paris Fayard, 1991 p. 567.

Tout ceci s'effectue grâce aux efforts des ingénieurs¹⁰⁹. Ce qui est valable pour l'électricité l'est aussi pour les autres services en réseaux avec des degrés différents d'implication des pouvoirs publics.

Il est important de signaler qu'avant le passage au monopole, il y eut une étape intermédiaire, celle de concentration. De 1920 à 1945, il y eut en Europe des concentrations des acteurs privés et la constitution de groupes soumis à un contrôle de l'Etat. En Grande Bretagne, une entreprise publique « centrale Electricité Bocard » a été créée en 1927 pour construire et exploiter le réseau interconnecté d'approvisionnement électrique et coordonner les investissements en moyens de production.¹¹⁰ S'ajoute aussi à cette autorité, l'institution des commissaires à l'énergie chargée de contrôler le gros investissement. L'intervention des pouvoirs publics ne s'est pas limitée à la régulation du secteur, puisque l'activité de production était dominée par les entreprises publiques. En revanche, la distribution était exercée quasi exclusivement par le secteur privé.¹¹¹

En France, le secteur n'a pas connu l'apparition de trust d'électricité, mais le besoin d'une discipline commune a poussé les grandes entreprises à former « une sorte de cartel ». La coordination de leurs actions s'effectuait par l'institution des organismes coordinateurs au niveau régional, et d'un bureau central d'exploitation et de coordination au niveau national. L'objectif de ces coordinations était la résolution des problèmes techniques¹¹². En outre, le secteur électrique connaît une intervention économique de la part du gouvernement. Celui-ci agit sur le fondement de la loi du 8 juin 1935 en adoptant des dispositions budgétaires et monétaires affectant le domaine de l'électricité. D'autres lois et décrets ont été adoptées ultérieurement qui soumettaient le secteur électrique à un encadrement encore plus strict¹¹³. L'intervention publique a sans doute facilité la nationalisation du secteur.

b –l'activité gazière

Le secteur du gaz, a connu une organisation similaire à celle de l'électricité. Il a débuté partout dans le monde avec des petits réseaux dans quelques agglomérations en

¹⁰⁹ I. BOULKHOUS, « L'impact du progrès technique », thèse précitée, p 150.

¹¹⁰ D BARJOT et H MORSEL, « la nationalisation de l'électricité en France, nécessité technique ou logique politique », op cit, p 11.

¹¹¹ Idem

¹¹² A SENSOY, Le mouvement de nationalisation en France, thèse soutenue université de Genève en 1952, p 190.

¹¹³ La loi de finance du 31 décembre 1937 crée un fonds d'amortissement des charges d'électrification rurale. Cette loi a été suivie par plusieurs décrets : décret du 17 juin 1938 sur le développement de l'équipement électrique en France –décret du 12 novembre 1938 facilitant l'installation et l'exploitation des lignes de transport d'électricité –le décret loi du 16 juin 1939 adopte le principe de la conclusion d'un premier contrat de programme avec l'industrie électrique –le décret du 30 juin 1945 permet au gouvernement la fixation autoritaire des prix y compris l'électricité : <http://www.developpement-durable.gouv.fr/L-electrification-rurale-et-le.html>

proximité des cokeries minières ou sidérurgiques.¹¹⁴ Le gaz manufacturé était destiné d'une façon principale à l'éclairage public ou privé ¹¹⁵ .

Mais la situation a évolué vers l'extension de plusieurs artères pour l'acheminement du gaz loin des lieux de production pour répondre aux nouvelles disponibilités régionales de gaz manufacturé. Cette étape est suivie par l'accroissement de la taille des réseaux .En effet, ceux-ci ont connu un essor formidable par la mise en place d'une canalisation sur de très longues distances. ¹¹⁶

A l'instar de l'électricité, l'activité gazière s'effectuait à travers des concessions assorties de cahiers de charges assurant ainsi un service permanent. Les précurseurs de l'industrie gazière à cette époque sont la Grande -Bretagne, Belgique et France.

B- la phase de nationalisation de l'énergie

La nationalisation du secteur énergétique conduit à la suppression de l'action privée dans les secteurs électriques et gaziers .Le monopole institué est organisé dans les pays du monde selon des modalités différentes. On étudiera l'organisation de ce monopole dans les deux secteurs .

a- la nationalisation de l'électricité

L'intervention de la nationalisation en France en 1946 met fin à la prolifération des acteurs privés dans le domaine de l'électricité¹¹⁷ . La nationalisation touche les biens, droits et obligations des entreprises qui ont pour activités principales la production, le transport ou la distribution de l'électricité sur le territoire de la métropole. Sont également nationalisées, les entreprises ayant pour activité principale la participation à la gestion ou le fonctionnement de ces entreprises¹¹⁸ . En outre, loi de 1946 prévoit la possibilité de nationalisation des installations affectées à la production, au transport ou à la distribution de l'électricité lorsque ces activités ne représentent pas l'activité principale de l'entreprise en cause dans le cas où ces installations sont nécessaires au fonctionnement du service public¹¹⁹ .L'ensemble des biens nationalisés sont transférés à un établissement public à

¹¹⁴Idem 106 .L'industrie gazière est née précisément au cours des années 1820-1830 . A cette période ont vu le jour des usines productrices du gaz qui se substituent à des ateliers provisoires V S PARQUIER et J P .WILLIOT dir, l'industrie du gaz en Europe aux XIX et XXe siècles , Euroclino ,2005, p25

¹¹⁵ M . WALRAVE, les réseaux de services publics dans le monde, op cit, p44

¹¹⁶ Ibidem .

¹¹⁷On pouvait recenser en France avant la nationalisation de l'électricité en matière de production de l'électricité 54 sociétés exploitant 300 centrales thermiques, et 86 sociétés dans le domaine de transport, et 1150 sociétés activant au niveau de la distribution.voir P.WACHSMANN , les monopoles publics Tom ,thèse soutenue à l'université de Strasbourg 1 ,1982,p 328 .

¹¹⁸ Loi 46-628 1946-04-08 JORF 9 avril 1946, rectificatif JORF 18 avril 1946, JORF 3 mai 1946

¹¹⁹ L'article 08 de la loi 46-628,loi précitée .

caractère industriel et commercial « Electricité de France » placé sous la tutelle du ministre de l'énergie¹²⁰.

La Grande Bretagne suit le modèle français en 1948¹²¹. Désormais, une seule entreprise est responsable de la production et du transport la « British Electricité Autorité » BEA. Pour la distribution, 12 entités publiques régionales sont créées les Area Boards.¹²² La BEA est transformée en 1955, en Central Electricity Board couvrant l'Angleterre et le pays de Galles.¹²³ Ainsi, le système électrique construit par les entrepreneurs privés devient une propriété publique.¹²⁴

En Allemagne, le monopole a pris une forme, qui correspond au paysage administratif fédéral du pays. L'organisation allemande accorde aux Länder¹²⁵ la gestion des affaires économiques, en prenant en compte le poids des grands industriels dans la production d'énergie et les industries électriques. Ainsi, le monopole est octroyé, par chaque länders à une société municipale de distribution par la signature d'un contrat de droit privé¹²⁶ alors que la production et le transport sont assumés par des entreprises privées.¹²⁷

L'Italie, suit aussi le même mouvement avec la nationalisation en 1962 des activités liées à l'électricité. Le monopole national est confié à « Ente Nazionale per l'Energia Electrifica ». Seuls les anciens auto producteurs, et des petits producteurs et distributeurs échappent à ce monopole, ainsi que quarante six compagnies municipales représentant seulement 6 pour cent de la production nationale.¹²⁸

Ce passage au monopole n'est pas justifié seulement par des considérations techniques, mais aussi par des considérations politiques, économiques et sociales dues à la seconde guerre mondiale. Les Pays européens sortants affaiblis par la seconde guerre, ont préféré relancé l'économie en prenant en main des activités considérées comme essentielles pour la nation. En France d'ailleurs, le mouvement de nationalisation toucha

¹²⁰ La loi 46-628 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORAF voir sur la question de la nationalisation de l'électricité en France SENSOY. A, Le mouvement de nationalisation en France, op cit, p 199

¹²¹ M.LEVY-LEBOYER et H.MORSEL, dir Histoire de l'électricité en France, Fayard, p 15

¹²² D.ATTIAS, Concurrence et régulation des services publics : comparaison internationale. , Commissariat général du plan, Editeur, 1997, p33

¹²³ Aurore. LARGET – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 19

¹²⁴ A.CHANDLER, Organisation et performances des entreprises. Tom 1 : les USA (1880-1984). Tom 2 : La Grande Bretagne, Paris, Les éditions d'organisation, 1992.

¹²⁵ Voir sur les länders. Groupement d'études et de recherches, « Le fédéralisme allemand et la construction européenne, problématiques européennes », n5, janvier 2000

¹²⁶ Ibid, p19 et 20 ; Institut de la gestion déléguée « La place de la gestion déléguée dans le secteur de l'électricité au lendemain de la loi du 10 février 2000 », op cit, p10

¹²⁷ J M .CHEVALLIER, Les réseaux de gaz et d'électricité : multiplication des marchés contestables et nouvelle dynamique concurrentielle, p 07.

¹²⁸ C .STOFFAES, services publics et question d'avenir, rapport de la commissariat général du plan la documentation française, p 121

d'autres secteurs que les réseaux comme les usines de Renault ,les houillères du nord et du Pas –de Calais ,les grandes banques de dépôt etc ¹²⁹

Cette nouvelle organisation s'est basée sur la conception d'un réseau unifié exigeant une concentration économique qui s'incarne selon un modèle dont les traits essentiels sont : une entreprise unique - détenant un monopole national –intégrant les activités de production, transport, distribution¹³⁰.

Seule l'Espagne échappe à ce mouvement de nationalisation qu'a connu l'Europe. Elle sauvegarde le secteur privé auquel lui revient le mérite du développement de l'électricité. L'évolution a conduit seulement à un contrôle et une coordination dans le secteur à travers l'institution d'un organisme ayant comme objectif la coordination et l'intégration. Mais en 1969, les fonctions de cette institution ont été retirées pour être exercées dans le cadre d'un plan national de l'électricité qui sera inséré en 1975 dans le plan énergétique national. Dans le cadre de cette planification étatique, la production et la commercialisation de l'électricité étaient dominées par les opérateurs privés.

La domination du secteur privé de l'électricité en Espagne atteint son apogée par le contrôle de 80 pour cent de la production de l'électricité par deux entreprises privées .Il s'agit de l'entreprise « Iberdrola » créée en 1991 et la société ENDES réorganisée en holding depuis 1983.Ainsi, le système électrique espagnol constitue une exception à la gestion monopolistique dominante en Europe¹³¹

La gestion monopolistique en Europe influence aussi d'autres pays dans le monde, notamment du tiers monde . Nous pouvons citer l'exemple du Liban, où depuis la dernière décennie de l'époque Ottomane, jusqu'au milieu des années cinquante, la production et la distribution de l'électricité étaient assurées par des opérateurs privés à travers des concessions qui leur sont accordées dans des villes. En 1953, l'Etat décide de réformer le secteur, et crée à cet effet, l'office d'électricité du Liban devenu « électricité du Liban » EDL, une entreprise publique ayant le monopole sur les activités de production et de transport¹³².

En Egypte aussi le secteur électrique est né par l'effort des opérateurs privés, en l'occurrence des sociétés françaises qui ont introduit l'éclairage public par le gaz ,puis elles ont utilisé l'énergie électrique au Caire et à Alexandrie à la fin du 19ème siècle .Le développement de l'activité privée dans le domaine d'électricité se poursuit jusqu'à la nationalisation de l'ensemble des entreprises du secteur en 1962 .Trois ans après, une

¹²⁹ P.SABLIÈRE, « la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz »,op cit ,p 13 .

¹³⁰ C. STOFFAES , Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne tom 1, la documentation française ,1997 , p 34

¹³¹ M . WALRAVE :,Les réseaux de services publics dans le monde, op cit,p 43.

¹³² A. COLIN, « électricité et territoires : un regard sur la crise », Revue Tiers Monde, n 198, 2009, p 03

entreprise publique est créée ayant le monopole sur la production le transport et la distribution de l'électricité « entreprise Egyptienne générale de l'électricité »¹³³

Dans les pays de l'union soviétique et ceux de l'Europe centrale et orientale, la solution était plus radicale. Non seulement elle excluait le secteur privé mais en outre, elle soumettait le secteur à un encadrement très stricte, et un niveau plus intégré à l'Etat. De ce fait, la tarification de l'électricité ne pouvait pas financer les coûts de la production¹³⁴

De l'autre côté de l'Atlantique, l'histoire de la gestion de l'électricité aux Etats unis, a pris une autre orientation. Le monopole a été octroyé au secteur privé représenté par plus de 3300 entités. Parmi celles-ci, 267 compagnies de service public sont les principaux acteurs du secteur (public utilities). Elles ont été organisées d'une façon verticale et exerçaient en monopole les activités de production, de transport dans un périmètre régionale.¹³⁵ Elles avaient en contrepartie de leur monopole régional l'obligation de desservir tous les clients sur le territoire concédé par des tarifs raisonnables et non discriminatoires¹³⁶. Ainsi, le modèle américain a apporté une solution au problème du monopole naturel sans remettre en cause l'activité du secteur privé.

b- La nationalisation de l'activité gazière

En France, le secteur gazier comptait, avant la nationalisation 724 usines privées dont 200 produisaient moins de 2 millions thermies par an¹³⁷. Par le même mouvement qui instaure le monopole public sur l'électricité, le secteur du gaz se trouve aussi saisi par la loi du 08 avril 1946 traçant un périmètre très étendu du monopole¹³⁸. Au terme de l'article 1^{er} de cette loi sont nationalisées les activités de production, transport, distribution ainsi que l'importation et l'exportation du gaz combustible. Ainsi, comme le soulignent certains auteurs, la loi de 1946 prévoit une appropriation de l'ensemble des activités gazières tant pour le présent que pour l'avenir¹³⁹. L'ensemble des biens, droits et obligations des entreprises qui ont pour activité principale la production, le transport ou la distribution du gaz, ainsi que les droits de celles dont l'activité principale est la participation à la gestion ou au fonctionnement de ces entreprises sont transférés à gaz de France¹⁴⁰.

¹³³ Voir le site de l'organisme de la régulation du service de l'électricité et la protection du consommateur en Egypte : http://egyptera.org/ar/curr_egy.aspx#

¹³⁴ C. STOFFAES, Services publics comparés en Europe, la documentation française, Paris, tom 1, année 1997, p 39.

¹³⁵ M. WALRAVE, les réseaux de services publics dans le monde, op cit p 36

¹³⁶ C. STOFFAES, Services publics comparés en Europe, op cit, p 29. La régulation des tarifs est l'un des premiers soucis des pouvoirs publics aux Etats unis en matière de public utility. Dans ce cadre la cour suprême joue un rôle très important en précisant le « standard » qui s'impose aux commissions de service public (l'affaire Smyth vs Ames) : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/169/466/case.html>

¹³⁷ Cité par P. WACHSMANN, « Les monopoles publics », Thèse de doctorat en droit public, université de Caen, 1982, p 329.

¹³⁸ Ibid, p 328

¹³⁹ Ibid, p 329

¹⁴⁰ Les articles 06 et 08 de la loi de 1946 précitée.

Par ailleurs, sont épargnées de l'opération du transfert à Gaz de France les biens appartenant à des entreprises qui n'ont pas pour activités principal la production, le transport ou la distribution, et dont les installations ne présentent pour le service public qu'une utilité accessoire. En outre, la loi prévoit d'autres exceptions à la nationalisation relative à la production et au transport du gaz naturel sous certaines conditions

En Angleterre, à la suite de la nationalisation de l'industrie gazière en 1948, le monopole est confié à 12 groupes régionaux autonomes « Area Bocard » coordonnés par un conseil fédéral du gaz (Federal Gas Council). Ce monopole va se transformer en 1972 en vertu du Gas Act en un monopole nationale détenu par la « British Gas Corporation (BGC) » à laquelle sont transférées les responsabilités du Gas council et des Area Bocard. Cette structure nationale bénéficie d'un monopole sur la production, des importations, du transport sur tout le territoire sous le contrôle du département of energy.¹⁴¹

§3 -Transport ferroviaire

A l'instar des services énergétiques, le transport ferroviaire a connu son progrès au début grâce à l'initiative privée **(A)**. Ensuite, le besoin d'un réseau intégré et la crise financière qu'a connu le secteur ont poussé vers la nationalisation du secteur **(B)**.

A- le début du transport ferroviaire

Le transport ferroviaire a connu dans ses débuts un développement considérable grâce aux efforts des compagnies privées¹⁴². En Angleterre les compagnies de chemin de fer se multipliaient dans les années 1830-1850 car l'activité était rentable¹⁴³. Mais ce début visait seulement la contribution à l'abaissement du prix de la matière première en faveur des industries particulières par un moyen de transport plus économique. C'est pourquoi les premiers chemins de fer réalisés sont des petites lignes de quelques kilomètres. Ce n'est que plus tard que la société civile avec l'administration (corps des ponts et des chaussées) ont perçu l'importance de la construction d'un réseau de lignes qui pourraient couvrir tout le territoire national. Cette idée reflétait un compromis entre une vision industrielle et celle d'intérêt général. Les objectifs attachés à celui-ci consistent en le renforcement de l'unité nationale, « *favoriser la centralisation des pouvoirs* » ainsi que le développement du trafic national¹⁴⁴.

¹⁴¹ M WALRAVE, les réseaux de services publics dans le monde, op cit p 47

¹⁴² H. KAMLEH, « La nouvelle organisation ferroviaire face au marché quelles leçons tirées », Revue d'économie industriel, n 124, 2008, p 102.

¹⁴³ C. STOFFAES, services publics et question d'avenir, op cit, 117

¹⁴⁴ R. HUGOUNENQ et B. VENTELOU, « Les services publics français à l'heure de l'intégration européenne », Revue de l'OFCE, 2002, p24 : La première concession de chemin de fer a été octroyée en 1823 par ordonnance à un groupe d'entrepreneur pour établir une ligne de 23 kilomètres entre Andrézieux et saint -Etienne pour l'exploitation du bassin de cette région. Trois concessions sont dévolues relatives à l'exploitation des lignes suivantes : ligne de Saint Etienne à lion 1826, d'Anrézieux à Rouane 1828 et d'épinac

En France, dès le début, modèle concessionnel s'est imposé dans le transport ferroviaire, parce qu'il s'agit d'une activité qui s'effectue sur le domaine public, ce qui nécessite une autorisation de la part de l'administration. L'Etat cherchait par ailleurs à solliciter les capitaux privés pour le financement des investissements sans une appropriation privée¹⁴⁵. Le modèle choisi par la France se plaçait à mi chemin entre deux tendances en Europe. Il se distinguait du modèle anglo - saxon qui abandonnait la construction et l'exploitation des chemins de fer à l'initiative privée. Il s'agissait en Angleterre de « *concessions perpétuelles, accordées sans aucune assistance du trésor public et sans que l'administration se soit attribuée un droit de contrôle efficace* »¹⁴⁶. Il se distinguait aussi du modèle adopté par d'autres pays comme l'Allemagne et la Belgique où l'Etat détenait l'exclusivité de la construction et l'exploitation de quelques chemins de fer¹⁴⁷.

La mission de service public dévolue aux opérateurs privés ne faisait aucun doute. Car, comme le soulignait X.BEZANÇON concernant l'ordonnance royale de 1823 « *la compagnie sera tenue d'exécuter constamment, avec exactitude et célérité, et sans pouvoir en aucun cas les refuser, tous les transports qui lui seront confiés, à ses frais et ses propres moyens* »¹⁴⁸.

Avec la loi de 1832, des nouvelles concessions apparaissent. Il s'agit de concessions à caractère temporaire et à l'égard desquelles l'Etat exerce un contrôle poussé. La loi précise que l'Etat a le droit de reprendre la possession de chemin à l'expiration de la concession. Elle précise également que « tous les grands travaux publics, routes canaux, chemins de fer ...avec ou sans aliénation du domaine public, ne pourront être exécutés qu'en vertu d'une loi »¹⁴⁹.

Il fallait attendre la loi du 11/06/1842 instituant une charte ferroviaire, pour voir la naissance du système de coopération entre l'Etat et les opérateurs privés à travers un modèle concessionnel où les charges sont partagées entre l'Etat et les opérateurs privés. Ces derniers supportaient les charges de superstructures, tandis que le premier s'engage à garantir les emprunts consentis par les compagnies privées, et en contrepartie il renforcerait son contrôle technique et financier sur ces compagnies.¹⁵⁰ L'idée de partenariat dans cette loi a été bien expliquée par M.Dufaur le rapporteur « *l'Etat donne l'autorisation d'entreprendre le chemin ; délègue au concessionnaire le droit qui lui appartient d'exproprier pour cause d'utilité publique les terrains nécessaires à l'établissement de la voie, fixe le maximum des tarifs à percevoir, impose les règles de*

¹⁴⁵ HUGOUNENQ .R . et B VENTELOU , « Les services publics français à l'heure de l'intégration européenne », Revue de l'OFCE ,2002 ,p24,p24

¹⁴⁶ GARCERIES .S, « l'élaboration d'une notion juridique du service public industriel et commercial »,thèse précitée ,p 93 .

¹⁴⁷ X .BEZANÇON ,Les services publics en France ,de la révolution à la première guerre mondiale ,op cit ,p 231 ,en note 2 .

¹⁴⁸ Ibidem ,p 231 .

¹⁴⁹ GARCERIES « l'élaboration d'une notion juridique du service public industriel et commercial »,thèse précitée ,p 93.

¹⁵⁰ M .MARGAIREZ , Experts et praticiens les services publics économiques, article précité ,p 04

construction et d'exploitation qui sont des garanties pour l'intérêt public ,veille à l'observation de ces règles ,mais il ne va pas plus loin ;il ne met pas la main à l'œuvre »
¹⁵¹ .

Par la loi de 1842, un premier plan de partenariat est arrêté destiné à la construction des lignes et leur gestion.¹⁵² En application de cette loi, les transports ferroviaires ont été concédés à six grandes compagnies privés qui se sont substituées à des sociétés défaillantes¹⁵³ .

Les concessions établies dans le domaine du transport ferroviaire impliquait un droit d'exploitation perpétuelle, et ce malgré l'abandon de la concession perpétuelle depuis 1789. On a même reconnu aux compagnies concessionnaires le droit d'expropriation pour des acquisitions foncières¹⁵⁴ .

Il est à noter que l'octroi des concessions au moins jusqu'au milieu des années 1850 n'impliquait pas un droit exclusif d'exploitation, c'est-à-dire qu'une même ligne pouvait être exploitée par deux réseaux, ce qui réduisait la rentabilité financière et empêchait une exploitation efficace .Cette situation va être corrigée par une politique de concentration des réseaux créant ainsi des monopoles régionaux, ce qui permettra l'extension des réseaux. Les compagnies concessionnaires seront contraintes de construire les lignes moins rentables¹⁵⁵ .

Le réseau concédé aux opérateurs privés atteint en France, à peu près 3500 kilomètres répartis entre 27 compagnies. Le réseau était donc morcelé, ce qui nuisait au développement de l'industrie des chemins de fer. Pour remédier à cette situation, il fallait entreprendre un vaste mouvement de fusion déclenché de 1852 à 1858. Le résultat de ce mouvement est la création de six grandes compagnies qui représentaient les intérêts financiers de la haute banque¹⁵⁶ .

En 1857 la crise financière qu'a connu le secteur a poussé le législateur français à adopter la loi du 11 juin 1859 .Celle ci a mis en place un financement de la part de l'Etat qui garantissait les revenus des compagnies pendant une durée de 50 ans .

Rien ne semblait pourtant assurer l'avenir de l'action privée dans le secteur, car la crise que le secteur va connaître plus tard va transformer l'organisation des chemins de fer vers le monopole.

¹⁵¹ Cité par X .BEZANÇON ,Les services publics en France ,de la révolution à la première guerre mondiale ,op cit ,p 236

¹⁵² G . RIBEIL ,la révolution ferroviaire :la formation des compagnies de chemins de fer ,Belin, p 18

¹⁵³ Jean -P.VALETTE, droit public économique, op cit ,p 23

¹⁵⁴ X..BEZANÇON, Essaye sur les contrats de travaux et des services publics, op cit , p 104

¹⁵⁵ .HUGOUNENQ et B VENTELOU , Les services publics français à l'heure de l'intégration européenne, article précité ,p 25

¹⁵⁶ La compagnie de l'ouest, la compagnie de l'Est soutenue par les frères Pereire ; la compagnie du nord contrôlée par la banque Rothschild le PLM (Paris –Lion –méditerranée dirigée par Paulin

B- la nationalisation du secteur

En raison de son choix qui consiste en la réalisation mixte (public privé), la loi de 1842 a été considérée comme la grande loi des chemins de fer¹⁵⁷, mais elle a été remise en cause suite à la crise financière qu'a connue le secteur à partir de 1930 .

A partir de cette date, le secteur est confronté à une grande crise financière, qui va influencer l'avenir des acteurs privés. Elle est due en premier lieu à la concurrence d'autres moyens de transport ,à savoir le transport routier et le transport aérien . Dès lors, pour faire face à la crise, les pouvoirs publics ont été amenés à assurer directement la propriété et la gestion directe des entreprises. Et c'est par une convention du 31 juillet 1936 le décret –loi du 31 août 1937 que les compagnies des chemins de fer ont été nationalisées conventionnellement ¹⁵⁸ .

Tel était aussi le cas dans les autres pays européens qui ont désormais adopté un modèle intégré dans la gestion du transport ferroviaire pour garantir l'investissement de long terme et l'indivisibilité du réseau, ainsi que les obligations du service public¹⁵⁹ .

En Allemagne, le monopole sera partagé entre deux sociétés suivant la division du pays. La Deutsche Bundesbahn DB à l'ouest détenu par l'Etat fédéral, et la Deutsche Reichsbahn entreprise (DR) à l'est qui seront fusionnées en société anonyme la Deutsche Bahn¹⁶⁰ .

En Italie ,une période propice au secteur privé est suivie par la nationalisation en 1905 et la création de Ferrovie dello Stato ayant le monopole sur le secteur¹⁶¹ .Ainsi, les systèmes ferroviaires européens ont convergé vers un modèle d'organisation monopolistique publique intégré¹⁶² qui se maintient jusqu'à l'ère de libéralisation communautaire .

L'organisation monopolistique qui a dominé les services en réseau en Europe influencera d'autres pays en dehors de l'Europe y compris l'Algérie indépendante.

¹⁵⁷ X.BEZANÇON ,Essaye sur les contrats de travaux et des services publics op cit ,118

¹⁵⁸ G. ECKERT ,Droit public des affaires ,LGDJ , Paris,2013 ,p 131.

Les nationalisations conventionnelles se sont des opérations qui consistent dans le transfert d'une entreprise au secteur public en vertu d'un contrat exprimant le consentement des propriétaires

¹⁵⁹ J. BOURGOUGOUX, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport précité, p117 .

¹⁶⁰ M.WALRAVE ,les réseaux de services publics dans le monde, op cit p 60

¹⁶¹ C.STOFFAES ,services publics et question d'avenir , op cit , 122

¹⁶² J LEVEQUE , « Allotissement et rendement d'échelle :application aux réseaux de transport ferroviaire, revue économie et prévision ,n 178-179 ,2007, p 147

Sous section2 l'organisation des services en réseaux avant la libéralisation en Algérie

L'emprise du secteur public sur les services en réseaux s'inscrivait dans le cadre de la gestion socialiste du pays¹⁶³. Mais la situation a perduré même après l'abandon du socialisme pour une durée plus ou moins longue selon le secteur concerné .En effet, comme nous allons le voir les services en réseaux ont enregistré un retard par rapport au mouvement général de libéralisation de l'économie¹⁶⁴ .On peut remarquer deux organisations monopolistiques en droit algérien, la première consiste en une gestion directe qui a été appliquée pour les activités postales et télécommunications (**§1**) .La seconde consiste en la création d'organismes à cet effet ,c'est ce qui a été appliquée pour l'énergie et le transport ferroviaire(**§2**).

§1- la gestion en régie -service des postes et des télécommunications-

La gestion des services de postes et des télécommunications pendant la période du monopole se caractérisait par le modèle de régie qui conférait le caractère administratif à ces services (**B**) . L'organisation de ces services n'est en fait qu'une prolongation de celle en vigueur pendant la période coloniale (**A**).

A- Avant l'indépendance

A la différence des activités d'électricité et du gaz, les services des postes et de télécommunications étaient gérés en Algérie dans la période coloniale directement par l'administration¹⁶⁵. Au début de l'occupation française, ces services sont considérés comme des services auxiliaires de l'armée. Leur gestion est confiée à la trésorerie de l'armée. Plus tard, ils sont utilisés comme instruments de colonisation de l'Algérie et de son développement, ils seront séparés de l'armée pour être rattachés au gouverneur général¹⁶⁶.

La France appliquait en Algérie le système postal qu'elle adoptait dans l'hexagone. C'est-à-dire, celui de la régie qui prévalait depuis 1793 . Mais ce système a évolué d'une régie nationale des postes à une régie intéressée .Puis par arrêté du 28 ventôse an XXI, le service se transforme en direction générale du ministère des finances. En 1817 ,la régie

¹⁶³ L'emprise de l'Etat sur les services en réseaux avant l'ère de libéralisation n'avait pas besoin du monopole naturel comme justification pendant la période socialiste. Car toute l'économie était sous la domination étatique. Dans ce système il y avait une confusion entre service public et secteur public. Toutes les activités économiques et sociales relèvent de la compétence des pouvoirs publics. Dès lors la notion du service public telle qu'elle a été fondée dans un système libéral n'a aucun intérêt pratique.

¹⁶⁴ Il y a un décalage entre l'avènement du libéralisme en Algérie annoncé solennellement par la constitution de 1989 et le processus de libéralisation des services en réseaux : Les télécommunications ont été ouvertes à la concurrence en 2000 par la loi 2000-03 ,loi précitée.

¹⁶⁵ Ce ne sont pas les seules services rattachés directement à l'administration coloniale, il y a la fabrication de poudre et des explosifs voir M. BOUSSEMAH , Le secteur public industriel et commercial de l'Algérie coloniale RASJP n 2 ,1982 , p236

¹⁶⁶ La rose Paris, Exposé du développement des services PTT, collection du documentaire de l'Algérie, 1930, p 7 et s .

simple pour le compte et au profit de l'Etat est organisée sous l'égide du ministère des finances, et ce jusqu'à l'adoption du décret 29 octobre 1889 . A partir de cette date les postes formeront un sous secrétariat d'Etat mais le monopole institué n'avait pas le caractère absolu .Il ne s'agissait selon la loi du 25 juin 1856 et les décrets du 16 octobre 1870 et 6 avril 1878 que du transport des lettres fermées des papiers et des paquets d'un poids inférieur à 1 kilogramme .En revanche, les autres activités postales pouvaient être exploitées par les acteurs privés. A ce titre, la loi du 04 juin 1859 et la loi du 20 juillet 1892 autorisaient le transport des valeurs déclarées, ainsi que les envois à livrer contre remboursement .Et ce même avec la création de la caisse d'épargne postale par la loi du 9 avril 1881 et la création d'un monopole généralisé¹⁶⁷.

Quant aux services télégraphiques et téléphoniques, ils relevaient en France du réseau filaire appartenant à l'Etat .Trois services de correspondance sont inclus dans le monopole direct, avant l'institution du monopole général.

B - la gestion en régie après l'indépendance

L'Algérie indépendante sauvegarde l'organisation monopolistique des postes et des télécommunications, et confie le monopole à l'administration des postes et des télécommunications.¹⁶⁸ Ce monopole persiste après l'adoption de l'ordonnance n 75-89 du 30/12/1975 .

Cette ordonnance précise dans l'article premier que le service de la poste aux lettres est exclusivement confié à l'administration des postes et des télécommunications. Toutefois, échappaient à ce monopole les activités postales suivantes :

- Les paquets et papiers d'un poids supérieur à trois kilogrammes –les sacs de procédure judiciaire –les sujets d'examens scolaires, universitaires, professionnels -les papiers uniquement relatifs au service personnel des entrepreneurs de transports –les journaux, recueils, annales, mémoires et bulletins périodiques, ainsi que tous les imprimés, quel que soit leur poids, à la condition qu'ils soient expédiés soit sous bande mobile ou sous enveloppe ,soit en paquet non cachetés faciles à vérifier .

Dans le même texte de l'ordonnance n 75-89, le législateur algérien instaure le monopole dans le domaine de télécommunication. L'article 38 définit les activités de télécommunication en précisant qu'il s'agit d'une manière générale « de toute transmission émission ou réception de signes, de signaux d'écrits d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques ».

¹⁶⁷ S. GARCERIES « l'élaboration d'une notion juridique du service public industriel et commercial »,thèse précitée ,p 101 .

¹⁶⁸ Ordonnance du 30 décembre 1975 portant code des postes et télécommunications ,JORADP du 9 avril 1976 ,n 29, p338 .

Entre également dans le champ du monopole postal le service des chèques postaux qui est placé sous l'autorité du ministre des postes et des télécommunications.

En vertu de l'article 39 de cette ordonnance, on comprend que le monopole sur les télécommunications se différencie de celui institué pour les activités postales, puisque cet article laisse envisager une possibilité de gestion hors l'administration des PTT. Mais à condition d'obtenir l'autorisation du ministre de poste et de télécommunications.

Une conséquence juridique importante découle de cette régie : le service postal et les télécommunications sont considérés comme administratifs, au nom du critère organique qui confère tout le contentieux des personnes publiques administratives au juge administratif¹⁶⁹. C'est déjà, une première limite à l'action du secteur privé puisque un service administratif est difficilement ouvert au secteur privé. Cette solution rejoint celle dégagée en droit français par la jurisprudence dans l'arrêt Ursot du tribunal des conflits, même si celle-ci se base sur des considérations différentes..¹⁷⁰

La haute juridiction s'est référée à deux critères pour trancher en faveur de l'administrativité du service postal et de télécommunications, à savoir les modalités de gestion, et de financement. Ainsi, le tribunal des conflits a écarté le critère de l'objet de service. Il considère que la soumission de ce service à la gestion administrative suppose une volonté de le qualifier comme administratif.

Une partie de la doctrine recueille favorablement cette solution. Selon André de L'aubader « *les pouvoirs publics ont entendu faire (du service des postes et télécommunications) un service public administratif et les soustraire au régime juridique des services industriels* »¹⁷¹. En revanche, une autre partie de la doctrine s'est opposée à une telle qualification en considérant que « *l'existence d'un monopole au profit d'un service public n'a pas d'influence sur sa nature* », et le seul critère qui devrait être pris en considération est celui de la nature de prestations fournies¹⁷².

§2 - La gestion à travers un établissement public

Les activités énergétiques sont gérées depuis l'indépendance jusqu'à l'avènement de la libéralisation par un établissement public, c'est-à-dire à travers un monopole personnalisé. Cette modalité s'inscrit dans la continuité de l'ordre colonial qui s'est maintenu jusqu'à l'adoption de l'ordonnance 69- 59. Pour mieux cerner cette période, on peut la diviser en deux parties : la période de l'application du droit français **(A)** qui est suivie par la période d'indépendance **(B)**.

¹⁶⁹ L'article 07 de l'ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966 portant code de procédure civile, JORADP du 09 juin 1966, p 735

¹⁷⁰ H. MAISL, Commentaire de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, AJDA 1996 p. 762

¹⁷¹ Cité par A. COQUE, le service public à l'épreuve du droit communautaire : l'exemple français de la poste, Thèse en droit public soutenue à l'université Montpellier 1 en 2001, p 148

¹⁷² J. DE GAUDUSSON, « note sous l'arrêt Ursot », Recueil Dalloz 1969, p 416

A - la période coloniale

Pendant l'occupation française, ce sont les lois de l'occupant qui régissaient le secteur énergétique. Mais l'organisation coloniale est maintenue après l'indépendance. Car elle s'accommodait très bien avec l'option socialiste choisie après l'indépendance

Pendant la période coloniale, les lois françaises sur l'énergie ont été appliquées dans le territoire algérien, notamment la loi du 8 avril 1946 relative à la nationalisation . Et ce contrairement à certaines colonies françaises comme la Tunisie dont le secteur énergétique n'a pas été touché par le dispositif français de nationalisation ¹⁷³

Afin de traduire la nationalisation du secteur en Algérie , il fallait choisir la structure assumant les fonctions d'EDF et de GDF . Le pouvoir colonial devait choisir entre soit la décentralisation de ces deux établissements par la procédure de filialisation ou la création d'un ou plusieurs établissements spécifiquement algériens ¹⁷⁴ .C'est cette seconde option qui a été choisie après plusieurs concertations entre le ministère de la production industrielle et le gouvernement général de l'Algérie. L'organe créé à cet effet est « électricité et gaz d'Algérie », prenant la forme d'un établissement à caractère industriel et commercial. Elle était indépendante des deux autres établissements publics du secteur énergétique, contrairement à ce que prétend un auteur ¹⁷⁵

La création d'un seul établissement pour les activités électriques et gazières se justifie par le fait que « *dans la plupart des entreprises concessionnaires d'Algérie, les exploitations d'électricité et du gaz étaient confondues, aussi une séparation eut été difficile et onéreuse* » ,et aussi par le fait que « *le dédoublement était moins justifié qu'en métropole en raison de l'échelle modeste de production* »¹⁷⁶ .

Ainsi, l'établissement créé se voit transféré tous les biens et les installations appartenant aux sociétés concessionnaires dans le territoire algérien. Le décret du 5 juin 1947 prévoit ce transfert .Seules échappent à la nationalisation les services de production d'électricité des houillères du Sud Oranais, elles étaient gérés sous l'autorité d'EGA ,par un comité mixte ¹⁷⁷ .

L'EGA devient à l'instar d'EDF et GDF selon la loi de 1946 le concessionnaire unique .C'est à dire qu'elle se présente comme concessionnaire obligé devant les autorités concédantes sur le territoire algérien .

¹⁷³ En matière d'électricité, sept sociétés privées étaient les propriétaires de l'équipement électrique (réseau de production et de distribution) et de la gestion de ce secteur. GREGORIE BERTHIER, « de l'électricité coloniale à l'électricité nationale : le cas tunisien 1952-1962 » in outre mers ,tome 89 ,n 334 -335 , p514 .

¹⁷⁴ M.TERGA , Magistère le régime juridique de l'électricité et de la distribution de la distribution du gaz mémoire de magistère , université d'Alger , année 2001 ,p30 .

¹⁷⁵ A.MESTRE « propriété des installations électriques et responsabilité « génie civile ,1958 ,n 12 ,p 264 cité L.JACQUIGON , documents pour servir à l'histoire de la nationalisation en Algérie –EGA , « établissement national » ,revue algérienne ,T 71 ,1955 ,p35 .

¹⁷⁶ M.TERGA , le régime juridique de l'électricité et de la distribution publique de gaz , mémoire de magistère en droit ,université d'Alger ,2001,p30

¹⁷⁷ L.JACQUIGON, article précité ,p 35 .

Pour traduire la concession au profit d'EGA trois décrets ont été adoptés :

-l'EGA bénéficie de la concession de distribution du gaz à coté de GDF et les entreprises non touchées par la nationalisation ¹⁷⁸ ,

- la concession de transport de gaz à distance par canalisation en vue de fourniture de gaz combustible à coté de GDF¹⁷⁹ ,

-la concession des réseaux d'alimentation générale en énergie électrique a été accordée à EGA à coté EDF . A titre de rappel, cette concession remplaçait les concessions de transport et de distribution¹⁸⁰ ,

-la concession de distribution publique de l'électricité accordée à EGA à coté d'EDF et les sociétés non, nationalisées .

L'organisation monopolistique sur le domaine énergétique à travers un établissement public va perdurer après l'indépendance, car elle s'accommodait très bien avec l'option socialiste.

B- la période socialiste

Dans le domaine énergétique, l'Algérie a hérité le monopole sur le domaine détenu par « l'Electricité et du gaz d'Algérie » créée par le décret n 47-1062 du 5/06/1947 modifié et complété et reconduit par la loi n 62 -157. Ce monopole, est transmis en 1969 au profit d'une société algérienne créée par l'ordonnance n 69-59. ¹⁸¹ .

L'article 04 de cette l'ordonnance pose le principe , auquel sera soumis le secteur de l'électricité et du gaz pendant une période 33 ans , période où les activités de production , du transport , de la distribution , de l'importation et de l'exportation de l'énergie d'électricité sont exercées par SONALGAZ .Le monopole de cette entreprise s'étendra aussi à l'énergie gazière : l'article 07 de l'ordonnance énumère le contenu de ce monopole :la production – le transport - la distribution –l'importation –l'exportation du gaz manufacturé . La société est placée sous la tutelle du ministre chargé de l'énergie.

Seize ans après l'adoption de l'ordonnance 69-59, un nouveau texte instituant un régime juridique complet sur les activités électriques et gazières est adopté. En effet, la loi 85-07 relative à la production au transport à la distribution d'énergie électrique et à la

¹⁷⁸ Approuvée par le décret n 51-1247 du 31 .10 .1951 –JORF n 260 du 04.11 .1951 PP 10963 -10964

¹⁷⁹ La concession accordée à EGA est approuvée par le décret n 60-477 du 17-05 -1960 –JORF n 123 du 26 -05-1960 pp 4763 -4790 . Celle accordée à GDF est approuvée par le décret n 52 -77 du 15-01-1952 –JORF n16 du 19-01 1952 ,pp 816 -820 .

¹⁸⁰ M.TERGA , le régime juridique de l'électricité et de la distribution publique de gaz , magistère précité ,2001, p32 .

¹⁸¹ Ordonnance n 69 - 59 du 28juillet 1969, JORADP n65 du 01/08/1969,

distribution publique du gaz contient des dispositions régissant tout ce qui a trait au secteur énergétique sans remettre en cause les fondements du régime juridique antérieur¹⁸².

La loi reprend le principe du monopole consacré par le décret créant SONALGAZ, mais avec une différence. Le monopole peut selon le texte de la loi être confiée à une ou plusieurs entreprises ou organismes¹⁸³ nationaux et non pas seulement à SONALGAZ.

Ce monopole connaît deux exceptions, celle de la production de l'énergie électrique d'une puissance qui n'excède pas à 1000 KVA par les entreprises publiques ou les particuliers pour leur besoin propre

Et l'autre limite, concerne la production d'énergie électrique dépassant 1000 KVA par les établissements publics, les entreprises pour les besoins de leur exploitation soit pour répondre à des besoins de sûreté et de sécurité....¹⁸⁴. Ces deux exceptions sont encadrées par le fait que le surplus du courant électrique produit et non consommé est cédé à l'entreprise attributaire du monopole.

Le monopole ainsi institué se caractérisait par la confusion dans une seule structure entre la propriété des ouvrages¹⁸⁵, et l'exploitation des activités énergétiques sur le territoire national. Ce choix correspondant parfaitement au schéma d'un monopole intégré.

Avec cette logique, le secteur privé est condamné, sauf dans une dimension très restreinte, ce qui est caractéristique d'une période qui s'étale jusqu'à l'avènement de la libéralisation.

Section 2 une libéralisation influencée par les modèles étrangers

Le législateur communautaire a lancé depuis la fin des années 80 un grand chantier de réforme dans le cadre de la constitution d'un marché européen. Il a pu renverser depuis l'organisation monopolistique dans les pays membres de l'union européenne. Il a ouvert l'espace des réseaux à la concurrence. Nous aborderons les trois grands secteurs concernés par le processus de libéralisation. Les télécommunications l'électricité et le gaz, et le transport ferroviaire (**sous section 1**). Le processus de libéralisation des services en réseaux, tel qu'il est engagé en droit communautaire constitue un point de référence pour comprendre les transformations qu'ont subies les services en réseaux en général et les services de télécommunications en particulier en droit algérien. (**sous section 2**).

¹⁸² Loi 85-07 du 06 août 1985 relative à la production au transport à la distribution d'énergie électrique et à la distribution publique du gaz, JORADP, n°33 du 07/08/1985, p735

¹⁸³ L'article 04 de la loi 85-07 précitée

¹⁸⁴ L'article 05 de la loi même loi

¹⁸⁵ L'article 07 et 08 de la même loi.

Sous section 1 : le processus communautaire de libéralisation des services en réseaux

Dans le cadre de la construction du marché européen, le législateur communautaire entame une politique de libéralisation des services en réseaux. Trois grands secteurs sont concernés par cette politique : les postes et les télécommunications –le secteur énergétique –transport ferroviaire. L’objectif de cette politique est d’introduire la concurrence dans ces secteurs

§1 Le domaine des postes et des télécommunications

Les postes et les télécommunications ont été libéralisés en droit communautaire par deux processus distincts prenant en compte les différences qui les séparent. Nous nous retrouvons alors devant deux marchés concurrentiels.

A- le processus de libéralisation de télécommunications

La libéralisation du secteur de télécommunications constitue l’expérience la plus importante en droit communautaire, car elle aboutit à la réalisation d’une ouverture complète du secteur à la concurrence. On étudiera les étapes de leur libéralisation .

a- période préliminaire

Dans tous les pays, un seul modèle dominait les télécommunications jusqu’à la fin des années 1970. Peut-on dire, que c’étaient des règles universelles qui gouvernaient le secteur : le monopole naturel, stabilité des technologies, protectionnisme par l’application du code des marchés publics¹⁸⁶ .

Mais paradoxalement, les télécommunications sont les premiers à s’ouvrir à la concurrence. Car, comme le précise un auteur elles constituent en raison de leur caractère rentable « *un véritable laboratoire de faisabilité en matière de dérégulation tant pour les services offerts que pour l’ouverture des réseaux aux concurrents* »¹⁸⁷ .

Le facteur le plus important dans l’évolution des télécommunications concerne la diversification des services et leur passage d’une offre mono produit à une offre multi produit¹⁸⁸. Il s’agit notamment, de la technologie UMTS et l’association du téléphone à

¹⁸⁶ E. COHEN, L’ordre économique mondial, op cit ,p 225

¹⁸⁷ ALAIN BUZELAI , « De la dérégulation des télécommunications dans l’union –de l’usager contraint par le monopole au service public contraint par la concurrence » ,revue du marché commun et de l’union européenne ,n 434 janvier 2000,p 25 .

¹⁸⁸ Cité par I. BOULKHOUS, « L’impact du progrès technique », thèse précitée, p32 « l’invention l’innovation la recherche et développement sont à l’origine d’un progrès technique impressionnant qui marque profondément toute l’histoire des télécoms » Ibid, p33

L’innovation la plus marquante dans le domaine des télécommunications résulte de l’utilisation de la numérisation .Dés lors les réseaux de télécoms évolueront vers un « paradigme numérique » . La numérisation est selon BOMSEL et LE BLANC, cité par I BOULKHOUS ,ibidem :« la codification

l'internet et la vidéoconférence¹⁸⁹. Pour profiter de cette évolution, les Etats sont contraints d'ouvrir leurs marchés à la concurrence. Le secteur de télécommunication a bénéficié en outre d'un progrès technique remarquable qui a pu le libérer des anciennes technologies coûteuses utilisant les signaux analogiques et les commutateurs électriques. Les nouvelles technologies sont basées sur le pilotage à distance des signaux numériques et remplacent les anciennes. Et les marchés de télécommunications deviennent dès lors accessibles aux opérateurs, puisque le coût d'entrée devient relativement faible.

Notons aussi, que ce progrès technique s'accompagne par la coïncidence de fortes marges bénéficiaires avec l'explosion des nouveaux besoins de communications¹⁹⁰.

Le passage à la concurrence est aussi le fruit de l'influence du succès de l'expérience Etatsunienne relative au démantèlement du géant de télécommunication, et la fin de son monopole sur la construction de l'équipement.¹⁹¹ En effet, l'expérience de déréglementation des télécommunications aux Etats Unis est la première dans le monde à inaugurer le processus d'ouverture à la concurrence. Elle servira d'exemple pour les autres pays, notamment au droit communautaire. Toutefois, la déréglementation étasunienne visait à mettre fin au monopole privé alors que le droit communautaire visait les monopoles publics.¹⁹²

Le projet de libéralisation communautaire a été devancé en Europe par l'expérience de deux pays, l'Angleterre, et la Suède. Le premier, libéralise le secteur partiellement en 1984 en établissant un Duopole entre British Telecom (BT) et Mercury (filiale de Cable & Wireless), puis le secteur est complètement libéralisé dès 1991¹⁹³. Le second, devance aussi l'action communautaire, mais il prend ensuite un certain retard dans la transposition des directives et où la régulation se veut délibérément « à la main légère » « light handed régulation »¹⁹⁴

Le projet communautaire est influencé par les exigences d'efficacité de la science économique, ainsi que par l'internationalisation des économies et l'évolution des facteurs

numérique de l'information permettant son traitement et sa transmission par des machines à productivité croissante », .

¹⁸⁹ KAHIL Samia ,la déréglementation du secteur des télécommunications en Algérie –diffusion de la téléphonie mobile entre 2000-2011 ,Thèse précitée ,p 20

¹⁹⁰ A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit , p53

¹⁹¹ C. STOFFAES ,services publics et question d'avenir , op cit p 151 voir aussi sur l'expérience des Etats Unis F.JENNY , Les exemples étrangers qu'elles leçons , article précité , p 219 .

¹⁹² Le monopole aux Etats Unis était détenu par le groupe AT & T qui sera démantelé en 1982 en 08 entités dont 07 compagnies régionales (compagnie holding régionales régional Bell Operating Companies . Voir A.ARLANDIS et S.CIRIANI, Les opérateurs de réseaux dans l'économie numérique : lignes de force ,enjeux et dynamiques ,document de travail n 16 ,janvier 2010 ,p 03 .Document téléchargé du site www.coe-rexencode.fr/content/.../29592/.../Document-de-travail-N16.pdf .

¹⁹³ , N.CURIEN , « LA Libéralisation des télécommunications en Europe », Flux, n° 44/45 Avril - Septembre 2001 , p2 ; J BOURGOUGOYOU ,Rapport sur Concurrence et régulation des services publics : comparaison internationale ,rapport précité ,p25 .

¹⁹⁴ N.CURIEN ,la libéralisation des télécommunications en Europe, article précité, p2

technologiques¹⁹⁵ Il s'inscrivait dans un mouvement international de libéralisation de certains secteurs comme les communications électroniques¹⁹⁶.

L'action communautaire de la libéralisation est engagée avec le livre Vert du 30/06/1987 sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications. Le livre contient un programme de mise en œuvre des objectifs fixés par l'acte unique européen¹⁹⁷. Et même, si ce document n'avait pas une valeur contraignante, il avait néanmoins le mérite de définir les objectifs de la libéralisation¹⁹⁸ qui ont été concrétisés ultérieurement.

Les principes fixés par ce document constituent le cadre référentiel de la libéralisation non seulement des télécommunications, mais aussi des autres services en réseaux. Ils constituent aussi une référence au législateur algérien.

Six objectifs ont été fixés par le livre vert du 30/06/1987 :

- la libéralisation du marché des terminaux et des équipements de télécommunications,

- la libéralisation des services, à l'exception de la téléphonie vocale et de l'infrastructure de réseaux,

- le libre accès aux réseaux pour l'offre de services autres que les services réservés ,

- le principe de séparation des fonctions de réglementation et l'exploitation des services de télécommunications,

- la normalisation européenne en télécommunication,

- l'application des règles de concurrence dans ce secteur .

b- les étapes du processus de libéralisation

Le processus de libéralisation traverse quatre étapes. La première se situe entre 1988 et 1990, elle commence par l'ouverture à la concurrence du segment le plus marginal¹⁹⁹, le marché des terminaux par la directive de 1988 .L'objectif est de renforcer une libéralisation déjà engagée, mais il s'agit aussi de libéraliser les services de télécommunications à l'exception de la téléphonie vocale. En revanche, cette directive

¹⁹⁵ Ç . TANSUO, La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit p 101 ; E.ULRICH , « les principes de libération et de libéralisation -De l'ouverture des marchés à l'adaptation aux conditions de la concurrence globale .L'exemple de la CE » , article précité , p359 .

¹⁹⁶ CHEROT J Y, Droit public économique 2 ed Paris 2007 p 783 et 785

¹⁹⁷ A.. AURORE- ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux ,op cit p 54

¹⁹⁸ Ibid , p55

¹⁹⁹ C. STOFFAES , Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne tom 1, op cit ,p 181 .

sauvegarde les droits spéciaux pour l'établissement et l'exploitation des réseaux publics avec le respect des obligations liées à la fourniture d'un réseau ouvert.²⁰⁰

La deuxième étape réalise une réforme plus profonde, elle consiste à accomplir la libéralisation de tous les services de télécommunications, y compris la téléphonie vocale dont l'ouverture est prévue par un calendrier précis. En outre, la commission prévoit la suppression du monopole sur les infrastructures selon un calendrier qu'elle fixe²⁰¹ Et en contrepartie de cette ouverture, elle reconnaît le service universel « facteur clé pour le développement futur des télécommunications dans la communauté »²⁰². Cette étape a été entamée suite à l'adoption du rapport sur la « situation du secteur de télécommunications de 1992 ».

Une troisième étape est annoncée avec la directive de 1996 relative à la réalisation de la pleine concurrence dans le marché des télécommunications. Elle finalisera le mouvement de libéralisation dont les fruits ont mûris (par la libéralisation effective de la téléphonie mobile et les infrastructures ainsi que la téléphonie vocale) ainsi que par l'ouverture à la concurrence de la boucle locale. On peut constater qu'au terme de cette étape, deux objectifs du traité ont été réalisés, la libéralisation (l'article 86 du traité) et l'harmonisation (l'article 95 du traité). Car les directives de libéralisation ont été complétées dans le cadre de l'ONP par la voie des directives d'harmonisation²⁰³

La transposition de la directive 96 dans les pays membres a reçu plusieurs applications. La commission relève dans son cinquième rapport sur la mise en œuvre de la régulation communautaire les disparités entre les Etats membres. Certains ont adopté un régime libéral sans aucune restriction (Danemark), et certains se contentent d'un simple enregistrement comme les Pays bas. Tandis que d'autres appliquent un régime d'entrée très rigide comme la France qui adopte le régime de licence individuelle. L'Angleterre adopte l'autorisation générale comme mode d'entrée au marché de télécommunications (class licence)²⁰⁴

Le processus de la libéralisation n'est pas pour autant accompli, puisqu'il fallait franchir une dernière étape. Elle consistait en la réforme de la réglementation communautaire adoptée le 07 mars 2002, et qui sera applicable dans les Etats membres à partir de juillet 2003. Le dispositif communautaire relatif aux télécommunications s'enrichit par l'adoption de quatre directives publiées le 24 avril 2002 « paquet télécom »

²⁰⁰ A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit ,p 55

²⁰¹ Livre vert sur la libéralisation des infrastructures des télécommunications et des réseaux de Tv par câble Partie 1 « principes et calendrier » COM 1994 final 25 octobre . Voir le site : <http://merlin.obs.coe.int/iris/1995/1/article9.fr.html>

²⁰² Résolution du 7 février 1994 sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, JOCE du 16 février 1994 .

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1994:048:FULL&from=FR>

²⁰³ BUIGUIES P-A –GUERSENT O –PONQ J-F , » Les services publics en réseaux : les institutions de l'union européenne et les Etats membres » dans HENRY C –MATHIEU M –JEUMEMANIATRE A .(dir),réguler les services publics en réseaux :l'expérience européenne ,Paris ,2003 ,la documentation française ,Coll ,commissariat général du plan ,p 211 .

²⁰⁴ A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit ,p 138

relatives respectivement à un cadre réglementaire commun, à l'accès aux réseaux de communications électroniques et à l'autorisation d'accès au réseau et au service universel²⁰⁵. L'adoption de ce nouveau cadre réglementaire en droit communautaire est justifié par le progrès de la concurrence et la convergence des technologies dans la transmission des signaux²⁰⁶.

Le processus de libéralisation implique dans certains Etats la privatisation des entreprises publiques comme en Allemagne où depuis le 1^{er} janvier les trois établissements du secteur de poste et de télécommunications ont été transformés en sociétés anonymes afin de préparer leur privatisation progressive. Mais en parallèle, l'Etat allemand sauvegarde les missions de puissance publique qui revient à un établissement public créé à cet effet.

Le mouvement de libéralisation des télécommunications s'est traduit par l'ouverture du secteur dans les pays membres aux nouveaux opérateurs. En France, l'opérateur historique est concurrencé par soixante challengers, ce qui le conduit à réagir par la création de nouveaux services et par des baisses tarifaires. Le même constat s'impose pour les autres pays. Ainsi, la concurrence produit dans ces Etats des résultats positifs puisqu'elle stimule la croissance du secteur en poussant les opérateurs historiques à l'innovation afin de diversifier leurs offres²⁰⁷.

B- le processus de libéralisation des activités postales

Les activités postales et celles de télécommunications étaient pendant longtemps réunies au sein d'un même organisme, et ce en dépit des aspects qui les distinguent. Le processus communautaire va prendre par ailleurs en compte les différences entre les deux activités lors de l'édiction des mesures de libéralisation. Ainsi, pour chacun de ces deux secteurs il consacre une directive spécifique.

Le secteur de la poste se distingue d'abord par la constitution de son réseau par des personnes plutôt, que par des câbles ou des fibres optiques. Le travail représente donc une partie significative du coût fixe des opérateurs, et une contrainte aussi pour l'opérateur sur lequel pèse une partie importante de la masse des fonctionnaires²⁰⁸.

Ces différences sont accentuées par les évolutions technologiques. En effet, les expériences internationales montrent que ces évolutions n'ont pas eu le même effet de

²⁰⁵ Directive cadre « relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de commerce électroniques » 2002/21/CE du 07 mars 2002 (JOCE L108/33 du 24/04/02) directive relative « à l'accès aux réseaux de communications électroniques associés ainsi qu'à l'interconnexion » 2002/19/CE JOCE L108/21, directive relative au service universel (2002/22/CE JOCE L108/51).

²⁰⁶ Ç. TANSUO, La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit, p 103

²⁰⁷ Parmi les opérateurs introduits dans le marché des télécommunications en France figurent des opérateurs puissants. Ainsi on retrouve Cable le 4^{ème} opérateur mondial pour le trafic international et 1^{er} pour le nombre des licences en téléphonie mobiles. ALAIN BUZELAY, de la dérégulation des télécommunications dans l'union, article précité, p 28.

²⁰⁸ M. BOITEUX, Concurrence et service public, l'harmattan, Paris, p 341

croissance sur le secteur postal que sur les télécommunications, de telle manière que les activités postales ne connaîtront pas des baisses de cout, même si elles bénéficient d'un certain progrès ²⁰⁹. Bien au contraire, les évolutions technologiques menacent le secteur par la concurrence de nouveaux procédés de communication tel le minitel, la téléphonie le courrier électronique, qui sont devenus des substituts du courrier traditionnel ²¹⁰

Enfin, le secteur postal est marqué par une forte tradition de péréquation (tarifs uniformes par rapport à la localisation). Cette tarification est introduite dans les obligations de service universel. ²¹¹

Ces caractéristiques vont rendre plus difficile l'abandon du monopole, et en conséquence l'introduction du secteur privé. De ce fait, la libéralisation s'opère lentement dans de nombreux pays y compris à l'union européenne ²¹². C'est ce que prévoit clairement la première directive postale de 1996, lorsqu'elle indique dans son considérant 8 que la libéralisation doit être contrôlée et progressive.

Le processus de l'ouverture à la concurrence est engagé par la commission européenne en 1992. Celle-ci publie le « livre vert sur le développement du marché unique postaux ». Le document contient les propositions relatives à la libéralisation du secteur postal. Les principes énoncés par la directive concernent l'ouverture à la concurrence, la pérennité du service universel, l'amélioration de la qualité des acheminements. L'option choisie par ce livre qui va guider le processus de libéralisation consiste en la combinaison d'une ouverture progressive du marché et la mise en œuvre de mesures d'harmonisation.

En 1997, le parlement et le conseil adoptent une directive sur les services postaux. Il s'agit de la directive de décembre 1997 qui ne traduit que partiellement le livre vert puisque selon certains il ne s'agit que d'un texte provisoire ²¹³.

Cette directive établit néanmoins les règles communes qui devront régir les activités postales au sein de la communauté. Elle précise notamment les critères définissant les services susceptibles d'être réservés aux prestataires du service universel ; les conditions régissant la prestation des services non réservés ; les principes tarifaires et la transparence des comptes pour la prestation du service universel ; les conditions régissant la prestation des services non réservés ; les principes tarifaires et la transparence des comptes pour la prestation du service universel ; la fixation de normes de qualité pour la prestation du service universel .

Cette démarche progressive consiste à laisser subsister un secteur réservé à titre provisoire au profit des opérateurs historiques. L'objectif est d'assurer le fonctionnement

²⁰⁹ Ibidem

²¹⁰ Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, Rapport précité, p 173 voir aussi le rapport de ARPT année 2004, p 149

²¹¹ Ibid , p 342 .

²¹² Ibid ,p 149.

²¹³ Ibid ,p 177

du service universel dans des conditions d'équilibre financier. Notons que cette dérogation à la liberté de la concurrence est encadrée par le principe de proportionnalité .C'est à dire, que les droits exclusifs et spéciaux doivent être proportionnés au maintien du service universel .

Pour déterminer ce secteur réservé, le législateur communautaire s'appuie sur le volume du trafic des lettres des opérateurs publics et le critère du prix²¹⁴ , il le fixe en dessus de 350 gramme .Mais il va le réduire ultérieurement selon un calendrier précis : au premier janvier 2003 le secteur réservé est limité aux envois de correspondances intérieurs et transfrontières entrante jusqu'à 100 grammes. Et 2006 le secteur se réduit à 50 grammes. Enfin, une ouverture totale du marché est prévue pour l'année 2009²¹⁵.

La transposition de la directive de 1997 s'est heurtée à quelques difficultés dans la communauté européenne. Ainsi, la majorité des pays membres ont enregistré un retard dans la transposition de cette directive par rapport au délai de sa transposition .En droit français, la transposition s'est fait partialement par la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire 99-533 .

Mais depuis le 1^{er} janvier 2011, les activités postales dans le territoire communautaire atteint son apogée, de telle sorte que seize pays européens ont libéralisé complètement leurs services postaux, ce qui représente 95% du marché postal communautaire .Les autres pays membres de l'union ont sauvegardé le secteur réservé, c'est-à-dire, les envois de correspondance de moins de 50 grammes et dont le prix est inférieure à 2,5 fois le tarif de base . Ce secteur est appelé à disparaître le 1^{er} janvier 2013²¹⁶

§2 - L'électricité et le gaz

Pour chaque activité énergétique correspond des mesures prises pour sa libéralisation .Car comme pour les activités postales et les télécommunications, les différences entre les deux activités justifient deux processus distincts. Ainsi, deux marchés concurrentiels sont créés : le marché de l'électricité (A) ,et le marché gazier (B) .

A- le processus de la création d'un marché concurrentiel d'électricité

Les industries électriques et gazières connaissent une évolution technologique remarquable avec les nouvelles connaissances en génie de matériaux de l'informatique,

²¹⁴ Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JOCE du 21 janvier 1998, L 15).

²¹⁵ Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté.

²¹⁶ Jean -Paul BAILLY ,réinventer la poste entièrement in Les cahiers de l'ARCEP ,a la recherche d'un nouveau modèle économique postal ,n 5 janvier février ,mars 2011, P12 .

ainsi que l'utilisation du progrès enregistré dans le domaine militaire ²¹⁷. Ceci permet l'émergence des nouvelles technologies permettant une concurrence dans certains segments de l'activité électrique, notamment dans le domaine de la production ²¹⁸, ce qui est l'origine d'une compétitivité dans le secteur source d'innovation et de sécurité d'approvisionnement ²¹⁹. Dès lors, l'électricité n'est plus considérée comme un bien spécifique épargné du jeu de la concurrence ²²⁰.

Telles les télécommunications, le secteur électrique connaît un changement structurel à travers la désintégration du monopole. Ainsi, le segment présentant un monopole naturel est isolé des activités qui peuvent s'ouvrir à la concurrence. C'est grâce à cette politique que les barrières ont été levées dans les pays qui ont réformé leurs services énergétiques. Il faut toutefois noter que les politiques de libéralisation du secteur électrique divergent dans le monde. On peut au moins identifier deux démarches principales. La première consiste à privatiser le secteur en ouvrant le capital des entreprises publiques à l'actionnariat privée, et de mettre les producteurs en concurrence comme fut le cas en Angleterre ²²¹

²¹⁷ I BOULKHOUS, L'impact du progrès technique, thèse précitée, p38. La libéralisation du secteur électrique et gazier est suscitée aussi à l'échelle mondiale par la forte croissance et l'épuisement des ressources ce qui pose le problème de la sécurité d'approvisionnement auquel sont confrontés les Etats. Ce qui est à l'origine de la recherche d'un autre modèle de croissance dans le secteur énergétique voir BENHASSINE .wassime, « le processus de libéralisation des industries électriques et gazières européennes à travers les stratégies de fusion-acquisition et d'investissement des firmes –propositions pour une sécurité énergétique renforcée », thèse de doctorat en sciences économiques soutenue à l'université Paris 1 panthéon Sorbonne, 2009 : L'auteur souligne à juste titre que « les marchés du gaz naturel tendent de plus en plus se mondialiser avec la forte croissance du gaz naturel liquéfié (GNL) et les industries électriques tendent à s'internationaliser à la faveur de l'ouverture des marchés notamment en Europe »

²¹⁸ Le progrès technique en matière de production électrique se réalise essentiellement par le passage progressif de la technique (Turbine A vapeur) à la technique de la DOSI considérée comme « un nouveau paradigme technologique. Elle consiste « à récupérer l'énergie contenue dans les gaz d'échappement d'une turbine à combustion pour produire de la vapeur d'eau et la détendre dans une turbine à vapeur ». Commissariat Général du Plan, « Energie 2010-2020 : les chemins d'une croissance sobre », dirigé par P. Boisson, 1998, p 477. Et le processus d'évolution de cette technique continue par l'accumulation des connaissances scientifiques en matière de la thermique, l'hydro et l'aérodynamique voir J.M. MARTIN, « L'énergie dans le changement technologique : la genèse de nouvelles orientations », Document de Travail, IEPE., 1996, p 12. Elle s'impose comme mode dominant pour la génération de l'électricité voir MARTIN 1996 p58. Le résultat de l'évolution technique secteur électrique n'est plus un secteur captif composé de filières monoénergétiques verticalement intégrées voir J-M. CHEVALLIER, les réseaux de gaz et d'électricité, article précité, p17

²¹⁹ BENHASSINE .wassime, « le processus de libéralisation des industries électriques et gazières européennes à travers les stratégies de fusion-acquisition et d'investissement des firmes –propositions pour une sécurité énergétique renforcée », thèse précitée, p13.

²²⁰ Ecole nationale d'administration, Services publics comparés en Europe « exception française, exigence européenne », op cit, p 29

²²¹ Avant 1990, et à l'instar de la plus part des pays de l'Europe l'Angleterre avait une organisation du secteur énergétique basée sur l'intégration. Les activités de production transport et distribution s'exerçaient au sein même organisme public. Mais en 1990 le gouvernement décide de privatiser le secteur. Certains auteurs expliquent cette politique par un objectif financier de MARGARET TATCHER, afin de boucler le budget. Ainsi que par la croyance du gouvernement de TATCHER à la concurrence. Sa politique a consisté à casser l'EDF anglaise en morceaux et l'a privatisée au bénéfice du trésor, et mettre les producteurs en concurrence. Tous les intervenants sont placés sous la surveillance d'un régulateur dont la charge principale est de plafonner les tarifs voir M. BOITEUX, Concurrence et service public, op cit, p25

En 1990, le gouvernement a mis en vente de 100 pour cent de la distribution et le transport de l'électricité, et en 1991 60 pour cent de la production non nucléaire est privatisée. Et en juin 1991, les deux entreprises

Contrairement à l'exemple anglais de la privatisation quasi intégrale du secteur de l'électricité, le droit communautaire adopte une démarche progressive pour l'introduction de la concurrence comme il a fait avec les télécommunications. Il s'agit d'une mise en place progressive du marché de l'électricité pour permettre une adaptation des industries électriques dans les pays membres au nouvel environnement juridique²²².

La politique communautaire commence d'abord par le rejet des droits exclusifs sur l'importation et l'exportation de l'électricité sur le fondement des dispositions des articles 30, 34, 37 du traité. Et puis en 1990, la commission prend deux directives dont le contenu se limite à poser des principes minimaux visant entre autres à assurer le transit de l'électricité sur les grands réseaux afin de faciliter le commerce entre pays non adjacents²²³. Mais le pas le plus important vers la libéralisation du secteur a été franchi par l'adoption de la directive de 1996²²⁴ qui touche en premier lieu la production en abolissant le monopole.

Cette directive est présentée comme un résultat d'un consensus entre l'objectif de la commission (la concurrence) et les intérêts nationaux de certains pays (la sauvegarde du service public)²²⁵. Elle sera aussi réaliste, puisqu'elle ne s'attaquera pas directement aux monopoles. Ceux-ci resteront en place en raison de leur poids politique et économique, et de la subsistance des conditions d'un monopole naturel. Elle établit des règles communes pour la production, le transport et la distribution d'électricité. Elle définit en outre les modalités d'organisation et de fonctionnement du secteur électrique conformément aux principes commerciaux²²⁶. Et pour remédier au maintien du monopole, la directive impose une gestion concurrentielle du réseau. Autrement dit, selon des conditions de neutralité et dans le respect de la liberté d'accès.

écossaises sont concernées par la privatisation. En sept mois le gouvernement encaisse 10 milliard £. Le reste du capital de la production non nucléaire et la filaire de production nucléaire sont absorbés par les marchés financiers. Seul résiste à ce mouvement l'ancien petit parc nucléaire avec' entreprise des combustibles nucléaires » J-M.GLACHANT, « L'électricité en Grande-Bretagne :une industrie privée et un service public partiel », société contemporaine, n32,1998, p 98

Ainsi le secteur public de l'électricité se rétrécit comme une peau de chagrin au profit de l'investissement privé Les effets de cette politique ont produit de très bonnes résultats M.MARTI, « Libéralisation des services publics : y a-t-il une convergence en Europe », L'Économie politique, n 24, 2004 p 78.

²²² L'article 05 du préambule de la directive de 1996 exprime clairement ce processus progressif en affirmant que « le marché intérieure de l'électricité doit être mis en place progressivement pour que l'industrie électrique puisse s'adapter à son nouvel environnement de manière souple et rationnelle pour tenir compte de la diversité actuelle de l'organisation des réseaux électriques ». Par une libéralisation progressive l'introduction de la concurrence n'engendrait pas comme en Grande Bretagne des effets pervers. En effet dans ce pays la libéralisation a conduit à « une guerre des prix et une dégradation de la sécurité coordination du réseau non assurée lignes abandonnées d'où une remise en cause du service public etc » P.BLANC, les entreprises publiques face à la concurrence, la revue de la concurrence et la consommation, n 125, p 9. La libéralisation est accompagnée avec le maintien des obligations du service public

²²³ E.GRAND et T. VEYREC, L'Europe de l'électricité et du gaz, op cit, p 133

²²⁴ Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, Journal officiel n° L 027 du 30/01/1997.

²²⁵ C. ISIDORO, l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire, op cit, n 20.

²²⁶ C. DESAMA, la libéralisation du marché de l'électricité en Europe, Problèmes économiques, 26 mai 2004, p 3

Tout comme le processus de libéralisation des télécommunications, la libéralisation du secteur électrique est animée par une logique conciliatrice entre l'ouverture à la concurrence et la sauvegarde de service public .Ainsi, la directive estime que « l'établissement d'un marché intérieure de l'électricité s'avère particulièrement important (...) et que les entreprises du secteur d'électricité doivent pouvoir agir ,sans préjudice des obligations de service public dans la perspective d'un marché d'électricité qui soit concurrentiel et compétitif » ²²⁷ .

Quant à son contenu, la directive impose aux Etats membres reflète cette logique conciliatrice en imposant les obligations suivantes :

- une séparation, au moins comptable des activités, de production ,de transport et de distribution dans le cas d'entreprises électriques intégrées ,

- une ouverture progressive des marchés par la possibilité pour les clients éligibles au sein de l'union européenne de choisir librement leur fournisseur²²⁸,

- la mise en place de gestionnaires de réseaux, chargés d'assurer en toute indépendance, le bon fonctionnement du système électrique et d'acheminement de l'énergie électrique dans des conditions non discriminatoire,

- la création à l'instar du secteur de télécommunications d'autorités de régulation indépendantes afin d'éviter tout abus de position dominante au détriment des consommateurs et tout comportement prédateur,

Cette directive ne représente qu'une étape dans l'ouverture du marché d'électricité, la deuxième étape devant être franchie au plus tard en 2005 .

La libéralisation communautaire englobe deux phases d'alimentation du client en énergie. En ce qui concerne la production d'électricité, la directive de 1996 met un terme au monopole. Cela paraît normal, en raison du caractère contestable de cette activité qui est du à l'utilisation des technologies variées et innovantes dans la production électrique. La facilité d'introduction de la concurrence dans ce segment du secteur électrique a poussé la commission à considérer que le maintien du monopole est « contraire à l'intérêt économique tant des producteurs que des consommateurs »²²⁹ .

La concurrence est introduite d'une façon limitée dans la fourniture de l'énergie électrique, c'est-à-dire en matière de la livraison et la vente au client de l'électricité circulant dans le réseau. Pour la réalisation de cet objectif, il fallait garantir au début un minimum d'ouverture du marché. Ici surgit la divergence entre les pays membres, certains pays comme la France craignaient l'ouverture totale du secteur qui risquait de porter

²²⁷ Considérant 04 de la directive 96/92 /CE

²²⁸ On entend par client éligible tout client dont la consommation annuelle d'électricité dépasse un certain volume de consommation « seuil d'éligibilité » .

²²⁹ Europe documents ,n 1757 du 29 janvier 1992,p 3.

atteinte à l'opérateur public En revanche, certains pays comme la Grande Bretagne ont devancé la directive et libéralisé entièrement leur système électrique ²³⁰ .

En choisissant la notion du client éligible ,le droit communautaire traduit l'objectif de progressivité de libéralisation puisque les Etats membres peuvent sauvegarder un secteur non concurrentiel. Cette notion est reprise par le législateur algérien afin de réaliser l'ouverture du marché électrique sans remettre en cause l'existence du service public.

La directive de 1996 aborde une troisième activité qu'elle exclut de l'ouverture à la concurrence .Il s'agit de l'exploitation des réseaux de transport et de distribution. Cette activité demeure imperméable à la concurrence en raison de son caractère de monopole naturel. La pertinence de celui-ci conduit donc à sauvegarder le monopole de gestion. En France, ce monopole est exercé soit sous forme de contrat de concession de service public soit par des structures locales à caractère public ou semi public. Par ailleurs, de nouvelles structures doivent être créés ²³¹ .

Le processus communautaire se poursuit avec l'adoption d'une nouvelle directive en 2003 qui abroge la directive de 1996²³². Les acquis de celle-ci ne seront pas remis en cause, mais le secteur passe sous la nouvelle directive selon un auteur d'une conversion des conditions inconciliables vers une confrontation des intérêts en cause ²³³

La concurrence introduite par le dispositif communautaire dans la fourniture de l'énergie électrique à travers les réseaux de transport et de distribution se fait d'une façon limitée. Et dans tous ces pays, excepté l'Angleterre, la transposition de la première directive se heurte à des objections internes. Les enjeux sociaux économiques qu'implique la libéralisation ont suscité des débats intenses en France. En Allemagne, l'organisation fédérale se trouve en confrontation avec la politique communautaire ²³⁴ .

En droit Français, les obligations découlant de la directive s'impose à minima par la loi du 10 février 2000 .L'accent est mis surtout sur le service public, sans une référence expresse à la concurrence²³⁵. Il s'agit en fait pour le gouvernement français « d'une loi de modernisation du service public de l'électricité » ²³⁶. Et dans les faits, la transposition de la directive n'a aboutit qu'à une ouverture du tiers du marché Français. Ce qui constituait un

²³⁰ Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport précité , P46

²³¹ Europe documents ,n 1757 du 29 janvier 1992,p 3.

²³² Directive 03/54 CE du 23/06/2003 Vu la directive européenne 03/54 du 26 juin 2003 sur les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

²³³ N. CHEBEL –HORSTMANN ,la régulation du marché de l'électricité « concurrence et accès aux réseaux » , op cit ,p12

²³⁴ C. ISIDIRO, l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence, op cit ,n 33

²³⁵ Ibid ,p 416 .

²³⁶ <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl1253.asp> . La loi essaye de résoudre un dilemme ou un conflit comme l'exprime Jaques Batail « la loi électrique du 10 février est sous tendue par un conflit : d'une part il fallait dynamiser et moderniser le système électrique français en y introduisant des éléments de concurrence conformément à la directive européenne sur le marché intérieure de l'électricité et la politique énergétique ,auxquels la société française est à juste titre attachée » J. BATAIL , « Le bilan de la loi électrique du 10 février 2000 », Revue de l'énergie n 527,juin 2001,p3

retard de ce pays par rapport à ces voisins européens notamment ceux de l'Europe du nord tel la Finlande et la Suède qui ont enregistré 100% d'ouverture de leurs marchés ²³⁷. Ce n'est que plus tard que la situation va changer en France, puisque les lois de 2004 et 2006²³⁸ vont renforcer l'ouverture à la concurrence en transposant les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE. Une ouverture complète du marché de l'électricité est prévue au 1^{er} juillet 2007. Toutefois, la France sauvegarde son organisation basée sur le monopole géré soit par EDF soit par des structures locales à caractère public ou semi public, mais de nouvelles structures doivent être mises en place ²³⁹

B- le processus de la création d'un marché concurrentiel gazier

Les spécificités du secteur gazier vont influencer sa réglementation par rapport au secteur d'électricité²⁴⁰. Ce constat s'impose tant en droit communautaire qu'en droit algérien comme on va le voir .

La libéralisation du marché du gaz en Europe est confrontée au problème de la sécurité d'approvisionnement. Toutefois, les différences entre les deux secteurs n'a pas empêché les convergences entre leurs deux directives .En effet, la commission poursuit le même objectif en libéralisant le secteur énergétique : favoriser la concurrence des fournisseurs pour l'intérêt des consommateurs.

Le 22 juin 1998, le conseil adopta le texte de la directive « gaz »²⁴¹ deux ans après celle de l'électricité. L'objectif de la directive est la création d'un marché intérieur du gaz naturel par l'établissement des règles communes à chaque pays membre. La directive prévoit une ouverture progressive du marché gazier par un corps de règles « longuement négocié par les Etats membres ». La première proposition a été écartée en raison de son caractère très libéral .Le texte proposé avait l'objectif d'introduire d'une façon très avancée la concurrence entre les fournisseurs du gaz ce qui permettait à chaque client de choisir directement son fournisseur.

La commission apporte au texte qu'elle proposé des modifications substantielles en introduisant les mesures qui concernent :

- les règles d'accès au réseau et un régime d'accès négocié,
- le renforcement des références aux obligations de service public,

²³⁷ Commission de l'aménagement régionale de l'environnement du tourisme et des transports, « Libéralisation des marchés européens de l'énergie : une position française minimaliste », adopté par le bureau du 29 juin 2000 selon la procédure d'urgence, chambre de commerce et d'industrie de Paris, p14 .

²³⁸ La loi n 2004-803 du 09 aout et la loi n 2006-1537 du 07 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000462914>.

²³⁹ Ibid , p 59

²⁴⁰ Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport précité, p76.

²⁴¹ Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, Journal officiel n° L 204 du 21/07/1998 p. 0001 – 0012. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0030:FR:HTML>

- la suppression des obligations de la gestion et des autres activités,
- l'introduction d'une procédure d'appel d'offre,
- la simplification du régime d'exploitation des réseaux de transport et de distribution.

Et à l'instar des autres services en réseaux ouverts à la concurrence, la directive reconnaît aux opérateurs le droit d'accès .L'article 14 de la directive prévoit deux modes d'accès pour cet accès :

-l'accès réglementé : selon lequel, les conditions d'accès sont fixées unilatéralement par l'Etat ,

-l'accès négocié consiste en revanche à laisser aux clients éligibles la possibilité de négocier les conditions d'accès .

La directive met en place un organe indépendant pour la régulation du secteur. La mission de celui-ci consiste selon son article 21 à veiller « à ce que les parties négocient de bonne foi l'accès au réseau et qu'aucune d'entre elles n'abuse de sa position pour empêcher la bonne fin des négociations »

Et tel que dans le secteur électrique, la libéralisation des activités gazières s'effectue d'une manière progressive. Le 7 ème considérant de la directive de 1998 exprime cette progressivité qui permet « une adaptation de l'industrie à son nouvel environnement, de manière simple et rationnelle et pour tenir compte des différentes structures du marché dans les Etats membres.

La directive prends en compte aussi l'objectif d'adaptation aux spécificités du secteur notamment, la nécessité de sauvegarder le service public .A ce titre, la directive dispose dans son article 3-2 que « les Etats membres peuvent imposer aux entreprises de gaz naturel dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris sécurité d'approvisionnement, la régularité ,la qualité et le prix des fournitures, la protection de l'environnement (...) ces obligations doivent être définies, transparentes ,non discriminatoires et contrôlables »

Mais 05 ans après le vote de la directive, les résultats sur le terrain traduisent une disparité de situations dans les pays membres .La France enregistre un retard par rapport à ses voisins .Car, la majorité des Etats membres ont ouvert leur marché gazier au-delà du minima imposé par la directive ²⁴² .

²⁴² C. DESAMA , « 1990-2003 :la libéralisation du marché de l'électricité en Europe », problèmes économiques ,26 mai 2004 ,p 3

§3 - Transport ferroviaire.

Le transport ferroviaire est aussi concerné par le mouvement de libéralisation des services en réseaux .Le projet sera annoncé au début des années 90 (**A**). Il sera traduit en plusieurs étapes (**B**) .

A - l'annonce du projet de libéralisation du transport ferroviaire

Une gestion monopolistique s'est imposée dans presque tous les pays de l'union européenne à travers un monopole intégré confié à un opérateur public . L'obligation d'assumer les missions de service public est incombée à cet opérateur, justifiant ainsi sa soumission au contrôle public ²⁴³ .Et ce n'est qu' au début des années 1990 que la situation va changer radicalement par une politique communautaire d'introduction de concurrence, en réponse au besoin du développement du secteur ferroviaire. ²⁴⁴

Le choix de la concurrence comme moyen de réforme n'a rien de nouveau. Car, la logique communautaire y voyait dès le début un instrument de construction de l'intégration européenne et la croissance économique. Il s'agissait dans ce secteur de permettre aux entreprises ferroviaires de se comporter selon les règles de droit commercial.²⁴⁵

Il est important de noter que la libéralisation de ce secteur dans le cadre du droit communautaire n'était pas la première en Europe. La Suède entame en 1988 la première expérience de libéralisation des chemins de fer en séparant la gestion de l'infrastructure de son exploitation. Certains services régionaux sont ouverts aux opérateurs privés selon un système d'adjudication. L'exploitant retenu s'acquitte des redevances envers l'Etat pour l'utilisation de l'infrastructure. Une étape plus importante est franchie par la Suède en 1994, par une réforme votée par le parlement ouvrant à la concurrence l'exploitation du réseau ferroviaire à partir du 1^{er} janvier 1995 pour le transport des personnes et du fret²⁴⁶ . En outre, la réforme prévoit la privatisation de la société nationale « Statens Jarwgar Sj » avant la fin de 1996. Cependant, le processus a été suspendu par le gouvernement social – démocrate ²⁴⁷

L'objectif de la libéralisation communautaire est d'organiser la concurrence dans le transport ferroviaire, en ouvrant l'accès à toute entreprise titulaire d'une licence suivant les critères communautaires dans des conditions équitables et non discriminatoires ²⁴⁸

²⁴³ Ibid ,117

²⁴⁴ La commission européenne considère que l'ouverture à la concurrence est le seul moyen de développer le transport ferroviaire v C. SALQUE, « « La libéralisation du transport ferroviaire de passagers : un défi majeur pour la SNCF »,DA, n° 11, novembre 2009, p. p07

²⁴⁵ Les premiers considérants de la directive 91/440/CEE et de la directive 2001/14/CE <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32001L0012>

²⁴⁶ M.WALRAVE, Les réseaux de services publics dans le monde, op cit ,p 56

²⁴⁷ Ibidem

²⁴⁸ P.VIEU, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français » , RFDA 2010.p 36

L'ouverture est annoncée d'une façon limitée par la directive 91/440 .Le législateur communautaire a reconnu pour la première fois un droit d'accès au réseau ferroviaire ²⁴⁹ .Ce droit est limité, car le réseau n'est ouvert qu'aux Etats membres et selon des conditions strictes .En effet, pour qu'une entreprise accède au réseau d'un Etat membre autre que celui auquel elle appartient « elle doit appartenir à un groupement international ou tracter un train de transport combiné (rail /route) » .Et en cas de regroupement international, le droit d'accès n'est reconnu que dans les Etats où sont installées les entreprises participant au groupement . En revanche, dans les autres Etats ce groupement ne bénéficie que d'un droit de transit.

Le droit d'accès sera renforcé par l'adoption de deux directives complémentaires, l'une relative aux licences des entreprises ferroviaires (Dir 95/18/CE) ²⁵⁰ , et l'autre sur les redevances d'utilisation d'infrastructures (Dir 95/19/CE ²⁵¹ du conseil du 19/06/1995). Théoriquement rien ne s'opposait à l'introduction de nouvelles entreprises dans le secteur ferroviaire ²⁵² .

B - la traduction du processus de libéralisation du transport ferroviaire

Le processus de libéralisation continue après la publication des livres blancs, sur une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires du 30 juillet 1996, et sur La politique européenne des transports à l'horizon 2010, du 12 septembre 2001. La concrétisation de ce programme s'effectue par trois paquets de directives en 2001, 2004, et 2007.²⁵³

La directive 2001/12/CE pose comme principe, la liberté d'accès équitable des entreprises ferroviaires au réseau Transeuropéen de fret ferroviaire RTEFF. Pour consacrer cette liberté, une obligation d'impartialité et d'indépendance de gestion du réseau dans le secteur est imposée par l'autonomie du gestionnaire du réseau par rapport aux entreprises ferroviaires, et la création d'une autorité de régulation indépendante.

Le deuxième paquet ferroviaire 2002- 2004 comportant cinq directives fixe la date du premier janvier 2007 pour l'ouverture totale à la concurrence du fret domestique et «

²⁴⁹ Directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:31991L0440>

Voir Commission des affaires européennes sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'union européenne , Rapport sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne, sénat,2009, p12.

²⁵⁰ Directive 95/18/ce du conseil du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires //eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0018

²⁵¹ Ibidem

²⁵² N.ABOUT, « L'Europe, une base pour la SNCF » - Sénat, n° 3311995-1996, p. 9 .
<http://www.senat.fr/rap/r08-220/r08-2203.html> . La date de consultation 08/02/2014

²⁵³ Conseil économique et social et environnemental, Rapport présenté par J-M. GEVEAUX , l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires régionaux de voyageurs, les éditions des journaux officiels,2012 , p17

renforce le régime des licences des entreprises ferroviaires et habilite la commission à instruire les cas de litige sur la répartition »²⁵⁴

Le troisième paquet ferroviaire accomplit le processus de libéralisation en ouvrant à la concurrence le fret ferroviaire international. L'ouverture de celui-ci a été programmée pour 2003. Et pour les services internationaux de voyageurs, la date est fixée au plus tard de 2010 avec possibilité de cabotage sous certaines conditions²⁵⁵.

La directive 2007/58/CE prévoit en outre qu' « au cours d'un service international de transport de voyageurs, les entreprises ferroviaires ont le droit de prendre et de déposer des voyageurs dans toute gare située sur le trajet international, y compris dans des gares situées dans un même État membre » .Une seule activité n'a pas été ouverte à la concurrence, à savoir le transport interne des voyageurs.

Notons que la réglementation communautaire permet le recours à une ouverture du secteur selon le modèle de la concurrence pour le marché .C'est à dire, selon des contrats de service conférant à l'opérateur retenu le droit exclusif d'exploitation .Le règlement européen n 1370 /2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemins de fer et par route indique que ces services peuvent être fournis par une mise en concurrence²⁵⁶

La France a transposé la directive 2007/ 58 CE par la loi 2009-1503 sur l'organisation de la régulation des transports ferroviaires .S'ouvre ainsi sur le territoire français la possibilité à d'autres entreprises que l'opérateur historique « SNCF » pour assurer les services de transport international de voyageurs sur le réseau ferré national »²⁵⁷

.

En Allemagne, le processus de la libéralisation du secteur initié par l'union européenne est engagé par l'adoption des projets de loi adoptés le 17 février 1993 pour l'application de la directive 91-440. La nouvelle loi avait comme objectif la restauration du secteur des chemins de fer sur une période allant de 1994 à 2002²⁵⁸

L'ouverture à la concurrence des services ferroviaires en droit communautaire ne s'est pas traduite par l'arrivée de plusieurs compagnies. Ceci s'explique en raison du coût d'entrée qui reste relativement élevé et l'intérêt limité ' « *sauf peut être sur les niches particulières (certes quelques opérateurs comme la Deutsche Post et BASF qui ont franchi le pas)* »²⁵⁹.

²⁵⁴ Ibid

²⁵⁵ Ibid

²⁵⁶ L'article 05 du règlement européen n 1370 /2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemins de fer

²⁵⁷ Ibid

²⁵⁸ M.WALRAVE , Les réseaux de services publics dans le monde, op cit , p 59

²⁵⁹ Commissariat du plan Services publics en réseau Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport précité , p 138

Sous section2 : l'influence de l'expérience communautaire sur le droit algérien

Sous l'influence du droit communautaire, le législateur algérien engage une grande réforme de l'organisation des services en réseaux. Le terrain a été préparé à cela par la libéralisation de l'économie algérienne intervenue par une série de loi depuis la fin des années 80.

En vue d'établissement de marchés concurrentiels dans les services en réseaux, le législateur intervient non seulement pour la remise en cause du monopole public mais aussi en vue de créer des marchés concurrentiels dans certains services en réseaux . On peut distinguer dans ce processus deux grands secteurs :la libéralisation des postes et des télécommunications (§1) et la libéralisation des activités électriques et gazières (§2) . En effet, les deux secteurs constituent deux réformes traduisant le modèle de concurrence dans le marché.

§1 la libéralisation des postes et des télécommunications

La libéralisation des activités postales et des télécommunications a été effectué en droit algérien par le même dispositif juridique .Et ce contrairement à la démarche communautaire qui a prévu deux textes distincts. La loi 2000-03 met cependant en place deux régime juridiques distincts au sein du même texte prenant en compte les différences entres les deux genres d'activités.

A- La libéralisation des télécommunications

La libéralisation du secteur de télécommunications s'impose par le souci de réforme et rattraper le retard par rapport à l'évolution technologique mondiale .L'ouverture du secteur sur la compétitivité mondiale est perçue comme moyen de s'introduire dans la société d'information²⁶⁰. Selon les recommandations de l'UIT « Les réglementations nationales doivent être favorables aux investisseurs, elles doivent prendre en compte les paramètres et pouvoir prendre en compte l'intérêt des investisseurs –les administrations nationales devraient en outre élaborer un plan de développement à orientation commerciale » ²⁶¹ .Et ce qui donne plus d'importance à la réforme du secteur de télécommunications c'est le droit des individus ,groupes ,et peuples d'accéder aux communications ainsi qu'aux innovations technologiques . La reconnaissance de ce droit au niveau mondial permet de réduire les écarts de développement entre pays en développement et pays avancés ²⁶² .

²⁶⁰ Dossier – Télécoms en Algérie : des félicitations de la Banque mondiale à la régression programmée (I) publié dans le site : <http://www.algeriepatriotique.com/article/dossier-telecoms-en-algerie-des-felicitations-de-la-banque-mondiale-la-regression-programmee>.

²⁶¹ Cité par Mme Samia , « Quelques repères sur le secteur des télécommunications en Algérie » la revue algérienne d'économie et gestion »,n 1 ,2010 , p 44 .

²⁶² Ibidem ,p47 . L'union européenne internationale des télécommunications.

La volonté de réformer le secteur est exprimée pour la première fois par le gouvernement algérien en 1997. Un projet de libéralisation de la poste et des télécommunications par l'abrogation de la loi de 1975 est annoncé. Mais ce n'est qu'en l'an 2000 que le projet du gouvernement est adopté.

Notons que le processus de libéralisation en Algérie a été soutenu par des institutions institutionnelles et régionales pour aboutir à l'adoption de la loi 2000-03. Les deux institutions sont la Banque Mondiale et la commission financière. Leur soutien est de nature financière et technique, il s'inscrit dans le contexte de mondialisation auquel l'Algérie est impliquée à travers l'adhésion à l'OMC et l'accord d'association avec l'UE²⁶³.

En ce qui concerne la banque mondiale, elle a consenti un prêt de 9 millions de dollars pour l'accompagnement du secteur de la poste et des télécommunications pour la mise en œuvre des réformes sectorielles. L'autorité de régulation des postes et des télécommunications bénéficie d'une part de ce prêt pour le volet assistance technique²⁶⁴.

L'aide de la banque africaine de développement consiste en un prêt de 120,313 millions de dollars. Le prêt est destiné au financement du projet de mise à niveau et appui au secteur de télécommunications. Le soutien de la banque africaine avait comme objectif d'accroître la contribution des télécommunications et des technologies de l'information à la croissance économique du pays, notamment d'accroître les services de télécommunications qualitativement et quantitativement. L'aide de la banque africaine vise en outre de renforcer les capacités opérationnelles de l'autorité de régulation de la Poste et des télécommunications pour renforcer son autonomie et efficacité²⁶⁵.

L'union européenne contribue au processus de libéralisation des télécommunications en Algérie. L'aide communautaire s'effectue à travers le programme MEDA II (contrat d'assistance technique en matière de régulation de postes et télécommunications). Celui-ci s'inscrit dans le cadre de la politique de la libéralisation du secteur de télécommunications à travers la mise en place de nouvelles structures et l'ouverture à l'initiative privée²⁶⁶.

Le projet d'assistance technique MEDA vise les objectifs suivants :

-assistance au développement et renforcement institutionnel,- assistance en régulation des postes et télécommunications ; -formation des cadres et du personnel de l'autorité de régulation ; -développement des relations publiques et d'une stratégie de communication de l'autorité de régulation²⁶⁷

²⁶³ L'ARPT Rapport annuel ,2001,p 26.

²⁶⁴ Ibidem .

²⁶⁵ Ibidem .

²⁶⁶ Ibidem .

²⁶⁷ L'ARPT Rapport annuel ,2001,p 26.

Le texte législatif fixe les objectifs de la réforme de la poste et des télécommunications, notamment le développement du secteur par l'ouverture à la concurrence. Cet objectif sera évoqué aussi par les motifs de la loi 2000-03 prévoyant la création d'un climat juridique permettant l'exploitation du marché des télécommunications

²⁶⁸ .

L'ouverture du marché à la concurrence est prévu clairement par cette loi .Il est énoncé parmi ses objectifs : « développer et fournir des services de poste et de télécommunications de qualité assurés dans des conditions objectives , transparentes et non discriminatoires dans un environnement concurrentiel tout en garantissant l'intérêt général.»

L'objectif de compromis entre l'introduction de la concurrence et l'intérêt public se traduit par d'autres exigences fixées par la loi 2000-03 :la définition des conditions générales d'exploitation des domaines de la poste et des télécommunications par les opérateurs –la création des conditions de développement séparé des activités de la poste et des télécommunications –la mise en place d'une autorité de régulation indépendante et autonome .²⁶⁹

En libéralisant le secteur de poste et de télécommunication, le législateur algérien n'avait pas pour objectif l'élimination du secteur public. Mais d'ouvrir le marché à d'autres intervenants et confronter l'opérateur historique à la concurrence.

Par la libéralisation, les services publics de poste de télécommunications ont retrouvé leur vraie nature . Le nouveau dispositif juridique retire ces services des mains du ministère de poste et des télécommunications, et les confie à deux nouvelles entités : l'Algérie poste établissement industriel et commercial exerçant le service public postal, et Algérie télécom société par action pour les services de télécommunications. Ainsi, le service de la poste et des télécommunications se transforment d'un service administratif à un service industriel et commercial ²⁷⁰ .

La loi met ainsi fin au monopole détenu par le ministère de la poste et des télécommunications, et reconnaît le rôle du secteur privé dans la gestion et le développement du secteur. Elle énonce dans son article 23 l'ouverture des réseaux de télécommunications aux acteurs privés, qui peuvent les établir et /ou les exploiter quelques soit la nature des services fournis. Seules exclues de cette ouverture les installations de l'Etat établis pour les besoins de la défense nationale ou de la sécurité publique. Le Programme de la déclaration de politique sectorielle prévoyait une ouverture progressive du marché de télécommunications, et la promotion de la participation de l'investissement du secteur privé : l'ouverture de la boucle locale de téléphonie en milieu rural est prévue

²⁶⁸ La loi 2000-03 du 05/08/2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, JORADP, n 48 du 06/08/2000, p03.

²⁶⁹ Article 1^{er} de la loi 2000-03

²⁷⁰ En droit français l'administration des PTT crée en 1878 est substitué par deux établissements publics autonomes la poste et France télécom .

pour l'année 2003, et la libéralisation intégrale du secteur de télécommunications est prévue pour 2005²⁷¹.

Trois régimes sont posés par la loi 2000-03 pour l'exploitation. Ils correspondent à trois activités dont le contenu et les procédures sont définis par le décret exécutif n 01-124 du 09/05/2001. De ce fait la concurrence s'étendra dans ces trois branches de télécommunications.

B- La libéralisation des activités postales

Par le même dispositif législatif libérant les services de télécommunications, le législateur algérien ouvre le secteur postal à la concurrence. Cette situation rompt avec l'organisation antérieure basée sur la coopération entre les monopoles gouvernementaux.²⁷²

Le secteur postal en Algérie devait à l'instar des pays du monde connaître des réformes profondes. Car, en raison des innovations technologiques, tel que le courrier électronique les acteurs postaux ont connu une diminution du volume du courrier, ce qui a causé des réductions importantes de leurs recettes²⁷³. Le remède à cette situation consiste alors en l'introduction progressive de la concurrence. L'objectif de cette réforme est de maintenir les secteurs postaux en viabilité économique et offrir une meilleure qualité de service aux clients.

Avec une logique semblable au droit communautaire, le secteur postal en Algérie s'ouvre devant les opérateurs privés. En effet, le législateur prévoit la libéralisation de la poste aux lettres tout en reconnaissant un secteur réservé -dont les limites sont réglementairement fixées- au profit de la Poste d'Algérie. L'activité a été revue à la baisse de la manière suivante :

- 02 kilogrammes jusqu'au 31 décembre 2004.
- 350 grammes, du 1^{er} janvier au 31er janvier au 31 décembre 2005.
- 250 grammes, du 1^{er} janvier 2006.
- 50 grammes à partir du 1^{er} janvier 2008.²⁷⁴

Quant aux autres activités concernées par le régime exclusif, elles sont irréversiblement de la compétence de la Poste d'Algérie. Il s'agit des timbres poste et toutes les marques d'affranchissement des mandats postaux, ainsi que le service des chèques postaux. Toutes ces activités sont exercées sous le régime d'exclusivité²⁷⁵.

²⁷¹ ARPT, Rapport d'activité tom 1, 2004, p48.

²⁷² Commissariat général du plan, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport précité, p 173.

²⁷³ ARPT, Rapport précité, p149

²⁷⁴ ARPT, Rapport d'activité 2005, p 104.

²⁷⁵ L'article 63 la loi 2000-03 précitée dispose que « l'établissement, l'exploitation et la fourniture de services et prestation de la poste aux lettres n'excédant pas un poids fixé par voie réglementaire, les timbres –poste et

Le maintien d'un périmètre très étendu du monopole en droit algérien contraste avec l'expérience communautaire et ses applications dans les pays de l'union, notamment en Angleterre. Cette dernière a adopté une approche de libéralisation graduelle et contrôlée²⁷⁶, comme l'a voulu la directive postale, mais qui aboutit en fin de compte à une libéralisation complète. Certes, ce processus a été ralenti par le régulateur britannique en dérogeant à la directive de 2002 qui impose la réduction de la limitation à 100 gramme. Mais dans la même décision, le régulateur s'engage à ne refuser les licences pour certaines lettres ne répondant pas à la limitation exigées qu'en cas de manquements flagrants aux exigences élémentaires requises²⁷⁷.

§2- La libéralisation des activités électriques et gazières

Il convient d'abord de présenter le projet de réforme du secteur énergétique (A). Car c'est à travers cette réforme que la concurrence s'est introduite dans ce secteur (B).

A - la réforme du secteur énergétique en Algérie

En droit algérien, une réforme est menée par le gouvernement au début de la décennie de ce siècle, elle s'inscrivait dans le programme du gouvernement de 1999. Ce programme, prévoyait des réformes visant à accélérer une transition vers l'économie de marché et attribuait au secteur privé un rôle important dans le développement et la croissance.

Dans son exposé des motifs de libéralisation d'électricité et du gaz, le ministre de l'énergie évoque l'importance du capital privé national et international pour répondre au besoin énergétique²⁷⁸. Le rôle de l'Etat se limite selon la même source au soutien des catégories défavorisées. Le gouvernement mettait l'accent dans son projet de loi sur l'introduction de la concurrence pour encourager l'investissement et améliorer les services qualitativement et quantitativement, ainsi sur le partenariat public privé.

La loi 02-01 énonce la fin du monopole en disposant dans son article 01 que les activités liées à la production, au transport, à la distribution à la commercialisation de l'électricité et du gaz par canalisation sont assurées par des personnes physiques ou morales de droit public ou de droit privé²⁷⁹.

Cette loi est à l'instar de loi 2000-03 relative aux postes et télécommunications respectueuse du compromis entre l'intérêt public et l'ouverture à la concurrence et

toute les marques d'affranchissement les mandats postaux et le service des chèques postaux sont concédés sous le régime d'exclusivité »

²⁷⁶ D.JEAN- MARIE, Rapport présenté par la mission économique de Londres sur la libéralisation du secteur postal au Royaume -Uni, Guide répertoires des missions économiques, Mai 2003, p 06.

²⁷⁷ Ibidem .

²⁷⁸ APN, journal officiel des délibérations officielles du 17 décembre 2001, p07.

²⁷⁹ Loi n 02-01 du 05 février 2002, relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, JORADP n 08 du 06 février 2002 ,p 04.

l'initiative privée. A ce titre, l'article 1^{er} de cette loi précise que les activités susmentionnées sont exercées dans le cadre du service public .

Les grands axes du processus de libéralisation des activités électriques et gazières selon la loi 02-01 sont principalement : l désintégration de l'opérateur historique -la séparation des activités de production d'électricité, de transport de l'électricité et de transport du gaz ,sous forme de filiales juridiquement autonomes ,spécialisées et dotées d'un patrimoine propre

-l'introduction du régime de concession, ce qui signifie que le régime de la concurrence pour le marché va cohabiter avec celui de la concurrence dans le marché .C'est à dire que la libéralisation du secteur ne va conduire qu'à une ouverture relative à la concurrence.

-la mise en place du système d'éligibilité inspiré du droit communautaire comme un outil d'ouverture graduelle du marché d'électricité à la concurrence .Car, le niveau de consommation qui permet aux clients d'accéder à l'éligibilité est revu à la baisse .

-la loi reconnaît le droit d'accès comme une réponse adéquate à l'existence du monopole naturel dans le secteur énergétique.

B L'introduction de la concurrence dans les activités électriques et gazières

La concurrence pénètre d'une façon relative dans les activités électriques et gazières puisque un îlot de monopole subsiste dans la nouvelle organisation. C'est celui du monopole naturel qui constitue une exception admise en droit communautaire et en droit français pour des raisons économiques et techniques. En effet, en raison de l'instockabilité de l'électricité, et la nécessité d'ajuster d'une façon permanente la production et consommation, il était nécessaire que la gestion du réseau soit confiée à un seul opérateur. Cet opérateur remplit le rôle d'une unité centrale de contrôle ,ayant la responsabilité de la surveillance de l'intensité et de la fréquence, et « décider les points de soutirage et d'assurer l'équilibre du réseau »²⁸⁰

Est considéré comme monopole naturel dans le domaine de l'électricité selon l'article 29 de la loi 2000-01 le réseau de transport de l'électricité. Sa gestion est assurée par un gestionnaire unique. Et dans le secteur du gaz l'article 45 de la même loi considère que « le réseau de transport du gaz pour le marché national est un monopole naturel, et sa gestion est assurée par un gestionnaire unique ».

Ce qui reste des activités sont la production de l'électricité, son importation et l'exportation d'électricité, ainsi que la fonction d'agent commerciale. Quant à la production son ouverture à la concurrence est prévue aux articles 06 et 07 de la loi 2000-03 : toute personne physique ou morale de droit privé ou public titulaire d'une autorisation

²⁸⁰ Ç . TANSUO , La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit,p 188

d'exploitation peut désormais réaliser de nouvelles installations de production de l'électricité.

En droit communautaire, le maintien de ce monopole est considéré par la commission européenne comme « contraire à l'intérêt tant des producteurs que des consommateurs »²⁸¹. Il était tout à fait normal au regard des règles du traité et de la nature de l'électricité qu'elle soit ouverte à la concurrence. Elle répondait aux critères posés par la cour de justice des communautés européennes pour la qualification d'activité économique : l'activité en question doit conférer aux acheteurs une indépendance économique, et en contrepartie, le producteur reçoit une contrepartie directe ou indirecte²⁸².

Par ailleurs, pour qu'elle soit considérée comme telle, il faut qu'elle soit exercée sous un régime libre, sans un encadrement rigide, tel qui s'imposait en droit français ou algérien avant la libéralisation. Ceci dit, l'activité en elle-même correspondait aux activités économiques, et rien ne justifiait son monopole. Il fallait seulement lever le monopole pour que l'activité s'intègre facilement dans le marché.²⁸³

L'ouverture de la production à la concurrence en droit algérien se réalise lors de l'entrée au marché et au cours de l'activité, puisque les producteurs ne subissent aucune restriction pour vendre leur production. C'est-à-dire, qu'il n'y a pas d'interface commerciale entre producteurs et fournisseurs d'électricité comme en Angleterre avant l'année 2000. Il s'agissait d'une production dirigée vers la satisfaction du marché par ordre de mérite et par l'intermédiaire d'un organisme dit Pool²⁸⁴

Neufs années après l'ouverture du secteur de l'électricité et du gaz, le rapport annuel de la commission de régulation relève la faiblesse de la part des acteurs privés dans la production électriques. Seulement 07 pour cent de la production nationale est fournie par les sociétés privées contre 83 pour cent par les filiales de SONATRACH²⁸⁵

La deuxième activité ouverte à la concurrence est l'exportation et l'importation d'électricité. Elle est exercée selon un régime simplifié qui assure la transparence et la légalité de traitement. C'est ce que la loi prévoit dans son article 85 qui renvoie à une procédure réglementaire la définition de ce régime.

La troisième activité est celle d'agent commercial qui est définie par l'article 2 de la loi 2002 comme étant exercée par toute personne physique ou morale, autre qu'un producteur ou un distributeur qui achète de l'électricité ou du gaz pour la revente. Comme la production de l'électricité, l'importation et l'exportation, la fonction d'agent commercial est liée aussi au service public, car son autorisation est subordonnée à plusieurs critères,

²⁸¹ Europe documents, n 1757 du 29 janvier 1992, p 3.

²⁸² CJCE du 30 juin 1988, aff. 196/87, Rec. p. 4468.

²⁸³ La production de l'électricité est une activité qui pourrait s'ouvrir facilement à la concurrence car elle consiste techniquement à « une opération de conversion des ressources primaires en énergie électrique » voir ENA, Services publics comparés en Europe, exception française exigence européenne, op cit, p30

²⁸⁴ Voir OCDE, Rapport sur la réforme de la réglementation au Royaume Unis, Amazon France, 2002, p118.

²⁸⁵ CREG, Rapport annuel de 2011, p11.

parmi lesquels « les obligations de service public en matière de régularité et de qualité dans l'alimentation électrique et gazière »²⁸⁶

S'ajoute aussi à ces deux activités qui ont été ouvertes à l'initiative privé sans restrictions rigoureuses, l'activité de distribution de l'électricité soumise au régime de concession octroyé par l'Etat, selon un régime concessionnel qui s'avère limitatif à l'activité des acteurs privés.

Conclusion du chapitre 01

En étudiant l'histoire des services en réseaux, on constate que l'élimination du rôle du secteur privé n'a pas résisté devant la nécessité de réformer ces services en les ouvrant à la concurrence. Ainsi on assiste à un retour de l'initiative privée à travers la concurrence.

Dans le cadre du modèle de la concurrence, la levée des barrières d'accès devant le secteur privé est motivée par l'importance accordée à la concurrence. C'est à dire, que les opérateurs privés sont appelés à remplacer le monopole pour la fourniture des activités dans les réseaux. Mais le modèle n'a pas été généralisé dans toutes les activités en réseaux. D'ailleurs, en droit algérien seuls deux secteurs : les postes et les télécommunications et le secteur énergétique ont été ouverts à la concurrence. En revanche, en droit communautaire la sphère de la concurrence est plus étendue puisqu'elle s'introduit même dans le secteur du transport ferroviaire.

Nous avons vu que l'introduction de la concurrence se fait d'une manière progressive et qu'elle prend en compte les spécificités de chaque secteur et l'importance de sauvegarder l'intérêt public à travers la notion du service public ou le service universel.

On peut enfin s'interroger sur l'étendue du processus de la liberté d'accès selon le modèle de la concurrence dans le marché.

²⁸⁶ Article 82 de la loi 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, loi précitée.

Chapitre II

L'étendu de l'accès aux activités concurrentielles de réseaux

Nous avons souligné dans le chapitre précédant que l'ouverture des services en réseaux à la concurrence ne se fait pas avec le même rythme. Car, elle prend en considération les caractéristiques de chaque secteur.

En effet, l'entrée des acteurs privés selon le modèle de concurrence dans le marché est influencée par l'importance des activités vis-à-vis de l'intérêt public. Ce modèle est certes prévu pour des activités concurrentielles qui ne sont pas considérées comme des missions de service public, à proprement dits. Toutefois, les activités en question ne sont pas dénuées de tout lien avec l'intérêt public. En effet, dans toutes les activités concurrentielles en réseaux, on constate la présence plus ou moins claire des obligations relatives à la satisfaction de l'intérêt général. Cette présence influence la liberté d'accès, de telle manière qu'en fonction de son importance le régime d'accès se complique ou se simplifie. Ce constat s'impose dans toutes les activités concurrentielles en réseau.

L'étude des modalités d'accès aux activités concurrentielles en réseau va nous permettre de mesurer l'étendu de la liberté reconnue aux opérateurs privés à leur égards. Ici on peut remarquer des limites à cette liberté du fait de la présence du monopole ou des droits exclusifs dans certains secteurs. En effet, les marchés concernés ne sont pas ouverts complètement à la concurrence. Il s'agit de l'activité postale et des activités énergétiques qui sont ouverts à une concurrence relative (**section 2**). Tandis que certaines activités en réseaux, -notamment le secteur de télécommunications- sont ouvertes dans tous ses segments à l'initiative privée (**Section 1**).

Ainsi, la liberté d'accès reçoit une consécration complète. Ce constat n'est pas fondé uniquement sur les textes mais aussi sur les données pratiques comme on va le voir.

Section 01 : l'accès aux activités ouvertes entièrement à la concurrence

Les services de télécommunication maintiennent une relation directe avec les missions de service public, mais il s'agit aussi des activités qui s'exercent dans un environnement concurrentiel. Car, elles interviennent sur le terrain d'un secteur libéré complètement du monopole public. C'est pourquoi on est amené à s'interroger sur la nature de ces activités au regard des critères posés par la jurisprudence administrative pour l'identification des dévolutions du service public. (**Sous section 1**).

La loi 2000-03 met en place quatre régimes d'accès qui prennent en considération l'importance des activités qui y correspondent. Il s'agit des régimes de licence – autorisation – simple déclaration- l'agrément. Ces régimes couvrent les activités de télécommunications fournies au public selon leur importance (**Sous section 2**).

On peut distinguer au sein de ces trois régimes deux types d'accès : un accès selon une mise en et un accès sans mise en concurrence ou régimes simplifiés d'accès **Sous section 3** .

Sous section 1 : la nature des modalités d'accès aux activités de télécommunications

Les activités de télécommunications se placent entre les obligations de service public et l'ouverture à la concurrence. On est amené soit à les ranger dans les activités de fourniture de service public et considérer de ce fait leur régime comme une fourniture non contractuelle (§1) soit au contraire les traiter comme des activités concurrentielle mais qui contribuent à la satisfaction de l'intérêt (§2) . La solution consiste à reconnaître la présence de l'intérêt public dans ces activités sans pour autant les assimiler à des services publics . L'analyse que nous adoptons est valable pour les autres activités concurrentielles en réseau .

§1 l'assimilation des régimes de télécommunications aux délégations non contractuelles

Cette assimilation est fondée sur certains arguments présentés par la doctrine (A). Toutefois, cette thèse ne peut être acceptée sans subir quelques critiques (B) .

A – les arguments de l'assimilation

Un argument important, milite en faveur de la nature de service public des activités relatives aux télécommunications, notamment celles relatives au régime de licence . Il consiste en l'importance des droits et des obligations qui mettent l'opérateur dans une situation proche d'un délégataire d'un service public . Certes, aucune référence dans le texte de la loi 2000-03 ni dans ses décrets d'application à cette notion n'a été faite. Mais certaines de ses obligations qui incombent au titulaire visent en premier lieu l'intérêt public . Il suffit de se référer au texte de la loi 2000-03 qui fixe les règles d'établissement et/ou d'exploitation des réseaux de télécommunications. Parmi ces règles, le législateur mentionne « les conditions de fourniture du service en particulier les conditions minimales de continuité de qualité et de disponibilité » « les conditions d'exploitation du service notamment au regard de la protection des usagers et de la contribution à la prise en charge du cout de l'accès universel aux services » « l'obligation de contribution à l'accès universel aux services, à l'aménagement du territoire et à la protection de l'environnement »²⁸⁶.

D'ailleurs, selon le professeur Rachid ZOUAIMIA « *l'activité postale comme télécommunications ont été toujours considérées comme des activités de service public* »²⁸⁷. En conséquence, l'imminent professeur, considère le régime de licence comme une

²⁸⁶ Article 32 de la loi 2000-03 ,loi précitée .

²⁸⁷ Rachid ZOUAIMIA ,la délégation de service public « au profit de personnes privées ,Belkeise ,p38 .

délégation unilatérale du service public de télécommunication. Il étend la qualification de service public à toutes les activités qui peuvent être confiés à des opérateurs privés en vertu d'un titre unilatéral, notamment en matière des services en réseaux. La licence appartient alors à un ensemble vaste de modalités non contractuelles de la fourniture de service public.

De la même façon, Bertrand Du Marais assimile le régime de licence en droit français à une forme de délégation unilatérale du service public. Selon lui, cette modalité est une alternative à l'implication directe de la collectivité dans la gestion du service public, ou son externalisation à un opérateur auquel on transfère le monopole de la gestion du service public. La solution consiste alors à accorder « *à une pluralité d'opérateurs privés, qui répondent à certaines conditions, et qui bénéficient du droit (...) d'exécuter le service, qui constitue alors un droit exclusif* »²⁸⁸. L'auteur range dans cette catégorie, les autorisations de création des réseaux ou d'opérer des services de télécommunications fournis au public tels qu'ils sont régis par le code des postes et des télécommunications. Les autorisations d'exploiter des équipements de production d'électricité sont également concernées par cette qualification. Une telle argumentation en faveur du caractère de service public doit être prise avec précaution. Car, il s'agit de renverser la présomption selon laquelle « *une personne privée est présumée ne pas gérer une mission de service public* »²⁸⁹. Et ce contrairement aux activités assumées par les personnes publiques qui sont présumées présenter des services publics, car elles sont censées poursuivre un intérêt public²⁹⁰.

En outre, les régimes d'accès aux activités de télécommunications en droit algérien s'accommodent avec le choix de l'entrée régulée et maîtrisée. Ils permettent à l'Etat d'exercer un contrôle sur le secteur et d'accompagner l'ouverture à la concurrence et de déterminer le nombre optimal des opérateurs sur le marché²⁹¹. En effet, l'obtention de la licence ou une autorisation permet un contrôle en amont par la mise en place d'une procédure concurrentielle, et en aval par l'imposition des règles aux opérateurs.

Ces régimes permettent aussi à l'Etat de répartir les biens rares, en l'occurrence les bandes de fréquences hertziennes. En effet, dans chaque dévolution le cahier de charge désigne les fréquences que le titulaire de licence est autorisé d'exploiter²⁹².

²⁸⁸ B. DU MARAIS, Droit de la régulation économique, Presses de sciences politiques et Dalloz, p 450 et 451.

²⁸⁹ LACHAUME, J-F, BOIETAU, C, PAULIAT, H, Grands services publics, Armand Colin, 2000, P 204.

²⁹⁰ PRADA-BRODENAIVE, Emmanuelle « Service public et personnes de droit privé », RFDA, janvier février, 2008, p 68

²⁹¹ S. BREVILLE, « Autorité indépendante et gouvernement : la régulation bicéphale du marché français des télécommunications », thèse de doctorat en sciences économiques, soutenue à l'université Paris 1-Panthéon Sorbonne, novembre 2006, p24

²⁹² Voir le cahier de charge, annexe au décret 01-219 du 31 juillet 2001 portant approbation de licence d'établissement d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et de fourniture de télécommunications au public, JORADP du 5 août 2001, n 43, p 4.

B -la critique de la thèse d'assimilation

La licence constitue certes un acte individuel pris par la puissance publique autorisant l'entrée au marché à la demande de l'intéressé suivant une procédure concurrentielle. Mais devant l'absence du critère de l'objet du service public²⁹³, et en dehors d'une qualification expresse par le législateur, on se limite à confirmer le lien solide entre l'activité de licence avec les missions de service public et service universel.

Il n'est pas donc nécessaire d'établir le lien entre la décision unilatérale relative à l'accès à une activité et l'existence d'une mission de service public. D'ailleurs, cette méthode a été utilisée à maintes reprises par le législateur algérien, en dehors des obligations de service public. Dans le domaine d'hydrocarbures, la loi prévoit à côté du contrat de recherche et/ ou d'exploitation l'autorisation de prospection. Ce titre est accordé par l'agence nationale pour la valorisation des ressources en hydrocarbures à toute personne demandant à exécuter des travaux de prospection d'hydrocarbures sur un ou plusieurs périmètres »²⁹⁴.

De même dans le domaine boursier, l'accès à l'activité d'intermédiaire en opération de bourse est conditionné par l'octroi d'un agrément de la part de la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse²⁹⁵.

Cette technique est utilisée dans le domaine bancaire et financier pour la création de toute banque ou de tout établissement financier du droit algérien. L'autorisation est délivrée par le conseil de monnaie et crédit²⁹⁶.

L'assimilation d'une activité concurrentielle telle les postes et télécommunications à des services publics est rejetée d'un point de vue conceptuel, car le régime de service public a toujours signifié des règles attentatoires au fonctionnement concurrentiel du marché. Les règles de concurrence ne sont pas en principe opposables aux gestionnaires des services publics²⁹⁷.

²⁹³ Pour qualifier un acte comme une délégation non contractuel, il faut qu'il porte sur la gestion d'un service public et non pas seulement la participation à la gestion d'y être associé voir F .SABIANI, « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », AJDA, 1977 p 4 et

F.BRENET, « la délégation unilatérale de service public », AJDA juillet 2013, p 1437

²⁹⁴ Article 23 de la loi n 05-07 relative aux hydrocarbures, JORDP n 50 du 19 juillet 2005, p 11.

²⁹⁵ Article 05 du décret législatif n 93 -10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs immobilière, JORA n 34 du 23 mai 1993, p 03.

²⁹⁶ Art 82 de l'ordonnance n 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, JORA N du 27 août 2003.

²⁹⁷ Depuis longtemps en droit administratif l'intérêt public l'emporte sur les intérêts particuliers. C'est pourquoi, il est tout naturel pour le juge administratif de considérer que l'administration puisse écarter la concurrence si les obligations de service public le justifie. Ainsi dans l'arrêt célèbre « Société des autobus antibois CE Sect. 29 janvier 1932 » le conseil d'Etat considère que le pouvoir de police pourrait protéger le service public contre la concurrence. Il s'agit dans cette affaire d'un arrêté pris par le maire de la ville de Cannes sur le fondement de son pouvoir de police interdisant à toute voiture de transport en commun non seulement de stationner sur les voies publiques mais aussi « de s'arrêter ou même de ralentir en cours de route pour prendre ou laisser des voyageurs dans l'agglomération de Cannes, sans une autorisation du maire ». Bien

Or ces activités se déroulent selon une logique du marché. Certes, un mouvement de rapprochement pourrait être envisagé entre la concurrence et le service public à l'instar du droit communautaire. Celui-ci tout en reconnaissant l'existence des entreprises d'intérêt économique général, ne les exonère de la soumission aux règles du traité que si celles-ci fassent échec à leur la mission.²⁹⁸

Enfin, on peut refuser la qualité de délégation de service public du fait de la présence de deux acteurs public assumant le service public à proprement dit .L'objectif de loi 2000-03 est de transmettre ces derniers les obligations de service public assumées auparavant en régie. Ainsi, les deux établissements créés à cet effet prendront le relais du ministère des postes et télécommunications pour la satisfaction des besoins de l'intérêt public. Il s'agit de la poste d'Algérie, établissement industriel et commercial assure la mission de service public²⁹⁹. Et Algérie télécom qui assume l'obligation de service universel. Ainsi, la sphère du service public est séparé nettement de celle de la concurrence.

§2 la nature particulière des activités de licence

En raison de la difficulté de l'assimilation des activités concurrentielles de télécommunications à des services publics, il est alors important de recourir aux critères d'identification de la gestion privée d'un service public. Ceux-ci nous conduiront à nier le caractère de service public à proprement dit sans détacher les activités de télécommunications de tout lien avec l'intérêt public .

La doctrine évoque trois difficultés juridiques engendrées par le phénomène de la dévolution unilatérale d'un service public à une personne privée.

que la décision du maire fut annulée parce que considérée comme trop générale , l'argumentation du juge consacrait sans équivoque la soumission des entreprises privées à un régime d'autorisation afin de protéger le service public .Voici l'argumentation du conseil d'Etat dans cette affaire « il appartient au maire d'interdire tout trafic de voyageur à l'intérieure de l'agglomération de façon à empêcher la concurrence de ces entreprises avec la société concessionnaire (...)et dans l'intérêt de la commodité du circulation et de la sécurité et de la sécurité des voies publiques de prescrire des itinéraires spéciaux pour la traversée de la ville ,d'interdire la montée ou la descente des voyageurs en dehors du ou point ou il estimerait que la circulation des voitures de transport en commun assurant un service intercommunal » <http://www.affaires-publiques.org/textof/jplist/ga/acces/CE29-01-1932.htm>

²⁹⁸ Ce sont les termes de l'article 86 § 2 TCE concernant les entreprises d'intérêt économique général qui sont « soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence dans les limites Où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté »

²⁹⁹ L'article 05 du décret exécutif n 02-43 du 14 janvier 2002 portant création d'Algérie Poste. « l'établissement est chargé d'assurer ,sur l'ensemble du territoire nationale ,la mise en ouvre de la politique nationale de développement des services postaux et des services financiers postaux à travers la prise en charge des activités de gestion des prestations, de renouvellement et de développement des infrastructures s'y rapportant . »

A- l'identification de la nature privée de la personne

Pour identifier une délégation unilatérale du service à une personne privée, il faut d'abord que la nature privée de celle-ci soit avérée. Le problème s'est posé en droit administratif en raison du rapprochement qui existait entre les établissements publics et les personnes morales, créés par les textes sans que leur nature soit précisée. Elles apparaissent ainsi comme des sœurs -du fait de leur personnalité civile et leur autonomie financière- aux établissements privés. A titre d'exemple, les centres régionaux de lutte contre le cancer ont été qualifiés comme des organismes publics par le tribunal administratif de Rennes. Mais le tribunal de conflit a décidé autrement en considérant ces centres comme des organismes privés³⁰⁰.

Dans le domaine des services en réseaux, la nature privée ne fait aucun doute concernant les opérateurs agissant dans les marchés concurrentiels. Aucune difficulté de rapprochement entre le statut des opérateurs privés et l'établissement public ne peut se poser. Dans le domaine des postes et des télécommunications, la loi 2000-03 crée une seule personne publique qu'est l'établissement d'Algérie poste, l'autre opérateur public Algérie télécom est créé sous la forme d'une société par action. Quant aux autres intervenants dans ce secteur ils revêtent tous un statut privé.

Même si le caractère privé des opérateurs intervenant dans les marchés ouverts à la concurrence est indiscutable, il n'est pas suffisant pour en conclure la présence d'une délégation unilatérale d'un service public.

B- l'identification de la mission de service public dans l'activité d'une personne privée

Selon la jurisprudence de Nancy, deux éléments doivent être réunis pour répondre à l'existence d'un service public

a- la poursuite d'un objectif d'intérêt général

Cet élément présente une importance décisive pour reconnaître les opérateurs des marchés concurrentiels en réseau en tant que fournisseurs de services publics. La jurisprudence administrative a depuis l'arrêt Nancy (CE, sect, 28 juin 1963) posé trois conditions qu'exige une mission de service public³⁰¹ :

Toute activité qualifiée comme telle doit impérativement concourir directement à la satisfaction de l'intérêt général. Il revient au juge de constater la présence de cet intérêt dans l'activité dévolue à la personne privée. Le conseil d'Etat français l'a affirmé à propos des centres techniques industriels de l'arrêt de Nancy, car leur mission consiste en

³⁰⁰ 14 mars 1960 Bourguet, GDJA, p 181. Concl ; Oradonneau sur CE, Ass ; 9 juin 1961, Rec, 385 GDJA p 181 cité par LACHAUME, J-F, BOIETAU, C, PAULIAT, H, Grands services publics, op cit, p 206.

³⁰¹ Le texte intégral existe sur le site <https://www.doctrine.fr/d/CE/1963/DE1963062801>. Date de consultation 10/06/2015.

l'amélioration du rendement, le progrès des techniques et la garantie de la qualité de l'industrie .En revanche, ce caractère a été nié pour un organisme patronal de la sidérurgie dont l'activité est exercée principalement dans l'intérêt des membres de l'organisme³⁰².

Dans le domaine des services en réseau, le service universel peut être qualifié comme étant un transfert d'obligation de service public. En matière de télécommunications, ce service peut être confié à un ou plusieurs opérateurs de licence retenus à l'issue d'un appel à la concurrence lancé par l'autorité de régulation. Ainsi, l'opérateur agissant dans le cadre d'un marché concurrentiel peut devenir dans ce cas un titulaire d'une mission de service public. Les obligations qui peuvent lui être confiées sont fixées par le cahier des charges³⁰³.

Dans le domaine postal, cette possibilité est prévue pour tous les opérateurs de poste retenus à l'issue de l'appel à la concurrence lancé pour la fourniture du service universel .Leurs obligations sont aussi fixées en vertu du cahier des charges³⁰⁴.

Hormis le cas du service universel, ce ne sont que les opérateurs publics qui peuvent apparaître comme des délégataires de service public et en même temps des fournisseurs des services concurrentiels en réseau .On peut les répertorier comme suit :

-La poste d'Algérie à laquelle la loi 2000-03 a transmis le service qu'assumait le ministère de postes et de télécommunications avant la libéralisation. Le décret 02-43 est clair sur cette mission. Il dispose dans son article 04 que « l'établissement assure une mission de service public ». Le service public assuré par cet établissement est précisé par l'article 05 du même décret qui dispose que « l'établissement est chargé d'assurer sur l'ensemble du territoire national, la mise en œuvre de la politique nationale de développement des services postaux et des services financiers postaux à travers la prise en charge des activités de gestion des prestations de renouvellement et de développement des infrastructures s'y rapportant » .

-Même après le passage de SONALGAZ, d'un établissement industriel et commercial à une société par action , elle a sauvegardé son rôle en tant que fournisseur de service public . Le décret présidentiel n 02-195 portant le statut de cette société lui délègue

³⁰² CE ,20 janvier 1971, Comptoir français des produits sidérurgiques, rec 49 ; AJDA 1972.230 note moulié.

³⁰³ Elles concernent notamment :-la zone de desserte minimale du réseau accompagnée ,le cas échéant ,d'un calendrier d'extension ; - les points d'accès publics ; -les modalités d'acheminement des appels d'urgence (police ,pompiers ,secours médicaux d'urgence les plus proches) ;-les conditions de fourniture des services de renseignements et de l'annuaire des abonnés ;- les obligations relatives à l'implantation de cabines téléphoniques sur voie publique –les normes minimales de qualité . L'article 14 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 , JORDP n 39 du 29 juin 2003 .

³⁰⁴ L'article 15 du décret 02-232 Le cahier des charges détermine notamment : -un niveau minimum de service ; une qualité de service ; -des délais de d'acheminement du courrier ordinaire – des conditions d'accès au réseau postal par les autres opérateurs – un accès aux services et leur tarification –le nombre d'habitants desservis par un bureau de poste ; le pourcentage de la population ayant accès au service universel ; - les normes minimales de qualité de service » Décret 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 ,JORADP n 39 du 29 juin 2003 .

la mission de service public d'une façon expresse dans son article 07 : « SONALGAZ Spa assure une mission de service public conformément à la législation et la réglementation en vigueur ».

Enfin, il faut signaler que même en dehors du cas du service universel les opérateurs des activités concurrentielles sont assujettis à des contraintes du service public³⁰⁵. Il s'agit des règles fondamentales du service public. Celles-ci ont été toujours liées à l'exercice de service public quel que soit son gestionnaire³⁰⁶. Ainsi le lien entre les activités de télécommunications et l'intérêt public est bien établi.

b- la reconnaissance au profit de la personne privé de prérogatives de puissance publique

Ce critère est selon la jurisprudence de Nancy révélateur de la présence d'une mission de service public dans l'activité de la personne privée. Il suppose que l'organisme privé aie certaines pouvoirs, tel l'édiction des actes unilatéraux à caractère administratif ou percevoir des cotisations comme dans le cas des ordres professionnels qui exercent aussi un pouvoir disciplinaire³⁰⁷.

A défaut de prérogatives de puissance publique, l'activité n'est pas érigée comme service public, mais peut poursuivre une mission d'intérêt général. Tel est le point de vue du conseil d'Etat français jusqu'à l'arrêt de section 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés. Depuis cet arrêt il est admis « que même en l'absence de telles prérogatives une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public, lorsque eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparait que l'administration a entendu lui conférer une telle mission »³⁰⁸.

Au regard du critère des prérogatives de puissance publique, les opérateurs des marchés concurrentiels en réseaux ne peuvent pas être considérés comme des fournisseurs de service public. Aucun texte ne leur reconnaît en effet de tels pouvoirs ; leurs droits ne sortent pas du cadre habituel dans lequel agit n'importe quel opérateur privé. On pourrait par ailleurs tenter de leur appliquer le faisceau d'indices, tel qu'il a été appliqué par le juge administratif en droit français. On peut alors observer en faveur du caractère de service public des missions de ces opérateurs le pouvoir de contrôle exercé à leur encontre. Le

³⁰⁵ On reviendra à cette question dans la seconde partie de notre travail.

³⁰⁶ L. JANICOT, « L'identification du service public géré par une personne privée », RFDA, janvier février 2008, p 73.

³⁰⁷ Voir sur le pouvoir d'édiction d'actes unilatéraux CE 13 janvier 1961, Magnier. Et voir sur les pouvoirs des organisations professionnelles T. confl. 13 janv 1992, Association nouvelle des girondins de bordeaux, Rec, 473 ; AJDA 1992, 763.

³⁰⁸ Conseil d'Etat, Sect., 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés.

conseil d'Etat français a précisé dans l'arrêt de section du 6 avril 2007 ,Ville d'Aix –en-Provence « lorsqu'une personne privée exerce sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu ,une activité dont elle a pris l'initiative (...) que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution ,si une personne publique ,en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux ,exerce un droit de regard sur son organisation »³⁰⁹ .

Un tel indice ne peut être retenu comme décisif en l'absence d'un pouvoir de reprise du service public par la collectivité .Car selon la logique du service public, celui-ci est créé par la collectivité qui conserve la haute main sur sa gestion. Elle peut le cas échéant reprendre sa gestion dans le cadre d'une régie ou l'externaliser .Or dans le domaine des services en réseaux en cas de retrait de la licence ou de l'autorisation, les pouvoirs publics ne reprennent pas la gestion des services en question.

La solution peut consister à voir dans les activités concurrentielles en réseau une mutation des services publics au sens traditionnel, vers une nouvelle forme de prestations .De telle manière, que les services de télécommunications notamment ne sont plus des activités d'intérêt général dont les pouvoirs publics doivent garantir l'accomplissement par les moyens traditionnel de gestion . Mais il s'agit des activités qui peuvent être assurées par le marché lui-même .Comme si on est en train d'assister à un retour à la théorie de la main invisible . C'est pourquoi, la régulation sectorielle des marchés est considérée comme une étape indispensable qui précède la stabilisation du secteur régulé. C'est-à-dire qu'on arrive à une situation où seules les règles de concurrence suffisent à garantir l'intérêt général.

La loi 2000-03 exprime cette logique d'une façon très claire en énonçant que l'un de ses objectifs est de « développer et fournir des services de poste et de télécommunications de qualité assurés dans des conditions objectives transparentes et non discriminatoires dans un environnement concurrentiel tout en garantissant l'intérêt général »³¹⁰ .

Ainsi, se trouvent réunis dans le même moule deux objectifs qui paraissent dans le passé antagonistes. L'autorité de régulation garantit l'équilibre du système, en veillant à la continuité et la régularité des services offerts ,ce qui témoigne de la présence d'un intérêt général encadrant l'activité des opérateurs .Elle veille en même temps au respect des règles d'une concurrence loyale entre les opérateurs et à l'égard des usagers . L'autorité de régulation explique en effet que la concurrence « *n'est pas une fin en soi ; l'établissement d'une concurrence loyale n'est qu'un moyen au service de l'intérêt des consommateurs* »³¹¹

³⁰⁹ Conseil d'Etat, 6 avril 2007, n° 284736, Commune d'Aix-en-Provence .

³¹⁰ Art 1^{er} de la loi 2000-03 précitée

³¹¹ ARPT ,Rapport d'activité ,2004 p 44.

Sous section 2 : l'organisation de l'accès aux télécommunications

On peut classer les différents types d'activités de télécommunications en deux catégories au regard de leur importance vis-à-vis de la concurrence et l'intérêt public. A ce titre, les activités dévolues dans le cadre de la licence se place à la tête de services de télécommunications (§1). Les activités relatives aux régimes de l'autorisation et de la simple saisine n'occupent qu'une place secondaire vis-à-vis de la concurrence et l'intérêt public et la concurrence (§2) .

§1 Les activités relatives au régime de licence

Les activités dévolues dans le cadre de licence constituent les marchés concurrentiels les plus importants au niveau mondial .C'est pourquoi, leur ouverture à l'initiative privée constitue une conséquence importante de l'ouverture du secteur à la concurrence en droit algérien. On peut distinguer deux activités fournies dans le cadre de la licence : la téléphonie mobile (A), et la téléphonie fixe (B) .

A- la téléphonie mobile.

La téléphonie mobile consiste en la transmission ou l'acheminement de signaux à travers le réseau public de télécommunications cellulaires de normes GSM. Celui-ci est l'abréviation de « Global System for Mobil communication »³¹² une norme numérique de seconde génération pour la téléphonie mobile qui intègre le recours aux technologies GPRS.

Une année après l'adoption de la loi 2000-03, l'autorité de régulation élabore un projet du décret exécutif portant la définition de la procédure applicable à l'adjudication par appel à la concurrence pour l'octroie de licence en matière de télécommunications. Le décret fut adopté par le premier ministre le 09 mai 2001 ³¹³

Sur le fondement de ce texte l'autorité de régulation a pris un avis portant « appel à expression d'intérêt »dans le cadre de la vente de licence de téléphonie cellulaire de norme GSM qui fut publié dans la presse. Ainsi, s'engage le processus de l'octroie de la deuxième licence à un opérateur privé. Après le déroulement d'une procédure longue- à laquelle on reviendra plus tard - le candidat retenu est la société Orascom Télécom Holding agissant au nom et pour le compte de la société Orascom Télécom Algérie . La licence octroyée a été approuvée par le décret n 01-219 ³¹⁴ avec une annexe comportant cahier de charge fixant ses droits et ses obligations

³¹² ARPT ,rapport d'activité ,année 2004,p 10 .

³¹³ Décret exécutif n 01-124 du 09mai 2001portant définition de la procédure applicable à l'adjudication par appel à la concurrence pour l'octroie de licence en matière de télécommunications, JORADP, du 13 mai 2001,n 27 ,p 11. .

³¹⁴ Décret n 01-219 de la portante approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications au public, décret précité, p 04.

L'opérateur en question bénéficie des garanties d'investissement grâce à la signature de la convention d'investissement avec l'agence de promotion de soutien et de suivi des investissements³¹⁵. Il engage des investissements importants pour la réalisation de ses infrastructures soit 408 millions de dollars pour l'installation de plus de 2000 antennes et l'amélioration de son système de facturation.

La troisième licence a été octroyée en 2003 à l'opérateur Watania Télécom Algérie en vertu du décret exécutif 04-09³¹⁶. Il devient alors le troisième opérateur sur le marché algérien, puisque l'opérateur historique « Algérie Télécom » avait bénéficié d'une licence à titre de régularisation en 2002³¹⁷. Mais il se forge la première place dans le domaine du multimédia.

Il est important de signaler que l'introduction de la téléphonie mobile est antérieure à la libéralisation, elle remonte à 1994, la date de l'installation du réseau NMT /NOKIA analogique. Il est constitué de 18000 équipements qui relie 18000 abonnés à fin 2000. Ce réseau a été suivi par la constitution d'un autre plus grand, cette fois ci de type GSM, installé par la société Algérien Mobile Network en janvier 1999 et qui contient au début 60000 équipements, et ensuite il va connaître une extension de 40000 à fin 2000 sur lequel sont reliés 98000 abonnés à fin 2001³¹⁸.

En somme les deux réseaux installés en Algérie avant la libéralisation dénombrent 138000 reliant 116000 abonnés. En outre, à la fin 2001 la commercialisation du service GSM e³¹⁹t ses terminaux a été assuré par les agences d' MPTIC, ainsi que par des revendeurs privés

A coté du réseau GSM pour la fourniture des télécommunications mobiles il y a un autre réseau public, de type VSAT pour transmettre les fréquences d'émission. Il est défini par le cahier de charge annexé au décret exécutif n 04-106 comme étant « un réseau de télécommunications par satellites géostationnaires dont la station HUB gère l'accès à la capacité spatiale des stations VSAT »

A la différence du réseau GSM qui s'appuie sur une structure entièrement terrestre, le réseau VSAT met en liaisons trois éléments l'un deux est spatial : des satellites géostationnaires reliés à des stations terriennes fixes d'émission et ou réception « Station VSAT » sous la responsabilité directe de station HUB. Celui-ci est responsable de l'usage des fréquences d'émission au sol depuis le satellite, ainsi que du contrôle de l'accès au

³¹⁵ Décret exécutif n 01-416 portant approbation de la convention d'investissement signée entre l'agence de promotion de soutien et de suivi des investissements « APSI » et Orascom télécom Algérie du 20 décembre 2001, JORADP n 80 du 26 décembre 2001 , p08 .

³¹⁶ Décret exécutif n 04-09 du 11 janvier 2004 portant approbation de la licence d'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de normes GSM et fourniture de services de télécommunications, JORADP n 04, du 14 janvier 2004 , p03.

³¹⁷ 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 télécommunication au public , JORADP n38 , du 29 mai 2002,p08.

³¹⁸ ARPT, Rapport d'activité 2001,p 33..

³¹⁹ Ibid, P35 .

satellite et de la signalisation du réseau. Ce type de réseau a été ouvert à la concurrence effectivement par l'octroi à Orascom d'une licence pour son établissement et son exploitation³²⁰.

B- La téléphonie fixe

La téléphonie fixe a connu un retard de 04 ans par rapport à l'ouverture du marché de la téléphonie mobile ouverte effectivement en 2001. Ce n'est qu'à la fin de 2004 le 1^{er} décembre qu'un appel d'offre a été lancé par l'ARPT pour l'attribution d'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications et de fourniture de services téléphoniques fixes internationaux interurbains et de boucle locale en Algérie.³²¹

Un seul soumissionnaire, le consortium Télécom Egypte et Orascom Télécom Holding pour le compte du consortium Algérien de télécommunications a été enregistré à la date limite de dépôt des offres le 1^{er} Mars 2005. Ce consortium est déclaré attributaire provisoire de la première licence pour l'exploitation du réseau de la téléphonie fixe³²².

Le décret exécutif N 05-174 approuve la licence pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications et de fourniture de services téléphoniques fixes internationaux interurbain et de boucle locale au profit du Consortium Télécom Egypte et Orascom. Télécom Holding agissant au nom et pour le compte de Consortium Algérien de télécommunication SPA³²³.

§2 les activités relatives aux régimes de l'autorisation et la simple saisine et l'agrément

Les activités de télécommunications soumises respectivement aux régimes de l'autorisation, la simple saisine, et l'agrément sont classées en deuxième position du point de vue de leur importance pour la réalisation du service public. C'est pourquoi, le législateur a adopté à leur égard un régime allégé par rapport au régime de licence.

A- les activités liées au régime d'autorisation

Même si l'autorisation est considérée comme libérale, elle peut être toutefois considérée à une phase de libéralisation comme restrictive à la liberté d'accès. Elle peut être substituée par des procédés plus souples pour l'entrée au marché comme l'a prévu le

³²⁰ Décret exécutif n 04—106 du 13 avril 2004 portant approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications par satellite et de fourniture de services de télécommunications au public, journal officiel du 14 avril 2004

³²¹ L'ARPT, Rapport d'activité, 2005, p 47 : 07 opérateurs ont retiré le dossier d'appel d'offres selon le même rapport Mobile One – Orascom Telecom Algérie- EEPAD- ETISALAT Abou Dhabi –ZTE Corporation Algérie – Monaco Télécom International – Télécom Egypte

³²² Ibid, p06.

³²³ Décret exécutif n05-174 du 09 mai 2005 portant approbation d'une licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunication et de fourniture de services téléphoniques fixes internationaux, interurbains et boucle locale au public, JORDP n 34, année 2005, p05.

droit communautaire. La directive 97/13 CE a incité les pays membres à donner la priorité aux régimes d'accès ne nécessitant pas d'autorisation générale ³²⁴

L'article 02 du décret 01-123 précise quelles sont les activités concernées par le régime d'autorisation. Il s'agit de réseaux privés –et les réseaux utilisant exclusivement des capacités louées à des opérateurs titulaires de licence. L'autorisation a été étendue à l'activité de fourniture de l'accès à l'internet.

Le régime de celle-ci a été déclassé de la licence au régime de l'autorisation. Cet assouplissement est décidé suite à la proposition de l'ARPT auprès du ministre de la poste et des technologies et de l'information. L'autorité souligne l'importance de sa démarche dans son rapport de 2004, en se fondant sur les types de connexion empruntée par cette technologie ainsi que les avantages qu'elle procure. Ceux-ci consistent en « l'interopérabilité entre réseaux, la qualité de service, la maîtrise des aspects techniques la réduction des coûts tant en matière d'investissement des ISP que ceux liés à la consommation ». Aussi, le déclassement de ces activités est justifié au regard de l'importance de la téléphonie sur internet dans le monde en raison de ses avantages. A la suite du déclassement de l'activité de VOIP l'autorité de régulation élabore un cahier de charge à son égard après la prise en considération des avis et commentaires des opérateurs .

Et conformément au cahier des charges adopté, de nouvelles demandes d'autorisation ont été instruites. Des lors, le marché se développe par l'introduction de 06 opérateurs privés dont les autorisations ont été délivrées par l'autorité de régulation en 2005. . En 2012, le nombre des autorisations délivrées par l'autorité de régulation atteint 2406.

B - les activités liées à la simple saisine

On peut recenser dans le cadre du régime de simple saisine les activités suivantes³²⁵ :

La messagerie vocale : l'échange, la réception et l'enregistrement de messages vocaux dans des serveurs, accessibles à partir de lignes téléphoniques ordinaires. Elle est régie par la recommandation de l'union internationale des télécommunications X-485 de l'UIT –T .

Téléconférence. Il s'agit d'un service permettant de mettre en communication simultanément au minimum trois individus entre eux pour l'échange de la voix ,de la donnée ou des messages graphiques .

Vidéotex : c'est un service qui consiste à permettre la présentation à un usager des messages alphanumériques et graphique sur un écran de visualisation selon le mode

³²⁴ Directive 97/13 du parlement européen et du conseil du 10/04/1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, JOCE n L117/15 du 7 mai 1997

³²⁵ L'annexe du décret exécutif 01-123 précité.

interactif qui permet à un terminal distant d'accéder à un serveur via le réseau de transmission de données.

Banque de données :

Elle représente un système de documentation informatisée accessible en temps réel et conversationnel au moyen de terminaux reliés à l'ordinateur par le réseau de transmission de données .

Messagerie électronique :

Elle consiste en la lecture et le stockage d'information sous forme de messages de données, entre des serveurs se trouvant dans des sites distants. De telle sorte que le message transmis peut être lu en temps réel ou en temps différé par le (s) destinataires (s) .Ce service est aussi régi par les recommandations de l'union européenne X -400 et X500 de l'UIT -T .

C– les activités liées au régime d'agrément

Les activités de télécommunications ne se limitent pas l'exploitation des réseaux de télécommunications, elles concernent aussi la fourniture des équipements terminaux ou installations radioélectriques. Cette fourniture est subordonnée à l'obtention d'un agrément préalable de la part de l'autorité de régulation.

Selon l'article 41 de la loi 2000-03, le régime de l'agrément s'applique à tout équipement terminal ou installation radioélectrique destiné à être :

- connecté à un réseau public des télécommunications ;
- fabriqué pour le marché intérieure ou être importé ;
- détenu en vue de la vente ou être mis en vente ;
- distribué à titre gratuit ou onéreux ou faire l'objet de publicité ;

Quoiqu'aménagée en fonction de l'importance de chaque activité la liberté d'accès dans le secteur de télécommunication demeure la plus avancée dans toutes les activités ouvertes à la concurrence.

§3- La procédure de dévolution des activités de télécommunications

Deux modalités d'accès au marché de télécommunications sont prévues en fonction de l'importance des activités dévolues. Il s'agit de la mise en concurrence prévue pour l'octroi des licences (A) « un régime compliqué ». Et pour les activités relatives aux

régimes de l'autorisation et la simple saisine, la loi 2000-03 a prévu deux régimes simplifiés d'accès (B).

A- le régime de mise en concurrence

En raison de l'importance des activités concernées par la licence vis-à-vis de l'intérêt général, la nécessité du choix du meilleur soumissionnaire pour l'exercice de cette l'activité, le législateur a organisé une procédure très proche de celle appliquée dans les marchés publics. Le décret exécutif 01-124³²⁶ prévoit deux phases : la phase préliminaire à la procédure d'adjudication et la phase de la mise en œuvre de la procédure d'adjudication

a -l'appel à la concurrence

Tel dans les marchés publics, l'autorité de régulation dispose du pouvoir d'engager la procédure de passation. En d'autres termes, les opérateurs désirant d'entrer au marché et d'exercer l'activité ne pourront présenter leurs offres qu'après l'appel à la concurrence. Toutefois, la procédure d'attribution de la licence laisse la possibilité aux opérateurs privés de susciter le déclenchement de la procédure d'appel à la concurrence par l'introduction d'un dossier de motivation. Celui-ci est adressé à l'autorité de régulation, dans lequel les personnes physiques ou morales expriment leur désir d'établir et/ou exploiter un réseau public de télécommunications et/ou fournir des services téléphoniques. Donc, les opérateurs privés pourront activer la procédure d'adjudication. Il faut par ailleurs signaler que contrairement à certaines législations, le législateur algérien n'a pas retenu comme critère pour l'admission à la procédure concurrentielle la notion d'opérateur qualifié. Elle ne figure ni dans la loi 2000-03 ni dans ses décrets d'applications. Pourtant une telle notion est indispensable au regard de l'importance des obligations qu'implique le régime de licence. Elle est en mesure de garantir une assurance de l'efficacité et de sincérité des opérateurs désirant participer à la procédure d'attribution de la licence³²⁷.

Le dossier de motivation se distingue d'une offre dans le cadre des marchés publics qui intervient comme une réponse à un appel d'offre. Tandis que le dossier de motivation peut être l'occasion pour l'autorité compétente d'évaluer l'opportunité de lancer la procédure d'adjudication. En effet, le dossier comporte les éléments qui éclairent l'autorité

³²⁶ Décret exécutif n 01-124 de la 09/05/2001 portant définition de la procédure applicable à l'adjudication par appel à la concurrence pour l'octroi des licences en matière de télécommunications, décret précité, p11.

³²⁷ Cette notion a été retenue en droit marocain en vertu du décret n 2-97 -1027 du février 1998, article 1^{er} voir Moulay Driss. EL IDRISSI, « le régime juridique des infrastructures des télécommunications et le développement économique :l'exemple du Maroc », thèse précitée, p 251. Le concept d'opérateur qualifié a été clarifié par l'autorité de régulation marocaine. Il désigne « toute personne morale remplissant deux critères celui « du nombre d'abonnés en téléphonie mobiles (de 500 000 à 750000 abonnés au 31 décembre 1998 en direct ou indirect et l'autre en surface financière (capitaux propres consolidés part du groupe de l'opérateur qualifiés supérieures à 500 millions de dollars Us ou capitalisation boursière de l'opérateur qualifié à 2 milliards dollars US »

de régulation sur l'importance de déclencher l'adjudication. L'article 04 du décret 01-124 donne une liste des éléments que doit comporter un dossier de motivation³²⁸.

A la suite de la déposition du dossier de motivation, l'autorité de régulation peut à la lumière des éléments fournis et dans le délai d'un mois, décider soit de ne pas donner suite au dossier de motivation ou d'évaluer l'opportunité de lancement de la procédure d'adjudication. Dans le premier cas, l'autorité de régulation doit motiver sa décision et rendre public son avis. Cette procédure atténue un peu le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de régulation pour l'ouverture du marché de télécommunications à d'autres opérateurs.

L'initiative d'engager l'adjudication peut être aussi décidée après une étude appropriée élaborée par l'autorité de régulation, par laquelle elle évalue les caractéristiques et potentialités du marché pour lequel seront établis et exploités les réseaux publics de télécommunications et/ou fournis les services téléphoniques. Cette étude s'accompagne d'enquêtes que l'autorité juge nécessaires en utilisant toute information disponible³²⁹.

A l'issue de cette étude, « l'autorité de régulation peut après en avoir informé le ministre chargé des télécommunications lancer une consultation publique qui décrit le projet et invite les personnes intéressées à adresser leur commentaires à l'autorité de régulation dans un délai maximum deux mois suivant la publication. En cas de besoin ce délai peut être prolongé par l'autorité de régulation »³³⁰. Ce n'est qu'une étape avant le lancement de la procédure d'adjudication par un appel à la concurrence qui peut être décidée sur proposition de l'autorité de régulation. Cette dernière propose aussi le nombre de licences à octroyer. L'autorité de régulation peut également interrompre la procédure relative à la phase préliminaire par simple avis motivé rendu public par voie de presse³³¹.

b- phase de la mise en œuvre de la procédure d'adjudication

C'est à cette étape que l'empreinte des procédures des marchés publics est très nette. Le décret 01-124 organise la procédure de l'attribution de la licence en prévoyant deux phases :- une phase de pré-qualification – une phase d'offre. Cette procédure est soumise aux trois principes :l'objectivité – la non discrimination – la transparence.³³²

³²⁸ Le dossier de motivation doit comporter notamment selon l'article 05 du décret 01-124,précité ,, les éléments suivants :

Informations d'ordre général concernant l'intéressé et particulièrement ; identité de l'intéressé composition de l'actionnariat, comptes sociaux annuels des deux derniers exercices activités industriels et commerciales existantes accords de partenariats industriels ou commerciales existantes accords de partenariat industriel ou commercial dénomination ,siège social immatriculation au registre du commerce ou équivalents statuts

Nature et caractéristiques commerciales du projet et positionnement sur le marché

Informations justifiant la capacité technique et financière de l'intéressé à réaliser le projet envisagé

³²⁹ Art 6 du décret 01-124 , décret précité .

³³⁰ Art 7 du décret 01-124 .

³³¹ Art 8 du décret 01-124 .

³³² Décret exécutif n 01-124 de la 09/05/2001 portant définition de la procédure applicable à l'adjudication par appel à la concurrence pour l'octroi des licences en matière de télécommunications, décret précité, p11.

L'imposition de ces principes par le législateur algérien est une consécration du principe de la concurrence en amont du marché de télécommunications. C'est dans cette perspective, que la procédure de l'octroi de la licence s'inspire de la réglementation relative aux marchés publics. Celle-ci adopte la procédure d'appel d'offres comme règle générale³³³.

La procédure de pré sélection débute par un appel à la concurrence par le ministre de télécommunications. Le dossier de cet appel comporte notamment : - une lettre d'invitation à soumissionner avec les termes de référence du projet – un cahier de charge établi conformément à l'article 32 de la loi n 2000-03- un règlement détaillé de l'appel de la concurrence indiquant les modalités d'ouverture et instruction des offres ainsi que les critères d'évaluation.

Après l'appel à la concurrence la voie est ouverte à toute personne physique ou morale nationale ou étrangère à soumissionner. Aucune condition préalable n'est prévue, sauf le paiement de frais de la remise du dossier de l'appel d'offre. Toutefois, le décret a omis de préciser l'obligation de publicité par voie de presse que suppose le principe de transparence. Cette procédure est primordiale dans la procédure d'adjudication et dans toutes les procédures des appels d'offre des marchés publics³³⁴.

L'étape suivante est l'ouverture des plis par une commission créée par le conseil de l'autorité de régulation. L'opération de l'ouverture s'effectue en séance publique aux dates, heure et lieu fixé dans le règlement de l'appel à la concurrence. A l'issue cette ouverture, il est établi l'inventaire du contenu de chaque offre et de sa conformité avec la liste des documents demandés dans le dossier d'appel à la concurrence. La compétence de cette commission se limite à constater la conformité des offres avec les exigences de l'appel de la concurrence. En revanche, la commission de l'ouverture des plis des marchés publics est investie de plusieurs missions qui sont nécessaires dans la première étape qui précède l'évaluation des plis³³⁵.

Après l'ouverture des plis, la commission se retire pour procéder à l'évaluation des offres et les séances ne sont publiques. Au cours de cette procédure, les offres sont notées et classées en fonction des critères et du barème indiqués dans le règlement d'appel à la concurrence. L'offre jugée la meilleure est celle qui obtient la note la plus élevée. Le candidat de cette offre est déclaré adjudicataire³³⁶. La licence n'est pas attribuée pour autant, parce que le ministre chargé des télécommunications peut à tout moment après consultation de l'autorité de régulation, sans motivation, décider de mettre un terme au

³³³ Article 39 du décret n 15-247 du 16 septembre 2015 portant des marchés publics et des délégations de service public, JORADP n50 du 20 septembre 2015.p03

³³⁴ Art 11 du décret du décret 01-124,décret précité .

³³⁵ Art 12 du décret du décret 01-124,décret précité .

³³⁶ Article 13 du décret 01-124 ,décret précité .

processus d'octroi de licence. Si le processus n'est pas interrompu la ou les licence(s) qui ont été adjudgées par l'autorité de régulation sont approuvées par décret exécutif³³⁷.

La durée de la licence est fixée pour une période de 15 ans. Elle est renouvelable tacitement sous réserve du cahier de charge. Toutefois, l'autorité de régulation peut en refuser le renouvellement si elle constate des manquements graves de la part du titulaire. Dans ce cas, l'autorité est tenue de notifier à l'intéressé son refus de renouvellement (dans le délai fixé par le cahier des charges ou au moins 06 mois à l'avance)³³⁸.

La licence est cessible, donc elle n'a pas le caractère d' « institut personnel ». Toutefois, la cession doit être acceptée et recommandée par l'autorité de régulation. La nouvelle licence sera attribuée par décret³³⁹.

Il s'avère de ce qui précède que le régime compliqué de mise en concurrence s'accommode avec la nature des activités relatives au régime de licence et les missions attribuées aux opérateurs privés. En revanche, pour les autres activités il n'est pas indispensable de recourir un régime compliqué pour l'entrée au marché.

B- les régimes simplifiés d'accès aux activités de télécommunications

Ces régimes concernent des activités de télécommunication d'une importance secondaire quant à la réalisation d'intérêt public par rapport à celles exercées dans le cadre de la licence. C'est pourquoi, leur régime est simplifié par l'absence d'une mise en concurrence de leur attribution. Néanmoins, l'exigence de l'autorisation ou d'une simple pour l'accès au marché de télécommunications permet une régulation de l'accès.

a- le régime de l'autorisation

L'étude de ce régime révèle des caractéristiques générales qu'on retrouve dans toutes les autorisations utilisées dans les activités en réseau. Ce mode d'entrée au marché de télécommunications est justifié, en ce qu'il permet à la fois une liberté d'entrée pour les opérateurs privés, et un contrôle sur cet accès.

L'autorisation remplit deux fonctions essentielles en matière de régulation, d'un côté elle permet de réguler l'entrée au marché et parallèlement constitue un moyen de répartition des ressources rares.

1 - l'autorisation est un acte de régulation du marché

Contrairement au procédé de licence qui se compose de deux éléments : un acte de dévolution suite à une procédure concurrentielle et un acte d'approbation de cette

³³⁷ Article 16 du décret 01-124 décret précité.

³³⁸ Article 18 du même décret.

³³⁹ Art 19 du même décret.

dévolution, l'autorisation est composée d'un seul acte, qui met en œuvre un pouvoir discrétionnaire limité de l'administration.

L'autorisation est, il faut le souligner, un procédé libéral qui se distingue des droits exclusifs, -eux aussi sont des dévolutions unilatérales- qui limitent l'exercice de certaines activités à certains opérateurs. Elle ne consiste pas en une dévolution unilatérale d'une mission de service public, car elle ne la comporte pas. Toutefois, elle reste marquée par les traits essentiels de la décision administrative ³⁴⁰:

- L'autorisation modifie l'ordonnancement juridique sans un accord des deux parties sauf que sur ce point la distinction s'atténue sachant que les contrats de concessions sont dominés par le caractère réglementaire de leurs clauses ne laissant qu'une place réduite à la volonté des parties.

- Le privilège de préalable en vertu duquel l'autorisation produit ses effets juridiques sans recours au juge est consacré par les lois sectorielles comme nous allons le voir.

- L'exécution d'office par laquelle les décisions portant autorisation ou licence peuvent donner lieu à l'utilisation de la force pour leur exécution. Celle-ci s'accompagne du droit de l'administration de contrôler les activités et de dresser des procès verbaux, et en cas échéant d'un retrait de l'autorisation ou de sanction .

En somme, l'autorisation est un outil d'une régulation du marché, qui garantit un accès contrôlé au marché de télécommunication. En effet, en exigeant l'octroi de l'autorisation le législateur impose aux opérateurs le respect de certaines exigences pour l'accès au marché. D'ailleurs, l'octroi d'une autorisation est accompagné d'un cahier des charges définissant les droits et obligations de l'opérateur .

2- Comme mode de répartition de ressources rares

L'autorisation est utilisée dans le domaine de télécommunications aussi comme mode de gestion des ressources rares, en l'occurrence les fréquences hertziennes incorporées dans le domaine public. La situation des occupants privés sera dominée par les principes de l'occupation privative du domaine public :

- L'occupation doit être autorisée en vertu d'une autorisation expresse de l'administration. Elle est délivrée par l'autorité de régulation dans le respect de non discrimination. A ce titre, aucune procédure particulière n'est prévue pour sa délivrance, c'est-à-dire qu'aucune exigence de mise en concurrence n'est posée, et, ce, contrairement à l'attribution de fréquences sous le régime de licence.

Les bandes de fréquences sont d'abord attribuées par l'agence nationale de fréquences ³⁴¹ , ensuite elles sont assignées par l'autorité de régulation. Par attribution ou

³⁴⁰ B.DU MARAIS, Droit public de la régulation économique ,Presses de sciences politiques et Dalloz ,2004,p 451 .

³⁴¹ Décret exécutif 02-97 portant création de l'agence nationale des fréquences du 02mars 2002, JORDP n 06 mars 2002,p19 .

affectation on entend l'opération de répartition entre plusieurs affectataires .A ce stade, l'agence nationale est tenue de notifier les assignations nationales au fichier international des télécommunications. Cette obligation est liée au niveau international à l'attribution des fréquences quelque soit l'autorité qui l'exerce .Il s'agit plus précisément d'inscription dans le tableau d'attribution des bandes aux fins de son utilisation par un ou plusieurs services de radiocommunication.

L'assignation délivrée par l'autorité de régulation s'effectue par une autorisation individuelle conformément à ce que la loi domaniale précise .En d'autres termes, elle ne peut être fondée sur une autorisation générale comme en droit communautaire³⁴² .Celui ci consacre une utilisation libre sous réserve du respect des obligations techniques réglementaires

- La précarité de l'occupation privative est une règle fondamentale de la domanialité publique. Elle signifie que l'occupant ne bénéficie pas d'une situation stable puisque son titre d'occupation est temporaire et révocable .L'administration dispose à son encontre d'un pouvoir discrétionnaire et peut donc refuser le renouvellement du titre ou peut le retirer

La réforme apportée par le législateur au texte de la loi 90-30 n'a pas remis en cause ce caractère .Et la loi 2000-03 n'a fait que prolonger l'application de la précarité. En outre, l'autorité de régulation n'a pas manqué l'occasion de confirmer le caractère précaire des autorisations qu'elle délivre à l'occasion de son adoption des décisions : 03/SP/PC/ARPT/05- n°08/SP/PC/2010- n°09/SP/PC/2010 .

Les titulaires sont désormais obligés de demander à l'ARPT le renouvellement de leurs autorisations. La procédure engagée à cette occasion nécessite un examen approfondi de l'historique du titulaire, à la lumière duquel l'autorité de régulation décide ou non de renouveler l'autorisation ³⁴³ . Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'ARPT n'est pas limité comme par des motifs limités du refus de renouvellement. Pourtant la spécificité du spectre méritait une adaptation des règles de la domanialité publique.

En droit français, en législation comme en jurisprudence, des aménagements au caractère précaire sont prévus :

En premier lieu, le code des postes et des télécommunications énumère les cas du non renouvellement par son article L42-1 .Et en second lieu, les autorisations précisent le délai minimal de notification au titulaire, les conditions de renouvellement ainsi que les motifs du refus.

En jurisprudence, notamment du conseil constitutionnel ,celui-ci tout en rappelant que l'utilisation des fréquences radioélectriques présente le caractère d'une occupation

³⁴² Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, J.O.C.E. du 24 avril 2002, L 108/21.

³⁴³ L'ARPT ,rapport annuel 2010 ,p 20

privative du domaine public, il reconnaît à son titulaire un avantage valorisable, estimant ainsi que si l'Etat a le droit de révoquer l'occupation pour motif d'intérêt général il doit indemniser l'occupant³⁴⁴. Quant au conseil d'Etat il reconnaît –et contrairement à une jurisprudence bien établie–au profit des occupants du domaine public hertzien des droits

³⁴⁵.

b - le régime de la simple déclaration

Le régime de simple déclaration dans le domaine des télécommunications se rapporte à des activités de moindre importance. En d'autres termes, ce sont des activités dont le lien avec le service public est très distant. Ils consistent en des services de valeur ajoutés – services télex ³⁴⁶. La procédure de la simple déclaration permet une ouverture avancée du secteur et un contrôle sur l'accès à ces services.

Il est évident que se contenter d'un régime de déclaration préalable dans la réglementation d'une activité est une reconnaissance sans équivoque de la liberté d'accès pour les opérateurs³⁴⁷. Néanmoins, la déclaration permet à l'autorité de régulation de s'assurer que l'activité relève du régime concerné. Celui-ci exige la déposition par l'opérateur d'une déclaration d'intention d'exploitation commerciale qui contient les informations essentielles sur son activité. L'autorité de régulation délivre en cas d'acceptation un certificat d'enregistrement contre le paiement d'une redevance. Et en cas de refus d'enregistrement, il doit être motivé.

S'ajoute à ce contrôle à priori un autre que l'autorité exerce au cours de l'activité, qui lui permet d'infliger les mêmes sanctions applicables à l'égard des opérateurs sous les régimes de licence et d'autorisation ³⁴⁸.

L'utilisation du procédé de déclaration comme voie principale en droit communautaire pour l'accès au marché de télécommunications est l'aboutissement d'un processus long, au bout duquel le dispositif juridique a acquis une certaine stabilité. Tel est le cas en droit français, il y eut le passage d'un régime d'autorisation individuelle au régime de déclaration préalable assurant ainsi l'ouverture de marché de télécommunications. Il était nécessaire de faciliter l'accès des opérateurs à l'exploitation des réseaux ouverts au public, en supprimant le régime de l'autorisation et le remplacer par un régime plus souple, celui de la déclaration préalable. Désormais, le code des postes et

³⁴⁴ Décision n°2000-442DCdu!28décembre2000

³⁴⁵ CE .Sec .10 octobre 1997 ,Société Strasbourg FM ,Rec,AJDA ,1997 ,p 1028 .

³⁴⁶ Décret exécutif n 01-123du 09 mai 2001relatif au régime d'exploitation applicable à chaque type de réseaux ,y compris radioélectriques et aux différents services de télécommunications, JORADP n 27 du 13 mai 2001,p09 : La liste des services à valeur ajoutée est fixée par l'annexe de ce décret, elle comprends : messagerie vocale , audio texte , télé conférence ,vidéo texte ,banque de données ,messagerie électronique .

³⁴⁷ Quant il été introduit en droit français le régime déclaration au lieu du régime des autorisations individuelles l'objectif était d'apporter plus de dynamisme au marché voir les motifs du projet de la loi <http://www.droit-technologie.org/actuality-652/acces-au-marche-des-communications-electroniques-du-regime-d-autoris.html> .Date de consultation 20 juin 2016 .

³⁴⁸ Art 40 de la loi 2000-03,loi précitée .

télécommunications dispose dans son article 32-1 que « l'établissement des réseaux ouverts au public et la fourniture de services de télécommunications électroniques sont libres sous réserves d'une déclaration préalable auprès de l'autorité de régulation des télécommunications et des postes »³⁴⁹.

Ainsi, la liberté d'accès aux activités de télécommunication³⁵⁰ est reconnue en droit français sans aucune restriction sérieuse, sauf le respect de certaines conditions relatives au respect de certaines conditions instituées pour la préservation de l'ordre public, en plus des conditions liées à la qualité des services ainsi que les objectifs sociaux³⁵¹.

Contrairement à l'exemple français, en droit algérien le processus de libéralisation est récent et la concurrence s'y développe lentement. En outre, il y a le besoin de protection de l'ordre public et les intérêts des consommateurs. C'est pourquoi, le régime de la simple déclaration n'a été prévu que pour les réseaux ouverts au public.

Dans le contexte algérien, on remarque le retour au régime de l'autorisation, en ce qui concerne l'activité d'Audiotex. Car, il s'est avéré que le régime de la simple déclaration n'a pas permis une protection suffisante des consommateurs. Ce changement de régime a été introduit en vertu du décret exécutif 05 -98 du 20 mars 2005, complétant le décret n° 01 123. Pour se conformer à ce changement, 12 opérateurs sur les 46 qui activaient dans le créneau ont déposé une demande de régularisation.

Le marché des télécommunications n'est pas le seul à s'ouvrir à la concurrence. D'autres services sont concernés par cette ouverture mais d'une façon limitée.

c -le régime d'agrément

L'article 41 de la loi 2000-03 précise que l'agrément est délivré par l'autorité de régulation ou par un laboratoire d'essais et mesures dûment agréé. A côté de cette procédure de droit commun, le législateur admet la possibilité de recourir à un régime d'auto-certification et/ou reconnaissance d'agrément obtenu dans d'autres pays.

Pour garantir la liberté d'accès aux activités liées au régime d'agrément, la loi 2000-03 limite le pouvoir de l'autorité de régulation. Celle-ci doit notifier l'agrément dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de dépôt de la demande attesté par un accusé de réception. En cas de refus d'agrément, la décision doit être motivée.

³⁴⁹ Disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr>

³⁵⁰ Il s'agit précisément d'une liberté d'établir et d'exploiter des réseaux ouverts au public ou de fourniture des services de communication électroniques

³⁵¹ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, JORF n°0197 du 26 août 2011.

Il est important que les équipements terminaux et les installations radioélectriques mentionnées doivent ,à tout moment ,demeurer conformes au modèle agréé ³⁵².

Section 2 : l'accès aux services ouverts d'une façon limitée à la concurrence

L'introduction de la concurrence dans certains services en réseaux rencontre certaines limites qui rendent leur ouverture au secteur privé moins accomplie que dans les cas des télécommunications. A ce titre , les secteurs concernés ne se transforment que partialement à des marchés concurrentiels. On y trouve des segments régis par les règles de concurrence, à coté de segments où se maintient le monopole justifié soit par le maintien du service public comme dans le cas du monopole postal détenu par la Poste d'Algérie ,soit par la présence du monopole naturel dans le domaine électrique et gazier.

On peut donc aborder dans cette section les activités exclues de la concurrence (**sous section 1**) et celles qui sont ouvertes à la concurrence (**sous section 2**).

Sous section 1 les activités en réseau exclus de la concurrence

La concurrence dans ces activités a été considérée par le législateur comme inappropriée pour garantir l'intérêt public. L'intérêt public justifie alors l'exclusion du secteur privé dans certaines activités .Dans le domaine postale, cette exclusion est justifiée par l'importance de sauvegarder un certain monopole public (§1) . Quant au secteur électrique et gazier, la présence du monopole naturel dans certains segments du secteur conduit à l'exclusion de l'action privée (§2) .

§1 le monopole de la Poste d'Algérie

Dès le lancement du processus de libéralisation du secteur postal, la loi 2000-03 a prévue la création d'un établissement public industriel et commercial qui prends le relais du ministère concernant le service postal .Il est clair que l'objectif est de garantir dans le cadre d'une exclusivité de gestion la pérennité du service postal (A) . Cette exclusivité limite l'accès à certaines activités postales (B) .

A- la création d'un établissement public industriel et commercial

La loi 2000-03 a prévoit deux modes distincts pour la substitution au ministère des postes et de télécommunications ,séparant ainsi les deux activités. L'article 12 prévoit que « les activités d'exploitation de la poste et de télécommunications exercées par le ministère des postes et télécommunications sont transférées respectivement à un établissement à caractère industriel et commercial pour la poste et à un opérateur des télécommunications »³⁵³. Cette différence de statut n'est pas fortuite, bien au contraire, elle exprime deux logique différentes. L'une du droit privé pour les activités de télécommunication qui consiste à créer un opérateur assumant le service universel dans un

³⁵² Article 42 de la loi 2000-03 précitée.

³⁵³ Loi 2000-03 ,loi précitée .

contexte d'une ouverture à la concurrence .Celui ci, est crée en tant qu'une entreprise publique économique c'est-à-dire sous la forme d'une société commerciale dont le capital est détenu par l'Etat.

L'autre du droit public pour le service postale qui consiste en une gestion personnalisée du service public. La création d'un établissement industriel et commercial témoigne de la volonté du législateur de préserver le rôle de l'Etat dans la gestion du secteur mais à travers une interface. En d'autres termes, il s'agit de réhabiliter le rôle de l'Etat dans ses missions en tant que puissance publique sans porter atteinte aux règles de fonctionnement du secteur .Le pouvoir de tutelle exercé à l'encontre de cet établissement suffit à garantir cette mission

Le décret 02-43 portant la création d'Algérie Poste traduit d'une façon claire la mission du service public dévolue à cet établissement qu'il exerce au nom de l'Etat .L'article 04 de ce décret précise que « l'établissement assure une mission de service public » . Cette mission est détaillée par l'article 05 qui dispose que « l'établissement est chargé d'assurer ,sur l'ensemble du territoire national ,la mise en ouvre de la politique nationale de développement des services postaux et des services financiers postaux à travers la prise en charge des activités de gestion des prestations ,de renouvellement et de développement des infrastructures s'y rapportant »³⁵⁴ .

Dans le cadre de sa réalisation de sa mission générale, la poste d'Algérie accomplit des missions très élargies³⁵⁵ :

On peut évoquer notamment : L'exploitation des activités relevant du régime d'exclusivité –la mise en place et l'exploitation de tout service connexe, en rapport avec l'exercice de ses activités et relevant des domaines du courrier, des colis postaux, de la logistique et des services financiers postaux y compris de la caisse d'épargne ;

Elle dispose de prérogatives très importantes en vertu desquelles elle peut effectuer les actions suivantes :

Elle peut mener toute autres actions visant à l'accomplissement de son objet –de créer toute organisation ou structure se rapportant à son objet, en tout endroit du territoire national ;-de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour assurer l'exploitation, l'entretien et le fonctionnement des infrastructures dont il a la charge ; -élaborer les plans directeurs de développement des infrastructures dont il a la charge ; -élaborer et mettre en œuvre la politique du service universel conformément à la politique sectorielle ,à la réglementation en vigueur et au cahier des charges conclu avec l'autorité de régulation des postes et des télécommunications . Elle peut en outre :-effectuer toute opération commerciale immobilière industrielle et financière, liée à son objet et de nature à favoriser son développement –contracter tout emprunt ; - gérer le patrimoine qui lui est affecté et

³⁵⁴ Décret 02-43 précité .

³⁵⁵ L'article 05 du même décret .

celui dont elle obtient la jouissance –planifier et mettre en œuvre les programmes annuels et pluriannuels d’investissement –prendre toute participation dans une entreprise, créer les filiales, contracter tout partenariat.

Il est clair que l’incarnation du service public postal dans un organisme public s’effectue au détriment de la création d’un vrai marché concurrentiel. Car, l’aspect organique a primé sur le coté fonctionnel du service public ce qui expulse l’action privée dans certains segments.

B- les activités exercées dans le cadre du régime d’exclusivité

Le régime d’exclusivité consacré au profit de la poste d’Algérie concerne deux aspect l’un stable (a) et inchangeable et l’autre variable (b).

a- l’aspect inchangeable du régime d’exclusivité

En tant qu’un agent de l’Etat, la poste d’Algérie s’est vue transférer le monopole qu’exerce celui-ci dans le domaine postal. Ce monopole s’exerce selon l’article 05 de la loi 2000-03 en matière d’émission des timbres poste et de toutes autres marques d’affranchissement des objets postaux. A ce titre, l’article 63 de la même loi stipule que cet établissement bénéficie de la concession -en ce qui concerne le coté inchangeable- sous le régime d’exclusivité en matière « timbres de postes et tout autre marque d’affranchissement les mandats postaux et le service des chèques postaux ».

A noter que la création d’un établissement public équivaut dans les autres cas à l’instauration d’un monopole au profit de celui-ci puisqu’il est appelé à remplacer l’action de l’Etat dans un domaine donné et détenir l’exclusivité de gestion. Ainsi, en matière de l’eau, on remarque que le décret exécutif n 01 -101 portant la création de l’Algérienne des eaux transfère à celle-ci la mission de la mise en œuvre de la politique nationale de l’eau potable³⁵⁶. De même, pour l’office national d’assainissement crée par le décret exécutif n 01 -102 auquel est, transmis dans le cadre de la politique nationale de développement la mission de la protection de l’environnement hydrique et la mise en ouvre de la politique nationale d’assainissement en concertation avec les collectivités locales³⁵⁷.

Mais contrairement à ces deux établissements, la Poste d’Algérie n’a qu’un monopole limité sur le secteur postal. Elle doit en effet, subir la concurrence dans les autres activités ouvertes à l’initiative privée, en l’occurrence celles exercées dans le cadre des régimes de l’autorisation et de la simple déclaration. Le monopole qui lui est octroyé n’est que la contrepartie des obligations du service public qu’elle assume. Et d’un autre coté, il est justifié au regard des ses capacité logistique et financière hérité du ministère, ce qui dépasse les capacités du secteur privé .

³⁵⁶ Décret exécutif 01-101 portant la création de l’algérienne des eaux ,décret précité

³⁵⁷ Le même décret .

b- l'aspect variable du régime d'exclusivité

A coté des activités dont l'exclusivité de gestion transmise à la Poste d'Algérie d'une façon définitive, il existe un autre monopole qui porte sur un segment dont l'étendu est déterminé par le pouvoir réglementaire. Ainsi, la loi 2000-03 nous indique dans son article 63 que le régime d'exclusivité dont bénéficie cet établissement concerne « L'établissement, l'exploitation et la fourniture de services et prestations de la poste aux lettres n'excédant pas un poids fixé par voie réglementaire ».

On peut dire à la lumière de ces dispositions que le régime d'exclusivité est à la merci du pouvoir réglementaire, de telle façon qu'il peut s'élargir ou se rétrécir selon bon lui semble. Or, ce qui est constaté dans l'expérience de libéralisation des services postaux en droit communautaire, comme nous l'avons déjà montré c'est que le service postal se libère progressivement de l'emprise du monopole public. Le même fait est constaté en droit algérien où le régime d'exclusivité est appelé à la baisse. Ainsi, il est passé de la limite de 2 kilogrammes au début de la libéralisation à 350 gramme en 2005³⁵⁸. Cette nouvelle limite de l'exclusivité est selon le rapport de l'ARPT proche des normes internationales. A titre de rappel, la limite exigée par l'union européenne est de 100 g .

Mais même avec la réduction du champ de l'exclusivité, il demeure que le volume du trafic relevant de son régime représente la part du lion de l'ensemble des activités assumées par la Poste d'Algérie. Comme le relève le rapport de l'ARPT de l'année 2014, le volume de trafic relevant du régime d'exclusivité pour l'année 2014 représente 84,67 % du volume global d'Algérie Poste avec 219 ,97 millions d'objets, soit une diminution de volume de 3,44 % par rapport à l'année 2013. Il convient de noter que le volume de trafic du courrier moins de 20 g représente à lui seule 61,66% du volume global soit 157 ,79 millions d'objets .

Ceci montre l'importance de ce régime pour le financement d'un établissement assurant le service public sur le territoire national ³⁵⁹ .

Rubriques	Catégories d'objets (millions)	Total		
- 20g	+ 20g jusqu'à 50g	Plus de 50 jusqu'à 2 KG		
Volume objets	157,79	62,18	35,93	255,90
Part de chaque catégorie	61,66%	24,30%	14,04%	100%

³⁵⁸ ARPT ,rapport annuel 2005,p 104 .

³⁵⁹ Le tableau est présenté par l'ARPT dans son rapport annuel de 2014,p 65 .

§2 le monopole naturel dans le domaine électrique et gazier

Dans le secteur électrique et gazier, l'introduction de la concurrence n'a pas pu envahir le cœur des réseaux. En effet, ceux-ci répondent toujours aux exigences du monopole public qui supposent une gestion exclusive. Ainsi, se dresse devant le secteur privé une barrière. Toutefois, celle-ci est modérée -comme nous le montrerons dans la seconde partie du travail- à travers la consécration du droit d'accès. Nous délimiterons d'abord les contours des réseaux comme objet du monopole (A), ensuite nous aborderons comment il est géré (B).

A- les contours de réseaux

Abordé de son côté technique et physique, un réseau se présente comme une infrastructure, un ensemble d'équipements économiques et techniques³⁶⁰. Il englobe toutes les activités ayant en commun des caractéristiques techniques (tel l'économie d'échelle), et des caractéristiques économiques (comme les retombées des effets des usagers sur les non usagers).³⁶¹ Mais c'est du côté de son rôle social et économique que le réseau acquiert toute son importance, il est perçu comme « un lieu technique d'une intermédiation économique et un instrument d'échange marchand entre des producteurs et des consommateurs ». De ce fait, il est indispensable pour l'accomplissement des activités électriques et gazières et les activités de télécommunications.

Il est important de souligner que le réseau électrique n'apparaît juridiquement qu'avec « *la réalisation de liaison entre les lignes électriques qui devront servir à alimenter en électricité des consommateurs de plus en plus éloignés du lieu de production* ». Avant leur développement technique les réseaux électriques ne sont appréhendés par les textes que comme des « *conducteurs électriques destinés au transport de la force* ». C'est en effet grâce au maillage des lignes électriques que sont créés les réseaux à proprement dit qui assument le rôle d'acheminer l'électricité via une infrastructure depuis le producteur aux consommateurs. Le réseau électrique, acquiert alors une importance qui correspond à la spécificité de l'électricité qui consiste dans le fait « *qu'elle ne se déplace pas avec précision d'un point d'injection (lieu de production) à un point de soutirage (lieu de consommation) et la mise sous tension fait en sorte que le réseau électrique n'achemine pas un produit identifiable mais une puissance* »³⁶²

La législation algérienne définit le réseau électrique dans ses deux composants comme suit ³⁶³ :

³⁶⁰ Le dictionnaire Le Robert, 1994, p.733

³⁶¹ Banque Mondiale, « une infrastructure pour le développement », 1994, Washington, p.2

³⁶² N.CHEBEL, La régulation de l'électricité et du gaz, op cit, p.26 Voir sur la fonction du réseau C STOFFAES direc, entre monopole et concurrence - la régulation de l'énergie en perspective historique -, PAU, 1994.

³⁶³ Article 02 de la loi 02-01 relative à l'électricité et la distribution du gaz par canalisation la régulation, loi précitée.

Pour la distribution de l'électricité, son réseau est constitué par « l'ensemble d'ouvrages constitué de lignes aériennes câbles souterrains transformateurs, postes ainsi qu'annexes et auxiliaires aux fins de distribution.

Le réseau de transport : Il comprend l'ensemble d'ouvrages constitués de lignes aériennes ,de câbles souterrains ,de liaisons d'interconnexions internationales, de postes de transformation ainsi que leur équipement annexes tel que les équipement de tél éconduite et de télécommunications les équipements de contrôle de commande et mesure servant à la transmission d'électricité à destination de clients de producteurs et de distributeurs ainsi qu'à l'interconnexion entre centrales électriques et entre réseaux électriques .

Il est clair de ces deux définitions, que le réseau de distribution a une composition moins complexe que celui de transport, puisqu'il se réduit aux éléments nécessaires à la distribution. Tandis que le réseau de transport comprend des éléments diversifiés et vise à accomplir plusieurs objectifs. La fonction attribuée au réseau local ou régional de distribution raccordés au réseau de transport est de desservir les consommateurs .Ainsi on comprend le lien entre le transport et la distribution.³⁶⁴ La tension des lignes électriques est prise en compte également en droit algérien pour la définition du réseau de transport. C'est ce qui ressort du décret n 06-430 qui enrichit la définition donnée par la loi 02-01³⁶⁵. De telle sorte que les lignes d'électricité d'une tension inférieure à 63kv appartiennent au réseau de transport et celle d'une tension égale ou supérieure à 63kv relèvent du réseau de la distribution.

Mais l'élément de tension n'est pas le seul critère de distinction entre deux réseaux parce qu'un réseau de transport remplit la fonction de répartition de l'énergie. Celle-ci consiste à abaisser la tension de la puissance électrique reçue des centres de production pour renvoyer un courant en moyenne tension vers les centres de distribution et les grands clients industriels³⁶⁶

A partir de la fonction du transport qu'il remplit, le réseau de transport est défini d'une façon très précise par la commission de régulation d'électricité française .Dans son

³⁶⁴ Voir R André et S Ravel, Transport d'énergie et télécommunications, 40 ans d'histoire d'un grand service d'EDF, Paris AHEF, 1991, p120 .

³⁶⁵ Décret exécutif n 06-430 du 26 novembre 2006 fixant les règles techniques de conception ,d'exploitation et d'entretien du réseau de transport de l'électricité ,JORADP n 76 du 29 novembre 2006,. Celui ci précise dans son article 03 que « le réseau de l'électricité comporte notamment : les lignes aériennes et les câbles souterrains dont la tension d'utilisation égale ou supérieure à 60 kV avec leurs installations annexes ;

– les liaisons d'interconnexions internationales dont la tension d'utilisation égale ou supérieure à 60 kV ;

– les postes de transformation dont la tension est supérieure ou égale à 60 kV avec le matériel Haute Tension des travées, leurs installations annexes y compris les équipements de communication, dispositifs de protection et comptage, des éléments de surveillance et de contrôle, des services auxiliaires, ainsi que les infrastructures immobilières de ces postes ;

les transformateurs de puissance dont l'une des tensions est égale ou supérieure à 60 kV ;

– les systèmes de compensation de la puissance réactive connectés aux réseaux de transport de l'électricité (batteries de condensateurs, selfs et SVC) ;

– les équipements de centres régionaux de conduite

³⁶⁶ N. CHEBEL , La régulation du marché de l'électricité ,op cit , p 121.

rapport d'activité du 20 juin 2000, elle précise que le réseau de transport assure « le transit et la transformation de l'énergie électrique entre le lieu de production et le lieu de consommation »³⁶⁷. En outre une autre mission importante est liée à l'équilibrage des injections et des soutirages sur les réseaux électriques et gaziers³⁶⁸. La transformation dont il s'agit signifie la répartition et l'acheminement de l'électricité considérés comme des attributs classiques du réseau de transport³⁶⁹.

Tel le réseau de l'électricité, le réseau gazier se divise en deux parties : réseau de transport et réseau de distribution. La loi 02-01 définit ceux-ci à peu près de la même façon que ceux de l'électricité³⁷⁰.

Le réseau de transport est composé des mêmes composants que nous avons vu concernant le transport de l'électricité, sauf qu'ils sont destinés à servir au transport du gaz à destination de clients, de producteur d'électricité et de distributeurs de gaz, ainsi qu'à l'interconnexion entre réseaux gaz. Par le décret exécutif n°06- 431³⁷¹, les limites du réseau de transport et du gaz avec les réseaux qui lui sont proches sont fixées.

Quant au réseau de distribution du gaz, il comprend à l'instar du réseau électrique : « l'ensemble d'ouvrages constitués de canalisation postes ainsi que d'annexes et auxiliaires aux fins de distribution du gaz »³⁷².

L'énumération apportée par le législateur n'est pas exhaustive, en d'autres termes elle laisse le champ ouvert à des interrogations sur l'appartenance de certains éléments au réseau gazier. Et on peut donc, se demander comme il a été en droit communautaire si les gazoducs appartiennent au réseau gazier et en conséquence si elles sont concernées par le droit d'accès.

A partir d'une définition du réseau très proche de celle du droit algérien³⁷³, le droit communautaire précise, à travers la directive 1998, que l'étendu du réseau « *est déterminé*

³⁶⁷ CRE, Annexe du Rapport d'activité de la du 30 juin 2000, p 29

³⁶⁸ Emmanuel GRAND Thomas VEYRENC, L'Europe de l'électricité et du gaz, op cit, p 385

³⁶⁹ N. CHEBEL, La régulation du marché de l'électricité, op cit, p 121

³⁷⁰ Article 02 de la loi 02-01 relative à l'électricité et la distribution du gaz par canalisation.

³⁷¹ Décret exécutif n° 06-431 fixant les règles techniques de conception, d'exploitation et d'entretien du réseau de transport de gaz, décret précité : Les limites du réseau de transport du gaz avec les réseaux « amont » se situent au joint isolant du point d'entrée du réseau de transport du gaz.

-les limites du réseau de transport du gaz avec les utilisateurs autres que les distributeurs se situent au joint isolant en amont de leur poste de livraison.

-les limites avec les réseaux de distribution se situent à la bride aval du poste de livraison du gestionnaire du réseau de transport du gaz

³⁷² Art 02 de la loi 02-01 précitée.

³⁷³ Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, Directive précitée : Le réseau est défini comme « tout réseau de transport et/ou de distribution et/ou toute installation de GNL détenu et/ou exploité par une entreprise de gaz naturel y compris ses installations fournissant des services auxiliaires et celles des entreprises liées nécessaires pour donner accès au transport et à la distribution »

avec plus ou moins de certitude selon les installations en cause »³⁷⁴. Ainsi ,les réseaux de gazoducs en amont se trouvent exclus de l'application du réseau gazier³⁷⁵

Une autre difficulté est soulevée par la définition du réseau. Elle concerne la détermination des services auxiliaires. La réponse à cette question est aussitôt donnée en droit communautaire par le conseil et la commission, pour qui le terme des services auxiliaires, comprend l'ensemble des services nécessaires à l'exploitation des réseaux de transports et/ou distribution et/ou des exploitations de GNL, y compris le stockage, l'équilibrage des charges et les mélanges.³⁷⁶ L'importance du stockage nous pousse à s'interroger s'il est concerné par le droit d'accès³⁷⁷.

B- la gestion du monopole

La loi 2002-01 consacre le caractère du monopole naturel pour les réseaux de transport électriques et gaziers en vertu des articles 29 et 45. Elle prévoit que la gestion de chaque réseau est confiée à un gestionnaire unique. Les deux gestionnaires bénéficient d'une autorisation d'exploiter délivrée par le ministre chargé de l'énergie. Ils sont les propriétaires des réseaux, et doivent selon les articles 30 et 48 de la même loi assurer les fonctions d'exploitation de maintenance et de développement de ces réseaux de transport en vue de garantir une capacité adéquate par rapport aux besoins de transit et de réserve

Ces deux gestionnaires des réseaux électriques et gaziers ne sont selon cette loi que deux entreprises commerciales .L'article 31 renvoie à l'article 169 la question de la création de l'entreprise gestionnaire du réseau du transport électrique. Celui-ci précise à son tour que la filiale transport d'électricité SONALGAZ SPA désigne le gestionnaire du réseau transport de l'électricité. Quant à la gestion du réseau de transport du gaz, elle est confiée à la filiale transport du gaz qui désigne le gestionnaire du réseau de transport.

Les obligations de ces deux gestionnaires sont précisées par le décret 06-432, pour le réseau de transport de l'électricité, et le décret 06 -430 pour le réseau de transport d'électricité. Elles contribuent à la réalisation du service public tel qu'il est défini par l'article 03 de la loi 2002-01 .

Par ailleurs, la loi 2002-01 prévoit la possibilité d'intrusion du secteur privé dans la gestion de ce réseau à travers une privatisation partielle .Car, comme le précise l'article 168 de cette loi « le capital des filiales de SONALGAZ SPA chargées de la production, du transport, de la distribution de l'électricité et celles chargées du transport et de la distribution du gaz est ouvert au partenariat privé dispersé ou au deux, ou au travailleurs ».

³⁷⁴ C. LEMAIRE, Energie et concurrence, op cit , p 443

³⁷⁵ Il faut revenir à l'ouvrage de Christophe n 42 concernant le réseau de transport, du réseau de distribution et des installations de GNL

³⁷⁶ V la déclaration n 80/98 du conseil et de la commission relative à l'article 2 paragraphe 12 de la directive 98/30/CE sur le site http://www.europa.eu.int/comm/energy/en/gas_single_market_index_en.html .

³⁷⁷ L'importance du stockage consiste à faire coïncider l'offre et la demande de gaz sur une base saisonnière et journalière. C'est un instrument de flexibilité parmi d'autres voir C.LEMAIRE, Energie et concurrence, op cit ,p 444

Une telle introduction du secteur privé dans la gestion des réseaux de transport d'électricité et du gaz ne peut pas compromettre la bonne gestion des réseaux, car, le législateur limite la participation privée en imposant en vertu de l'article 168 que SONALGAZ SPA demeure l'actionnaire majoritaire pour ces filiales. En outre, et l'instar de toutes les privatisations portant sur des entreprises économiques assurant une mission de service public, l'Etat garantit la continuité du service public³⁷⁸.

Enfin, Mise à part les limites sous évoquées à la liberté d'accès, le reste des activités dans le secteur postal et le secteur énergétiques sont ouverts à la concurrence selon des régimes simplifiés proches de ceux utilisés dans le domaine des télécommunications.

Sous section 2 les activités ouvertes à la concurrence

La concurrence s'installe progressivement dans les autres activités postales (§1) ainsi que dans le secteur énergétique (§2). On observe alors une liberté d'accès consacrée au profit du secteur privé selon les modalités qui conviennent à chaque secteur.

§1 les modalités d'accès au secteur postal

La loi 2000-03 met en place deux régimes en faveur du secteur privé : Le régime d'autorisation ouvrant le droit à l'exercice d'activités concurrentielles ayant un lien solide avec l'intérêt public (A) et le régime de la simple déclaration portant sur des activités ayant qu'une importance secondaire avec la réalisation de cet intérêt (B).

A- le régime d'autorisation

L'autorisation est un acte de régulation de l'accès au marché postal, tel que son utilisation en matière de télécommunications. En effet, l'autorisation postale est accordée dans le respect de certaines exigences³⁷⁹, il s'agit de :

- conditions liées au service public relatives à l'autorisation postale concernent : le respect de la confidentialité et de la neutralité du service au regard des messages transmis – la nature, les caractéristiques et la zone de couverture – les normes et spécifications du service – principe du respect d'égalité de traitement des usagers

- pour l'octroi de l'autorisation postale des spécifications techniques sont exigées par les cahiers de charges relatives aux activités entrant dans le champ d'application de l'autorisation

Quant à l'objet de ce régime. Après avoir instauré un régime d'exclusivité au profit d'un « établissement public » pour remplir une mission de service public, la loi 2000-03 consacre le régime d'autorisation pour certaines activités concurrentielles dont l'objet sera

³⁷⁸ La loi 2002-01 précitée.

³⁷⁹ L'article 64 de la loi 2000-03, loi précitée, p03

déterminé par le décret 01 -418. Il concerne l'établissement, l'exploitation et/ou la fourniture de services de courrier accéléré international

Le décret définit le courrier accéléré international comme étant « la collecte l'acheminement et la distribution de documents et de colis postaux par voie express en provenance ou à destination de l'étranger »³⁸⁰

Le régime d'autorisation a été précisé par le cahier des charges fixant les conditions et les modalités d'exercice de la profession de collecteur distributeur du courrier accéléré international. L'objet de l'activité comporte selon le cahier des charges : le respect de certains éléments du service public à savoir des principes fondamentaux de continuité d'égalité et d'adaptabilité³⁸¹.

Et en 2004 deux opérateurs concurrencent Algérie Poste dans cette activité UPS et DHL. Et deux demandes d'autorisation ont été déposées au niveau de l'ARPT par FALCON (FEDEX) et CHRONOPOST³⁸².

B- le régime de la simple déclaration

Ce régime simplifié a été prévu à l'égard des activités postales d'une importance marginale (a). La procédure permet néanmoins à l'instar de son application en matière de télécommunications une régulation postale (b).

a- l'objet du régime de la simple déclaration

Contrairement à l'activité du courrier international tournée vers l'étranger, les activités soumises à la simple déclaration sont exercées à l'intérieur du territoire national. Ils ne concernent que le courrier de moindre importance.

Le décret exécutif n 01-418 définit les activités liées au régime de la simple déclaration d'une façon négative, en disposant dans son article 04 qu'il s'agit des activités qui concernent l'établissement, l'exploitation et /ou la fourniture de services et prestations postales autres que ceux régis par les régimes d'exclusivité et celui d'autorisation.

C'est pourquoi, elles sont soumises à un régime allégé qui ne nécessite qu'une déclaration d'intention d'exploitation commerciale auprès de l'autorité de régulation en vue d'obtenir un certificat d'enregistrement qui leur permet d'exercer les activités concernées³⁸³.

Le marché postal soumis à la simple déclaration a attiré plusieurs opérateurs depuis l'ouverture du secteur à la concurrence. L'autorité de régulation relève dans son rapport de

³⁸⁰ ARPT ,Rapport annuel , 2001, p 163.

³⁸¹ Ibidem ,p 50 .

³⁸² ARPT ,Rapport annuel , 2004, p149 .

³⁸³ Art 40 de la loi 2000-03 ,loi précitée .

2004, l'importance de la demande de ce type d'activités qui connaît une évolution après 04 ans seulement de l'adoption de la loi 2000- .Le nombre des certificats d'enregistrement délivrés à cette année atteint 14 ³⁸⁴.

b- la procédure de la simple déclaration

La loi 2000-03 prévoit une procédure similaire à celle utilisée en matière de télécommunications .Elle consiste en une déclaration d'intention commerciale de ce service .Celle ci, doit contenir notamment les informations suivantes : le contenu détaillé du service à exploiter- la couverture géographique – les tarifs qui lui seront appliqués par les usagers³⁸⁵.

Et telle qu'en matière de télécommunications, l'autorité de régulation n'a qu'un pouvoir lié pour la délivrance du certificat d'enregistrement, de telle sorte qu'elle dispose d'un délai de deux mois, à partir de la date de réception pour vérifier que ce service relève du régime de la simple déclaration. Son refus doit être motivé pour ce qui constitue une garantie pour les opérateurs³⁸⁶.

On remarque aussi que la loi 2000-03 a consacré à coté du pouvoir de l'autorité de régulation d'octroi du certificat d'enregistrement celui de son retrait³⁸⁷. Et même en dehors de cette consécration, l'autorité de régulation peut l'exercer au nom du principe du parallélisme des formes. Celle-ci l'a utilisé en 2013 comme le relève son rapport de 2014 à l'encontre d'un opérateur pour motif d'inactivité³⁸⁸.

Ainsi, tel en matière de télécommunication, la délivrance du certificat d'enregistrement rapproche le régime de la simple déclaration à celui d'autorisation.

§2 les modalités d'accès aux activités concurrentielles électriques et gazières

En dehors du territoire du monopole naturel, deux activités concurrentielles sont ouvertes dans le secteur énergétique aux opérateurs privés :la production de l'électricité – l'importation et l'exportation du gaz et de l'électricité . Leur dévolution se fait à travers deux régimes distincts, à savoir le régime de l'autorisation ,et la saisine de la commission de régulation. Nous allons déterminer les activités liées à ces deux modalités d'accès **(A)**, ensuite nous préciserons les procédures de délivrance des autorisations **(B)**.

A – Les activités énergétiques qualifiées comme concurrentielles

La concurrence s'installe dans deux domaines énergétiques, l'activité de production électrique **(a)** ,ainsi que l'importation et l'exportation énergétique **(b)** .

³⁸⁴ ARPT ,Rapport de 2004,rapport précité, p 170.

³⁸⁵ Art 40 de la loi 2000-03 précitée .

³⁸⁶ Ibidem .

³⁸⁷ Ibidem .

³⁸⁸ ARPT ,rapport d'activité 2014,p 56.

a - L'objet de l'autorisation

L'autorisation d'exploitation des installations de production d'électricité porte sur une activité qui contribue directement à la réalisation du service public.

En effet ,même si la production de l'électricité n'est pas érigée en service public, ,elle lui reste rattachée par plusieurs dispositions l'encadrant. Il s'agit d'abord, d'une activité qui contribue à approvisionner le marché de l'électricité, et dont la défaillance peut produire une rupture du service³⁸⁹. C'est pourquoi, le législateur après l'avoir rangé dans les activités auxquelles les opérateurs accèdent librement - sans une procédure de mise en concurrence-, il prévoit le cas où le nombre des autorisations s'avère insuffisant. La commission peut alors recourir à un appel d'offre³⁹⁰. « Et dans tous les cas la commission de régulation prendra les dispositions nécessaires pour la satisfaction des besoins du marché national » Une telle disposition témoigne de l'importance de la production dans l'accomplissement du service public .Elle reflète par ailleurs l'ouverture du secteur

En outre, la loi a encadré l'activité de production par un programme élaboré par la commission de régulation qui indique les besoins en moyens de production. Ce programme obéit à des paramètres de service public, tel l'évaluation des besoins d'électricité- le soutien des énergies renouvelables – et précisément des besoins du service public³⁹¹.

Le lien entre la production et le service public se manifeste aussi dans les critères d'octroi de l'autorisation, le plus important d'entre eux consiste en le respect des obligations de service public en matière de régularité et de qualité de la fourniture d'électricité ,ainsi qu'en matière d'approvisionnement de clients n'ayant pas la qualité de client éligible . Quant aux autres critères, ils portent sur la sécurité et la sureté des réseaux d'électricité –l'efficacité énergétique –le respect des règles de protection de l'environnement³⁹².

Par ailleurs, la production de l'électricité peut exceptionnellement revêtir le caractère d'une vraie mission de service public .Ce cas se présente si le producteur assume une sujétion de service public. Dans ce cas, l'activité en question donne lieu selon l'article 04 de la loi 2002-01 à une rémunération.

Cette relation entre la production de l'électricité et l'intérêt est constatée en droit comparé, pour les mêmes raisons. C'est ce que M çagla TANSU constate à propos du droit français et droit turc dans sa thèse .Selon lui « *les modalités d'attribution des licences de*

³⁸⁹ L'un des objectifs les plus importants des politiques de libéralisation des marchés de l'énergie est de garantir la sécurité d'approvisionnement en électricité dans un environnement concurrentiel voir M.GIBERSON, « L'électricité est elle –un bien public », Problèmes économiques ,18 juillet 2007, p 41.

³⁹⁰ La délivrance d'une autorisation et l'appel d'offre relèvent de deux logiques différentes d'ouverture de l'activité de production .La première s'appuie sur la dynamique concurrentielle et la deuxième s'appuie sur la demande de l'Etat voir M .LAURE BASILIEN –GAINCHE , « le service de l'électricité entre ouverture du marché et ouverture du capital » ,RDP ,N 6 ,2002 , pp. 1769-1812.

³⁹¹ Art 08 de la loi 2002-01 , loi précitée .

³⁹² Art 13 de la loi 2002-01 .

production, dans les droits français et turc ,sont de plus en plus semblables et tiennent compte aussi des facteurs aboutissant à la protection de la nature »³⁹³ .

Tout en affirmant le lien qu'entretient la production d'électricité avec le service public ,on ne peut qualifier son régime d'attribution comme étant une délégation non contractuelle du service public . Car ,il s'agit d'une activité qui échappe aux éléments classiques du service public en raison de son caractère concurrentiel . Ce refus est fondé sur la même analyse que nous avons adoptée à l'égard des activités de télécommunication.

La loi 2002-01 a en effet ouvert la production de l'électricité à la concurrence sous le régime de l'autorisation. L'article 7 de cette loi prévoit que les nouvelles installations de production sont réalisées et exploitées par toute personne physique ou morale de droit privé ou de droit public titulaire d'une autorisation .

On conclut donc que cette activité obéit au régime du droit commun, c'est-à-dire aux règles de droit commercial. En d'autres termes, elle n'est pas soumise à un régime exorbitant, tel la concession de distribution d'électricité et du gaz. La facilité d'acheminement de l'électricité permet de créer des marchés concurrentiels³⁹⁴.

Néanmoins, tout comme les activités de télécommunication, notamment celles soumises au régime de licence, l'activité de production de l'électricité se positionne entre le marché et le service public.

b- Les activités d'exportation et l'importation

Les activités d'exportation et d'importation d'électricité sont à l'instar de l'activité de production ouvertes aux opérateurs privés .Ils relèvent alors du régime du droit commun, sous réserve de la saisine de la commission de régulation. Avant toute opération d'exportation, la commission est saisie pour demander son avis. Elle peut formuler un avis défavorable si la demande nationale n'est pas satisfaite ³⁹⁵ .

Cependant sont dispensées de cette procédure :

Les installations dont tout ou une partie de l'énergie produite est destinée exclusivement à l'exportation.

Les échanges internationaux entre réseaux frontaliers entrant dans le cadre des règles de fonctionnement des réseaux ou du secours mutuel³⁹⁶.

³⁹³ Ç. TANSUO , La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit, p 187.

³⁹⁴ Banque mondiale, Jeffrey. DELMON rapport sur les « PPP dans le secteur des infrastructures d'infrastructures : guide pratique à l'intention des décideurs publics », rapport précité, p 116.

³⁹⁵ Art 85 de la loi 2002-01 ,loi précité

³⁹⁶ Les articles 86 et 87 de la même loi

B- la procédure de la délivrance de l'autorisation

La loi prévoit deux modalités pour l'octroi de l'autorisation : l'une de droit commun (a) l'autre consiste en la mise en concurrence (b) . En outre la loi 2002-01 prévoit le cas du changement du titulaire (c) .

a – Le régime de droit commun

L'autorisation de la production d'électricité de droit commun est délivrée par la commission de régulation à la demande de l'intéressé .L'article 16 de la loi 2002-03 renvoie à un règlement la fixation de la « procédure d'octroi des autorisations d'exploiter notamment la forme de la demande, l'instruction du dossier par la commission de régulation la destination de l'énergie produite, les délais de la notification de la décision au demandeur et les frais à payer à la commission de régulation pour l'analyse du dossier »³⁹⁷ .

A cet effet, le décret 06-428 du 26 novembre 2006 a été pris .Ainsi, la procédure a été bien précisée de la manière suivante³⁹⁸ :

La demande d'autorisation d'exploitation est adressée à la commission de régulation de l'électricité et du gaz en 6 exemplaires. Elle prend la forme d'un modèle précisé par l'annexe et comporte les documents justificatifs relatifs à plusieurs aspects.

En ce qui concerne le respect des obligations du service public .La demande doit être accompagnée par un argumentaire concernant l'insertion de la nouvelle installation dans le réseau électrique, en vue d'établir la contribution de cette dernière au respect des obligations de service public en matière de qualité et de régularité de fournitures d'électricité . Les capacités techniques, économiques et financières ainsi que l'expérience professionnelle du demandeur et la qualité de son organisation devront être démontrées pour une bonne exécution de l'autorisation³⁹⁹ .

Les aspects techniques et environnementaux doivent aussi être pris en considération par les documents justificatifs. Ils doivent à ce titre montrer l'impact de la nouvelle installation sur les plans de développement des réseaux de transport d'électricité et du gaz approuvés induit par sa localisation et sa situation par rapport aux centres de consommations ,ainsi que sur l'environnement⁴⁰⁰ .

En outre, le demandeur doit présenter un engagement de souscrire au cahier des charges fixant les droits et obligations du producteur d'électricité.

³⁹⁷ Loi 2002-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation ,loi précitée .

³⁹⁸ Décret 06-428 du 26 novembre 2006 fixant la procédure d'octroi des autorisations des installations de production d'électricité, JORDP du 29 novembre 2006 ,n 76 .

³⁹⁹ Art 03 du décret 06-428 ,décret précité .

⁴⁰⁰ Ibidem .

L'impact de l'intégration de la nouvelle installation sur les plans de développement des réseaux de transport de l'électricité et du gaz approuvés, induit par sa localisation et sa situation par rapport aux centres de consommations .

Après la présentation de la demande à la CREG, celle-ci procède à l'examen préliminaire dans un délai très court .Elle doit le faire dans un délai qui ne saurait excéder 10 jours à compter de la date du dépôt de la demande. Au terme de délai, la commission de régulation peut soit délivrer un accusé de réception si le dossier est jugé conforme soit faire retourner le dossier au demandeur pour sa mise en conformité. Dans la première hypothèse, la CREG procède à la publication des principales caractéristiques de l'installation ⁴⁰¹.

Le délai imparti à la CREG pour statuer sur la demande de l'autorisation d'exploitation est de quatre mois, à compter de la date de l'accusé de réception .Elle peut au cours de ce délai, demander des compléments d'information ⁴⁰² .

Les autorisations délivrées par les autorités de régulation sont personnelles et incessibles. Par ailleurs la loi 02-01 prévoit que l'autorisation est délivrée à un titulaire unique⁴⁰³.

L'activité de production d'énergie électrique est parmi les activités les plus attractives pour l'implication du secteur privé dans le cadre des partenariats publics privés et de structures de financement de projet.⁴⁰⁴

b- La procédure d'appel d'offre

Contrairement la procédure engagée à l'initiative du demandeur de l'autorisation, la loi prévoit une procédure exceptionnelle de mise d'un appel d'offre. Cette procédure est activée si la CREG constate l'insuffisance des demandes d'autorisation d'exploitation .Dès lors ,la commission de régulation peut « lancer un appel d'offre à construction de nouvelles installation de production d'électricité après avis de l'opérateur du système, de l'opérateur du marché et des distributeurs concernés »⁴⁰⁵ .

Cette procédure de mise en concurrence ne dénature pas le régime d'exploitation .Celui ci reste en effet pareil à celui applicable aux autorisations obtenues à l'initiative des demandeurs .En effet, comme l'indique l'article 25 de la loi 2002-01 l'opérateur retenu bénéficie de l'autorisation d'exploitation et peut conclure librement des contrats de vente avec les distributeurs et les clients éligibles.

⁴⁰¹ Art 04 du décret 06-428 .

⁴⁰² Art 05 du décret 06-428 .

⁴⁰³ Article 10 de la loi 2002-01,loi précitée .

⁴⁰⁴ Banque mondiale, Jeffrey, DELMON rapport sur les « PPP dans le secteur des infrastructures d'infrastructures : guide pratique à l'intention des décideurs publics », rapport précité, p 117

⁴⁰⁵ Art 22 de la loi 02-01 précitée .

Il est à noter que le décret 06-428 prévoit le cas de survenance de modifications des caractéristiques principales d'une installation existante autres que l'augmentation de la capacité .Elles doivent selon l'article 09 de ce décret portées à la connaissance de la CREG avant leur mise en œuvre . En fonction de l'importance de ces modifications, elles peuvent faire l'objet soit d'une demande d'autorisation d'exploitation ou d'une déclaration. Si la commission de régulation juge que l'octroi d'une autorisation est nécessaire, elle notifie dans un délai de dix jours, au demandeur les informations à fournir en complément au dossier objet de la première autorisation .La CREG a un délai de deux mois à compter de la date de l'accusé de réception des informations complémentaires requises .

Enfin,la liberté reconnue aux opérateurs privés pour accéder aux activités de production d'électricité est parachevée par la liberté de quitter cette activité .Toutefois, l'opérateur doit informer la commission 48 heures avant l'arrêt de l'installation par lettre recommandée avec accusée de réception .Il doit aussi notifier l'arrêt définitif de l'installation à la CREG dans le mois qui suit, par lettre recommandée avec accusé de réception⁴⁰⁶ .

c Le cas du changement du titulaire

Bien que l'autorisation est personnelle et incessible –car elle est délivrée nominativement par la commission à un titulaire unique- le décret prévoit la possibilité du changement du titulaire. Mais pour effectuer ce changement, l'article 10 du décret n 06-428 exige que le titulaire avec le nouveau pétitionnaire adressent au préalable à la commission de régulation de l'électricité et du gaz, une demande conjointe de transfert. La demande doit être accompagnée par certaines informations⁴⁰⁷ :

Les capacités techniques, économiques et financières ainsi que l'expérience financières et l'expérience professionnelle du nouveau demandeur et la qualité de son organisation ;

Toute autre information que le nouveau demandeur jugera utile de fournir pour étayer ladite demande, sans préjuger d'autres informations que la CREG pourrait requérir pour l'analyse du dossier.

Un délai de deux mois est imparti à la commission de régulation pour statuer sur la demande à compter de la date de l'accusé de réception des informations accompagnant la demande.

⁴⁰⁶ Art 12 du décret exécutif 06-428 fixant la procédure d'octroie des autorisations d'exploiter des installations de production d'électricité ,décret précité .

⁴⁰⁷ Décret exécutif n 06-428 fixant la procédure d'octroie des autorisations d'exploiter des installations de production d'électricité ,décret précité .

Conclusion du chapitre 02

Les politiques de libéralisation ont réussi dans certaines activités en réseaux à lever relativement les barrières devant les opérateurs privés. On a pu distinguer à ce titre, l'ouverture des télécommunications d'une façon accomplie à la concurrence. Les autres activités n'ont connu en revanche qu'une ouverture limitée, en raison de la subsistance du monopole naturel, ou la nécessité de sauvegarder des droits exclusifs pour la réalisation d'intérêt général.

Les modes d'accès aux activités concurrentielles ne peuvent être assimilés à des dévolutions non contractuelles de service public, car elles ne répondent pas aux critères posés par la jurisprudence pour l'identification d'une gestion privée d'un service public . Mais leur rapport avec le service public reste indiscutable .

Conclusion du titre 1

Les activités en réseaux ouvertes à l'initiative privée dans le cadre de la concurrence pour le marché ne sont plus des services publics au sens traditionnel .C'est à dire, qu'elles ont perdu les caractéristiques exigées pour considérer leur dévolution au secteur privé comme une délégation de services publics .En conséquence, les opérateurs introduits ne sont pas des délégataires de services public, mais des fournisseurs de services concurrentiels .Cette constatation est le résultat du recours aux critères posés par la jurisprudence administrative en droit français pour l'identification de la gestion privée des services public . Mais nous avons remarqué par ailleurs que ces activités contribuent à la satisfaction de l'intérêt général.

Pour organiser l'accès aux activités le législateur algérien a prévu plusieurs modalités, selon l'importance des activités et la nécessité de limiter le nombre des intervenants sur le marché ou en raison de la rareté des ressources rares .

Le modèle de la concurrence n' a pas été généralisé à tous les services en réseaux ,car certains services demeurent fidèles à la gestion exclusive ,c'est-à-dire que la liberté d'accès du secteur privé doit être recherchée dans le cadre d'une concurrence pour le marché .

Titre II

L'accès du secteur privé aux activités non concurrentielles en réseaux

Dans le domaine des services en réseau, il n'y a pas un modèle unique de gestion pour atteindre l'intérêt public mais une pluralité de modes adaptés à des finalités qui évoluent dans le temps et dans l'espace, et selon chaque secteur et les mutations technologiques.

Lorsque l'ouverture de certains services publics en réseaux au secteur privé ne répond pas à la configuration précédente « concurrence dans le marché », en raison du poids persistant du monopole naturel, et de l'importance du maintien de la compétence des pouvoirs publics, un autre modèle d'ouverture de ces services se présente.

La remise en cause du monopole public est perçue ici sous un angle différent. Elle consiste seulement à mettre fin aux droits spéciaux dont bénéficiaient les opérateurs publics, et ouvrir leurs activités aux opérateurs privés dans le cadre de concessions. Elle ne s'accompagne pas pour autant par la constitution d'un marché concurrentiel.

Dans une telle configuration, le monopole se déplace du secteur public vers le secteur privé. Ainsi, les conditions de fonctionnement des monopoles naturels seront respectées, car le réseau sauvegarde son unité et le contrôle des pouvoirs publics sera maintenu. Un tel choix peut être une occasion en or pour le développement d'un partenariat ou une gestion mixte des services en réseaux.

Pour réaliser une ouverture sur le secteur privé des moyens contractuels seront déployés. Il s'agit de nouvelles formes de coopérations entre les pouvoirs publics et les opérateurs privés. L'ensemble de ces techniques s'identifiera comme étant un mouvement de contractualisation des obligations de services publics.

Dans ce titre, on démontrera d'abord que l'emprise publique sur ces services est remise en cause, et on s'interrogera sur la spécificité des techniques contractuelles mise en œuvre à cette fin en droit algérien (**chapitre 1**). Cette dévolution, s'effectue selon des procédures concurrentielles (**chapitre 2**). Sur ces deux éléments repose le modèle de la concurrence pour le marché.

Chapitre I

Une remise en cause du monopole public sans l'instauration de concurrence

Au regard de la nature des services en réseau qui ne répond pas à la concurrence dans le marché, il était nécessaire de maintenir des droits exclusifs au profit des délégataires. Les conditions de monopole naturel sont toujours en vigueur en faveur d'une gestion unique des activités concernées. Que ce soit dans le service de distribution de l'électricité, ou dans les services d'eau et d'assainissement ou le transport ferroviaire, les arguments liés au monopole naturel et la présence d'externalité militent pour la non concurrence. Seule alors est envisagée une concurrence au stade du choix de l'opérateur.

Dans ce genre de services en réseaux, le législateur ouvre le marché aux opérateurs privés, en leur accordant des droits exclusifs. Cette ouverture s'effectue dans le cadre de contrats de délégation par un transfert d'exclusivité (**section 1**). Le modèle contractuel envisagé pour ce transfert sera analysé (**section 2**).

En utilisant le choix du modèle de la concurrence pour le marché dans certains services en réseaux, le législateur recourt à des procédés traditionnels du droit administratif à savoir les contrats de délégation. Cette utilisation répond à deux objectifs : d'un côté permettre l'entrée des opérateurs privés, et d'un autre côté sauvegarder la présence du monopole naturel qui s'avère hostile au changement.

Par ailleurs, ces procédés connus du droit administratif sont insérés dans une perspective concurrentielle. Ce mode d'ouverture intéresse la science économique qui le désigne sous l'appellation de concurrence pour le marché⁴⁰⁸. Elle est définie comme une mise aux enchères du droit de servir la commande, pour une durée sur un territoire donné. Ceci permet selon les économistes d'introduire des mécanismes de marché « *et garantit en théorie que les prix pratiqués ex post sont proches de ceux pratiqués en situation de concurrence dans le marché* »⁴⁰⁹. En effet, si la gestion monopolistique s'impose rien ne justifie l'absence d'une mise en concurrence de l'opération, transférant cette gestion à une entreprise. L'intervention de la concurrence au moment de la délégation, ou en d'autres termes d'une manière ex ante réduit la rente de producteur et permet à la collectivité de bénéficier des rendements croissants.

⁴⁰⁸ Il s'agit précisément des travaux de CHADWICK et de DEMSETZ :

E. Chadwick, « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe of Competition for the Field, as compared with Competition within the Field of Service », *Journal of the Royal Statistical Society*, 22(A), 1959, pp. 381-420. H. DEMSETZ, « Why Regulate Utilities? », *Journal of Law and Economics*, 11, 1968, pp. 55-66.

⁴⁰⁹ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=461. Date de consultation 17/10/2016.

Section 1 : l'ouverture des services en réseaux par un transfert d'exclusivité de gestion

L'exclusivité de gestion telle qu'elle décrite par un auteur exprime « *l'engagement contractuel pris par l'autorité compétente pour organiser le service public sur son territoire, de ne pas favoriser la concurrence et notamment de refuser les autorisations administratives à des concurrents* »⁴¹⁰

Le transfert de l'exclusivité est motivé par des considérations d'intérêt public dans certains secteurs en réseaux .Nous démontrons la nécessité de cette exclusivité (**sous section 1**) et le champ de son application (**sous section 2**) .

Sous section 1 : la nécessité de sauvegarder l'exclusivité de gestion

L'intérêt public justifiant l'exclusivité de la gestion de certains services en réseaux est motivé par leur rattachement à la compétence des pouvoirs publics (§1), et aussi par la nécessité d'un partenariat efficace avec le secteur privé (§2).

§1 la compétence des pouvoirs public en matière de services publics

Les services en réseaux ouverts selon le modèle de concurrence pour le marché se caractérisent par leur rattachement à la compétence des pouvoirs publics .Ainsi, la concurrence est exclue des services concernés, et les opérateurs ne sont introduits qu'en tant que des délégataires .Nous allons identifier cette compétence dans les services en réseaux suivants : le secteur électrique et gazier (A) –le service d'eau et d'assainissement (B)–le transport ferroviaire (C).

A La compétence des pouvoirs publics dans le domaine électrique et gazier

L'ouverture de ce genre de services en réseau à travers ce mode d'entrée s'appuie sur une logique différente de celle de la concurrence dans le marché. Celle-ci, comme nous l'avons vu démantèle les services publics, en les transformant en des marchés concurrentiels de sorte que seule concurrence régulée pourrait atteindre l'intérêt général. Les opérateurs sont alors conduits par la force de la concurrence et de la régulation à contribuer à la réalisation des objectifs sociaux économiques .En revanche, l'entrée selon le modèle de concurrence pour le marché met les opérateurs directement au service de l'intérêt public .Car leur entrée n'est permise que pour la réalisation d'une seule fin, assumer une activité d'intérêt public. Le service qui leur est dévolu ressort de la compétence des pouvoirs publics⁴¹¹ .

En effet, on peut facilement comprendre que tant qu'il s'agit de services publics à proprement dit, il est difficile pour l'Etat de l'abandonner à la concurrence .Le marché, est

⁴¹⁰ Henri COURIVAUD, « la concession de service public à la française confronté au droit européen » ,Revue internationale du droit économique ,2004 , P 405.

⁴¹¹ B.DU MARAIS, Droit public de la régulation économique, op cit , p98.

dans l'incapacité pour, les raisons déjà évoquées, à assumer la continuité de ces services. L'opération qui consiste à externaliser la mission de service public pour répondre à des préoccupations n'équivaut jamais à l'abandon de l'activité. Les pouvoirs publics sont prêts à tout moment de reprendre l'activité. Or, dans le cas de la concurrence dans le marché les activités concernées ne ressortent pas de la compétence exclusive des pouvoirs publics.

En matière électrique et gazière, la distribution de l'électricité et du gaz est une activité de service public rattachée aux compétences de l'Etat. Car, selon l'article 72 de la loi 2002-01 « l'Etat garant du service public de l'électricité et du gaz octroie de concession ». Et c'est le ministre chargé de l'énergie qui représente l'Etat dans l'attribution de la concession suite à un appel d'offre lancé par la commission de régulation de l'électricité et du gaz. L'attribution étant faite par un décret exécutif sur proposition du ministre chargé de l'énergie après avis de la commission de régulation

Pour confirmer l'appartenance de cette activité au champ de compétence étatique, on peut relever l'obligation du concessionnaire en fin de durée de la concession de remise moyennant indemnisation, des biens de la concession qui font retour ou qui sont repris par l'Etat ⁴¹². Ceci est un indice clair qu'il s'agit d'une activité publique qui doit retourner avec les biens qu'il s'y attachent à la fin de la concession à son vrai propriétaire qu'est l'Etat.

Le caractère de service public reconnu au service de distribution d'électricité remonte à la loi de 1906. L'exploitation électrique pouvait connaître deux hypothèses, soit s'ériger en un vrai service public à travers la concession de service public, soit constituer une exploitation d'une entreprise industrielle ordinaire à travers la permission de voirie ⁴¹³.

Mais l'application de la loi par l'administration s'appuyant sur la notion d'utilité publique dégage deux sortes de concession : la concession de distribution publique et celle de distribution aux services publics.

L'objet de la première concession portait soit sur « l'éclairage public » soit la distribution pour « tous usages » ou bien la distribution pour « tous usages autres que l'éclairage public ou privé ». Cette forme de concession était concédée par les communes ou des groupements de communes sur l'ensemble de leur territoire. L'Etat n'intervenait qu'en cas d'absence de tels groupements ou lorsque la concession dépasse le territoire de tels groupements. Plus tard le département aussi pouvait concéder ces activités ⁴¹⁴.

Quant à la seconde concession, elle porte sur l'alimentation des services publics organisés en vue des transports en commun, de l'éclairage public ou privé, ou de la fourniture de l'énergie aux particuliers. La loi de 1909 rattachait à l'Etat, qui peut la

⁴¹² Décret exécutif n°8 -114 du 09 avril 2008 fixant les modalités d'attribution

⁴¹³ J.M.JEANNEY et C.A.COLLIARD, *Economie et droit d'électricité*, Domat -Montchrestien, 1950, p 162

⁴¹⁴ E.BORDIER et S.DEGLAIRE, *Electricité, service public*, BERGER -LEVRAULT, 1963, p 37.

concéder par l'intermédiaire soit du le préfet si elle s'effectue sur le territoire de la préfecture soit du ministre si elle dépasse le territoire d'un seul département ⁴¹⁵.

L'intervention de la nationalisation en 1946 ne fait que consolider l'attachement de l'activité de distribution de l'électricité et du gaz aux pouvoirs publics. De tel façon, que les concessions de distribution sont confiées à deux entités publiques : Electricité de France EDF et Gaz de France ⁴¹⁶ .

Désormais, la distribution de l'électricité fait partie d'une chaîne électrique à coté de la production, transport, importation et exportation confiés à EDF. Et la distribution du gaz fait partie de la chaîne gazière confiée à Gaz de France au même titre que la production le transport, l'importation et exportation.

Il résultait de cette nationalisation, le dessaisissement des collectivités publiques de leurs anciennes prérogatives dans ce domaine .Elle ne pouvait donc « *ni déterminer le mode d'organisation, ni choisir le gérant, ni contrôler effectivement l'exécution* » ⁴¹⁷ .

B - le service d'eau et d'assainissement

Dans le secteur de l'eau et d'assainissement, la loi 05-12 confirme le caractère de service public de l'alimentation en eau potable et industrielle et d'assainissement. Le législateur précise qu'il s'agit de services publics relevant de la compétence de l'Etat et des communes ⁴¹⁸ .

L'exercice de cette compétence peut s'effectuer directement dans le cadre d'une régie dotée d'une autonomie financière notamment pour les communes, ou en vertu d'une concession ou une délégation.

En ce qui concerne la concession, elle ne peut être concédée qu'à une personne publique, en conséquence le service public reste dans le périmètre d'une gestion publique .En revanche, la délégation de service public peut être effectuée en faveur d'un opérateur privé. Le délégant qui peut être l'administration chargée des ressources en eau, agissant au nom de l'Etat ou le concessionnaire demeurent toujours responsable du service délégué ⁴¹⁹.

L'attachement du service public d'eau et d'assainissement aux pouvoirs publics remonte très loin dans l'histoire du droit administratif, car comme le confirme un auteur

⁴¹⁵ Ibidem ,p39 -41 .

⁴¹⁶ Loi 46-628 1946-04-08

⁴¹⁷ J.M AUBY , « la notion de concession et les rapports des collectivités locales et les établissements public d'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 ,CDJ,1949 ,PP 238 -243

⁴¹⁸ Art 101 de la loi 05-12 relative à l'eau du 04 -08-2005 ,JORDP n60 du 04/09/2005.

⁴¹⁹ Ibidem .

« dès le 19^{ème} siècle qui est aussi le siècle du développement de la forme moderne de distribution de l'eau, il est question à son propos de service public »⁴²⁰

Le tribunal de conflit reconnaît à l'occasion de l'affaire Delorme en juin 1835 le caractère de service public à la distribution de l'eau à la ville de Paris : « que les eaux concédées (...) ne doivent pas être délivrées que par les regards ,conduits et cuvettes appartenant au service public »⁴²¹ .Quant au conseil d'Etat ,il confirme l'attachement de la distribution d'eau aux pouvoirs publics en déclarant que les diverses eaux conduites dans paris sont « placées dans les attributions de l'autorité administrative chargée de ce pouvoir ,sous sa responsabilité aux nécessités de service public »⁴²² . Cette qualification est maintenue par d'autres affaires jugées par le conseil d'Etat⁴²³ .

La doctrine est aussi favorable à cette qualification .Ducrocq écrit dans ses cours de droit administratif que « *les municipalités qui se chargent elle-même du service de la distribution des eaux, accomplissent un service public* »⁴²⁴ .

C - le transport ferroviaire

Dans le domaine de transport ferroviaire, et dès le début des chemins de fer l'organisation du service a été pris en charge par l'Etat qui opte pour une gestion indirecte à travers le système concessionnel. L'attachement de ce service aux compétences de l'Etat se fortifiera après la crise qu'a connu le secteur 1929, et la nationalisation des chemins de fer⁴²⁵ .

En droit algérien, l'attachement de ce secteur à l'Etat trouve sa source dans la constitution .Car, le réseau ferroviaire en tant que l'infrastructure indispensable au transport ferroviaire appartient à la propriété publique⁴²⁶ .

La loi domaniale confirme l'appartenance des voies ferrées et les dépendances nécessaires à son exploitation au domaine public artificiel « art 16 » , ce qui renforce l'emprise publique sur le secteur .

La loi 01-13 portant orientation et organisation des transports terrestres précise quant à elle que le réseau ferroviaire appartient à l'Etat. En outre, il s'agit d'un service qui appartient aux activités de transports routiers qui constituent un service public⁴²⁷ .

⁴²⁰ S.DUROY ,la distribution d'eau potable en France «la contribution d'eau potable en France »,Bibliothèque du droit public ,p 15 .

⁴²¹ L'arrêt de conflit du 17 juin 1835 cité par S.DUROY , op cit ,p 16.

⁴²² CE 23 octobre 1835 ,DELORME ,p 578 .

⁴²³ CE ,07 aout 1883,ville de Meauxc/Société des eaux de meaux ,p750 ;CE ,28 déc 1883 ,Balas c/ville de Saint –Charmond ,p 982 ;CE 15/07/1898 ,Beilon ,p559 .

⁴²⁴ DUCROCQ ,Cour de droit administratif ,TVL ,p 224 .

⁴²⁵ G. ECKERT ,Droit public des affaires ,op cit ,p 131.

⁴²⁶ Art 18 de la constitution. la loi n 16-01 ,loi précitée

⁴²⁷ La loi 01-13,loi précitée .

§2 Pour un partenariat efficace avec le secteur privé

L'exclusivité de gestion est transmise aux opérateurs privés dans le cadre d'un partenariat public privé. L'engouement à ce partenariat est en faveur du recours au modèle de la concurrence pour le marché .Nous présentons les avantages d'un tel partenariat (A) ainsi que les modèles de sa réalisation (B) .

A Les avantages du recours au partenariat public privé

L'ouverture des services en réseaux dans le cadre de la concurrence pour le marché répond aussi à un objectif de coopération et de partenariat avec le secteur privé .Pour ce faire, il est nécessaire de transférer la responsabilité de la gestion d'un service à un partenaire déterminé avec un partage des risques .

Le terme de partenariat ne renvoie pas à une signification juridique précise, il désigne en fait une multitude de contrats ou de mécanismes impliquant l'association ou la collaboration entre le secteur public et privé⁴²⁸. Le point commun entre toutes les formes d'associations, c'est qu'elles impliquent un partage de risques et de responsabilités entre les deux secteurs⁴²⁹. Chaque système adopte sa propre conception du partenariat selon ses principes et besoins. Concernant le droit algérien il s'oriente vers le modèle concessionnel et délégation du service public inspiré du droit français dans le but d'ouvrir les services publics à l'investissement privé⁴³⁰.

Le recours aux partenariats dans le domaine des services publics est motivé par plusieurs considérations, d'abord par le souci budgétaire⁴³¹ pour alléger les charges financières qui pèsent sur les gouvernements.

⁴²⁸ La Banque mondiale , « Promotion des partenariats publics- privés africains auprès des investisseurs- Guide de préparation de projets » , p 7 voir dans le même sens F. LICHERE ,contrat de partenariat , RDP ,n 6 , 2004 et Le rapport de l'OCDE les partenariats publics –privé partager les risques et optimiser les ressources ,année 2008. . Pour le fond monétaire international l'expression partenariat public-privé désigne les formules par lesquelles les pouvoirs publics transfèrent au secteur privé la mission de fournir des infrastructures et des services. Pourrait on dire selon certains concernant le partenariat public privé qu' « il s'agit davantage d'un état d'esprit .Il existe un PPP lorsque les acteurs publics et privés agissent en commun pour satisfaire un besoin collectif en allouant de façon optimale les ressources publiques ou privés » voir Claudie BOITEAU, Les techniques contractuelles :les partenariats publics privé , revue Française de finance publique ,n 109 année 2010 ,p93 .Une autre tentative de définition de la part du droit communautaire par le livre vert du 30 avril 2004 .Il décrit le partenariat comme étant « des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement ,la construction ,la rénovation la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service » Livre vert de la commission sur les partenariats publics –privé et le droit communautaire des marchés et des concessions ,préc § 111

⁴²⁹ C.BOITEAU, Les techniques contractuelles :les partenariats publics privé , revue Française de finance publique ,n 109 année 2010 ,p93 ; Jean Philippe COLSON ;droit public économique ,4eme éd ,p351

⁴³⁰ Le droit algérien s'inspire du modèle français de la délégation mais sans le transposer d'une voir les mutations des contrats publics en droit algérien C.BENKEZOUH, « Les mutations des contrats publics en droit algérien :De la concession au contrat complexe de partenariat (positions théoriques et cas pratiques) »RSJEP n 1,2001, p75 .

⁴³¹ Selon le professeur S. NICINSKI « la forte pression en faveur de la réalisation d'équipement publics n'a d'égale que la carence des fonds publics nécessaires. Les collectivités publiques se sont donc orientées,

Le fardeau financier assumé par les pouvoirs publics est ressenti surtout en matière de gestion des services en réseaux, car elle implique la construction d'infrastructures dans les domaines de transport, électricité et du gaz. , eau. D'ailleurs, les services urbains connaissent dans les pays sous développés une crise due à une explosion urbaine et un déficit de financement .Pour faire face à cette crise, un modèle de gouvernance est présenté qui envisage une répartition des rôles entre les pouvoirs publics et la sphère privée.⁴³²

Par le recours aux partenariats, les politiques publiques dans les pays en développement peuvent réaliser un développement social. En effet, la mobilisation des capitaux privés pallie à la défaillance de ressources publiques, ce qui permet la réalisation des infrastructures. D'ailleurs, toutes les formes de partenariats ouvrent la voie devant le transfert des missions globales impliquant la construction ou les financements d'ouvrages publics.

L'intérêt aux partenariats est justifié également par l'avantage d'une meilleure passation des marchés de services publics, en ce qu'ils permettent une transparence, quant à la détermination du cout à long terme des services à fournir⁴³³. Ils permettent aussi une répartition adéquate des risques financiers, ce qui garantit une viabilité des projets. Ainsi, la réalisation des activités de services en réseaux s'effectuera à l'aune de la performance économique Les pouvoirs publics sont appelés à évaluer le cout de projets pour une optimisation économique⁴³⁴.Et la réalisation s'effectue dans les conditions du marché⁴³⁵.

L'engouement au partenariat est ressenti aussi dans les pays développés .Ceux ci ont enregistré une évolution accélérée de la participation privé, comme le montre les rapports de la banque. Ce qui rend le partenariat public- privé un mode normal pour la réalisation des infrastructures.⁴³⁶ En droit communautaire, la commission considère à juste titre que les partenariats sont un outil développement économique et social dans les Etats membres⁴³⁷.

depuis quelques décennies vers la collecte de fonds privés » voir S. NICINSKI « lease américain ,équipement publics et droit administratif » ;AJDA ,2001 ,p 538 .

⁴³² Renouveler le PPP dans le domaine de l'eau par le progrès technologique voir P. LIGIERES, Partenariats publics privés, Litec ,2000 ,p25 ,n 42 .

Le problème de certains services urbains est devenu un enjeu international .Concernant l'eau la communauté internationale a lancé plusieurs initiatives dans le but de résoudre le problème de l'eau et d'assainissement p46 de la même source .Il en du même pour les autres services en réseaux qui nécessitent une implication du secteur privé dans leur gestion

⁴³³ La Banque mondiale, « Promotion des partenariats publics- privés africains auprès des investisseurs- Guide de préparation de projets » , rapport précité ,p04 .

⁴³⁴ Cette obligation est liée à la procédure de conclusion des contrats de partenariat en droit français

⁴³⁵ .Dans le cadre des partenariats les collectivités locales sont appelées à adopter « une culture d'évaluation, de résultats, de performance » .L'objectif est la recherche d'une optimisation économique et financière Il s'agit donc d'une réforme de l'Etat voir sur cette question Claudie BOITEAU, Les techniques contractuelles :les partenariats publics privés ,RFFP n109 février 2010 ,p p97

⁴³⁶ P.COSSAALTER ,B.D-MARAIS,« La public finance initiative publication de la gestion déléguée », Institut de la gestion déléguée ,mars 2001, p 76. Les crises économiques justifient l'intérêt du recours au partenariat avec le privon délégué voir C. BOITEAU, les techniques contractuelles : les partenariats publics privés, RFFP, n 109 février 2010 p92 et s

⁴³⁷ D. LINOTTE, un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariats, AJDA 2005, p 17

Mais le succès du partenariat dépend toujours de la confiance des opérateurs dans le « contexte juridique, institutionnel et politique du pays et dans le projet en tant que tel »⁴³⁸.

B – les modèles de partenariat

Deux grands modèles sont proposés pour mettre en œuvre le partenariat : le modèle britannique et le modèle français. On connaît aussi le choix du législateur algérien.

a - Le modèle Britannique

Le modèle britannique est significatif, en raison notamment des mécanismes juridiques perfectionnés qui touchent des secteurs variés (la construction des hôpitaux, des écoles, des prisons). Ainsi, qu'en raison de son utilisation fréquente dans le cadre des projets d'infrastructures internationales⁴³⁹.

Le modèle contractuel partenarial britannique « la private finance initiative » consiste en un contrat passé par une collectivité locale pour la réalisation d'ouvrages et la gestion de leurs services. La rémunération du partenaire privé est basée sur des standards de performance et la disponibilité des ouvrages réalisés ; le prix est versé régulièrement par l'administration⁴⁴⁰. Toute l'opération s'effectue dans le cadre d'un montage complexe, réunissant la collectivité publique, un opérateur privé, et un établissement financier dans l'objectif d'une économie du coût et une gestion optimale du risque⁴⁴¹. Le risque est confié à la partie la plus apte à le gérer et en tirer profit⁴⁴².

L'opération contractuelle n'est pas accompagnée pour autant par une privatisation du capital. L'Etat n'encourt donc aucun risque de perdre le contrôle sur une part de la richesse nationale. Le partenariat offre aussi l'opportunité aux pouvoirs publics de continuer d'exercer le contrôle sur la gestion des services publics.

b – le modèle Français

L'expérience française n'est pas moins intéressante, non seulement en raison de l'ancienneté de l'histoire du système concessionnel, mais aussi au regard du développement des nouveaux modes de partenariats plus perfectionnés. La concession date

⁴³⁸ S. CHREDOR, Les partenariats publics privés en Afrique du nord : le cas de la gestion de l'eau, Magreb Mahrek, n°209, 2011 ; p 12

⁴³⁹ Ibid, p 05 et COSSALTER et B du MARAIS, « la private finance initiative », article précité, p 12. La « Private Finance Initiative » qui signifie littéralement « initiative pour le financement privé » est avant tout un programme gouvernemental lancé en 1992 dont les objectifs sont : l'augmentation de la capacité de financement du secteur public, l'amélioration de la qualité des services publics, la diminution de la dépense publique. Pour ce faire le gouvernement recourt au contrat, ainsi, sont nés les contrats portant le nom du projet gouvernemental. Ils partagent tous selon le décret sur l'investissement des autorités locales (Local authorities « capital finance » régulations 1997).

⁴⁴⁰ Ibid, p 14

⁴⁴¹ La maîtrise du risque est nuancée selon certains auteurs Frédéric MARTY et Arnaud VOISIN l'évolution des montages financiers des PFI britanniques, RFFP n° 94 mai 2006, p 109

⁴⁴² Voir sur la question du risque en vertu des Private finance Initiative l'évolution des montages financiers des PFI britanniques : F. MARTY, A. VOISIN, « La montée des risques », RFFP, n° 94 Mai 1996, p 109 et s

du moyen âge ,où elle a été utilisée par les personnes publiques pour la mise en valeur du « *domaine public de roi ou les domaines ecclésiastiques ou féodaux* »⁴⁴³ . Elle a du s'adapter avec tous les âges, et avec les différents options économiques. Elle a pu à une certaine époque, comme nous l'avons signalée plus haut, permettre notamment dans le domaine des services en réseaux la réalisation des grands projets. La concession devient alors en France une constante de son histoire administrative.

Par ailleurs, la concession à la française s'est intégrée dans une nouvelle notion, celle de délégation de service public. Cette dernière s'avère plus riche et plus étendue qu'une concession. Son architecture juridique est influencée par l'impact du droit communautaire et par l'objectif de lutte contre la corruption. La délégation comprendra toutes les formes de partenariat contractuel réunissant quelques critères.

A coté des contrats de délégation, le législateur français crée des nouveaux contrats dits « contrats de partenariat ». Leur apparition répond au besoin de renouveler le droit de la commande publique considéré comme inadapté et très rigide pour encourager l'investissement privé. Il était donc nécessaire pour le droit français de s'inspirer de la « Private Finance Initiative » britannique et d'aller au-delà de la délégation et des marchés publics ⁴⁴⁴ .Pour leurs promoteurs, les nouveaux contrats offrent un meilleur partage des risques et une réduction des délais de construction des ouvrages⁴⁴⁵ . Ces contrats apparaissent selon Pierre DEVOLVE comme « *l'aboutissement de toute une série de mesures destinées à permettre aux personnes publiques de conclure avec d'autres personnes des contrats globaux leur confiant, moyennant rémunération ,une mission étendue ,portant sur le financement ,la réception ,la construction et la gestion d'équipement ainsi que sur des prestations de services* »⁴⁴⁶

Ce sont donc des outils destinés à « *remplir une mission globale ayant pour objet le financement la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public* »⁴⁴⁷ Il se distinguent des marchés publics, par l'étendu de leur objet mais aussi par le fait que le contractant assume la responsabilité du maître d'ouvrage .En

⁴⁴³ X.BEZANÇON, Histoire du droit concessionnaire en France entreprises et histoire, 2005, N° 38, pages 24 à 54

⁴⁴⁴ F BRENET ,F MELLERAY , Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 ,une nouvelle espèce de contrats administratifs ,Litec ,p 3

⁴⁴⁵ F BRENET , P .Les études montrent la performance de la gestion privée des services publics quelque soit sa forme voir François RACHLINE ,services publics économie du marché ,p 50 .

⁴⁴⁶ P. DEVOLVE , « De nouveaux contrats publics ,les contrats globaux » ,RFDA novembre –décembre 2004 ,p 1079 .Certains auteurs les qualifient comme étant des montages contractuels complexes .Même si cette qualification reste imprécise juridiquement selon les mêmes auteurs .Ils se contentent dire que « la notion de montage contractuel complexe n'est rien d'autre que la qualification d'un mouvement économique issu de l'ingénierie juridique ,à qui incombe la tâche d'accoucher de nombreux montages censés à répondre à des besoins variés et qui avec plus ou moins de bonheur feront éventuellement ,par la suite l'objet d'une réception par le droit positif » N.SYMCHWICZ ,Droit public des montages contractuels complexes , Le moniteur ,2009,p 24 et 25 .Voir aussi P.TERNEYRE « la qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire » petites affiches ,février 2000,n 23,p39

⁴⁴⁷ L1414 -1 du Code général des collectivités territoriales français
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633>.

revanche, ces contrats ne confèrent pas la gestion du service public ce qui les distingue de la⁴⁴⁸ délégation du service public. Ils se limitent à contribuer à l'exercice de la mission du service public⁴⁴⁹ Enfin, ils sont marqués par les modalités de rémunération qui prennent en compte non seulement les coûts de construction mais aussi les risques liés à l'exploitation⁴⁵⁰

Cette tendance vers l'externalisation des missions de l'administration participe selon certains auteurs à un mouvement de modernisation de l'action des pouvoirs publics en les incitant à une rationalisation des moyens qu'ils utilisent.⁴⁵¹

c - le choix du législateur algérien

Quant à l'Algérie, durant la période socialiste, le droit algérien n'accordait qu'une importance minimale au rôle du secteur privé. L'accent était mis sur l'intervention directe de l'administration ou des établissements publics pour les activités d'intérêt public⁴⁵². Il s'agissait en ce temps la selon un auteur d'une étatisation généralisée des activités économiques.⁴⁵³

L'engagement dans l'économie du marché à partir de 1988 créerait un nouveau climat juridique favorable au développement du secteur privé⁴⁵⁴. En effet, le législateur algérien réhabilite les institutions libérales y compris le partenariat privé. A côté du partenariat statutaire représenté par les ordres professionnels, le législateur consacre aussi le partenariat contractuel à travers les contrats de concession et l'affermage.

La législation relative aux collectivités locales inscrira le partenariat contractuel dans une logique multisectorielle⁴⁵⁵. Les lois sur la commune et la wilaya énumèrent un champ très étendu pour l'intervention du secteur privé. Il s'agit selon les lois 11-10 et 12-07 des matières énumérées à titre d'exemple, ce qui offre la possibilité pour l'autorité délégante de confier d'autres services au secteur privé via un contrat de concession ou de délégation⁴⁵⁶.

⁴⁴⁸ Article 2 de l'ordonnance n 2004 -559 du 17 juin sur les contrats de partenariats
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000438720>

⁴⁴⁹ F. LICHERE, « Les contrats de partenariat fausse nouveauté ou vrais libéralisation dans la commande publique », RDP, n 6 année 2004 p 1552

⁴⁵⁰ Ibidem , p1554

⁴⁵¹ J -D. DREYFUS, « L'externalisation, éléments de droit public », AJDA , 18 novembre 2002 ,p 1214

⁴⁵² Rachid ZOUAIMIA ,la délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées ,revue Idara n 41, p 7

⁴⁵³ T. ESSAID , « le partenariat public privé en matière d'exécution du service public » ,article précité ,p7.

⁴⁵⁴ L'histoire économique de l'Algérie a été marquée par « une vision officiel centralisée considérée comme naturel et une méfiance à l'égard de la liberté d'entreprendre toujours considérée comme dangereuse pour le réseau centralisé » voir A.HENNI, « Dualité économique et formalisme juridique dans la transition algérienne à l'économie de marché ,l'Algérie en mutation » , in les instruments juridiques de passage à l'économie du marché ,sous la direction de Robert CHARVIN et Ammar GUESMI ,L'harmattan p49

⁴⁵⁵ Kheira.AHMANE, Contrat international l'eau : Contribution à une étude de partenariat public -privé, Mémoire de magistère en droit public économique soutenu à l'université d'Oran, 2013, p10

⁴⁵⁶ l'article 149 de la loi communal

Il faut noter que selon la nouvelle loi sur la commune, celle-ci peut choisir librement le mode de gestion de ses services sans aucune restriction. Cette liberté, peut être déployée en matière des services publics communaux. En outre, la loi 11-10 utilise le terme de délégation à coté de celui de concession offrant plus de choix pour les autorités communales.

En revanche, concernant la wilaya, le législateur s'est montré restrictif, il ne lui a reconnu qu'une liberté limitée du choix du mode de la gestion. Elle connaît deux restrictions : la collectivité ne peut concéder que les services qui ne peuvent être exploités en régie ou en établissement public – la concession doit être approuvée par l'autorité de tutelle. Il est critiquable que le législateur n'avait pas consacré une liberté de choix de mode de gestion dans la loi sur la wilaya au même titre que la loi sur la commune⁴⁵⁷.

En vue de construire les autoroutes et leur gestion, un décret a été adopté consacrant la méthode de concession⁴⁵⁸, mais au lieu de l'adopter pratiquement le gouvernement empreinte une voie plus couteuse celle du marché public⁴⁵⁹.

Ce n'est qu'en 2015 que le plus grand succès législatif en faveur du partenariat se réalise par l'adoption du décret présidentiel 15-247. Ce texte constitue la référence la plus importante dans le domaine du partenariat .On y reviendra plus tard dans le cadre de l'étude du modèle contractuel de la transmission de l'exclusivité de gestion .

Sous section2 : les services concernés par le transfert de l'exclusivité de gestion

Le champ couvert par le modèle de gestion exclusive concerne des services en réseaux qui demeurent de la compétence des pouvoirs publics, et dont l'attachement au monopole naturel réfute la pluralité d'intervenants. On peut recenser à ce titre trois grands chantiers : la distribution d'électricité et du gaz (§1) .Les services d'eau et d'assainissements (§ 2) le transport ferroviaire (§3) .

⁴⁵⁷ Le phénomène contractuel local est lié à la décentralisation .En France ce mouvement a conduit à privilégier le recours à la solution contractuelle parce que l'élargissement des attributions des collectivités locales appelle plus de moyens et de compétences .De ce fait, le contrat constitue un moyen nécessaire à la disposition des dirigeants locaux dans la gestion des services publics .Voir J-C.RICCI, Rapport introductif Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle, sous la direction de Y .LUHCHAIRE ,L'Harmattan , p8 .

⁴⁵⁸ Décret exécutif n 96 -308 du 18 septembre1996 relatif aux concessions autoroute ,JORDP du 25 septembre 1996 .

⁴⁵⁹ Voir sur l'explication de ce choix C. BENKEZOUH, Les mutations des contrats publics en droit algérien de la concession au contrat complexe de partenariat position théorique et cas pratique RASJP n 1/11p 82 et 83 .Selon le professeur BENKEZOUH aucune raison n'a été avancée afin d'expliquer le choix du marché public pourtant selon lui « la concession autoroutière apparait bien comme l'une des plus élaborée jamais conçue en droit algérien pur finaliser une commande publique de ce type » .Il s'agit d'un choix politique qu'on a voulu l'inscrire dans un cadre légal .

1§ - la concession de distribution de l'électricité et du gaz

Le choix du modèle concessionnel en matière de distribution d'électricité essaye de réaliser un compromis entre ouverture aux opérateurs privés, et la sauvegarde d'intérêt public (A). Mais pratiquement l'ouverture à travers ce modèle reste très difficile (B).

A - L'objectif conciliateur de la concession.

Le modèle concessionnel est animé par l'objectif conciliateur qu'exprime la loi 02-01 (a) . Ainsi il ouvre le champs de cette activité sans compromettre l'intérêt public(b) .

a- l'objectif conciliateur de la loi 02-01

La loi 2002-01 libéralise le secteur selon deux logiques, comme nous l'avions précisé. La première consiste à ouvrir les activités de production d'électricité, ainsi que l'importation et l'exportation à une « concurrence dans le marché ». Quant à la seconde, elle permet l'ouverture de l'activité de distribution de l'électricité et du gaz aux opérateurs privés qui l'exercent sans concurrence, c'est à dire dans le cadre de « concurrence pour le marché ».

Les deux logiques participent à la réalisation d'un compromis entre le service public et la concurrence. Cet objectif s'avère indispensable pour les pays qui s'attachent aux valeurs de d'intérêts généraux et solidarité sociale, tout en voulant s'engager dans le processus de libéralisation de leurs services en réseaux.

L'idée de compromis se trouve aussi dans le texte de la constitution dans sa version issue de la révision constitutionnelle de 2016. Dans son article 43, le texte constitutionnel proclame la liberté d'investissement et commerce et précise que « l'Etat œuvre à améliorer le climat des affaires » et « encourage sans discrimination l'épanouissement des entreprises au service du développement économique national »

L'esprit du compromis anime en droit comparé le processus de libéralisation .Tel le droit communautaire qui depuis la directive de décembre 1996 prévoit que les Etats « peuvent imposer aux entreprises du secteur d'électricité des obligations de service public dans l'intérêt général économique qui peuvent porter sur la sécurité ,y compris la sécurité d'approvisionnement ,la régularité et la qualité et les prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement »⁴⁶⁰

En France, la fidélité au service public est derrière le nom donné à la loi de transposition de la directive communautaire « loi de modernisation et de développement du

⁴⁶⁰ Directive , 96 /92 /CE ,article 3.2

service public ». Le compromis consiste à « *dissocier les unités de production, soumises à la concurrence, des réseaux proprement dits chargés du service public* »⁴⁶¹

Tel est exactement l'objectif de la loi 02-01 qui intervient dans un contexte d'accélération de la transition vers une économie du marché, et l'implication du secteur privé dans le développement et la croissance du secteur. Mais l'ouverture sur le marché ne se fait pas au détriment du service public. Car, celui-ci constitue le cadre dans lequel s'effectuent les activités ouvertes à l'initiative privée. Dès lors, la concession constitue un outil de préservation des missions de service public dans un contexte de libéralisation.

b- une ouverture sans compromettre l'intérêt public

Le choix de la concession semble être une alternative à une privatisation du secteur qui peut générer des conséquences nuisibles sur la continuité du service public. L'engouement au modèle concessionnel n'est pas nouveau. Car au début de l'activité électrique « *la concession s'est naturellement imposée aux décideurs public* », notamment en matière de distribution de l'électricité. La loi du 15 juin 1906 consacre cet outil en faveur des collectivités locales. Celles-ci pouvaient en tant que propriétaires des réseaux concéder le service à un exploitant de leur choix. Elles demeurent propriétaires du réseau de distribution exploité par le concessionnaire⁴⁶².

La prédominance du modèle concessionnel a été confirmée en vertu de la loi du 27 février 1925. Il permettait à cette époque aux collectivités locales de maîtriser le service public en matière d'électricité. En revanche, en matière gazière c'est la régie qui s'imposait avant la loi de nationalisation de 1946. Et même après l'intervention de cette loi, l'utilisation de la concession est maintenue. Cependant, un changement intervenu consiste à priver les collectivités locales de la liberté du choix du concessionnaire en raison du monopole octroyé à EDF et GDF. Ces deux opérateurs sont désormais des concessionnaires obligés. En d'autres termes la concession ne pouvait plus être un portail d'accès pour les opérateurs privés⁴⁶³.

Quant au droit algérien, il a hérité l'organisation du secteur électrique et gazier coloniale. Cela voulait dire, qu'à l'image de la métropole, il n'y avait qu'un concessionnaire obligé dans le secteur avant l'indépendance. Celui-ci est EGA qui s'est transformée plus tard en vertu de l'ordonnance 69-59 à SONELGAZ⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Michel DERDEVET, les réseaux de transport d'électricité au cœur de la construction de l'Europe, revue du marché commun et de l'union européenne, n°471, P 519.

⁴⁶² Institut de la gestion déléguée, La place de la gestion déléguée électricité « au lendemain de la loi du 10 février 2000 », p 08, document téléchargé du site http://www.fondation-igd.net/files/pdf/IGD_DSP_elect.pdf

⁴⁶³ J-M. AUBY, « la notion de la concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 », CDJ, 1949, pp 2-15.

⁴⁶⁴ Ordonnance n° 69 - 59 du 28 juillet 1969, précitée

Ainsi, l'outil concessionnel sera mis au service de l'idée du monopole pendant une longue période, avant qu'il soit redéployé dans un nouveau contexte, celui de libéralisation.

La concession met en place un équilibre entre pouvoir délégant représenté par l'Etat et un opérateur privé désirant assumer l'activité de distribution. Ceci est le sens qu'exprime à juste titre l'article 72 de la loi 02-01 lorsqu'il précise que « l'Etat garant du service public de l'électricité et du gaz octroie des concessions »⁴⁶⁵

En déléguant ce service, l'Etat assume indirectement le service public, tel qu'il est fixé par l'article 03: « le service public a pour objet l'approvisionnement en électricité et en gaz sur l'ensemble du territoire national dans les meilleures conditions de sécurité et de qualité de prix et de respect de règles techniques »

Cette définition touche le cœur du secteur du gaz et de l'électricité, ce qui donne une importance particulière à son exercice qui s'accommode mal avec la diversité de prestations sur le même périmètre. A ce titre, la concession donne à son titulaire le droit d'exploitation exclusif d'assurer la distribution d'énergie électrique et/ou gazière. L'octroi de la concession s'effectue par appel d'offre, qui permettra une mise en concurrence entre plusieurs opérateurs pour l'entrée au marché en question.

Il faut signaler que le recours au contrat de concession pour la gestion du service de distribution d'électricité et gaz ne renvoie pas nécessairement à une gestion privée de l'activité. C'est un outil ouvert aux opérateurs publics, au même titre qu'aux opérateurs privés. Mais il reste à savoir si vraiment la concession a été mise en concurrence pour permettre l'accès des opérateurs privés à ce segment du marché.

B- une ouverture difficile aux opérateurs privés

Même consacrée par le texte de la loi 02-01, la possibilité d'accès des opérateurs privés aux activités de distribution de l'électricité et du gaz n'est que fictive en droit algérien (b). Ceci s'explique par la présence du monopole naturel, phénomène qui conduit à privilégier une gestion monopolistique publique (a).

a- le caractère monopolistique de l'activité

Le caractère monopolistique de cette activité s'impose dans plusieurs systèmes qui se sont lancés dans le processus d'ouverture à la concurrence. On peut citer à ce titre, l'exemple français qui sauvegarde après l'adoption de la loi 2000-108, le monopole de distribution de l'électricité au profit d'EDF et les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46 -628 du 8 avril 1946⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Loi 2002-01 précitée

⁴⁶⁶ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, loi précitée.

Et pour une réalisation de l'obligation communautaire de séparation juridique, le monopole d'EDF est transmis à sa filiale ERDF en 2008. Celle-ci s'est vue donc transférée le contrat de service public de distribution. Et en 2016, ERDF devient ENEDIS suite à la demande de la CRE en vue de discerner le fournisseur EDF du distributeur ERDF. Cette entreprise publique assume une mission de service public qui consiste à assurer le lien entre les producteurs, les fournisseurs et les consommateurs d'électricité afin que l'énergie soit distribuée sans encombre⁴⁶⁷.

Le même phénomène est constaté en droit turque comme le relève Çağla TANSEK dans sa thèse : « *En Turquie, en 1993 (...) l'activité de distribution de l'électricité est accordée à (...) SA distribution d'électricité en Turquie avec le statut « établissement économique d'Etat* »⁴⁶⁸.

b- L'ineffectivité d'ouverture de la distribution aux acteurs privés

La démarche du législateur algérien se démarque des exemples précédents, en ce que l'activité de distribution de l'électricité n'est pas confiée dans le cadre d'un monopole légal à une filiale d'un opérateur public, tel en droit français. Car, elle est ouverte à travers le contrat de concession à toute personne physique ou morale. Or, en pratique la distribution électrique et gazière sont assurées par la filiale de l'opérateur historique. Celle-ci est née du fait de la désintégration de SONALGAZ. Le processus de désintégration conduit à confier cette mission à des filiales régionales de l'opérateur national.

Cette situation s'explique par le poids de l'opérateur historique et l'importance des missions énergétiques qu'il lui est confiées. A l'égard de ces missions, il n'est pas certain de trouver un remplaçant privé. Dès lors, tout le secteur reste dépendant à SONELGAZ et ses filiales.

La loi 2002-03 ôte par une main ce qu'elle vient d'offrir par une autre. D'une part, elle définit le service public d'une façon fonctionnelle, et d'autre part elle maintient le monopole public sur l'activité de distribution en disposant que « les filiales de distribution de SONELGAZ SPA sont les titulaires des concessions de réseaux qu'elles exploitent ». C'est-à-dire qu'il s'agit de monopole par zone géographique⁴⁶⁹.

On pourrait par ailleurs considérer que le maintien du monopole n'est qu'une étape transitoire, en attendant une ouverture de la distribution à une mise en concurrence, ce qui est peu probable à court terme, en raison du poids de l'opérateur historique.

⁴⁶⁷ <http://www.enedis.fr/histoire>. Date de consultation 13/07/2016.

⁴⁶⁸ Ç. TANSUO, La régulation des services publics en France et en Turquie, op. cit., p. 192.

⁴⁶⁹ Art de la loi 2002-03, loi précitée.

§2 l'ouverture du transport ferroviaire ineffective à travers la concession

Contrairement au secteur énergétique ouvert à la concurrence, le transport ferroviaire reste dominé par une gestion monopolistique dans tous ses segments. La seule voie d'accès envisagée alors pour les opérateurs privés est le contrat de concession.

On examinera la situation antérieure à l'adoption de la loi 01-13 caractérisée par un monopole octroyé à l'opérateur historique (A) et qui perdure malgré la réforme apportée par cette loi (B).

A- la situation du transport ferroviaire avant la loi 01-13

Avant cette loi, le transport ferroviaire est basé sur une organisation monopolistique héritée du droit français (b). Ainsi, l'histoire de secteur est marquée par une continuité du monopole qui prend ses racines dans l'époque de colonisation (a).

a- la situation du transport ferroviaire pendant l'occupation française

La création du réseau ferroviaire en Algérie remonte à la période coloniale, précisément en 1857 où l'Etat trace le plan du réseau. Comme à la métropole, la construction et l'exploitation du réseau sont concédées cinq compagnies privées qui pouvaient bénéficier d'une aide financière⁴⁷⁰. Mais les difficultés financières connues par ces compagnies, ont poussé la colonie à racheter successivement ces concessions. La gestion du secteur est transmise à une administration autonome « l'administration des chemins de fer algériens » créée par le décret du 27/09/1912.⁴⁷¹

Cette administration est transformée en vertu de la loi du 31/12/1938 à un établissement public autonome, placé sous l'autorité directe du gouvernement général. Ce statut rend les chemins de fer algériens comme le souligne le Professeur Bousseme, plus proche d'une régie que d'un établissement public. Ce n'est qu'à la veille de l'indépendance, que l'établissement est transformé en vertu de l'ordonnance du 04/02/1959 en une société d'économie mixte. Son capital est partagé entre l'Etat français et la SNCF 51 détenu par l'Etat et le reste souscrit par SNCF)⁴⁷²

b- une organisation du transport ferroviaire prolongée après l'indépendance

Ainsi, comme elle a été en France métropolitaine, la gestion du transport ferroviaire a passé des mains des entreprises privées aux mains du secteur public. Après l'indépendance, l'Algérie hérite cette situation et la maintient. Le premier texte adopté, l'ordonnance 67-

⁴⁷⁰ M. BOUSEMEH, « le secteur industriel et commercial de l'Algérie indépendante », article précité, p 226 : La concession de la compagnie Franco -algérienne en 1900, la concession de la compagnie de l'Est – Algérien en 1907, la concession du Bône Guelma en 1914.

⁴⁷¹ Ibidem ,p 227

⁴⁷² M. BOUSSEMAH, le secteur industriel et commercial de l'Algérie indépendante, article précité , p 234. les actions de l'Etat français seront transférées à l'Etat algérien en vertu des accords d'Evian . Voir sur ces accords http://www.axl.cefanelaval.ca/afrique/algerie-accords_d'Evian.htm

130⁴⁷³ prolonge le monopole détenu par la société nationale des chemins de fer algériens. Celle-ci est chargée des transports ferroviaires de voyageurs et de marchandises sur l'ensemble du territoire national ⁴⁷⁴. Ce monopole, s'inscrit dans le cadre du monopole que détient l'Etat sur les transports publics revêtant un intérêt public et entraînant l'imposition des obligations de service public.

En 1976 et conformément aux principes de la charte de l'organisation socialiste des entreprises, la société nationale des chemins de fer algériens SNCFA est remplacée par une entreprise nationale socialiste à caractère économique « société nationale des transports ferroviaires » par abréviation SNTF ⁴⁷⁵. Cette dernière se voit confier les parties du domaine national nécessaire à la construction aux aménagements de toutes sortes, ainsi que les extensions du chemins de fer et de ses dépendances ⁴⁷⁶.

A coté de la SNTF, une autre société est créée, c'est la société nationale d'études et de réalisation d'infrastructure SNERIF. Sa mission est de préparer et exécuter toutes les mesures pour le renouvellement et l'extension du réseau ferré existant, ainsi que la construction de nouvelles lignes ferroviaires à l'exception de l'entretien des voies et des bâtiments ⁴⁷⁷.

En 1988, une nouvelle loi 88-17 relative au transport terrestre est adoptée dans un contexte de réformes économiques. Elle a libéralisé le transport routier mais elle a sauvegardé le monopole d'exploitation du transport ferroviaire détenu par la SNTF. Son article 8 dispose que « l'Etat propriétaire du réseau des voies ferrées en confie le monopole d'exploitation à une entreprise publique nationale d'exploitation ferroviaire ». L'entreprise dont il s'agit n'est que la SNCF qui est transformée conformément au grand changement qu'ont connu les entreprises publiques en 1988, à un établissement public industriel et commercial ⁴⁷⁸. C'est en 1988 qu'intervient la première réforme du transport en Algérie, qui se prêtait au passage à une économie libérale. La loi 88-17 d'orientation du transport a libéralisé le transport à travers la route et épargné le transport ferroviaire qui reste sous le monopole de la SNTF.

⁴⁷³ L'ordonnance 67-130 du 23/07/1967 portant l'organisation du transport terrestre, JORADP n 63 du 04 aout 1967, p 649.

⁴⁷⁴ L'article 05 de l'ordonnance 67-130.

⁴⁷⁵ L'ordonnance n°76-28 du 25mars 1976 portant création de la société nationale des transport ferroviaire SNTF, JORADP n 26 du 30 mars 1976, p 303 et l'ordonnance n° 76-30 du 25/03/1976 portant création de la société nationale d'études et de réalisation de l'infrastructure ferroviaire, JORADP n 26 du 30 mars 1976, p308.-

⁴⁷⁶ Article 01 ordonnance n° 76- 29 du 25/03/1976 relative à l'acquisition et à la gestion du domaine du chemin de fer, JORADP n 26 du 30 mars 1976, p307.

⁴⁷⁷ Ordonnance n 76-30 du 25 mars 1976 portant création de la société nationale d'études et de réalisation de l'infrastructure ferroviaire JORDP du 30 mars 1976.

⁴⁷⁸ Décret exécutif n 90-391 du 1^{er} décembre 1990 portant transformation de la nature juridique et statut de la société nationale des transports ferroviaire SNTF, JORADP n 54 du 12 décembre 1990, p 1459

La loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques a porté un changement dans le statut des entreprises publiques économiques en les transformant à des établissements publics industriels et commerciaux. Sur cette transformation et ses conséquences W .LAGGOUNE, « De l'Etat entrepreneur à l'Etat actionnaire discours juridique et réalité d'un processus », RASJP, 1993.

La réforme apportée par la loi de 1988 va ouvrir la voie vers une réforme plus étendue du secteur.

B- la situation du transport ferroviaire après l'adoption de la loi 01-13

La loi 01-13 a été prise dans l'objectif d'une réforme du secteur de transport terrestre en général et ferroviaire en particulier. (a) . A ce titre, le contrat de concession a été pris comme outil permettant l'accès des opérateurs privés (b).

a- la réforme du transport ferroviaire

Dans sa présentation du projet de la loi de 2001 devant l'APN, le ministre du transport a donné le bilan de la gestion monopolistique : une détérioration du transport ferroviaire – les sommes qui ont été déposées par l'Etat entre 1990 et 2000 95 milles millions dinars et 500 millions dinars réparties de la manière suivante : seize mille et cinq cent millions dinars pour le soutien de l'exploitation et vingt six mille million dinars pour l'assainissement financier de 1996 - le financement des projets d'investissement dans les infrastructures⁴⁷⁹

La part du transport ferroviaire dans le transport national a baissé d'une manière significative, elle s'est réduite à moins de 10 pour cents . Le transport de marchandises a chuté de 2,7 milliards de tonnes en 1990 à 2milliard de tonnes en 1999 et le transport voyageur a baissé de 3 millions voyageurs à 1,1 millions voyageurs⁴⁸⁰.

Faire participer le secteur privé dans le développement devient une nécessité que la loi 01-13 portant orientation et organisation des transports terrestres⁴⁸¹ vient concrétiser. Elle met fin au monopole de l'opérateur historique SNTF. Cette remise en cause du monopole historique s'accompagne du maintien du monopole de l'Etat sur le réseau ferroviaire national. C'est ce qui ressort de l'article 21 prévoyant que « l'Etat propriétaire du réseau ferroviaire national peut en concéder l'exploitation et la réalisation à une ou plusieurs entreprises ferroviaires ».

Selon 01-13, il n'est pas consacrer une liberté de concurrence dans les activités de transport .En ce contrairement au secteur de télécommunications où le législateur a fixé parmi les objectifs de la réglementation du secteur la création d'un climat concurrentiel ainsi que pour les activités de production de l'électricité et son importation⁴⁸².

Les activités couvertes l'exploitation de transport ferroviaire sont⁴⁸³ :

⁴⁷⁹ APN, journal des délibérations officielles du 23 mai 2001, p 04 .

⁴⁸⁰ Ibidem .

⁴⁸¹ Loi 01-13 portant orientation et organisation des transports ferroviaires, JORADP n du 08/08/2001,p03 .

⁴⁸² La loi 2001-03 portant orientation et organisation des transports terrestres ,loi précitée .

⁴⁸³ Art23 de la loi 01-13 portant orientation et organisation des transports terrestres ,loi précitée .

- La gestion des infrastructures comportant la maintenance le renouvellement et l'aménagement de ces infrastructures ferroviaires, la gestion des systèmes de régulation et de sécurité des circulations ferroviaires et la gestion foncière du domaine public ferroviaire
- L'exploitation technique et commerciale des services de transport ferroviaire de marchandises ou de voyageurs .

Ces deux activités peuvent être exercées par les opérateurs privés à travers une concession consentie par le ministre chargé de transport. La concession peut porter, soit sur l'exploitation technique et commerciale de tout ou partie des services de transport ferroviaires de marchandises et/ou de voyageurs – soit sur la gestion des infrastructures ferroviaires tout ou partie du réseau national soit les deux activités ensemble la gestion de l'infrastructure et l'exploitation technique et commerciale .

b- le contrat de concession dans le transport ferroviaire

Devant le caractère incomplet du dispositif juridique qui lui est consacré, il est difficile de donner une description assez complète de ce contrat. Mais on peut d'ores et déjà ,à la lumière des dispositions de la loi 01-13 –et en l'absence des textes réglementaires- conclure que l'ouverture au secteur privé des activités ferroviaires s'effectue dans le cadre des contrats de services public .De ce fait, la gestion monopolistique peut se déplacer du secteur public au secteur privé .car tout régime concessionnel suppose un droit exclusif au profit du concessionnaire.

Ce constat est très important pour comprendre dans quel environnement les acteurs privés pourront activer. Le législateur se contente à affirmer dans l'article 21 de la cette loi que le réseau ferroviaire national est la propriété de l'Etat. Et que celui-ci peut en concéder l'exploitation et la réalisation à une ou plusieurs entreprises de transport ferroviaires de droit algérien.

La concession dont il s'agit ici nous renvoie à des contrats conférant à un ou plusieurs titulaires le droit exclusif d'exploitation sur un périmètre géographique et fonctionnel, pour une période de temps donnée, avec le cas échéant une contrepartie financière pour le maintien d'équilibre de l'opérateur concerné.⁴⁸⁴ Delors, le recours au marché pour assumer les activités de transport ferroviaire ne remet pas en cause l'idée du monopole, mais il la déplace vers des nouveaux acteurs .

C'est une démarche semblable à peu près au dispositif législatif relatif à la distribution de l'électricité et du gaz. On peut alors avancer que l'opérateur historique dans le secteur ferroviaire sera mis en concurrence avec les opérateurs privés pour l'octroi des concessions. C'est à travers cette mise en concurrence que le législateur prévoit la réforme du secteur et profiter de gains de la libéralisation. En d'autres termes, le processus de

⁴⁸⁴Conseil économique social ferroviaire de voyageurs, Avis sur l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs, Juillet 2012, p68 .

concurrence pour le marché permettra d'effectuer le bon choix de l'opérateur qui assumera le mieux le service public.

Dans le cadre de la libéralisation du transport ferroviaire en France, le rapport recommande une solution semblable à celle du droit algérien. Cette solution concerne les services conventionnés⁴⁸⁵. Ce sont des services à caractère non rentable, ce qui empêche leur soumission à une logique du marché. La nouvelle organisation européenne admet cette solution qui permet la gestion de certains services ferroviaires par une mise en concurrence pour le marché.

D'une manière générale, chaque fois que le recours au marché s'avère inapte à répondre aux obligations de service public, la formule de concession trouve sa place, comme dans le transport aérien. Dans le transport aérien, le règlement du conseil n 2408 /92⁴⁸⁶ autorisait les Etats membres d'imposer des obligations de service public pour desservir une zone périphérique ou en développement. A ce titre, la France a attribué par un appel d'offre un service pour une durée et selon des conditions déterminées à la compagnie demandant la petite subvention⁴⁸⁷.

Enfin, la même remarque que nous avons émise concernant la concession de la distribution d'électricité et du gaz s'impose à la concession du transport ferroviaire. Ce n'est pas un outil destiné exclusivement à la gestion privé secteur privé, mais seulement comme une possibilité d'introduire des nouveaux opérateurs autres que l'opérateur historique.

§3 - L'ouverture du secteur de l'eau et d'assainissement au secteur privé dans le cadre de la délégation

Le secteur de l'eau est un service qui demeure le plus attaché au monopole naturel. De telle sorte que celui-ci « *s'étend le plus souvent de l'accès à la ressource jusqu'à sa distribution* »⁴⁸⁸. Donc, il n'y a pas lieu d'envisager son organisation selon un modèle autre que la concurrence pour le marché⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ J. LUYEQUE « Allotissement et rendement d'échelle : allotissements et rendements d'échelle », Economie et prévision, n178-179, 2007, p 148 : Les marchés régionaux des services de transport ferroviaire régional -qui ressortent de la compétence des régions administratives- sont relégués par un appel d'offre. Ainsi l'organisation du transport ferroviaire en France prend les deux configurations : - la concurrence dans le marché concernant le transport international qui est ouvert par la directive 2007/58/CE (prévoyant l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires de transport international de personnes au plus tard le 1^{er} janvier 2010).

⁴⁸⁶ Le règlement du conseil n 2408 /92 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires

⁴⁸⁷ P. BAUBY, L'europanisation des services publics, op cit, p 108

⁴⁸⁸ Ibid, p111.

⁴⁸⁹ Si est simple comme nous l'avons déjà décrit de consacrer un droit d'accès des tiers au réseau dans le domaine d'électricité « matière fugace invisible, sans poids qu'un simple fil suffit à conduire » (S DUROY, la distribution d'eau potable en France, op cit, p 208. il est difficile de concevoir que les producteurs puissent distribuer leur eaux à travers un réseau interconnecté.

C'est dans cette voie que le législateur algérien s'est engagé à partir de 1996, la date de la modification de la loi relative à l'eau ,sous l'influence du succès du modèle partenarial international dans ce domaine (A). La libéralisation aboutit à une ouverture des activités relatives au service d'eau et d'assainissement dans le cadre de la loi 05-12 (B) .

A- une ouverture influencée par le succès d'un modèle partenarial international

L'influence du modèle international a joué un rôle déterminant dans l'ouverture de ce secteur aux acteurs privés. Nous présentons cette expérience brièvement (a) avant de déterminer son influence sur le sort des services d'eau et d'assainissement en droit algérien (b) .

a- Le succès de l'expérience partenariale dans le monde

En remontant à la genèse de ce service, on retrouve que le modèle partenariale a été présent en Europe. C'est-à-dire, que la réponse au problème du monopole naturel par un monopole public n'a pas fait l'objet de l'unanimité des systèmes juridiques.

En France, le service d'eau et d'assainissement intéressait depuis l'époque royale les pouvoirs publics qui intervenaient en vue de lutter contre la fraude et pour l'amélioration des distributions publiques. Mais l'intérêt des pouvoirs publics au service d'eau ne le soumet pas à une gestion monopolistique. Au contraire, la gestion de l'eau et d'assainissement en France se réalisait par des concessions au profit du secteur privé. C'est à celui-ci que revient le mérite du développement de la distribution moderne de l'eau c'est-à-dire à domicile .Le rôle du secteur privé sera maintenu depuis les premières concessions jusqu'à nos jours.⁴⁹⁰ .

En Grande Bretagne, les réseaux d'eau se multiplient grâce à l'initiative privée qui prend en charge le pompage de l'eau à proximité des nouvelles machines à vapeur .Les opérateurs privés se verront attribués parfois un monopole sur un périmètre donné .Cependant, à partir du XIX siècle les sociétés privées sont rachetées par les collectivités locales ou remplacées par des régies directes .Ensuite, la crise de 1929 vient apporter le coup de grâce à l'activité privée, car le gouvernement réagit comme il le fait avec d'autres secteurs en reprenant en main la réorganisation les services publics d'eau .Le monopole institué est de périmètre régional. Dix sociétés régionales, sont dotées d'un monopole sur l'assainissement, leur monopole perdure jusqu'au premier septembre 1989 date de leur

⁴⁹⁰S. DUROY ,La distribution d'eau potable en France ,bibliothèque de droit public , op cit ,p 07 : La première concession dans la gestion de l'eau en France date de 1776 .La ville de Paris décide d'accorder le Sieur Perrier un privilège exclusif de quinze années « sous condition qu'il soit obligé de mettre sa machine dans sa perfection dans le cours de trois ans ,et en état de distribuer 150 pouces d'eau (28800 m2) passé lesquels temps le privilège Voir aussi X. BEZANÇON, Essai sur les contrats de travaux et de services publics, Paris, L.G.D.J., 1999 ; X. BEZANÇON, 2 000 ans d'histoire du partenariat public-privé, Paris, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 2004 ; J.-Y. PERROT et G. CHATELUS (dir.), Financement des infrastructures et des services collectifs, Paris, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 2000. D. Barjot et M.-F. BERNERON-COUVENHES, « Le modèle français de la concession », Entreprises et Histoire, n° 38, juin 2005, pp. 5-23.

privatisation .En revanche, la production et la distribution de l'eau est exercée par vingt water only .⁴⁹¹Dans ce secteur dominé par des opérateurs publics une trentaine de sociétés privées sont toutefois restées actives⁴⁹² .

Deux modèles se présentent pour la participation du secteur privé ,ils exigent une exclusivité de gestion .Le modèle britannique reposant sur une privatisation des entreprises n'a eu qu'une diffusion limitée dans le monde⁴⁹³ . Contrairement au modèle britannique de privatisation, le modèle dominant d'intervention du secteur privé dans le secteur de l'eau s'appuie sur l'idée de coopération contractuelle, et non pas sur la substitution du secteur privé au secteur public. Dans cette perspective, les collectivités locales gèrent leurs services d'eau en le déléguant aux compagnies privées⁴⁹⁴ .

Dans les pays en développement, la pratique du partenariat a été quasi absente, sauf en Côte d'Ivoire où un opérateur privé la société nationale d'aménagement urbain et rural gère par un contrat d'affermage la société nationale de distribution d'eau de Côte d'Ivoire. La Guinée va suivre l'exemple Ivoirien en demandant l'aide à la Banque mondiale .En 1989 ,un contrat d'affermage de dix ans est attribué à un opérateur privé la SAUR. Cette dernière sera chargée d'améliorer la qualité de service et l'efficacité opérationnelle, et la mission d'investissement reste de la responsabilité des autorités publiques⁴⁹⁵ .

Et puis dans les années 90, la participation du secteur privé va être stimulée dans les pays en voie de développement, notamment en Amérique latine. En effet, un grand mouvement de libéralisation est engagé par les gouvernements des pays latino-américains dans le domaine des réseaux pour leur ouverture au secteur privé. Le secteur de l'eau connaîtra plusieurs expériences, la plus remarquable est celle de l'ARGENTINE avec la conclusion d'une concession entre l'agglomération de BUENOS Aires et un Consortium. En vertu de ce contrat, le concessionnaire s'engage à investir quatre milliards de dollars sur une durée de 30 années⁴⁹⁶ . Les résultats étaient satisfaisants, ce qui a encouragé le développement de la participation partout dans les pays PVD : Malaisie, Mexique, Philippines, Colombie.

⁴⁹¹ C. STOFFAES, Services publics et question d'avenir ,op cit , p 118

⁴⁹² Michel NAKLA ,les services d'eau , op cit , p 125

⁴⁹³ La privatisation en Angleterre et au pays de Galles a conduit à une emprise totale des sociétés privées sur le secteur. Vingt-neuf compagnies privées d'eau à la fin des années 80 desservaient un quart de la population et en 1989 les agences régionales publiques ont été privatisées voir BANQUE MONDIALE ,P.MARIN , Rapport sur le Partenariat public privé pour les services eau urbains dans les services de l'eau , paru in tendances et orientations ,n 08, 2009,p20 . L'exemple britannique a été adopté dans les pays du Golfe notamment dans les Emirats Arabes Unis .Ceux-ci lancent la première privatisation en 1998 en l'associant avec la formule Build ,Own and operate . Il crée à cet effet une entreprise mixte Emirate CMS Power Company (ECPC) pour gérer le projet .voir sur cette expérience B.DUMORTIER et L.LAMBERT, « vers la privatisation de l'eau et de l'électricité aux Emirats Arabes Unis », MAGHREB –MACHREK ,N 191 ,Printemps 2007, p212 et s

⁴⁹⁴ P. BAUBY, L'europanisation des services publics ,sciences politiques , op cit ,p111.

⁴⁹⁵ BANQUE MONDIALE, P.MARIN , Rapport sur le Partenariat public privé pour les services eau urbains dans les services de l'eau , rapport précité ,p17 .

⁴⁹⁶ Ibid ,p21

⁴⁹⁷ Ibidem.

Le succès du partenariat motive aussi le recours à des contrats de concessions dans autres services en réseau .

b- l'influence de cette expérience sur le droit algérien

L'organisation monopolistique dans le secteur d'eau et d'assainissement pendant plus de trois décennies va céder la place à une ouverture du secteur. Nous allons rappeler l'organisation du service d'eau et d'assainissement avant son ouverture depuis 1996 .

1- l'organisation monopolistique publique du service d'eau et d'assainissement

La gestion monopolistique à travers les entreprises publiques se répand dans la majorité des pays ,en raison des caractéristiques liées à la production de l'eau et d'assainissement ⁴⁹⁷ qui présentent le caractère de monopole naturel et nécessitent un lourd investissement, ce qui élimine une concurrence entre les fournisseurs ⁴⁹⁸ .

Après l'indépendance, la gestion d'eau et d'assainissement est devenue une affaire publique dont il revient à l'Etat et les collectivités publiques de gérer. Il était question alors d'un monopole public partagé entre plusieurs entités publiques. Mais après l'adoption de l'ordonnance n° 70-82⁴⁹⁹, le monopole devient national exercé par la société nationale de distribution d'eau potable et industrielle SONADE. Celle-ci le détiendra jusqu'à l'adoption du code de l'eau en 1983 qui envisage une gestion publique plurielle de la distribution de l'eau .L'article 21 de la loi 83-17 ⁵⁰⁰ adopte le modèle concessionnel comme mode de gestion de ce service public. Cependant, la concession en question n'est pas ouverte sur les opérateurs privés .Elle n'est octroyée selon les termes de cet article qu'aux entreprises et établissements publics, ainsi que des collectivités locales .Ce n'est qu'en 1996 que la loi a été modifiée en faveur d'une ouverture sur les opérateurs privés ⁵⁰¹

La gestion publique d'eau et d'assainissement consacré depuis l'indépendance en Algérie perdurera jusqu'à la date de la modification de la loi 83 sur l'eau .Son amendement va ouvrir la voie devant l'initiative privé dans ce domaine. En effet, la concession instituée

⁴⁹⁷L .BREUIL « Renouveler le partenariat public- privé pour les services d'eau dans les pays en développement : comment conjuguer les dimensions contractuelles, institutionnelles et participatives de la gouvernance ? »Thèse de Doctorat, Ecole nationale de génie rurale, des eaux et des forêts, centre de Paris,France,22 novembre 2004 ,p 18 .

⁴⁹⁸ Banque mondiale, Jeffrey. DELMON rapport sur les « PPP dans le secteur des infrastructures d'infrastructures : guide pratique à l'intention des décideurs publics »,2010 , p 121

⁴⁹⁹ L'ordonnance n 70-82du 23 novembre 1970 portant création et approuvant les statuts de la société nationale de distribution d'eau potable et industrielle SONADE, JORADP du 04 décembre 1970 p 1154 .Un monopole sur le territoire national lui est octroyé .Il concerne ces activités : gérer les abonnés au service public de distribution de l'eau –de gérer et d'assumer la maintenance et le renouvellement des installations existantes de production d'adduction ou de distribution de l'eau sur décision de l'autorité de tutelle ,conformément au programme d'investissement après avis du conseil consultatif (article 4)

⁵⁰⁰ La loi 83 -17 du 16 juillet 1983, JORADP ,du 19 juillet 1983 ,p1270

⁵⁰¹ L'ordonnance n 96 -13 du 15 juin 1996 modifiant et complétant la loi n 83-17 portant code des eaux, JORADP du 16 juin 1996 ,p 3

en faveur des personnes publiques⁵⁰² en vertu de la loi 83-17 sera ouverte aux opérateurs privés après la modification de la loi de l'eau par la l'ordonnance 96-13

Ensuite, la loi 2005-12 intervient pour ouvrir le secteur aux opérateurs privés dans le cadre du partenariat. L'Etat sauvegarde la propriété des sources en raison de son appartenance au domaine public⁵⁰³.

B les activités ouvertes dans le cadre de la loi 05-12

Les activités auxquelles peut le secteur privé accéder dans le domaine d'eau et d'assainissement sont liées au deux modes prévus par la loi 05-12 . Il s'agit de la délégation de service public (a) et la concession (b) .

a Les activités liées la délégation du service public

La délégation du service public d'eau et d'assainissement est ouverte aux opérateurs privés selon l'article 104 de la loi 05-12 . La délégation consentie par l'administration chargée des ressources en eau, peut concerner tout ou partie de la gestion des activités d'eau et d'assainissement. Selon l'article 106, l'étendu des missions dévolues au partenaire privé peut atteindre une dimension globale qui consiste en la construction d'infrastructures hydrauliques ou leur réhabilitation, ainsi que leur exploitation dans le cadre d'opérations de partenariat incluant la conception des projets et le financement des investissements y afférentes.

A l'instar des autres contrats de concession, l'ouverture de ces activités n'est pas destinée exclusivement au secteur privé .Les opérateurs publics sont aussi concernés par cette ouverture selon la rédaction de l'article 104 .La possibilité d'une délégation in house⁵⁰⁴ est envisagée .C'est à dire, que le concessionnaire qui est aussi une autorité délégitrice peut déléguer au sens du même article « tout ou partie de ces activités à une (ou des) filiales (s) d'exploitation crée (s) à cet effet ».

Suivant cette dernière disposition, les établissements créés dans le domaine de l'eau et l'assainissement ont délégué ces missions à des entreprises qui les ont crée. Il ne s'agit donc qu'une application particulière de la gestion déléguée qui s'effectue au sein du secteur public. L'Algérienne des eaux et l'office nationale des eaux ont crée des entreprises publiques économiques conformément à l'ordonnance n 01-04⁵⁰⁵ .

Mais le vrai partenariat c'est celui qui a été effectué plus tard en vertu de contrats de gérance. Ceux-ci, ont permis aux entreprises économiques créées dans le secteur de

⁵⁰² Elle est définie par la loi 83-17 dans son article 21 comme un acte de droit public entre l'administration et une personne morale : Loi 83-17 portant le code de l'eau, loi précitée, p 1272.

⁵⁰³ Le caractère domanial de l'eau a été reconnu par la jurisprudence administrative très tôt en France à propos de la distribution voir l'affaire Delorme jugée par le conseil d'Etat 23 oct 1835 <http://www.cabinet-richer.com/articles/service-eau-potable-service-public.htm>

⁵⁰⁴ Voir sur la délégation in house <https://www.lemoniteur.fr/article/comment-conclure-sans-risques-une-dsp-in-house.1422314> .Consulté le 16/11/2016 .

⁵⁰⁵ L'ordonnance n 01-04 du 20 aout 2001relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, JORADP n 47 du 22 aout 2001,p 07.

recourir au partenariat avec des opérateurs étrangers. Comme si le choix du pouvoir algérien consiste à permettre une sous délégation à des partenaires internationaux dans le cadre du contrat de gérance. Or, ce contrat ne peut pas constituer lui-même une délégation pour deux raisons principales :

D'abord, en raison de l'absence du critère organique, car aucun des partenaires publics qui ont conclu ces contrats ne constitue une personne publique.

Ensuite, parce que les contrats conclus ne comportent aucun risque pour le partenaire privé. Ce qui représente une défaillance vis-à-vis d'un critère primordial de la délégation de service public. En effet, le financement de l'exploitation du service est assumé par le partenaire public, « *sauf quelques dépenses (...) comme la rémunération et les frais de déplacements (...) ou les frais de formation du personnel* »⁵⁰⁶.

On peut ainsi douter de l'importance d'un tel choix sur la gestion du service d'eau et d'assainissement. Néanmoins, même en l'absence d'une implication effective de part du partenaire privé dans le financement de la gestion, le recours à ce genre de partenariat peut s'avérer utile. Car, il offre l'opportunité d'un Transfert d'un savoir faire en permettant l'amélioration des performances techniques et managériales de ce secteur .

On pouvait expliquer ce manque d'intérêt pratique pour la délégation à un partenaire privé par plusieurs raisons .Les unes sont liées à la nécessité de maintenir le rôle et la responsabilité des pouvoirs publics vis-à-vis d'un service de base .Les autres raisons se rapportent au manque de confiance des deux côtés du secteur public et du secteur privé⁵⁰⁷.

L'expérience du partenariat dans les pays voisins de l'Algérie ,en l'occurrence la Tunisie et le Maroc ne se limitera à une consécration textuelle, elle se traduira dans les faits par la conclusion de contrats de délégation. Au Maroc, la société par le biais de ses filiales a décroché la gestion déléguée de l'eau, de l'assainissement et de l'électricité dans les villes de Tanger Tétouan, Rabat et Salé. Cette expérience n'est pas exempte de critiques .On lui reproche l'augmentation des factures et du retard enregistré « dans la réalisation des infrastructures et des branchements dits sociaux »⁵⁰⁸.

Notons enfin, que contrairement aux contrats de concession de distribution d'électricité et du gaz et la concession ferroviaire le pouvoir délégataire n'est pas seulement l'Etat il s'agit aussi des communes, des établissements publics industriels et commerciaux qui peuvent déléguer le service d'eau et d'assainissement comme on va le voir.

⁵⁰⁶ K.AHMANE, Contrat international l'eau : Contribution à une étude de partenariat public –privé, Mémoire précité , p 129 .

⁵⁰⁷ T. ESSAID , « le partenariat public privé en matière d'exécution du service public » ,article précité ,,p 21

⁵⁰⁸ S.CHEDOR , « Les partenariat public – privé du nord en Afrique du Nord :le cas de la gestion de l'eau »,Maghreb Machrek ,n 209,2013 , P23 .

b les activités liées au régime de concession domaniale en matière de l'eau

En principe, le régime de la concession n'est pas considéré comme un mode de gestion du service public .Il figure dans le titre V du code des eaux destiné au régime juridique de l'utilisation des ressources en eaux⁵⁰⁹ .Il est alors un moyen contractuel d'utilisation des ressources ,au même titre que l'autorisation .L'article définit la concession de l'utilisation des ressources en eau comme « un acte de droit public délivré à toute personne physique ou morale ,de droit public ou privé qui en fait la demande » .

Par ailleurs, la concession peut devenir une vraie concession de service public .Cette hypothèse est prévu par l'article 81 de la loi relative à l'eau, en vertu duquel le concessionnaire peut réaliser une mission d'intérêt public .Celle ci consiste en la réalisation et l'exploitation d'installations de dessalement d'eau de mer ou de déminéralisation d'eaux saumâtres à des fins d'utilité publique. Par ailleurs, et même en dehors d'une mission d'intérêt public, la délivrance des concessions doit tenir compte des exigences de celui-ci ⁵¹⁰ .

Cette hypothèse correspond à la définition introduite à la loi domaniale après sa réforme en 2008 . Pour la première fois en droit algérien, un texte aussi clair et d'une vocation général abordera la concession .L'article 64 bis de la loi domaniale intervenu après une réforme législative apportée par la loi donne une définition très étendu de la concession domaniale qui englobe une vaste panoplie de contrats liés à la réalisation des projets d'intérêt public. Selon l'article 64 bis, la concession de l'utilisation du domaine public conclue entre une autorité concédante et un concessionnaire porte sur « le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel ou le droit de financer, de construire et/ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante »

De cette définition, on peut reconnaître non seulement la délégation du service public mais aussi d'autres contrats ayant objets complexe, cette à dire « contrats globaux ». Mais seules les délégations de services publics qui ont été utilisées par les textes relatifs à certains services en réseaux pour les ouvrir au secteur privé.

⁵⁰⁹ La loi 05-12 précitée .

⁵¹⁰ Voir les article 80 ,82 de la loi 05-12 relative à l'eau, loi précitée , concernant les cahiers de charges portant sur la concession d'utilisation des ressources en eau pour assurer un approvisionnement autonome de zones et unités, ils doivent tenir compte des possibilités de valorisation des eaux non conventionnelles ainsi que des exigences d'économie et de recyclage d'eau à travers un choix de procédés appropriés - Le respect des exigences d'intérêt public est requis pour le cahier de charge portant sur la concession d'utilisation des eaux usées épurées pour l'irrigation de certaines cultures ou l'arrosage d'espaces verts .Il doit tenir compte également des mesures préventives liées aux risques sanitaires et aux impacts sur l'environnement .

Section 2 le modèle contractuel envisagé pour le transfert de l'exclusivité de gestion

Le diagnostic de la législation relative aux activités en réseaux non concurrentielles nous révèle quel est le modèle contractuel utilisé dans leur gestion. Toutefois, on ne doit pas s'arrêter sur ce constat, car il n'y a pas qu'un type de contrat pour la gestion des services publics .On doit donc s'interroger sur l'identité du modèle contractuel utilisé.

Ici, le modèle contractuel que représente la délégation du service public inspiré par le droit français représente une référence pour l'étude des contrats utilisés dans le domaine. Cette référence s'impose avec véracité, après l'adoption du décret présidentiel qui consacre une partie de ses dispositions à la délégation de service public⁵¹¹ .Désormais, le cadre général que présente ce décret constitue un cadre référentiel aux contrats relatifs à la gestion du service public y compris dans le domaine des services en réseaux.

L'analyse du modèle contractuel utilisé pour la gestion de ces services doit être donc s'effectuer à la lumière de la délégation du service public (**sous section 1**) .L'objectif de cette analyse est de mesurer l'étendue des missions transférées au délégataire dans le domaine des réseaux. L'utilisation de ce modèle permet en effet un transfert plus ou moins étendu de missions aux opérateurs privés (**sous section 2**).

Sous section 1 L'analyse du modèle contractuel à la lumière de la notion de délégation de service public

Avant de confronter les contrats relatifs aux services en réseaux aux éléments constitutifs de la notion de délégation (§1) il est important que celle-ci soit définie avec précision (§2) .

§1-la notion de la délégation du service public

Cette notion tire son origine du droit français qui la consacre à coté des contrats de marchés publics (**A**) . Le droit algérien la reçoit et la consacre de la même manière (**B**) .

A - l'origine de la notion de délégation de service public

Le terme de délégation de service public est introduit en droit français pour recouvrir d'anciens modes de gestion⁵¹² .Son apparition date de la loi relative à l'administration territoriale de la république du 06 février 1992. Ensuite, le terme est utilisé par la loi du 29

⁵¹¹ Décret présidentiel n 15-247,décret précité .

⁵¹² En effet, la catégorie des contrats de délégations existe depuis longtemps en droit administratif et la loi Sapin n'a fait que les consacrer sous un terme générique . Le législateur français a voulu donner une réglementation à cette catégorie des contrats administratifs voir E..FATOME , « le nouveau cadre légal » ,AJDA, 20 septembre 1996 dossier sur la délégation, p 579.

janvier 1993⁵¹³ qui fixera les modalités d'organisation de la concurrence desdites délégations de service public.

Cependant, la délégation reste sans définition précise⁵¹⁴, et les écrits doctrinaux continuaient d'employer le terme de concession. La loi Sapin s'est limitée à définir les contours de cette notion. Le terme lui-même selon le même auteur prête à confusion, puisqu'il est déjà utilisé en droit administratif pour la désignation du transfert de compétence ou de signature.⁵¹⁵

La jurisprudence continuait de se référer toujours au terme traditionnel de concession. L'attachement au terme de concession pouvait s'expliquer par le sens globalisant qu'on pouvait lui donner. Elle pouvait englober toutes les formules contractuelles par lesquelles une personne publique confie la mission d'exploitation d'un service public à un tiers contre une rémunération différente de celle appliquée dans les marchés publics, et selon des formes variées de répartition des risques. Dans son acception globale, la mission dévolue au délégataire pouvait s'étendre à la construction et l'exploitation des ouvrages publics à ses risques et périls. En droit communautaire, le terme de délégation de service public est aussi méconnu et les textes communautaires utilisent le terme de concession de services qui s'oppose aux marchés publics⁵¹⁶.

Ce n'est qu'avec la loi MORCEF qu'une définition précise a été donnée à la délégation au terme de L 1411-1 alinéa 1 du CGCT : « une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle l'a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.. » Les éléments de cette définition seront éclairés ultérieurement par la jurisprudence. Cette définition fixe désormais d'une manière claire les frontières entre les délégations et les marchés publics⁵¹⁷.

⁵¹³ Voir loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604> transparence de la vie économique et des procédures publiques. La loi du 06/02/1992 disposait que les conditions de mise en concurrence seraient définies par voie réglementaire

⁵¹⁴ Voir M.BERBARBI et les autres, « Délégation de service public », op cit, p2. Un autre auteur souligne les conséquences de l'absence d'une définition précise de la délégation « La question la plus épineuse que la jurisprudence ne peut éluder concerne l'articulation entre les contrats de délégation de service public et les marchés publics. Les difficultés sont inéluctables dès lors que ces deux catégories légales de contrats ont des domaines d'application qui se recouvrent partiellement et des régimes distincts, donc mutuellement exclusifs » Voir Jean C. DOUENCE, « Les contrats de délégation de service public », RFDA, 1993, p 936 et s. On pourrait dire que l'objectif de la création de la catégorie de délégation est moins une création d'une catégorie nouvelle qu'une « catégorie attrape-tout pour éviter que des contrats qui associent le contractant au service public sans pour autant lui en confier la gestion (...) échappent à toute réglementation »

⁵¹⁵ Voir S.PLATON, « Délégation de service public et concession de services en droit de l'union européenne », AJDA, 15 juillet 2013, p 1443.

⁵¹⁶ IGD, Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique, op cit, p 32.

⁵¹⁷ Il est important de souligner que la distinction entre les délégations et les marchés publics est admise aussi en droit communautaire. Elle est fondée sur le critère du transfert du droit d'exploitation, un critère qui sera

B- la consécration de la délégation de service public en droit algérien

Avant qu'elle ne soit pourvue d'une consécration générale en vertu du décret 15-247 (b), la notion de la délégation fait son irruption dans la gestion des services en réseaux à travers des textes épars (a) .

a- La consécration de la notion de délégation avant le décret 15-247

Le législateur algérien opte pour la concession afin d'organiser l'entrée des opérateurs dans certains secteurs. Ce choix est adapté à la nature des services publics en question qui répondent à la formule de la concurrence pour le marché. Il utilise à côté de notion de concession un nouveau terme dans le secteur d'eau « la délégation de service public »

Or l'utilisation de ces termes n'est pas accompagnée par une définition précise .Les textes relatifs aux services en réseaux en question ne fournissent que des définitions floues et très vagues.

L'article 02 de la loi 02-01 définit la concession comme le « droit accordé par l'Etat à un opérateur pour exploiter et développer un réseau d'un territoire délimité et pour une

adopté par la directive 89/440 relatif aux concessions. Directive Européenne n°89-440 du 18 juillet 1989 NO 89440 modifiant la directive 71305 CE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOCE du 21 juillet 1989 page 1 .

Et puis il sera repris par la directive 2004/18 relative aux concessions de service. Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fournitures et de services <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A122009> .

La jurisprudence communautaire adopte un autre critère de distinction, celui du transfert de risque d'exploitation « voir les conclusions de l'avocat général sur l'affaire Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/BFI Holding BV aff C-360/96 ,AJDA 1999.302,chron H Chavrier ,H Legal et G de Bergues ;D 1999.2 ;RDI 1999.229 obs F .LIORENS .Le critère de risque sera repris par la communication interprétative de la commission européenne sur les concessions JOCE 29 avr 2000 « les concessions par lesquelles une autorité publique confie à un tiers la gestion totale ou partielle d'une activité économique qui relève normalement de sa responsabilité et pour laquelle ce tiers assume les risques d'exploitation ». La cour de justice considère comme élément essentiel de la définition de la concession de services « CJCE 13 oct 2005 aff C -458 /03 ,AJDA 2005 .1983 et 2335 chro E. BROUSSY F. DONNAT et C LAMBERT ;D2005 .2823 RDI 2005.446 obs J –D Dreyfus .

Le critère de risque sera finalement retenu par la directive sur les concessions : Considérant 18 de la directive 2014/23/UE du parlement et du conseil sur l'attribution de concession « Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d'exploitation. La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. Parallèlement, il convient de préciser que certains dispositifs exclusivement rémunérés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concessions, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif. » . <http://lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0023>

durée déterminée en vue de la vente de l'électricité ou du gaz distribué par canalisation .On retrouve les autres éléments de la concession dans le décret 08 -114 .

La loi n 01-13 confirme dans son article 21 la propriété de l'Etat sur le réseau ferroviaire national, et ajoute que celui-ci peut en concéder l'exploitation et la réalisation à une ou plusieurs entreprises de transport ferroviaire. Tandis que les articles 22 et suivants précisent l'objet de cette concession.

La loi 05-12 relative à l'eau précise dans les articles 104 et suivants les parties de la délégation, son objet et les procédures de son attribution, mais à l'instar des textes précédents, elle ne donne pas une définition cohérente de ce que l' on entend par le terme de délégation. On doit la chercher dans l'ensemble des règles relatives à la matière .

b- la consécration de la notion de délégation après le décret 15-247

Il est regrettable que le législateur algérien a employé la concession et la délégation sans leur donner une définition précise. Il fallait attendre l'adoption du nouveau code des marchés publics par le décret présidentiel n 15-247 qui porte aussi sur la réglementation des délégations de service public pour enfin voir une définition de la délégation et ses formes .

En se référant à ce décret, notamment à son article 207, la délégation est présentée comme une convention par laquelle une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public à un délégataire .La rémunération de celui-ci est assurée substantiellement par l'exploitation du service public .

La spécificité de la concession et des contrats de délégation de service public par rapport aux contrats des marchés publics trouve son intérêt aussi en droit algérien, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. En effet, la réglementation relative aux marchés publics s'applique à un ensemble varié de contrats conclus par les administrations, selon quelques critères posés par le décret présidentiel n 15 -247⁵¹⁸ . D'où la nécessité de soumettre tous les contrats entrants dans son champ d'applications à sa procédure contraignante⁵¹⁹.C'est une question d'ordre public, sur laquelle l'administration n'a pas un pouvoir d'appréciation. Il paraît donc normal de déterminer avec précision les critères de la concession, pour éviter tout risque de requalification par le juge⁵²⁰

La distinction acquiert de l'importance pratique, en raison du rôle du partenariat contractuel dans le développement économique et social de l'Etat. Car, contrairement aux marchés publics qui engagent des dépenses énormes des pouvoirs publics, et ne font pas

⁵¹⁸ Décret présidentiel n 15-247 du 07 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, décret précité.

⁵¹⁹ Les contrats de délégation comme nous allons voir sont marqués par une procédure moins compliquée que les marchés publics que ce soit en droit français comme en droit algérien

⁵²⁰ IGD, Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique, op cit, p36 . Le risque de requalification est stimulé par l'existence d'un référé précontractuel voir infra.

participer l'investissement privé dans les risques des projets, le partenariat répartit les risques entre les deux secteurs public et privé.

De ce fait, il est nécessaire de confronter les éléments relatifs à la concession et la délégation tels qu'ils sont utilisés dans le domaine des services en réseaux avec la définition de la délégation telle qu'elle ressort du décret présidentiel et à la lumière du droit français.

§2- La transposition de la délégation du service public dans les services en réseaux.

Les délégations des services publics en réseaux répondent aux éléments de la définition de la délégation du service publics, tels qui se dégage de la définition apportée par le décret 15-247 .

A- Le contrat :

La délégation revêt la forme contractuelle, ce qui exclue en principe les formes institutionnelles par lesquelles les missions de services publics sont déléguées (l'établissement public, la privatisation, la délégation unilatérale) .Ce caractère contractuel est la marque de l'évolution du droit de la commande publique qui nécessite un véritable échange des volantes.⁵²¹

La forme contractuelle de la délégation a été respectée pour les deux concessions sur l'eau, transport ferroviaire.

En revanche, il n'est pas certain que les concessions en matière de la distribution d'électricité et du gaz soient vraiment des contrats. La dénomination de concession ne suffit pas en elle-même à désigner une délégation. Il ne s'agit en fait que d'une dévolution unilatérale. D'ailleurs, dans son acception juridique une concession est une forme de privilège. C'est en effet la définition retenue par la loi 02-01et qui ne contient aucune référence à un contrat⁵²² . Elle définit la concession dans son article 02 comme étant « droit accordé par l'Etat à un opérateur pour exploiter et développer un réseau d'un territoire délimité et pour une durée déterminée en vue de la vente de l'électricité ou du gaz distribué par canalisation ».Le caractère unilatéral est confirmé par l'article 72 alinéa 2 qui dispose « l'attribution de concession se fait par décret exécutif » après un appel d'offre.

L'autre indice du caractère non contractuel de la concession de la distribution d'électricité et du gaz concerne la modalité de sa remise en cause . Celle-ci se fait d'une manière différente de celle de la délégation contractuelle ou d'un marché public⁵²³ . Le

⁵²¹ J- M .PEYRICAL, « Régime de passation des contrats publics le droit de délégations comme modèle » ,AJDA n39 ;2004 ,p 2326.

⁵²² loi 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, loi précitée .

⁵²³ En matière des marchés publics l'administration met fin au contrat à travers la résiliation et non pas par un retrait .voir les articles 149 et s du décret relatif aux marchés publics.

décret exécutif n 08-114 intitulé le chapitre 3 par le titre « retrait de la concession ». Cette qualification ne s'accorde pas avec les contrats. Elle est utilisée pour les actes administratifs .

On constate donc qu'aucune des dispositions de la loi 2002-03 ne fait référence à un contrat ou une convention.⁵²⁴ Or, le caractère contractuel n'est pas un élément marginal pour qu'on puisse penser qu'il a été omis par le législateur. D'ailleurs, la réglementation des marchés publics est claire sur ce point quand elle les qualifie ceux-ci de contrats. La même chose pour la loi domaniale qui précise que la concession domaniale est l'acte par lequel l'autorité concédante confie sous la forme d'un contrat à une personne morale ⁵²⁵.

Malgré l'absence d'une qualification textuelle expresse de la concession comme contrat, elle est considérée néanmoins du point de vue de son objectif comme un type particulier de la délégation. Surtout, si on prend en considération que l'encadrement strict des délégations réduit la volonte du partenaire à accepter ou refuser. Celui-ci n'a pas le choix de négocier les clauses du contrat. Donc, la délégation s'apparente à un contrat d'adhésion où la volonté du contractant n'a qu'une importance marginale .

Concernant la délégation du service public d'eau, la loi 05-12 est explicite quant au caractère conventionnel de la délégation. L'article 107 précise que « la convention de délégation de service public est approuvée selon les modalités fixées par voie réglementaire »⁵²⁶.

Le terme convention a été utilisé aussi par la loi 01-13 à propos de la convention d'exploitation ferroviaire. Celle-ci fait l'objet d'une convention et d'un cahier des charges

B- La personne publique délégante

C'est une consécration d'une jurisprudence bien établie qui exige pour reconnaître une concession la présence d'au moins une personne publique, c'est à dire l'Etat, une collectivité locale, un établissement public qui peuvent déléguer le service qui en ont la charge. Les subdélégations ne sont pas considérées comme des délégations, au regard de cette exigence. Cependant, en droit français on admettait quelques rares exceptions à cette règle ; il s'agit des subdélégations ou de sous traité d'exploitation⁵²⁷ . Mais après

⁵²⁴ Pourtant dans sa lettre du août 2008 , la commission de régulation de l'électricité et du gaz définit la concession d'une façon générale comme « un contrat de gestion déléguée par lequel l'Etat(ou une collectivité locale) permet à une entreprise donnée pour une durée limitée et d'en encaisser les produits, en contrepartie de la souscription d'obligations de service et du paiement de redevances ». Mais sans oser de transposer cette définition à la distribution d'électricité et du gaz . C'est pourquoi la commission recourt à la définition posée par la loi 02-01 qui ne fait aucune mention du caractère contractuel . CREG, équilibre : la lettre de la commission de régulation de l'électricité et du gaz n2, août 2008, p 08.

⁵²⁵ Art 64 bis de la loi domaniale 90-30 modifiée et complétée, loi précitée .

⁵²⁶ Loi 05-12 relative à l'eau, loi précitée.

⁵²⁷ TA Nice , 7 décembre 1999, Etablissement Alain Marine c/commune de saint -Laurent du var ; req n 98218

l'adoption de la définition apportée par la loi MURCEF ⁵²⁸ ces exceptions ne sont plus tolérées.

Toutes les dévolutions du service public en matière de services en réseaux sont dévolues par une personne publique, en l'occurrence l'Etat pour les concessions d'électricité et gaz et le transport.⁵²⁹ Et dans le secteur d'eau, le délégant peut être l'Etat, les établissements publics. Cela s'explique par le fait que les services publics ressortent de la compétence de l'administration ou d'une personne publique. Celle-ci, ne doit en aucun cas se désintéresser du service concédé. Il lui appartient toujours de s'assurer du respect des exigences du service public.⁵³⁰ Seulement, il faut souligner que dans le cas des délégations de l'électricité et du gaz ainsi que dans le domaine du transport, l'autorité délégante ne peut pas reprendre elle-même les activités déléguées. En revanche, en matière d'eau et d'assainissement l'autorité délégante peut reprendre le service et le gérer en régie.

La loi 05-12 relative à l'eau précise dans son article 104 les parties délégantes, en désignant l'Etat représenté par l'administration chargée des ressources d'eau, le concessionnaire qui n'est qu'un établissement public. Il faut le souligner, selon la même loi la concessionnaire est une personne publique. Il s'agit d'un établissement public à caractère industriel et commercial, ce qui ouvre une brèche dans le critère organique.

Mais concernant les communes, elles ont été privées de déléguer leurs services d'eau et d'assainissement, elles ont le choix soit de le gérer directement dans le cadre d'une régie dotée d'une autonomie financière ou le concéder à une personne publique.⁵³¹ Cette interdiction représente un recul par rapport au code des eaux qui autorisait après sa modification en 1996 les communes à déléguer ces services.⁵³² Elle contredit en outre la liberté reconnue au profit des communes par la loi 11-10 qui ne leur impose aucune restriction quant au choix du mode de gestion.⁵³³

Ainsi, l'organisation des services d'eau et d'assainissement se distingue des services de distribution de l'électricité et du gaz et du transport ferroviaire par la possibilité de la gestion en régie ou par un établissement public. Ceci dit, l'autorité délégatrice n'est pas dans une situation de pouvoir lié. Elle dispose du choix de mode de gestion approprié selon la taille et la nature du service public et les infrastructures existantes ou à réaliser. En effet,

⁵²⁸ La loi n° 2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier

⁵²⁹ En matière d'électricité et du gaz la loi 02-01 prévoit que « l'Etat garant du service public de l'électricité et du gaz octroie des concessions » et pour le transport ferroviaire l'article 21 de la loi 01-13 dispose que « l'Etat propriétaire du réseau ferroviaire peut en concéder l'exploitation et la réalisation à une ou plusieurs entreprises de transport ferroviaires de droit algérien »

⁵³⁰ D. LINOTTE et R. ROMI, services publics et droit public économique, op. cit., p. 325

⁵³¹ L'article 101 alinéa 3 de la loi 05-12 relative à l'eau, loi précitée

⁵³² AHMANE. KHEIRA, Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public – privé, mémoire de magistère soutenue à l'université d'Oran, faculté de droit, p. 123

⁵³³ La commune est privée de déléguer pourtant il s'agit d'un service public d'une dimension locale JF. AUBY, Les services publics locaux, PUF, 1982, p. 56. et P. DELIGNY, la gestion des services publics locaux, op. cit. p. 225. Et il entre dans la compétence des communes selon le code communal voir l'article 149 de la loi communale.

parce qu'il n'existe pas un mode de gestion idéal, la délégation n'est privilégiée qu'en fonction de plusieurs paramètres qu'on peut regrouper dans trois catégories : la première regroupe des considérations liées à l'intérêt de la collectivité organisatrice du service public .L'autorité délégante doit prendre en compte les impératifs financiers, et juridiques, ainsi que sa capacité de maîtriser les risques liés à l'opération de délégation⁵³⁴.

La deuxième catégorie regroupe les paramètres liés à l'intérêt du gestionnaire du service .Car, celui-ci doit être en mesure d'assumer ses responsabilités et de réussir sa mission .Il est nécessaire alors que l'autorité délégante prenne en compte tous les éléments financiers et économiques qui pèsent sur le gestionnaire.

La troisième catégorie concerne les paramètres relatifs à l'intérêt des usagers qui prennent en compte « *le niveau technique des prestations niveau d'entretien et de renouvellement des installations ; attractivité et évolution prévisible des tarifs, association des usagers à la gestion du service ; accessibilité au service* »⁵³⁵ .

Enfin, il faut signaler que les subdélégations des services publics en général et dans le domaine des services en réseaux ne sont pas considérées comme des délégations .C'est une question qui a été tranché par le juge administratif français dans l'affaire (CE 24 janvier 1990 Martinetti ⁵³⁶. Celui-ci considère que le délégant du service public reste au long de la vie du contrat de délégation comme pouvoir délégant .Donc, en conséquence le contrat de subdélégation n'est qu'une simple sous - traitance qui n'élève pas le délégataire au rang d'une autorité délégante. Au terme de cette analyse, la subdélégation n'est pas soumise aux procédures concurrentielles de la loi Sapin. Toutefois, cette solution a connu une exception dans la jurisprudence du conseil d'Etat ⁵³⁷

A l'égard de l'analyse adoptée par le juge administratif français, les contrats de gérance pratiqués dans le domaine des services de l'eau et d'assainissement en Algérie ne constituent pas des délégations, car l'entreprise délégataire n'est qu'une entreprise publique économique c'est-à-dire une personne de droit privé⁵³⁸ .

Toutefois, il convient d'ajouter que la subdélégation peut devenir une vraie délégation, si elle fait peser sur le sous concessionnaire de vraies obligations de service public.Tel était le cas en droit français des sous concessions de plages conclues entre les communes concessionnaire du domaine maritime et des sociétés privées chargées

⁵³⁴ S. BRACONNIERS ,Droit des services publics ,PUF ,2007,p 379 .

⁵³⁵ Ibidem ,p 380.

⁵³⁶ CE ,24 janvier 1990 Martinetti ,rec CE ,p557

⁵³⁷ S.BRACONNIER ,Droit des services publics ,op cit ,p480

⁵³⁸ Ces expériences ont été pratiquées dans certaines villes algériennes Alger –Oran –Constantine – Annaba : voir <http://www.ona.dz/article/la-gestion-deleguee.html> .Date de consultation 08/03/2015

d'exploitation ,d'entretien et de surveillance des plages ⁵³⁹ .Mais cette exception n'a été admise que pour les subdélégations consenties par des personnes publiques .

C- Le service public

C'est l'objet du contrat d'une délégation qui la différencie substantiellement d'un marché public. Dans une délégation, la personne publique transfère la mission de service public à un tiers. Il ne s'agit pas simplement d'une contribution à sa réalisation, tel le cas dans les marchés publics où le bénéficiaire exécute la mission qui lui a été confiée sous les ordres de l'administration « prestation du service »⁵⁴⁰ .Autrement dit, le contractant dans une délégation bénéficie d'une autonomie de décision inexistante dans les marchés publics⁵⁴¹ .

Dans le cas où les textes sont clairs sur l'existence d'une telle mission le problème est résolu. En revanche, si les textes sont muets, la jurisprudence administrative réfère deux éléments : - l'activité transférée à la personne publique soit considérée par la personne publique comme relevant d'une mission d'un service public.- l'exercice d'un droit de regard de la personne publique sur le concessionnaire. En d'autres termes, si l'autorité chargée de la gestion du domaine public se contente d'imposer au concessionnaire des obligations sans qu'elle exerce un contrôle sur celui-ci, l'opération ne peut être considérée comme une délégation ⁵⁴² .

Par ces deux éléments ,la jurisprudence administrative distingue la concession domaniale d'une délégation. En droit algérien, la différence entre les deux concessions est pertinente. Une concession domaniale est selon la loi domaniale l'acte par lequel l'autorité

⁵³⁹ A .ONDOUA « concession de plages » ,in Braconnier (dir), Juris –Classeur Contrats et Marchés publics ,fasc 520

⁵⁴⁰ C.MONDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales, Papyrus, 2006, p 25 voir aussi Didier LINOTTE et Raphael ROMI services publics et droit public économique ,juris classeur P 490

⁵⁴¹ Pour certains auteurs le marché public est une délégation retenue parce qu'elle ne suppose voir N. SYMCHOWIZ , PPP et montages contractuels complexes ,analyse et aide à la décision ,Le moniteur, p 40

⁵⁴² Dans un arrêt rendu le 12/03/1999 le conseil d'Etat nie le caractère d'une délégation de service public à une concession d'exploitation d'un café –restaurant situé dans le bois de Boulogne conclue entre la ville de Paris et la société d'exploitation. Dans cet arrêt le conseil d'Etat considère « que si l'activité du restaurant « l'Orée du bois » contribue à l'accueil de touristes dans la capitale concourt ainsi au rayonnement et au développement de son attrait touristique ,cette seule circonstance , compte tenue des modalités d'exploitation de l'établissement et de son intérêt propre ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public » CE 12/03/1999 Sté Stella Maillot –Orée du bois ,AJDA 1999,p 439 note Rauner et Rousset .Dans une autre affaire le conseil d'Etat clarifie la dissociation entre les obligations de service public et les obligations domaniales .Il considère à propos de l'affaire CCI de Pointe –à Pitre concernant l'exploitation d'une boutique dans un aéroport que les « obligations imposées à l'exploitant ,s'agissant notamment de la promotion des produits locaux et des activités d'animation ainsi que les modalités de contrôle exercé par l'établissement consulaire sur l'activité de boutique » formant des « prescriptions tenant à la qualité du service ,à l'aménagement des horaires d'ouverture et à l'insertion du commerce dans la réalité locale ,notamment par la réalisation d'une vitrine de promotion des produits locaux et la création d'un espace guadeloupéen et d'un case à rhum »mais qui selon le conseil d'Etat « n'auraient pas pour objet de confier à ce contractant la gestion du service public » voir CE 19 janv 2011 ,chambre de commerce et de l'industrie de Pointe à Pitre req n 341669 ,Lebon T ,1001 ,AJDA , 2011.1330 note P caille ; BJCP 2001 ,n 75 , p 101 ,concl N Boulouis ,contrats marchés publ 2011 ,comm ,86 note G ECKERT ,RLST 2011, n66 ,p 46 ,chro ,E Glaser ..

concedante confie sous forme d'un contrat à une personne morale ou physique dite concessionnaire, le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel⁵⁴³ Cela dit, la concession domaniale poursuit un but particulier, elle permet une occupation privative du domaine public⁵⁴⁴. Cependant, l'activité de service public peut se combiner avec une concession domaniale. C'est une hypothèse que la loi domaniale prévoit dans son article 64 bis « le droit de financer, de construire et/ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concedante » Il faut aussi écarter les autres contrats à l'instar de la concession domaniale qui n'ont pour objet que l'exercice d'une activité à titre exclusif⁵⁴⁵.

Dans le domaine des services en réseaux, la qualification de service public pour les activités concédées ou déléguées ressort clairement des textes. La loi 02-01 a qualifié dans son article 03 la distribution de l'électricité et du gaz comme une activité de service public. Le contenu du service public est clairement défini par le même article. Il concerne la fourniture en énergie les clients non éligibles dans les meilleures conditions d'équité, de continuité et de péréquation des prix de vente –assurer dans le cadre de l'égalité de traitement le raccordement et l'accès des distributeurs, des clients éligibles et des producteurs d'électricité aux réseaux de transport de l'électricité –satisfaire en énergie des catégories de citoyens préalablement identifiées et des régions défavorisées afin d'assurer une meilleure cohésion sociale et de contribuer à une plus grande solidarité –assurer la fourniture d'énergie à tout client si ce dernier ne trouve pas de fournisseur dans les conditions économiques ou techniques acceptables.

Concernant le secteur du transport ferroviaire, la qualification de service public est donnée par l'article 7 de la loi 01-13 à tous les modes de transport public y compris celui effectué par voie ferrée⁵⁴⁶. Dans son article 19 cette loi dispose que le réseau ferroviaire national comprend l'ensemble des infrastructures ferroviaires destinées à l'exploitation des services ferroviaires de transport de voyageurs et/ou de marchandises d'intérêt national. Il est tout à fait normal que les infrastructures en question incorporées dans le domaine public artificiel soient destinées à accomplir une mission de service public⁵⁴⁷. Car l'appartenance à la domanialité la suppose cette fonction.

Dans le secteur d'eau et d'assainissement, l'objet de la délégation porte sur une mission de service public. Elle consiste selon l'article 100 de la loi 05-12 en

⁵⁴³ Art 64 bis de la loi n 90-30 du 1^{er} décembre 1990 JORA n 52 modifiée et complétée par la loi n 08-14 du 20 juillet 2008 JORA n 44 du Aout 2008.

⁵⁴⁴ N. SYMCHOWIZ, PPP et montages contractuels complexes, analyse et aide à la décision, Le Montier, p40.

⁵⁴⁵ Telles les concessions domaniales les autres concessions dont l'objet concerne l'octroi ou la mise à disposition à titre exclusif ne sont pas des délégations de service public voir C.BRECHON –MOULENES, la concessions de service publics face au droit communautaire, Sirey, p29

⁵⁴⁶ Le transport terrestre inclut « toutes activités par laquelle une personne physique ou morale déplace d'un point à un autre par route ou par voie ferrée, au moyen d'un véhicule approprié, des personnes ou des marchandises » article 02 de la loi 01-13 portant orientation et organisation des transports ferroviaires, loi précitée

⁵⁴⁷ Art 16 de la loi 90-30 modifiée et complétée, loi précitée

« l'alimentation en eau potable et industriels et l'assainissement »⁵⁴⁸. Cette qualification a été consacrée aussi dans la loi sur la commune qui range l'activité d'alimentation en eau potable dans les services publics locaux⁵⁴⁹.

Par ailleurs, il faut souligner que la loi a mis d'autres mécanismes n'ayant pas comme objectif la fourniture d'eau potable et l'assainissement. Ils sont seulement mis en place pour répondre aux besoins agricoles et industriels ou à d'autres usages des personnes publics ou privé dans le cadre d'une gestion rationnelle des ressources hydrauliques.⁵⁵⁰ Par ailleurs, à l'instar de la loi domaniale, la loi sur l'eau prévoit cette combinaison sous la forme de concession dans l'article 77 alinéa 04. En effet, après avoir en vertu de l'article 71 considéré la concession comme mode d'utilisation des ressources d'eau, le législateur prévoit la possibilité de transmettre une activité d'intérêt public par le biais de cette concession. L'article 81 prévoit en outre que « la concession de réalisation et d'exploitation d'installations de dessalement d'eau de mer ou déminéralisation d'eau saumâtre à des fins d'utilité publique ».

D- La rémunération du contractant

Le critère du risque financier représente un privilège indéniable pour réaliser le développement des infrastructures, tout en réduisant les dépenses publiques. Si non, il n'aurait aucune opportunité de recourir à la délégation⁵⁵¹. C'est pourquoi, il est important de vérifier si le droit algérien l'a pris en considération comme élément nécessaire dans la définition de la dévolution du service public dans les services en réseaux **(b)**. Mais on doit déterminer avant le contenu de ce critère **(a)**.

a- Signification du critère de la rémunération

Le mode de rémunération a été retenu depuis longtemps en droit administratif comme critère décisif de la concession. C'est-à-dire, que le concessionnaire est rémunéré à

⁵⁴⁸ Loi 05-12 relative à l'eau précitée.

⁵⁴⁹ Art 149 de la loi 10-10 précitée

⁵⁵⁰ Les deux régimes d'utilisation de l'eau institués par la loi 05-12 «art 75 » les articles correspondent aux opérations suivantes : les opérations soumises à l'autorisation sont :

- La réalisation des puits ou forages, en vue d'un prélèvement d'eau souterraine
- La réalisation d'ouvrages de captage de source non destinée à l'exploitation commerciale
- La construction d'ouvrages et d'installations de dérivation, de pompage ou de retenue à l'exception de barrage en vue de prélèvement d'eau superficielle
- L'établissement et de tout ouvrages ou installation de prélèvement d'eau souterraine ou superficielle.

Tandis que la concession concerne notamment l'effectuation des opérations suivantes :

- La réalisation de forages en vue de prélèvement d'eau dans les systèmes aquifères fossiles ou faiblement renouvelables, pour des usages agricoles ou industriels notamment dans les zones sahariennes
- L'établissement d'installations de prélèvement d'eau souterraine ou superficielle y compris par raccordement sur des systèmes d'adduction d'eau en vue d'assurer un approvisionnement autonome de zones ou unités industrielles

⁵⁵¹ La notion de partenariat public privé est assise sur le transfert de risque à partenaire privé. Selon J-P. COLSON le partenariat inclue toutes les formes de prises en charge par des acteurs privés de tout ou partie des risques économiques liés à la réalisation d'un objectif d'intérêt public avec l'accompagnement d'une personne publique » J. PHILIPPE COLSON et P. IDOUX, Droit public économique, op cit, 351.

partir de l'activité qu'il exploite⁵⁵². Il est alors associé aux risques de cette activité, contrairement aux marchés publics dans lesquelles la rémunération est assurée par l'administration. C'est pourquoi, la jurisprudence va mettre l'accent sur la notion de risque pour définir les concessions.

Après l'adoption de la loi Sapin, la jurisprudence va préciser ce qui est entendu par risque financier. Dans l'arrêt Préfet des Bouches –du Rhône c/ Commune de Lambesc, le juge administratif exige que la rémunération soit substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. De ce fait, la rémunération direct du délégataire auprès des usagers recule devant la notion du risque financier, et on dépasse alors la jurisprudence antérieure (CE, 11 décembre 1963, Ville de Colombe)⁵⁵³. La jurisprudence administrative s'écarte d'une vision purement comptable au profit d'une analyse économique du contrat. Celle-ci garantie plus de sécurité aux contractants⁵⁵⁴.

Cette formule adoptée par le juge administratif permet d'intégrer dans la rémunération du délégataire d'autres sources que les redevances perçus sur les usagers. Car, l'essentiel réside dans le transfert des risques au contractant. C'est ce que le juge administratif prend soin de le préciser dans un autre arrêt. Il considère, qu'il ne suffisait pas que « la rémunération du contractant soit proportionnelle à son volume d'activité » elle en doit en outre peser sur le contractant un véritable aléa⁵⁵⁵.

Le législateur reprend presque à l'identique⁵⁵⁶ la même formule de la jurisprudence du conseil d'Etat dans la loi du 11 décembre 2001. Son article 3-1 précise que « le délégataire a une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». L'appréciation de cette rémunération a donné lieu à des divergences d'interprétation de la part des tribunaux administratifs, ce qui est la cause d'une insécurité juridique, du fait du risque de requalification d'une concession à un marché public.

Dans l'objectif de clarifier le critère financier, le conseil d'Etat va exiger dans un arrêt « CE, 30 juin 1999 Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine –et-marnais req n 198147) que la part des recettes provenant d'une source autre que

⁵⁵² Tous les anciens auteurs sont unanimes sur l'élément de la rémunération auprès des usagers. En d'autres termes le concessionnaire assume à ses risques et périls l'activité du service public. Voir à titre d'exemple G JEZE, « La concession de service public », RDP, 1925, p.59 s. : « la rémunération du concessionnaire consiste dans le droit qui lui conféré de percevoir, à son profit sur les usagers ou le public une redevance (taxe), fixé par un tarif pendant toute la durée de la concession »

⁵⁵³ Le critère de rémunération auprès des usagers n'est plus un critère absolu, il est concurrencé par le critère de risque financier. C'est ce qui ressort de la jurisprudence administrative et communautaire. Voir sur l'importance du risque financier : M. LONG, « Délégation de service public, comment les identifier ? », Le Moniteur 15 janv 1999 et Laurent Vidal, Le juge administratif l'économie et le contrat, RFDA adm, n 6, p. 1147

⁵⁵⁴ Voir sur cette question T. Pez, Le risque dans les contrats administratifs, thèse Paris II, 2006. En doctrine la définition de la concession intègre dans la rémunération du contractant d'autres sources que la rémunération auprès des usagers voir A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, traité des contrats administratifs, 2^{ème} éd., TL P., 297

⁵⁵⁵ Rapport l'ENA, p. 12

⁵⁵⁶ C. MONDOU, « es conventions de délégation de service public des collectivités territoriales », article précité, p. 29.

la collectivité représente environ 30 pour cent de l'ensemble des recettes. Ce seuil va être réduit dans d'autres décisions ⁵⁵⁷.

Selon la cour de justice, le risque d'exploitation se définit comme « le risque d'exposition aux aléas du marché (...), lequel peut se traduire par le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de service, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service » ⁵⁵⁸. Autrement dit, selon la formule proposée par la directive le risque opérationnel est présent lorsque « le concessionnaire n'est pas certain de recouvrer les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il encoure lors de l'exploitation des travaux ou services qui font l'objet de la concession ». Le risque peut être lié à l'utilisation des travaux ou à la demande de fourniture de service ; ou le risque lié à disponibilité de l'infrastructure mise à disposition par le concessionnaire ou utilisé pour la fourniture du service aux usagers ⁵⁵⁹. Enfin, il faut préciser que le prisme financier pourrait diminuer l'importance du critère de l'objet. Parce qu'en fonction de la modalité de rémunération retenue, des contrats ayant le même objet seront qualifiés différemment. Ce qui fait obstacle selon certains « à la construction de catégories contractuelles homogènes et autonomes les unes des autres » ⁵⁶⁰.

b- l'élément financier dans les services en réseaux

Dans le domaine d'électricité et du gaz, le décret exécutif n 08-114 ⁵⁶¹ utilise la formule classique de la rémunération auprès des usagers. Il prévoit parmi les principes généraux de la concession de distribution d'électricité « le droit de perception directe auprès des clients du service concédé des paiements de ce service lorsque le concessionnaire assure en même temps la fonction d'agent commercial ». Donc, la rémunération s'effectue à partir des usagers soit directement si le concessionnaire est un agent commercial soit indirectement le cas contraire. L'élément de la rémunération est confirmé aussi dans le cahier de charge « le concessionnaire perçoit auprès des clients un prix destiné à rémunérer le service de la distribution de l'électricité et/ou du gaz ainsi que les autres obligations mises à charge ». Toutefois, le concessionnaire peut recevoir une rémunération par l'Etat, après avis de la commission de régulation pour compenser une

⁵⁵⁷ Ibid, p 30

⁵⁵⁸ CJUE 10 mars 2011, Private Rettungsdienst und Krakentransport Stadler, aff. C-274/09, pt 37, AJDA 2011.1007, Chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; AJCT 2011.358, obs. S. Hul ; RFDA 2011.1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2012.643, obs. A. Law-rence Durviaux

⁵⁵⁹ 10 mars 2011, Private Rettungsdienst und Krakentransport Stadler, le jugement précité.

⁵⁶⁰ L. MARCUS, L'unité des contrats publics, DALLOZ, 2010, P441, n 478

⁵⁶¹ Décret exécutif n 08-114 fixant les modalités d'attribution et de retrait de concession de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier de charge relatif aux droits et obligations du concessionnaire, du 09 avril 2008, JORAP n20 du 13 avril 2008, p 05.

sujétion du service public .Cela dit, le critère de la rémunération n'est pas exclusif de tout autre mode de rémunération.⁵⁶²

Quant au domaine du transport ferroviaire, la loi 01-13 ne mentionne pas l'élément de rémunération dans sa définition de la concession, elle renvoie à un décret la détermination du cahier de charge. Or ,celui-ci n'a pas encore vu la lumière. Néanmoins on peut déduire de quelques dispositions de cette loi l'élément de rémunération.

D'abord, la concession porte sur une activité effectuée à titre onéreux pour le compte de tiers « l'article 02 ». Cela dit, le concessionnaire se trouvera dans une relation marchande avec les usagers. Il leur fournit un service contre une rémunération

L'article 11 confirme cette idée en disposant que le financement de l'exploitation des services de transport public est assuré par les usagers. Cela est valable pour tous les moyens de transport public, y compris le transport ferroviaire. L'article 12 précise la nature de cette rémunération qui s'effectue selon des tarifs qui peuvent être déterminés pour les services jugés stratégiques ou spécifiques .

Enfin, en prévoyant la compensation des sujétions de service public « pour couvrir les manques à gagner ou le déficit résultant de l'exploitation du service imposé » l'article 18 reconnaît sans équivoque une autre fois que l'activité du transport public se base sur les gains de l'exploitation d'une façon principale et sur une compensation s'il est nécessaire.

A l'instar du décret relatif à la concession de distribution d'électricité et du gaz, la loi 05-12 relative à l'eau prévoit expressément de rémunération comme élément déterminant dans la définition de la délégation du service public. Elle dispose dans son article 105 que la délégation doit préciser entre autres « la rémunération du délégataire ou la tarification du service payé par les usagers et les paramètres d'évaluation de la qualité de service ». La rémunération est alors loin de celle prévue dans un marché public. Elle est liée à des critères qui font peser sur le contractant un risque financier indéniable.

Ce n'est que dans le cas de la mission de la délégation que le risque est présent, en revanche dans le cas des contrats de gérance les gérants ne supportent aucun risque .Ils sont rémunérés directement par les personnes publiques.

Sous section 2 - L'étendu des missions déléguées dans les services en réseaux

Au regard des deux formes principales de délégation : la concession et l'affermage, on pourrait mesurer l'étendu des missions dévolues au délégataire. Deux types de missions sont envisageable dans les services en réseaux .Il s'agit de missions élargies transférées dans le cadre de du contrat de concession (§1) et des missions limitées transférées dans le cadre du contrat d'affermage et la régie intéressée (2§) .

⁵⁶² L'article 04 de la loi 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, loi précitée ,p07

§1 – Le transfert de missions élargies « contrat de concession »

En vertu du contrat de concession, deux missions peuvent être transmises au délégataire .Soit il assume une gestion pure ou simple (**B**) ,c'est à dire sans travaux publics ,soit il assume ces dernier avec la mission de gestion (**C**) . Mais avant de présenter ces deux hypothèses, il est nécessaire de donner une définition au contrat de concession **A** .

A la définition du contrat de concession

Au début du 20eme siècle, le contrat de concession reçoit une définition jurisprudentielle .Le commissaire de gouvernement l'a défini dans la célèbre l'affaire « compagnie générale d'éclairage de Bordeaux » comme suit « c'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou ceux qui bénéficient du service public »⁵⁶³ Il est à noter qu'en raison de son importance a constitué une référence à tous les contrats administratifs⁵⁶⁴ .

En droit algérien ,le législateur définit la concession à partir de ses éléments essentiels dégagés en droit français . Le décret 15-247 la présente comme suit : « l'autorité délégante confie au délégant soit la réalisation d'ouvrages ou l'acquisition de biens nécessaires à l'établissement du service public et à son exploitation ,soit elle lui confie uniquement l'exploitation du service public . Le délégataire exploite le service public en son nom et à ses risques et périls ,sous le contrôle de l'autorité délégante en percevant des redevances sur les usagers du service public . Le délégataire finance lui même la réalisation ,les acquisitions et l'exploitation du service » .

A partir de l'adoption de cette définition, une ligne de démarcation est tracée entre le contrat de concession relatif à la gestion des services public et les contrats qui lui sont proches. La concession du service public se différencie d'abords des contrats de concession utilisée en dehors des services publics . Il s'agit principalement de la concession relative au biens d'Etat . Cette forme concessionnelle a été défini d'une façon très précise de la part du conseil d'Etat algérien « le contrat des biens d'Etat en vertu duquel l'autorité concédante transmet au bénéficiaire le droit d'exploitation temporaire d'un bien foncier appartenant aux biens nationaux d'une façon exceptionnelle et révocable moyennant le payement d'une redevance »⁵⁶⁵ .

Une ligne de démarcation est aussi tracée entre le contrat de concession et les marchés publics :

⁵⁶³ Conclusions sous CE ,30 mars 1918 ,Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux ,rec ,p 123 .

⁵⁶⁴ J-P. COLSON et P.IDOUX ,droit public économique,op cit , P 361.

⁵⁶⁵ Revue du conseil d'Etat ,n 5 ,2004 ,p 57 .

Dans le cadre d'un marché public, l'organisation de la gestion des services publics revient à l'autorité administrative. Celle-ci se contente de confier à un opérateur la mission de réaliser certaines tâches. En revanche, dans le cadre d'un contrat de concession de service public l'opérateur gère lui même le service public. A l'égard de son contractant, l'autorité administrative ne dispose que d'un pouvoir de contrôle qu'elle exerce en conformité avec ses obligations contractuelles.

En vertu des contrats de concession, le délégataire est habilité à passer des contrats avec les usagers en son nom propre pour le compte du service public .Ainsi, la responsabilité du cocontractant constitue un écran entre l'autorité concédante et les usagers⁵⁶⁶ . En ce qui concerne les services à caractère industriel et commercial, y compris les services en réseau, la situation de l'utilisateur vis-à-vis du gestionnaire du service est réputée contractuelle. Les contrats conclus entrent dans le champ d'application du droit privé et la compétence du juge ordinaire.

Il faut signaler toutefois que dans une délégation, la responsabilité de la collectivité peut être s'engager vis-à-vis des usagers. Cette responsabilité peut se fonder soit sur la faute commise dans le contrôle de la bonne exécution de la gestion du service ,soit à titre subsidiaire, en cas d'insolvabilité du gestionnaire ⁵⁶⁷

Le marché public ne transmet pas un risque économique au contractant ,tel que dans les contrats de concession. Le seul risque qu'assume le titulaire d'un marché public est sur les seules charges dès lors que les recettes sont arrêtées dans le contrat. En effet, le caractère onéreux du marché public consiste en un versement d'un prix versé par⁵⁶⁸ .

Alors que dans les contrats de délégation le risque s'étend aux recettes, c'est-à-dire qu'il touche la contrepartie financière du concessionnaire. En d'autres termes ,la concession se caractérise donc par l'exploitation au risque et péril du concessionnaire .Cet élément a été toujours considéré comme le trait distinctif du système concessif . L'objectif est de créer une solidarité financière entre le concédant et le concessionnaire ⁵⁶⁹.Ceci implique pour le concessionnaire d'assumer la direction du projet ,le choix et la surveillance du personnel . Il assume aussi l'entretien et le renouvellement à ses frais les installations ⁵⁷⁰

Cette aspect différencie le contrat de concession constitue l'élément financier caractérisant tous les contrats de délégation .Mais dans un contrat de concession il est exigé en outre que le délégataire soit rémunéré par les redevances des usagers .

⁵⁶⁶ Tribunal de Grande instance de Paris ,17 mai 1995 ,EDF –GDF c/ RIVP in cahiers juridiques de l'électricité et du gaz ,n 524,sept ,1996 ,p 323 .Cité PSOKOLOFF ,Marchés publics ,délégations de services publics et autres contrats de partenariat public –privé des collectivités locales ,op cit , p45 .

⁵⁶⁷ Conseil d'Etat ,7 mars 1934,Compagnie Le phénix et autres ;19 novembre 1975,ministre de l'intérieur c/ Eblinger ;11 décembre 2000,Mme Agofroy et autres .

⁵⁶⁸ P.COSSALTER, la concession de service public ,territorial éditions ,2011 ,p10.

⁵⁶⁹ C.BRECHON-MOULENES ,la concession de service public face au droit communautaire,Sirey 1992, P24 .

⁵⁷⁰ Y.DELAIRE ,la délégation des services publics locaux ,op cit ,p 130 .

Toutefois, les recettes ne doivent pas être certaines. Car si elles le sont le contrat de délégation serait sans risque et pourrait être requalifié en marché public. Ainsi, le conseil d'Etat considère dans son arrêt du 5 juin 2009 que le concessionnaire ne supportait aucun risque en raison du nombre relativement fixe et leur prix prévu à l'avance⁵⁷¹.

Donc, il ne suffit pas pour entrer dans le cadre d'une concession que le délégataire soit rémunéré principalement des usagers. Il faut s'assurer dans chaque contrat que le titulaire assume ce le conseil d'Etat appelle « les risques d'exploitation ».

Par ailleurs, le versement de subventions au concessionnaire ne compromet pas le caractère de délégation si la subvention est fixe et non liée au paiement automatique d'une perte du concessionnaire⁵⁷².

En droit communautaire le risque financier est pris en compte dans la définition du contrat de concession. La commission européenne précise que la concession se caractérise par le risque pris par le concessionnaire. La position de la commission est maintenue, après l'adoption de la communication interprétative d'avril 2000 sur les concessions en droit communautaire et celle du 15 novembre 2005 concernant les partenariats public privé⁵⁷³.

B La concession pure

C'est une concession au sens strict, elle ne s'accompagne pas par l'exécution de travaux publics⁵⁷⁴. Le concessionnaire est chargé de gérer le service à ses risques et périls. Il ne reçoit à cet effet aucun ouvrage de la part du délégant, il se contente de ses propres moyens. On pouvait douter de l'existence de cette forme de délégation, du fait de la difficulté pour le concessionnaire de gérer un service sans un support d'infrastructure mis à sa disposition de la part de l'administration ou qu'il se charge lui-même de construire. Pourtant, c'est un cas envisageable si le concessionnaire est doté des moyens lui permettant de gérer le service.

Ce type de concession se présente dans le service public d'eau et d'assainissement, dans le cas où la délégation porte seulement sur la mission de gestion. Elle est prévue par l'article 104 de la loi 05-12 qui précise que « l'administration chargée des ressources en eau en agissant au nom de l'Etat, ou le concessionnaire peuvent déléguer tout ou partie de la gestion des activités des services publics de l'eau ou d'assainissement ».

En revanche, pour les concessions en matière de la distribution d'électricité et du gaz et dans le transport ferroviaire, la délégation simple n'est pas envisageable. Les textes

⁵⁷¹ Conseil d'Etat, n 298641, 4 juin 2009.

⁵⁷² Cour administrative d'appel de Marseille, n 00MA00393, 13 avril 2004.

⁵⁷³ Institut de la gestion déléguée, Partenariat public- privé : mode d'emploi juridique et approche juridique, publié avec Dexia – 2006, p 34.

⁵⁷⁴ C. MONDOU, « Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales », op cit, p 37.

relatifs à ces domaines organisent la concession toujours en liaison avec les infrastructures y afférentes .La première concession est liée au réseau de distribution, sans lequel l'activité ne peut se réaliser. Et pour la seconde elle est également liée l'infrastructure du réseau ferroviaire.

C - La concession mixte de service et de travaux publics

Selon cette formule, le délégataire est chargé de la mission de la réalisation des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public. Et puis de les exploiter en tirant sa rémunération des redevances payées par les usagers.⁵⁷⁵ .La mission de maître d'ouvrage est exercée par le délégataire.

Le choix de la concession mixte dans le domaine des services en réseaux répond au besoin de la collectivité pour développer les réseaux et les améliorer par le recours au financement privé. Donc, la collectivité n'est pas seulement à la recherche d'une gestion du service public, elle tend d'abord à créer l'infrastructure et puis la mettre en service en vertu du même contrat. Ainsi, cette forme de concession apparaît comme un moyen important de financement des infrastructures et valorisation du domaine public.

Il est important de rappeler que la loi domaniale après sa modification en 2008 a consacré cette forme de concession. Selon l'article 64 bis, la concession de l'utilisation du domaine public conclue entre une autorité concédante et un concessionnaire porte sur « le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel ou le droit de financer, de construire et/ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante » . La concession peut alors porter le financement et la construction d'un ouvrage public .

Notons que le souci de financement a poussé en droit français à trouver d'autres formules contractuelles que la concession pour le financement des équipements publics .Ainsi ont vu le jour les contrats de partenariat . Ces contrats se caractérisent principalement selon l'ordonnance n 2004 -559 du 17 juin 2004 par « une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien ,leur maintenance ,leur exploitation ou leur gestion ,et, le cas échéant à d'autres prestation de services concourant à l'exercice ,par la personne publique ,de la mission de service public dont elle est chargée » ⁵⁷⁶.

A l'instar des contrats de concession de travaux publics, le contractant se voit reconnu la qualité du maître d'ouvrage. Mais le contrat de partenariat se distingue par la rémunération du contractant .Celle ci, fait l'objet d'un paiement par la personne publique

⁵⁷⁵ Ibidem ,p43 .

⁵⁷⁶ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr>

pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au contractant .Et ce contrairement au mode de financement des contractants dans les contrats de délégation de service public.

On peut se demander si le contrat de partenariat peut trouver une place en droit algérien à travers les dispositions de l'article 64 bis de la loi domaniale. Car, la concession domaniale peut s'accompagner d'une mission globale tels les contrats de partenariat en droit français .C'est à dire, que le contractant peut se voir transféré la mission de financement, de construction et d'exploitation de l'équipement public . De tels contrats vont recouvrir toutes les formules contractuelles qui s'écartent des définitions classiques des marchés publics et des délégations de service public. Il s'agit de modalités dérogatoires ou de « montages contractuels complexes » .

En matière de la distribution d'électricité et du gaz, le concessionnaire peut être chargé de la mission d'établir des biens. Ils seront incorporés soit dans les biens de retours soit dans les biens propres du concessionnaire selon un fichier de mobilisation ⁵⁷⁷

Et dans le domaine du transport ferroviaire la concession peut inclure selon l'article 21 de la loi 01-13 la réalisation des infrastructures ferroviaires ou leur maintenance.

Mais c'est dans le domaine de l'eau que la mission de travaux public liée à la délégation est la plus claire .L'article 106 de la loi relative à l'eau prévoit deux hypothèses de délégation l'une concernant l'exploitation avec la mission de construction d'infrastructures hydrauliques, et l'autre l'exploitation avec seulement la réhabilitation⁵⁷⁸.

§2- Le transfert de missions limitées

Les missions transférées en vertu des contrats de délégation autres que le contrat de concession peuvent être considérées comme limitées en raison de l'implication moins risquée du délégataire dans la gestion. Deux contrats de délégation peuvent être envisagés pour ce transfert ,le contrat d'affermage (A) et celui de la régie intéressée (B) .

A le contrat d'affermage

Le contrat d'affermage est une forme importante de la délégation du service public .D'ailleurs ,il occupe la deuxième place après le contrat de concession .Et cela même si pour certains : « *l'affermage n'est au fond qu'une espèce qui appartient au genre plus large qu'est la concession* »⁵⁷⁹ . L'un des arguments militant en faveur de la négation de la spécificité de l'affermage est le désintérêt du conseil d'Etat dans le passé de dégager les critères qui le différencient du contrat de concession .Ce point de vue, est actuellement

⁵⁷⁷ L'article 04 Décret exécutif n 08-114 fixant les modalités d'attribution et de retrait de concession de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier de charge relatif aux droits et obligations du concessionnaire ,décret précité ,p05.

⁵⁷⁸ La loi 05-12 relative à l'eau, loi précitée .

⁵⁷⁹ V. O. RAYMUNDIE, *Gestion déléguée des services publics*, éditions Le Moniteur, 1995, p. 108.

contredit en doctrine comme en jurisprudence. Finalement, le décret 15 -147 consacre le contrat d'affermage comme une forme de délégation distincte de la concession

Telle la concession ,cette délégation est assumée aux risques et périls du délégataire, mais elle s'en distingue par deux caractéristiques que le juge administratif a relevées et que la doctrine a synthétisées ⁵⁸⁰ :

- Le fermier n'est pas tenu de réaliser des investissements en vertu de la délégation. Ainsi, se dégage critère de « la prise en charge des frais du premier établissement »qui distingue nettement l'affermage du contrat de concession ».Le conseil d'Etat a dégagé ce critère de différentiation dans l'arrêt Commune d'Elancourt du 29 avril 1987 . Il précise qu' « ainsi la situation existant à la date de la conclusion et l'objet dudit contrat correspondaient en réalité à ceux d'un affermage de l'exploitation d'installations déjà construites et non d'une concession chargeant le cocontractant du syndicat d'établir des ouvrages de service ».Le critère est maintenu dans les arrêts ultérieurs ,comme dans l'arrêt du 19 avril 1989 en ce qui concerne une délégation d'un service de transport de voyageurs par auto bus ⁵⁸¹ .Mais il ne faut pas comprendre du critère dégagé par la jurisprudence l'absence totale de toute implication de la part du fermier dans les frais du premier établissement . C'est-à-dire qu'une implication non importante s'accommode avec le contrat d'affermage. C'est ce que précise le conseil d'Etat dans l'arrêt du 19 avril en retenant la qualification de contrat d'affermage d'une convention, puisque celle-ci « n'a pas pour objet la réalisation d'ouvrages nécessitant des investissements important du contractant de l'administration ». Selon certains, la qualification de contrat d'affermage n'est pas perturbée par le fait qu'il revient au fermier « *non seulement d'entretenir les ouvrages ,mais éventuellement de les renouveler et les développer en fonction des besoins du service* »⁵⁸² .Ainsi, dans les services en réseau les travaux de branchement qui ne constituent que des travaux accessoires à l'ouvrage principal sont à la charge du fermier ⁵⁸³ . Les cahiers des charges prévoient le partage des travaux de renouvellement et de modernisation sans remettre en cause la logique de l'affermage. Le fermier se voit transférer la charge du renouvellement des divers matériels(thermiques ,mécaniques ,électriques ,hydraulique) .Tandis que le fermant assume les grands travaux ,ceux de bâtiments et de génie civil

Partant du constat que le fermier n'assume pas l'important des frais du premier établissement ,il n'est pas en conséquence considéré comme maître d'ouvrage contrairement à la concession mixte⁵⁸⁴ . Car son rôle essentiel consiste à assumer

⁵⁸⁰ Voir CE ,29 avril 1987, Commune d'Elancourt req n 51022 et CE, 19 avril 1989 la société des transports urbains d'Angers req n 41524 . « L'affermage est une convention par laquelle une personne publique charge d'un service public une autre personne qui en assume l'exploitation sous sa responsabilité grâce aux ouvrages qui lui sont remis et verse en contrepartie des redevances à la personne publique cocontractante » .A de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs ,2eme éd ,TI , p317.

⁵⁸¹ 19 avril 1989, *Société des transports urbains d'Angers*

⁵⁸² P. SUBRA, La spécificité de l'affermage,AJDA,1996,p624 .

⁵⁸³ Ibidem ,p 614 .

⁵⁸⁴ P. SOCOLOFF, Marchés publics délégation du service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales, Lavoisier, p 38

contrepartie des redevances à la personne publique contractante⁵⁸⁵. En revanche, c'est l'affermant qui assume le financement des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public. Et en contrepartie le fermier verse les redevances à l'autorité délégante.

En raison de l'absence de travaux initiaux important nécessitant un amortissement très longue, la durée des contrats d'affermage est moins longue que les contrats de concession. Le fermier doit néanmoins bénéficier d'une durée suffisante lui permettant d'amortir les investissements immatériels⁵⁸⁶.

Il est important de signaler qu'au cours d'affermage il est possible d'introduire une modification par un avenant pour transformer le contrat à une concession de type mixte⁵⁸⁷.

- En vertu du contrat le délégant confie au délégataire la mission d'exploitation d'un équipement public et en contrepartie celui-ci est tenu de verser une somme « surtaxe d'affermage » à l'autorité délégante. Cette taxe est tirée du prix payé par les usagers.⁵⁸⁸

Il résulte de ces caractéristiques que l'affermage est un contrat de gestion aux risques et périls qui convient le mieux à la gestion des équipements déjà réalisés soit par l'autorité elle-même, ou dans le cadre d'une concession de travaux public⁵⁸⁹. L'autorité délégante y recourt surtout pour réaliser une meilleure gestion de ces infrastructures ou pour amortir les installations et annuités d'emprunts contractées pour cette réalisation⁵⁹⁰.

Aucun texte en droit algérien n'a utilisé le terme d'affermage avant l'adoption du décret 15-247 ni dans les textes législatifs, ni dans les textes réglementaire. Mais cela ne signifie nullement que le droit algérien ignore cette technique. En consultant une autre fois l'article 64 bis, on distingue clairement le cas correspondant à l'affermage lorsque le législateur indique que la concession peut consister en l'exploitation d'un ouvrage public dans le but de service public. Il ajoute dans l'article 64 ter « que cette concession « donne lieu au paiement par le concessionnaire d'une redevance, annuelle perçue au profit du budget de la collectivité publique propriétaire qui est basé sur la valeur locative de la dépendance domaniale concédée et/ou les résultats d'exploitation de ladite dépendance ». Ainsi, les deux éléments définissant le contrat d'affermage sont réunis ; d'abord une gestion non assortie d'une mission de travaux publics, et un droit d'exploitation d'une dépendance contre une redevance.

⁵⁸⁵ De LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, traité des contrats administratifs, op cit, .

⁵⁸⁶ Institut de la gestion déléguée, Partenariat public- privé : mode d'emploi juridique et approche juridique, op cit, P47

⁵⁸⁷ C. MONDOU, les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales, op cit, p39

⁵⁸⁸ Institut de la gestion déléguée, Partenariat public- privé, op cit, p 46.

⁵⁸⁹ CE, Avis du 16 septembre 1999, relatif à l'adossment en matière d'autoroute. Avis n 362908, 16 septembre 1999.

Bien que certains auteurs sont réticents à reconnaître le contrat d'affermage un mode de gestion. « Une technique financière d'exploitation plutôt qu'un mode de gestion, à proprement parler » voir S. DUROY, la distribution de l'eau potable, op cit, p 223.

⁵⁹⁰ J M AUBY, actualité de l'affermage de service public, In études en l'honneur du Doyen G PEQUIGNOT Université de Montpellier, 1984, p29.

Quant aux services en réseaux, la présence de la délégation peut revêtir la forme d'un affermage. Ainsi, dans le secteur d'eau et d'assainissement, la loi 05-12 a prévu ce cas lorsque la délégation concerne « la réhabilitation et l'exploitation ». il s'agit clairement des installations déjà réalisées par l'autorité délégante et mis à la disposition du délégataire « fermier » contre une taxe.⁵⁹¹ .

Enfin, il convient de souligner que l'affermage connaît un succès et une généralisation dans le domaine de l'eau, tel en France passant ainsi des contrats de propriété à des contrats du savoir faire ⁵⁹² . Ainsi, Duroy souligne dans sa thèse que l'affermage est en voie de généralisation , contrairement au contrat de concession qui en mode de raréfaction ⁵⁹³ .

En matière de la distribution d'électricité et du gaz, le réseau de distribution est déjà mis en place .Il comprend selon l'article 03 du décret 08-114 l'ensemble des ouvrages et des installations affectées à la distribution de l'électricité et gaz existant dans le périmètre de la concession. A leur égard, le concessionnaire est considéré comme affermant au regard des nouvelles dispositions apportées par le décret 15-247 .

B - La régie intéressée

A l'instar du droit français, le décret 15-247 consacre la régie intéressée en tant qu'une forme de délégation contractuelle du service public . Cette consécration paraît controversée en raison de la prise de risque limitée du délégataire et sa faible implication dans la gestion du service.

Ce mode de gestion est défini en droit français comme le contrat par lequel l'autorité délégante confie au délégataire « régisseur » la mission d'exploitation d'un service public moyennant une rémunération fixe assortie d'un intéressement au résultat. Cette définition est basée sur deux éléments importants : l'objet du contrat et l'élément financier .Ceux ci sont repris par le décret 15-247 à travers une définition plus consistante . En effet ,la régie intéressée est présentée avec plus de précision par ce décret .Il s'agit d'un contrat par lequel « l'autorité délégante confie au délégataire la gestion ou la gestion et l'entretien du service public » .Ainsi, l'objet du contrat peut porter soit sur la gestion du service ,soit sur la gestion et l'entretien du service .On peut remarquer la ressemblance entre la régie intéressée et le contrat d'affermage dans le cas où le régisseur assume l'entretien du service . Cette ressemblance est confirmée par le décret15-244 lorsqu'il précise que c'est

⁵⁹¹ K .AHAMANE , Contrat international de l'eau : étude de partenariat public privé ,Thèse précitée , p 126 .

⁵⁹² La compagnie des eaux qui développe la première concession des adductions de l'eau en 1853 renégocie presque un siècle plus tard ses contrats. Elle le fait en vue de transformer ses concessions à des contrats d'affermage .voir Dominique LORRAIN, « la naissance de l'affermage : coopérer pour exister », Enterprise et histoire ,2008 , n50, p 68 .

L'importance du contrat d'affermage est indéniable dans le domaine de l'eau .Il permet à l'autorité délégante de transférer au contractant les frais d'entretien du réseau voir DUROY ,la distribution de l'eau potable ,op cit ,p 231

⁵⁹³ S.DUROY ,la distribution d'eau potable en France «la contribution d'eau potable en France »,op cit ,p

l'autorité délégante qui finance elle même l'établissement du service public . Ce qui réduit la mission du régisseur par rapport au contrat de concession .

Mais contrairement au contrat d'affermage le régisseur est rémunéré directement par l'autorité délégante. La rémunération est composée principalement d'une prime fixe en pourcentage du chiffre d'affaires. Elle est complétée par une prime de productivité et éventuellement par une part des bénéfices . Le décret 15-247 prévoit qu'en cas de déficit le délégataire est remboursé par une rémunération tarifaire ⁵⁹⁴. Ce soutien financier de l'autorité délégataire ne doit pas toutefois mettre le délégataire à l'abri de tout risque financier sinon le contrat risque de perdre son qualité de délégation de service public .Car celle ci est fondée sur le critère de rémunération qui la différencie des contrats de marchés publics .

A l'instar de la régie intéressée, le contrat de gérance peut se limiter seulement à la gestion du service public, comme il peut porter aussi sur son entretien .Et tel la régie intéressée ,le gérant est rémunéré directement par l'autorité délégante qui lui verse une prime fixée en pourcentage du chiffre d'affaires ,complétée d'une prime de productivité .Mais contrairement au régisseur, le gérant ne peut bénéficier éventuellement d'une part des bénéfices⁵⁹⁵ .

Conclusion chapitre 1

L'accès aux activités non concurrentiel en réseau s'avère plus difficile que l'accès aux activités concurrentielles. Car, il s'agit d'activités qui sauvegardent toujours leur caractère de service public à proprement dit .Par ailleurs le modèle contractuel mis en place permet une ouverture relative au secteur privé sans compromettre l'intérêt public .

⁵⁹⁴ Art 210 du décret 15-247 ,décret précité ..

⁵⁹⁵ Ibidem .

Chapitre II

La soumission des dévolutions du service public au respect de la concurrence

La liberté d'accès du secteur privé aux services en réseaux suppose la liberté d'accès aux contrats de délégations .C'est à dire, qu'il faut qu'il y ait une procédure concurrentielle garante de cette liberté⁵⁹⁵. L'intérêt de cette question exige d'abord une précision des règles destinées à garantir la concurrence au stade de l'attribution des contrats de délégation. **(Section1)** Ensuite, l'intervention du juge administratif à travers la procédure du référé et le contentieux d'annulation s'avère d'une importance primordiale pour la protection de la concurrence **(Section 2)** .

Ainsi, se complète le schéma de l'ouverture selon le modèle de la concurrence pour le marché. Un modèle qui concilie l'exigence d'une gestion exclusive avec l'ouverture des services concernés à l'initiative privée.

⁵⁹⁵ En réalité la procédure concurrentielle garantissant de la transparence dans l'attribution des contrats de délégation est mise au service d'égalité de traitement. La cour de justice européenne le considère comme principe général en vertu duquel sont prohibées « les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité mais également toutes formes dissimulées de discrimination » F. BRETET ,F. MELLERAY,les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin ,une nouvelle espèce de contrats administratifs ,Litec, point 134 .

Section 1 : Les règles destinées à la protection de la concurrence à phase d'attribution

La protection de la concurrence à la phase de l'attribution des contrats de délégations dans le domaine des réseaux se fait par le biais d'une procédure concurrentielle consacrée par les lois sectorielles (**Sous section 2**). Cette procédure est fondée sur des considérations générales dont elle n'est que l'application (**sous section 1**) .

Sous section 1 : Fondements du respect de la concurrence dans la conclusion délégations du service public

Le respect de la concurrence en matière de délégation des services publics repose essentiellement sur la tendance de mise en concurrence des contrats publics (§1) . Cette tendance est confortée par la soumission des actes de puissance au droit de la concurrence (§2).

§1 La mise en concurrence des contrats publics

La formation des contrats administratifs en général et les contrats de délégation de service public en particulier est influencée par le respect de la concurrence . Ceci est constaté en droit comparé par une exigence générale d'une mise en concurrence des contrats publics (A). Alors qu'en droit algérien la conclusion des contrats de délégations est encadrée par le respect des grands principes de la commande publique (B) .

A vers une généralisation de la mise en concurrence en droit comparé

En droit français, la liberté d'accès s'impose à l'égard des contrats de délégation à partir de l'adoption de loi 93-122 dite la loi Sapin⁵⁹⁶ . Celle ci a été adoptée dans l'objectif de mettre fin à des pratiques illégales dans le domaine des contrats de concession⁵⁹⁷ . Les

⁵⁹⁶ Voir loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ,loi précitée . Voir sur le principe de l'égal accès des candidats à l'octroi de la concession TA Paris ,2 novembre 1994 Groupement des sociétés Eiffage ,SPIE Batignolles ,Quillerie ,SPIE Citra ,Rec .CE p 710 ;AJDA ,1995 ,P147,note Brechon –Moulènes –CE ,29 juillet 2002 ,Commune de Cavalaire –sur –Mer ,contrats et marchés publ ,2002,comm .N233,note Delacour .

Le principe d'égalité d'accès est en outre de valeur constitutionnel ,c'est ce que a jugé le conseil constitutionnel français dans sa décision n 92 -316 DC du 20 janvier 1993 , Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, Journal officiel du 22 janvier 1993, page 1118

Ce principe dérive du principe d'égalité.

⁵⁹⁷ D. LINOTTE et R.ROMI, services publics et droit public économique, op cit , p316. Si le droit public français se fonde sur la moralisation de la vie publique et la rationalisation de la dépense publique le droit communautaire est surtout motivé par son ultime objectif à savoir la réalisation d'un marché intérieure. Et la souplesse du régime du droit communautaire à l'égard des concessions de services s'explique par le fait que ceux-ci constituent une menace moins dangereuse que les marchés publics pour la réalisation du marché intérieure

voir S.PLATON, « Délégation de service public et concession de service en droit de l'union européenne »,article précité, p 1449 .

contrats de délégations ne sont donc plus des contrats qui échappent à la mise en concurrence⁵⁹⁸.

Le respect de la concurrence dans les contrats publics est stimulé aussi par le droit communautaire. Celui-ci s'intéresse d'abord aux marchés publics, considérés comme les plus importants du point de vue économique. Le législateur communautaire harmonise alors les législations des pays membres pour la création d'un droit public de la passation des marchés publics⁵⁹⁹. Et pour les autres contrats administratifs, le droit communautaire s'est limité au premier temps à poser quelques exigences de concurrence⁶⁰⁰. Enfin, une directive a été adoptée concernant l'attribution de contrats de concessions mettant ainsi fin à une situation d'insécurité juridique et d'entrave à la prestation des services⁶⁰¹.

Ce qui veut dire qu' « *on va vers une sorte de régime commun de formation des contrats administratifs qui seraient soumis à des règles de publicité et de mise en*

⁵⁹⁸ Le conseil d'Etat considère que les délégations de service public sont soumises au « principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats et de transparence de procédures » voir CE, 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon – Etang de Berre – Durance, AJDA, 2007, p 311, obs J-C Videlin ; Contrats marchés publics 2006 comm n 322 obs G Eckert. Mais les contrats de délégation demeurent soumis à un régime de passation moins vigoureux que celui des marchés publics en raison de l'existence du risque qui pèse sur le délégataire. En revanche dans le cadre des marchés publics le titulaire du contrat est placé « dans une situation extrêmement favorable, une sorte de bulle dans laquelle il est à l'abri de l'aléa économique inhérent au jeu du marché » S. PLATON, « Délégation de service public et concession de services en droit de l'union européenne », AJDA, 15 juillet 2013, p 1450

⁵⁹⁹ C. YANNAKAPOULOS, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », RDP N2, 2008 p 422.

Le droit communautaire qui ne préjuge en rien le régime de propriété ne dispense pas les personnes publiques désirant de soumissionner pour un marché public du respect de droit de la concurrence voir Voir J-F BRISSON « les offres du secteur public marchand » in F. LICHIERE (sous la direction) Le nouveau droit des marchés publics, L'HERMES, Lyon 2004 p 148 et s.

La commission des communautés européennes pose un principe général en précisant que « tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers à examiner à la lumière des règles et principes découlant du traité (...) Ces principes incluent notamment les principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et reconnaissance mutuelle. » v Commission la communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, JOCE C 121 29 avril 2000.

⁶⁰⁰ La cour de justice affirme dans son arrêt célèbre arrêt Telaustria (CJCE 07 décembre 2000 Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH aff C-324 /98, AJDA 2001, 106 Note L Richer et 329 chro H Legal C Lambert et J-M Belorgey ; RFDA 2011, 377 chron L clément – Wilz, F Martucci et C Mayer – Carpentier) que les contrats non concernés par les directives des marchés publics sont toutefois soumis aux « règles fondamentales du traité en général et du principe général et du principe de non discrimination en raison de la nationalité en particulier ». Ceci implique selon cet arrêt une obligation de transparence permettant le respect du principe de non discrimination. L'obligation de transparence « consiste en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». Par ailleurs la commission européenne propose dans le cadre de la réforme du droit européen de la commande public une directive

⁶⁰¹ Directive 2014/23/ du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. L'intérêt du droit communautaire à la dévolution des services publics est d'autant plus légitime lorsqu'il s'agit d'activités commerciales et industriels voir sur cette question S. DUROY, la distribution d'eau potable en France, op cit, p 289.

concurrence »⁶⁰². Cette tendance participe alors à un mouvement plus général que va connaître le droit public qui s'imprègne de plus en plus par les règles de la concurrence⁶⁰³.

Avant l'adoption la loi de Sapin, l'administration en France n'était tenue par aucune procédure lors de la conclusion de ses contrats de concession .Elle jouissait d'une liberté de choix de son contractant selon le principe *persona* On opposait alors les concessions aux marchés publics d'une façon absolue. Cette situation est l'origine de comportements malsains dans l'administration française, ce qui amène le législateur à imposer un minimum de règles garantissant une certaine concurrence dans la conclusion de concession Un terme qui sera intégré dans une catégorie plus vaste celle de délégation de service public⁶⁰⁴.

B L'imposition des principes de la commande publique en droit algérien

L'affirmation d'une mise en concurrence générale à l'égard des contrats de délégation n'a pas été consacrée en droit algérien qu'après l'adoption du décret 15-247. Celui-ci impose le respect de la concurrence à travers l'affirmation des principes de la commande publique. Même si le nouveau code des marchés publics et des délégations ne précise pas la procédure de délégation il renvoie la question de passation des contrats de délégation aux principes prévus à l'article 5.

a- Le principe de la liberté d'accès

Tels les marchés publics, les contrats de délégation de services publics sont aussi concernés par les grands principes de la commande publique. Tel est aussi le point de vue du juge administratif français qui considère d'une manière claire que « les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique,

⁶⁰² Voir Ch Maugué « les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs » AJDA 1998 p 694 et s not 696.

Il ne faut pas comprendre que la mise en concurrence devient un principe général de contractualisation .C'est ce que observe le commissaire de gouvernement Marc Dandelot « si la généralisation de l'appel à la concurrence est une évidente règle de bonne gestion (...),il (...)Semble difficile de consacrer en la matière un principe général de droit »M Dandelot ,cocl sur CE sect ,12 octobre 1984 Chbre synd des agents d'assurances des Hautes Pyrénées ,RFDA ,1995 ,p20 . voir aussi dans le même sens O Guézou « obligations de mise en concurrence –problématique »in Ch Bréchon-Moulène (dir) ;droit des marchés publics ,III .103 1ed du Moniteur ,avr 2001 ,p 1 voir aussi dans le même sens montages contractuel complexe ,partenariat public privé et droit des contrats publics ,p452

⁶⁰³ Le monde du droit public ou précisément du service public n'est plus insensible aux préoccupations économiques .Il entretient une relation certes conflictuelle avec la concurrence mais tous les deux arrivent à cohabiter. Cette réalité est décrite soigneusement dans le rapport du conseil d'Etat français pour 1999 Rapport public 1994 du conseil d'Etat ,service public ,services publics :déclin ou renouveau ,EDCE 1995 ,n 46 ,p 352 .

La concurrence a été objectivée au service de l'intérêt général qui l'intègre « en tant que garantie de la meilleur efficacité dans l'utilisation des ressources, être un élément de l'intérêt général » .la concurrence est considérée comme « une composante de l'intérêt général qu'il appartient aux collectivités publiques de protéger » voir conseil d'Etat (section du rapport et des études) ;Collectivités publiques et concurrence Rapport public 2002,EDCE n 53 ,Paris ,La doc fr ,2002, p219

⁶⁰⁴ La liberté de choix du concessionnaire par l'administration via le principe de l'intuitu personae dominait tous les contrats publics mise à part les marchés publics, Philippe TERNEUERE , « l'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs » ,AJDA ,1996 ,numéro spécial , p88

d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande ⁶⁰⁵ ». Ainsi, l'obligation générale de mise en concurrence se confirme à l'égard des contrats publics sans une prise en considération ni la nature de prestation ni leur montant ⁶⁰⁶

Le principe est protégé en droit communautaire en vertu du traité instituant la communauté européenne. Le traité le consacre notamment à l'égard des contrats publics y compris aux contrats de partenariats .Le conseil d'Etat français assimile ceux-ci aux marchés publics, en raison de la rémunération du contractant qui fait l'objet d'un paiement par la personne publique ⁶⁰⁷ .

Cette liberté d'accès doit toutefois trouver des limites. Il s'agit notamment des interdictions posées par le décret 15- 247 en ce qui concerne les marchés public mais qu'on peut élargir aux contrats de délégations, puisque les deux catégories des contrats publics sont concernées par le principe de liberté d'accès.

L'article 74 énumère les opérateurs économiques exclus temporairement ou définitivement de la participation aux marchés publics ceux : « -qui ont refusé de compléter leurs offres ou se sont désistés de l'exécution d'un marché public avant l'expiration du délai de validité des offres dans les conditions prévues par le décret. – qui sont en état de faillite ,de liquidation de cessation d'activité ,de règlement judiciaire ou de concordat -qui ont fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite ,de liquidation de cessation d'activités de règlement judiciaire ou de concordat –qui ont fait l'objet d'un jugement ayant autorité de la chose jugée et constatant un délit affectant leur probité professionnelle –qui ne sont pas en règle avec leurs obligations fiscales et parafiscales .-qui ne justifient pas du dépôt légal de leurs comptes sociaux –qui ont fait une fausse déclaration –qui ont été inscrits sur la liste des entreprises défaillantes ,après avoir fait l'objet de décisions de résiliation aux torts exclusifs de leurs marchés par des services contractants ».

Une autre limite importante à la liberté d'accès se trouve en matière de délégation de l'eau et d'assainissement. Il s'agit de l'hypothèse où la délégation est consentie par le concessionnaire au profit d'une ou des filiales d'exploitation créées à cet effet. Ici le principe de liberté d'accès est anéanti par la non ouverture de la délégation au profit de plusieurs candidats⁶⁰⁸.

En matière de distribution d'électricité et du gaz par la canalisation, la liberté d'accès est limitée en raison des dispositions de l'article 74 de la loi 2002-01 qui maintient les

⁶⁰⁵ CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827.

⁶⁰⁶ M.AJJOUB la notion de la liberté contractuelle en droit administratif français , thèse de doctorat en droit public ,université Panthéon –Assas ,2016 ,p 287 .

⁶⁰⁷ CE 29 octobre 2004 ,M Sueur et autres ,AJDA 2004 ,p 2383 ,chron .C Landais et F .Lenica ;RFDA 2004 ,p 1103 conc D.Casas ,contrats MP 2004 ,N 249 ,p 20,note G .Eckert ;Dr adm 2005 ,n 3 et 4 p 22 ,obs ,A .Mérémenis

⁶⁰⁸ Art 104 de la loi 2005-12 ,loi précitée .

propriétaires des réseaux de distribution existant à la date de promulgation de la loi en tant que concessionnaires d'exploitation de ces réseaux.

b- le principe d'égalité de traitement

Le principe d'égalité de traitement s'impose à double titre .D'une part , il revêt un caractère constitutionnel. Ainsi, il s'impose en matière de l'accès à la commande publique de la même manière qu'en matière de gestion des services publics .A titre de rappel, le principe d'égalité impose à l'administration de traiter de manière identique les personnes qui sont dans la même situation et particulièrement d'édicter les mêmes règles pour toutes

⁶⁰⁹ .

Le conseil constitutionnel français a eu l'occasion de rappeler la valeur constitutionnelle de ce principe dans le domaine de la commande publique dans sa décision du 22 mars 2012. Il considère que les dispositions contestées « ne méconnaissent ni le principe d'égalité devant la commande publique » ⁶¹⁰. D'un autre coté, la liberté d'accès à la commande publique suppose qu'il soit garanti une égalité d'accès aux opérateurs

L'égalité d'accès occupe une place centrale au sein des règles de la commande publique. Elle impose aux collectivités publiques de réserver un égal accès à tous les candidats aux contrats publics, mais aussi une égalité de traitement à leur candidatures et à leurs offres .L'application du principe s'étend à toutes les procédures de mise en concurrence⁶¹¹

c- le principe de transparence

Bien que le principe de transparence de l'activité administrative n'a pas été érigé en principe général en droit public, il trouve une application particulière en matière de contrats publics à travers l'imposition de prescriptions relatives à la passation de ces contrats. Ainsi, les règles des marchés publics sont édictées à cette fin, ainsi que celles relatives à la formation des contrats de délégation. En effet, les règles de publicité et de mise en concurrence sont mises au service de l'objectif de transparence. Celui-ci peut être présenté comme une consécration d'une objectivité qu'exige le principe d'égalité dont elle ne serait qu'une modalité ⁶¹² . Donc, l'instauration d'une transparence contribue à éliminer les comportements subjectifs de la part des collectivités publiques. Elle garantit une procédure impartiale pour les candidats.

⁶⁰⁹ P.DEVOLVE ,Droit public économique ,op cit ,p 190 .

⁶¹⁰ Décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012 disponible sur le site <https://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2012/2012651dc.htm>

⁶¹¹ CAA Marseille 18 mai 2004 ,Ville de Cannes ,req ,n 00MA 01077,contrats MP juillet 2004 ,p 19 note W .Zimmer cité par Cyrille EMERY , « les trois principes de la passation des contrats de PPP » ,article précitée , p 2272 .

⁶¹² Ibidem ,p 2276 .

En droit communautaire, la transparence se rattache au principe de non discrimination. Ainsi, le considérant 12 relatif aux procédures d'achat électronique exige le respect des principes « d'égalité de traitement, de non discrimination, et de transparence ». Ceux-ci se traduisent selon l'article 2 de la directive par l'obligation imposée aux pouvoirs adjudicateurs de traiter « les opérateurs économiques sur pied d'égalité, de manière non discriminatoire ». L'obligation est aussi confirmée par la jurisprudence communautaire. La cour de justice des communautés européennes ne considère que « les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de respecter les règles de fond du traité en général et le principe de non discrimination (...) ». Ce principe implique notamment une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté et cette obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel un degré adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du contrat. »⁶¹³

§2 Soumission de la conclusion des contrats de délégation aux règles de la concurrence

L'introduction du droit de la concurrence dans le bloc de légalité, auquel sont soumises les personnes publiques contribue à asseoir le respect de la concurrence à la phase de la dévolution des missions de service public (A). Le principe peut être revendiqué en droit algérien sur les mêmes fondements qui ont été invoqués en droit français (B).

A- l'introduction des règles de concurrence dans le bloc de l'égalité

En parallèle avec la mise en concurrence des délégations, un autre mouvement s'affirme en droit des contrats publics. Il s'agit de la soumission des actes de puissance publique au droit de la concurrence. Dès lors la liberté d'accès lors de la conclusion des contrats sera renforcée y compris dans le domaine des services en réseaux.

Dès l'arrêt célèbre rendu par le tribunal du conflit « Préfet de la région Ile de France ou Ville de Pamiers » la voie est ouverte devant l'immixtion du droit de la concurrence dans le champ de la puissance publique. L'arrêt précise que l'organisation des services publics ne relève pas de la compétence du conseil de concurrence, car l'acte de dévolution de service ne constitue pas une activité commerciale. Mais tout en réfutant la compétence des juridictions ordinaires à l'égard de ce genre de litiges, le tribunal de conflit indique qu'il revient aux juridictions compétentes pour trancher le litige. Il s'agit bien sûr de la juridiction administrative⁶¹⁴. En d'autres termes, le tribunal de conflit ne s'oppose pas à l'application

⁶¹³ CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH Telefondress GmbH et Télécom Austria AG, aff C 324/98 Rec p I -10745, AJDA 2001, p 106

⁶¹⁴ T conflit, 6 juin 1989, Ville de Pamiers, Rec, p 293. « l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité ; que l'acte juridique de dévolution de service n'est par lui-même susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, et qu'il appartient en conséquence qu'aux juridictions compétentes ». Cela ne signifie pas comme P DEVOLVE que « les actes de droit public ne sont pas soumis au droit de la concurrence ». L'exclusion des actes de puissance publique de la sphère des activités économiques est admise par la cour de la justice européenne : CJCE, 16 juin 1987, Commission c/Italie, aff C -118 /85, pt 7

du droit de la concurrence aux actes de puissance publique mais il renvoie cette question au juge administratif, juge naturel de ce genre d'actes⁶¹⁵.

Le juge administratif ne saisit pas directement l'invitation proposée par le tribunal de conflit. Il considère au premier temps que les règles de l'ordonnance de 1986 ne sont pas applicables à la dévolution d'un service public, tel que l'attribution d'un affermage « CE 23 juillet 1993 Compagnie générale des eaux »⁶¹⁶. Cette position suscite « *une vive controverse à la fois sur la compétence puisque ces actes échappent au contentieux transféré par le législateur à la cour d'appel de Paris et sur le fond puisqu'ils échapperaient aux dispositions sur la concurrence édictées par ce même législateur* ». C'est pourquoi le conseil d'Etat va dans l'affaire société Million et Marais changer sa position et reconnaître l'applicabilité des règles de droit de la concurrence aux actes de puissance publique⁶¹⁷.

Ainsi, bien qu'au regard du droit de la concurrence la collectivité exerçant la puissance publique n'est pas justiciable directe, elle est par ailleurs concernée par ce droit⁶¹⁸. En d'autres termes les actes des personnes publiques ne doivent pas produire des effets anti concurrentiels à savoir éliminer l'effet utile des règles de concurrence entre les entreprises privées (l'interdiction des ententes faussant la concurrence, l'abus de positions dominante..).

Dans l'arrêt société Million et Marais, le juge administratif réussit à trouver le compromis entre l'application des règles de droit la concurrence intégrées au bloc de légalité et entre la sauvegarde de la compétence de la juridiction administrative concernant les décisions de puissance publique. Dès lors, il appartient à la juridiction administrative

« l'Etat peut agir soit en exerçant l'autorité publique soit en exerçant une des activités de caractère industriel »

⁶¹⁵ Dans son arrêt le tribunal de conflit ne se limite pas à établir une répartition juridictionnelle il pose « implicitement le principe de l'applicabilité de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 aux actes d'organisation du service » D. BERLIN, « Les actes de la puissance publique et droit de la concurrence », AJDA 1995, p256.

M.DREIFUS, « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs », AJDA n22, 2002, p1374 : Malgré son importance la jurisprudence Ville de Pamiers a été critiquée par la doctrine en raison de son imprécision. D'ailleurs elle a été précisée par un autre arrêt du tribunal des conflits de 1999 « T conf 18 octobre 1999 », voir sur l'importance de cet arrêt P.FOMBEURE et M. GUYOMAR, « Répartition des compétences entre le conseil de concurrence et le juge administratif », AJDA 1999, p 996 et p 1029 ; note Michel Bazex ; CJEG 2000 p18 concl R. SCHWARTZ, petites affiches 84, 2000. Dans son arrêt le tribunal de conflit précise qu'il revient au juge administratif non seulement d'apprécier la légalité des mesures contestées mais aussi le cas échéant de statuer sur la responsabilité.

⁶¹⁶ CE 23 juillet 1993 Compagnie générale des eaux Rec 226 ; RFDA 1994 .252 note Terneyre, p 253-258 ; JCP G IV, 2280, obs Marie –Christine Rouault

⁶¹⁷ Dans cette affaire le juge administratif accepte de contrôler la conformité d'un contrat de concession de pompes funèbres à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment en ce qui concerne l'interdiction de la position dominante voir sur cet arrêt CE sect 3 novembre 1997 société Million et Marais, Lebon p 406 ; Droit ad 1997 n 372 ; Thierry –Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD, « contrat de concession du service extérieure des pompes funèbres », AJDA 1997, p 945 et 1998 p 247, note Olivier Guézou ; RFDA 1997, p 1228 ; RD publ 1998 p 256 ; CJEG 1997, p 441.

⁶¹⁸ C. YANNAKAPOULOS, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », RDP n 2, 2008, p 442.

d'analyser les actes de puissance publique au prisme du droit de la concurrence ⁶¹⁹. Et ce quelque soit la nature de l'acte en question, un acte unilatéral ou un contrat administratif. Ce contentieux relève de la compétence du juge administratif par voie d'action et par d'exception ⁶²⁰. Cette invasion de la sphère publique par les règles de droit de la concurrence en droit public français est à l'origine de la création d'une nouvelle branche du droit « droit public de la concurrence ». Elle a créé une obligation pour les personnes publiques de contrôle de concurrence ⁶²¹. Ceux-ci sont en effet tenus de ne pas prendre les mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles interdisant les ententes et les abus de position dominante.

Une telle obligation de respect des règles de concurrence avec une mise en concurrence des contrats de délégation garantirait le droit d'accès des opérateurs aux services en réseaux.

On peut maintenant se demander si on pouvait parler d'une consécration de la concurrence dans la formation des contrats de délégation en droit algérien. Car la négligence d'une telle obligation pourrait produire des pratiques illégales et discriminations de la part des collectivités publiques, et créer ainsi un climat d'insécurité juridique dans le domaine des contrats publics.

B- la possibilité de soumettre la dévolution de service public aux règles de concurrence

Comme nous l'avons vu si ces règles se sont imposées en droit français c'est par l'initiative de la jurisprudence, car le texte de l'ordonnance de 1986 n'avait pas inscrit les actes de puissance publique dans son champ d'application. Le même raisonnement pourrait être suivi par la jurisprudence en droit algérien.

Celui-ci s'inspire du dispositif français pour délimiter son champ d'application. L'ordonnance 03-03 relative à la concurrence dispose dans l'article 02 que « Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent aux activités de production, de distribution et de services y compris l'importation et celles qui sont le fait de personnes morales publiques, d'association et de corporations professionnelles quelque soit leur statut leur forme leur objet ; -aux marchés publics à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché. Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas remettre en cause l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique »⁶²².

⁶¹⁹ RAMBININTSOA.J, Délégation de service public et conseil de la concurrence, mémoire de master, UNIVERSITE PARIS-I PANTHEON-SORBONNE, 2007, p.8

⁶²⁰ TC 19 janvier 1998, Union française de l'express c la poste

⁶²¹ Voir sur cette question O. GUEZON. Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés public thèse Paris X 1998. Selon le conseil d'Etat « la concurrence est une composante de l'intérêt général qu'il appartient aux collectivités publiques de protéger » Conseil d'Etat, Rapport du 2002, p.338.

⁶²² L'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORDP du 20 juillet 2003, n. 43.

Cet article fondamental du droit de la concurrence appelle quelques observations qui peuvent nous éclairer sur l'application de ce droit sur les dévolutions de service public :

- Il adopte une vision matérielle du champ d'application du droit de la concurrence, dans la mesure ou toute distinction relative à la personnalité morale ou physique ou à la nature juridique privée ou publique s'estompe au profit d'une définition matérielle de l'entreprise. Selon cet approche, les personnes publiques sont concernées par les règles de concurrence lorsqu'elles se livrent à lesdites activités. Un tel assujettissement instaure en droit algérien, y compris dans le domaine des services en réseau une égale concurrence entre opérateurs publics et privés. En effet, depuis l'ouverture sur l'économie du marché le droit algérien s'imprègne de plus en plus par les principes libéraux impliquant l'immixtion du droit privé dans la sphère publique.

- Le résultat de cette immixtion est le désarmement des personnes publiques lorsqu'elles concurrencent les personnes privées dans le domaine économique. Ce principe est inspiré par le droit administratif français qui depuis l'arrêt célèbre du tribunal de conflit du 22 janvier 1921 société commerciale de l'ouest africaine admet l'intervention des personnes publiques dans le domaine économique par le biais des services industriels et commerciaux. Toutefois, cette intervention les place « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire » et qu'en conséquence la juridiction judiciaire est compétente à leur égard.

- Cependant, l'égalité de concurrence entre personnes publiques et privées n'est pas absolue. Elle ne doit pas selon la loi 03-03 compromettre les missions de service public et les prérogatives de puissance publique. Ainsi, on se retrouve le même raisonnement adopté par le tribunal de conflit dans l'arrêt palmier. C'est-à-dire, que ce genre d'acte ne relève pas du champ de la compétence matérielle du conseil de concurrence.

- Ainsi, pour chercher un autre fondement pour la soumission des actes de puissance publique aux règles de concurrence, on est tenté de suggérer la solution adoptée en droit français. Le juge administratif algérien pourrait réapproprier une matière qui entre sans difficulté dans son champ de compétence comme son homologue français l'a fait.

Mais pour ce faire, il faut qu'il se place sur le terrain de l'analyse des actes de puissance publique au regard des obligations qui découle du droit de la concurrence. Il s'agit pas en fait de juger ce genre d'actes en tant que des activités commerciales, mais en tant que des actes dont les effets pourraient altérer le jeu de la concurrence. En effet, l'intervention de la puissance publique dans une économie du marché doit prendre en considération les effets qu'elle génère sur le fonctionnement de l'économie⁶²³.

- On pourrait cependant s'opposer à une telle démarche en arguant que l'article 02 de l'ordonnance 03-03 n'autorise pas cette interprétation, puisqu'il excepte explicitement de

⁶²³ J.-P.KOVAR, Soumission des actes de la puissance publique, Mémoire de DEA en droit des affaires, 1999-2000, p 10.

son champ d'application les actes de puissance publique. C'est un argument qui peut être facilement mis à l'écart. Car, l'application des règles de la concurrence à ce genre d'actes ne porte aucune atteinte à l'exception de l'article 02. C'est-à-dire, que ces actes ne sont pas assimilables aux activités soumises au contrôle semblable à celui exercé par le conseil de concurrence. Ils ne seront jamais l'objet d'un contrôle au même titre que les activités commerciales. Il s'agit seulement de reconnaître au juge administratif le droit de vérifier si l'administration dans l'exercice son pouvoir ne viole pas les règles de concurrence de tel façon de priver ceux-ci de leur effet .

- On pouvait avancer aussi que juger l'administration à l'aune du droit de la concurrence pourrait faire échec à sa mission d'intérêt public. Or une telle position est dépassée par la conception contemporaine du droit de la concurrence. Celui-ci n'est plus un instrument de protection des intérêts individuels .On lui assigne une fonction sociale d'intérêt public .

Il est donc nécessaire que la législation intervienne pour donner à un cadre concurrentiel pour toutes les concessions et les délégations.

Sous section 2 : L'imposition du respect de la concurrence en matière des services en réseaux

Contrairement à la solution adoptée en droit français qui consiste à instaurer des procédures spécifiques aux contrats de délégation, le législateur algérien recourt dans le domaine des réseaux à la notion d'appel d'offre des marchés publics. Un tel recours doit être analysé d'abord au regard du principe d'intuitu personae qui domine les contrats de délégation (§1). On analysera ensuite les obligations qui découlent du recours à cette procédure (§2) .

§1 - Le choix de la procédure d'appel d'offre face au principe intuitu personae

Le choix de la procédure d'appel d'offre a été consacré par les textes sectoriels relatifs aux domaines de l'énergie d'eau et d'assainissement (A) . On pourrait s'interroger sur l'impact de ce choix sur la liberté contractuelle que supposent les contrats de délégations (B).

A- la consécration de la procédure d'appel d'offre

En l'absence d'une procédure spécifique au contrat de délégation, le législateur algérien renvoie dans les lois sectorielles à la procédure du droit commun qu'est l'appel d'offre.

En matière de distribution de l'électricité et du gaz , l'article 06 du décret exécutif n° 08-114 dispose que l'Etat représenté par le ministre chargé de l'énergie concède la concession à travers un appel d'offre lancé par la commission de régulation de l'électricité

et du gaz⁶²⁴. Donc, la procédure n'est pas engagée par le minière lui-même mais par l'autorité indépendante du secteur. La présence de celle-ci garantit plus d'impartialité dans le déroulement de la procédure de l'attribution.

La CREG prépare le dossier d'appel d'offre qui sera approuvé par le ministère. Ce dossier contient les pièces nécessaires à la soumission . Et la concession sera attribuée selon des critères objectifs :

Il s'agit d'abord de la capacité technique et financière du candidat concessionnaire à assumer :

- Le respect des critères de performance relatifs au niveau d'investissement ainsi qu'au taux de raccordement de nouveaux clients
- Le développement du service concédé sur la base de son expérience acquise dans ce domaine d'activité et de la qualité de ses dirigeants.

Les autres critères sont relatifs à la capacité du concessionnaire à respecter les engagements prévus par le cahier de charge, ainsi que la réglementation en vigueur en matière de sécurité des biens ,de services aux clients et de protection de l'environnement .

En matière de l'eau et d'assainissement, la loi 05-12 se réfère à la procédure d'appel à la concurrence. L'article 105 de la loi 05-12 dispose que « la délégation de service public s'effectue par voie d'appel à la concurrence » .La convention ainsi conclue est approuvée selon l'article 107 selon les modalités fixées par voie réglementaire⁶²⁵. Le décret n 10 -275 vient préciser les modalités d'approbation de la convention de délégation des services publics d'eau et d'assainissement⁶²⁶. Le décret précise dans son article 02 que la convention de délégation est approuvée par un décret exécutif. Selon l'article 03 du même décret, le dossier accompagnant le projet de la convention doit comprendre les document suivants :

- L'avis et le dossier d'appel à la concurrence ;
- Le rapport d'évaluation des offres ;
- La justification des qualifications professionnelles et des garanties financières de l'opérateur retenu .

Dans le domaine du transport ferroviaire ,la loi 01-13 n'édicte pas les règles régissant la passation des contrats de concession .L'article 21 alinéa 2 de cette loi indique que le droit de concession est accordée conformément à la législation en vigueur après avis du conseil terrestre⁶²⁷. Cette négligence de la part du législateur montre que le processus

⁶²⁴ Décret exécutif 08-114 fixant les modalités d'attribution et de retrait de concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux obligations du concessionnaire ,décret précité .

⁶²⁵ La loi 05-12 relative à l'eau, loi précitée .

⁶²⁶ Décret exécutif n 10-275 du 4 novembre 2010 fixant les modalités d'approbation de la convention de délégation des services publics de l'eau et de l'assainissement, JORDP du 10 novembre 2010 .

⁶²⁷ La loi 01-13 du 7 aout 2001 portant orientation et organisation des transports terrestres ,loi précitée .

d'ouverture du secteur de transport ferroviaire reste inachevé. Et ce, depuis 2001 jusqu'à l'écriture de ces lignes. Dès lors, le secteur reste toujours géré par l'ancien opérateur qui monopolise dans les faits. Cependant, si l'ouverture de ce secteur n'est pas engagée effectivement, cela n'est pas dû seulement au manque de procédures d'octroi qui peuvent facilement être adoptées. La cause de ce retard pourrait attribuer à des difficultés pratiques.

Toutefois, si la politique s'oriente vers une ouverture des activités ferroviaires au secteur privé, le dispositif juridique prendra en compte le respect d'une procédure concurrentielle, surtout après l'adoption de décret présidentiel portant le code des marchés publics et de délégation qui impose le respect des principes de la commande publique déjà évoqués.

B- l'impact du choix de l'appel d'offre sur la liberté contractuelle de l'autorité délégente

L'adoption de ce choix peut être interprétée de deux manières différentes soit le considérer comme contraire à la liberté contractuelle qu'exige les contrats de délégation ou bien le considérer conciliable avec cette liberté.

En droit français, la loi sapin instaure des procédures de droit commun pour les contrats de délégation qui se distinguent de celles relatives aux marchés publics.

Il s'agit de procédures qui permettent le respect d'importantes obligations de publicité et de concurrence, mais qui laisse la possibilité aux parties de discuter et négocier dans le respect de l'égalité de traitement des candidats.⁶²⁸.

En revanche, en droit algérien le législateur préfère de se référer à la notion d'appel d'offre ou l'appel à la concurrence. Or celle-ci signifie l'élimination de la possibilité de négociation entre le pouvoir délégrant et les candidats, ce qui constitue une atteinte au caractère intuitu personae liée aux contrats de délégation. Telle est la définition qui ressort de l'article 40 du décret 15-247 : « l'appel d'offres est la procédure visant à obtenir les offres de plusieurs soumissionnaires entrant en concurrence et attribuer, sans négociation, au soumissionnaire présentant l'offre jugée économiquement la plus avantageuse sur la base de critères de choix objectifs, établis préalablement au lancement de la procédure ».

Cette attribution automatique du contrat porte atteinte au principe d'intuitu personae na qui ;un principe qui s'impose en droit français comme en droit communautaire en matière des contrats de délégations L'adoption de cette procédure assimile sans raison les contrats de concessions à des marchés publics. Le caractère de l'intuitu personae a été

⁶²⁸ La loi Sapin n'a pas supprimé le libre choix du délégataire exprimant le caractère institut personae, encore confirmé par les derniers alinéas des articles L 1411-1 du code général des collectivités locales et 38 de la loi du 29 janvier 1993, loi précitée voir S. BRACONNIER, Droit des services publics, op cit, 516

Régime de passation des contrats DS comme modèle, p2138. Dans son article Jean M. PEYRICAL suggère que le droit de la commande publique s'aligne sur le régime de la délégation pour besoin de simplicité et d'efficacité

souligné par le conseil d'Etat avant l'adoption de la loi de Sapin dans l'arrêt Beau et Lagarde : « considérant (...) que ladite convention ne constituait pas un marché mais une concession de travaux et de service public dont la ville pouvait librement choisir le titulaire sans être lié par les règles fixés au décret du 28 juillet 1968 lesquelles concernent exclusivement les marchés »⁶²⁹

Une telle assimilation est rejetée même par le code des marchés publics qui réglemente séparément les deux catégories de contrats public. Celui-ci, tout en imposant le respect des principes de la commande public à l'égard de la délégation ne va pas jusqu'à les soumettre à la procédure de l'appel d'offre .

La non reconnaissance de la liberté du choix du délégataire est en contradiction avec la logique collaboratrice qui domine les contrats de délégations .Car ceux-ci « *se définissent généralement comme les contrats conclus pour une longue durée .Cet aspect implique inévitablement l'existence de relations de confiance qui doivent être établies préalablement à la signature du contrat et qui devront se maintenir de façon durable* »⁶³⁰ . La collaboration entre les deux parties ne peut ni subsister ni se maintenir « si la liberté des contractants est prise dans le carcan d'une réglementation rigide ». Pour certains, le manque de liberté dans le choix du délégataire est inadapté à la nature complexe de la convention de délégation ⁶³¹ ,et contredit aussi la compétence des personnes publiques d'assurer l'organisation des services publics dans les meilleurs conditions possibles ⁶³²

Par ailleurs, le délégataire assume la délégation à ses risques et périls, ce qui le met dans une situation moins avantageuse que le contractant dans le cadre des marchés publics .Ceci justifie plus de liberté dans le choix du délégataire.

Donc, le choix de la procédure de l'appel d'offre doit être distingué de la procédure de l'adjudication qui élimine le principe de l'intuitu personae. Car, comme l'indique un auteur « *si l'institu personae ne s'accommoderait pas de l'automatisme de l'adjudication, en revanche les procédures comme l'appel d'offre permettant de lui faire place ; la complexité n'exclut pas la comparaison de plusieurs offres entre elles si les spécifications sont bien rédigées ; la protection des usagers peut justifier la rigueur financière aussi bien que celle de deniers publics. La mise en place des règles de passation ne s'est donc pas heurté à des obstacles insurmontables* »⁶³³ .Certains déclarent au contraire que l'adoption de la procédure de l'appel d'offre met fin à la liberté contractuelle des délégations de service public ⁶³⁴ .

Pour sauvegarder le caractère de l'institu personae ,le juge administratif français a montré une souplesse par la reconnaissance d'une liberté de négociation .Le conseil d'Etat

⁶²⁹ CE, 10 avril 1970, Sieur Beau et Lagarde, Lebon, P. 243.

⁶³⁰ M. MAHOUACHI, La liberté contractuelle des collectivités territoriales, précité, P. 357

⁶³¹ FATÔME, « Le nouveau cadre légal », AJDA, 1996, P. 578 .

⁶³² L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t.III, éd. E. de Boccard, Paris 1930, 3e éd., P. 447

⁶³³ L. RICHER, Droit des contrats administratifs, op cit , P. 497

⁶³⁴ L. RAPP, « Chronique d'une mort annoncée », M.T.P.B., 27 février 1998, n° 4918, P. 21

affirme que la collectivité tout en respectant le traitement égal des candidats, elle a le droit de choisir librement les candidats avec lesquels elle engage des discussions ⁶³⁵

§2- Les obligations qui découlent de la procédure d'appel d'offres

La procédure d'appel d'offre adoptée dans le domaine des services en réseaux engendre les mêmes obligations qui s'imposent dans les marchés publics à savoir la publication (A) et la mise en concurrence (B) .

A- La publication

Le principe de transparence auquel obéit la conclusion des contrats de délégation suppose une publication permettant la création d'une sphère concurrentielle ⁶³⁶ . Il s'agit aussi d'une procédure liée notamment à la méthode de l'appel d'offre choisie par les textes relatifs aux secteurs énergétiques et l'eau .Selon l'article 61 du décret 15-247, le recours à la publicité par voie de presse est obligatoire dans les cas suivants : appel d'offres ouvert – appel d'offres ouverts avec exigence de capacités minimales ;-appel d'offre restreint ;- concours ; -gré gré après consultation ,le cas échéant .

En droit français, la passation des délégations selon la loi de Sapin exige en premier lieu une publication préalable d'un avis présentant les principales caractéristiques de la convention envisagée et en second lieu sur une double consultation des entreprises pour choisir le meilleur candidat pour l'exploitation du service délégué. En imposant des mesures de publicité, la loi Sapin permet la présentation de plusieurs offres concurrentes ⁶³⁷ .Ceci permet à la collectivité de choisir parmi les offres présentées celle qui répond le mieux aux obligations du service public et qui présente les garanties professionnelles et financières pour assumer cette mission.

Les exigences qui découlent du droit communautaire renforce l'obligation de publication. Les dispositions de la directive de 2014 imposent à ce titre la publication d'un avis au JOUE. Des exceptions sont cependant prévues par la même directive .Il s'agit des cas limitativement énumérés lorsque les travaux ou services ne peuvent être exécutés que par un opérateur particulier .Il s'agit aussi des dérogations prévues lorsqu'aucune

⁶³⁵ CE, 14 mars 2003, Sté Air Lib, req. n° 251610, Lebon T. 861; AJDA, 2003. P. 1052, note Dreyfus ; ACL 2004, n° 53 ; Voir aussi, CE, 23 mai 2008, Musée Rodin, req. n° 306153, Lebon T. 805; AJDA, 2008. P. 1029

⁶³⁶ Muhannad AJJOUB la notion de la liberté contractuelle en droit administratif français ,thèse précitée , p 293 .

⁶³⁷ Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, codifié en ce qui concerne les délégations. de service public des collectivités locales à l'article L. 1411-1 du CGCT. La réglementation française impose une double publication : une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication correspondant au secteur économique concerné

candidature appropriée n' a été déposée antérieurement et que les conditions n'ont pas été substantiellement modifiées⁶³⁸ .

En droit algérien la publication s'impose par des textes sectoriels .Ainsi, on peut déduire cette obligation dans le domaine de l'eau et d'assainissement de l'article 105 qui dispose que l'appel à la concurrence précise notamment la consistance et les conditions d'exécution des prestations mises à la charge du délégataire, les responsabilités engagées, la durée de la délégation ,les modalités de rémunération du délégataire ou de tarification du service payé par les usagers et les paramètres d'évaluation de la qualité de service .

En matière énergétique, l'article 06 du décret exécutif n 08-114 précise que le dossier d'appel d'offre doit notamment comprendre les pièces suivantes :

L'avis d'appel d'offres précisant en particulier, les montants de la caution de la soumission et de la caution de garantie de bonne exécution, le périmètre la durée et le bien de la concession ainsi que les critères de performance que doit respecter le concessionnaire.

Il convient de préciser que l'avis d'appel à la concurrence relatif aux contrats de délégation obéit aux mêmes conditions posées par le conseil d'Etat français pour les marchés publics. Il considère que le pouvoir adjudicateur ne doit pas se borner à manifester son intention de passer le marché. L'avis doit être assez précis à peine de nullité⁶³⁹ .

En ce qui concerne la valeur juridique de la décision de publication. Celle ci n'est qu'une mesure préparatoire, elle n'équivaut pas une décision de signer le marché. Car, la signature ne peut intervenir qu'à la fin de la procédure ⁶⁴⁰ . Par ailleurs, elle n'est pas dénouée de toute effet juridique à l'encontre du pouvoir adjudicateur .Celui ci est liée par les conditions initiales du marché par un avis restrictif, sauf si les modifications apportées ne sont pas substantielles ⁶⁴¹ . En outre, l'avis doit selon le juge communautaire contenir toutes les mentions obligatoires prévues par les directives européennes ⁶⁴²

⁶³⁸ Art 31 de la Directive 2014/23/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession .Disponible sur le site <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=celex%3A32014L0023> .

⁶³⁹ CE, 29 décembre 1997, Département de Paris, req. n° 159693, Lebon, P. 503.

⁶⁴⁰ CE, 17 février 2010, Communauté des communes Flandre Lys, req. n° 325520.

⁶⁴¹ CE, 4 juillet 2012, Min. de la Défense et des Anciens Combattants, req. n° 352714 ; Contrats et Marchés publ. 2012, n° 271, note Pietri ; CE, 18 décembre 2012, Dpt de la Guadeloupe, req. n° 362532 ; Lebon T. 844.

⁶⁴² CJCE, 24 janvier 1995, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-359/93: Rec. CJCE I-157; D. 1996. 21, note Bergerès.

B- La mise en concurrence

La mise en concurrence est une étape indispensable pour la dévolution du service public en matière de réseau. Cependant, son effectuation doit prendre en compte une certaine flexibilité, telle qu'elle a été reconnue en droit français **(a)** . Les limites de l'application de cette mise en concurrence consistent en quelques hypothèses **(b)** .

a- La flexibilité de la procédure

L'obligation de publicité prépare le terrain à la mise en concurrence .Car ,elle permet d'une manière générale dans les achats publics la création d'un espace dans lequel la concurrence permet le choix de la proposition la plus adaptée aux besoins réels de la personne publique ⁶⁴³ .A ce titre, elle n'est pas une fin en soi, elle n'est que l'outil garantissant le bon choix de la collectivité.

Comme nous l'avions signalé auparavant, la procédure de l'appel d'offre en matière de délégation ne doit pas éliminer la possibilité de négociation qui peut être engagée entre la collectivité et les candidats. Ici la référence au droit français est utile .Puisque la loi Sapin a su réaliser l'équilibre entre l'intuitu personae et la mise en concurrence

Avant la présentation des offres, une liste des candidats admis à présenter une offre est établie .C'est à dire la liste des candidats dont le dossier de candidature a été accepté après une avoir été examiné par l'autorité délégante .Il est à noter que la compétence de cette autorité est lié à ce stade, ce qui est en mesure de garantir l'égal accès aux délégations⁶⁴⁴ .

La négociation porte le plus souvent sur la comparaison de tout ou partie des offres concernant des éléments important « tel la capacité du candidat à assurer la capacité du candidat à assurer la continuité du service (structure, implantation, organisation, fonctionnement de l'entreprise) » ainsi que les compétences techniques et « la qualité et le cout des prestations proposées »⁶⁴⁵ .L'autorité délégante est donc éclairée sur le milieu des délégataires pour arriver à l'offre économiquement la plus avantageuse. Et ce contrairement à la procédure d'appel d'offre qu'un auteur considère comme « *obsolète et inadaptée à l'évolution du contexte de la commande publique* » En effet celle-ci correspond à des contrats d'adhésion ou la possibilité d'ajustement de la demande et de l'offre est très restreinte ⁶⁴⁶

Au cours de la négociation l'autorité délégante ne peut porter à l'objet de la délégation que des adaptations limitées, que l'intérêt public justifie sans désavantager l'un

⁶⁴³ L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 9e éd., précité, P. 369

⁶⁴⁴ Institut de la gestion déléguée, Partenariat public- privé : mode d'emploi juridique et approche juridique, op cit , p 114 .

⁶⁴⁵ La négociation assure que les obligations liées à la qualité du service soient assumées par le délégataire voir L. CLUZEL –METAYER, Le service public et l'exigence de la qualité, Dalloz,2006, p 471.

⁶⁴⁶ J.-M. PEYRICAL, « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », *AJDA* 2004, p2138

des candidats. Les offres aussi des candidats ne peuvent être modifiées substantiellement au cours de cette période.

Après avoir établi la liste des candidats, l'autorité délégante leur communique un document programme contenant « les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations à réaliser ainsi que si il y a lieu les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur »⁶⁴⁷. Les candidats sont appelés à élaborer leurs offres dans le délai imparti. Celui-ci doit permettre aux candidats de déposer leurs propositions dans un temps raisonnable.

En imposant une procédure concurrentielle dans le choix du contractant la loi Sapin n'avait pas pour objectif de priver l'autorité de délégation de tout pouvoir d'appréciation. Au contraire, celle-ci dispose d'une liberté de négociation avec un ou plusieurs des candidats. Toutefois, cette liberté doit être exercée dans le respect de rationalité, et l'égalité de traitement des candidats. A ce titre, l'autorité délégante ne pourrait pas retenir une entreprise dont l'offre s'écarte complètement des caractéristiques des prestations prévues dans le document programme de consultation. Aussi, si l'autorité délégante peut selon la jurisprudence⁶⁴⁸ inviter un candidat à régulariser son offre, elle doit faire pareille avec les autres candidats.

Enfin, la mise en concurrence telle que consacrée par la loi Sapin connaît certaines limites. A ce titre, échappe à la mise en concurrence les monopoles législatifs –les établissements publics dont les statuts de l'établissement prévoient l'existence de la délégation⁶⁴⁹.

S'ajoute aux procédures de la loi Sapin des nouvelles dispositions issues du droit communautaire. Celui-ci intervient en matière de passation des concessions par la directive 2014/23. Le dispositif communautaire reconnaît au profit des pouvoirs adjudicateurs une liberté de choix du concessionnaire, tout en imposant quelques obligations de transparence⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, codifié à l'article L 1411-1 du CGCT.

⁶⁴⁸ Voir en ce sens CE, 14 mars 2003, Société Air Lib, Req. n° 251610

⁶⁴⁹ Art 41 de la loi du 29 janvier 1993, loi précitée.

⁶⁵⁰ L'obligation d'un avis au JOUE a été déjà prévue pour les concessions de travaux au-delà du montant de 5 millions euro. En revanche pour les contrats de délégation cette obligation n'a été consacrée qu'avec la directive de 2014. Institut de la gestion déléguée, Analyse juridique de la directive du parlement européen, 2014, P26. Avant l'adoption de cette directive les règles de passation découlaient de la jurisprudence Telaustria qui imposaient « un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». CJCE, 7 décembre 2000 : Telaustria Verlags GmbH, aff. C-324/98, Rec. CJCE, p. I-10745. <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CJCE-C-324-98-Telaustria-2000-12-07.htm>. Voir S.BATO, Les rapports juridiques entre les droits interne et communautaire dans le contentieux des contrats de la commande publique, master 02 droit public fondamental, université de Strasbourg, 2008. http://www.memoireonline.com/11/08/1623/m_Les-rapports-juridiques-entre-les-droits-interne-et-communautaire-dans-le-contentieux-des-contrats-d17.html

b- Les limites de la mise en concurrence

La mise en concurrence des contrats de délégation de service public est relativisée normalement par l'hypothèse de la possibilité de cession .Mais en droit algérien le législateur néglige cette hypothèse, pourtant en matière de télécommunications les textes prévoient cette possibilité.

Dans les contrats de délégations de services publics , l'opération de cession peut prendre deux formes. Elle peut soit avoir une influence sur la structure du délégataire ou sans aucun effet sur cette structure .Il s'agit précisément dans le premier cas d'une cession bouleversant les contrats initiaux par le changement du titulaire du contrat. Ceci concerne de manière très claire l'opération de fusion dont il résulte la naissance d'une nouvelle société, comme il concerne toutes les opérations patrimoniales conduisant à la substitution de la société initiale par une autre. On se retrouve alors devant un véritable transfert du contrat qui nécessite un avenant de transfert .L'autorité délégante peut si elle estime que *« les conditions d'exécution du contrat sont profondément modifiées, et que notamment le nouveau titulaire ne présente pas les mêmes garanties que le précédent, elle pourra résilier le contrat existant pour motif d'intérêt général »*⁶⁵¹ . Il s'agit d'une question que seule l'autorité délégante peut juger et non pas d'ordre public

Dans le second cas, il s'agit de changements ne remettant pas en cause intuitu personae qui unit les deux parties par le changement du délégataire .On peut donner l'exemple du *« changement de dénomination sociale d'une société ou une modification de capitale qui n'entraîne pas la création d'une personne sociale nouvelle »*⁶⁵² .

De tel changements en matière de concession n'exigent pas selon la jurisprudence la validation de l'autorité concédante ,à condition qu'ils restent *« neutres vis-à-vis des conditions d'exécution de la délégation »* , sans altérer le contenu administratif technique et financier du contrat⁶⁵³.

Le droit algérien ne nous fournit aucune indication sur l'influence de ces changements sur le destin du contrat de délégation. Toutefois, on peut analyser la situation à la lumière des solutions du droit comparé. On se référant au droit français notamment d'abord pour définir les cessions. Ce sont *« les cessions d'actions, apports en société, fusions scission et absorption en usage dans la pratique commerciale et qui ont pour effet de transférer le contrat d'une personne à une autre »*⁶⁵⁴ . Parce qu'elles entraînent la substitution d'un tiers au concessionnaire que la jurisprudence exige l'approbation de

⁶⁵¹ Mireille BERBABI , Serge BRIAND, délégations de service public , LITEC ,p63 .

⁶⁵² Ibidem ,p 62 .

⁶⁵³ Ibidem .

⁶⁵⁴ Nil SYMCHOWICZ ,Contrats administratifs et mises en concurrence ,article précité ,p104.

André de LAUBADERE ,Franck Moderne et Pierre DEVOLVE ,traité des contrats administratif , LGDJ ,1984 tom 2,p 13 .

l'administration⁶⁵⁵. On constate alors que la définition de la cession suppose nécessairement le transfert du contrat.

Ce point de vue est confirmé tant par jurisprudence que par la doctrine⁶⁵⁶, mais il ne faut pas en déduire que les changements non qualifiés de cessions sont sans influence sur le contrat de délégation. En effet, les effets sont reconnus et varient selon l'importance des changements sur l'exécution du contrat. L'autorité délégante doit être informée, si le contrat le prévoit, sur toute modification relative au délégataire. Ceci peut concerner par exemple la dénomination de la société. En cas de filialisation du contrat ou la participation d'une société à son capital l'autorité délégante peut exiger un avenant de transfert au contrat existant⁶⁵⁷. Et comme solution extrême, les changements dans la structure du capital peuvent conduire à la résiliation unilatérale. Celle-ci est justifiée si le délégataire ne présente plus les garanties financières et professionnelles, ce qui est considéré comme motif d'intérêt général⁶⁵⁸. En d'autres termes, la confiance entre les deux parties est troublée en raison de l'altération des données initiales du contrat⁶⁵⁹.

La question de cession peut être traitée non pas seulement au regard des relations contractuelles, mais aussi au regard du respect de la mise en concurrence. Les réponses données par la jurisprudence et la doctrine distinguent deux hypothèses.

Si les modifications dont fait l'objet le capital social n'affectent pas la personnalité morale du contractant, elles ne seront pas considérées comme des cessions, même si elles sont substantielles. Les règles de mises en concurrence dans ce cas ne seront pas violées. En revanche, si les éléments organiques et matériels de la convention modifiée ont profondément changé en raison du changement de la situation du délégataire. Dans ce cas, un avenant de transfert ne sera pas suffisant puisqu'il s'agit d'un nouveau contrat qui doit être obligatoirement soumis à la concurrence pour la désignation du délégataire⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ Jean DUFAU, Les concessions de service public, préc. cité par Nil SUMCHWICZ, p. 105.

⁶⁵⁶ Nil. SYMCHOWICZ, article précité, p. 105. L'auteur cite à l'appui de ce point de vue Rép. min. JO déb. AN 8 juin 1998, p. 3161 ; rép. min. JO déb. AN 31 août 1998, p. 4818.

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie évoque la nécessité d'une société juridiquement distincte. rép. min. JO déb. AN 26 juillet 1999, p. 2243.

Le conseil d'Etat rend un arrêt important à ce propos d'une opération de cession d'action CE 4 avril 1997, Sté Ledoyen, req. n° 137065 : Il refuse de considérer cette opération comme cession tant qu'elle n'a pas conduit à la naissance d'une nouvelle personne juridique.

⁶⁵⁷ Point de vue de la commission centrale des marchés n° 31198, p. 03 cité par Mireille BERBARI, op. cit., p. 63.

⁶⁵⁸ CE 31 juillet 1996, Société téléphériques du massif du Mont Blanc, Leb. p. 334 ; AJDA 1996, p. 788, note Jean Paul Gilli ; JCP 1997, n° 22790, concl. Jean Marie Delarue. Le conseil d'Etat considère que « en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs (...) une modification de la composition du capital de la société concessionnaire autorisait le concédant à cause de risques de conflit d'intérêt qu'elles entraînaient, à regarder son contractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la concession lui avait été attribuée et, pour ce motif d'intérêt général à prononcer la résiliation de cette concession ».

⁶⁵⁹ CE 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont

⁶⁶⁰ On ne dispose pas de d'indications jurisprudentielles sûres sur cette question sauf un jugement cité par le jugement rendu par le tribunal administratif de Grenoble le 07 août 1998 (B. BETTO, requête n° 96-1776 : le juge considère « qu'une modification affectant la société titulaire du contrat devait conduire à relancer une

Devant l'absence de telles dispositions en droit algérien traitant l'impact des changements dans la structure du délégataire sur les contrats de délégations, les solutions sus évoquées peuvent éclairer l'autorité délégante, surtout parce qu'elles ne sont pas en contrariété avec le droit algérien.

Contrairement aux contrats de délégation, la cession des licences de télécommunications a été organisée par le législateur.

Les dispositions qui lui sont consacrées couvrent toutes les hypothèses que nous avons déjà évoquées au sujet des délégations de service publics. Nous pouvons aborder les cessions à proprement dites et les changements dans la structure du titulaire.

Tout en ayant le caractère personnel, la licence peut être cédée selon la loi 2000-03, toutefois la cession des droits qui en découlent ne peut intervenir qu'après accord de l'autorité concédante. Il est clair que la soumission de cette cession au simple accord de l'autorité concédante se fait au sacrifice du respect de la mise en concurrence dans l'octroie de licence. Les principes d'objectivité et de transparence et égalité de traitement se trouvent en effet remis en cause par cette opération.

L'accord de l'autorité concédante lui permet de vérifier la situation financière et professionnelle du cessionnaire à la lumière des informations requises par le règlement d'appel à la concurrence qui a donné lieu à l'attribution de la licence. Ce qui veut dire que le cessionnaire accomplira l'activité dans le respect des exigences de la licence précédente. D'ailleurs, selon le décret 01-124 « le texte de la licence attribué au cessionnaire, et notamment celui du cahier des charges auquel il est soumis doivent être strictement identiques à ceux de la licence du cédant sous réserve des modifications relatives à l'identité du titulaire ».

La transmission des droits liés à la licence peut survenir d'une manière indirecte, c'est-à-dire à travers le changement du statut juridique du titulaire, notamment par la création d'une nouvelle entreprise ou suite à une opération de fusion –acquisition d'entreprise. Ce cas a été négligé par le décret 01-124 mais le cahier de charge relatif à la licence octroyée à Orsacom assimilé l'opération à une cession de licence. Cette solution paraît normale, puisque dans les deux cas il est question de changement du titulaire de la licence. Il s'en suit la soumission de l'opération à la même procédure d'approbation indiquée pour la cession directe.

Cette forme de cession qui n'existe pas dans les textes du droit algérien relatifs aux contrats délégation a été prévue par le cahier de charge sus mentionné. Celui-ci l'a traité au titre des dispositions relatives la modification de l'actionnariat du titulaire. D'abord les modifications de l'actionnariat sont indiquées. Ils exigent une notification préalable à

nouvelle procédure de délégation de service public dès lors que le contrat initial était modifié de façon substantielle ».

l'autorité de régulation sauf quelques exceptions⁶⁶¹. Le non respect de ces exigences peut entraîner le retrait de la licence.

En ce qui concerne le cahier de charge relatif à la licence octroyée à « Watania télécom Algérie SPA », la question de la modification de l'actionnariat reçoit un traitement un peu différent. Le cahier de charge ne précise pas les cas constituant cette modification. Il se contente de la définir comme « toute prise de participation directe ou indirecte d'un opérateur ou d'une société du groupe auquel cet opérateur appartient, au capital social et /ou en droit de vote du titulaire ». Elle exige une approbation préalable de la part de l'autorité de régulation sous peine de nullité et pas seulement une simple notification⁶⁶².

Toutefois, l'autorité de régulation n'a qu'un pouvoir lié, puisqu'elle ne peut refuser l'opération que pour un motif légitime et son silence plus de deux mois équivaut une acceptation. Ceci s'accorde avec la solution retenue en ce qui concerne la cession des contrats de délégation. Il n'est reconnu à l'administration qu'un pouvoir limité ; elle ne peut refuser l'autorisation de cession que pour un motif relatif à l'incapacité technique ou financière du concessionnaire proposé⁶⁶³.

Section 2 : Le contentieux lié à l'accès aux contrats de délégation

On s'interroge sur l'utilisation du contentieux de la formation des contrats pour assurer la liberté d'accès aux contrats de délégation. Ce contentieux intervient d'une façon efficace en faveur de la liberté d'accès par le référé notamment précontractuel **sous (section1)**. Le contentieux d'annulation peut également être efficace sous certaines conditions (**sous section 2**).

Sous section 1 : Référé précontractuel outil principal pour la garantie du droit d'accès

Ce référé est la première arme dont dispose les opérateurs privés pour défendre leur liberté d'accès aux activités en réseaux exercées dans le cadre des contrats de délégation. Il s'agit en effet d'un outil qui permet à ces opérateurs d'intervenir avant la signature du contrat pour garantir la liberté de concurrence à ce stade.

L'efficacité de ce référé nous amène à examiner successivement ses caractéristiques générales (§1) et les pouvoirs qu'il implique au profit du juge administratif (§2).

⁶⁶¹ Voir article 40 -2 du cahier de charge annexé au décret 01-219, décret précité.

⁶⁶² Cahier des charges annexé au décret n 04-09 du 11 janvier 2004 portant approbation de la 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, JORDP du 14 janvier 2004, n 04.

⁶⁶³ CE, 28 janvier 1944, Commune de Wimille.

§1- les caractéristiques générales du référé précontractuel

Deux grands traits qui distinguent ce référé du reste des référés exercés dans le domaine de la commande publique : c'est un recours ayant un caractère purement préventif (A) . Et dont l'objectif principal est de défendre le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence (B) . Les conditions de ce référé sont allégées pour faciliter son usage (C) .

A- le caractère préventif du référé précontractuel

Le référé précontractuel acquiert une grande importance parce qu'il permet grâce son caractère préventif et rapide de remédier à la lenteur de la procédure ordinaire. En effet, le recours en annulation contre l'acte d'attribution s'avère inutile si le jugement intervient après l'exécution du contrat.

L'imposition de ce recours en droit français s'est faite sous l'impulsion du droit communautaire, qui par souci du respect des règles communautaires, exige plus d'efficacité des recours. Deux directives ont été adoptées dans ce sens. La première est relative aux marchés classiques, la seconde est adoptée pour les secteurs spéciaux précisément aux services en réseaux (énergie, eau, transport) .Les deux directives (n 89 /665 du 21 décembre 1989 et n 92/13 du 25 février 1992) exige des Etats membres de prévoir des mécanismes contentieux permettant la protection des principes de publicité et de mise en concurrence. L'objectif de ces deux directives est d'un coté assurer la légalité de la dévolution des contrats, et sauvegarder la sécurité juridique dans les relations contractuelles entre les personnes publiques et leurs cocontractants⁶⁶⁴ .

Mais l'obligation instaurée par le droit communautaire a été étendue en droit français aux contrats de délégation (la loi du 04 janvier 1992, loi du 29 décembre 1992) .Désormais, le recours du référé précontractuel s'étend au-delà des marchés publics. La consécration du référé précontractuel trouve sa source principale dans le code de la justice administrative en vertu des articles L 551 et R 551 à 551-4 du CJA.

De telles dispositions revêtent un caractère novateur, car pour la première fois le juge administratif est doté de la compétence d'intervenir dans la procédure de passation d'une convention de la délégation de service public .Celle ci peut être suspendue voir annulée par le juge du référé sous certaines conditions. Ainsi ,ce mécanisme s'avère d'une efficacité redoutable⁶⁶⁵ .

⁶⁶⁴ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, journal officiel n° L 395 du 30/12/1989 p. 0033 – 0035 . Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, Journal officiel n° L 076 du 23/03/1992 p. 0014 – 0020 .

⁶⁶⁵ C.MOUNDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales , Op cit ,p 79.

De la même façon le droit algérien consacre le recours en référé en matière de contrats administratifs, y compris les marchés publics et les contrats de délégation ⁶⁶⁶. C'est intérêt au référé précontractuel s'est manifesté tardivement avec la nouvelle loi de procédure civile et administrative. L'ancienne loi civile n'accordait aucune place à cette procédure, pourtant la liberté de concurrence exige qu'il soit mis en place une procédure contentieuse précontractuelle protectrice. Les autres lois prises après l'amendement constitutionnel instituant la dualité juridictionnelle n'ont pas consacré le référé précontractuel. Il s'agit des lois organiques relatives respectivement au conseil d'Etat, et le tribunal de conflit, et la loi ordinaire relative aux tribunaux administratifs. Cette négligence de la part du législateur algérien est l'origine de comportements faussant au jeu de la concurrence, ce qui décourage l'investissement ⁶⁶⁷.

Le requérant est tenu selon le code de procédures civiles administratives d'introduire son recours avant la conclusion du contrat. Selon une formulation très proche le code de la justice administratif français qui impose cette condition. Ce code dispose dans son article L 551-1 que « le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat ». L'interprétation de ce paragraphe a suscité divers débats doctrinaux ⁶⁶⁸. La jurisprudence est par ailleurs constante sur l'interprétation de ces dispositions ⁶⁶⁹. Elle adopte une seule solution : la conclusion du contrat rend l'introduction du recours irrecevable devant le juge du référé.

En revanche, si l'administration accélère la procédure de conclusion après l'introduction du recours, la procédure est réputée interrompue même si l'affaire est audience. Tel est la solution adoptée par la jurisprudence administrative française car « les pouvoirs conférés au juge administratif (..) ne peuvent plus exercés après la conclusion du contrat » ⁶⁷⁰. En conséquence, le président du tribunal administratif prononce par une ordonnance le non lieu à statuer au lieu de la non recevabilité ⁶⁷¹. Il est clair qu'une telle interprétation de la condition de la saisine avant la conclusion du contrat est nuisible au

⁶⁶⁶ On pourrait définir le référé précontractuel en droit algérien comme une procédure juridictionnelle conservatrice dont l'objectif est de protéger les règles de publicité et de concurrence d'une façon effective avant la conclusion du contrat en donnant au juge des pouvoirs étendus non connus dans la procédure contentieuse ordinaire. Mohamed FAKIR, « Le contrôle du référé administratif sur les marchés publics avant leur conclusion en droit algérien et droit comparé », p 04. en Arabe téléchargé du site de l'université de Médéa www.univ-medea.dz/

⁶⁶⁷ Voir La loi n° 98 -01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'Etat, JORADP n° du 01 juin 1998. La loi n° 98 -03 du 03 juin 1998 relative aux attributions, à l'organisation et au fonctionnement du tribunal des conflits, JORDP n° 39 du 07 juin 1998. La loi n° 98-02 relative aux tribunaux administratifs, JORADP n° 37 du 01 juin 1998.

⁶⁶⁸ Mireille BERBABI, Serge BRIAND, délégations de service public, op cit, p 88

⁶⁶⁹ CE, nov. 1995, Chambre de Commerce et de l'industrie de Tarbes et des hautes -Pyrénées, Rec CE, p 394 ; RFD, adm 1995, p 1077, concl CHANTPY ; AJDA 1995, p 945, chron. J-H. Stahl et D CHAUVAUZ ; RD adm, nov 1995, n 720 ; Quot. jur. 14 mars 1996, p 5, comm. D MORENNO ; petites affiches 24 mai 1996, p 19, comm. F ROUVILLON ; CE 17 janvier 1996, SA Atelier Meri guet-Carriere, req. 162-201 ; CE, 31 janv 1996, Société Piani, Société Chambard req. 162 -495 ; RD imm, avril -juin 1996, p 210, chro F LIORENS et Ph TERNEYRE

⁶⁷⁰ TA Chalons -sur -Mame, 5 nov. 1997, Société Mak Système c/Etablissement de transfusion sanguine de Champagne Ardenne

⁶⁷¹ Voir CE 26 février 1996, SA « Entreprise Dezellus Constructions » Req 160-873, RD imm, avril -juin 1997, p 229

requérant, puisqu'il se trouve privé du recours s'il l'administration le devance en signant le contrat. D'autant plus, que cette solution prévaut même si le contrat est signé par des personnes non habilitées régulièrement ⁶⁷². Cependant, le code de la justice administrative met à la disposition du président du tribunal du référé le pouvoir d'enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.

La même critique soulevée à l'encontre de l'application de la condition de saisine est valable en droit algérien. L'administration peut facilement éviter le recours en référé précontractuel si elle accélère la signature du contrat. Mais tel en droit français la loi de procédure civile et administrative permet la suspension de la signature dans le délai de 20 jours. Il s'agit probablement d'une ordonnance « avant dire –droit » ⁶⁷³

Par ailleurs, ce qui est plus dangereux pour l'effectivité de procédure du référé précontractuel est la notification tardive du rejet de l'offre, c'est à dire après que l'administration a signé le contrat avec le candidat retenu. Ceci dénoue cette procédure de tout intérêt pratique.

B -L'objet du référé

Ce type de référé se distingue du référé suspension par sa logique et son champ d'intervention. L'objectif de la procédure menée devant le juge du référé précontractuelle est bien précis. Il s'agit de garantir le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Quant à son intervention, elle s'effectue comme nous l'avons précisé précédemment avant la signature du contrat. C'est-à-dire, avant même qu'un acte administratif pouvant lier le contentieux d'excès de pouvoir. Donc, l'objectif caractérisant cette procédure est d'interrompre le processus de formation

L'objet du référé, il faut le rappeler, concerne la sanction des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, cette disposition a été interprétée d'une manière très large, c'est-à-dire que le juge administratif ne s'est pas limité à une conception purement procédurale. « *le conseil d'Etat a admis que les pouvoirs du juge des référés peuvent être utilisés dans un cas ou les spécifications techniques ont été imposées* » ⁶⁷⁴ ou dans le cas où l'illégalité de la formule de révision peut avoir un effet d'éviction ⁶⁷⁵

Cette interprétation large est possible car « la plus part des dispositifs régissant la passation d'une délégation ou d'un marché public ont pour objectif de respecter des

⁶⁷² CE ,8 févr .1999 ,Société Campenon Bernard –SGE ;Req .n 188100 ;RD adm .1999,n 110 .

⁶⁷³ MIREILLE BERBARI ,Délégation de service public ,Op cit ,p89.

⁶⁷⁴Voir L. RICHER , Droit des contrats administratifs ,LGDJ p 18. CE 3 novembre 1995 District de l'agglomération naceyenne , rec 391 concl chantepy)

⁶⁷⁵ CE 9 décembre 2009 Département de l'Eure ,JCPA 2010 . 2020 note Linditch

obligations de publicité et de mise en concurrence »⁶⁷⁶. Il s'agit alors d'un pouvoir plus étendu que celui du juge de plein juridiction. Celui-ci se limite à vérifier les moyens liés à la violation des règles de publicité et concurrence⁶⁷⁷.

L'insuffisance dans les avis de publicité, le non respect par l'administration des règles qu'elle a imposées, notamment dans la sélection des candidats et des offres⁶⁷⁸. En revanche, le juge refuse d'examiner « les moyens tirés de la compétence de la personne ou de ses organes »⁶⁷⁹ ainsi que les moyens sur les mérites respectifs des candidats⁶⁸⁰.

Les moyens qui peuvent être invoqués devant le juge ont été fixés par la jurisprudence d'une façon très élargie. Ils concernent les cas suivants :

- la non publication des avis prévus ;
- l'insuffisance des informations fournies aux candidats sur leurs obligations futures ;
- le mauvais choix de la procédure au regard du seuil financier de la délégation ;
- le rejet d'une candidature en raison de l'absence d'une attestation non exigée par l'avis d'appel public à la concurrence.
- La non communication au candidat dont l'offre a été écartée, les raisons du rejet de sa candidature.
- le non respect du principe d'égalité entre les candidats en cas de modification du dossier de consultation qui leur a été remis.
- en cas de spécifications techniques plus exigeantes que celles qu'exigent les normes réglementaires applicables, non justifiées par les nécessités du service .
- le choix d'un candidat qui ne justifie pas de toutes les références requises par le règlement de consultation.
- ne pas vérifier si le candidat n'a pas été interdit de la participation à la candidature .

En revanche, certains moyens ont été écartés du contrôle du juge de référé . Il s'agit des cas suivants :

⁶⁷⁶ CE 21 juin 2000 Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise, req. n° 209319 : Rec. CE p. 283 ; BJCP n° 2000/12, p. 361, concl. Bergeal de la cote d'amour et de la presqu'île guérandaise .<http://www.adden-leblog.com/?p=7291>

⁶⁷⁷ CE 3 mars 2004 commune de Chateaudun, req. 258602 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008165651>

⁶⁷⁸ CE 6 octobre 2004 Soc. La communication Hospitalière, AJDA 2004, 2338

⁶⁷⁹ CE, 21 juin 2000, précité ; CE 3 juin 1999, Soc. Demathieu 640BJDCP 1999, n° 7, p. 640 ; CE 30 décembre 2002 Commune de Bandol ctt et MP mars 2003, com.

⁶⁸⁰ CE 29 juillet 1998, Synd. Mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise, Dr adm.

-le bien fondé des appréciations conduisant à écarter tel ou tel candidat ne peut être contrôlé par le juge .Car le rôle de celui-ci se limite à vérifier que le refus est doté d'une base légale et qu'il ne porte pas atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

De même, pour l'appréciation des mérites conduisant au choix d'un candidat ⁶⁸¹ :

- la prise en compte des conséquences éventuelles de l'application des stipulations d'un contrat en cours.

-si des prescriptions obligatoires ont été prévues en dehors du règlement de consultation.

- le non respect de l'ordre des critères quant celui-ci n'est qu'indicatif.

-les manquements commis par l'un des candidats, comme le refus de communiquer certaines informations aux autres candidats ⁶⁸² . Ou le non respect de l'un des candidats de son objet social⁶⁸³ .

Ainsi le contrôle du juge ne porte que sur les agissements commis par les personnes publiques.

C- Les conditions allégées du référé précontractuel en matière de contrats administratifs

Outre la condition principale de l'introduction du recours avant la conclusion du contrat de délégation, le code de procédure civile et administrative détermine les personnes ayant la qualité d'agir **(b)** . En revanche, aucun délai n'a été fixé ni un recours préalable imposé **(a)** .

a- L'absence de la condition liée au délai ou le recours préalable

Le référé précontractuel selon le code de procédures civiles et administratives est conçu d'une façon simplifiée .Aucune condition liée au délai ou à un recours préalable n'est exigée. Pourtant, l'exigence d'un recours préalable pourrait prévenir une contestation devant le juge. Ce choix a été adopté par le code de justice administrative français qui impose une demande adressée à la collectivité concernée .Et ce n'est qu'en cas de refus ou d'absence de réponse dans un délai de dix jours ⁶⁸⁴ que le requérant pourra s'adresser au

⁶⁸¹ CE ,21 juin 2000 syndicat intercommunal de la cote d'Amour et de la Presque île Guérandaise ,req n 209319

⁶⁸² CE ,28 juillet 1999,société Bouygues ,req n 206749 .

⁶⁸³ CE ,16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services de l'eau ,req ,n 21054 .

⁶⁸⁴ Pour faciliter la procédure le juge administratif français a jugé que le recours juridictionnel est possible même avant l'expiration du délai de dix jours à condition que la décision du juge n'intervienne qu'après ce

juge de référé. Par ailleurs, cette procédure a été considérée en pratique gênante et profitable à l'administration qui serait avertie et pourrait en conséquence accélérer la procédure de signature.⁶⁸⁵

Malgré l'absence de recours préalable, rien n'empêche cependant le requérant en droit algérien d'user cette voie, s'il estime l'opportunité d'une démarche auprès de l'administration. Dans ce cas, le requérant doit attendre la réponse mais aucun délai n'est prescrit par le code de procédures civiles et administratives. Le délai de deux mois prescrit par l'article 830 ne concerne que le recours en annulation, il n'est pas applicable à l'égard de référé précontractuel. En outre, ce délai ne convient pas à une procédure qui devrait s'accomplir rapidement. En droit français s'est posée la question du délai impartie au requérant pour introduire son recours après l'expiration du délai de dix jours. Deux solutions étaient envisageables, soit de prendre comme repère le délai de droit commun c'est-à-dire celui de deux mois⁶⁸⁶, soit de laisser le délai ouvert. Cette dernière solution adoptée par le conseil d'Etat est en faveur du requérant⁶⁸⁷. On pourrait dire de même concernant le délai en droit algérien, d'autant plus qu'aucun recours préalable n'est exigé. Ainsi, tel en droit français le délai du recours devant le juge du référé précontractuel est ouvert jusqu'à la conclusion du contrat.

b- La qualité d'agir

Enfin, il convient de déterminer les personnes ayant intérêt pour agir. Il s'agit selon le code de la procédures civiles et administratives des personnes « qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans la wilaya (...) » De ce fait, les personnes ayant intérêt sont « les candidats évincés lors des phases de sélection des candidatures ou de choix final de l'attributaire à une convention de délégation de service public ». Chaque requérant justifiant d'un intérêt à conclure le contrat est admis dans la procédure⁶⁸⁸. Quelle que soit la nature juridique de la personne candidate, il peut s'agir d'une personne privée ou d'une personne publique⁶⁸⁹.

En revanche les personnes étrangères à la procédure ne sont pas admises à présenter leurs requêtes⁶⁹⁰, même si il s'agit de soumissionnaires potentiels. Seules échappent à cette

délai et que l'ensemble de procédure s'effectue dans le délai de 30 jours. Ces deux conditions sont posées respectivement par deux arrêts : TA Grenoble, 11 janv. 1994, Sté routière Chamcard, rec. CE, Tables, p 1044 ; RFD adm 1994, p 741 - TA Chalon - Sur Marne 12 avr 1994, SARL Entreprise Berriot : Dr adm 1994, n 521

⁶⁸⁵ M. BERBABI, Délégations de service public, op cit, p 87.

⁶⁸⁶ L'article R. 102 du code tribunaux administrative

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006561147&cidTexte=LEGI TEXT000006071344&dateTexte=20001231>

⁶⁸⁷ CE, 30 juin 1999, syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre - Ouest Seine - et - Marnais, sous concl. C. BERGEAL ; req. 19847, AJDA 20 sept 1999, p 714 et s

⁶⁸⁸ CE, Ass 10 juin 1994, Ville de Cabourg : Rec CE p 301 ; RFD adm 1994 p 728, conc S LASVIGNES

⁶⁸⁹ C. MOUNDOU, les conventions de délégation de service public des collectivités territoriale, op cit, p 83.

⁶⁹⁰ CE, 16 déc 1996, Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique, req n 158234 voir Michel BERBARBI délégation de service public, op cit, p 91.

interdiction les personnes ayant exprimé leur intention de présenter une offre mais empêchées de la présenter⁶⁹¹. L'empêchement ici est attribué à une décision explicite de l'administration mettant à l'écart l'entreprise qu'on lui refuse « *à tort de soumissionner alors même qu'elle présentait une offre, soit encore l'administration modifie les conditions de participation de telle sorte que l'entreprise requérante se trouve dans l'impossibilité de soumissionner* »⁶⁹².

A coté du référé précontractuel, le requérant peut activer les autres référés c'est-à-dire les procédures d'urgence classiques qui sont aussi utilisables en matière contractuelle.

§ 2- La nature du contrôle exercé par le juge

En raison de l'appartenance de ce contrôle au contentieux de pleine juridiction⁶⁹³, le juge du référé précontractuel est doté de prérogatives importantes et pas seulement du pouvoir d'annulation dont dispose le juge d'excès de pouvoir⁶⁹⁴. A ce titre, ce juge dispose de deux catégories de pouvoirs à l'aune desquelles on peut mesurer l'étendue de son contrôle. Il s'agit d'abord de mesures à caractère provisoire (A). Et de mesures à caractère définitif (B).

A - Les mesures provisoires :

Les mesures provisoires prennent la forme d'injonction. Celle-ci est prise dans l'objectif de modifier le comportement défaillant de l'administration, afin de supprimer l'illégalité commise⁶⁹⁵. L'exercice de pouvoir par le juge remplace son incapacité de se substituer à l'administration défaillante

A la tête des mesures provisoires qui peuvent être prononcées immédiatement par le juge, il y a la suspension de la signature du contrat. En vertu de cette mesure, le juge peut différer la signature jusqu'au terme de la procédure. L'injonction prend fin à la date à laquelle le président se prononce sur la demande ou plus tard, à l'expiration d'un délai de 20 jours. Les dispositions de l'article 946 du code de procédures civiles et administratives

⁶⁹¹ M.BERBARBI délégation du service public, op cit, p 91 .C'est dans le domaine de marchés publics que cette exception a été dégagée par le juge administratif français : CE 6 juin 1997, Sté Etudes Réalisations techniques isolations et métallerie –Sertim ; Req n 141829

⁶⁹² Ibidem ; CE 19 janvier 1938,société « La Céramique française »:En raison des modifications apportées au cahier de charge par l'administration la société requérante a été privée de soumissionner .Dés lors la requête de cette société a été jugée recevable .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008161588>

⁶⁹³ CASAS Didier, conclusions sur CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, in AJDA, 2006, p. 2340 et s., spéc. p. 2341 : le commissaire du gouvernement parle même de « juge de plein contentieux aux pouvoirs hors normes ». V. pour une formule légèrement différente : CASSIA Paul, Pratique des référés précontractuels, Litec, 2008, spéc. p. 183 : l'auteur parle d'« un juge du fond statuant en la forme des référés »

⁶⁹⁴ C.MOUNDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales , Papyrus,2006 , p 85 .

⁶⁹⁵ PERRIN Alix, L'injonction en droit public français, Ed. Panthéon-Assas, 2009, spéc. pp. 59-152

ont été inspirées par la loi française n 2000-597. Ainsi, un délai raisonnable est octroyé au juge, pour qu'il puisse mieux analyser la situation et découvrir un éventuel manquement.

Notons que l'adoption d'une telle mesure ne constitue pas nécessairement une réponse à une illégalité commise par l'autorité délégante .Elle intervient seulement pour soutenir l'effort du juge afin de trouver une solution au litige⁶⁹⁶ .

Le juge peut en vertu de son pouvoir d'injonction, d'enjoindre à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations sous astreinte. On peut distinguer deux sortes d'astreinte selon le code de procédure civile et administrative : une astreinte qui précède le jugement et l'autre qui succède à un jugement. Seule la première qui intervient en matière de référé précontractuel. L'article 946 précise que l'astreinte coure à partir de l'expiration des délais impartis à l'auteur du manquement pour se conformer à ses obligations.

B -Les mesures définitives

En vertu de ces mesures, le juge peut prononcer la suppression d'une ou plusieurs clauses de la convention ou annuler complètement la procédure. Un tel pouvoir a été reconnu expressément en droit français au juge. L'article L551-2 du code de la justice administrative dispose que le juge « peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ». Ainsi ,la procédure peut être annulée soit partiellement ⁶⁹⁷ soit intégralement ⁶⁹⁸ selon le stade auquel le manquement est intervenu ⁶⁹⁹ .En outre , l'annulation s'étend aux actes détachables de la procédure de passation du contrats tel délibérations des conseils ou les décisions des commissions d'appel d'offres ⁷⁰⁰ . En revanche, le juge ne peut pas indemniser les candidats lésés ⁷⁰¹ .

Il est regrettable que la loi 08 -09 n'a pas reconnu un tel pouvoir au profit du juge du référé, ce qui prive le référé précontractuel de l'une des conditions importantes son effectivité .Surtout lorsqu'on sait que le pouvoir d'annulation est nécessaire dans le cas où ses pouvoirs de suspension et d'injonction n'ont abouti à la correction du comportement et

⁶⁹⁶ Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse de doctorat en droit public ,Université de Paris Panthéon –Sorbonne ,2013, p 28 .

⁶⁹⁷ CE, 10 mai 2006, Société Bronzo, préc. ; CE, 5 juin 2007, Société Corsica Ferries, req. n° 305280, T., p. 953 ; CE, 30 septembre 2011, Département de la Haute-Savoie, req. n° 350153 ; CE, 12

janvier 2011, Département du Doubs, req. n° 343324 ; CE, 23 mars 2012, Caisse des écoles de la commune de Six-Fours-les-Plages, req. n° 355439.

⁶⁹⁸ CE, 22 mars 2000, M. et Mme Lasaulce, req. n° 207804, Rec. p. 126 ; CE, 8 avril 2005, Société Radiometer, req. n° 270476, T., p. 698 et 964 ; CE, 29 juin 2005, Chambre de commerce et de l'industrie du Pas-de-Calais, req. n° 266631 ; CE, 20 février 2013, Société American express voyages, req. n° 363244 ; CE, 29 mai 2013, Communauté urbaine Marseille Provence Métropole, req. n° 366456

⁶⁹⁹ Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée ,p 29 .

⁷⁰⁰ CE, 10 février 1997, Société Révillon, req. n° 169309, T., p. 941.

⁷⁰¹ C.MOUNDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales,op cit ,p 85 .

éviter de reprendre la procédure dès le début⁷⁰². Ainsi l'annulation se présente comme la seule solution envisageable.

En dessaisissant le juge du référé du pouvoir d'annulation, celui-ci est dans l'incapacité d'exercer un pouvoir de réformation. Car l'annulation des prescriptions entachées d'illégalité conduit nécessairement à une modification du contrat à conclure⁷⁰³. La mise ne œuvre d'un tel pouvoir doit prendre en compte la divisibilité des clauses ou des prescriptions selon la jurisprudence liée aux actes détachables. Même si selon certains cette exigence n'est pas nécessaire dans le cadre du référé précontractuel. A cet titre, les conclusions de Catherine BERGEAL sur l'arrêt du conseil d'Etat du 24 octobre 2001 « Collectivité territoriale de Corse, Office des transports de Corse » sont instructives : « *dans le contentieux très particulier du référé précontractuel, la question de la divisibilité des clauses d'un contrat, qui permet d'ouvrir le contentieux de l'excès de pouvoir contre les actes détachables, n'a pas sa place* »⁷⁰⁴. Le commissaire de gouvernement explique son point de vue par trois arguments. D'abord, en raison du champ très étendu du pouvoir d'annulation du juge de référé par rapport à celui du juge de l'excès de pouvoir. Ensuite, « *la question de la divisibilité du contrat ne se pose pas (...) parce que le juge des référés a été expressément doté par la loi du pouvoir de supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence* » ; enfin « *la divisibilité des clauses du contrat ne peut se poser (...) parce que le juge du référé n' a pas le pouvoir d'annuler le contrat –qui n'existe d'ailleurs pas encore –mais seulement de suspendre sa passation* »⁷⁰⁵.

Force est de constater alors que le pouvoir d'annulation et réformation dont le juge du référé précontractuel a été doté en droit français dépasse de loin les compétences du juge de référé traditionnel. Dans ses conclusions-sur CE ,ass , 10 juin 1994 ,commune de Cabourg – LASVIGNES Serge constate que ces pouvoirs « dépassent même ceux que ceux reconnaît le juge administratif »⁷⁰⁶. Car, selon la conception classique de la compétence du juge administratif on distingue toujours le pouvoir du juge de l'excès de pouvoir *qui « se prononce sur le bien fondé d'une requête »* alors que le juge du plein contentieux « *vide un litige en statuant sur des droits subjectifs* » ainsi « *le premier ne peut qu'annuler ou rejeter la requête, le second peut réformer la décision administrative* »⁷⁰⁷. Ainsi, le mélange de

⁷⁰² Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée,p 29

⁷⁰³ Contentieux des contrats privés de la commande publique : TGI Paris, 9 décembre 2012, req. n° 11/5983 cité par Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée ,p29.

⁷⁰⁴ BERGEAL Catherine ,conclusions sur CE ,24 octobre 2001,Collectivité de la Corse ,office des transports de Corse in CJEG ,2002,p 254et 257 .

⁷⁰⁵ BERGEAL Catherine, conclusions sur CE, 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de Corse, Office des transports de Corse, in CJEG, 2002, p. 254 et s., spéc. pp. 256 et 257 cité par Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée,p30 .

⁷⁰⁶ LASVIGNES Serge, conclusions sur CE, ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg, in RFDA, 1994, p. 727et s., spéc. p. 731

⁷⁰⁷ LANDAIS Claire, LENICA Frédéric, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès

ces deux pouvoirs au profit du juge de référé paraît dépasser le clivage traditionnel entre juge de plein contentieux et juge d'excès de pouvoir .

Devant les limites du référé précontractuel, il peut être utile pour les opérateurs privés de recourir au recours d'excès de pouvoir pour sanctionner les atteintes à la liberté d'accès.

Sous section 2 : Le contentieux de l'excès de pouvoir

L'efficacité pratique de ce recours dépend de son association avec le référé suspension et de l'existence de pouvoirs importants du juge face à l'administration (§2). Mais il est indispensable pour la mise en œuvre du recours en annulation que certaines conditions soient respectées (§1) .

§1 Conditions de la mise en œuvre du référé de l'excès de pouvoir

Afin d'accéder au juge de l'excès de pouvoir pour attaquer les actes détachables préalables à la conclusion du contrat de délégation, certaines conditions doivent être réunies. Il s'agit d'un recours contre une acte détachable (A). Le délai caractérise ce recours par rapport au référé précontractuel. Enfin la qualité d'agir doit être déterminée avec précision (B) .

A -un recours contre un acte détachable

L'exercice de ce type de recours concerne d'abord des actes détachables de la convention de délégation (a). Mais ce n'est pas tout, il s'agit des actes antérieures à la conclusion du contrat (b).

a- l'exigence d'un acte détachable

On doit souligner que le recours se dirige contre l'acte préparatoire du contrat et non pas contre le contrat lui-même. Cette règle est issue d'une jurisprudence bien établie. Quoique que certaines voix se sont élevées contre l'interdiction d'attaquer les actes contractuels. Ainsi, on retrouve un grand auteur comme Marsel WALINE qui souligne que rien ne justifiait l'inapplicabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat⁷⁰⁸. Un autre auteur remarque qu' « *il n'y a pas d'opposition véritable entre le contrat et le recours pour excès de pouvoir* »⁷⁰⁹. Le professeur René CHAPUS exprimait à son tour son

de pouvoir », note sous CE, ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, in AJDA, 2004, p. 1183 et s., spéc. p. 1187.

⁷⁰⁸ WALINE M, Notes d'arrêts de Marcel Waline, Vol. I, Dalloz, 2004, p. 565 et s., spéc. pp.566-567. Dans son Manuel élémentaire de droit administratif, il faisait référence à une « jurisprudence explicable et inexplicable ». V. WALINE Marcel, Manuel élémentaire de droit administratif, Sirey, 1946, spéc. p. 117.

⁷⁰⁹ GONIDEC Pierre-François, « Contrat et recours pour excès de pouvoir », in RDP, 1950, p. 58 et s., spéc. p. 60

incompréhension vis-à-vis du point de vue du juge administratif de ne pas toucher au contrat que d'une main tremblante⁷¹⁰

L'acte attaqué doit être un acte faisant grief, ce qui exclut l'avis d'appel d'offre⁷¹¹. Généralement sont concernés les actes qui émanent des collectivités locales⁷¹² ou les décisions des commissions d'appel d'offre. Sont concernées également les autorisations préalables ou les approbations de tutelle ou un refus de signer⁷¹³

Ce recours a été consacré par la théorie de l'acte détachable pour remédier à l'impossibilité de contester le contrat par excès de pouvoir⁷¹⁴. Il a été admis d'abord pour les contrats privés de l'administration et puis il a été étendu aux contrats administratifs⁷¹⁵.

b- des actes antérieures à la conclusion du contrat

Ce ne sont que les actes antérieurs à la conclusion du contrat qui sont concernés par ce recours. Et à partir de la conclusion du contrat, tous les actes pris par la collectivité sont attaquables mais au titre du contrôle sur l'organisation du service. Hormis leur intervention à deux stades différents, les deux sortes d'actes détachables se différencient du point de vue de leur objet. En effet, la première catégorie est indépendante du contrat puisque celui-ci n'a pas encore vu le jour lors de leur édicton. Quant à la seconde elle concerne des dispositions contenues dans le contrat lui-même. C'est à dire les dispositions réglementaires. Ainsi, toutes les dispositions ayant trait à l'organisation du service⁷¹⁶ ou à la tarification du service public sont susceptibles de recours⁷¹⁷.

En revanche, ce qui unit les deux catégories c'est qu'elles sont des actes réglementaires contre lesquelles le recours est subordonné au délai du droit commun fixé par le code de procédures civiles et administratives.

B- Délai du recours et intérêt d'agir

Comme tout recours pour excès de pouvoir, celui dirigé contre les actes détachables antérieures à la conclusion du contrat doivent respecter les exigences liées au délai de recours (a) et la qualité d'agir (b).

⁷¹⁰ CHAPUS René, Droit du contentieux administratif, préc., spéc. n° 240.

⁷¹¹ CE 10 mai 1996, Conseil régional de l'ordre des architectes PACA, Rec tab 66)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007921350>

⁷¹² CE, 8 juin 1994, M. Mas nreq. 141026

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007863897&fastReqId=195503070&fastPos=1>

⁷¹³ CE 25 novembre 1998, Cie luxembourgeoise de télédiffusion, Rec 443).

⁷¹⁴ CE Ass. « Cayzele » du 10 juillet 1996.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007935465&dateTexte=>

⁷¹⁵ CE 04 aout 1905, Martin. Voir le commentaire sur l'arrêt Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 18^e éd, 2011, p 87 et s.

⁷¹⁶ CE, juillet 1996, Cayzele, req n 138356

⁷¹⁷ CE, 30 octobre 1996, Wajs et Monnier, req, n 136071 et 142688 ; civ, 22 octobre 2002 Société Suez Lyonnaise, pourvoi n 99-20.759

a- le délai de recours

Quant aux conditions de la mise en œuvre du recours pour excès de pouvoir, elle diffère sensiblement de celles du référé précontractuel. D'abord, le délai applicable est celui du droit commun, c'est-à-dire de 04 mois à compter de la publication ou la notification de l'acte en question⁷¹⁸. On peut remarquer que l'administration est tenue de notifier ou publier l'acte pour que le délai soit lancé à l'encontre des intéressés. Ceci contraste avec le délai ouvert dans le référé précontractuel mais qui permet à l'administration d'accélérer la signature afin de rendre le référé irrecevable.

Au-delà de ce délai, le recours contre l'acte détachable qui consiste en la délibération ou la décision autorisant la signature du contrat est rejeté. L'invocation de l'illégalité de l'acte par voie d'exception est également impossible⁷¹⁹. Ce délai s'impose d'autant plus qu'il s'agit d'un acte individuel créateur qui va naître du fait de l'attribution du contrat de délégation.

b-L'intérêt d'agir

L'intérêt d'agir dans le cadre d'un recours en annulation inclut d'abord les personnes ayant participé à la procédure de passation. C'est-à-dire ceux admis pour introduire le recours de référé précontractuel. Les contribuables locaux et les usagers du service public ont aussi cette qualité. Sont exclus en revanche de cette procédure les tiers audits contrat⁷²⁰.

Notons qu'en ce qui concerne le candidat évincé, qu'il peut user d'autres qualités c'est à dire ceux de droit commun. Comme par exemple contribuable locale, membre d'une assemblée délibérante, associations de groupements d'intérêt⁷²¹. Il peut même agir en tant que membre d'une association ou d'un groupement d'intérêt⁷²².

L'intérêt d'un tel changement de la qualité d'agir réside dans le fait que tous les actes de procédure de passation ne sont pas tous liés au choix du contractant final⁷²³. Il s'avère donc, que le cadre rigide de la qualité de candidat évincé ne permet pas le recours contre les actes de portée générale.

Ainsi, pour augmenter ses chances d'annulation de l'acte litigieux et remettre en cause ultérieurement le contrat, le candidat peut introduire plusieurs recours contre différents actes détachables et ne pas se limiter à sa qualité de candidat évincé⁷²⁴.

⁷¹⁸ Art 829 de la loi 08-09, loi précitée.

⁷¹⁹ CAA Bordeaux, 23 octobre 2003, Département de la Réunion, req, n° 01BX02357.

⁷²⁰ CE, 29 avr 1987, commune d'Elancourt, AJDA 1987, p 543.

⁷²¹ Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée, p 287

⁷²² CE, sect., 6 mai 1996, Association Aquitaine Alternative, req. n° 121915, Rec. p. 144

⁷²³ Laura PREUD'HOMME, thèse précitée, p 286.

⁷²⁴ Ibidem, p 287.

§2 Condition d'efficacité du recours en excès de pouvoir

Malgré sa lenteur qui le prive d'efficacité sur le plan pratique, le recours pour excès de pouvoir peut néanmoins s'avérer efficace s'il est combiné avec les référés d'urgence⁷²⁵ (A) . En outre, le juge dispose de pouvoirs très larges à l'égard de l'administration pour la contraindre (B) .

A- Associer le recours en annulation avec les référés d'urgence

Le code de procédure civile et administrative met au profit du candidat la procédure du référé d'urgence, en vertu desquelles celui-ci peut stopper le processus de passation. L'importance de telles mesures est toutefois mise à la rude épreuve des conditions de leur mise en œuvre

a- l'importance des mesures d'urgence

Si le recours en excès de pouvoir n'est pas accompagné par un référé de suspension⁷²⁶ ou d'une demande de suspendre l'exécution des effets, l'annulation de l'acte détachable n'aura aucun effet sur la convention de délégation . Celle-ci demeure en vigueur indépendamment de l'autorité de la chose jugée ; elle puise sa force de la volonté des parties.⁷²⁷ Ce mode de référé est lié au recours en annulation de telle sorte que le requérant pourrait demander parallèlement à la demande de l'annulation de la décision la suspension de l'exécution de celle-ci, ou de certains de ses effets lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Le référé de suspension peut porter sur une décision de rejet, comme le refus d'admettre un candidat ou le refus de prononcer une résiliation.

Il faut souligner par ailleurs que ce référé est ouvert même si le référé précontractuel est possible . En d'autres termes, il n'y a pas d'exception de recours parallèles⁷²⁸, d'ailleurs cette condition a été abandonnée en droit algérien en vertu de la nouvelle loi de procédures civiles et administratives⁷²⁹ .

A côté du référé suspension, le requérant peut activer un nouveau référé introduit en droit algérien par le nouveau code de procédures civiles et administratives . Il s'agit du

⁷²⁵ Voir l'article 833 du code de procédures civiles et administratives ,loi précitée .

⁷²⁶ Art 919 du code de procédures civiles et administratives .

⁷²⁷ Le conseil d'Etat français précise les conséquences de l'annulation de la délibération relative à la délégation du service public de distribution de l'eau : « l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir, à la demande d'un tiers, d'un acte détachable du contrat n'a pas par elle-même aucun effet direct sur ce contrat qui demeure la loi des parties et dont l'exécution, dans l'intérêt du service public peut, en principe, être poursuivie » Avis sur l'arrêt Avriller du 1^{er} octobre 1997 ,AJDA 20 févr 1998,p 169 ,obs Laurent Richer .

⁷²⁸ CE 29 juillet 2002 Ville de Nice c/SARL Loisirs et innovations BJDCP ,2002 ,n 25 ,p 476 voir aussi L.Richer , Droit des contrats administratifs ,op cit ,p 188.

⁷²⁹ Cette condition a été consacrée sous l'égide de l'ordonnance n°66-154 du 08 juin 1966 portant code de procédure civile ,JORADP n°47 du 9 juin 1966 . L'article 276 de cette ordonnance dispose que « le recours en annulation n'est pas recevable lorsque les requérants disposent pour défendre leurs intérêts du recours ordinaire de pleine juridiction »

référé liberté. qui exige outre les conditions du référé suspension d'autres conditions⁷³⁰. Il requiert qu'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public a porté une atteinte grave et manifestement illégale⁷³¹. Si ces conditions sont réunies, le juge de référé peut ordonner toutes mesures nécessaires pour sauvegarder la liberté atteinte. Parmi les libertés qui sont concernées par ce référé figure la liberté d'entreprendre et la liberté de commerce et de l'industrie⁷³². Les parties peuvent se fonder sur ces deux libertés contre la procédure de passation.

Le requérant peut aussi soutenir ses revendications lors de la passation du contrat de délégation en recourant au référé mesure utile. A ce titre, le juge peut lui accorder en cas d'urgence et sur simple requête recevable même en l'absence de décision administrative préalable d'ordonner toutes mesures utiles. L'objectif de la procédure est de « prévenir la survenance ou l'aggravation d'une situation dommageable, ou d'assurer la protection des droits et intérêts d'une partie »⁷³³. A ce titre, ce référé peut être invoqué au stade de la passation pour demander la communication de documents.

Notons que la demande de suspension de l'acte détachable peut s'effectuer dans le cadre de sursis à exécution. Ainsi, le code de procédure civile et administrative met à la disposition des requérants deux voies pour suspendre l'exécution de la décision. Cette seconde voie se déroule devant le juge du fond. L'article 836 précise que « dans tous les cas il est statué sur les conclusions à fin de sursis à exécution par ordonnance motivée rendue par la formation de jugement saisi au fond ». Les conditions de mise en œuvre de cette demande sont précisées.

b- La difficulté de mettre en œuvre les référés d'urgence

La difficulté se pose notamment pour le référé suspension en ce qui concerne les conditions de sa mise en œuvre à savoir la condition d'urgence et le doute sérieux.

1- la condition d'urgence

La mise en œuvre de la procédure du référé est subordonnée à l'existence de l'urgence. Or, l'appréciation de cette condition est laissée à la totale appréciation du juge administratif. La tendance du juge administratif est de rétrécir le champ de l'application de cette condition car « trop d'urgence tue l'urgence ». Cette conception du juge est conforme à la signification même de l'urgence, car il s'agit d'une situation particulière qui nécessite l'adoption de mesures appropriées dans les plus brefs délais.

⁷³⁰ Art 920 du code de procédures civiles et administratives.

⁷³¹ Voir sur la notion de liberté fondamentale F. BRENET, « Liberté fondamentale, RDP n 6 2003, p 1536 et s voir aussi sur le même sujet C. BOTO-KO-CLAEYSEN, « Le référé –liberté vu par les juges du fond, analyse des premières décisions de dix tribunaux administratifs », AJDA 2002, p 1046 et s

⁷³² Art 43 de la Constitution, loi précitée.

⁷³³ Art 921 de la loi n°08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative précitée.

Le conseil d'Etat français a clarifié la notion de l'urgence apportée par la loi du 30 juin 2000 .En vertu de son ordonnance du 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres le conseil indique que « la condition (...) doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public ,à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »⁷³⁴. Une telle condition exige seulement que le préjudice soit suffisamment grave et immédiat .

Si on confronte cette définition avec la situation d'un candidat lésé par l'atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence, on retrouve que celui-ci peut se prévaloir de l'urgence .En effet, la poursuite de la procédure de passation du contrat crée un préjudice difficilement réparable, ce qui dépasse ce que le conseil d'Etat .

Mais rien ne semble acquis ,car même avec le mode d'emploi fourni par l'ordonnance du conseil d'Etat, la condition de l'urgence demeure dépendante de l'appréciation du juge administratif qui s'effectue cas par cas et en fonction des conséquences de la décision litigieuse. C'est pourquoi le candidat requérant doit présenter les justificatifs pour démontrer l'impact négatif de la poursuite du processus de passation sur situation personnelle .Et le mot final revient au juge du référé qui doit « *apprécier concrètement ,compte tenu des justifications fournies par le requérant si les effets de la décision sur la situation de ce dernier ou , le cas échéant ,des personnes concernées sont de nature à caractériser une urgence justifiant que ,sans attendre le jugement de la requête au fond,l'exécution de la décision soit suspendue* » Il s'agit alors pour le juge de se livrer à « *une forme de contrôle de proportionnalité entre les conséquences dommageables de la décision due et la situation personnelle du requérant* »⁷³⁵ .Le juge du référé n'apprécie pas l'urgence seulement au regard de la situation du requérant mais aussi au regard de l'intérêt public .Ainsi, la préservation de l'intérêt général justifie qu'un acte administratif ne soit pas suspendu . L'urgence cède donc la place à l'intérêt général.

On arrive donc à la conclusion, que l'appréciation de l'urgence relève du contrôle d'opportunité et ne peut donc conduire d'une manière sûre à suspendre l'acte détachable. Il nous reste de s'interroger sur la deuxième condition qu'exige le référé suspension.

La suspension du processus de passation dans le cadre de référé suspension prends fin lorsqu'il est statué sur l'objet de la demande .Donc, le sort de la poursuite de ce processus doit revenir au juge de l'excès de pouvoir.

2- le doute sérieux sur la légalité d'un acte administratif

Les nouvelles dispositions relatives au référé suspension apportées par le code de procédure civile et administrative consacrent une seconde condition pour l'activation du référé suspension .L'article 919 de ce code prévoit que la suspension de l'acte administratif

⁷³⁴ Conseil d'Etat, Section, du 19 janvier 2001, 228815

⁷³⁵ AJDA 2001 ,p 152 ,chro.GUYOMAR ,(M) et COLIN (P).

ou de certains de ses effets exige outre l'urgence « qu'il est fait un état d'un moyen propre à créer ,en l'état de l'instruction ,un doute sérieux quant à légalité de l'acte » .Ces dispositions sont inspirées littéralement par l'article L521-1 du code de la justice administrative français .

La condition du doute sérieux d'illégalité succède au moyen sérieux d'illégalité .Il reste à savoir s'il s'agit d'un changement terminologique ou d'un assouplissement du recours au juge de référé suspension .Car, dans le cadre du sursis d'exécution le juge administratif adoptait une lecture restrictive de la condition du moyen sérieux, ce qui nuisait à l'efficacité de ce référé.

Une telle exigence paraît conforme à la logique utilisée par la cour de justice communautaire européenne dans le cadre de la suspension des lois nationales ⁷³⁶ . La cour exige l'évidence de bon droit qui équivaut le doute sérieux de l'illégalité. Cette condition est justifiée par le caractère de la mesure de suspension, afin que l'évidence du bon droit soit rétablie.

Mais à l'instar de la condition d'urgence l'appréhension du doute sérieux de l'égalité dépend de l'appréciation du juge. .Or, celui ci rencontre quelques difficultés .D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle le juge administratif s'est référé dans un premier temps à l'ancienne exigence du moyen sérieux de légalité. On retrouve cette orientation clairement exprimée dans les conclusions du commissaire du gouvernement Dayras sur l'arrêt chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions : « Nous n'avons nullement aujourd'hui à nous prononcer sur la valeur des arguments par lesquelles la chambre syndicale conclut à l'annulation de l'arrêté ministériel attaqué(...) nous devons simplement rechercher aujourd'hui si cette argumentation ne présente pas un caractère purement dilatoire et n'apparaît pas comme devant être rejetée de plano ». Donc ,pour démontrer que le moyen laisse planer un doute sur la légalité de la décision, le juge examine le caractère sérieux de ce moyen . Mais faut il le signaler « *la décision du sursis ne préjuge en rien ni en droit ni en fait de la décision sur le fond* »⁷³⁷ .

B Les moyens de concrétisation de l'annulation de l'acte détachable

L'effectivité de l'annulation de l'acte détachable doit être concrétisée par deux moyens : par les pouvoirs élargis du juge de l'excès de pouvoirs lui-même (a)ou par le recours au juge d'exécution ou celui du contrat(b) .

a- l'étendue des pouvoir du juge de l'excès de pouvoir

Le juge de l'excès de pouvoir est limité dans son office, non seulement par l'interdiction qui lui est faite de remettre en cause le contrat. Mais aussi, par l'absence du

⁷³⁶ L'arrêt CJCE ,1990 ,Factortame du 19 juin 1990.

⁷³⁷ Amélie EVRAD , Approche critique de la loi n 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives une unification inachevée ,mémoire de DEA en droit public ,université Lille 2, 2001-2002 ,p 30

pouvoir de tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le sort du contrat⁷³⁸. Sur ce dernier point, le conseil d'Etat français est clair, il considère que « Considérant que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ;qu'il appartient au juge de l'exécution ,saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité ,de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas ,si elle est constaté ,une astreinte excessive à l'intérêt général » .Il est clair que cette jurisprudence prive le recours en excès de pouvoir d'une grande part de son effectivité .Le conseil d'Etat reconnaît cependant dans un avis à l'administration le pouvoir « d'apprécier si ,eu égard aux motifs de la décision d'annulation de l'acte détachable ,l'exécution du contrat peut être poursuivie jusqu'à son terme ou si le contrat doit être résilié »⁷³⁹ .

Il est important pour la collectivité d'intervenir en réponse à l'annulation de l'acte détachable, surtout si l'annulation est fondée sur un vice essentiel de passation sinon le contrat maintenu sera sans une base légale⁷⁴⁰ .

Cette efficience se renforce aussi par l'élargissement des pouvoirs du juge administratif. En droit français, la loi innove en matière de contentieux administratif en reconnaissant la qualité du juge d'exécution au juge d'excès de pouvoir⁷⁴¹ .En droit algérien, la tendance est la même le code de procédure civile et administrative met à la disposition du juge administratif des pouvoirs en vertu desquels il pourrait rendre la décision de l'annulation de l'acte détachable effective .Le juge administratif peut selon l'article 978 prescrire les mesures découlant de sa décision et les assortir le cas échéant d'un délai d'exécution. Il peut prescrire ces mesures ultérieurement à la décision, si celles-ci n'ont pas été demandés à l'instance précédente .La juridiction administrative prescrit dans ce cas que le nouvel acte administratif doit intervenir dans un délai déterminé . Ainsi, les mesures peuvent intervenir soit dans le cas où le requérant sollicite dès le début de son recours que l'administration tire toutes les conséquences de l'annulation de l'acte détachable .Soit intervenir ultérieurement à un jugement ou un arrêt définitif pour en assurer l'exécution⁷⁴² .

En outre, le code de procédure civile et administrative innove en la matière en reconnaissant au juge administratif le pouvoir de prescrire une astreinte dont il fixe la date d'effet. De telles dispositions contribuent à mettre fin aux limites de l'annulation de l'acte

⁷³⁸ Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée ,p 297

⁷³⁹ CE section du rapport et des études ,réponse à une demande d'éclaircissement relative aux conséquences de l'arrêt Avrillier du 1^{er} octobre 1997 concernant l'annulation d'une délibération du conseil municipal de la ville de Grenoble relative à la délégation de son service public de distribution d'eau potable et d'assainissement ,AJDA 20 févr ,1998 ,p 169 ,obs Laurent Richer .

⁷⁴⁰ CE 1^{er} oct 1993 ,société le Yacht –Club international de Bormes –les Mimosas : AJDA 1993 ,p 810 .

⁷⁴¹ La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et procédures civiles ,pénales et administratives . Il s'agit des articles L8-2 à L8-4 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel .

⁷⁴² Mireille BERBABI , Serge Briand, délégations de service public , op cit , p 107

détachable et renforcent le pouvoir du juge à l'égard de l'administration, notamment en matière de contrats administratifs ⁷⁴³ .

Le maintien de cet handicap du juge de l'excès de pouvoir s'explique par le principe même de la théorie de l'acte détachable .Car, on ne peut pas détacher l'acte pour l'annuler, .et une fois annulé on le rattache au contrat afin d'annuler celui-ci . ⁷⁴⁴

b- le recours au juge d'exécution ou le juge du contrat

Donc, pour concrétiser l'annulation de l'acte détachable, en tirant ses conséquences sur le sort du contrat de délégation, il faut recourir au juge du contrat .Sauf que ceux qui ont la possibilité d'accéder à ce juge, ce sont les parties du contrat .Les tiers qui ont pu éventuellement actionner le contrôle de l'égalité se trouvent priver de faire valoir l'annulation de l'acte détachable par cette voie .

Pour contourner cette impossibilité de saisir le juge du contrat, le conseil d'Etat envisage en faveur des tiers une autre voie. Celle-ci consiste à contraindre l'administration à saisir le juge du contrat. Ainsi, dans l'arrêt « Epoux Lopez » du 07 octobre 1994 le conseil d'Etat français contribue à renforcer l'efficacité du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables⁷⁴⁵ . Dans cette affaire, l'administration a été condamnée par le juge au versement d'une astreinte jusqu'elle saisisse du le juge du contrat pour qu'elle tire les conséquences de l'annulation de l'acte détachable⁷⁴⁶ .

Dans ce dernier cas, le juge de l'exécution est tenu par l'autorité de la chose jugée .En vertu de cette autorité ,il ne doit pas rechercher si l'annulation aurait pu intervenir sur le fondement d'un autre moyen plus sérieux ⁷⁴⁷ . C'est ce qui indique l'arrêt du conseil d'Etat : « le juge saisi de conclusions tendant à ce que soient prescrites les mesures d'exécution qu'implique nécessairement l'annulation d'un acte détachable d'un contrat ,est tenu d'assurer l'exécution de la chose jugée s'attachant tant au dispositif qu'aux motifs qui

⁷⁴³ Le législateur français a reconnu ces pouvoirs au juge administratif à travers la loi du 8 février relative à l'organisation des juridictions et procédures civiles, pénales et administratives : L .8-2 à L.8-4 du code de tribunaux administratifs et cours d'appel devenues les articles L 911-1 à L 911-4 du code de justice. TA Versailles ,23 oct. 1997, Sté Plastic Omnium c/Sitcom de la région de Isle –Adam, Req .972625 et 973776 ; AJDA 20 février 1998, p191 ; La sanction de l'irrégularité dans la passation d'un marché – D.POUYAUD, « Quatre juges pour un contrat », RFDA , 1998 , p 04. Bien que la jurisprudence administrative avait déjà utilisé le pouvoir d'astreinte voir la décision du conseil d'Etat du 7 octobre 1994, Epoux Lopez RFD adm 1994, p 1090 ,concl Rémy SCHWARTZ ,note Dominique POUYAUD ;AJDA 1994 ,p 914 et p 867 ,chron L Touvet et JH STAHL .

⁷⁴⁴ GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, PUF, 2008, spéc. p. 494.

⁷⁴⁵ CE, sect., 7 octobre 1994, Epoux Lopez, préc .

⁷⁴⁶ CE 07 octobre 1994 ,Epoux Lopez RFD adm 1994 ,p 1090,concl .Rémy SCHWARTZ ,note Dominique Pouyaud ; AJDA 1994 ,p 914 et p 861 ,chro .L.TOUVET et JH .STAHL .

⁷⁴⁷ CAA Paris, 7 juillet 1999, Secail, req. n° 96PA02322 cité par Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée p 301 .

en sont le support nécessaire ,sans pouvoir retenir un autre motif que celui retenu comme fondement de cette annulation »⁷⁴⁸

Mais depuis les jurisprudences « société Tropic Travaux signalisation » du 16 juillet 2007 et « Commune de Béziers » du 28 décembre 2009⁷⁴⁹, la compétence du juge du contrat a évolué . Il n'appartient pas à ce juge seulement constater la nullité du contrat mais il peut prononcer l'annulation. Ainsi, comme le note le rapporteur Bertrand DACOSTA « en passant d'une logique du constat à une logique de sanction, la perspective change »⁷⁵⁰. Par ce changement de logique, l'office du juge évolue de telle sorte que celui-ci est habilité à examiner en théorie ,la nature de l'illégalité et le risque d'atteinte à l'intérêt général⁷⁵¹ .

Il ne faut pas imaginer que le juge d'exécution annule automatiquement le contrat dans le cas de la nullité de l'acte détachable. Le juge peut décider la poursuite de son exécution sous réserve régularisation .Le conseil d'Etat a précisé dans l'arrêt « Commune de Divonne –les bains » du 8 juin 2011⁷⁵² que la régularisation peut s'effectuer par l'adoption d'un nouvel acte dépourvu de vice avec un effet rétroactif.

La solution adoptée par le juge de l'exécution peut consister à remettre en cause le contrat comme solution ultime ou en d'autres termes comme un mal nécessaire .L'administration sera alors contrainte de prendre les mesures destinées à faire disparaître le contrat soit par sa résiliation, soit par voie d'accord entre les deux parties⁷⁵³. Le juge de l'exécution peut cependant écarter cette solution, s'il estime que la résiliation une atteinte entraînerait une atteinte excessive à l'intérêt général⁷⁵⁴ .

Le conseil d'Etat indique dans quel cas s'impose la disparition du contrat : « dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement doit écarter le contrat »⁷⁵⁵ .

Le juge du contrat n'est pas aussi tenu de prononcer la nullité du contrat quelle que soit l'irrégularité de l'acte détachable .Car comme l'indique un auteur « *Le temps est aujourd'hui à la recherche d'un équilibre parfait, sinon presque parfait, entre les*

⁷⁴⁸ CE, 21 février 2011, Société Véolia propreté, req. n° 335306

⁷⁴⁹ CE, ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, préc

⁷⁵⁰ DACOSTA Bertrand, conclusions sur CE, 21 février 2011, Société Ophrys, préc., spéc. p. 134.

⁷⁵¹ , Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée ,p303.

⁷⁵² CE, 8 juin 2011, Commune de Divonne-les-Bains, req. n° 327515, Rec. p. 278

⁷⁵³ CE, sect., 26 mars 1999, Société Hertz France, req. n° 202256, Rec. p. 96

⁷⁵⁴ Société Lyonnaise des eaux ,req n 337927

⁷⁵⁵ CE, ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, préc. Sur les vices irréparables par régularisation et l'illicéité du contenu ou de la clause du contrat, v. LAFAT Jean-François, Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration, Dalloz, 2009, spéc. pp. 279-281

exigences de légalité et celles de la sécurité juridique »⁷⁵⁶ . La stabilité des relations contractuelles est aussi une exigence à laquelle est confronté le juge du contrat mais son appréciation soulève moins de difficulté que l'atteinte excessive à l'intérêt général ⁷⁵⁷ . Surtout, quand on sait que l'écoulement du temps entre l'annulation de l'acte détachable et l'appréciation de ses conséquences sur le sort du contrat par le juge du contrat peut conduire celui-ci à effectuer « une nouvelle analyse des exigences de l'intérêt général aux caractères inconstants et contingents » ⁷⁵⁸ .

Laura Prudhomme constate dans sa thèse que *« rare sont les hypothèses dans lesquelles le juge administratif a décidé de faire disparaître le contrat du fait d'un manquement de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence eu égard à sa gravité et aux circonstances dans lesquelles il a été commis »*⁷⁵⁹ . En revanche, selon le même auteur, les *« vices tenant au caractère illicite du contenu du contrat »* ou d'une *« particulière gravité relative notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »*⁷⁶⁰ .

Donc, l'accent est mis sur l'illicéité liée à l'objet du contrat et le consentement des parties, ainsi que la compétence du délégataire plus que légalité des procédures de passation du contrat .Encore, il faut que ces vices soient suffisamment grave pour qu'ils soient prises en considération .

Il faut ajouter à cela que la tendance du juge du contrat est d'encourager la régularisation rétroactive des actes détachables entachés d'un vice de forme ou de procédure lié au consentement .Et ce depuis la jurisprudence « Commune de Divonne –les –Bains »⁷⁶¹ .

Devant l'inutilité de recourir au juge du contrat pour concrétiser l'annulation de l'acte détachable, le recourt au juge de plein pouvoir, dans le cadre du contentieux de responsabilité pour demander l'indemnisation, représente une alternative.

La responsabilité de l'administration peut être engagée dans ce cas sur le fondement de la faute⁷⁶² . Le comportement fautif est révélé par l'annulation de l'acte détachable, en raison de la méconnaissance des obligations relatives à la publicité et mise en concurrence. Il s'agit normalement d'une faute de service ,et la responsabilité engagée est celle qui a lancé la procédure de conclusion ou conclu le contrat⁷⁶³ . L'autorité qui approuve du

⁷⁵⁶ BRENET François, « La régularisation rétroactive d'un acte détachable », note sous CE, 8 juin 2011, Commune de Divonne-les-Bains, in Droit administratif, août-septembre 2011, p. 35 et s., spéc. p. 37.

⁷⁵⁷ Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat , thèse précitée 311 .

⁷⁵⁸ Ibidem .

⁷⁵⁹ Ibidem ,p 313.

⁷⁶⁰ CE, ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, préc cité par Laura PREUD'HOMME , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat thèse précitée,p 313

⁷⁶¹ CE, 8 juin 2011, Commune de Divonne-les-Bains, préc

⁷⁶² L.RICHER ,Droit des contrats administratifs ,op cit ,p 227 .

⁷⁶³ Ibidem .

contrat est aussi susceptible d'être retenue. Citons à titre d'exemple, la convention de délégation de service public d'eau et d'assainissement. Celle-ci est conclue suite à un appel à la concurrence, ensuite elle est approuvée par voie réglementaire⁷⁶⁴ .

Pour être indemnisé, le candidat doit être en mesure d'apporter la preuve qu'il avait des chances sérieuses d'obtenir l'attribution du contrat de délégation⁷⁶⁵ .

La responsabilité du délégant peut par ailleurs être engagée sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Cette possibilité est envisageable lorsque le candidat évincé démontre la réalisation des dépenses utiles au délégant sans qu'il obtienne une contrepartie du délégant⁷⁶⁶ .

Conclusion du chapitre 02

Selon le modèle de la concurrence pour le marché, la concurrence intervient en amont. C'est à dire, qu'elle intervient pour garantir la liberté d'accès aux activités en réseau dans le cadre de la gestion contractuelle des services en réseau. . Elle s'appuie sur des considérations juridiques générales .Il y a d'abord la généralisation de la mise en concurrence en droit comparé et en droit algérien, de telle sorte qu'elle devient la méthode naturelle pour l'octroie des contrats publics. Les bases de cette généralisation en droit algérien son consacrées à travers l'imposition des principes de la commande publique en vertu du décret 15-247. Par ailleurs, aucune procédure de droit commun n'est prévue comme en droit français. La soumission des actes de la puissance publique y compris la dévolution des contrats de services publics contribue au renforcement du respect de la concurrence en matière de délégation des services en réseau.. .

Sur le fondement de ces deux considérations il devient nécessaire de prévoir une procédure concurrentielle pour l'octroi des contrats de délégation dans le domaine des services en réseau. C'est ce que le législateur algérien prend soin de concrétiser pour chaque secteur . La procédure adoptée garantit un niveau de concurrence sans remettre en cause le principe de l'institu personnae .

La liberté d'accès s'affirme aussi par le rôle du juge administratif pour sanctionner les comportements illégaux vis-à-vis des obligations de mise en concurrence et de transparence .L'efficacité du contentieux administratif s'avère principalement dans le cadre du contentieux de référé. Le contentieux de l'excès de pouvoir si certaines conditions sont réunies .

⁷⁶⁴ Art 107 de la loi 05-12 ,loi précitée .

⁷⁶⁵ Cette solution est adoptée en matière des marchés publics v CE ,10 janvier ,1986 ,Société des travaux du Midi .

⁷⁶⁶ CE ,20 octobre 2000,Société Ciécable Est ,req ,n 196553

Conclusion du titre 2

Le modèle de la concurrence pour le marché a été prévu comme modèle d'ouverture de certains services à l'initiative privée. Il consiste à transmettre l'exclusivité de gestion à un ou plusieurs opérateurs en vertu d'une procédure concurrentielle. Ainsi, il constitue une solution qui concilie la nécessité de maintenir une gestion exclusive avec l'importance de remettre en cause du monopole public et permettre l'initiative privée.

L'adoption de ce modèle dans le domaine des services en réseau est mis en œuvre à travers la délégation contractuelle du service public. C'est à l'aune de cette délégation qu'on peut mesurer l'étendue des missions déléguées aux opérateurs privés.

Conclusion du partie 1

Pour traiter la problématique de l'accès du secteur privé aux activités en réseaux, il a fallu prendre en considération la distinction au sein de ces activités entre celles qui revêtent un caractère concurrentiel, et celles qui ne le sont pas. Pour les activités ouvertes à la concurrence, l'accès est pluriel, c'est-à-dire que l'accès est ouvert à plusieurs opérateurs qui se concurrencent dans le marché. Il s'agit d'activités qui ont perdu le caractère traditionnel de service public pour devenir des activités concurrentielles. La concurrence a joué un rôle déterminant pour la reconnaissance du rôle du secteur privé dans certains services d'une façon très poussée.

En revanche, l'accès aux activités non concurrentielles concerne des activités de services publics qui ne peuvent être transformées à des activités concurrentielles. En d'autres termes, se sont des activités auxquelles l'accès s'effectue d'une manière exclusive à un ou plusieurs opérateurs choisis en vertu d'une procédure concurrentielle. L'intervention de la concurrence est limitée à la phase d'attribution du contrat, ce qui limite l'accès du secteur privés à ces activités.

L'analyse des deux modèles d'ouverture des activités en réseau nous révèle un cadre adapté à une ouverture régulée et maîtrisée. Car il permet l'introduction du secteur privé en fonction des caractéristiques de chaque secteur et la nécessité de sauvegarder l'intérêt général.

Partie II

La régulation du rôle du secteur privé dans les services publics en réseau

La seconde partie de notre travail s'intéresse à l'étude de la régulation du rôle du secteur privé dans la gestion des services en réseau. C'est-à-dire, que nous examinerons le cadre dans lequel l'action des opérateurs privés est mise en œuvre. Pour mener à bien cette étude, nous aborderons les fondements de la régulation, en essayons de cerner les exigences qui l'animent. On distinguera entre les exigences communes à toutes les activités en réseau et celles qui ne s'appliquent qu'aux activités assumées dans le cadre de marchés concurrentiels. Nous démontrerons que les exigences relatives à l'intérêt public dominent tous les services en réseau. Par ailleurs, les exigences de la concurrence ne s'imposent que dans les services transformés en marchés concurrentiels.

Nous aborderons ensuite dans cette partie comment ces exigences sont mises en œuvre par les autorités de régulation. Ici encore, on est amené à distinguer entre les deux activités en réseau. Les activités concurrentielles sont régulées par un dispositif innovant. Car, il s'agit d'orienter les opérateurs privés vers la réalisation d'un compromis entre l'intérêt public et la concurrence⁷⁶⁷. Cette régulation procède par deux pouvoirs importants ; elle agit d'abord sur les opérateurs par un pouvoir d'encadrement et de contrôle. En vertu de ce pouvoir, les autorités de régulation édictent des règles générales et exercent un pouvoir de contrôle et de surveillance sur les opérateurs dans les marchés concurrentiels. La régulation agit aussi par une fonction contentieuse, car il est nécessaire d'imposer la discipline dans les marchés libéralisés et régler les conflits entre opérateurs.

Quant à la régulation des activités non concurrentielles, elle s'exerce par les pouvoirs que détiennent les autorités délégantes à l'égard des délégataires. Ainsi, les opérateurs privés sont soumis aux pouvoirs généraux liés à la délégation du service public. Nous étudierons ces pouvoirs, et nous aborderons aussi la régulation du financement de l'activité des délégataires privés.

Ainsi, cette partie se divise en deux titres : **(Titre I)** les fondements de la régulation des services en réseau, et **(Titre II)** l'organisation de la régulation des services en réseau.

⁷⁶⁷ GERARD MARCO, « La notion juridique de la régulation », AJDA, 2006, p. 347 et s.

Titre I

Les fondements de la régulation des services publics en réseaux

Afin d'orienter le rôle du secteur privé vers la satisfaction de l'intérêt général, la législation relative aux services en réseau prévoit des exigences dans ce sens. A ce titre, les opérateurs privés assument deux sortes d'obligations. Les unes sont à caractère traditionnel puisqu'elles tirent leur origine de la loi du service public, les autres sont des exigences renouvelées d'intérêt général. Elles sont liées à de nouvelles préoccupations sociales et l'ouverture des réseaux à la concurrence.

Par ailleurs, la régulation de l'activité du secteur privé dans la gestion des services en réseau n'est pas orientée seulement vers la satisfaction de l'intérêt général, elle est aussi dominée lorsqu'elle s'exerce dans le cadre des marchés libéralisés par les considérations liées à l'ouverture des réseaux à la concurrence. C'est pourquoi l'effectivité du rôle du secteur privé exige un certain encadrement garantissant la viabilité de concurrence.

Dés lors, l'encadrement des activités des opérateurs privés se décline en deux sortes d'exigences, les unes liées à l'intérêt public (**chapitre I**) les autres sont liées au nouveau contexte celui de l'ouverture à la concurrence (**chapitre II**). Elles se rejoignent pour fixer le cadre générale de la régulation de l'activité du secteur privé.

Chapitre I

Les exigences liées à l'intérêt général

Les opérateurs privés introduits dans le domaine des services en réseaux sont encadrés, principalement par les principes du service public. Ceci dit, un degré plus ou moins avancé des règles de droit public est présent pour assurer le respect de la mission d'intérêt public impartie aux opérateurs privés. Ces principes ont vocation de s'appliquer tant aux délégations des services publics en réseaux qu'aux opérateurs des services ouverts à la concurrence. Ainsi, nous pouvons trouver dans les exigences du service public un terrain de convergence entre les services ouverts à la concurrence dans le marché et ceux ouverts dans le cadre des contrats de délégation.

Il s'ajoute à ces considérations traditionnelles de l'intérêt public d'autres exigences révélées par l'ouverture des services publics à la logique concurrentielle. La combinaison de ces deux genres d'exigences de l'intérêt public constitue les premières orientations guidant l'action des opérateurs privés.

On peut alors affirmer que l'intérêt public dans le domaine des réseaux s'affirme d'abord par les principes traditionnels du service public tels qu'ils sont dégagés par la jurisprudence et la doctrine administrative (**Section 1**). L'intérêt public est enrichi par ailleurs par d'autres exigences de l'intérêt public (**Section 2**).

Section 1 : La consécration des exigences traditionnelles de l'intérêt public

Les trois principes constituant la loi du service public dominent l'activité du secteur privé dans le domaine des réseaux. Ils ont la vocation de s'appliquer indifféremment aux deux branches de ce secteur (**Sous section 1**). Ces principes connaissent cependant des limites, ce qui contribue à alléger les obligations des opérateurs privés (**sous section 2**).

Sous section 1 : L'affirmation des principes du service public

Les activités en réseaux obéissent à la logique des services publics représentés par ses trois principes. L'ouverture des réseaux à la concurrence n'a pas compromis cette soumission. Cette idée se dégage facilement de l'analyse des textes relatifs aux différentes activités en réseau.

§1 - L'affirmation du principe de l'égalité

Le principe d'égalité s'impose d'abord dans la gestion contractuelle des services en réseau (**A**), mais il s'adapte très bien aux activités concurrentielles (**B**). Ainsi il s'érige en un principe général dans le secteur.

A- principe d'égalité dans les contrats de délégation

L'égalité devant le service public n'est qu'une manifestation d'un principe constitutionnel qui impose une égalité devant la loi, excluant toute forme de discrimination⁷⁶⁸. Ainsi, même en dehors de toute consécration législative ou réglementaire et sans se référer à un principe juridictionnel, le principe d'égalité s'impose aux gestionnaires des services publics.

Par ailleurs, le législateur algérien prend le soin de souligner cette obligation dans chaque secteur en réseau, en l'imposant de manière générale quelque soit le gestionnaire du service. Cette égalité à l'égard des usagers du service public qu'ils soient des personnes physiques ou morales suppose la possibilité d'accéder au service public dans des conditions fournitures égales⁷⁶⁹.

L'égalité de traitement dont il s'agit ici consiste à éliminer toute discrimination, de manière à ce que le service public soit assumé d'une façon indifférenciée dans le périmètre de la concession. Elle implique une gestion neutre du service.

Dans le domaine de l'électricité et du gaz, la loi 2002-03 précise que la distribution de l'électricité constitue une activité du service public et que celui-ci consiste à garantir l'approvisionnement en électricité et en gaz sur l'ensemble du territoire national. La loi ajoute dans son article 03 que la mission du service public exige que l'énergie fournie aux clients non éligibles s'effectue dans les meilleures conditions d'équité, de continuité et de péréquation des prix.

Par la précision que ce sont les clients non éligibles qui bénéficient des conditions du service public, y compris du caractère égalitaire, on comprend que seuls ceux-ci sont concernés par cette partie du service public. Et en ce qui concerne la situation des clients éligibles, le service public qui leur est assuré consiste à bénéficier de l'égalité de traitement et l'accès aux réseaux de transport d'électricité⁷⁷⁰. Cette solution paraît conforme à la liberté dont bénéficient ces derniers leur permettant de choisir un producteur, distributeur ou un agent commercial. Ainsi, se trace la frontière entre les bénéficiaires d'un service public traditionnel et ceux du service concurrentiel.

L'égalité de traitement est réaffirmée par le décret 08-114 dans son article 05 qui pose les principes généraux de la concession de distribution de l'électricité et du gaz.

⁷⁶⁸ Le principe d'égalité devant les services publics est aussi érigé en principe général de droit par le conseil d'Etat voir la décision du 09 mars 1951, société des concerts du conservatoire. Le juge reconnaît aussi dans un autre arrêt aux usagers le droit d'attaquer les décisions administratives relatives au fonctionnement voir CE 21 déc. 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix -de -Seguey -Tivoli, Rec. p.962, concl. Romieu. Voir aussi le rapport du conseil d'Etat sur le principe d'égalité : Rapport public pour 1996, EDCE n 48, Paris la documentation française, 1997 ; B GENEVOIS « principes généraux du droit » Répertoire de contentieux administratif, Paris, octobre 2000, n 111 à 440

⁷⁶⁹ Voir Cons const, 81 -132 DC du 16 janvier 1982, Nationalisation, les grandes décisions du conseil constitutionnel, n 31.

⁷⁷⁰ Article 03 de la loi 2002-01.

Parmi les obligations imposées au concessionnaire, il y a l'obligation de respecter l'égalité de traitement des clients. Elle consiste pour le distributeur de traiter à des conditions identiques les clients quels qu'ils soient. Le distributeur est alors tenu selon le décret de « fournir, dans les zones où existe un réseau l'énergie gazière (...) à toute personne qui en fera la demande »⁷⁷¹

En droit communautaire le principe d'égalité dans le domaine de l'électricité s'exprime à l'égard des services d'intérêt économique général. Dans les arrêts « Corbeau » et « Commune d'Almelo », l'égalité est considérée comme l'une des exigences de ces services. Dans le premier arrêt, la cour de justice des communautés européennes impose à l'opérateur en charge de ce service d'assurer sa fourniture au profit de tous les usagers. Quant au second arrêt, l'égalité exige la fourniture « à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals (...) à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients »⁷⁷²

En matière d'eau et d'assainissement, seule la délégation est ouverte au secteur privé comme nous l'avons déjà signalé dans la première partie. De ce fait, le service concédé doit être assumé en respectant les principes du service public.

En se rapportant aux dispositions de la loi 05-12, on retrouve que le principe d'égalité est érigé comme l'un des principes sur lesquels se fonde l'utilisation de la gestion et le développement durable des ressources en eau⁷⁷³. Dès lors, la gestion en vertu du contrat de délégation doit obéir à ce principe.

Un autre indice sur le principe de l'égalité peut être trouvé dans les missions dévolues à l'Algérienne des eaux, puisque celle-ci peut déléguer son activité à un opérateur privé. Le décret exécutif 01-101 portant création de cet établissement lui assigne l'obligation d'assurer « la disponibilité de l'eau aux citoyens dans des conditions (...) et favoriser l'accès du maximum d'usagers aux réseaux publics »⁷⁷⁴. Sans doute, en cas de délégation, cette mission se transmet au délégataire privé.

L'égalité d'accès se concrétise par le règlement de service public en eau potable concession du service public⁷⁷⁵. Celui-ci dispose que « l'abonnement ordinaire est

⁷⁷¹ Le décret 08-114 décret exécutif fixant les modalités d'attribution et de retrait de concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire, décret précité.

⁷⁷² Cités par Nadia-CHEBEL HORSTMANN, la régulation du marché de l'électricité concurrence et accès aux réseaux, l'Harmattan, 2006, p.99.

⁷⁷³ L'un des principes sur lesquels se fondent l'utilisation, la gestion et le développement durable des ressources en eau est l'équité. L'article 03 de la loi sur l'eau annonçant ces principes dispose que « le droit d'accès à l'eau et à l'assainissement pour satisfaire les besoins fondamentaux de la population dans le respect de l'équité et des règles fixées par la présente loi en matière de services publics d'eau et de l'assainissement »¹⁶

⁷⁷⁴ Décret 01-101 du 21 avril 2001 portant la création de l'Algérienne des eaux, JORADP du 22 avril 2001.

⁷⁷⁵ Décret exécutif n 08-54 du 9 février 2008 portant approbation du cahier des charges type pour la gestion par concession du service public d'alimentation en eau potable et du règlement du service y afférant, JORDP du 13 février 2008, n 8.

accordé à toute personne physique ou morale » .Tandis, que l'abonnement temporaire pour une durée limitée est destiné à certaines catégories⁷⁷⁶.En outre, l'égalité d'accès prend la forme d'un abonnement spécial donnant lieu à des conventions particulières⁷⁷⁷

Il faut noter que les obligations des intervenants dans le domaine des services publics d'eau sont contrôlées par l'autorité de régulation des services publics de l'eau⁷⁷⁸

Contrairement à l'encadrement minutieux des autres contrats de délégations, la concession en matière de transport ferroviaire n'a pas été encadré quant à sa conclusion et les conditions de sa mise en œuvre .Les dispositions qui lui ont été consacrées ne sont pas en effet suffisantes pour construire son régime juridique .Mais même dans ce flou juridique ,on peut affirmer que le contrat de concession dans ce domaine obéit aux principes du service public. Et si à l'avenir , un règlement interviendra pour compléter le dispositif juridique, le législateur réglera la question des obligations auxquelles sera soumis le concessionnaire.

Néanmoins, la référence au principe d'égalité peut être déduite implicitement de la loi 01-13 qui considère que « les tarifs de transport public de personnes et de marchandises constituent un élément essentiel d'accessibilité au moyen de transport et de régulation du marché des transports terrestres » .⁷⁷⁹Cela signifie que l'un des objectifs que le système de transport poursuit est l'accessibilité.

B- L'égalité de traitement dans les services ouverts à la concurrence

Le principe d'égalité est lié à titre principal aux activités qualifiées comme étant des services publics⁷⁸⁰ . Mais cela n'empêche pas son intrusion dans le domaine des activités concurrentielles en réseau . D'autant plus, qu'il s'agit d'activités qui fonctionnent selon une logique proche de celle des services industriels et commerciaux .En effet, à l'instar de ceux-ci, ils sont concernés par le principe d'égalité, même s'ils sont rendus dans le cadre de relations marchandes .

En effet ,l'application des principes du service public en générale et le principe d'égalité en particulier aux activités concurrentielles n'a rien d'étonnant .Elle correspond à une analogie entre les règles du droit de consommation et le droit des services public . Ainsi, en matière d'égalité d'accès à la prestation, le refus non justifié du professionnel

⁷⁷⁶ L'article 04 du règlement de service public d'alimentation en eau potable énumère ces catégories

⁷⁷⁷ Il s'agit selon l'article 05 du règlement de service d'alimentation en eau potable des abonnements correspondant aux consommations municipales (bornes –fontaines ,urinoirs publics bouches de lavages ,d'arrosage et réservoirs de chasse des égouts ; les abonnements qui peuvent être accordés à des zones d'activités qui assurent sous leur responsabilité la gestion de leur système de distribution d'eau .

⁷⁷⁸ Décret exécutif n 08-303 du 27 septembre 2008 fixant les attributions ainsi que les règles d'organisation et de fonctionnement de l'autorité de régulation des services publics de l'eau

⁷⁷⁹ Article 12 de la loi 01-13 portant orientation et organisation des transports terrestres ,loi précitée .

⁷⁸⁰ Le principe d'égalité est surtout affirmé en droit public à l'égard des services publics .Ainsi ont été exclues par le conseil d'Etat français les émissions de TF1 (CE ,08 novembre 1991, André, R, 1175)

est sanctionné sur le fondement de l'article 15 de la loi n 04-02 relatif aux règles applicables aux pratiques commerciales ⁷⁸¹ .

S'impose alors la constatation remarquable de la disparition des cloisons entre les activités juridiques privées et celles des services publics. L'intérêt général ne se révèle pas nécessairement par la nature de l'organisme prestataire, mais par la satisfaction des besoins des prestataires revendant les prestations ⁷⁸² .

Il est important de souligner que la logique commerciale à laquelle obéissent d'habitude les entreprises dans les marchés concurrentielles exige l'adoption d'une politique commerciale individualisant à l'extrême la prestation fournie ⁷⁸³ Ceci leur permet de « *s'adapter aux demandes individuelles, et proposer les mêmes biens et services à des tarifs très différents en fonction des offres proposés par ses clients* » ⁷⁸⁴ . De telles pratiques sont à prendre avec précaution d'une façon à ne pas porter atteinte au principe d'égalité de traitement .

Dans le domaine des télécommunications, les opérateurs de réseaux de ouverts au public sont tenus de respecter le principe d'égalité entre les usagers. L'obligation tire son origine des objectifs fixés par les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, au premier desquels figure l'obligation de « développer et fournir des services de poste et de télécommunications de qualité assurés dans des conditions objectives ,transparentes et non discriminatoires » ⁷⁸⁵ .

C'est surtout en matière tarifaire qu'on ressent l'importance de l'égalité du traitement .Mais pour la réaliser, il faut mettre à la charge des opérateurs certaines obligations ,au nom du respect de la transparence .Ainsi, le décret exécutif n 02-141 ⁷⁸⁶ rappelle dans son article 3 que les opérateurs et prestataires de services sont tenus de garantir la non – discrimination en matière de tarification des services offerts au public .A cette fin, ils doivent publier et afficher dans leurs bureaux ouverts au public, ainsi que sur un site internet une présentation détaillée des tarifs des services .Ils sont tenus de remettre à toute personne qui en fait la demande une présentation des tarifs applicables pour les services qui lui sont fournis ou proposés . Et en cas de modification des tarifs publics, l'obligation de transparence exige sa notification aux clients au moins 15 jours calendaires avant son application .Cette notification peut être effectuée soit par courrier adressé à chacun de leurs clients ,soit par une annonce publiée dans au moins deux quotidien nationaux .

⁷⁸¹ Loi n 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales ,JORADP n 41 du 27 juin 2004 .

⁷⁸² Jacques AMAR ,de l'utilisateur au consommateur de service public ,institut du droit des affaires , PU Aix-Marseille,2001, p 214

⁷⁸³ Solène ROYON ,la tarification des services publics à l'épreuve du droit du marché ,mémoire de master ,université Pierre Mendès France ,20042005 p65

⁷⁸⁴ Ibidem .

⁷⁸⁵ Article 1^{er} de la loi 2000-03 .

⁷⁸⁶ Décret exécutif n 02-141 du 16 avril 2002 fixant les règles applicables par les opérateurs de réseaux publics de télécommunication pour la tarification des services fournis au public, JORA n 28 du 21 avril 2002

L'obligation d'égalité est affirmée aussi par les cahiers de charge annexés aux licences octroyés aux opérateurs privés présents sur le marché algérien des télécommunications. Ainsi, la licence octroyée à l'opérateur ORASCOM TELECOM holding a été accompagnée d'un cahier de charge précisant les conditions d'exploitation. Celui-ci précise dans son article 20 en ce qui concerne la commercialisation des services que « dans le cadre de ses relations contractuelles avec d'éventuelles sous traitants, le titulaire doit veiller au respect des engagements de ces derniers au regard : de l'égalité d'accès et traitement des usagers . »⁷⁸⁷

De même, pour la licence octroyée à la société «Watania télécom Algérie Spa »,le cahier des charges qui lui est annexé dispose dans son article 18 que l'opérateur est tenu par l'égalité de traitement⁷⁸⁸. Le principe d'égalité est précisé d'une façon claire dans cet article, et avec une formulation proche de la logique du service public. En premier lieu, l'article affirme les principes garantissant l'égalité de traitement qui sont objectivité – transparence –non discrimination. Ensuite, il ajoute que « les services fournis par le titulaire sont ouverts à tous ceux qui en font la demande, sous réserve qu'ils remplissent les conditions définies par le titulaire ».

L'égalité de traitement est aussi inscrite dans le cahier de charge annexé à la licence octroyée à titre de régularisation à l'opérateur public « la société Algérie télécom ». Le cahier de charge reprends à l'identique la rédaction du cahier de charge de la licence de « Watania télécom Algérie »⁷⁸⁹.

En droit comparé, l'égalité dans les services de télécommunications s'illustre à travers une nouvelle notion, celle de la neutralité technologique. Celle-ci « consiste à s'abstenir de privilégier de manière injustifiée un type particulier de technologie »⁷⁹⁰.

L'intérêt à la notion de neutralité technologique en droit communautaire s'est manifesté dans les directives révisées du « paquet télécom ». Il s'agit de promouvoir « la concurrence (...) pour la transmission de contenu » ainsi que « la capacité des utilisateurs finales à accéder à l'information et à en diffuser, de même qu'à utiliser les applications et des services de leur choix »⁷⁹¹. L'écho de cet intérêt est aussi reçu en droit français où un

⁷⁸⁷ Décret n 01-219 de la portante approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications au public, décret précité.

⁷⁸⁸ Décret exécutif n 04-09 du 11 janvier 2004 portant approbation de la licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de normes GSM et fourniture de services de télécommunications, décret précité.

⁷⁸⁹ Décret exécutif n 01-417 portant autorisation à titre de régularisation la licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et de la fourniture de services de télécommunications au public

⁷⁹⁰ P 123

⁷⁹¹ Article 8.2.b et .4.g de la directive européenne 2002/21/CE (directive cadre) modifiée le 25 novembre 2009.

rapport sur la question de neutralité des réseaux et des communications électroniques est demandé par le parlement au gouvernement ⁷⁹².

Dans le domaine postale, on retrouve l'exigence d'égalité en ce qui concerne le régime d'autorisation. Selon le cahier des charges lié à cette activité, le titulaire de l'autorisation est tenu de respecter le principe d'égalité de traitement des usagers ⁷⁹³. Il est précisé en outre que les clients du titulaire sont traités de manière égale, et les services demandés sont assurés dans des conditions objectives, transparentes et discriminatoires. L'égalité tarifaire élimine toute forme de discrimination tarifaire, notamment celle fondée sur la localisation géographique. Pour donner à cette obligation plus de pertinence, les modèles des contrats proposés sont soumis au contrôle de l'autorité de régulation ⁷⁹⁴.

En droit communautaire, la généralisation du principe d'égalité dans le domaine des services ouverts à la concurrence est inspirée du droit administratif français depuis la communication de 1993 sur les télécommunications ⁷⁹⁵. La cour de justice des communautés européennes précise dans son arrêt célèbre Corbeau l'aspect égalitaire du service universel. Selon cet arrêt, le service postal consiste en « l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier au profit de tous les usagers » ⁷⁹⁶. De même aux Etats unis, le principe s'impose aux opérateurs des services publics en réseau, de telle manière qu'ils sont tenus de servir leurs clients dans des conditions identiques ⁷⁹⁷. L'égalité est également reconnue en Grande Bretagne dont les Public Utilities sont soumis à l'obligation d'accès universel désignée par la jurisprudence sous le concept « Dworkin » ⁷⁹⁸.

Notons enfin que l'encouragement de l'investissement du secteur privé contribue au développement des services en réseaux. Cela permet de desservir le plus grand nombre des personnes, ce qui est en soit une contribution au principe d'égalité d'accès. L'impact de l'intervention privée est ressenti directement par l'extension des réseaux comme dans le domaine de l'eau. L'impact est aussi ressenti indirectement à travers les innovations

⁷⁹² Ce rapport a débouché sur l'adoption de la loi 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique (dite « loi Pintat »), publiée au Journal Officiel le 18 décembre 2009

⁷⁹³ Rapport de l'ARPT, 2001, cahier des charges fixant les conditions et les modalités d'exercice de la profession de collecteur du courrier Accéléré international, p 51.

⁷⁹⁴ Le contrôle de l'autorité de régulation concerne la vérification du « respect des conditions suivantes (...) » a les contrats doivent présenter de manière claire et exacte »

⁷⁹⁵ Communication de la Commission européenne du 28 mars 1993 qui esquisse le futur cadre des Télécommunications, Com (93) 159 final.

⁷⁹⁶ CJCE 19 mai 1993, Corbeau, préc

⁷⁹⁷ Cf. : C. F. PHILLIPS JR, *The Regulation of Public Utilities : Theory and Practice*, Arlington Va, Public Utilities Reports, 1988, p. 109-110. Cité par G. SBART, les services publics des réseaux (essai de comparaison entre les Etats unis, la France et la grande), thèse pour le doctorat en droit, université Aix en Provence, 2003, 237

⁷⁹⁸ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1986, ch. 8 et 12-13. Cité par Giles SBART, les services publics de réseau « essai de comparaison entre les Etats unis, la France et la Grande Bretagne », thèse de doctorat en droit, Aix en Provence, 2003, p237.

technologiques et sociales utiles à la prise en compte des intérêts des populations les plus défavorisés⁷⁹⁹.

§2- principe de continuité

Il est d'essence même du service public son fonctionnement ininterrompu garantissant la satisfaction continue des besoins collectifs essentiels⁸⁰⁰. L'obligation de garantir ce fonctionnement permanent incombe principalement au délégataire des services publics en réseaux (A). Les opérateurs privés dans les services ouverts à la concurrence sont aussi tenus de garantir la continuité dans leur activités (B).

A- la continuité dans les contrats de délégations

Les délégataires de services publics en réseaux se voient transférer une obligation importante contribuant à la continuité de l'Etat⁸⁰¹. Et tel le principe d'égalité, le principe de continuité revête un caractère constitutionnel⁸⁰². Il se traduit en droit public algérien par des dispositions constitutionnelles qui exigent le fonctionnement régulier des pouvoirs publics⁸⁰³. Ce qui postule « nécessairement un minimum de continuité des services publics essentiels à la vie collective »⁸⁰⁴.

L'obligation se trouve d'abord consacrée comme obligation générale, en vertu du décret 15-247⁸⁰⁵ s'appliquant à toutes les conventions de délégations. Et à l'instar du principe de l'égalité le principe de continuité se trouve consacré d'une manière solennelle dans les textes relatifs aux délégations des services en réseaux.

Ainsi, en matière de distribution d'électricité et du gaz, la loi 2002-01 inscrit le principe de continuité dans la liste des missions formant le service public dans ce domaine. Cette obligation est réaffirmée à l'égard du concessionnaire de la distribution de

⁷⁹⁹ Aymeric BLANC et Lise BREUIL, « les partenariats publics privés peuvent-ils bénéficier aux exclus des services d'eau ? », revue secteur privé & développement, n° 2 juillet 2009, p06.

⁸⁰⁰ Conseil d'Etat, 7 août 1909, Winkell, Rec., p. 826 et p. 1296 ; concl. TARDIEU, Dalloz, 1911, p. 17 ; note G. JEZE, RDP, 1909, p. 494 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE et B. GENEVOIS, GAJA, Paris, Sirey, coll. « Droit Public », 9e éd., n° 23, pp. 128-132.

⁸⁰¹ En transférant l'obligation de gestion à un partenaire la collectivité publique demeure responsable du service et assume l'obligation envers le délégataire d'une vraie responsabilité de loyauté garante de la continuité du service (CE, 25 juillet 2001, Ville de Toulon, Dr adm, 2001, comm. n° 211, obs. DP cité par Stéphane Braconnier, droit des s p, p 550)

⁸⁰² En droit public français, la valeur constitutionnelle a été conférée au principe de continuité depuis l'arrêt du conseil constitutionnel (CC 79 -105 DC 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision).

⁸⁰³ Parmi ces dispositions constitutionnelles consacrant la continuité des services publics, on peut citer l'article 71 de la constitution sur le droit de grève.

⁸⁰⁴ P. ean -François LACHAUME Hélène PAULIAT Stéphane BRACONNIER Clotilde DEFFIGIER, Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence, PUF, p 414. Selon Roland « le service public est essentiellement continu. Louis ROLLAND, « la grève des cheminots et les moyens pour y mettre fin », RDP 1910, p 750. La notion d'égalité « découle de la notion même de service public et de l'intérêt général qui en constitue le but »

⁸⁰⁵ Décret 15 -247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public précité LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), Droit des services publics, Armand Colin, 3ème éd., 2004, p. 325

l'électricité et du gaz en vertu du décret n 08 -114 ⁸⁰⁶ . D'ailleurs, cette obligation puise son origine du contrat de concession de la distribution publique de l'électricité⁸⁰⁷ .Le gestionnaire du réseau de l'électricité s'engage à assumer la desserte en électricité de manière continue dans un périmètre donné. A cette fin, les cahiers de charge déterminent « les conditions appropriées pour assurer la fourniture de l'électricité dans les conditions de continuité »⁸⁰⁸ .Le non respect de cette obligation est sanctionné par l'indemnisation des usagers lésés à cause de l'interruption de la fourniture⁸⁰⁹

Dans le domaine électrique, la continuité du service public se concrétise par l'obligation de continuité de fourniture, c'est pour cela qu'elle est considérée comme « la contrainte la plus forte et la plus spéciale traditionnellement imposée à ce secteur »⁸¹⁰ .Sa réalisation nécessite la permanence de la desserte en électricité « régulière et ponctuelle »⁸¹¹ .Tel est le cas pour la distribution d'électricité qui constitue le noyau dur du service public en droit algérien . Par son caractère intransigeant dans ce domaine l'application de la continuité se différencie des autres domaines où la desserte est moins intense ,car l'électricité est un bien instokable .Il est alors important de garantir l'alimentation permanente des réseaux et « assurer la sécurité d'approvisionnement à long terme ,qui implique une politique continue d'investissement »⁸¹²

L'importance du principe de continuité en matière d'électricité est aussi reconnue en droit communautaire à travers la législation de la CJCE ⁸¹³ .La directive 03/54du CE précise que les obligations de service public concernent la régularité de la fourniture .Et dans son arrêt « Commune d'Almelo » la CJCE considère que la fourniture ininterrompue fait partie des principes liés à la fourniture d'électricité. Sa position est réaffirmée dans le domaine portuaire dans son arrêt « Analir »du 20 février 2001⁸¹⁴ .

En droit communautaire, la commission européenne, « *rattache le principe de continuité à la protection des consommateurs contre les interruptions dans la fourniture en*

⁸⁰⁶ Décret exécutif n 08 -114 du 9 avril 2008 précité (article 05)

⁸⁰⁷ -CHEBEL HORSTMANN ,la régulation du marché de l'électricité concurrence et accès au réseaux, op cit ,p 91.

⁸⁰⁸ Article 25 du cahier de charge type de la concession de service public de distribution d'électricité élaboré par EDF et la fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) de 1992 cité par Chebel p 91.

⁸⁰⁹ Article 21 du cahier des charges type de la concession de distribution d'électricité de 1992 repris à l'article 21 –A 2 du cahier des charges de la concession de distribution d'électricité entre EDF et la région Ile de France du 24 novembre 1994

⁸¹⁰ C.STOFFAS, « entre monopole et concurrence »,1994,p 83.

⁸¹¹ A.DUPRE , « le principe de continuité des services publics »,sur les services publics ,p25.

⁸¹² Rapport MANDIL sur la réforme de l'organisation électrique et gazière française, CJEG, 1994, p. 169 488 cité par Emille HERSANT ,les collectivités territoriales et le secteur énergétique ,thse de doctorat soutenue en juin 2010 p 178 .

⁸¹³ Il est aussi affirmé en vertu de la réglementation communautaire dans le règlement n 3577/92 du conseil du 07 décembre 1992 relatif à l'application du principe de libre circulation des services aux transports maritime à l'intérieure des Etats membres .

⁸¹⁴ Elle déclare dans cet arrêt que les obligations de service public qui peuvent être imposées à un armateur concernent la régularité ,la continuité de fréquence

électricité et à la sécurité d'approvisionnement en tout lieu »⁸¹⁵. En outre, le principe est visé explicitement par la directive 03/54 dans son article 3§5 qui permet l'imposition aux gestionnaires de réseaux « toute mesure utile afin d'éviter une interruption de la fourniture d'énergie envers les consommateurs vulnérables »⁸¹⁶

Quant aux délégations du service public d'eau et d'assainissement, elles doivent répondre aux conditions du service public, y compris au principe de continuité pour assurer l'approvisionnement en eau⁸¹⁷. En outre, les cahiers des charges des contrats de délégation réaffirment l'obligation de maintenir la continuité du service hormis les cas d'interromptions autorisées. On peut par ailleurs trouver un autre indice du principe de continuité dans les obligations de l'algérienne des eaux, tel que nous l'avons fait avec le principe d'égalité. Le décret 01-101 portant création de l'algérienne des eaux assigne à l'établissement public la mission d'« assurer la disponibilité de l'eau (...) ». Cette mission pourra être transmise via les contrats de délégation à des opérateurs privés. Le cahier de charge relatif à la concession du service public d'alimentation en eau potable précise que « le service public d'alimentation en eau potable doit fonctionner en continue »⁸¹⁸

La jurisprudence ordinaire affirme le droit des abonnés au fonctionnement normal du service. C'est en ces termes que la cour de cassation en France affirme ce droit : « l'abonné est en droit d'exiger que l'eau du service public soit non seulement potable mais propre aux divers usagers (...) auxquels elle est habituellement employée »⁸¹⁹.

L'obligation de continuité du service s'exprime dans le domaine de transport terrestre par le terme de disponibilité utilisé par la loi 01-13 dans son article 04⁸²⁰. Et aussi par l'exigence que « le système des transports doit viser notamment à rendre effective la satisfaction des besoins des citoyens en matière de transport dans les conditions les plus avantageuses »

Afin de garantir la continuité du service un mécanisme de compensation est prévu pour compenser les sujétions de service public⁸²¹. Son objectif est de couvrir les manques à gagner ou le déficit résultant de l'exploitation du service imposé.

b- L'obligation de continuité dans les services ouverts à la concurrence

La continuité est érigée aussi comme principe fondamental, à l'égard des activités concurrentielles en réseau. Elle est liée aux exigences de la sécurité en droit

⁸¹⁵ -CHEBEL HORSTMANN, la régulation du marché de l'électricité concurrence et accès aux réseaux, op cit, p 95

⁸¹⁶ Ibidem, 95.

⁸¹⁷ C'est ce que l'article 02 assigne comme l'un des objectifs de l'utilisation et la gestion et au développement durable des ressources en eau

⁸¹⁸ Article 13 du cahier de charge annexé au décret exécutif n 08-54 du 9 février 2008 portant approbation du cahier des charges –type pour la gestion par concession du service public d'alimentation en eau potable et du règlement de service y afférant, JORDP du 13 février 2008.

⁸¹⁹ Cour de cass, 26 oct 1964, SLEE c /établissement Necobas, Bull. Cass, 1964, I-362.

⁸²⁰ Loi 01 -13 portant orientation et organisation des transports terrestres, loi précitée.

⁸²¹ Article 18 de la loi n 01-13 portant orientation et organisation des transports terrestre.

communautaire, d'ailleurs la cour de justice des communautés considère que l'existence du service universel est liée d'une façon intrinsèque au principe de fourniture ininterrompue⁸²². Sa consécration correspond comme nous l'avions signalé à propos du principe de l'égalité au mouvement d'extension de la logique du service public à certaines activités assumées par les opérateurs privés⁸²³

Tel est aussi le cas des activités concurrentielles en réseau en droit algérien. Ainsi, le principe d'égalité l'obligation de continuité est inscrit dans les missions générales de l'organisation des services de poste et de télécommunications. A ce titre, toutes ces activités quel que soit leur rapport avec l'intérêt public⁸²⁴ doivent obéir à ce principe instauré par la législation sur la poste et les télécommunications comme l'un des principes fondamentaux.⁸²⁵

La loi 2000-03 réaffirme ce principe à l'égard du régime de licence, en précisant dans son article 32 parmi les règles d'établissement et/ou d'exploitation contenue dans le cahier de charge figurent « les conditions de fourniture du service, en particulier les conditions minimales de continuité (...)»⁸²⁶

La continuité est aussi prescrite par les cahiers de charges annexés aux licences octroyées aux opérateurs de télécommunications. On la retrouve consacrée par le cahier des charges lié à la licence délivrée à Orascom télécom Algérie mentionne la continuité dans son article 14⁸²⁷. L'obligation est confortée dans le même cahier de charge par l'obligation de garantir la disponibilité de ses services. L'opérateur est tenu d'assurer « une permanence des services 24 heures sur 24 et 7 sur 7. »

De même pour la licence octroyée à la « National Mobile Télécommunications Company », l'opérateur est tenu selon l'article 14 du cahier des charges de garantir la continuité et la disponibilité des services. La référence à l'obligation de disponibilité se fait par les mêmes termes utilisés par le cahier de charge de la licence d'Orascom télécom Algérie⁸²⁸.

L'obligation de continuité figure aussi parmi les obligations importantes auxquelles sont soumis les titulaires de l'autorisation dans le domaine postale. L'obligation est

⁸²²⁸²² CJCE 27 avr 1994, Cne d'Almelo, préc

⁸²³ Comme l'indique Jaques AMAR dans sa thèse Jacques AMAR, de l'utilisateur au consommateur de service public, op cit, p 214. « Nombre de professions libérales sont astreintes à cette obligation. C'est le cas par exemple des pharmaciens, mais aussi des médecins libéraux ou encore de compagnies de gardiennage »

⁸²⁴ Nous rappelons que toutes les activités des services en réseaux ont un lien avec l'intérêt public soit distant ⁸²⁵ L'article 04 de la loi 2000-03 dispose que « dans le cadre des prérogatives attachées à ses missions générales l'Etat veille, notamment à (...) la continuité et à la régularité des services offerts au public »

⁸²⁶ Loi 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, loi précitée

⁸²⁷ L'article 14 du cahier de charge dispose que « dans le respect du principe de continuité, et sauf en cas de force majeure dument constaté, le titulaire ne peut interrompre la fourniture des services sans y avoir été probablement autorisé par l'autorité de régulation »

⁸²⁸ Décret exécutif n 04 -09 du 11 janvier 2004 portant approbation de la 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, Journal officiel n 04 du 14 janvier 2004.

formulée d'une manière proche de celle du régime de la licence. L'article 13 du cahier de charge intitulé permanence et continuité du service impose au titulaire de prendre les mesures nécessaires pour assurer un fonctionnement régulier et permanent de ses activités .Il est tenu de mettre en oeuvre dans les meilleurs délais les moyens matériels et humains en vue de pallier les conséquences les plus graves, en cas de défaillance ⁸²⁹.

La continuité du service exige selon le même cahier des charge l'accessibilité de tel sorte que le service soit ouvert à tous ceux qui s'adresse au titulaire .A cet effet ce dernier « organise son service de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable convenable, le traitement des envois traités dans la zone de couverture. » .

En matière de production de l'électricité, les traits du service public sont non négligeables .Parmi les critères d'octroi de l'autorisation d'exploitation établis par la loi 2002-03 figure « les obligations de service public en matière de régularité et de qualité de fourniture d'électricité de régularité et de qualité de la fourniture d'électricité ainsi qu'en matière d'approvisionnement de clients n'ayant pas la qualité de client éligible »⁸³⁰. Par ailleurs, pour chaque autorisation d'exploitation d'une nouvelle installation de production, la commission de régulation rend publiquement les principales en termes de capacité, d'énergie primaire, de technique de production et de localisation⁸³¹ .

La production de l'électricité peut comme nous l'avions signalé dans la première partie s'ériger en véritable service public .Dans ce cas exceptionnel indiqué par l'article 04, les opérateurs assument des obligations supplémentaires liés à des surcoûts du service public, ce qui leur donne le droit à une rémunération par l'Etat. Il s'agit notamment des mesures prises par la commission de régulation en application de la politique énergétique afin « d'assurer l'écoulement normal sur le marché en vue d'assurer l'écoulement normal sur le marché (...) à partir de sources d'énergies renouvelables ou de système de cogénération »⁸³² .

D'une manière générale, la continuité du service public dans le domaine électrique est assurée par une politique veillant sur la sécurité d'approvisionnement. Les opérateurs du secteur sont consultés par la commission dans le cadre de l'élaboration d'un programme indicatif d'approvisionnement du marché national en gaz⁸³³.

La continuité du service public implique dans tous les services en réseau la fiabilité des opérateurs introduits dans le secteur .Tel par exemple dans le domaine de transport

⁸²⁹ Rapport de l'ARPT, 2001, cahier des charges fixant les conditions et les modalités d'exercice de la profession de collecteur du courrier Accéléré international ,p53

⁸³⁰ L'article 13 de la loi 2002-03.

⁸³¹ L'article 14 de la même loi .

⁸³² L'article 26 de la même loi .

⁸³³ L'article 46 de la même loi.

aérien, où est exigé la solvabilité des transporteurs pour qu'ils puissent assurer leurs lignes⁸³⁴.

La continuité s'impose à l'égard des activités de transport terrestre car « le système des transports terrestres doit viser notamment à rendre effective la satisfaction des besoins des citoyens en matière de transport dans les conditions les plus avantageuses (...) en termes de sécurité ,de disponibilité des moyens de transport »⁸³⁵

§3 - le principe d'adaptabilité du service public

L'adaptation est imposé vis-à-vis des contrats de délégations en vertu des textes qui ne font que traduire la troisième exigence du service public (A) .Quant au domaine des activités concurrentielles, elle est exigée par le jeu de la concurrence B .

A-l'adaptation dans les activités déléguées (adaptation par le droit)

L'adaptation des services publics aux changements sociaux économiques, techniques est indispensable à leur évolution pour répondre à l'intérêt général .Elle est synonyme de leur efficacité⁸³⁶ mais aussi indispensable à leur continuité ⁸³⁷ . L'adaptation est à la fois nécessaire au regard du droit public, et aussi à l'égard de l'analyse économique. C'est pourquoi, on la retrouve dans le domaine des services publics comme l'un des éléments de la loi du service public ainsi que les activités ouvertes à la concurrence. Elle assure l'évolution de l'organisation et le fonctionnement du service public permettant « *un ajustement constant des attentes des usagers avec les services proposés* »⁸³⁸ ce qui évite selon Jéze « *une pétrification intolérable des services publics* »⁸³⁹

L'intérêt au principe de l'adaptabilité s'est manifesté dans les services publics en réseaux dès leur début .Il s'agit notamment de la concession de l'éclairage public dont le mode d'organisation se fondait au début sur le gaz, mais qui va plus tard évoluer vers l'utilisation de l'électricité⁸⁴⁰. Prenant en considération cette évolution, le conseil d'Etat français affirme le droit des communes d'exiger de leurs concessionnaires l'utilisation de l'électricité pour assurer l'éclairage public⁸⁴¹ . Dans l'affaire jugée par le conseil d'Etat, la priorité de l'évolution du service public prime sur le respect des clauses du contrat.

⁸³⁴ K.KOSTOPOULOS ,les obligations de service public dans les lignes aériennes , thèse précitée ,p 208.

⁸³⁵ L'article 04 de la loi 01-13 précitée

⁸³⁶ LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), Droit des services publics, Armand Colin, 3ème éd., 2004, p. 366.

⁸³⁷ Le lien entre la continuité et l'adaptabilité pousse certains auteurs à penser que la seconde s'intègre dans la première .Tel est le point de vue de VEDEL (Georges) et DELVOLLE (Pierre), Droit administratif, Tome 2, Thémis, PUF, 12ème éd., 1992, p. 742 .Le conseil d'Etat souligne aussi dans son rapport le lien entre les deux notions en déclarant que « continuité et adaptation du service public ne sont que deux expressions d'une même discipline » Rapport public de 1994 « Service public, services publics, déclin ou renouveau » (EDCE n° 46, p. 75

⁸³⁸ Nadia CHEBEL ,régulation du marché de l'électricité ,op cit ,p 101 .

⁸³⁹ A. JEZE ,les principes généraux du droit administratif ,3ème éditions ,p222.

⁸⁴⁰ Nadia CHEBEL,op cit , p 101 .

⁸⁴¹ Comme rappel des faits relatifs à l'arrêt du conseil d'Etat, Compagnie nouvelle du gaz de Deville –Iés – Rouen

L'obligation incombe aux organisateurs du service, c'est-à-dire aux personnes publiques et ceux-là vont la transmettre aux délégataires des services publics et veiller sur son respect.

L'occasion est une autre fois offerte au conseil d'Etat français pour réaffirmer le principe de mutabilité .Cette fois à l'occasion du transport par tramway « compagnie générale française des tramways 21 mars 1910 » .Le juge administratif reconnaît qu'en fonction des circonstances et en vue d'atteindre l'intérêt public, l'autorité pouvait augmenter les charges du concessionnaire .Les pouvoirs ainsi reconnus ne sont pas issus du contrat mais directement de l'intérêt public que représente l'autorité concédante.

Les exigences d'adaptation selon la jurisprudence administrative portent sur le côté technique et l'adaptation du service .L'aspect technique consiste à adapter le service à des technologies nouvelles, en imposant le recourt à des nouvelles méthodes ⁸⁴² .Quant à l'adaptation du service à des besoins nouveaux ,ça nécessite le développement du réseau pour desservir de nouveaux⁸⁴³ .

La mise en œuvre du principe d'adaptabilité peut susciter un conflit entre les deux parties, l'autorité délégante et le délégataire. Cela, donne l'occasion au juge administratif d'intervenir pour faire primer l'adaptabilité, soit en la rattachant à des dispositions expresses de la convention, soit en recherchant leur intention commune des deux parties⁸⁴⁴ . Et même en dehors de ces deux références, le principe d'adaptabilité s'impose .

L'adaptabilité des services publics est toujours en vigueur dans la jurisprudence administrative .Le conseil d'Etat insiste sur les « conditions adaptées à l'Etat des techniques »Y compris l'introduction de nouvelles technologies ⁸⁴⁵ .

En matière de distribution d'électricité et du gaz, l'obligation d'adaptation est consacrée par les dispositions du décret n08-114 qu'imposent dans son article 05 au concessionnaire le respect de l'adaptabilité du service concédé .Le concession est aussi tenu dans le même sens de développer le service concédé, sur la base de son expérience acquise dans ce domaine d'activité et de la qualité de ses dirigeants . Est incorporée également dans le cadre des obligations qu'impose l'adaptabilité, l'obligation « de fournir le service en assurant le développement de renouvellement, l'entretien et la réparation des installations » « article 5 ».

⁸⁴² Dans l'arrêt du 11 mai 1883 CCE c/ville de Nantes le conseil d'Etat approuve la décision du conseil de préfecture imposant au concessionnaire de la ville de Nantes le remplacement des tuyaux du système Chameroy de son réseau, par des tuyaux en fonte.

⁸⁴³ L'arrêt de CE ,9 mars 1927 commune de Rosendael c/SLEE,p299. Voir aussi l'arrêt CE ,12 mai 1933,CGE c/ville de Seyne ,p508 .

⁸⁴⁴ Dans l'arrêt du 09 mars 1927, « commune de Rosendael c/SLEE,p299 » le conseil d'Etat se réfère à une correspondance échangée entre les parties et une délibération de la commission de la voirie de la commune . Et en cas d'absence de disposition expresse le juge administratif peut se référer comme il a fait dans l'arrêt CE,12 mai 1933 » ,CGE c/ville de la Seyne » à l'intention commune qui se dégage du traité .

⁸⁴⁵ CE ,17 décembre 1997, ordre des avocats à la cour d'appel de Paris ,AJDA 1998 ,concl JD .Combrexelle ,note B Nouel . L'adaptation du service public ne se traduit pas seulement par un avantage au bénéfice des usagers .Elle prive celui-ci de d'exiger le maintien des dispositions réglementaires qui leur sont favorables .

Les obligations du concessionnaire en cette matière se clarifient en vertu du cahier des charges. Elles consistent à s'engager « à améliorer les critères de performance en matière d'exploitation de service concédé sur le plans (...) ». A cet effet, le concessionnaire doit soumettre pour approbation (...) un engagement d'amélioration de la performance pour une période de cinq années »⁸⁴⁶

B- l'adaptation dans les activités concurrentielles (adaptation par la concurrence)

Dans les services en réseaux ouverts à la concurrence la recherche de l'adaptabilité et de progression est imposée par le marché. Les opérateurs sont conduits à adapter leurs comportements et évoluer leur prestations, afin d'être toujours à l'attente de leur clientèle. La concurrence est alors cette course terrible poussant les opérateurs à développer les services concurrentiels. Ici l'intérêt privé des opérateurs coïncide avec l'intérêt général⁸⁴⁷. L'adaptation se traduit dans les services ouverts à la concurrence par la quantité et la qualité.

L'obligation d'adaptation est présente dans les activités concurrentielles en réseau à travers la notion du service universel. Ainsi, dans sa résolution du 13 juin 1995, le conseil européen opte pour définition dynamique du service universel qui tient compte de « la nécessité de s'assurer que les avantages de la société d'information soient accessibles à tous les citoyens »⁸⁴⁸. Il est clair que c'est une définition flexible répondant au besoin d'adaptation aux mutations technologiques du secteur, ce qui signifie que les consommateurs pourront bénéficier du progrès technique dans le domaine des télécommunications. La nécessité d'adaptation du service universel en droit communautaire découle donc du caractère obligatoire de ces dispositions, et ce contrairement aux services d'intérêt économique général laissés à la discrétion des législations nationales⁸⁴⁹.

La communication de la commission du 13 mars 1996 sur le service universel exige l'adaptation de celui-ci « à la lumière des circonstances, tout en gardant à l'esprit la nécessité d'une visibilité pour les décisions d'investissement ». La commission adresse au gouvernement français une proposition qui viserait à étendre le périmètre du service universel à l'accès à l'internet pour les établissements d'enseignements et les bibliothèques ainsi que pour les établissements sanitaires et sociaux sur la base de tarifs préférentiels

⁸⁴⁶ Article 13 du cahier de charge

⁸⁴⁷ Contrairement à l'application du principe d'adaptabilité dans les services publics non concurrentiels impliquant des effets de droit public son application dans le domaine des services concurrentiels est une question purement économique.

⁸⁴⁸ Résolution du 18 septembre 1995, JOCE, 258 du 3/10/1995.

⁸⁴⁹ Larget – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p111. CLUZEL-METAYER (Lucie), Le service public et l'exigence de qualité, Dalloz, 2006, p. 443. Selon cet écrivain « la volonté d'assurer un niveau de qualité standard n'empêche pas qu'il soit sans cesse réévalué pour tendre vers un optimum »

.Une telle proposition pourrait élargir la diffusion de l'accès à l'internet pour accélérer le développement de la société de l'information⁸⁵⁰ .

Ce qui donne par ailleurs au principe d'adaptabilité plus de pertinence, c'est la nature des services en réseau. Cette nature exige une adaptation continue des règles de fonctionnement des réseaux afin de répondre à l'objectif d'efficacité économique ,ainsi que pour tenir compte des évolutions technologiques en matière de production et de distribution de l'électricité .

En droit algérien, le principe d'adaptabilité est l'une des exigences des services universels que ce soit pour les activités de télécommunications ou celles de la poste .Il s'agit aussi dans les deux secteurs d'un service de qualité spécifiée, autrement dit qu'elle obéit à des normes prédéfinies . Le choix d'expression d'une « qualité spécifiée » est préféré à celles utilisées par le droit communautaire et le droit français utilisant respectivement l'expression « une qualité donnée » et « service de qualité »⁸⁵¹ .

L'adaptation du service universel apparaît comme une exigence du service public puisque le premier n'est que l'une des composantes du second.. D'ailleurs c'est à juste titre que Jaques Fournier remarque que « le service public inclut aussi la conduite dans le domaine considéré d'une politique publique dont la fourniture des prestations n'est que l'un des éléments »⁸⁵² . Ainsi, le droit français -selon le même auteur- a adopté la notion du service universel, tout en l'enchâssant « dans la conception classique plus large du service public »⁸⁵³ .

Sous section 2 les aménagements apportées aux exigences de service public

Les limites apportées aux exigences de service public ne sont en effet que des aménagements apportés en vertu des textes et la jurisprudence au deux premiers principes. Le principe d'adaptabilité n'est pas concerné ,car il n'a qu'une importance limitée .Il consiste d'une façon principale à « constater les variations de l'intensité de la continuité du service public »⁸⁵⁴ Ces limites contribuent à alléger les obligations du secteur privé selon certaines conditions.

§1- Les limites du principe d'égalité

Les limites au principe d'égalité porte sur l'égalité d'accès (A) et l'égalité de traitement (B) .

⁸⁵⁰ Larget – ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux ,op cit ,p 110

⁸⁵¹ Art 03 du décret 03-232 ,décret précité .

⁸⁵² J.FOURNIER , op cit ,in CJEG ,1997 ,p 85 .

⁸⁵³ Ibidem 2-

⁸⁵⁴ J.AMAR ,De l'utilisateur au consommateur de service public ,op cit ,p 216 .v Cf .B.Jeaneau ,droit des services publics et des entreprises nationales .p 124 . cité par J. AMAR ,ibidem ,p 124 .

A- les limites à l'égalité d'accès

Il ne faut pas confondre le droit d'égalité d'accès avec le droit de chaque citoyen d'être raccordé au réseau électrique et gazier ou au réseau téléphonique. Car, ce droit général est assumé par l'Etat qui déploie les moyens nécessaires pour électrifier le pays et raccorder les habitants aux réseaux des services publics .C'est ce qu'on peut appeler l'universalité géographique non discriminatoire ⁸⁵⁵ .Et celle-ci dépend du niveau de pénétration du service qui diffère d'un pays à un autre

Donc, l'égalité d'accès qui s'oppose au concessionnaire ou délégataire n' a qu'une portée limitée .Elle se limite au droit de toute personne présentant les conditions définies par des dispositions générales pour bénéficier du service ⁸⁵⁶ .En revanche, la généralisation du service sur tout le territoire ressort de la responsabilité du pouvoir de l'autorité organisatrice du service . Et même celle-ci n'est pas tenue d'une façon absolue de cette généralisation .Car comme le souligne à juste titre M Laroque concernant la distribution de l'électricité si « *le service public doit tendre le plus possible à servir tous les habitants* » mais ça ne peut pas être une obligation juridique d'électrifier tout le territoire de la commune⁸⁵⁷ .

La jurisprudence administrative a précisé dans quel cas le refus d'accès porte une atteinte au principe de l'égalité. Le conseil d'Etat considère que l'administration est tenue de répondre à la demande de bénéfice du service si le requérant satisfait aux conditions prévues par les règlements Cette jurisprudence a été suivie par la cour de cassation qui qualifie comme étant une atteinte au principe d'égalité non justifiée le refus d'octroyer une concession d'eau⁸⁵⁸ .

Tel que nous l'avions signalé à propos de la distribution d'électricité, l'autorité organisatrice du service en matière de distribution de l'eau n'est pas tenue de desservir tout le territoire. La délégation est alors assumée dans un périmètre défini par cette autorité et en dehors duquel les habitants ne peuvent pas revendiquer d'être desservis par le délégataire .C'est ce qu'a posé la jurisprudence administrative en droit français en validant la décision d'un conseil municipal de ne pas prolonger le réseau d'alimentation en eau au-delà de certaines limites⁸⁵⁹ .

⁸⁵⁵ W. SAUTER, « The Evolution of Universal Service Obligations in the Liberalisation of the European Telecommunications Sector », West Sussex, ULR, 1996, pp. 104-116. Cite par G .SBART,p 240

⁸⁵⁶ P.LAROQUE,Note sous CE ,06mai 1931 , Tondut ,S1931-3-81.

⁸⁵⁷ « ce ne peut être –la une obligation juridique pour la commune, un conseil municipal peut ainsi légalement décider de n'électrifier que le centre de la commune ,à l'exclusion de deux hameaux P .LAROQUE ,op cit ,p 57.

⁸⁵⁸ L'affaire Tondut est jugée par le conseil d'Etat le 06 mai 1931 : CE,6 mai 1931 ,Tondut ,p 477 . Le refus d'accès portant atteinte au principe d'égalité est sanctionné aussi par la cour de cassation qui considère dans son arrêt du 26 jan 1970 qu'il « apparaît dès lors que c'est abusivement et par une véritable mesure discriminatoire que la commune des Arcs –sur –Argens a refusé la concession d'eau sollicitée par la veuve Agnesi » Cour de Cass ,26 jan.1970, Commune des Arc –sur –Argens c/Agensi ,Bull .cass .1970 ,n 32 ,p 26

⁸⁵⁹ « Prolonger le réseau d'alimentation en eau jusqu'au hameau précité dont les habitants ne sont pas dans la même situation que ceux du chef lieu de la commune »

D'ailleurs, en ce qui concerne la distribution d'électricité le décret prend soin de préciser le périmètre de l'obligation de garantir l'accès au service. Il le limite aux zones où il existe un réseau ⁸⁶⁰

Partant de ce constat, il faut se référer toujours dans toutes les délégations à leurs documents pour délimiter le champ d'application du principe de l'égalité. A ce titre, on peut relever quelques limites au droit d'accès que les cahiers des charges contiennent généralement .Il s'agit de candidats –usagers qui ne se situent pas sur le parcours de canalisation .A l' égard de ceux-ci, le distributeur n'est pas tenu de fournir l'eau, et ce contrairement, à ceux situés sur le parcours⁸⁶¹ .

De même pour les candidats usagers futurs, c'est-à-dire ceux qui s'apprêtent à construire des immeubles .Ils ne bénéficieront du droit d'accès au service que si l'emplacement des immeubles sera à proximité du réseau de distribution de l'eau .Mais cette hypothèse est peu probable au regard des conditions d'urbanisme qui exigent que les nouvelles constructions répondent aux besoins de raccordement aux réseaux d'électricité, d'eau d'assainissement .C'est ce qu'on peut déduire du contenu de certificat d'urbanisme qui doit comporter entre autres « la desserte du terrain par des réseaux d'infrastructures publics existant ou prévus .. »⁸⁶² . Cependant, se pose la question de détermination de la proximité justifiant ou non l'octroi du certificat d'urbanisme.

Le droit d'accès aux réseaux pourrait être lié aussi à l'obtention du permis d'allotissement ,puisque celui-ci doit comporter « la délimitation des lots projetés avec le tracé de la voirie, des réseaux d'alimentation en eau potable d'incendie, d'évacuation des eaux usées ainsi que des réseaux de distribution de gaz ,d'électricité ,de téléphone et d'éclairage public » . Le permis de construire n'est pas aussi sans lien avec les services public .C'est ce que prévoit l'article 11 du décret qui précise le contenu de l'instruction .Parmi les références incluses dans celui-ci figurent les incidences qui peuvent résulter en matière de services d'intérêt général ⁸⁶³.

⁸⁶⁰ L'article 3 du décret exécutif n 02-194 .

⁸⁶¹ En droit français, cette règle est posée par les cahiers de charge type de 1947 pour les service de distributions de l'eau dans son article 16

⁸⁶² L'article 04 du décret exécutif n 15-19 du 25 janvier 2015 fixant les modalités d'instruction et de délivrance des actes d'urbanisme ,JORADP n 07 du 12 février 2015 . voir B.LASSERE et JM .DELARUE, Chronique de la jurisprudence administrative française ,AJDA ,mai 1983 ,p306 s.

⁸⁶³ Toujours en ce qui concerne le droit d'accès, la jurisprudence administrative française n'a reconnu à l'administration pour l'obtention du permis de construire qu'un pouvoir lié en raison de l'existence d'un réseau de service public. C'est ce qu'on peut lire dans les arrêts du conseil d'Etat : Dans son arrêt de 1978 le conseil d'Etat indique que « Le préfet de Meurth –et –Moselle compétent pour se prononcer en vertu de l'article R 421 -32 -7ème du code de l'urbanisme était tenu en application des dispositions législatives précitées (L-421- 5) d'opposer un refus à la demande du permis de construire présenté par le Sieur Perrin » .CE 22 mars 1978 ,ministre de l'équipement c/perrin .L'article sur lequel se réfère dispose que « Lorsque compte tenu de la description de la construction projetée ,des travaux portant sur les réseaux publics de distribution ,d'eau ,d'assainissement ou de distribution d'électricité sont nécessaires pour assurer la desserte de ladite construction ,le permis de construire ne peut être accordé si l'autorité qui le délivre n'est pas en

L'égalité d'accès ne s'oppose pas à ce que l'autorité organisatrice du service exige des demandeurs d'abonnement la contribution financièrement et personnellement à l'extension du réseau. Tel est le cas en droit français où le cahier de charge pour l'exploitation par affermage prévoit l'extension réalisée sur l'initiative des particuliers⁸⁶⁴. Cette solution permet aux candidats d'accès qu'ils soient présents ou futurs de contribuer à leur approvisionnement par les services publics. Ils peuvent aussi par leur initiative contribuer volontairement en prenant en charge tout ou une partie de l'extension du réseau d'eau nécessaire. L'autorité administrative peut inviter les demandeurs de permis de construire avec l'obligation de s'y soumettre pour obtenir le permis.

La jurisprudence administrative nous fournit quelques indications précises sur les limites qui peuvent être apportées au droit d'accès. En effet, le conseil d'Etat français valide la délibération du conseil municipal supprimant à l'échéance d'une période de six mois du fonctionnement du grand réservoir d'eau d'une localité. Le juge administratif n'y voit pas une atteinte au principe d'égalité et considère qu'en « décidant par sa délibération du 21 mars 1918, d'accord avec la société concessionnaire du service public de distribution d'eau, que des modifications temporaire seraient apportées dans cette distribution, tant en raison des difficultés matérielles d'exploitation résultant des circonstances de guerre que des conséquences du maintien du service normal sur les finances de la ville, le conseil municipal a fait dans l'intérêt général, un acte rentrant dans ses attributions et n'a violé aucune disposition de loi ou de règlement »⁸⁶⁵. Par cette arrêt le caractère discriminatoire a été justifié par l'intérêt général.

Dans une autre affaire la haute juridiction administrative reconnaît une autre restriction au droit d'accès. Il s'agit de reconnaître à l'administration le droit de réduire le service fourni aux habitants pour entreprendre des travaux. Le conseil d'Etat considère en ce qui concerne l'attribution de l'eau que la fourniture du service aux habitants « ne fait pas obstacle à ce que la municipalité, si elle juge utile (...) pour réaliser pour le compte de la commune des ouvrages de captage supplémentaire ; .. »⁸⁶⁶.

En dehors des aménagements au droit d'accès l'égalité d'accès, la suppression du service non justifiée est censurée par la jurisprudence administrative. Le conseil d'Etat a confirmé sa position dans l'un des arrêts relatifs à la distribution de l'eau.⁸⁶⁷

mesure d'indiquer dans quel délai et par quelle collectivité publique ou par quel concessionnaire de service public lesdits travaux doivent être exécutés »

⁸⁶⁴ L'article 27 de ce cahier de charge dispose que « le fermier pourra être chargé de réaliser les travaux d'extension dans l'hypothèse où les usagers bénéficiaires s'engagent à lui verser à l'achèvement des travaux une participation égale : soit 80 % du coût des travaux, soit la différence entre le coût des travaux et le produit correspondant à un engagement de consommation portant sur les cinq années suivantes »

⁸⁶⁵ CE, 24 déc 1920, Valin, p117

⁸⁶⁶ CE, 13 déc 1967, ville de Dreux et autres, p487

⁸⁶⁷ Le conseil d'Etat considéra dans l'arrêt Scey que « la suppression des citernes et réservoirs ne correspondait en aucune façon au bon fonctionnement du service public et que le conseil municipal, qui pouvait modifier le taux des redevances suivant l'usage fait des concessions, avait méconnu le droit de tous les habitants de la commune à bénéficier également du service »

B- les limites de la l'égalité de traitement

S'ajoute à l'obligation des opérateurs privés de garantir l'égal accès à leurs services, celle de garantir une égalité devant les prestations du service .Celle ci connaît aussi une consécration avec certaines limites .Il convient alors de faire la distinction entre les modifications portant atteintes au principe d'égalité et celles qui ne le sont pas.

D'une façon générale la jurisprudence constitutionnelle et administrative pose les limites au principe d'égalité par des orientations générales : les justifications liées aux différences objectives de situation ou à des considérations d'intérêt général relatives au fonctionnement du service public ou à son objet⁸⁶⁸ .

Si en principe, l'égalité de traitement se traduit par une uniformité des tarifs pour tous les usagers, celle-ci n'a pas toutefois le caractère absolu .Elle connaît des limites que le conseil d'Etat français a posé dans l'affaire célèbre du bac « la fixation de tarifs différents pour le même service rendu à divers catégories d'usagers des différences de situations appréciables soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure »⁸⁶⁹ . Le juge administratif se montre moins intransigeant pour l'égalité tarifaire que pour l'accès au service .

Dans cet arrêt, le conseil d'Etat confirme sa jurisprudence antérieure en considérant que le principe d'égalité exige la non discrimination entre les personnes appartenant à la même catégorie d'usagers⁸⁷⁰ . C'est pourquoi, pour certains auteurs, le principe de l'égalité doit être compris comme la non discrimination au sein de catégories considérées comme homogènes par le juge et non pas comme un principe absolu⁸⁷¹ .Mais, l'existence de situations différenciées ne conduit pas nécessairement selon le conseil d'Etat à un traitement différencié des usagers.⁸⁷² Et ce contrairement à la cour de justice des communautés européenne qui considère que l'égalité suppose le traitement identique des situations identiques et le traitement différencié des situation différentes⁸⁷³ .Certains qualifient ce genre de discrimination comme de « discriminations positives » en raison de leur objectif consistant à rétablir l'égalité inexistante au départ⁸⁷⁴ .Donc, ce sont des discriminations importantes au point qu'un auteur précise que « *l'égalité se réalise par la*

⁸⁶⁸ Sur le contenu du principe de l'égalité de traitement voir en pour le conseil d'Etat CE ,Ass ,1^{er} avril 1938 Soc .L'Alcool dénaturé ,Rec Lebon p337 ;CE ,9 mars 1951 ,soc des concerts du conservatoire ,Les grands arrêts de la jurisprudence administrative n 74 . Et pour le conseil constitutionnel voir Cons const DC 73-51 du 27 décembre 1973, Taxation d'office, les grandes décisions du conseil constitutionnel n 32 .

⁸⁶⁹ CE Sect ...,10 mai 1974 Denoyez et Chroques ,Rec .p 274 .

⁸⁷⁰ CE ,1^{er} décembre 1971,soc des établissements Dubreuil ,R 735 : la SNCF est tenue d'établir les mêmes tarifs pour les usagers placés dans des situations analogues .En revanche s'il s'agit de catégories différentes la différenciation des tarifs est justifiée voir aussi CE ,20 novembre 1964 Ville de Nanterre

⁸⁷¹ Le point de vue de B D Marais p107

⁸⁷² CE ,Ass ,28 mars 1997 ,Soc .Baxter et autres ,Rec Lebon p 117,RFDA ,1997 p 450 ,concl.J-C .Bonichot et note Melin –Soucramanien

⁸⁷³ Voir sur le point de vue de la cour de justice de communautés européenne CJCE ,4 février 1982 ,Buyl c/commission ,Rec ,CJCE p 245 ,CJCE ,3mars 1982 ,Alpha Steel ,Rec ,CJCE ,p749

⁸⁷⁴ Martine CLIQUENNOIS, Droit public économique, ellipses ,p 24 .

discrimination et à l'intérieur de la discrimination »⁸⁷⁵ . Ainsi, la dimension égalitaire classique cède la place à une égalité fondée sur le concept d'égalité ⁸⁷⁶ .

Dans les secteurs ouverts à la concurrence, il existe quelques cas justifiant le traitement différencié des usagers. A ce titre , le décret exécutif n 02-141 mentionne deux sortes de distinction : les réductions justifiées par des conditions d'abonnement spécifiques ou à des volumes de tarifs importants. Et les suppléments de tarifs liés à la localisation particulière. Ces deux cas sont encadrés par ce décret qui précise qu'en cas de réduction leurs conditions doivent être publiées avec leurs tarifs et applicables sans discrimination à tout clients remplissant ces conditions .Quant aux suppléments de tarifs ils font obligatoirement l'objet de devis détaillés qui sont remis aux clients par un accord préalable ⁸⁷⁷ .

Il s'ajoute aux deux cas précédents les tarifs spécifiques destinés aux cabines téléphoniques ne relevant pas du service universel. Ils sont encadrés par leur soumission à un agrément de l'autorité de régulation⁸⁷⁸ .

Signalons par ailleurs que l'égalité tarifaire peut être justifiée pour la péréquation tarifaire par des subventions croisées que pour une justice tarifaire .En effet, en matière ferroviaire par exemple, il était admis traditionnellement que les tarifs soient fixés uniformément sans prise en compte de la différence entre les lignes rentables et celles qui ne le sont pas⁸⁷⁹ .

Une telle égalité satisfait surtout une égalité géographique en maintenant des tarifs uniformes sur tout le territoire national, ce qui permet ainsi une neutralité de choix des usagers par rapport à leur emplacement géographique.⁸⁸⁰ On la trouve affirmée d'une manière absolue à l'égard du service universel dans le but « *d'obtenir un prix de service accessible à tous, quel que soient les ressources de chacun* »⁸⁸¹ .En revanche, le service public peut exiger des discriminations tarifaires, afin de favoriser le plus grand nombre des usagers au service .Il est clair qu'à partir de ce constat que le service universel ne peut comme le souligne le conseil qu' « *être fourni qu'à perte ou à des conditions de coût s'écartant des normes commerciales habituelles* »⁸⁸² .Il s'agit alors d'une activité non

⁸⁷⁵ L'expression est attribuée au doyen Debeyre cité par Didier Linotte et Raphael ROMI , Services publics et droit économique ,5ème éditions ,p 123 .

⁸⁷⁶ L'équité est une « Notion de la justice naturelle dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun » dictionnaire Robert .Pour une analyse de la notion, FOULETIER(Majolaine),Recherche sur l'équité en droit public français ,LGDJ,2003. Voir sur cette nouvelle forme d'égalité Caroline BOYER –CAPELLE ,le service public et la garantie des droits et libertés, thèse de doctorat université de Limoge ,2009,p 336 .

⁸⁷⁷ Art 03 du décret exécutif n 02 -141 du 16 avril 2002 fixant les règles applicables par les opérateurs de réseaux publics de télécommunications pour la tarification des services fournis au public ,JORDP N 28 du 21 avril 2002 .

⁸⁷⁸ Ibidem .

⁸⁷⁹ B DU MARAIS, Droit de la régulation économique ,op cit , p 109.

⁸⁸⁰ Philippe REYNIERS, service public et droit en réseau « Europe, Marché et service Universel dans la société de l'information », université Catholique de Louvain, année académique 2002-2003 ,p 14 .

⁸⁸¹ LARGET – ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux ,op cit ,p 247 .

⁸⁸² Résolution du Conseil du 07 février 1994 sur les principes en matière de service universel dans le secteur de télécommunications ,JOCE 94/C/48 /01

rentable ce qui pose le problème de financement qui impliquera tous les opérateurs selon le principe pay or play .

En revanche, en ce qui concerne l'égalité sociale, celle-ci impose une prise en considération des situations différentes, de manière à ce que les couches les plus défavorisées ne se trouvent pas pénalisées par cette généralisation. En d'autres termes, il faudrait passer d'un système de péréquation à un système de discrimination positive réduisant le prix de la prestation en cas de manque de moyens financiers⁸⁸³ .

§2- Les justifications de la rupture du principe de continuité

L'obligation de maintenir la continuité des prestations du service public connaît des limites, en vertu desquelles les opérateurs privés sont autorisés à interrompre leur prestation soit sur vis-à-vis de certains prestataires ou d'une façon générale. On peut distinguer entre les interruptions individuelles(A) et celles à caractère général (B) .

A les interruptions individuelles

Les interruptions individuelles sont motivées par le caractère marchand des services publics en réseaux. Le manquement des usagers à leurs droits peut conduire à leur pénalisation en interrompant le service à leur égard .

En effet ,dans le cadre des relations marchandes entre les opérateurs et les usagers dans les services ouverts à la concurrence, la rupture des services se fait naturellement comme résultat d'un manquement sans soulever le problème de son incompatibilité avec les droits de l'homme. Ainsi en droit américain l'encadrement des interruptions individuelles concernant les *public utility* sont résumées par ces propos « clairement aucun public utility ne peut refuser à un consommateur (...) ,à cause de sa race ,de sa couleur ,ses opinions ou pour des considérations politiques .Il peut cependant refuser des demandes pour un service gratuit ou des services à des personnes situées en dehors de son territoire ,ou à tous ceux qui refusent de se conformer aux dépenses spéciales qui couvrent une demande spécifique .Il peut également refuser de fournir le service abusant de leur droit au service »⁸⁸⁴ .

Pour faire face aux interruptions qui devenaient très fréquentes , il était nécessaire aux Etats unis de prendre quelques mesures .Les mesures imposées consistaient à informer les consommateurs et prescrire des délais d'interruption. D'autres mesures sont adoptées par certains fédérés garantissant les droits des usagers. En outre, des aides sont prévues pour les personnes en difficulté⁸⁸⁵ .

En droit algérien , la fourniture de l'électricité et du gaz est effectuée dans le cadre d'un contrat précisant les conditions techniques et financières résultant du cahier de

⁸⁸³ J. CHEVALLIER, Science administrative, Paris, PUF, 1986, p. 530.

⁸⁸⁴ F X. WELCH, Cases and Text on Public Utility Regulation, Arlington Va, Public Utilities Reports, 1968, p. 177). Traduit par G.SABARAT ,les services publics en réseaux ,thèse précitée ,p 267 .

⁸⁸⁵ ibidem,,p268 .

charge. Le non respect de ces conditions peut donner lieu soit au refus de fourniture de l'électricité ou de gaz ou soit au non renouvellement du contrat⁸⁸⁶.

On peut se poser cependant la question de la compatibilité de cette rupture avec les droits de l'homme. Celle-ci peut être considérée comme portant atteinte à un droit fondamental tel l'électricité.⁸⁸⁷

On va voir que les interruptions individuelles ne posent pas de problème au regard des droits de l'homme dans les services ouverts à la concurrence dans le marché, du fait de la présence du service universel rattrapant la défaillance du mécanisme du marché à atteindre l'intérêt général.

b- les interruptions générales

Pour déterminer les cas légitimant des interruptions générales du service public, il faut se référer au cadre traditionnel du droit administratif. Les cas se rapportent soit à la suppression ou la diminution définitive du service, soit à la suppression ou la diminution temporaire du service.

Compte tenu de leur importance vitale pour la vie de la population, l'interruption d'une manière définitive des services en réseau paraît dangereuse. Elle ne peut alors être acceptée que dans des cas qui échappent à la volonte des fournisseurs de services. Ici, on peut citer les cas d'aléas économique tel la faillite de l'entreprise. En revanche, la diminution paraît plus tolérée et peut être justifiée en raison d'une demande supérieure à l'offre disponible rendant ainsi essentielle son encadrement par des exigences strictes⁸⁸⁸.

La diminution du service est illustrée par la situation de grève qui entre en conflit avec le principe de continuité du service. Généralement, dans cette situation les prestations de service public seront diminuées du fait de l'exigence du maintien d'un service minimum⁸⁸⁹. Mais la grève peut conduire à un arrêt temporaire du service. Dans ce cas, l'exploitant peut s'exonérer de sa responsabilité en se fondant sur la notion de la force majeure.

Dans le domaine de distribution d'électricité et du gaz, la permanence- inscrite au cœur du service d'électricité -subit quelques limites énumérées par le décret 02-194. Il s'agit de cas qui échappent à la volonté du distributeur. Il s'agit des interruptions pouvant survenir à la suite d'incidents, intempéries, de force majeure. L'interruption ou la réduction peut intervenir pour procéder à des travaux d'entretien de réparations éventuelles ou de raccordement ou encore pour des motifs de sécurité en raison de travaux effectués à

⁸⁸⁶ L'article 04 du décret n° 02-194 précité. la non fourniture ou la suspension de l'énergie est justifiée dans le cas du non-conformité des installations intérieures des clients aux normes de sécurité et aux règles de l'art.

⁸⁸⁷ Selon la cour européenne certains services rendus au public comme étant un droit nécessaire pour vivre voir Cf. : CEDH, Van Vosem c/ Belgique et art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme note A. CASSESSE, Munich, European Journal of International Law, n° 2-2, 1991, pp. 141-145.

⁸⁸⁸ Ibidem, p 266

⁸⁸⁹ L'exigence du maintien d'un service minimum est une solution conciliant le droit constitutionnel de grève et le principe de continuité ayant aussi un caractère constitutionnel il faut donner le fondement de cette conciliation.

proximité des ouvrages .Cependant, le distributeur est tenu de prendre des précautions pour réduire les effets nuisibles .Il veille à ce titre « de réduire au maximum les interruptions et à les situer dans la mesure compatible avec les nécessités de son exploitation aux époques et heures susceptibles de provoquer le moins de gêne possible aux clients »⁸⁹⁰ .

Le distributeur est par ailleurs tenu par l'obligation d'entretien et de renouvellement pour le maintien de réseaux électriques et gaziers et des branchements en bon état de fonctionnement, ainsi que les travaux de mise en conformité des ouvrages existants avec les règlements techniques et administratifs sont à la charge du distributeur⁸⁹¹ .

Pour garantir la permanence de la fourniture, le distributeur est doté de quelques prérogatives .Il dispose de « moyens nécessaires aux interventions dans les immeubles et dans les lieux où les circonstances l'exigent » .Il bénéficie aussi de l'assistance des autorités publiques et d'autres droits énumérés par l'article 08 du décret 02-194 .

Dans le domaine des télécommunications ,la notion de la force majeure est utilisée pour exonérer le titulaire de la licence de son obligation ,de garantir la continuité de ses services⁸⁹² . C'est ce que prévoit le cahier de charge relatif aux licences des deux opérateurs privé en Algérie. La durée cumulée d'indisponibilité est limitée à 24 heures par an .Seul le cas de la force majeure permet de dépasser cette limite. La disponibilité exige du titulaire de prendre les mesures appropriées en vue d'assurer un fonctionnement régulier et permanent des installations du réseau GSM et sa protection .L'opérateur est tenu de mettre en ouvre dans les meilleurs délais des moyens techniques et humains susceptibles de pallier les conséquences des défaillances, de neutralisation ou de destruction de ses installations.

En ce qui concerne le service public d'alimentation en eau , le service doit fonctionner en continu, sauf interruption dans les cas énumérés par le cahier de charge type : en cas de force majeure -un arrêt d'urgence –arrêts spéciaux- .Ces cas sont liés à des interruptions de travail, sauf le troisième qui ne concerne que des restrictions au fonctionnement du service .Celles- ci ne justifient que la réduction du service, mais il faut selon le cahier de charge type mettre en place un programme de distribution de l'eau qui tienne compte des exigences de sécurité et de sauvegarde des services collectifs et qui permette une distribution périodique et équitable à l'ensemble des abonnés concernés⁸⁹³ .

L'interruption de la distribution de l'eau est aussi justifiée « lorsqu'il est constaté que l'eau de consommation humaine a cessé d'être conforme aux valeurs limites et aux valeurs indicatives fixées par le décret »⁸⁹⁴ .La distribution reprend son cours après la prise de

⁸⁹⁰ Art 02 du décret exécutif du 28 mai 2002 précité .

⁸⁹¹ Art 07 du même décret

⁸⁹² La force majeure est définie comme étant « tout événement irrésistible immuable et extérieure à la volonté des parties et notamment les catastrophes naturelles l'Etat de guerre ou de grèves

⁸⁹³ Art 33Décret exécutif n 08-54 du 9 février 2008,décret précité .

⁸⁹⁴ Le décret exécutif n° 11 -125 du 22 mars 2011 relatif à la qualité de l'eau de consommation humaine « article 07 »

mesures correctives nécessaires et l'effectuation d'une enquête déterminant les causes de non-conformité⁸⁹⁵. Cette rupture doit être informée aux usagers par tous moyens appropriés ainsi que les mesures prises⁸⁹⁶

En droit comparé, la continuité ne connaît que quelques limites. En droit allemand, la loi sur l'électricité prévoit que les opérateurs sont soumis en permanence à une obligation de fourniture et de desserte aux entreprises électriques, sauf dans les hypothèses où ces contraintes sont économiquement déraisonnables⁸⁹⁷.

Section 2 : les nouvelles exigences de l'intérêt public.

Les opérateurs des services en réseaux sont guidés vers la satisfaction d'autres exigences de l'intérêt public. Ceci participe au renouvellement des services fournis au public et leur amélioration. On pourrait parler d'abord d'exigences générales s'appliquant à toutes les activités en réseaux (**Sous section 1**). Il s'y ajoutent d'autres exigences relatives aux services ouverts à la concurrence dans le marché « service universel » (**Sous section 2**)

Sous section 1 : les exigences générales de l'intérêt public.

Ces exigences sont de type horizontales, elles concernent en principe tous les services publics, y compris les services en réseaux. Elles témoignent de l'évolution qu'a connu le service public, ainsi que sa capacité de s'adapter à l'ouverture à la concurrence et au mouvement de libéralisation. On peut distinguer entre deux grandes exigences : celles liées au respect de l'environnement et l'aménagement de territoire (§1) et celles liées à des objectifs économiques (§2).

§1- Protection de l'environnement et l'aménagement du territoire

L'ouverture des services publics en réseaux est accompagnée par la consolidation des certains objectifs sociaux, à savoir le respect de l'environnement et l'aménagement du territoire. Ceci contribue au renforcement des obligations d'intérêt général qu'incombent aux opérateurs privés dans les domaines des services en réseaux.

A- Respect de l'environnement

L'environnement devient une préoccupation majeure dans les législations relatives aux services en réseaux. Il s'impose comme objectif général dans la gestion de ces services (**a**) et se reflète dans les obligations des opérateurs privés (**b**).

⁸⁹⁵ Article 07 du même décret.

⁸⁹⁶ Article 08 du même décret.

⁸⁹⁷ Ecole nationale d'administration, services publics comparés en Europe exception française exigence européenne, tom 1 p39.

a- la protection de l'environnement comme objectif général dans les réseaux

La protection de l'environnement représente une exigence importante de l'intérêt général⁸⁹⁸. Elle revêt aussi une dimension économique qui justifie son insertion dans la liste des principes gouvernant certains secteurs de réseaux. Ceci se traduit par la nécessité de concilier l'activité des opérateurs privés avec les préoccupations environnementales dans le cadre de ce qu'on appelle « l'équilibre harmonieux »⁸⁹⁹ ou « la gestion équilibrée » des ressources⁹⁰⁰. L'environnement se présente alors comme une obligation pesant sur les opérateurs, notamment en matière énergétique. Selon la cour de justice des communautés européennes, les préoccupations environnementales sont des exigences impératives qui peuvent déroger aux principes de liberté posés par le traité⁹⁰¹. A ce titre, la protection de l'environnement et la lutte contre le réchauffement climatique sont incluses dans les objectifs fixés par directive 2003/54 CE sur le marché intérieur de l'électricité. Parmi les mesures édictées pour atteindre ces objectifs, figurent celles d'efficacité énergétiques – la gestion de la demande ainsi que des moyens de lutte contre le changement climatique⁹⁰².

Aux Etats unis, la préoccupation environnementale est prise en considération par la politique énergétique. Elle se traduit par l'obligation d'information du consommateur et le développement des ressources alternatives (cogénération, énergie, solaire énergie éolienne)⁹⁰³.

Au niveau international, les engagements internationaux dans ce domaine sont importants. La signature du protocole de Kyoto met à la charge des Etats des obligations en ce qui concerne la diminution d'émission du gaz à effet de serre et l'utilisation des ressources renouvelables. C'est dans ce sens que le droit interne traduit ces engagements⁹⁰⁴.

L'introduction de la concurrence et les mécanismes du marché deviennent dans le processus de libéralisation, des outils mis au service de l'environnement. C'est ce que le professeur Laurence Idot ne manque pas de souligner, à propos de la place de l'environnement en droit communautaire « *dans ce schéma, toutes les politiques environnementales doivent (..) S'appuyer sur la concurrence et les mécanismes du*

⁸⁹⁸ D'ailleurs, selon certains la protection de l'environnement est l'une des trois dimensions du service public, à côté des dimensions économique et sociale. Valérie Barbier, Pierre Frois, Pierre Le Masne, service public et développement durable, revue d'économie régionale § Urbaine, 2 avril 2003, p 318

⁸⁹⁹ Cd.Env, art L.110 -2 –TCE art 2.

⁹⁰⁰ Guyain CLAMOUR, L'intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie du marché, Dalloz, 2006, p 744. Les termes harmonieux, équilibré, durable sont utilisés par le traité d'Amsterdam (l'article 2) : « un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes (...) un niveau élevé de protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement »

⁹⁰¹ Cf. CJCE, 7 févr 1985, Association de défense des brûleurs de huile usagé aff 240/83 préc -20 septembre 1988, Comm c/Danemark, aff 302 /86 :rec 46071-9juill 1992, comm c/Belgique, aff C -2/90 :Rec I-44310.

⁹⁰² Art 3§7 de la directive 2003/54/CE

⁹⁰³ G. SABARAT, les services publics en réseaux, op cit,

⁹⁰⁴ Protocole de Kyoto à la convention –cadre des nations unies sur les changements climatiques. Disponible sur le site <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>

marché »⁹⁰⁵ L'instrumentalisation du droit du marché au profit de l'environnement en droit algérien est consacrée par la loi 2002-01 d'une façon claire dont l'article 03 précise le contenu du service public qui contient entre autres, le respect des règles techniques et d'environnement.

La loi soumet les opérateurs au contrôle de la commission de régulation concernant l'application de la réglementation technique, les conditions d'hygiène de sécurité et de protection de l'environnement⁹⁰⁶.

L'objectif de cette loi est de satisfaire l'efficacité du secteur et une meilleure utilisation des différentes énergies, tout en respectant la rationalité économique et la protection de l'environnement. Aussi, faut-il le rappeler qu'en matière de besoin en moyen de production, le programme de la commission de la régulation doit contenir entre autres les orientations en matière de choix des sources d'énergie primaire en veillant à privilégier les combustibles nationaux disponibles, à promouvoir l'utilisation d'énergies renouvelables et à intégrer les contraintes environnementales définies par la réglementation. En outre, le programme doit contenir des indications sur la nature des filières de production d'électricité à privilégier, en veillant à promouvoir les technologies de production à faible émission de gaz à effet de serre⁹⁰⁷.

D'une façon générale, ce qui consolide la place de l'exigence environnementale dans le domaine des réseaux, c'est la promotion du droit d'environnement à un droit constitutionnel en vertu de l'amendement constitutionnel de 2016. Le droit à l'environnement est intégré désormais au bloc de constitutionnalité, ce qui l'impose dans la gestion des services publics⁹⁰⁸.

b- le reflet de l'environnement dans les obligations des opérateurs

L'obligation du respect de la protection de l'environnement incombe aux concessionnaires de la distribution d'électricité et du gaz par canalisation. L'une des bases sur lesquelles est choisi le candidat à la concession, est sa capacité à respecter la réglementation en vigueur en matière de protection de l'environnement⁹⁰⁹. Ceci

⁹⁰⁵ Cité par CLAMOUR .G, l Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie du marché, Dalloz, 2006, p 744. L'environnement a pris une place en droit communautaire après la réception d'un titre consacré à cette question et intégré au traité instituant la communauté européenne

⁹⁰⁶ Art 78 de la loi 2002-01

⁹⁰⁷ Art 09 de la loi 2002-01

⁹⁰⁸ La constitutionnalisation du droit de l'environnement se fait d'abord implicitement dans le préambule qui acquiert une valeur probante. celle-ci dispose que « le peuple algérien demeure attaché à ses choix (...) .Il s'attelle à bâtir une économie productive et compétitive dans le cadre d'un développement durable et de préservation de l'environnement ». Le caractère constitutionnel est conféré explicitement par l'article 54 ter qui dispose que « le citoyen a droit à un environnement sain, l'Etat œuvre à la préservation de l'environnement ».

La promotion de l'environnement au rang des droits constitutionnels produit deux résultats importants : le droit à l'environnement ne peut être remis en cause art 178 - l'exception de constitutionnalité peut se fonder sur la méconnaissance du droit de l'environnement 166 bis .

⁹⁰⁹ L'article 07 du décret n 08 -114 précité

correspond à la mise en concurrence des marchés publics prenant en considération le critère environnemental. En effet, le nouveau dispositif sur les marchés publics intègre obligatoirement le critère environnemental, abandonnant ainsi la prédominance du critère du prix⁹¹⁰. En droit communautaire, la référence aux critères environnementaux est validée par la cour de justice des communautés, pourvu qu'ils soient liés en relation avec l'objet du marché⁹¹¹.

La législation énergétique adopte une politique en faveur de l'environnement et le développement durable. Cette politique est fondée sur deux objectifs principaux : la promotion des énergies renouvelables dans le cadre de développement durable, la maîtrise de l'énergie.

Le recours aux énergies renouvelables occupe une place importante dans la législation énergétique, le législateur algérien lui consacre la loi n 04-09⁹¹² qui fixe les objectifs environnementaux de ce recours⁹¹³. Les producteurs de l'électricité sont incités dans le cadre à l'utilisation des énergies renouvelables en complément ou en substitution des énergies fossiles

Pour promouvoir les énergies renouvelables la loi 04-09 s'appuie sur deux outils ; un programme national destiné à cet objectif, et des instruments pour le mettre en œuvre⁹¹⁴.

Le programme comprend l'ensemble des actions contribuant à l'utilisation des énergies renouvelables en complément et /ou en substitution des énergies fossiles⁹¹⁵. Parmi les outils utilisés, il y a les incitations destinées à encourager l'utilisation des énergies renouvelables. Ceci dit, les préoccupations environnementales ne s'imposent pas seulement par les actions contraignantes, elles s'appliquent aussi par des actions souples⁹¹⁶.

Les dispositions du décret sont réaffirmées par le cahier de charge dans son article 14 qui dispose que « le concessionnaire a l'obligation de réaliser l'ensemble de ses activités dans le respect des règles de protection de l'environnement et celles relatives à l'urbanisme applicables sur le périmètre de la concession »

⁹¹⁰ Le critère du prix recule devant le critère de l'offre économiquement avantageuse

CLAMOUR .G, l Intérêt général et concurrence, op cit, p 747 .

⁹¹² Loi n 04-09 du 14 août 2004 relative à la promotion des énergies renouvelables dans le cadre du développement durable

⁹¹³ Le recours aux énergies renouvelables a pour objectif selon l'article 2 de la loi n 04-09 : de protéger l'environnement en favorisant le recours à des sources d'énergie non polluantes –de lutter contre le réchauffement climatique en limitant les émissions à effet de serre – de participer à un développement durable par la préservation et la conservation des énergies fossiles –de contribuer à la politique nationale d'aménagement du territoire par la valorisation des gisements d'énergies renouvelables en généralisant leurs utilisation

⁹¹⁴ Loi 04-09 du 14 août 2004 relative à la promotion des énergies renouvelables dans le cadre du développement durable, JO n 18 août 2004 . Et la loi 99-09 du 28 juillet 1999 relative à la maîtrise de l'énergie ,JO du 28 juillet 1999 relative à la maîtrise de l'énergie .

⁹¹⁵ L'article 07 de la loi 04-09 précitée « l'ensemble des actions d'information ,de formation ou de vulgarisation ,ainsi que des incitations à la recherche ,à la production ,au développement et à l'utilisation des énergies renouvelables en complément et/ou en substitution des énergies fossiles »

⁹¹⁶ Article 15 de la loi 04-09 précitée

Pour renforcer le respect de l'environnement ,la politique énergétique adopte le principe d'efficacité par la loi 99-09 antérieure à la libéralisation du secteur. Le législateur l'adopte en nom de la maîtrise de l'énergie ⁹¹⁷, afin d'orienter la demande de l'énergie vers une plus grande efficacité à travers un modèle de consommation énergétique nationale. Pour mettre en ouvre ce modèle, un décret exécutif est adopté ⁹¹⁸.

La maîtrise de l'énergie désigne « l'ensemble des mesures et des actions mises en œuvre en vue de l'utilisation rationnelle de l'énergie, du développement des énergies, du développement des énergies renouvelables et de la réduction de l'impact du système énergétique sur l'environnement » ⁹¹⁹.

En maîtrisant l'énergie, le but poursuivi est « la réduction de l'impact du système énergétique sur l'environnement » afin de réduire les « émissions de gaz à effet de serre et des gaz d'échappement en milieu urbain » ⁹²⁰. La loi 99-09 précise les mesures qui peuvent être exercées sur les opérateurs du secteur pour les orienter vers la maîtrise de l'énergie.

De même pour les contrats de concession de transport ferroviaire, les préoccupations environnementales sont présentes, même si le régime juridique de ceux-ci est moins détaillé. On peut néanmoins citer en faveur de l'environnement l'article 03 de la loi 01-13 qui dispose que « les systèmes des transports terrestres concourt à la mise en ouvre de la politique d'aménagement du territoire ,le développement économique et social de défense du territoire national ,de protection et de sauvegarde de l'environnement » ⁹²¹.

Le respect de l'environnement vis-à-vis des activités polluantes, tel le transport est important .Il est par ailleurs plus pertinent en cas d'ouverture à la concurrence, tel en droit communautaire où cette ouverture est conciliée avec l'intérêt public avec toutes ses configurations y compris environnementales ⁹²²

Ainsi, il est tout à fait normal de considérer le respect de l'environnement comme obligation naturel en matière des contrats de délégation des services en réseaux

⁹¹⁷ Loi n 99-09 du 28 juillet 1999 relative à la maîtrise de l'énergie .La position du législateur algérien s'aligne sur celle du droit communautaire qui consacre à la maîtrise d'énergie dans plusieurs directives :la directive 2003/91/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 2002 sur la performance énergétique des bâtiments ,JO n L001 du 4 janvier 2003 . Directive 2006/32 /CE du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique

⁹¹⁸ Décret exécutif n 04-149 du 19 mai 2004 fixant les modalités d'élaboration du programme national de maîtrise de l'énergie PNME

⁹¹⁹ Article 02 de la loi 99-09 précitée.

⁹²⁰ Article 05 de la même loi

⁹²¹ En effet ,le transport ferroviaire est considéré comme un mode de transport durable et plus écologique que le transport aérien routier ou maritime . a tel point que rail est considéré comme un élément incontournable de tout programme visant à traiter le problème de changement climatique .les chemins de fer et l'environnement contribution à la mobilité durable « exemples de bonnes pratiques septembre 2001 , P01 . téléchargé du site http://www.railway-mobility.org/docs/uicgoodpractice_fr.pdf .

⁹²² Voir le règlement (CE) No 1370/2007 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 23 octobre 2007.

Dans le domaine de production d'électricité, le producteur est tenu s'il opte pour les sources d'énergie primaires, de respecter les normes de rejets des caractéristiques techniques et des conditions de protection de l'environnement contenues dans l'autorisation. Il est tenu également de prendre « toutes les mesures nécessaires pour produire l'électricité conformément aux termes contenues dans l'autorisation d'exploiter particulièrement pour les aspects liés (...) à la conformité aux règles environnementales en vigueur ». Rappelons aussi que la délivrance de l'autorisation exige plusieurs documents justificatifs au nombre desquels figure l'impact sur l'environnement⁹²³.

En ce qui concerne le domaine de télécommunication, la protection de l'environnement n'est pas mentionnée par la loi 2000-03. Mais on peut la rattacher sans gêne à l'objectif d'intérêt général fixé pour ce secteur par l'article premier de cette loi. En outre, les cahiers des charges relatifs aux licences octroyées aux opérateurs l'ont mentionné au titre de contribution à la réalisation de l'accès universel⁹²⁴.

Dans le domaine de l'eau, la protection de l'environnement est l'un des principes sur lesquels se fondent l'utilisation, la gestion et le développement durable des ressources en eau⁹²⁵. Pour traduire cette préoccupation, la loi précise les obligations qui en découlent.

La loi 05-12 les précise à l'égard des titulaires des concessions d'utilisation des eaux usées épurées pour l'irrigation de certaines cultures ou l'arrosage d'espaces verts. Ceux-ci « doivent tenir compte des mesures préventives liées aux risques sanitaires et aux impacts sur l'environnement ».

Quant aux délégataires, ils sont tenus de garantir la qualité d'eau spécifiée par le contrat de délégation. Les normes environnementales participent à la qualité de l'eau et sa potabilité. A cette fin, toute une série d'obligations et de contrôles sont prévus⁹²⁶. A ce titre, les conditions d'approvisionnement en eau destinée à la consommation humaine à partir d'un prélèvement ou d'un réseau d'alimentation en eau potable sont fixées par voie réglementaire⁹²⁷.

B- L'aménagement du territoire

Depuis longtemps, l'aménagement du territoire tisse des liens solides avec les services publics en général et les services en réseaux en particulier, puisque ceux-ci comprenaient toujours une dimension géographique⁹²⁸. Mais ce qui met aujourd'hui cette

⁹²³ Article 03 du décret exécutif n° 06-428 du 26 novembre fixant la procédure d'octroi des autorisations d'exploiter des installations de production d'électricité.

⁹²⁴ Selon le cahier de charge de licence octroyée à Algérie Orascom le titulaire contribue aux charges de l'accès universel « article 26.1 ».

Le cahier des charges relatif à la licence Watania Télécom Algérie SPA consacre la même obligation « article 26.1 », décret 01-219 précité.

⁹²⁵ Article 03 de la loi 05-12 précitée.

⁹²⁶ Ces contrôles seront abordés dans chapitre 02 de cette partie.

⁹²⁷ Article 113 de la loi 05-12 précitée.

⁹²⁸ L'aménagement du territoire « colore les principes de service public, leur donne une dimension territoriale qui les affecte en profondeur ». Y. MADIOT, « Service public et aménagement du territoire », AJDA, 20 juin

notion au centre des exigences de la gestion des services publics, c'est la nécessité de la sauvegarder dans un univers concurrentiel⁹²⁹. Ainsi, l'aménagement du territoire est pris en considération par les politiques de libéralisation des services en réseaux, et les opérateurs des services publics se trouvent associés à sa mise en œuvre. D'ailleurs, c'est à juste titre qu'un auteur l'indique « *un service public n'est pas simplement un prestataire de service public visant à répondre aux attentes individuelles de leur usagers. Il participe également à la cohésion sociale d'un territoire en influençant son environnement socio-économique* »⁹³⁰.

Avec le démantèlement des monopoles publics, la question de l'aménagement du territoire se déplace d'une vision centralisée à un espace concurrentiel. C'est la raison pour laquelle la définition du développement du service universel s'effectue conformément au schéma national d'aménagement du territoire. L'obligation de contribuer à l'aménagement du territoire est inscrite dans les cahiers de charge.

Dans le domaine énergétique, la loi 02- ne le mentionne pas parmi les composantes du service public. Ce qui est regrettable, en raison de l'importance du principe pour le développement social du pays.

Cette réticence rejoint le point de vue du droit communautaire exprimé par la cour de justice des communautés européennes. Dans l'affaire Aff –EDF –GDF, la cour refuse l'inclusion de la protection de l'environnement et l'aménagement de territoire dans le service universel par le gouvernement français en raison de l'absence de leur caractère spécifique⁹³¹.

Par ailleurs, l'objectif d'aménagement de territoire est inscrit dans les objectifs de la politique énergétique, notamment en ce qui concerne la promotion des énergies renouvelables⁹³².

L'aménagement du territoire est aussi pris en considération par la législation relative à l'eau qui le range dans les principes sur lesquels se fondent l'utilisation, la gestion et le développement durable des ressources d'eau⁹³³.

1997, p. 83. Les services en réseaux contribuent directement à façonner le territoire et réduire les inégalités sociales. D'ailleurs selon la loi 01-20 la politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire concourt à l'unité nationale et intègre outre les objectifs de développement, social culturel, les impératifs de souveraineté nationale et de défense du territoire »

loi 01 -20 du 12 décembre 2001 relative à l'aménagement et au développement durable

⁹²⁹ L'aménagement du territoire est défini comme « l'ensemble d'actions menées par des acteurs publics ou privés. La consécration de cette obligation vis-à-vis des activités concurrentielles en réseaux pourrait corriger les effets pervers de la libéralisation et permettre un développement harmonieux et équilibré

⁹³⁰ Caroline TAHAR, Contrôler la qualité des services publics : quelle place pour les usagers -étude de deux expériences de collectivités territoriales françaises, Comptabilité sans Frontières..The French Connection, May 2013 .p 02

⁹³¹ CJCE, 23 oct. 1997, Commission c/ France, Aff. C-159/94, Rec., 1997, p. I-5815 . Cf. : CJCE, 27 avril 1994, Gemeente Almelo e. a. c/ Energiebedrijf Ijsselmij, Aff. Commune d'Almelo

⁹³² Article 2 de la loi 04-09, loi précitée .

§2 les exigences d'intérêt public liées à caractère économique

Par à l'ouverture des services en réseaux à la concurrence, des obligations nouvelles sont imposées aux opérateurs privés au nom de l'intérêt général. Le respect de la concurrence est placé à la tête de ces obligations **(A)**. L'exigence de l'amélioration de la qualité du service est aussi l'une des conséquence de l'ouverture à la concurrence **(B)** .

A- Respect de la concurrence

Tel le respect de l'environnement et l'aménagement du territoire, la consécration de la concurrence comme l'un des fondements de l'organisation des services en réseaux **(a)** produit des obligations à l'égard des opérateurs privés **(b)** .

a- La consécration de la concurrence dans l'organisation des services en réseaux

Rappelons ce que nous avons souligné dans la première partie de notre travail, que la concurrence s'impose dans l'organisation des services en réseaux ouverts à la concurrence, de telle façon qu'elle est considérée comme le facteur principal du développement des ces services . C'est pourquoi, l'obligation du respect de la concurrence est solennellement revendiquée par les lois sectorielles. Elle revêt en quelques sorte un caractère objectif comme le souligne le conseil d'Etat français « la concurrence apparaît (...) ,en tant que garantie de la meilleure efficacité dans l'utilisation des ressources, être un élément de l'intérêt général »⁹³⁴

Dans le domaine de la poste et des télécommunications la politique de libéralisation du secteur visait le développement et la diversification des services et de hisser leur qualité au même niveau des services fournis dans les marchés internationaux. La loi 2000-03 s'assigne dans son article premier l'objectif de « développer et fournir des services (...) dans un environnement concurrentiel tout en garantissant l'intérêt général ; » .La concurrence est consacrée par le même texte, par son insertion dans les objectifs dont incombe à l'Etat de veiller sur leur respect : « au respect des règles d'une concurrence loyale entre les opérateurs et à l'égard des usagers » .Cet objectif est assigné aussi à l'autorité de régulation qui veille « à l'existence d'une concurrence effective et loyale sur les marchés postal et des télécommunications » .Mais l'existence de la concurrence ne va pas de soi, puisqu'il s'agit de secteurs dominés pendant longtemps par le monopole .Donc, l'objectif est de faire jaillir la concurrence où elle était inexistante .A ce titre, la loi 2000-03 permet à l'autorité de régulation de prendre « toutes mesures nécessaires afin de promouvoir ou de rétablir la concurrence sur ces marchés » .L'autorité de régulation est ainsi investie de cette mission générale, qui lui permet aussi d'intervenir dans les conflits

⁹³³ L'article 03 de la loi 05-12 précitée précise que « la planification des aménagements hydrauliques ou de grands systèmes aquifères (...),et ceci dans le respect du cycle de l'eau et en cohérence avec les instruments d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement »

⁹³⁴ Conseil d'Etat (section du rapport et des études),Collectivités publiques et concurrence Rapport public 2002,EDCE n 53 ,Paris ,La doc ,fr ,2002 ,p 219 . L'intérêt public concurrentiel s'inscrit dans le cadre de la construction communautaire

entre les opérateurs .Le choix d'une autorité de régulation indépendante pour la régulation du secteur est plus adapté à l'économie du marché .Car, selon un auteur « *la régulation est bien un mode d'intervention de la puissance publique ,crée pour répondre à un besoin spécifique* »⁹³⁵

Cette mission de régulation est partagée en droit français dans ce domaine entre l'autorité de régulation et le ministère .Elle consiste selon l'article L 32 du code de postes et de télécommunications de prendre « dans des conditions objectives et transparentes (...) à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de service de communications »⁹³⁶.

L'introduction de la concurrence exige l'effacement des différences, quelle que soit leur origine entre les opérateurs sur les marchés libéralisés .Il s'agit notamment de réduire la puissance des opérateurs publics pour permettre aux nouveaux opérateurs de se maintenir .En droit algérien, les frontières sont bien tracées entre les missions d'intérêt public imparties aux opérateurs publics et les activités concurrentielles. Ainsi, le nouveau dispositif sur la télécommunication dessaisit le ministère de postes et des télécommunications de son rôle économique, pour ne lui assigner qu'un rôle de puissance publique.

En outre, nous avons déjà abordé la question du partage équitable des ressources essentielles .Ceci est indispensable pour permettre une concurrence viable dans les services en réseaux. Ainsi, l'autorité de régulation veille à « fournir, dans le respect du droit de propriété, le partage d'infrastructures de télécommunications » .Elle a aussi la mission de « planifier, de gérer d'assigner et de contrôler l'utilisation des fréquences dans les bandes qui lui sont attribuées dans le respect de non discrimination »⁹³⁷.

Dans le domaine de l'électricité et du gaz, la concurrence est considérée comme facteur de croissance et de développement du secteur .En effet, c'est grâce aux mécanismes incitatifs à l'efficacité et à la discipline du marché libre et concurrentiel que la libéralisation du secteur peut réduire des coûts et l'amélioration de la qualité du service ⁹³⁸ .C'est pourquoi les règles de concurrence s'imposent aux opérateurs .Et leur activité est contrôlée préalablement par la commission de régulation en ce qui concerne « les opérations de concentration d'entreprises ou de prise de contrôle (...) dans le cadre de la législation en vigueur » .Ce contrôle s'ajoute à celui exercé par le conseil de concurrence .

⁹³⁵ Guyain CLAMOUR, L'intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie du marché, op cit , p 708.

⁹³⁶ Code des postes et des communications électroniques .Texte disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁹³⁷ Art 13 de la loi 2000-03 précitée .

⁹³⁸ CREG ,Rapport d'activité 2005,p 8 .

b- Le reflet de la concurrence dans les obligations des opérateurs

L'obligation de respecter la concurrence est aussi concrétisée dans les cahiers de charges liés aux licences octroyés aux opérateurs de télécommunication. Ainsi, l'opérateur Orsacom télécom est tenu selon le cahier de charge de « pratiquer une concurrence loyale avec les opérateurs concurrents, notamment en s'abstenant de toute pratique anticoncurrentielle telle que notamment entente illicite (...) ou abus de position dominante ». De même, pour le cahier de charge relatif à l'exercice de la profession de collecteur distributeur du courrier accéléré international qui impose au titulaire de l'autorisation de respecter les règles d'une concurrence loyale⁹³⁹.

Il est -selon le même cahier des charges- interdit toute prise de participation directe ou indirecte d'un opérateur en Algérie au capital social du titulaire. L'objectif de cette interdiction est d'empêcher la création d'un monopole de fait dans le marché des télécommunications. Notons que cette interdiction constitue une exception aux règles du droit de la concurrence⁹⁴⁰.

Le respect du principe de la neutralité technologique est l'une des exigences de la concurrence dans les réseaux de télécommunication. Il consiste à privilégier une technologie par rapport à une autre, ce qui signifie dans le domaine d'interconnexion l'utilisation d'une seule technologie au détriment des autres ce qui est nuisible à l'interopérabilité des réseaux⁹⁴¹. Donc, il est nécessaire de permettre aux concurrents de choisir « dans une palette de technologie celle qui conviendra le mieux à leur réseaux avec un rapport qualité/ prix donné. Limiter les technologies, en optant pour une technologie particulière régulerait les interconnexions et le jeu de la concurrence ». De ce fait, il est important pour le développement de la concurrence et l'intérêt des utilisateurs qu'il existe une interface souple et ouverte permettant plus de choix technologiques⁹⁴².

Cette question a poussé le parlement Français à demander au gouvernement « un rapport sur la question de la neutralité des réseaux et des communications électroniques »⁹⁴³. Ce rapport a conduit à une réaction législative contre la fracture numérique à travers la loi 2009-1572⁹⁴⁴.

Le respect de la concurrence incombe aux titulaires de l'autorisation dans le domaine postale, au même titre que ceux dans le domaine des télécommunications. Le cahier des charges type précise que l'opérateur s'engage à respecter les règles d'une concurrence

⁹³⁹ Article 17 du cahier des charges annexé au décret exécutif 01-219 précité.

⁹⁴⁰ Art 40.2-e du cahier de charge annexé au décret 01-219 précité.

⁹⁴¹ Bay – Samba. DIOP, la régulation des télécommunications au Sénégal, thèse précitée, p124.

⁹⁴² Ibidem

⁹⁴³ Cité par Bay Samba DIOP, ibid, p 241.

⁹⁴⁴ loi 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique (dite « loi Pintat »), publiée au Journal Officiel le 18 décembre 2009.

loyale .Le titulaire doit informer l'autorité de régulation sur le respect des conditions de concurrence⁹⁴⁵

En matière énergétique, deux activités sont concernées par la concurrence. Le caractère concurrentiel de la production de l'électricité est clairement affirmé par la loi 02-01 dont l'article 6 prévoit que « les activités de production de l'électricité sont ouvertes à la concurrence » .C'est un segment ouvert complètement –comme nous l'avions déjà signalé dans la première partie du travail- à l'initiative privée .Ceci suppose aussi une liberté d'activité qui se traduit principalement par la liberté de vendre librement l'énergie électrique produite sur le marché national .

A l'instar du secteur de télécommunications, l'accès aux ressources rares permet la viabilité de la concurrence sur le marché .Ce qui suppose dans ce secteur, le droit de chaque producteur d'accéder aux réseaux de transport de l'électricité et du gaz et ceux de la distribution⁹⁴⁶

Quant à la seconde activité, elle concerne les opérations d'exportation et d'importation qui « peuvent être exercées librement par toute personne physique ou morale (...) traitement » .Et telle que la l'activité de production, elle se traduit par la liberté de négociation des prix et des contrats⁹⁴⁷ .

Pour instaurer des vrais marchés concurrentiels énergétiques, certains Etats vont jusqu'à obliger les opérateurs historiques à céder une partie de leur production électriques ou de leurs approvisionnement afin de permettre une contestabilité des marchés.⁹⁴⁸

Les délégations de service public sont aussi concernées par le respect de la concurrence, puisque leurs clauses ne doivent pas porter atteinte au droit de la concurrence .Et les opérateurs ne doivent pas abuser de leur position dominante que la délégation leur confère .Ça explique pourquoi la durée du contrat doit correspondre aux investissements à réaliser⁹⁴⁹

B- L'amélioration de la qualité du service public

L'exigence de la qualité du service public peut être revendiquée sur le fondement du principe traditionnel d'adaptation(a), comme elle peut l'être au nom de la marchandisation des services publics et la qualité de l'usager consommateur. D'ailleurs, le bonheur des consommateurs est l'une des raisons principales du lancement des politiques de libéralisation (b).

⁹⁴⁵ Art 04 du cahier de charge fixant les conditions et les modalités d'exercice de la profession de collecteur distributeur du courrier accéléré international .Rapport d'activité 2001,p 50 .

⁹⁴⁶ L'article 61 de la loi 2002,loi précitée .

⁹⁴⁷ Article 85 de la même loi .

⁹⁴⁸ François MIRABEL ,la réglementation des marchés de l'électricité et du gaz , presses des mines ,2012,p 60 .

⁹⁴⁹ Société Million et Marais .CE 20septembre 1999,Mille Rosato ,req n 199081

a- la revendication de la qualité du service au titre de l'adaptabilité

Par l'exigence d'adaptation, les gestionnaires des services en réseau sont appelés à améliorer leur gestion. En outre, les textes sectoriels viennent confirmer cette obligation.

Dans la gestion du service public d'eau et d'assainissement, le principe d'adaptation s'impose d'abord en vertu des règles générales imposées par le décret 15-247. Il est également inscrit dans les cahiers des charges qui insistent sur les adaptations tendant à l'amélioration de la situation de l'utilisateur. Il s'agit pour le délégataire d'assurer la quantité et la qualité de l'eau distribuée ainsi que sa pression. La qualité de l'eau est alors une exigence indispensable, tant en vertu du droit national qu'en droit international. Elle doit satisfaire aux critères de potabilité reflétant les préoccupations liées à la santé et le confort⁹⁵⁰.

Selon la loi 05-12 la qualité de l'eau est l'un des objectifs assignés à la gestion et au développement durable. C'est pourquoi, elle figure parmi les obligations auxquelles est soumis le délégataire du service public à l'instar de tous les fournisseurs de l'eau de consommation humaine. D'ailleurs, cette eau est soumise à un contrôle sanitaire prévu par les lois et les règlements. En outre, le résultat de ces analyses sont rendus publiquement⁹⁵¹. Le délégataire doit s'assurer de l'autocontrôle de la qualité de l'eau distribuée. Le non respect de cette obligation peut entraîner la responsabilité du délégataire en ce qui concerne les dommages qui pourraient être causés par la détérioration de la qualité de l'eau distribuée⁹⁵².

L'obligation de veiller sur la qualité de l'eau distribuée est l'un des objectifs de tout gestionnaire du service d'eau tel qu'il est prévu pour l'algérienne des eaux⁹⁵³.

La qualité du service consiste d'une manière générale en son aptitude à satisfaire les bénéficiaires du service. Elle doit aussi répondre aux objectifs sociaux économiques fixés par la politique de l'Etat⁹⁵⁴. « Elle contribue à l'adaptation permanente du service en réponse aux évolutions de la société »⁹⁵⁵.

A titre d'amélioration de la quantité, le cahier de charge peut prévoir que « *le fermier s'engage à fournir l'eau nécessaire aux besoins publics et privés à l'intérieur du périmètre d'affermage.* » Et que « *Si les installations deviennent insuffisantes pour satisfaire à ces besoins, le fermier devra présenter dans les meilleurs délais à la collectivité qui pourra*

⁹⁵⁰ L'article 13 du décret exécutif n° 08-54 dispose que « l'eau distribuée devra être conforme aux normes de potabilité fixées par la réglementation en vigueur ».

⁹⁵¹ Article 115 loi sur l'eau

⁹⁵² Décret 08-54 portant approbation du cahier des charges –type pour la gestion par concession du service public d'alimentation en eau potable et du règlement du service y afférant

⁹⁵³ Décret exécutif n° 01-101 précité.

⁹⁵⁴ Selon le référentiel européen de la qualité du service public il y a quatre critères complémentaires à côté de la conformité du service aux besoins du public : le coût, et la conformité aux attentes des agents et des prestataires et son impact sur la cohésion sociale, rapport public la documentation française p 13

⁹⁵⁵ Ministère de la fonction publique et la réforme de l'Etat, rapport précité p 23.

*l'adopter ,le projet d'amélioration à exécuter pour rétablir la situation avec une marge de sécurité suffisante »*⁹⁵⁶ .Quant à la qualité de l'eau distribuée, les cahiers de charges précisent les qualités exigées par la réglementation et qui s'imposent aux délégataires du service de distribution .Enfin, le délégataire est tenu en ce qui concerne l'amélioration de la pression d'engager les travaux nécessaires pour le développement des installations⁹⁵⁷ .

Notons par ailleurs que les critères de qualité en matière de l'eau se complexifient de plus en plus ,en raison de l'évolution des normes techniques .L'eau potable qui répondait seulement à cinq paramètres de qualité, exige actuellement soixante paramètres .Aussi, il est difficile de mesurer l'impact de l'intervention du secteur privé pour l'amélioration de la qualité de l'eau dans les pays qui libéralisent le secteur à cause de l'absence de données précises sur la qualité de l'eau avant le recours à la gestion privée⁹⁵⁸ .Mais on peut relever quelques exemples qui montrent l'impact positif de cette gestion comme en Colombie où les statiques de potabilité de l'eau sont depuis l'adoption du partenariat public privé meilleurs que celles collectées auparavant⁹⁵⁹ .De tels résultats encouragent le recours au partenariat public privé pour améliorer la qualité et les performances des services d'eau⁹⁶⁰

L'un des moyens qui permettent le contrôle du respect de l'obligation de qualité par le délégataire consiste en la technique du rapport .Il s'inscrit dans un objectif plus général, celui de la transparence qui devient un principe fondamental de la gestion. La transparence est effectivement mise au service de la qualité du service .

L'utilisation d'un rapport annuel est fréquente en droit algérien . A ce titre, en matière de la délégation de l'eau, un rapport annuel est prévue qui permet le contrôle et l'évaluation des conditions d'exécution de la délégation .Seulement, ce n'est pas le délégataire qui le présente , c'est le concessionnaire qui le soumet à l'autorité concédante, c'est-à-dire l'administration chargé de l'eau⁹⁶¹ .Ce rapport est basé sur des documents techniques ,financiers et comptable utile à l'évaluation de la délégation présentés par le délégataire⁹⁶²

Au titre des obligations relatives à la transparence dans le domaine de l'eau figure la contribution en informations et de données fournies périodiquement à l'autorité chargée du système de gestion intégrée d'information. L'administration fournit aux demandeurs intéressés tous renseignements d'ordre hydrologique et hydrogéologiques disponibles ainsi

⁹⁵⁶ Stéphane DUROY ,la distribution d'eau potable en France ,op cit ,p 192 .

⁹⁵⁷ Ibidem ,p193

⁹⁵⁸ Le manque de références fiables quant à la qualité de l'eau est du d'une façon principale à l'inexistence d'échantillons .Phillipe MARIN ,partenariat public privé d'eau urbain ,rapport précité ,p 73 .

⁹⁵⁹ Ibid p 74 .

⁹⁶⁰ En effet les PPP ont été proposés par les institutions financières internationales et les bailleurs de fonds comme outil de réformes du secteur d'eau dans les pays en voie de développement voir la première partie de notre travail

⁹⁶¹ Article 109 de la loi relative à l'eau .

⁹⁶² Article 110 de la même loi .

que toutes les informations portant sur les prescriptions de protection qualitative et/ou quantitative⁹⁶³

Dans le domaine de transport terrestre, la qualité du service est l'une des objectifs poursuivis par le système instauré par la loi 01-13 .En outre, le prix et la sécurité sont des objectifs qui nécessitent une adaptation des services et que les contrats de concessions en matière ferroviaire doivent refléter.

L'exigence de qualité dans les services de transport nécessite leur adaptation aux nouvelles technologies d'une façon à garantir leur efficacité et répondre aux préoccupations des usagers. L'ouverture du secteur de transport ferroviaire à l'investissement privé peut contribuer à son développement.

b- l'adaptation du service à travers la marchandisation

Avec la libéralisation des services publics, la qualité s'impose par la concurrence. Elle est propulsée dans le domaine des services concurrentiel sous la pression du mouvement consumérisme⁹⁶⁴ .Elle s'impose aussi aux opérateurs publics qui se trouvent contraints à fournir des services de qualité pour se maintenir sur les marchés libérés .En outre, le service universel comme on va le voir ,prends en considération la dimension de qualité .La qualité d'adaptation des services concurrentiels répond aux besoins présents et futurs des usagers .

L'obligation de qualité implique la prise en considération dans la procédure du choix du contractant ,la capacité de celui-ci à assurer des considérations d'ordre qualitatif fixés par les textes ou par l'autorité organisatrice du service car « *le service public doit être de qualité ,qu'il soit géré en régie ou déléguée* »⁹⁶⁵ .De ce fait, il est normal que les contrats de délégation contiennent des clauses liées à la qualité du service ou du produit .Le non respect de cette clause peut entraîner la responsabilité du délégataire . Ces clauses sont de nature réglementaire et les usagers peuvent s'en prévaloir .A ce titre, les cahiers de charges –type sont la références pour déterminer les obligations du concessionnaire. C'est le cas du service d'eau et d'assainissement dont la concession est organisée par un cahier de charge –type⁹⁶⁶ .

Dans le domaine de l'électricité, la qualité du service public concerne tout d'abord la qualité de la fourniture en électricité ,c'est-à-dire la qualité de la desserte en électricité

⁹⁶³ Article 69 . de la même loi .

⁹⁶⁴ G.SABARAT ,les services publics en réseaux ,thèse précitée , p 296 et 297

⁹⁶⁵ Lucie CLUZEL –METAYER ,Le service public et l'exigence de qualité ,op cit ,p 471 . Le paramètre de qualité est imposé aussi par des documents internationaux comme pour l'eau qui doit être « de bonne qualité

⁹⁶⁶ L'article premier du décret exécutif n 08-53 du 9 février 2008 portant approbation du cahier de charge –type pour la gestion par concession du service public d'assainissement et du règlement du service y afférant , - JORA n 08 du 13 février 2008- dispose que « le présent cahier de charge –type détermine les modalités techniques ,organisationnelles et financières de gestion par concession du service public d'assainissement par des personnes morales de droit public » . Un autre décret est pris pour l'approbation du cahier de charge –type pour la gestion par concession du service public d'alimentation en eau potable et du règlement de service y afférant

,c'est-à-dire la qualité de la desserte en électricité sur les réseaux électrique, ainsi que les prestations ou les services qui en découlent, tels que la qualité de l'électricité la transparence de la facturation et de l'information .Elle est très proche du principe de continuité ,en ce qu'elle impose aussi la réduction au minimum le nombre de coupures intervenant pendant la desserte en électricité ⁹⁶⁷ .

L'autorité de régulation des postes et de télécommunication souligne l'importance de cet objectif dans son premier rapport :« Dans ce nouvel environnement l'intérêt du consommateur reste au centre de la démarche de libéralisation du secteur »⁹⁶⁸ . Elle se fonde sur les l'objectifs fixés par la loi 2000-03 .Parmi lesquels figure « développer et fournir des services de poste et de télécommunication de qualité .. »

L'autorité de régulation reconnaît que « la concurrence n'est pas une fin en soi ,elle a pour rôle d'améliorer la qualité des services pour qu'ils soient au même niveau de ceux qui sont offerts dans les marchés internationaux. Ce ne peut être que profitable aux consommateurs »⁹⁶⁹ .

Pour assurer une qualité des services de télécommunication, les opérateurs des réseaux de téléphones mobiles sont soumis a ce titre au contrôle exercé par l'ARPT via des enquêtes destinées à mesurer la qualité de service des réseaux de téléphonie mobile, afin de vérifier que le développement de ce marché ne s'effectue pas au détriment de la qualité ⁹⁷⁰

Dans cette quête de qualité ,les consommateurs ne sont pas seulement des acteurs passifs. Ils ont un rôle important à jouer pour le contrôle du respect de la qualité du service par les opérateurs. En effet ,la tendance aujourd'hui est de prendre en compte l'avis des bénéficiaires du service .Ils peuvent l'exercer dans le cadre des associations des consommateurs ⁹⁷¹ .

Il faut souligner la difficulté de contrôler la qualité du service par des outils traditionnels de contrôle de gestion. Il est nécessaire de recourir à des outils relevant du domaine de management de qualité, tels que les enquêtes de satisfaction ou de charte qualité .

En matière des télécommunications ,l'adaptation est imposée en vertu des cahiers de charges relatifs aux licences . Seulement, la référence à cette obligation est faite par le biais

⁹⁶⁷ Nadia Chebel HORSTMANN,la régulation du marché de l'électricité concurrence et accès aux réseaux ,thèse précitée ,p105.

⁹⁶⁸ L'ARPT ,rapport d'activité ,2001 ,p 36 .

⁹⁶⁹ L'ARPT ,rapport d'activité , 2004 ,p 21 .

⁹⁷⁰ Ibidem,p44 .

⁹⁷¹ ARPT ,Rapport d'activité , 2001,p 34 .

L'expérience Britannique est très avancée en ce qui concerne l'implication des consommateurs dans le contrôle de la qualité des services publics. Leur rôle est encadré par des comités de consommateurs. Guyain CLAMOUR, l'intérêt général et concurrence, op cit ,p 326 . En droit communautaire, la directive du 15 décembre 1997 préconise la mise en place d'un « organe représentatif des consommateurs ayant pour fonction de contrôler les performances des services en collaboration avec les régulateurs » Directive 97/67/CE préc .

de l'exigence de qualité .Le cahier des charges lié à la licence octroyée à Orascom télécom Algérie précise que « le titulaire s'engage à mettre en œuvre tous les moyens pour atteindre des niveaux de qualité pour les services conformes aux normes internationales, et en particulier aux normes de l'UIT .Il s'engage à respecter scrupuleusement les critères de qualité minimale définis à l'annexe 2 dans l'ensemble de la zone de couverture. » .En se référant à cet annexe, on comprends qu'il s'agit de références techniques internationales définies par l'institut Européen de normalisation des télécommunication (ETSI) .Il s'agit également des normes définies par UIT en matière de qualité de service notamment en ce qui concerne les taux d'erreurs de bout en bout . L'annexe définit les performances minimales de qualité de service.

La qualité de service est définie par la recommandation de l'union Internationale des télécommunications comme « l'effet global produit par la performance d'un service qui détermine le degré de satisfaction de l'utilisateur de ce service »⁹⁷² .

Au niveau communautaire, l'exigence de la qualité est prescrite par l'article 22 de la directive 2009/136 CE du parlement européen . qui prévoit que les autorités de régulation doivent être en mesure de fixer les exigences minimales en matière de qualité de service imposées à une entreprise ou à des entreprises fournissant des réseaux de communications publics ⁹⁷³.

La référence à l'adaptation est imposée aussi vis-à-vis du régime d'autorisation dans le domaine postal .Le cahier de charge y afférent la mentionne à côté du principe d'égalité et de continuité. Ainsi, les trois éléments composants de la loi du service public se trouvent réunis dans le régime juridique de l'autorisation postale. Le titulaire est tenu de « mettre en œuvre tous les moyens pour atteindre des niveaux de qualité et une disponibilité de service satisfaisante en mettant en place un service « tracking system » de l'acheminement et la distribution.. »⁹⁷⁴.

Sous section 2 contribution à la réalisation du service universel

Le service universel parait comme une compensation naturelle de l'ouverture de certains services à la concurrence .Cette notion constitue l'obligation principale qui s'impose dans certains secteurs. (§1). Les opérateurs doivent contribuer à sa réalisation soit directement soit indirectement §2 .

⁹⁷² Joseph JURAN, La qualité dans les services, Paris, éditions Afnor Gestion, 1987, p. 8

⁹⁷³ Directive 2009/136/CE du parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée du secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n°2006/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le

secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n°2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs. Journal officiel de l'Union L337/11 du 18.12.2009

⁹⁷⁴ Art 13 du cahier des charges fixant les conditions et les modalités d'exercice de la profession de collecteur distributeur du courrier accéléré international .

§1- Une notion clé de l'ouverture à la concurrence

En raison de son caractère neutre et plus adapté à la logique du marché, cette notion a accompagné le processus de libéralisation de certains services en réseaux .

A- une notion neutre et adaptée à la logique du marché

On peut définir le service universel comme étant « l'obligation pour un opérateur de fournir un ensemble de biens et de services, d'une qualité déterminée ,à tous les utilisateurs à des prix « abordables »⁹⁷⁵ .

Economiquement parlant ,le choix de la notion du service universel est plus apte à concilier intérêt public et concurrence, il permet d'allier les impératifs économiques et sociaux .Ce qui le distingue nettement du service public conçu pour exprimer l'intérêt public par l'application des règles de droit public⁹⁷⁶ . Le service universel est alors un compromis entre la protection d'intérêt général et le marché .

Une grande partie de la doctrine économique, notamment anglo-saxonne l'adopte. Les économistes français aussi utilisent le service universel dans le cadre du traitement des questions d'évaluation des coûts et de financement des obligations d'intérêt général. Cette notion se distingue par rapport au service public, par sa neutralité vis-à-vis des choix sociaux politiques des Etats⁹⁷⁷ .C'est pourquoi la notion traverse l'Atlantique pour se diffuser dans plusieurs législations.

Selon un auteur, le service public *« se confond au point de départ avec l'organisation de caractère chargé de l'assurer »*⁹⁷⁸ .Alors que le service universel revêt un caractère fonctionnel *« tout à la fois techniquement ,service public et service universel se ressemblent ; culturellement ,service public et service universel s'affrontent ; dialectiquement ,service public et se dépassent l'un l'autre »*⁹⁷⁹

Outre son caractère réceptif des préoccupations économiques, le service universel se distingue par son contenu clair, et ce contrairement au service public dont la définition repose essentiellement sur la volante des pouvoirs publics. Ceci dit, la notion du service universel repose sur un contenu stable.

⁹⁷⁵ François BOLDRON ,Claire BORSEBERGER –Denis JORAM ,Sébastien LECOUC , Bernard ROY ,Libéralisation § services publics ,Economie postale ,Economica ,2010

⁹⁷⁶ Selon le professeur HERTZOG « les relations financières n'ont compté dans l'élaboration de la théorie classique du service public, toute entière vouée à la définition du droit administratif et au balisage des frontières entre les deux ordres juridiction » R . HERTZOG, « le prix du service public »,AJDA ,1997 ,1997 ,n spécial ,p 55.

⁹⁷⁷ C.BREMOND , « Le service universel dans le devenir des industries de réseau »,Thèse de doctorat en sciences économiques »,université de Montpellier ,juin 2003,p 56 .

⁹⁷⁸ L .RAPP, « l'expérience américaine »,AJDA ,20 juin 1997, p 159 .

⁹⁷⁹ M.A .Frison –ROCHE , « Qu' es ce que le service public ? Le point de vue juridique »,Revu de l'énergie ,n 486 ,mars avril 1997 ,p 178-186

B- Le service universel accompagne la libéralisation de certaines activités

Dans son sens originel, le service universel est utilisé aux Etats unis pour légitimer une organisation monopolistique au profit de la société ATT. Celle-ci justifiait sa position sur le fondement du monopole naturel qui exigeait un service uniforme interconnecté. Seul, ce choix pouvait à cette époque diffuser les services de télécommunications dans les zones rurales et auprès des couches sociales moyennes⁹⁸⁰.

Cet argument utilisé pendant un siècle en faveur du monopole, est repris par les promoteurs de la concurrence pour revendiquer la remise en cause du monopole du grand opérateur ATT.L'introduction de la concurrence avait comme objectif de stimuler l'innovation technologique en diffusant les centraux téléphoniques permettant la circulation des données .Mais la concurrence exigeait une contrepartie de la part des opérateurs⁹⁸¹. Le principe est consacré d'abord par des règlements de juges et des décisions de régulateurs .Il recevra ensuite une consécration législative conformément au « télécommunication Act » du 8 février 1996 .L'objectif est de poursuivre le développement des réseaux de communication et les usages de nouvelles technologies pour entrer dans l'ère de la société d'information.

Le droit communautaire présente le service universel comme une obligation sans le rattacher à un organisme quelconque⁹⁸². Il est fourni selon le modèle du marché, c'est-à-dire sur une base commerciale .C'est la solution à laquelle tend le conseil européen dans sa résolution du 07 février 1994 : « pour déterminer la façon d'assurer des offres de service universel ,les ARN doivent prendre dûment en compte le fait que ,dans de nombreux cas ,on s'attendra à ce que ces offres soient faites sur une base commerciale sans autre intervention » . D'ailleurs, l'accent est mis sur la pluralité de ses fournisseurs⁹⁸³. Cette préférence s'exprime clairement dans la directive d'interconnexion du 30 juin 1997 dont le considérant 08 précise que « plusieurs organismes peuvent avoir des obligations de service universel dans un Etat membre »⁹⁸⁴. Cependant, l'orientation communautaire n'a pas abouti à unifier les politiques des Etats membres sur le model de fourniture du service universel⁹⁸⁵.

⁹⁸⁰ B du MARAIS, droit de la régulation économique, op cit, p462 .

⁹⁸¹ En effet, l'ouverture à la concurrence des services publics porte le risque de bousculer l'univers des opérateurs chargés de l'intérêt public ce qui nécessite un dispositif qui prend le relai des anciens systèmes. De ce fait, l'objectif est comme l'exprime un auteur est de « veiller à ce que l'ouverture à la concurrence ne se traduise pas par l'exclusion des consommateurs les plus modestes »Pénard 2007 :119 cité par M JEREMIE BRITARD ?en quoi la régulation européenne influence elle l'évolution du marché des télécom en Europe ?, mémoire de recherche présenté à l'IEP de Toulouse,2011, p 19.

⁹⁸² En d'autre termes sans un critère organique comme le souligne : A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit P 246 .

⁹⁸³ V POULLET , « service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications »Etude TEPSA « vers un service public européen »,1996 ,p 379 .

⁹⁸⁴ Directive 97/33 CE du parlement européen et du conseil JOCE n L199/32 du 26 février 1997 . La préférence de la fourniture plurielle ne s'impose pas aux pays membres car le droit communautaire est basé sur le principe de subsidiarité

⁹⁸⁵ En effet, les schémas diffèrent mais on peut distinguer deux approches : soit on désigne un ou plusieurs opérateurs chargés du service universel soit on recourt à cette désignation après l'échec de la concurrence à

La tendance du droit communautaire à favoriser la pluralité des opérateurs chargés du service universel se manifeste dans d'autres secteurs. Dans le secteur postal, le livre vert de 1992 ainsi que la directive 97/67/CE prévoient la possibilité de la fourniture du service universel par plusieurs opérateurs pour des raisons commerciales⁹⁸⁶. D'une manière moins claire, la directive 96/92 laisse envisager la pluralité des opérateurs chargés de cette mission. C'est ce qu'on peut lire dans l'article 3 §2 de cette directive qui dispose que « les états membres peuvent imposer aux entreprises du secteur électrique des obligations de service public ».

Quel que soit le mode retenu de désignation de /ou les opérateurs, aucun monopole public n'est instauré pour assumer ce service. Ainsi, en droit français le service universel peut être assumé par « tout opérateur acceptant la fourniture sur l'ensemble du territoire national et capable de l'assurer ». Même si en pratique, l'opérateur désigné n'est que l'opérateur historique à savoir France télécom.⁹⁸⁷

La notion du service universel ne suppose pas donc nécessairement une élimination de la concurrence. Et ce contrairement au service d'intérêt économique général qui permet la limitation de la concurrence⁹⁸⁸.

A l'instar du droit communautaire, le service universel est conçu en droit algérien d'une manière fonctionnel, c'est-à-dire sans le rattacher à un opérateur public, pourtant les deux établissements prévus par la loi 2000-03 sont des opérateurs publics. Dans le domaine de télécommunication, ce service est défini selon ses motifs et principes⁹⁸⁹. Ce caractère fonctionnel est également souligné dans le domaine postal, en précisant que la fourniture du service universel peut être effectuée par un ou plusieurs opérateurs⁹⁹⁰.

La définition du service universel reprend l'universalité géographique du service public qui suppose que la fourniture du service soit assumée sur tout le territoire. Mais il se distingue par la possibilité d'être fourni par plusieurs opérateurs. Cette option, répond le mieux aux besoins du secteur postal et de télécommunications⁹⁹¹. En effet, le recourt à la

atteindre l'intérêt public. A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit p 244 .

⁹⁸⁶ Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux ,COM (91)476 final ,adopté le 11 juin 1992 ,p 258 et directive 97/67/CE ,op cit ,article 6 : « Les Etats membres prennent ... »

⁹⁸⁷ A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit ,p 245 .

⁹⁸⁸ ibidem,p 110

⁹⁸⁹ Le service universel des télécommunications est défini par l'article de la loi 2000-03 comme « la mise à la disposition de tous un service de tous d'une service minimum consistant en un service téléphonique d'une qualité spécifiée ainsi que l'acheminement des appels d'urgence la fourniture du service de renseignement et d'un annuaire d'abonnés ,sous forme imprimée ou électronique et la desserte du territoire nationale en cabine téléphonique installées sur le domaine public et ce ,dans le respect des principes d'égalité , de continuité d'universalité et d'adaptabilité »

⁹⁹⁰ Le service universel postal consiste à « la mise à disposition pour tous d'un service minimum consistant en un service postal d'un contenu et d'une qualité spécifiée fourni par un ou plusieurs opérateurs, de manière

⁹⁹¹ Tel était le point de vue de la société ATT qui estimait « que les fournisseurs alternatifs pourraient être en mesure de répondre aux besoins du service universel à un moindre coût en faisant appel à des technologie différentes ,telles que les communications mobiles » A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit p 245

mise en concurrence permet de choisir l'opérateur capable d'assumer le service universel sur tout le territoire national. Par ailleurs, l'obligation du service universel demeure opposable aux autres opérateurs du marché qui sont tenus de contribuer à son financement selon le principe *Play or pay*.

Il ne faut pas croire que l'introduction du service universel se fait facilement, car il s'agit d'un concept anglo saxon, ce qui le rend étranger aux pays de culture juridique latino germanique. En droit français, le législateur essaye de concilier la réception de ce concept avec l'ancienne notion du service public, de manière à ce qu'ils cohabitent dans un seul secteur⁹⁹². Le choix adopté consiste à incorporer le service universel dans la logique du service public. C'est ce qu'a énoncé l'article L 35 du code de télécommunication qui précise les composants du service public, à la tête desquels figure le service universel. Le contenu de ce service est défini par les articles L35 -1 à L 35-4. Le service universel postal est également inscrit dans la logique du service public⁹⁹³.

La réception de la notion du service universel en droit algérien se fait parfois au détriment de la notion du service public ignorée. La loi 2000.03 ne la mentionne ni pour le secteur postal, ni pour les télécommunications. En effet, ce sont les prescriptions du service universel qui se substituent dans ces domaines à celles du service public. Et pour chacun des deux secteurs le pouvoir législatif et réglementaire intervient pour déterminer les paramètres du service universel et son contenu. On pouvait cependant dire que la notion du service public s'exprime implicitement en vertu de la loi 2000-03 par la présence de l'établissement de poste Algérie assumant la mission de service public. Quant aux domaines ouverts à la concurrence c'est le service universel qui est mis en avant.

En revanche, dans le domaine de l'électricité, la notion du service universel est écartée au profit de la notion traditionnelle du service public qui s'avère plus apte à satisfaire les missions d'intérêt général. La loi 2002-01 consacre la distribution de l'électricité et du gaz comme service public.

La préférence pour le service public dans le domaine électrique est exprimée aussi en droit communautaire, en vertu de la directive 96/92 qui dispose que « dans le marché intérieur les entreprises du secteur de l'électricité doivent pouvoir agir sans préjudice du respect des obligations de service public, dans la perspective d'un marché de l'électricité qui soit concurrentiel et compétitif »⁹⁹⁴.

⁹⁹² Même si l'introduction de cette notion en droit français a suscité la méfiance de certains comme Franck BOROTRA, ministre de l'industrie, de la poste et des télécommunications qui dénonçait dans un rapport « les dangers d'un dérive minimaliste » F. BOROTRA, Assemblée nationale, rapport, Faut-il défendre le service public ?, n° 2260, 1995

⁹⁹³ Selon la loi postale de 2010 le service public de la poste se compose de quatre missions à la tête desquelles le service universel. Celui-ci consiste à garantir « aux citoyens un service postal permanent, de qualité déterminée, en tous points du territoire et à des prix abordables.. »

⁹⁹⁴ Paragraphe 9 de la directive 96/92 précitée.

§2- Modalités de contribution à la réalisation du service universel.

L'organisation de certains services en réseaux prévoit généralement deux hypothèses pour la réalisation du service universel : soit les opérateurs s'engagent à le réaliser directement (A) soit indirectement en contribuant à son financement Pay or play (B).

A - contribution directe à sa réalisation

La contribution directe à la réalisation du service universel s'effectue selon le décret 03-232 par un appel à la concurrence à l'adresse des opérateurs⁹⁹⁵. Dans le domaine de télécommunications, seules les titulaires des licences sont autorisées à soumissionner. Car, l'objectif est de permettre un développement des réseaux existant sur le marché tout en participant à la réduction des factures de compensations financières. Contrairement au domaine de télécommunications la possibilité d'assumer le service universel dans le domaine postal est ouverte à tous les opérateurs sans restriction⁹⁹⁶.

Les cahiers des charges déterminent les paramètres du service universel mis à la charge de l'un ou des l'opérateurs retenus. Ainsi, en ce qui concerne le service postal de télécommunication le cahier des charges détermine notamment⁹⁹⁷ :

- la zone de desserte minimale du réseau, accompagnée le cas échéant d'un calendrier d'extension ;
- les points d'accès public,
- les modalités d'acheminement des appels d'urgence (police ,pompier ,secours médicaux d'urgence les plus proches) ;
- les conditions de fourniture des services de renseignements et de l'annuaire des abonnés ;
- les obligations relatives à l'implantation des cabines téléphoniques sur la voie publique ;
- les normes minimales de qualité de service.

Ces paramètres sont traduits par le cahier des charges relatif au service universel de télécommunications assumé par la société « Algérie Télécom –Spa » .Ainsi, celle-ci assume les obligations suivantes⁹⁹⁸ :

- utiliser des équipements neufs, avec les technologies les plus récentes ;
- assurer la localité objet de la soumission l'accès à un service téléphonique, l'acheminement des appels d'urgence et l'accès aux services internet à un débit minimum de 512 kbps ;

⁹⁹⁵ Art 14 du décret 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 ,JORADP n 39 du 29 juin 2003.

⁹⁹⁶ Art 15 du même décret .

⁹⁹⁷ 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 « article 15 »

⁹⁹⁸ Arrêté du 18 février 2016 portant approbation de l'attribution de la fourniture du service universel des télécommunications à la société « Algérie Télécom –Spa » ,JORDP n 25 du 26 avril 2016 .

- assurer l'itinérance nationale (romaning) dans la localité objet du déploiement ,si la technologie le permet (...)

Le service universel implique aussi les exigences de service public ce qui se traduit par l'obligation de l'opérateur d'assurer à ses abonnés, dans le cadre du présent cahier des charges, la qualité, la disponibilité et la continuité de service .

Quant à la contribution directe à la réalisation du service universel en matière postal, le cahier des charges déterminent notamment :

- un niveau minimum de service ;
- une qualité de service ;
- des délais d'acheminement du courrier ordinaire ;
- les conditions d'accès au réseau postal par les autres opérateurs ;
- un accès au service et à leur tarification ;
- le nombre d'habitants desservis par un bureau ;
- le pourcentage de la population ayant accès au service universel ;
- les normes de qualité de service ;

B - la contribution à son financement

La fourniture du service universel est naturellement déficitaire à l'instar des activités de service public dans le cadre d'une gestion monopolistique. C'est pourquoi, il est important de faire appel à un mécanisme de financement externe. L'une des solutions qui se présentent est d'impliquer les opérateurs dans la fourniture du service universel selon le principe Pay or play⁹⁹⁹ .

Le financement par tous les opérateurs consiste à créer un fond de service universel financé par des taxes implicites ou explicites prélevés sur les opérateurs non soumis aux obligations de service universel. Les sommes collectées sont destinées à accorder une compensation (totale ou partielle) à l'opérateur chargé de la fourniture de ce service¹⁰⁰⁰ .

La technique en elle-même n'est pas nouvelle, elle a été mise en place par Napoléon 1^{er} pour financer le service postal à partir de contributions versées par des entreprises privées .En Grande Bretagne, la technique a été utilisée dans le domaine de transport

⁹⁹⁹ Les deux autres solutions étant l'octroi du monopole et les subventions croisées. La première consiste à reconnaître des activités réservées au profit d'un ou plusieurs opérateurs leur protégeant de la concurrence et en contrepartie ils assumeront la fourniture du service universel .Quant à la seconde méthode, elle consiste à utiliser les ressources des activités rentables pour alimenter les activités déficitaires. Elle permet de choisir « la catégorie de consommateurs la plus particulièrement taxé et qui son situés sur les marge élevée » B.DU MARAIS, Droit public de la régulation économique, op cit ,p 467 .

En droit communautaire elles ont été acceptées pour les SIEGE . Il est défini comme « la technique par laquelle une entreprise fait supporter ou impute partie de coût de son activité sur un marché géographique ou un marché de produit donné à son activité sur un autre marché géographique ou marché de produit »Point 3.1 de la communication de la commission sur l'application des règles de la concurrence au secteur postale . Sur ce fondement, ce procédé peut être qualifié d'un interne.

En droit algérien la solution est retenue pour le service public postal qui s'appuie en grande partie de ses ressources sur le droit exclusif

¹⁰⁰⁰ C-C. BREMOND ,le service universel dans le devenir des industries de réseau :Télécommunications ,Electricité ,Services postaux, thèse de doctorat en sciences économiques, université Montpellier1 ,p258 .

ferroviaire à travers des bureaux de compensation .Les sommes encaissées aux guichets sont réparties entre les compagnies¹⁰⁰¹.

La mise en place de ce système de compensation des obligations de service public est fondée sur l'idée que les activités rentables devraient venir en aide aux activités déficitaires. Les pouvoirs publics pourraient intervenir le cas échéant pour combler le déficit ¹⁰⁰². Elle est justifiée pour compenser les charges inévitables comme l'indique la directive n 97 /67 /CE¹⁰⁰³ . Cependant, ce système « présente l'inconvénient d'être alimenté par des contributions renouvelables périodiquement empêchant une gestion à long terme d'un service public ,à l'aide de budget planifiés comme pour les anciens monopoles de l'Etat¹⁰⁰⁴ » .

En réalité ce sont les consommateurs qui payent la contribution, puisque celle-ci est répercutée dans les tarifs. Cette implication indirecte des consommateurs a été préférée par le doctrine communautaire¹⁰⁰⁵ .

Cette modalité de financement a été privilégiée par plusieurs législations ¹⁰⁰⁶, en raison de son adaptabilité avec le processus concurrentiel .Car ,elle permet à la fois une

¹⁰⁰¹ Giles SABARAT ,les services publics en réseaux ,thèse précitée p 357 et 358 .

¹⁰⁰² Ibidem ,p 358 .

Les fonds communs des chemins de fer étaient toujours déficitaires « les réseaux riches présentant des bilans négatifs. Ce fut l'un des faits générateurs de la réorganisation des chemins de fer en 1936 » Thèses services en réseaux ,p 358 voir aussi Cf. : G. JEZE, « La réorganisation des chemins de fer », RDP, 1937, p. 541

¹⁰⁰³ La directive n 97 /67/CE du 15 décembre 1997 sur la poste exige dans son considérant 23 de « lier l'octroi des obligations (...) à des contributions financières à un fond de compensation destiné à dédommager le prestataire de service universel pour les charges financières inévitables qui résultent pour lui de la prestation de ce service » Directive n° 97/67/CE du Conseil et du Parlement européen du 15 déc. 1997 concernant

des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JOCE L-015, 21 janv. 1998, pp. 14-25

¹⁰⁰⁴ Giles SABARAT ,les services publics en réseaux ,thèse précitée ,p 358 . voir aussi T. BONTINCK, « Le service universel comme garde-fou à la libéralisation des télécommunications »,Les annonces de la Seine, n° 37, 1997, p. 15.

¹⁰⁰⁵ B du MARAIS ,Droit de la régulation économique,op cit , p 466 .

¹⁰⁰⁶ Cette méthode a été proposée par la communication européenne sur le service universel des télécommunications. Elle précise que « dans ce cadre est reconnue la possibilité de procéder au versement de contribution soit (i) par le biais d'un fond de service universel indépendant au niveau national ,qui réserverais les sommes nécessaires aux opérateurs prestants le service universel soit (ii) directement aux opérateurs fournissant le service universel sous la forme d'une redevance supplémentaire s'ajoutant aux paiements d'ordre commercial effectués au titre d'interconnexion » .Communication de la commission au parlement européen ,au conseil au comité économique et social et au comité des régions , » le service universel des télécommunications dans la perspective d'un environnement libéralisé »,COM (96)73 ,Bruxelles ,13 mars 1996 .

P.MARCHESSOU souligne le point de vue de la commission favorable à cette technique en précisant qu'elle « particulièrement adaptée à un environnement concurrentiel et rencontre la faveur grandissante de la commission » P.MARCHESSOU, « les modes de financement du service universel existants et retenus par le droit communautaire » colloque CEDECE-IRENE ,op cit ,p 287 .

Le modèle n' pas gagné l'unanimité des pays de l'union européenne comme l'Espagne et l'Italie l'ont accepté. En revanche d'autres l'ont refusé comme l'Allemagne qui n' pas jugé nécessaire le recours à un fond du service universel .Elle se contente de laisser au marché le soin de satisfaire le besoin du public .Et si un déficit d'approvisionnement est constaté, un appel d'offre est lancé. Guyain CLAMOUR, L'intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie du marché,op cit , p 276 .

pluralité d'opérateurs sur le marché et une gestion indépendante des mécanismes compensatoires¹⁰⁰⁷

L'utilisation du fond de compensation peut être étendue à d'autres domaines que les postes et les télécommunications, comme en droit français où un « fond du service public de la production d'électricité » est créé pour compenser les missions de service public assumées par les producteurs d'électricité¹⁰⁰⁸. Quant à la distribution d'électricité, elle continue d'être financée par le fond de péréquation de l'électricité, créé par la loi de 1946 et reconduit par la loi 2000¹⁰⁰⁹.

Le recours à ce procédé en droit algérien est limité aux activités postales et les télécommunications, les seuls secteurs concernés par le service universel. Celui-ci est financé comme le précise le décret 03-232 par un financement éventuel de l'Etat –et par des contributions éventuelles des opérateurs de la poste et des télécommunications. Le montant de cette contribution a été précisé pour le service universel postal à 3 % du chiffre d'affaire des opérateurs postaux, déduction faite des frais liés aux échanges de comptes nationaux et internationaux.

Pour le service universel des télécommunications, la contribution n'a pas été déterminée par le décret 03 -232, sa détermination est laissée aux cahiers de charges relatifs aux licences octroyées aux opérateurs.

Les trois licences délivrées s'accordent sur une contribution qui n'excède pas le pourcentage de 3% du chiffre d'affaire. Ainsi, le montant de la contribution au service universel a été unifié pour les deux activités postales et les télécommunications.

Cette contribution n'est pas destinée selon les cahiers des charges des licences exclusivement au service universel. Elle sert aussi à satisfaire l'objectif d'aménagement du territoire et la protection de l'environnement.

Notons enfin que la contribution au service universel des opérateurs de télécommunications n'est pas la seule charge financière destinée à la réalisation de l'intérêt public. Il s'y ajoute une contribution à la recherche, à la formation et à la normalisation comme nous l'indique les cahiers des charges¹⁰¹⁰.

Cette méthode est l'une des trois méthodes utilisées aux Etats unis pour le financement du service universel. Elle se réalise d'une façon proche du système français, à travers le paiement par les opérateurs d'une somme annuelle à un fond de service universel géré par un organisme privé sous la tutelle de la FCC. Voir Winston, Maxwell la lettre de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Mai /Juin 2005, p 12.

¹⁰⁰⁷ G.CLAMOUR, Intérêt général et concurrence, op cit, p 267.

¹⁰⁰⁸ Tel comme le fond de service universel des télécommunications il est géré par la caisse des dépôts et consignations. Son alimentation s'effectue par des contributions des professionnels du secteur de l'électricité au prorata des kilowatts par heure livrés aux client final.

¹⁰⁰⁹ Art. 33 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz loi précitée.

¹⁰¹⁰ Art 30 du cahier des charges annexé au décret 14 -09 précité.

Conclusion du chapitre 1

Les exigences d'intérêt général ne sont pas compromises par l'introduction de la concurrence dans le territoire de réseaux .Ainsi, on retrouve les principes de service public s'affirmant vis-à-vis des fournisseurs des activités concurrentielles, au même titre que les délégataires de service public. Cela amène à une unification des obligations encadrant l'activité des opérateurs privés dans le domaine des services en réseaux. Pouvons-nous dire que la loi de Rolland sauvegarde toute sa pertinence dans ces services. Ils s'ajoute à ces obligations de nouvelles obligations générales .Les unes sont liées à des préoccupations sociales en l'occurrence la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire et les autres sont exigées par des considérations économiques .

En outre ,l'adoption du modèle de la concurrence dans le marché fait surgir d'autres préoccupations liées à l'intérêt général. A ce titre ,le service universel s'impose dans marchés les concurrentiels en réseau .Les opérateurs sont appelés soit à contribuer directement à sa réalisation ,soit indirectement en le financement .Le service universel s'impose en raison de la substitution de la concurrence au monopole et la nécessité de prendre en charge les activités non rentables .

Chapitre II

Les exigences liées à l'ouverture des réseaux à la concurrence

Le second fondement de la régulation du rôle secteur privé dans la gestion des services en réseaux est la liberté d'accès aux réseaux. Sans cette liberté, le rôle du secteur privé ne peut se réaliser effectivement, en raison de la difficulté de duplication des réseaux pour des raisons économiques et techniques.

C'est pourquoi la libéralisation des services en réseaux, et leur ouverture à la concurrence a été toujours accompagnée par une reconnaissance d'un droit d'accès au profit des opérateurs sur le fondement de la théorie des infrastructures essentielles ¹⁰¹¹

En droit communautaire l'expérience de libéralisation a impliqué une utilisation partagée des ressources essentielles, selon des conditions objectives transparentes et non discriminatoires et non pas sur la duplication des réseaux ¹⁰¹².

Le législateur algérien s'inspire du droit communautaire dans la consécration du droit d'accès. (**Section 1**). Par ailleurs, la reconnaissance de ce droit implique des changements organisationnels dans le système de régulation menant à sa reconfiguration, de telle sorte qu'il garantisse pour le secteur privé une très grande neutralité dans la gestion de cet accès ou dans l'exercice des autres fonctions régulatrices (**Section 2**).

Section 1 : la consécration du droit d'accès aux réseaux et ressources rares

Le droit d'accès aux infrastructures essentielles en droit algérien a été consacré pour les réseaux ouverts à la concurrence, ou en d'autres termes pour les services ouverts selon le modèle de la concurrence dans le marché. On analysera le fondement de ce droit (**Sous section 1**), et on déterminera ensuite son étendue (**Sous section 2**).

Sous section 1 : Les fondements de la liberté d'accès au réseau

La notion de la liberté d'accès a été introduite en droit public économique aux antipodes du droit de la propriété. Elle s'est imposée comme une condition indispensable pour assurer l'ouverture à la concurrence (§1). La consécration de cet accès est justifiée par des considérations liées à cette ouverture (§2).

¹⁰¹¹ La question de l'accès aux réseaux est la plus cruciale pour les politiques de libéralisation et l'ouverture des services en réseaux. V ARMSTRONG, the theory of access pricing and interconnection, in the Handbook of Telecommunications Economics, 2001 page 36. Cité par OCDE, rapport sur la tarification de l'accès dans le secteur de télécommunications, 2004, p 7.

¹⁰¹² J. P. COLLSEN, Droit public économique, op cit, p 208 ; S. NICINCT, Droit public des affaires, op cit, p 147.

§1- la définition de la notion du droit d'accès

L'accès peut être défini tout simplement comme une mise à disposition (making available)¹⁰¹³ des opérateurs des biens dont ils ont besoin pour la fourniture de leurs services. Donc, la notion d'accès est construite sur le droit d'usage ou d'utilisation. La directive dite « accès » exprime cette idée en ce qui concerne les services de communications électroniques, en disposant que celui-ci consiste en « la mise à la disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive, de ressources et/ou de service en vue de la fourniture de services »¹⁰¹⁴. Selon Cécile ISIDORO l'accès traduit l'obligation en matière énergétique l'obligation qui incombe aux gestionnaires de réseaux qui « *doivent assurer le transit de l'énergie de l'un à l'autre opérateur moyennant rémunération de leurs services* »¹⁰¹⁵.

L'accès est construit aussi par référence à certains biens essentiels. C'est à dire, les biens qui permettent aux opérateurs la poursuite de leurs activités. En droit algérien, les lois relatives aux réseaux précisent qu'il s'agit d'un droit d'accès au réseau. Ainsi, l'article 28 alinéa 04 dispose que « l'accès à ces réseaux doit être assuré dans les conditions objectives, transparentes et non discriminatoires ». Le cahier de charge lié aux licences octroyées aux opérateurs de télécommunications se contente aussi d'imposer le partage des infrastructures du réseau GSM. On peut néanmoins déduire l'idée de moyen de la définition des réseaux de télécommunications, telle qu'elle est posée par la loi 2000-03. L'article 8 de cette loi renvoie à l'idée de moyen qu'assume le réseau pour « soit la transmission soit la transmission et l'acheminement de signaux de télécommunication ainsi que l'échange d'informations de commande et de gestion qui y sont associées, entre les points de terminaison de ce réseau ».

En matière énergétique, l'accent est mis aussi sur le réseau. La loi 2002-01 consacre l'accès aux réseaux de transport et de distribution de l'électricité. L'objectif de cet accès est de « permettre l'approvisionnement direct des clients éligibles auprès des producteurs de l'énergie électrique et des fournisseurs du gaz ». Mais, la définition des réseaux de transport et de distribution reflète l'idée de moyen. Il s'agit pour le réseau de transport de moyens constitués par « ensemble d'ouvrages (...) servant à la transmission d'électricité à destination du client »¹⁰¹⁶. L'idée de moyen s'exprime en ce qui concerne le réseau de distribution d'électricité par le rôle que celui-ci joue au fins de distribution d'électricité.

En droit communautaire, la directive utilise dans le domaine des communications électroniques les termes de ressource et de service. Quant à la loi française, elle utilise la

¹⁰¹³ Thomas PERROUD, la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume uni, thèse de doctorat en droit public, université Panthéon Sorbonne – Paris 1, année 2011, p.398.

¹⁰¹⁴ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), *Journal officiel* n° L 108 du 24/04/2002

¹⁰¹⁵ Cité par Thomas PERROUD, thèse précitée, p.399.

¹⁰¹⁶ Art 02 de la loi 2002-01 précitée.

notion de moyens .Celle ci convient au coté matériel de l'accès, c'est-à-dire à toutes les ressources qui permettent la fourniture du service ¹⁰¹⁷.

Le droit d'accès est consacré au détriment du droit de la propriété. En d'autres termes, il s'inscrit selon un auteur dans une perspective générale :« *Le rôle de la propriété est en train de subir une transformation radicale (...). De ce fait ,l'économie capitaliste est fondée sur l'idée même d'échange de droits de propriété sur un marché(...). Mais ce fondement même de notre modernité est en train de s'écrouler (...) sous l'impact de toute une constellation de nouvelles réalités économiques (...) les réseaux prendre la place des marchés et la notion d'accès se substituer à celle de propriété* »¹⁰¹⁸.

Laurent Richet Arrive au même constat quant il déclare « *le déclin du droit de la propriété* »¹⁰¹⁹. A vrai dire, pour cet auteur comme pour l'ensemble de la doctrine, l'exclusivité que supposait le droit de propriété ne devient plus un critère absolu.

Les règles régissant le droit des propriétés, telles qu'elles sont posées par le droit civil se trouvent relativisé face au droit d'accès. A titre de rappel, le droit de propriété tel qu'il est fixé par le droit civil a un caractère absolutiste .Le propriétaire est un détenteur d'exclusivité et a le droit de défendre son bien contre les entreprises quiconque¹⁰²⁰. Il a le droit d'exercer sa défense par la voie du droit privé ,comme il peut actionner le contentieux administratif

Contrairement à la propriété civile, la consécration du droit d'accès en matière de domanialité publique se fait sans difficulté .En effet, la propriété exercée sur le domaine public se trouve depuis l'apparition de celui-ci limitée par le droit d'accès des usagers. Pour protéger ce droit, la loi domaniale prévoit trois principes à son égard –l'égalité – liberté –gratuité ¹⁰²¹.

Mais avant la libéralisation, le droit de propriété qu'exerçaient les opérateurs historiques ne laissait aucune place au droit d'accès .Car, il s'agissait de biens exclus de l'initiative privée en raison de monopole de ces opérateurs. En revanche, à l'ère de la libéralisation et l'ouverture des réseaux à la concurrence le droit d'accès peut être conforté par les règles de la domanialité publique.

Dés lors, avec la libéralisation, le caractère absolutiste du droit de propriété des opérateurs historiques est remis en cause .Ainsi, comme le décrit un auteur « *la réglementation d'accès (...) consiste à remettre en cause les droits de propriété de l'opérateur sur une partie de ses actifs* .Cette remise en question se traduit par une

¹⁰¹⁷ Ibidem ,p 399

¹⁰¹⁸ .J. RIFKIN, L'âge de l'accès : La nouvelle culture du capitalisme, Editions La Découverte, 2005, pp. 9-11, Cité par Thomas PERROUD ,la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume uni ,thèse précitée, p 387 .

¹⁰¹⁹ L. Richer, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », A.J.D.A., 2004, p. 73

¹⁰²⁰ C. ATIAS, Droit civil : les biens, Paris, Litec, Coll. Manuel, 10e éd., 2009, pp. 95 suiv

¹⁰²¹ Article 62 de la loi domaniale 90-30 modifiée et complétée ,loi précitée .

limitation de ses droits d'usage à travers l'obligation de fournir à ses concurrents un accès sur certaines infrastructures selon les conditions imposées »¹⁰²²

Après avoir essayé de donner une définition de la notion d'accès, on est en droit de s'interroger sur les justifications de sa consécration.

§2- les justifications de la consécration du droit d'accès

Il n'est pas surprenant que la concurrence vient contribuer une autre fois à assurer une ouverture des services en réseaux au secteur privé. Cette fois, elle vient à travers l'application du droit de la concurrence, notamment l'interdiction de l'abus de position dominante qui peut se produire dans ces services, du fait de la présence des anciens détenteurs du monopole sur les réseaux (A) . Le droit d'accès s'impose aussi par l'introduction du droit à la concurrence dans la sphère de la domanialité publique (B) .

A- la finalité de la théorie des facilités essentielles

Le droit de la concurrence offre une théorie dite « facilités essentielles » qui contribue à l'abolition des monopoles de fait . Elle est considérée comme un moyen pour assoir l'effectivité de la concurrence »¹⁰²³ La théorie trouve sa place même en l'absence d'une législation spécifique .Elle s'applique aux secteurs ouverts à la concurrence en réduisant les effets négatifs du monopole »¹⁰²⁴ . Elle occupe ainsi une place importante dans la politique de l'ouverture à la concurrence des services en réseaux.¹⁰²⁵

En effet, la doctrine la présente dans le contexte de libéralisation des services en réseaux comme une condition nécessaire pour garantir un accès aux ressources essentielles, c'est à dire les infrastructures détenues par les opérateurs historiques .Elle constitue selon certains une protection élevée de cet accès.

Tout en puisant son origine du droit de la concurrence, la théorie le dépasse pour imposer de nouvelles obligations, méconnues dans le cas de la position dominante classique¹⁰²⁶ . La théorie peut être définie de la manière suivante : c'est une obligation pesant sur le détenteur d'une ressource essentielle (une infrastructure ou un service), l'obligeant à y garantir l'accès à ses concurrents sous certaines conditions. De ce fait, elle vient limiter le droit absolu de propriété « celui de jouir et de disposer des choses ». Cette limite est conforme aux restrictions qui peuvent être apportées au droit de la propriété dans l'intérêt général, et l'intérêt général ici est exige le bon fonctionnement de la concurrence.

¹⁰²² Th. Pénard, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *Revue internationale de droit économique*, 2/2002 (t. XVI), pp. 293-312, spéc. n°20.

¹⁰²³ Moulay. DRISS EL IDRISSEI , « Le régime juridique des infrastructures des télécommunications et le développement économique du Maroc », Thèse précitée , p 364.

¹⁰²⁴ Ibid, p 365

¹⁰²⁵ R. PAPY , « l'aviation commerciale et le droit anti trust », thèse précitée, p 119 .

¹⁰²⁶ Moulay Driss El Idrissi , ,Thèse précitée , p 366.

La théorie a été appliquée pour la première fois en droit américain, sur le fondement du Sherman Acte pour condamner les accords et pratiques concertées, et les monopoles rétractifs du commerce entre les Etats¹⁰²⁷ « arrêt United States V. Terminal Railroad »¹⁰²⁸. Elle a ensuite été étendue aux services en réseaux : électricité, télécommunications longues distances¹⁰²⁹

Au début des années 1990, la notion du service universel fait son irruption en droit communautaire. La commission européenne l'a utilisée pour la première fois à propos d'installation portuaire dans sa décision du 21/12/1993. Elle condamne à la base de l'article 82 du traité, l'abus de position dominante pratiquée par une entreprise qui refuse à d'autres entreprises l'accès à cette installation.¹⁰³⁰ La cour précise qu'une installation essentielle est une installation sans l'utilisation de laquelle les¹⁰³¹ « concurrents ne peuvent offrir de services à leurs clients »¹⁰³²

Quant à la jurisprudence communautaire, la cour de justice européenne a rendu un arrêt intéressant à propos de l'affaire BRONNER¹⁰³³ en se fondant sur « essential facilities » en la mettant entre guillemets sans la traduire en français¹⁰³⁴ ouvrant ainsi la voie devant une série d'arrêts. L'expression anglaise a été substituée dans d'autres affaires par d'autres expressions équivalentes : facilités essentielles, installations essentielles.¹⁰³⁵

¹⁰²⁷ Ibidem – Il est important de noter que la jurisprudence américaine a remis en cause cette théorie dans un arrêt très important Trinko du 13/01/2004. Elle a fait écho aux critiques d'une partie des commentateurs américains qui dénonçaient l'imprécision de la notion et doutaient dans son l'utilité. « la Cour déclara qu'elle n'avait jamais reconnu cette théorie et qu'elle ne trouvait d'ailleurs pas nécessaire. Dans le cas d'espèces, de la reconnaître ou de la rejeter. Toutefois, la Cour fit ensuite une remarque qui pourrait laisser penser qu'elle n'écarter pas totalement son application. La Cour ajouta, en effet, qu'en toutes hypothèses, l'exigence indispensable pour pouvoir invoquer la théorie des « essential facilities » était l'impossibilité d'accéder aux installations qualifiées d'essentielles, ce qui n'était pas le cas dans la présente affaire, attendu que l'autorité de régulation avait le pouvoir d'en ordonner l'accès » : M. Gouverneur, « La théorie des Infrastructures Essentielles en Droit de la Concurrence », Université de Liège, 2007 cité par R. PAPY, « l'aviation commerciale et le droit anti trust », thèse précitée, p 119.

¹⁰²⁸ Cour Suprême des Etats-Unis, United States v. Terminal Railroad Association, 224 US 383, 1912 cité par J.GOUBET, « L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe et aux Etats unis », Mémoire de master de droit européen comparé, 2009 -2010, p.04.

¹⁰²⁹ Sur l'électricité voir l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, Otter Tail Power Co. v. US, 410 US 366, 1973. Et sur les télécommunications voir l'arrêt relatif à MCI Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. AT&T Company, 708 F.2d. 1081, 1983. Les deux arrêts sont cités par J.GOUBET, « L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe et aux Etats unis », mémoire précité, pp20 et 34.

¹⁰³⁰ 94/19/CE: Décision de la Commission, du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 - Sea Containers contre Stena Sealink - Mesures provisoires) (IV/34.689 - Sea Containers contre Stena Sealink - Mesures provisoires voir le site : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31994D0019>

¹⁰³¹ G. DZOHY, « La théorie des facilités essentielles », LGDJ, 2009, p.

¹⁰³² Décision 94 /119 CE de la commission du 21 Décembre 1993, Port de Rodby, JOCE n L55 du 26 février 1994 p52 Point 12

¹⁰³³ CJCE, 26 novembre 1998, n° C-7/97.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0007>

¹⁰³⁴ K. KOSTOPOULOS, « Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence » Thèse soutenue à l'université de Toulouse 1 en 2003, p 171

¹⁰³⁵ Ibid

La cour de justice continue d'appliquer la théorie à plusieurs secteurs. Dans l'affaire Magill, elle l'applique au secteur des médias en condamnant l'entreprise Radio télévision Eirann RTE pour abus de position dominante, constitué par le refus de fournir des informations sur ses programmes à ses concurrents¹⁰³⁶.

Le domaine des services en réseaux est le terrain privilégié de l'application de cette théorie dans la jurisprudence communautaire. Dans un arrêt rendu le 15/09/1998 dans l'affaire Européan Night service /commission aff, la commission est très claire sur le caractère de facilité essentielle des réseaux de transport à savoir le tunnel dans cette affaire¹⁰³⁷.

Les solutions dégagées par les institutions européennes s'inscrivent dans la ligne droite de la jurisprudence communautaire prohibant l'abus de position dominante. C'est la raison pour laquelle la théorie est considérée comme « *une extension naturelle de l'application de l'abus de position dominante* »¹⁰³⁸

La théorie a reçu une consécration par la jurisprudence interne des pays européens, notamment en France. La cour d'appel de Paris a donné une définition de l'essentialité dans son arrêt du 09 septembre 1997 : « les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables »¹⁰³⁹

Cette définition inspirée de celle donnée par la direction générale concurrence qui définit la facilité essentielle comme une « installation ou infrastructure nécessaire pour atteindre les clients et/ou pour permettre aux concurrents d'exercer leurs activités. Une facilité est essentielle lorsque sa reproduction est impossible ou extrêmement difficile en raison de contraintes physiques, géographiques juridiques ou économiques »¹⁰⁴⁰ D'autres décisions ont été prises par le conseil de concurrence pour une consécration de la théorie dans le domaine des services en réseaux.

¹⁰³⁶ Arrêt de la Cour du 6 avril 1995. Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes. Concurrence - Abus de position dominante. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61991CJ0241>

¹⁰³⁷ La décision n° 94/894 du 13/12/1994 concernant une convention d'utilisation conjointe d'Euro tunnel JOCE L 354 du 31/12/1994 : « Le tunnel sous la manche constitue une infrastructure ferroviaire essentielle dont le gestionnaire vend des capacités horaires aux entreprises ferroviaires souhaitant opérer des trains internationaux. L'utilisation des sillons horaires sur cette infrastructure est indispensable aux entreprises ferroviaires qui fournissent des services de transport et qui incorpore le coût d'achat des sillons dans le prix du transport qu'elles facturent à leurs clients qui payent un prix global aux transporteurs »
« Cette infrastructure constitue une infrastructure essentielle pour les entreprises ferroviaires souhaitant fournir des services de transport entre le Royaume –Uni et le continent » point 56

¹⁰³⁸ THIL – THAYARA, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des facilités essentielles », contrats concurrence, consommation, 1999, n° 5, p04.

¹⁰³⁹ CA Paris 1^{er} Chambre section H 09 septembre 1997 relatif au recours formé par la société Héli-Inter Assistance contre la décision n° 96 –D-51 (BOCC8 janvier 1998)

¹⁰⁴⁰ Cité par G. DZOHY, La théorie des facilités essentielles, op cit, p 94

Dans une autre affaire, la cour d'appel de Paris reprend l'analyse du conseil de concurrence en soulignant que « la société NC Numéricable ne dispose d'aucune autre solution que d'utiliser (les réseaux) de la société France télécom pour l'exploitation de ses sites et que ces infrastructures revêtent pour elles un caractère essentiel »¹⁰⁴¹

Cette logique a été aussi utilisée dans le domaine des services en réseaux par la cour. Ainsi, dans un arrêt rendu le 27 janvier 1998 à propos d'un litige opposant l'Electricité de France à des producteurs indépendants, la cour considère que les lignes électriques contrôlées par EDF du fait de son monopole légal dans le domaine de transport et la distribution de l'électricité étaient des « infrastructures essentielles nécessaires à la commercialisation produite (par les entreprises indépendantes)¹⁰⁴² .

La jurisprudence communautaire a dégagé les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles qu'on peut résumer dans trois conditions¹⁰⁴³ :

-Que l'infrastructure soit contrôlée par un monopole de droit ou de fait. Dans les services en réseaux le subsiste encore en vertu des textes

- La facilité essentielle ne peut être reproduite à un coût économiquement raisonnable, et pour laquelle n'existe aucun substitut réel et potentiel¹⁰⁴⁴ . L'avocat général dans l'affaire Bronner a précisé le caractère de cette facilité en donnant quelques exemples dans ses conclusions « un produit tel qu'une matière première, ou un service qui peut consister à donner accès à un lieu tel qu'un réseau de télécommunications »¹⁰⁴⁵

- Que le refus d'accès opposé à un concurrent soit injustifié, c'est à dire qu'il n'y a aucun motif légitime. ou justification objective.¹⁰⁴⁶

- Que le fait incriminé soit constitué par le refus d'accès, ou le soumettant à des conditions moins favorables « que celles réservées à ses propres services »¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴¹ CA Paris (1^{ère} chambre section H)21 mai 2002 relatif au recours formé par la SA Télédiffusion de France (TDF) contre la décision n 02-MC -04(BOCC n12 du 22août 2002)

¹⁰⁴² CA Paris (1^{ère} chambre section H ,27 janvier 1998 relatif au recours formé par électricité de France EDF contre la décision n 96-D-80 (BOCC du 17 février 1998.

¹⁰⁴³ L'arrêt de TPICE du 15/09/1998 affaire « Européen Night Services Eurostar Ltd Union internationale des chemins de fer NS SNCF c /commission point 209.

¹⁰⁴⁴ K. KOSTOPOULOS, « Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence » ,thèse précitée, p 173 .

¹⁰⁴⁵ Arrêt de la Cour dans l'affaire C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG / Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a : "Le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un État membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet État membre, de refuser, contre une rémunération appropriée, l'accès audit système à l'éditeur d'un quotidien concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage de celui-ci, ne se trouve pas en mesure de créer et d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile, ne constitue pas un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité CE."

<http://curia.europa.eu/fr/actu/communiqués/cp98/cp9872fr.htm>

¹⁰⁴⁶ K. KOSTOPOULOS, « Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence » ,thèse précitée, p 173

B- l'introduction de la concurrence dans la sphère de domanialité publique

Les installations essentielles peuvent se présenter comme éléments du domaine public. Or ,ce dernier a été animé dans le passé par une logique pouvoir de police et la finalité de protection ..On pourrait alors s'interroger sur la compatibilité avec une logique concurrentielle.

Le juge administratif a eu l'occasion de juger si la concurrence pourrait s'imposer à l'administration dans sa gestion du domaine public . Il s'agissait de savoir, si celle-ci était tenue de respecter l'égalité d'accès aux parties du domaine public considérées comme des facilités essentielles .Dans son arrêt de Département de la Vendée, le conseil d'Etat considère que les infrastructures en question (installations portuaires) comme des infrastructures essentielles « qu'il convient dans un souci de concurrence ,de rendre accessibles à l'ensemble des acteurs du marché »¹⁰⁴⁸. Toutefois si la théorie est applicable par principe au domaine public, cela ne va pas dessaisir l'autorité gestionnaire du domaine de ces prérogatives. C'est-à-dire celle-ci est toujours en mesure d'apporter des restrictions à la liberté d'accès .C'est ce que le juge administratif précise dans l'arrêt précité .Il pose en effet les limites au droit d'accès dans deux cas : l'adoption de mesures en vue de protéger les usagers ou la protection des biens domaniales, d'apporter au concessionnaire le soutien nécessaire pour remplir sa fonction d'intérêt public.

Il est clair d'après la jurisprudence du conseil d'Etat que la théorie de facilités essentielles s'impose dans le domaine public, sous réserve du respect d'intérêt public qui prime toujours sur les intérêts individuels¹⁰⁴⁹ .Il convient de noter que l'application de la théorie dans l'arrêt précité s'effectuée en dehors de dispositions spécifiques .

Dés lors , l'obligation de la mise en concurrence s'étend en droit français à l'attribution des titres d'occupation du domaine public, car celui-ci constitue bel et bien siège d'activité commerciales ¹⁰⁵⁰ .C'est ce que le conseil d'Etat a jugé à l'occasion de l'Arrêt EDA du 26 mars 1999. Il considère qu'il revient au juge administratif d'apprécier la légalité des actes de gestion à l'égard du principe de l'industrie et de commerce¹⁰⁵¹ . Au

¹⁰⁴⁷ K. KOSTOPOULOS, thèse précitée, p 173 .

¹⁰⁴⁸ Conseil d'État, 30 juin 2004 .Disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr>

¹⁰⁴⁹ Le juge administratif essaye dans cette affaire de concilier deux contradictions antagonistes : intérêt public et concurrence. Il « opère une analyse détaillée tant des obligations de service public que du contenu et de l'ampleur des prescriptions favorables au concessionnaire avant de conclure au caractère nécessaire et adapté de certaines restrictions et d'en annuler d'autres sur le fondement de la rupture du principe d'égalité » voir GULAN CLAMOUR, Intérêt général et la concurrence, op cit , p571.

¹⁰⁵⁰ En revanche si le domaine public n'est pas le siège d'activités économiques et ne comporte aucun des éléments de services ou de travaux fournis à la personne publique la dévolution du titre d'occupation n'obéit à aucune procédure concurrentielle voir Y. GAUDEMET, « à propos de la valorisation économique des propriétés publique », RDP , p 1224 .

¹⁰⁵¹ « lorsque conformément à l'affectation de ces dépendances, celle-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, prendre en considération les diverses règles telles que le principe de liberté et de commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ;qu'il revient au juge de l'excès de pouvoir ,à qui il appartient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public de s'assurer que les actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et ces règles qu'il en ont fait ,en les combinant une exacte application »

même titre que le droit interne, le droit communautaire s'impose aussi à l'égard des conventions d'occupation du domaine public¹⁰⁵².

Dans le même sens, le conseil de concurrence précise dans quelle mesure l'acte de dévolution obéit à une procédure concurrentielle. Dans son avis n 04-A -19 du 21 octobre 2004¹⁰⁵³ le conseil pose comme principe l'obligation de publicité préalable. Cette obligation est déduite « de la règle de l'égalité de traitement entre candidats de celle du libre jeu de la concurrence et de l'amélioration du service rendu aux usagers ». Quant aux titres d'occupation assortis d'une clause d'exclusivité, le conseil impose une procédure plus rigoureuse : une obligation de publicité et une remise de propositions par les candidats¹⁰⁵⁴. Ainsi, le principe traditionnel selon lequel l'administration n'est tenue d'aucune procédure particulière pour délivrer un titre d'occupation du domaine public subit une limite.

Le respect de mise en concurrence dans l'octroi des titres d'occupations du domaine public rejoint la solution apportée pour les facilités essentielles¹⁰⁵⁵. Dès lors, selon M Vantrot Schwartz « *chaque fois que la personne publique est propriétaire sur un marché intermédiaire d'une installation portuaire, d'un aéroport d'un réseau câblé ou d'un réseau de communication électronique d'un temps d'antenne, de fréquence d'un trottoir d'une route ou d'une place, d'un marché ou encore d'une base de données la question de la qualification du bien lui appartenant comme étant « une ressource essentielle » se trouve posée* »¹⁰⁵⁶. Toutefois, il faut souligner que la théorie de facilité essentielle intervient généralement dans des marchés concurrentiels¹⁰⁵⁷, alors que l'octroi d'un titre d'occupation crée à son détenteur un droit exclusif. Mais dans les deux cas, il s'agit de s'assurer que les règles de concurrence n'ont pas été violées.

Dès lors, l'aspect patrimonial et économique du domaine public est pris en considération par les autorités qui le gèrent, notamment dans le domaine des services en réseaux. Car, les activités de transport d'énergie ou de l'eau et d'assainissement ont tous comme siège des parties du domaine public¹⁰⁵⁸.

En revanche en droit algérien la loi domaniale ne précise pas les procédures de dévolution de la concession domaniale quelle soit accompagnée ou non d'une mission de service public. L'article 64 bis de la loi domaniale renvoie à un règlement la fixation des conventions et les cahiers de charge –types mais rien n'est prévu pour le mode de

¹⁰⁵² TA Nîmes, 24 janvier 2008, société des trains touristiques G EISENREICH, AJDA, 2008, p 2172, note J-D. Dreyfus ; RLC, 7/2008 comm.n16 obs G Clamour. Le juge administratif applique dans cette affaire le principe communautaire à propos d'un bail emphytéotique

¹⁰⁵³ Conseil de concurrence, 04-A-19 Avis du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits.

¹⁰⁵⁴ S. NICINIST, Droit public des affaires, op cit, point, 578.

¹⁰⁵⁵ Y. GAUDEMET, « la valorisation économique des propriétés publiques », article précité, p1223.

¹⁰⁵⁶ Cité par Y. GAUDEMET, Ibidem, p 1223 et 1224.

¹⁰⁵⁷ J F. AUBY, le service public, op cit, p 131.

¹⁰⁵⁸ DE LA RICA, Domanialité publique et droit communautaire « peu de chagrin » ou nouvelle mutation ? in Incidences du droit communautaire sur le droit public français, sous la direction de Gabriel ECKERT Presses universitaires de Strasbourg 2007, p 373

dévolution . Or le domaine public n'est pas seulement le siège des libertés publiques, il est aussi l'espace des activités commerciales et industrielles¹⁰⁵⁹, d'autant plus qu'une concession créerait en faveur de l'opérateur un droit exclusif .Le domaine public peut donc être sollicité de la part des opérateurs désirant l'exploiter. Dans ce cas, seul le recours à une procédure concurrentielle permet à l'administration de choisir un candidat parmi d'autres et éviter toute discrimination .

Sous section 2 : l'étendu du droit d'accès

La notion d'accès est centrale dans le processus de libéralisation¹⁰⁶⁰.Car comme le souligne la commission des communautés européennes dans son rapport sur la politique de la concurrence : « un accès ouvert et non discriminatoire aux réseaux et à d'autres infrastructures essentielles fournies par des entreprises dominantes apparait comme une condition préalable à une concurrence effective »¹⁰⁶¹

Dans le domaine des services en réseaux ouverts à la concurrence, le droit d'accès prend deux formes .Un accès unidimensionnel qui constitue la règle générale dans ces services .Ainsi, les réseaux électriques et gaziers et les réseaux de télécommunications sont ouverts aux opérateurs (§1) .La seconde forme d'accès est multidimensionnel, elle concerne le cas particulier de l'interconnexion dans le domaine de télécommunications (§2) .

§1- L'accès unidimensionnel aux réseaux

Cet accès est reconnu aux opérateurs privés à l'égard des réseaux qui appartiennent toujours aux opérateurs historiques. L'accès unidimensionnel aux réseaux électriques et gaziers occupe une importance primordiale, en raison l'inexistence d'un substitut à ces réseaux (A) . En revanche, l'accès unidimensionnel dans le secteur de télécommunications s'oppose avec moins d'acuité en raison de l'existence de substituts techniques, c'est pourquoi le droit d'accès unidimensionnel concerne principalement l'accès à la boucle locale (B).

A- l'accès aux réseaux électriques et gaziers

Le droit d'accès dans le domaine des services en réseaux concurrentiels concerne les activités électriques et gazières et le secteur de télécommunications. Il prend en considération les caractéristiques de leurs réseaux respectifs.

¹⁰⁵⁹ S. NICINIST ,Droit public des affaires, op cit, p 23

¹⁰⁶¹ Commission des Communautés européennes, XXIIe, Rapport sur la politique de concurrence, 1991 (publié en relation avec le XXVe Rapport général sur l'activité des Communautés européennes, 1991), Bruxelles, Luxembourg, 1992, n°16.

Le droit d'accès à l'infrastructure de l'opérateur historique dans le domaine d'électricité et du gaz apparaît normal, en contrepartie de son pouvoir sur le marché. La position qu'il occupe en tant que détenteur de monopole d'une infrastructure, à l'égard de laquelle il n'y a aucun substitut, justifie sa soumission à une telle obligation. Si le droit d'accès a pour but de permettre aux clients de choisir leurs fournisseurs en toute liberté¹⁰⁶², il n'en est pas moins une condition pour les opérateurs d'accéder au marché d'électricité et du gaz.

L'accès dont il s'agit dans les activités électriques et gazières est unidimensionnel, puisque les opérateurs en concurrence doivent pouvoir accéder aux réseaux qui demeurent non soumis à la concurrence. Car, les fournisseurs de services ouverts à la concurrence sont obligés de se procurer des intrants essentiels auprès d'un prestataire d'un service sous le monopole « sans que le réciproque soit vrai ». Cela dit, la fourniture des services aux clients dépend de l'accès au service non soumis à la concurrence.¹⁰⁶³

Cet accès est confirmé dans des termes bien de l'article 61 de la loi 2002-01 qui dispose que « l'organisation du secteur est basé sur le principe de l'accès des tiers aux réseaux de transport de l'électricité et du gaz et à ceux de la distribution pour permettre l'approvisionnement direct des clients éligible auprès des producteurs de l'énergie électrique et des fournisseurs du gaz ». Des lors, le droit d'accès dépend de la qualité d'éligibilité des clients qui s'élargit progressivement, c'est à dire que le niveau de consommation qui conditionne la qualité de client éligible sera revu à la baisse « article 62 »¹⁰⁶⁴.

Le droit d'accès aux réseaux a été aussi reconnu aux distributeurs et aux agents commerciaux. Ceux-ci peuvent au même titre que les clients éligibles et les producteurs de l'électricité et fournisseurs du gaz avoir accès aux installations des réseaux de transport et/ou de distribution ou aux deux moyennant un péage¹⁰⁶⁵.

Il faut souligner que le réseau électrique n'apparaît juridiquement qu'avec « la réalisation de liaison entre les lignes électriques qui devront servir à alimenter en électricité des consommateurs de plus en plus éloignés du lieu de production ». Avant leur développement technique les réseaux électriques ne sont appréhendés par les textes que comme des « conducteurs électriques destinés au transport de la force ». C'est en effet grâce au maillage des lignes électriques que sont créés les réseaux à proprement dit qui assument le rôle d'acheminer l'électricité via une infrastructure depuis le producteur aux consommateurs. Le réseau électrique acquiert alors une importance qui correspond à la spécificité de l'électricité qui consiste dans le fait « qu'elle ne se déplace pas avec précision d'un point d'injection (lieu de production) à un point de soutirage (lieu de

¹⁰⁶² N.CHEBEL, La régulation de l'électricité et du gaz, op cit, p35.

¹⁰⁶³ Sur de l'analyse économique de cette question voir OCDE, rapport précité sur la tarification de l'accès dans le secteur de télécommunications, p 07.

¹⁰⁶⁴ Loi 02-01 relative à l'électricité et la distribution du gaz par canalisation, loi précitée.

¹⁰⁶⁵ Art 65 de la même loi.

consommation) et la mise sous tension fait en sorte que le réseau électrique n'achemine pas un produit identifiable mais une puissance »¹⁰⁶⁶.

On pourrait s'interroger sur l'appartenance du réseau de stockage au réseau concerné par le droit d'accès. Il est exigé pour reconnaître cette appartenance que l'accès soit techniquement nécessaire pour garantir un accès efficace aux réseaux de transport et/ou de distribution. Il ne s'agit pas d'un droit d'accès généralisé. C'est ce que le conseil et la commission adoptent comme solution, mais le problème que pose le stockage n'est pas pour autant résolu, car il est nécessaire de déterminer ce qu'on entend par efficace et la réponse n'est pas certaine, puisqu'elle dépend dans chaque cas des clients concernés dont varient les demandes et leur profils de consommation ainsi que leurs besoins de flexibilité¹⁰⁶⁷.

On pourrait néanmoins tenter d'utiliser la théorie de facilités essentielle pour revendiquer l'accès au réseau de stockage¹⁰⁶⁸. D'ailleurs, dans d'autres secteurs énergétiques on retrouve des applications de la théorie des facilités essentielles. Ainsi, en droit français et dans le cadre du contrôle des concentrations la qualification a été reconnue sans équivoque pour des stockages de produits pétroliers par le conseil de concurrence¹⁰⁶⁹.

L'absence de précédent concernant le stockage du gaz naturel ne signifie nullement l'inopposabilité à son égard des règles de concurrence. En l'occurrence, l'interdiction de l'abus de position dominante.

Il est admis que pour évoquer cet abus, deux conditions doivent être réunies : en premier lieu le refus d'accès soit de nature à éliminer toute concurrence sur un « marché dérivé distinct et ne puissent être objectivement justifiés », et en second lieu, l'accès soit indispensable pour exercer son activité « en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel »¹⁰⁷⁰.

Selon la jurisprudence de la cour de justice européenne, il est difficile de satisfaire les exigences de l'abus de position dominante, et surtout concernant l'exigence qu'aucun substitut réel ou potentiel n'existe. A cet égard, la cour n'est pas convaincue que la création de nouveaux stockages ne constitue pas une alternative potentielle et réaliste¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁶ N.CHEBEL, La régulation de l'électricité et du gaz, op cit, p26 voir sur la fonction du réseau C STOFFAES direc, entre monopole et concurrence - la régulation de l'énergie en perspective historique-, PAU, 1994.

¹⁰⁶⁷ Ibid., p 444.

¹⁰⁶⁸ Quand les règles sectorielles garantissant l'accès aux réseaux se trouvent épuisées, les règles de concurrence ouvrent une autre piste devant les opérateurs pour revendiquer au nom de la théorie des facilités essentielles l'accès à d'autres infrastructures qui n'ont pas été incluses dans la législation sectorielle. Ainsi cette théorie comble les insuffisances de la régulation ex ante. Comme il été déjà souligné cette théorie s'applique même en dehors d'une consécration législative. Il suffit se référer au règles générales relatives à la concurrence pour qu'elle trouve sa place.

¹⁰⁶⁹ C. LEMAIRE, Energie et concurrence, op cit, p 500

¹⁰⁷⁰ V CJCE, 26 novembre 1998, n° C-7/97, Arrêt précité, spec point 41.

¹⁰⁷¹ C. LEMAIRE, Energie et concurrence, op cit, p 452.

B- l'accès aux réseaux de télécommunications la boucle locale

Il n'est plus facile de définir le réseau de télécommunications, dans la mesure où celui-ci subit le poids d'une évolution technologique, économique et juridique qui bouscule son image traditionnelle. A cet égard, ces transformations ont remis en question le caractère d'économie d'échelle, comme évidence sur laquelle se fondait toute définition du réseau¹⁰⁷². C'est-à-dire, que les réseaux de télécommunications ne représentent plus dans leur intégralité les coûts fixes élevés comme on va le voir.

On assiste alors à un phénomène de complexification et multiplications des réseaux de télécommunication à tel point, que ce secteur passe selon MUSSO « *de l'unicité originelle à la multiplicité à venir* »¹⁰⁷³. Il est question aussi de dématérialisation par l'adoption de la transmission de numérisation de la transformation. L'ensemble de ces transformations, et la convergence des technologies ont rendu nécessaire de concevoir le réseau dans un cadre très large¹⁰⁷⁴. A ce titre, les réseaux de communications électroniques sont définis en droit communautaire comme incorporant une large gamme de moyen de transmission¹⁰⁷⁵.

Quant au droit algérien, la loi 2000-03 donne une définition succincte du réseau de télécommunications en prévoyant qu'il comporte « toute installation ou ensemble d'installation assurant soit la transmission soit la transmission et l'acheminement de signaux de télécommunication ainsi que l'échange des informations de commande et de gestion qui y sont associées entre les point de transmission de ce réseau »¹⁰⁷⁶. A partir de cette définition, on peut reconnaître toute sorte de moyen de communication y compris les nouvelles technologies. Dans d'autres législations tel en droit français les réseaux de télécommunications sont abordés dans un cadre de communications électronique¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷² Moulay Driss. EL IDRISSEI, « le régime juridique des infrastructures des télécommunications et le développement économique : l'exemple du Maroc », thèse précitée, p 21

¹⁰⁷³ Cf Pierre Musso cité par Moulay op cit Moulay Driss. EL IDRISSEI, « le régime juridique des infrastructures des télécommunications et le développement économique : l'exemple du Maroc », Thèse précitée, p 22.

¹⁰⁷⁴ (Télécommunications –informatique –audiovisuelle)

¹⁰⁷⁵ Directive cadre article 2 « les systèmes de transmission et, le cas échéant les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électroniques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuit ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision quelque soit le type d'information »

¹⁰⁷⁶ La définition donnée par la loi 2000-03 « article 8 » est reprise par le cahier de charge relatif à la licence d'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications et de fourniture de services téléphoniques fixes internationaux, interurbains et de boucle locale au public. Décret exécutif n 05-174 précité

¹⁰⁷⁷ Le nouveau droit des communications s'inscrit dans une nouvelle perspective, celle que concrétise la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO 22 juin 2004. et la loi n 2004 -669 du 09 juillet relative aux services de communications électroniques et aux services de communications audiovisuelle, JO 10 juillet 2004. Le nouveau dispositif juridique reflète la convergence des techniques de communications de tel façon qu'il y aurait un seule réseau. Parce que techniquement les réseaux de communications audiovisuelles peuvent transmettre des communications et inversement le réseau de

Le réseau se divise selon la loi 2000-03 en trois catégories : réseau interne, réseau privé, réseau public. Seul ce dernier nous préoccupe en ce qui concerne le droit d'accès aux réseaux de télécommunications. Mais il faut prendre en considération que contrairement aux réseaux de l'électricité et de gaz qui demeurent des monopoles naturels, les réseaux de télécommunications peuvent être établis par les particuliers. En d'autres termes, l'accès au secteur ne dépend pas exclusivement du réseau de l'opérateur historique ; tant qu'il existe des réseaux alternatifs qui sont le fruit de l'évolution technologique¹⁰⁷⁸

Cependant, le contournement du réseau de l'opérateur historique n'est pas absolu. Une partie de celui-ci est indispensable pour l'exercice de certaines activités de télécommunications, il s'agit notamment de la boucle locale.

Cette dernière comporte selon le rapport de l'ARPT¹⁰⁷⁹ le réseau local constitué de paires de fils de cuivres permettant de desservir directement les clients.

On retrouve une définition plus précise de la boucle locale dans le règlement européen du 18 décembre 2000. Il la définit comme étant « le circuit physique à paire torsadée métallique qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente du réseau téléphonique fixe »¹⁰⁸⁰

On pourrait enrichir cette définition, en distinguant trois parties dans la boucle locale : la première consiste dans le segment de l'infrastructure reliant l'abonné final au réseau général. Elle se compose du terminal de l'abonné « un poste téléphonique, un modem ou une installation complexe (PABX) d'une grande entreprise »¹⁰⁸¹

La deuxième partie, est constituée d'un répartiteur de rattachement qui représente une armoire concentrant l'ensemble des lignes d'utilisateurs pour les renvoyer vers le commutateur téléphonique¹⁰⁸². Enfin la troisième partie est constituée d'un circuit physique à paire torsadée représentant le support de distribution reliant le poste de l'abonné au répartiteur de rattachement¹⁰⁸³

télécommunications peuvent aussi être le support des activités audiovisuelles voir L.RAPP, Le droit des communications entre réglementation et régulation, AJDA, novembre 2004, p 2048.

Les lois de 2004 marquent la rupture avec l'ancien dispositif qui maintenait une distinction entre télécommunications et communications audiovisuelles « l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986. Le code des télécommunications consacrait cette distinction. JORF du 1 octobre 1986.

¹⁰⁷⁸ P. BAUBY, L'euphémisation des services publics, op cit, p 102

¹⁰⁷⁹ ARPT, Rapport annuel, 2005, p100.

¹⁰⁸⁰ Règlement N 2887/2000 du parlement européen et du conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE n336 du 30 décembre, p6.

¹⁰⁸¹ Moulay Driss. EL IDRISSI, « le régime juridique des infrastructures des télécommunications et le développement économique : l'exemple du Maroc », op cit, p 346

¹⁰⁸² Ibidem

¹⁰⁸³ Une définition donnée par l'autorité de régulation française : www.art.telecom.fr. Date de la consultation 20/05/2016

L'accès à la boucle locale présente un caractère de monopole naturel. Celle-ci est un maillon indispensable à l'accès de divers prestataires de services à leur client. De ce fait, elle est considérée comme une facilité essentielle à laquelle l'accès est une condition essentielle à l'entrée au marché et dont le contrôle de gestion est primordial¹⁰⁸⁴

Le dégroupage de cette boucle est nécessaire, notamment pour la fourniture de la téléphonie fixe, ainsi les services à haut débit tel l'internet .Il présente l'avantage de permettre une valorisation du réseau public en le combinant avec d'autres nouvelles technologies (par exemple ADSL et les commutateurs données /signaux vocaux IP)¹⁰⁸⁵ .

En droit communautaire, l'introduction de la concurrence dans la boucle locale est engagée par la commission qui adopte la recommandation du 25 mai 2000. Il s'agit de demander aux Etats membres « de prendre les mesures législatives et réglementaires appropriées pour que le dégroupage total de l'accès à la boucle locale soit obligatoire au plus tard le 31décembre 2000 »¹⁰⁸⁶

Il est recommandé par certaines autorités de régulation telle l'ART en France que l'offre en matière de dégroupage soit suffisamment dégroupée¹⁰⁸⁷ pour permettre aux opérateurs de choisir les éléments du réseau qui leurs sont nécessaires¹⁰⁸⁸ .

Quant au droit algérien, la boucle locale fait partie du réseau ouvert à l'exploitation privée selon l'article 28 de la loi 2000-03, elle relève du régime de la licence, et obéit aux conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. Il est important de noter que le titulaire de la licence d'exploitation du réseau public est tenu de répondre aux demandes du partage d'infrastructures dans les mêmes conditions susmentionnées.¹⁰⁸⁹

Dans tous les cahiers des charges relatifs, aux licences octroyées aux opérateurs de télécommunications figure l'obligation du titulaire de répondre aux demandes de ses concurrents concernant la location des infrastructures dans des conditions objectifs et

¹⁰⁸⁴ Ç. TANSUO , La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit, p 179

¹⁰⁸⁵ SEYNI MALAN FATI, « le dégroupage de la boucle locale » :<http://docplayer.fr/8925889-Le-degroupage-de-la-boucle-locale-par-seyni-malan-fati-chef-de-division-connectivite-et-traffic.html>
.Le dégroupage se présente selon le rapport de OCDE sur la tarification de télécommunications « lorsque l'opérateur historique loue la boucle locale moyennant des prix de gros à un concurrent pour lui permettre d'offrir une série de services de télécommunications voir tarification des télécommunications » OCDE ,Rapport sur la tarification de l'accès dans le secteur de télécommunications, rapport précité , p 53.

¹⁰⁸⁶ Voir sur cette recommandation :

http://www.lagbd.org/index.php/D%C3%A9groupage_de_la_boucle_locale_%28fr%29#La_recommandation_du_25_mai_2000_de_la_Commission_europ.C3.A9enne

¹⁰⁸⁷ ART, Recommandations de l'Autorité de régulation des télécommunications relatives à la définition des prestations d'accès à la boucle locale et à sa mise en œuvre opérationnelle, 30 octobre 2000.

[http://www.arcep.fr/index.php?id=8455&tx_gspublication_pi1\[typo\]=7&tx_gspublication_pi1\[uidDocument\]=134&cHash=4d1c56b8b7](http://www.arcep.fr/index.php?id=8455&tx_gspublication_pi1[typo]=7&tx_gspublication_pi1[uidDocument]=134&cHash=4d1c56b8b7).

¹⁰⁸⁸ L'OCDE ,La réforme de la réglementation en la France ,2004, p26

¹⁰⁸⁹ p14; Cahier des charges relatif à l'établissement et à l'exploitation d'un réseau public de télécommunications et à la fourniture de services téléphoniques fixes internationaux, interurbains et de boucle locale en Algérie, annexé au décret exécutif n 05-173 du 09 mai 2005 ,JORADP n34 du du 11 mai 2005 , p14.

transparentes. Le refus de ce partage ne peut être justifié qu'en raison d'une incapacité ou d'une incompatibilité technique.¹⁰⁹⁰

§2 / L'accès multidimensionnel

Le droit d'accès unidimensionnel dans le domaine de télécommunications- notamment à la boucle locale- se combine avec une autre obligation qu'est l'interconnexion. Celle-ci reflète l'accès multidimensionnel elle se différencie de la première forme d'accès dans sa définition (A) et son contenu (B) .

A- La définition de l'interconnexion

L'interconnexion est une notion technique liée aux réseaux .En effet ,depuis l'apparition de ceux -ci, s'est manifesté le besoin de les faire connecter , afin d'offrir le meilleur service. Ce besoin est ressenti avec rigueur dans le domaine de télécommunications. Même si dans le passé, le problème de l'interconnexion ne se posait pas , en raison de l'appartenance d'un réseau interconnecté à un seul opérateur.

Dans les pays comme la France et l'Allemagne, et à la suite de la politique de libéralisation menée par le droit communautaire, l'interconnexion s'est imposée. Elle devient une notion centrale La manifestation prodigieuse de l'interconnexion dans le domaine de télécommunications ne signifie nullement qu'elle était ignorée dans les autres domaines. Dans le domaine énergétique par exemple, l'interconnexion a été consacrée aux Etats unis mais cette fois ci en vertu de la loi .Celle-ci intervient pour mettre fin au monopole de production et imposer les obligations d'interconnexion aux opérateurs du secteur¹⁰⁹¹ .Mais, c'est surtout en matière des échanges transfrontaliers que l'interconnexion occupe une place importante. Car ces échanges s'opèrent via de lignes d'interconnexion reliant différents réseaux nationaux¹⁰⁹² On peut trouver aussi les traces de cette obligation dans le domaine des chemins de fer¹⁰⁹³ .

L'interconnexion est imposée, même lorsqu'un opérateur réussi à créer son propre réseau .Elle assure la connexion entre les différents réseaux ce qui permet à leurs abonnés de communiquer. L'interconnexion constitue alors un accès bidirectionnel car les deux

¹⁰⁹⁰ V Art 11 du cahier des charges annexé au décret n 04 -09 précité

¹⁰⁹¹ Public Utility Regulatory Policies Act (ou PURPA), 1978, 16 U.S.C. Sections 2601-2645. Cette loi fut défendue par le président Carter, ce qui montre encore que la déréglementation n'est pas d'abord l'œuvre du Président Reagan. V. R. F. Hirsh, *Power Loss: The Origins of Deregulation and Restructuring in the American*

Electric Utility System, Cambridge Massachussetts, MIT Press, 1999, spéc. pp. 71 suiv. et surtout pp. 119 suiv

¹⁰⁹² Christophe LEMAIRE ,*énergie et concurrence* ,p467 .

¹⁰⁹³ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées, tome 3, Paris , Dunod, 1869-1876, pp. 569 suiv., n° 1486 suiv

entreprises s'achètent mutuellement leurs intrants essentiels ¹⁰⁹⁴. Ce cas de figure est à l'antipode de l'accès à la boucle locale qui constitue un monopole naturel.

L'impact de l'interconnexion est déterminant sur le développement de la concurrence dans le marché des télécommunications. Son absence, élimine la concurrence et rend inefficace la création de nouveaux réseaux puisque leur abonnés ne pourront pas communiquer entre eux.

En droit français, les deux notions, l'accès et l'interconnexion étaient confondues dans le cadre de CPP, puisque l'interconnexion incluait l'accès au réseau. Cependant l'autorité de régulation faisait la distinction entre les deux notions. Elle favorisait en outre l'évolution de leurs définitions au gré des évolutions technologiques et besoins du marché en vue de contribuer à l'innovation technologique ¹⁰⁹⁵

On peut concevoir l'interconnexion comme un type particulier d'accès, parce qu'elle suppose un accès au réseau d'un concurrent. C'est ce que l'ARPT en Algérie souligne dans son rapport de 2002 en déclarant que « L'interconnexion permet aux nouveaux opérateurs de fournir des services en utilisant l'infrastructure de l'opérateur en place, faisant ainsi l'économie d'une coûteuse infrastructure propre » ¹⁰⁹⁶

La loi 2000-03 définit l'interconnexion avec précision. Elle concerne « les prestations réciproques offertes par deux opérateurs de réseaux publics ou les prestations offertes par un opérateur de réseau public à un prestataire de service téléphonique au public qui permettaient à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux quels que soient les réseaux auxquels ils sont raccordés ou les services qu'ils utilisent » ¹⁰⁹⁷.

Selon cette définition, l'interconnexion désigne une prestation qui s'impose à tous les opérateurs, sans aucun rapport avec les infrastructures essentielles. D'autres dispositions de loi 2000 viennent traiter l'accès aux infrastructures essentielles.

Techniquement l'interconnexion signifie le raccordement des réseaux de deux opérateurs, et englobe l'ensemble des prestations réciproques offertes par les exploitants de réseaux ouverts au public qui permettent à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux, quels que soient les réseaux auxquels ils sont raccordés ou les services qu'ils utilisent ¹⁰⁹⁸. Elle implique donc deux éléments : la connexion entre les réseaux ouverts au public et la possibilité donnée au public de passer par leur intermédiaire ¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴ OCDE, rapport sur la tarification de l'accès dans le secteur de télécommunications, Rapport précité, p 61.

¹⁰⁹⁵ Ç. TANSUO, La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit p 721.

¹⁰⁹⁶ ARPT, Rapport annuel de 2002, p59.

¹⁰⁹⁷ Art 08 de la loi 2000-03 précitée.

¹⁰⁹⁸ ARPT, rapport annuel, 2004, p 104.

¹⁰⁹⁹ Larget – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 182.

De ce fait l'interconnexion réalise une interopérabilité des normes pour assurer unité du système ¹¹⁰⁰.

A la lumière de la définition de l'interconnexion, on peut diviser cette notion en deux parties : l'élément technique permettant la liaison entre les réseaux et un élément fonctionnel qui permet la communication entre les différents utilisateurs ¹¹⁰¹

B- Le contenu de l'interconnexion

Le droit d'interconnexion, tel qu'il est prévu par la loi 2000-03 ne distingue pas entre les opérateurs dominants et ceux qui n'ont pas la dominance sur le marché. L'obligation d'interconnexion est formulée dans des termes généraux. Ainsi, tout opérateur est tenu de répondre à une demande. Et tous les opérateurs sont soumis à des obligations similaires.

Dans son article 25, la loi précise les garanties d'un tel droit à savoir la motivation du refus –contrôle tarifaire de l'ARPT –l'objectivité. Cependant le décret exécutif n 02-156 ¹¹⁰² vient soumettre les tarifs d'interconnexion des opérateurs puissants à l'encadrement de l'ARPT. Ainsi les obligations auxquelles sont soumis les opérateurs sont renforcées par rapport aux autres. ¹¹⁰³

De ce fait, le législateur reconnaît l'importance de la menace que représente la puissance économique de certains opérateurs sur l'accès au secteur. Il prévient les abus de position dominante qui peuvent être exercés à l'égard des nouveaux entrants de la part, notamment de l'opérateur historique. Cette précaution, s'accorde avec celle que la loi 2000-03 a prévu en interdisant les opérateurs de subventionner à partir d'une activité pour laquelle ils sont en position dominante d'autres activités ¹¹⁰⁴En somme les obligations, sont justifiées par la position qu'occupent les opérateurs historiques dans les services de télécommunications en tant que détenteurs de facilités essentielles.

Un tel renforcement des obligations des opérateurs en matière d'interconnexion, est consacré dans certaines législations telles en droit français avec plus de rigueur. En effet, on peut distinguer entre deux ensembles d'obligations relatives à l'interconnexion : les obligations relatives à l'ensemble des opérateurs ¹¹⁰⁵, et les obligations s'imposant seulement aux opérateurs dominants. Les premières incombent à tous les exploitants de réseaux ouverts au public pour répondre aux demandes d'interconnexion faits par les autres

¹¹⁰⁰ Larousse la définit comme outil assurant « ..la synchronisation entre les réseaux alternatifs » .Dans ce sens l'article 03 du décret exécutif n° 02-156 assigne à l'interconnexion l'objectif de « regrouper l'ensemble des réseaux compatibles ouverts au public au sein d'un réseau national algérien

¹¹⁰¹ Thomas PERROUD ,la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume uni ,thèse précitée 397

¹¹⁰² Décret exécutif n° 02-156 du 9 mai 2002 fixant les conditions d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications, JORADP n 35 du 15 mai 2002,p 9.

¹¹⁰³ C'est normal que la régulation prends en considération le déséquilibre de la concurrence dans le marchés des services en réseaux .Elle intervient alors pour compenser ce déséquilibre pour permettre une viabilité de la concurrence voir sur cette question P. COLSON ,P.IDOUX ,Droit public économique ,

¹¹⁰⁴ Article 27 de la loi 2000-03 précitée .

¹¹⁰⁵ Ç. TANSUO, La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit ,p 224

exploitants de réseaux ouverts au public des services de communications électroniques(art L 34 -8 ii du CPCE¹¹⁰⁶ .

Quant à la deuxième catégorie des obligations, elle est destinée à contrôler les opérateurs dominants pour permettre le développement de la concurrence et laisser la place aux nouveaux entrants. . Le droit de concurrence est utilisé pour déterminer les opérateurs ayant la qualité d' « opérateurs réputés exercer une influence significative ». Il est conféré à « à ARCP la mission d'effectuer ces analyses après avis du conseil de la concurrence et admet que les opérateurs réputés exercent une influence significative sur un marché correspondent à l'entreprise détenant une position dominante selon le droit de la concurrence »¹¹⁰⁷

La transparence fait partie des obligations qui peuvent être imposées aux opérateurs dominants. Le CPCE prévoit que l'ARCE peut imposer à ces opérateurs de rendre publiques des informations relatives à l'interconnexion ou l'accès¹¹⁰⁸ .

Il importe de signaler que les autorités de régulations ont le pouvoir de moduler leur contrôle sur les opérateurs puissant en fonction de l'analyse du marché¹¹⁰⁹ . Leur travail s'effectue en collaboration avec l'autorité de concurrence¹¹¹⁰ .

Section 2 : Une l'organisation adaptée à l'ouverture à la concurrence

La neutralité de la gestion du réseau, ainsi que l'objectif d'instauration d'une égalité de concurrence entre les opérateurs historiques et les nouveaux entrants sur les marchés des services en réseaux ont rendu nécessaires des changements structurels de l'action publique dans le domaine des réseaux. Il s'agit donc d'une transformation de la régulation, en fonction des objectifs qu'impliquent la libéralisation et l'ouverture à la concurrence. S'impose a ce titre la séparation des fonctions entre les fonctions de régulation et l'exploitation, à travers la création des autorités de régulation indépendantes (**Sous section 1**) . Et la séparation entre les fonctions de l'exploitation commerciale et la gestion du réseau (**Sous section 2**) .

Sous section 1 : la séparation entre les fonctions de régulation et d'exploitation

La création d'un marché concurrentiel nécessite qu'il soit reconnu une neutralité de la régulation vis-à-vis de l'Etat et le marché. Cet objectif s'impose dans tous les marchés concurrentiels de réseaux .Ainsi, les opérateurs privés son soumis à une régulation

¹¹⁰⁶ Code des postes et des communications électroniques français disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>

¹¹⁰⁷ Ibidem , p228

¹¹⁰⁸ Art L 38 -1-1 du code des postes et des télécommunications électroniques : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070987&idArticle=LEGIARTI000006465743&dateTexte=&categorieLien=cid>

¹¹⁰⁹ Çağla Ç. TANSUO, La régulation des services publics en France et en Turquie, op cit , p 228.

¹¹¹⁰ Voir C ESTRYN G GUENIER « la boucle locale dans les télécommunications, un enjeu pour la concurrence »article précitée, p 9

indépendante. L'égalité de chances est dès lors instaurée, elle se présente comme l'une des justifications principales de la séparation entre les fonctions d'exploitation et régulation (§1) . la réalisation de cette indépendance exige le respect de certaines conditions (§ 2) .

§1 - La consécration de l'indépendance de la régulation

La consécration de cette indépendance s'est imposée en droit comparé comme en droit algérien par la mise en place d'autorités de régulation indépendante sectorielles (B) . De telles autorités sont justifiées pour plusieurs considération (A) .

A- Les justifications de l'indépendance de la régulation

Cette séparation est imposée dans certains services en réseaux dans le cadre de l'ouverture à la concurrence. Elle est justifiée surtout par le principe d'équité ¹¹¹¹ afin de régler le conflit d'intérêt qui peut surgir entre l'Etat régulateur et l'Etat actionnaire d'abord pour l'accès à la facilité essentielle ou au bien rare ¹¹¹² .

En effet, au terme de sa mutation, dans le contexte de libéralisation, l'Etat a passé d'une fonction interventionniste en tant que propriétaire à la fonction de régulation ¹¹¹³ . L'Etat a toutefois sauvegardé son rôle comme actionnaire dans certains cas, y compris dans le cas des services en réseaux ou les opérateurs historiques font partie du secteur public.

En sauvegardant une place dans l'économie, naît cette contradiction logique entre son rôle naturel de puissance publique ¹¹¹⁴ et son rôle comme gestionnaire de ses opérateurs, ce qui pose le problème de conflit d'intérêt ¹¹¹⁵ . Cette contradiction a pu être

¹¹¹¹ Larget – ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux ,op cit , p 63

¹¹¹² Ibidem ,p198 En ce qui concerne l'accès aux réseaux et aux ressources rares cette séparation revêt une importance primordiale pour garantir un accès équitable transparent aux activités en réseaux. C'est la raison pour laquelle qu'elle a été imposée par le droit communautaire. La séparation est aussi une condition indispensable au cours de l'activité des opérateurs pour prévenir des atteintes à la concurrence

¹¹¹³ Selon W. AGGOUNE , « De L'Etat entrepreneur à l'Etat actionnaire discours juridique et réalité d'un processus », RASJP n 04 ,1993, p729 : « L'Etat - y - est perçu d'abord comme puissance publique, exceptionnellement comme propriétaire » il se réfère à l'article 30 de la constitution de 1989 jetant selon lui une « nouvelle philosophie du rôle de l'Etat » l'article 30 de la constitution de 1989 dispose que « les institutions ont pour finalité l'égalité en droits et devoirs de tous les citoyens et en supprimant les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine et empêchent la participation effective de tous à la vie politique , économique sociale et culturelle » .

¹¹¹⁴ Le rapport du Commissariat général du plan sur les services en réseaux exprime très bien cette contradiction « lorsque l'Etat reste actionnaire de l'opérateur historique ,il est inévitablement traversé par une contradiction entre ses objectifs patrimoniaux et les impératifs d'un régulation impartiale .Une séparation très nette entre les deux fonctions facilite le traitement de cette contradiction » Commissariat général du plan, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport précité, p204.

¹¹¹⁵ Le principe de séparation entre régulateurs et opérateurs est inspiré par le droit communautaire qui condamne depuis 1985 le cumul des fonctions. En effet la cour de justice a intervenu dès le début de la libéralisation des télécommunications dans l'affaire British télécom concernant le pouvoir du monopole public dispose que « le contrôle des spécifications et des règles d'agrèments ne peut être confié à des opérateurs concurrents dans le marché des terminaux ,vu le conflit d'intérêt évident » Arrêt de la Cour du 20 mars 1985. - République italienne contre Commission des Communautés européennes. - Abus de position dominante (article 86) - Entreprises publiques (article 90) - Accords internationaux (article 234) - Article 222

nuancée par une distanciation entre les deux fonctions par la soustraction de certains pouvoirs de l'Etat et les confier à des entités indépendantes.¹¹¹⁶ Cette séparation a le mérite d'être une source de cofinance au rôle de l'Etat et favorise l'émergence de marchés concurrentiels¹¹¹⁷

Donc, la séparation n'est que la création d'un autre pouvoir de régulation, à travers une régulation indépendante .Ce phénomène connue une application en France à travers des autorités administratives indépendantes¹¹¹⁸.

Le principe de séparation entre la régulation et l'exploitation tire son origine du droit communautaire, où il a été présenté pour la première fois comme solution raisonnable par la commission européenne dans sa communication du 20 octobre 1995¹¹¹⁹.

La séparation a pour objectif de garantir l'indépendance des autorités de régulations vis-à-vis du marché et vis-à-vis des ministères, en tant que des gestionnaires du portefeuille d'actions de l'Etat. C'est ce qu'indique l'article 5 bis de la directive 97/51 d'une façon claire « pour garantir l'indépendance des ARN :- les ARN sont juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de tous les organismes fournissant des réseaux, équipement ou services de télécommunications –Les Etats membres qui conservent la propriété ou ,dans une large mesure le contrôle des organismes fournissant des réseaux ou

- Article 190 du traité. - Affaire 41/83. L'arrêt est cité par le site <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0041>.

Directive 88/301 du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication ,17 ème considérant JOFCE du 27 mai 1998 ,p 73 .La théorie du conflit d'intérêt est consacrée par la cour de justice dans une série d'arrêts « Terminaux de télécommunications » .La cour déclare qu'une concurrence non faussée « ne peut être garantie que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée (CJCE ,19 mars 1991 ,Commission c/France ,aff .C - 202/88,Rec .pI -1223 ,pt 51)

¹¹¹⁶ Voir sur cette question les travaux de Rachid ZOUAIMIA, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économiques », Revue IDARA , n 2 , 2004 . / R ZOUAIMIA, les autorités indépendantes et la régulation économique en Algérie, HOUMA , 2005

¹¹¹⁷ Parce qu'un tel processus doit gagner la confiance des acteurs privés ,les autorités indépendantes sont choisies comme des instruments idéals pour réaliser l'ouverture à la concurrence .Car la concurrence se construit progressivement et on a besoin d'une autorité qui accompagne ce processus v S. BREVILLE, « Autorité indépendante et gouvernement : la régulation bicéphale du marché français des télécommunications », thèse précitée ,p18 .voir aussi Marie Anne FRISON ROCHE, « Pourquoi des autorités de régulation ,In La politique saisie par la concurrence », pp271 -285

¹¹¹⁸ La formule d'autorité indépendante s'est imposée partout en Europe .En Grande Bretagne ces institutions sont désignées sous l'appellation « Quasi Autonomous Non –Governmental organizations .Ce sont des personnes publiques qui ne dépendent de l'autorité d'un ministre mais contribuent à la réalisation de la politique gouvernementale voir Les autorités. Et Aux Etats unis la formule d'agence indépendantes a été employée .Elles ont été qualifiées comme quatrième branche du pouvoir sans tête » ,E.DIEKHOF, notes de synthèse sur les autorités administratives indépendantes, conseil d'Etat ,1991 P11.

¹¹¹⁹ Larget – ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux ,op cit ,p 294 . La communication recommande la création d'une autorité de régulation indépendante « dans le cas où ce ministère est l'actionnaire unique ou dominant de l'opérateur ,ou quand une participation importante de l'Etat demeure » Commission de la commission au Parlement européen et au conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés de services de télécommunications ,COM (95)113 final du 4 avril 1995 ,plus particulièrement p24 et 25 ,JOCE n C275/2 du 20 octobre 1995,p 10.

des services de télécommunications garantissent une réelle séparation structurelle entre les fonctions de réglementation et celles liées à la propriété ou au contrôle »¹¹²⁰

Il s'agit alors d'une séparation juridique, séparant l'organisme exerçant la fonction d'opérateur de celui exerçant la fonction régulatrice. Elle se réalise nécessairement par la création d'une entité nouvelle exerçant la fonction de régulation. L'autre séparation est « structurelle afin d'éviter les conflits d'intérêt entre les deux entités »¹¹²¹. Toutefois, l'autorité de régulation demeure intégrée à l'Etat, puisqu'elle le représente dans la régulation du marché. L'objectif est seulement la doter d'une certaine autonomie par rapport aux pouvoirs centrales « *afin de permettre à la concurrence de fonctionner dans les meilleurs conditions, dans les cas au moins où l'opérateur historique est public* »¹¹²². En d'autres termes elle représente un écran entre l'Etat et les activités régulées¹¹²³.

L'indépendance de l'autorité de régulation par rapport aux pouvoirs centraux n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un outil qu'exige la présence de l'Etat sur le marché par un opérateur dont il détient la propriété ou la majorité du capital¹¹²⁴. En revanche, l'indépendance de l'autorité vis-à-vis du marché sauvegarde sa pertinence tout au long d'ouverture du marché à la concurrence.

Cette séparation a été revendiquée pour le secteur électrique mais en la limitant à l'indépendance de l'autorité de régulation des parties dans le marché¹¹²⁵. Cela dit, la création d'un organisme indépendant du ministère n'a pas été consacrée dans ce secteur¹¹²⁶.

C'est donc, dans cette logique que les autorités de régulation indépendantes ont été introduites en droit français par l'influence du droit communautaire. Afin de soustraire certains secteurs au pouvoir traditionnel, et les confier à des organismes présentant les garanties de neutralité et d'impartialité¹¹²⁷. C'est pourquoi ces nouveaux organismes sont

¹¹²⁰ Mme Martine Lombard fait la synthèse des orientations communautaires en ce qui concerne l'indépendance des autorités de régulation : « Lorsque l'Etat reste l'actionnaire majoritaire ou le tuteur de l'un des principaux opérateurs sur le marché, voire de l'opérateur historique dans le cas des services récemment ouverts à la concurrence, il est en effet impératif d'organiser une pleine indépendance de (l'autorité réglementaire nationale), pour employer le langage des directives communautaires relatives à ce secteur, par rapport aux autorités de l'Etat, dans la mesure où elle risquent de se préoccuper prioritairement sinon, des intérêts de telle entreprise publique dans l'Etat est partie prenante » Lombard Martine, (la régulation dans un Etat de droit) in règles et pouvoirs de régulation, op cit, p 29.

¹¹²¹ Larget – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 295.

¹¹²² Ibidem, p 295.

¹¹²³ C.HANOUN, « Comment interpréter le désordre des autorités administratives indépendantes ? », p7 in le désordre des autorités indépendantes –l'exemple du secteur économique et financier –sous la direction de Nicole DECOOPMAN, collection CEPRISCA.

¹¹²⁴ Larget – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 295

¹¹²⁵ La directive 96/92/CE précitée « article 20-3 ».

¹¹²⁶ Selon cette compréhension des dispositions de la directive 96/92/CE la régulation peut être exercée par un ministère à condition qu'elle exerce en « toute indépendance et impartialité, sans protéger l'opérateur historique par exemple ». Un point de vue que l'auteur exprime sur le fondement de la démarche de la DG – XVII. Annexe 2. Actualité électrique européenne, n 443 Mission Europe EDF du 13 mars 1998 : « Mise en œuvre de la directive électricité : la vision de la DG XVII ». Cité par Larget – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 296.

¹¹²⁷ Conseil d'Etat, Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, la documentation française, p 286.

qualifiés par certains auteurs comme gouvernement de sages exerçant une « magistrature morale »¹¹²⁸.

B- la création d'autorités de régulation indépendantes

Le recours à la notion d'autorité administrative indépendante est nécessaire pour définir les autorités de régulation, puisque celle-ci ne bénéficient pas d'une définition précise¹¹²⁹. De ce fait, certains auteurs lui préfèrent la notion d'autorité administrative indépendante du marché. Jean Yves Chérot définit cette catégorie d'institutions par sa mission qui consiste en la « *surveillance des marchés pour y garantir la concurrence, la transparence le respect des exigences de sécurité* »¹¹³⁰. Dès lors, l'autorité de régulation n'est qu'une sous catégorie d'une catégorie très large. Elle regroupe toutes les autorités administratives indépendantes ayant comme fonction la régulation des activités économiques¹¹³¹.

Cette notion est utilisée aussi par Sophie Nisinski qui considère que l'autorité de régulation indépendante n'est que le fruit de la transposition de l'autorité administrative indépendante dans le domaine de la régulation¹¹³².

La doctrine en Algérie émet la même constatation, quant à l'appartenance des autorités de régulation aux autorités administratives indépendantes. Ainsi Rachid ZOUAIMIA considère qu'« *ainsi en est il de ces nouvelles structures, dénommées autorités administratives indépendantes que l'Etat utilise au lieu et place de l'administration classique pour remplir les nouvelles tâches que commande la régulation des activités économiques et financières* »¹¹³³.

Rachid KELLOUFI est également d'accord sur ce point, lorsqu'il constate le lien entre l'histoire des institutions de régulation et celles des autorités administratives indépendantes¹¹³⁴.

¹¹²⁸ Le sujet des autorités administratives indépendantes a suscité un débat doctrinal très riche sur les fondements de ces institutions et leur implication dans un contexte de modernisation de l'Etat. On peut citer quelques extraits. Certains disent que les autorités administratives indépendantes incarnent « une autre figure de l'Etat » plus « moderne » Encyclopédie de la culture politique contemporaine, sous la direction d'Alain RENAUT, HERMAN, P 559

¹¹²⁹ G.Marcou souligne qu'il « n'existe nulle part une notion juridique d'autorité de régulation » G. Marcou, « La notion juridique de régulation », A.J.D.A. 2006 p. 347 suiv

¹¹³⁰ V. J.-Y. Chérot, Droit public économique, préc., p. 348.

¹¹³¹ Ibidem.

¹¹³² S. NICINSKI, Droit public des affaires, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2009, p. 53 : « Dans son acception la plus globale, la régulation peut se définir comme l'ensemble des interventions de l'État destinées à garantir le projet économique dont s'est dotée une communauté humaine. Plus restrictivement elle désigne l'ensemble des mécanismes permettant de garantir le bon fonctionnement d'un marché ou d'un secteur [...] On a retenu une définition intermédiaire de la notion de régulation, fondée, d'une part, sur les objectifs de cette fonction et, d'autre part, sur les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en charge une mission de régulation ».

¹¹³³ R.ZOUAMIA, les autorités administratives indépendantes, Revue Idara n 28, p24.

¹¹³⁴ Rachid. KELLOUFI, les institutions de régulation en droit algérien, idara n 28, p 74

L'insertion des autorités de régulation dans le schéma des autorités administratives indépendantes est valable aussi en droit anglais qui les qualifie par l'expression « Quasi autonomous Organisations ». Ceux-ci sont désignées comme un ensemble de personnes publiques ne relevant pas de l'autorité du ministre mais au même temps elles contribuent à la réalisation de certaines tâches gouvernementales¹¹³⁵.

En suivant ce raisonnement, il nous est indispensable de se référer à la notion d'autorité administrative indépendante afin de cerner celle d'autorité indépendante de régulation. Trois éléments fondateurs sont soulignés par la doctrine. Autorité – administrative – indépendante.

Seule l'indépendance nous préoccupe, car elle constitue la traduction du principe de séparation. C'est pourquoi, il est important d'étudier les conditions de cette indépendance.

L'objectif de séparer la fonction de régulation et d'exploitation est un objectif clairement annoncé par la nouvelle réglementation algérienne de poste et des télécommunications comme le souligne le ministre du secteur dans sa présentation du projet de la nouvelle loi¹¹³⁶.

Dans sa présentation le ministre reconnaît l'influence des expériences étrangères ; il énonce que les dispositions de ce projet de loi sont compatibles avec les conditions adoptées au niveau international concernant l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence¹¹³⁷. Il est très clair donc que les préoccupations qui ont poussé le droit communautaire à imposer une séparation entre la régulation et l'exploitation commerciale des services sont reprises par le législateur algérien¹¹³⁸. Il s'agit à titre principal de garantir une régulation impartiale et neutre du marché de télécommunications. L'importance de cette séparation ne se limite pas à la phase d'accès, elle concerne également l'activité des opérateurs dans le marché.

¹¹³⁵ Evelyn DIECKHOFF, les autorités administratives indépendantes note de synthèse, sous la direction de Michel GENTOT, conseil d'Etat, 1991, p 11.

¹¹³⁶ Voir le journal officiel des délibérations de l'APN du 07 août 2000, p 05 et Le rapport de L'ARPT, p 7.

¹¹³⁷ C'est l'influence du droit communautaire comme nous l'avons déjà signalé à maintes reprises. La directive du 06 octobre 1997 qui a posé l'exigence d'une séparation entre les fonctions de régulateur et les fonctions liées à la propriété étatique des entreprises régulées en disposant que « les Etats membres qui conservent la propriété, ou dans une large mesure, le contrôle des organismes fournissant des réseaux et/ou services de télécommunications garantissent une réelle séparation structurelle entre les fonctions de réglementation et les activités liées à la propriété ou au contrôle » Article 6 de la directive 97 /51/CE du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90 /387/CEE et 92 /44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur de télécommunications. JOCE L295 du 29 octobre 1997, p 23.

Notons que l'obligation de séparation a été reprise en 2002 par la directive cadre du nouveau « paquet télécom », voir la directive 2000/21/CE du 7 mars 2002 relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques

¹¹³⁸ En effet le principe de séparation figure parmi les principes fondamentaux de l'organisation communautaire et aussi sont imposés par l'organisation mondiale du commerce voir I. GAVANON, « Le commerce internationale de télécommunications : une libéralisation excessive », Revue de Droit des Affaires Internationales, op cit, p711.

A ce titre, il est créé une autorité de régulation indépendante dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière. L'indépendance s'accompagne d'un contrôle financier de l'Etat. C'est donc une indépendance relative consacrée pour le but précis d'épargner ces organismes de l'influence de l'Etat ainsi que celle des opérateurs dans le marché.

L'autorité de régulation occupe la place d'un juge et ne se préoccupe de ce fait que de l'application de la réglementation¹¹³⁹. Dans le cadre de sa mission, l'autorité de régulation exerce certaines prérogatives liées à l'accès aux réseaux et ressources rares. A ce titre, elle poursuit, selon l'article 13 de la loi 2000-03 les objectifs suivants : le respect du droit de la propriété le partage d'infrastructures de télécommunications ; d'établir un plan national de numérotation, d'examiner les demandes de numéros et de les attribuer aux opérateurs – d'approuver les offres de références d'interconnexion – de se prononcer sur les litiges en matière d'interconnexion

Dans le cadre de l'exercice de ses missions, l'autorité ne se gêne pas de prendre des décisions défavorables à l'opérateur historique. Au contraire celui-ci est soumis à son contrôle pour qu'il n'abuse pas de sa position dominante¹¹⁴⁰

Cependant, l'autorité de régulation n'a pas la compétence exclusive de contrôle sur le marché de poste et des télécommunications car cette mission est partagée avec l'Etat représenté par le ministère de poste et des télécommunications. Les articles 04,05,06 de la loi 2000-03 énumèrent les missions et les prérogatives de l'Etat.

A l'instar du secteur de la poste et des télécommunications, la régulation de l'électricité et le gaz est confiée à autorité indépendante « la commission de régulation de l'électricité et du gaz ». La loi 02-01 lui reconnaît la personnalité juridique de l'autonomie financière. Son rôle est de veiller au fonctionnement concurrentiel et transparent du marché de l'électricité. Elle a comme mission notamment de s'assurer du respect des conditions de neutralité du gestionnaire de réseau de transport de gaz.¹¹⁴¹

Outre les prérogatives relatives au réseau de transport, la commission joue un rôle en amont du marché c'est à dire dans le contrôle de l'entrée au marché. A ce titre, elle délivre l'autorisation d'exploitation et réalisation des nouvelles installations de production.

§2 - les moyens de la consécration de l'indépendance de la régulation

L'indépendance des autorités de régulation est revendiquée à double titre, à l'égard du gouvernement (A) et aussi à l'égard des groupes d'intérêt (B). Dans les deux cas, des mécanismes appropriés sont mis en œuvre pour la réaliser.

A- une indépendance à l'égard du gouvernement

¹¹³⁹ Larget – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p

¹¹⁴⁰ L'ARPT, Rapport d'activité 2001, p 8

¹¹⁴¹ Art 111 et suivants de la loi 2002-01 précitée

On se limitera aux conditions de cette indépendance sur le plan organique, car ce sont celles-ci qui concrétisent la séparation. Deux conditions sont exigées le mode de désignations (a) et la nature du mandat (b) .

a- Caractère collégiale et mode de désignation

Il est admis en doctrine que le caractère collégial des institutions permet un débat contradictoire par la confrontation des points de vue .Ce qui participe au caractère démocratique des autorités concernées. La pluralité prévient le contrôle de l'institution par les acteurs du secteur régulé ,ce qui est facile en cas d'une composition unitaire ¹¹⁴² .

On retrouve cette collégialité consacrée dans la constitution des autorités de régulation par plusieurs législations, avec des variations, quant au nombre des membres, entre cinq et huit et le choix entre nombre pairs ou impairs. En revanche, certains systèmes ne la considèrent pas comme indispensable .Tel est le point de vue de la législation de la Grande -Bretagne qui met en place des régulateurs à leur tête des directeurs qui assument la responsabilité de leur direction .C'est le cas des télécommunications ,l'électricité ,le transport ferroviaire ¹¹⁴³ .

Le model de désignation influence considérablement l'indépendance des membres des autorités de régulation. Plusieurs modèles de désignation sont proposés pour satisfaire l'indépendance et l'efficacité ces institutions. Le modèle démocratique est plus apte à garantir l'indépendance organique des membres. Il a été pratiqué aux Etats unis par quelques Etats pour la désignation des régulateurs de « Public Services Commissions » par l'élection, un choix qui correspond à la régulation politique dans ce pays .Ce modèle pourrait aller jusqu'à une élection qui respecte la représentation des consommateurs et les actionnaires à titre d'égalité .Se constitue alors un super arbitre de conflit d'intérêt puisque le collège représente des intérêts contradictoires ¹¹⁴⁴ .

Le modèle français fonctionne par la nomination, mais à la différence du modèle anglais de la nomination unique à caractère purement politique nuisant à l'indépendance, il opte pour la pluralité des pouvoirs de nomination et une limitation de la liberté du choix du gouvernement ¹¹⁴⁵ .

¹¹⁴² G .SABARAT ,les services publics en réseaux ,thèse précitée ,p 467 .

¹¹⁴³ ibidem ,p 467 .

¹¹⁴⁴ Communications Act de 1934, 47 CFR Ch. 1. (10.1.94 édition) Subpart A. Organization : § 0.1. The Commission : « The Federal Communications Commission is composed of 5 members who are appointed by the

president subject to confirmation by the Senate. Normally, one commissioner is appointed or reappointed each year,for a term of 5 years » [53 FR 29 054, 2 août 1988] The US Government manual, Office of Federal Register,National Archives and Records Administration. Cité par la Giles SABARAT , ibidem ,p 470 .

¹¹⁴⁵ Il s'agit tout simplement d'un seule pouvoir de nomination que détient le secrétaire générale qui nomme le directeur générale ,le régulateur responsable .

En optant pour la pluralité des pouvoirs de nomination, le système français permet la représentation à des courants différents ce qui renforce la légitimité et l'indépendance de l'institution¹¹⁴⁶.

Notons que cette pluralité n'empêche pas un certain déséquilibre dans la constitution du collège en faveur de l'exécutif. Tel le cas de l'Autorité de régulation de la poste et télécommunications dont trois des membres sont nommés y compris le président par un décret. Et si on prend en considération le nombre impair de cinq, on conclut à une prépondérance de la représentation de l'exécutif au sein de l'institution et sa personification dans la personne du président. En revanche, pour la commission de régulation de l'électricité la composition garantit un certain équilibre entre l'exécutif et le pouvoir législatif par la désignation de trois membres y compris le président par décret. Les trois membres restants sont désignés par l'assemblée nationale, le sénat, le conseil économique et social. Seule, la présence au sein du collège d'un commissaire de gouvernement dérangeait l'équilibre de l'institution car il pouvait assister aux séances de la commission et pouvait demander une nouvelle délibération¹¹⁴⁷. Mais la nouvelle version de la loi 2000-108 a rendu cette présence tolérable, en limitant le rôle du commissaire du gouvernement à la transmission des analyses du gouvernement notamment en ce qui concerne la politique énergétique. Il peut en outre selon la nouvelle version de la loi demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour sans pouvoir assister aux délibérations¹¹⁴⁸.

Quant aux choix du droit algérien, on trouve une confirmation du caractère collégiale des institutions de régulation des activités concurrentielles en réseau, tant pour l'autorité de régulation de la poste et de télécommunications que pour la commission de régulation de l'électricité et du gaz. Toutes les deux se composent d'un nombre impair, la première contient 07 membres et la seconde 03 membres avec une voix prépondérante du président. Et en ce qui concerne le modèle de composition, tous les membres de ces deux autorités de régulation sont nommés par décret présidentiel. A cela il faut ajouter, que le pouvoir de nomination est nullement restreint par l'obligation de choisir parmi les personnes dotées de compétences liées à l'activité régulée, comme en droit français pour l'autorité de régulation de la poste et de télécommunications¹¹⁴⁹. Même si en pratique la nomination doit être effectuée sur la base de compétences professionnelles.

¹¹⁴⁶ A.CHARBEL, L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques, thèse précitée, p.29.

¹¹⁴⁷ Article 32-II de la première version du projet de la loi soumis au conseil d'Etat.

¹¹⁴⁸ Article 29 de la loi n 2000-108.

¹¹⁴⁹ Selon l'article L.130 du code des télécommunications électroniques et des postes « l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes est composée de sept membres nommés en raison de leurs qualifications économiques, des postes et de l'économie des territoires (...) trois membres dont le président sont nommés par décret »

La doctrine accorde une importance à la désignation parmi les professionnels du métier pour renforcer l'indépendance de l'autorité de régulation .Mais elle met en garde contre le risque que l'institution glisse au terrain du corporatisme ¹¹⁵⁰

L'exclusivité de désignation du droit algérien se rapproche du modèle Britannique fondé sur la compétence exclusive du secrétaire d'Etat pour nommer le directeur de la régulation de l'autorité de régulation .Seulement, la domination de l'exécutif sur l'autorité de régulation en Grande Bretagne est comme le l'indique un auteur tempéré par un « *équilibre « assuré par un état d'esprit ,une coutume ,celle du principe de spécialisation »* ¹¹⁵¹ Ce qu'on ne peut dire de même pour le droit algérien .

Le modèle de désignation choisi pour les deux autorités administratives indépendantes en droit algérien ne fait pas l'exception des autres autorités. En effet, elle obéissent toutes à pouvoir de nomination détenu exclusivement par le président de république ¹¹⁵² .On peut s'interroger par ailleurs sur l'existence de restrictions quant aux choix des membres des collèges Autrement dit ,le pouvoir de nomination est il lié ?. La constatation laisse la place à certaines nuances .La désignation de certaines autorités obéit à certaines conditions. Il s'agit à ce titre des autorités suivantes : conseil de concurrence, les autorités dans les domaines financiers et boursiers ¹¹⁵³ .

En revanche, le reste des autorités sont à l'instar de l'autorité de régulation de postes et des télécommunications et la commission non soumises à des exigences dans le choix de leurs membres. Ce que remarque M Rachid Zouamia sur ces autorités : « *aucune règle ne semble guider le législateur dans le choix des critères présidant à la constitution de tels collèges »* ¹¹⁵⁴

Face à la défaillance des autorités de régulation quant au critère de pluralité de pouvoir de nomination, on peut suggérer que l'indépendance est rattrapée en ce qui concerne son coté fonctionnel .

b- nature du mandat

La doctrine souligne l'importance du mandat, il doit remplir certaines exigences pour renforcer l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement sur le terrain. Il s'agit de garanties liées issues du statut personnel des membres des autorités administratives indépendantes.

¹¹⁵⁰ A.CHARBEL, L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques ,Thèse précitée ,22

¹¹⁵¹ Giles SABARAT ,les services publics en réseaux ,thèse précitée,,p 469 .

¹¹⁵² C'est le cas des autorités créés dans les domaines financiers et boursiers ainsi que dans le domaine pétrolier et minier . Voir : l'article 02 du décret exécutif n 94 -175 portant application des articles 21, 22,et 29 du décret législatif n 93-10 du 23 mai 1993,JORADP du 26 juin 1994 ,n 41 .

¹¹⁵³ .L'article 59 de la l'ordonnance n 03-11 du 26 aout 2003 relative à la monnaie et au crédit ,JORADP du 27 aout 2003,n 52.

¹¹⁵⁴ ZOUAIMIA Rachid ,les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, op cit ,p 35 .

1- L'inaltérabilité du mandat

Pour la doctrine, un mandat inaltérable est indispensable pour garantir aux membres des autorités de régulation un sentiment de sécurité quant à la pérennité de leurs fonctions . En d'autres termes, elle leur garantit la certitude de n'être désinvestis ou déplacés de leurs fonctions qu'à leur consentement, ou par une sanction prise par un organe neutre¹¹⁵⁵.

Seule cette nature du mandat pourrait neutraliser l'effet nuisible de l'exclusivité de nomination par l'exécutif .Elle constitue le contrepoids de ce pouvoir¹¹⁵⁶.

Sans la reconnaissance au profit des membres de l'inaltérabilité du mandat ceux-ci seront en tant que désignés à la merci de l'exécutif ce qui rend l'indépendance de l'autorité de régulation une fiction à cause de cette soumission¹¹⁵⁷.

2- La durée du mandat

Il est indéniable qu'un mandat à vie ou très long constitue une protection du membre de n'importe quelle institution. L'exemple le plus clair est le statut des magistrats qui leur garantit un mandat à vie pour asseoir leur indépendance¹¹⁵⁸. En revanche, un mandat très court non seulement , diminue la protection du membre mais porte atteinte à la stabilité de l'autorité et son efficacité . N'importe quelle institution qui connaît des changements fréquents dans sa composition se trouve affaiblie dans l'accomplissement de ses missions¹¹⁵⁹.

Pour les autorités indépendantes, un mandat à vie est inconcevable, il doit être déterminé. Tel est la philosophie qui anime les systèmes de régulation .Cependant, il doit offrir un minimum de temps aux membres qui leur, permet de se perfectionner dans leurs attributions. D'ailleurs, c'est à juste titre qu'un auteur annonce que « *le temps est nécessaire pour rodé les mécanismes, asseoir l'autorité des hommes, forger doctrines et jurisprudences .Tout spécialement, l'indépendance organique s'acquiert dans l'accomplissement quotidien de la mission dont il est investi*¹¹⁶⁰ » .D'autant plus qu'il s'agit de domaines sensibles qui nécessitent la prise de positions sur des questions

¹¹⁵⁵ MANSON .Stéphane ,La notion de l'indépendance en droit administratif ,thèse pour le doctorat en droit administratif ,1995 ,p 378 cité parM.Aoun CHARBEL ,L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques ,Thèse précitée , p49 .Voir aussi GENIOT Michel ,les autorités administratives indépendantes ,éd Montchrestien ,Paris ,1991 ,p59 .

¹¹⁵⁶ A.CHARBEL ,L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques ,Thèse précitée,p 51.

¹¹⁵⁷ Ibidem,p 51.

¹¹⁵⁸ François LUCHAIRE ,le conseil constitutionnel ,Economica ,1980 ,p 22 .

¹¹⁵⁹ A.CHARBEL ,L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques ,Thèse précitée,p 22

¹¹⁶⁰ Jean Louis « les autorités administratives et la constitution » p 337 cité par Charbel , ,Thèse précitée, p 44.

importantes sur l'évolution de secteur confrontés à une dynamique concurrentielle et la continuité du travail ¹¹⁶¹

Pour prémunir les membres de l'influence qui pourrait exercer leur encontre par le pouvoir de nomination, le mandat doit être non renouvelable .Ceci met les membres dans un état d'esprit libre, puisqu'ils ne pourront pas prétendre à un renouvellement de leur mandat en montrant une loyauté envers le pouvoir de nomination¹¹⁶². Du point de vue théorique, la technique paraît ingénieuse mais en pratique elle peut être détournée facilement par une nomination dans un autre poste de responsabilité en guise de récompense.

Ici, une autre fois le système anglais se démarque du droit français ; le non renouvellement du mandat n'est pas pris en considération . Au contraire, le renouvellement des mandats des directeurs généraux est source d'efficacité puisqu'il les poussent à réaliser des bons résultats pour garder leurs postes¹¹⁶³ .

3- La non subordination des membres

La doctrine résume l'indépendance des autorités administratives indépendantes dans une formule simple, et au même temps riche de tout ce que revêt juridiquement cette indépendance : « *ni hiérarchie ni tutelle* »¹¹⁶⁴. La formule se traduit par l'exclusion des deux pouvoirs traditionnels auxquels sont soumises les institutions administratives, à savoir le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de tutelle. Leur exclusion fait échapper les autorités de régulation à la domination du gouvernement et les place en dehors de l'administration traditionnelle. Cependant ,l'indépendance de ces autorités n'est pas absolue.

La légitimité d'une telle indépendance au regard des dispositions constitutionnelles suscitent quelques interrogations. Car, elle représente une exception à la compétence générale du premier ministre sur le « bon fonctionnement de l'administration publique » .

Face à ce problème, la solution consiste pour certains systèmes de prendre en considération l'existence de ces autorités par un encadrement constitutionnel. Pour d'autres systèmes, à l'instar du droit français la solution n'a pas amener à un amendement constitutionnel .Elle consiste simplement selon le conseil constitutionnel à assoir leur

¹¹⁶¹ S. HUBAC et E .PISIER , « les autorités administratives face aux pouvoir » in colloque les autorités administratives indépendantes ,p 126.

¹¹⁶² La doctrine est presque unanime sur l'importance du mandat non renouvelable :J.Chevallier , « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes » ,JCP I-3254 ,1986 . .Paul QUILICHINI , « régulation n'est pas juger : réflexions sur la nature de pouvoir de sanction des autorités de régulation économique » ,article précité .

¹¹⁶³ Giles SABARAT ,les services publics en réseaux ,thèse précitée,p 482 .

¹¹⁶⁴ L'indépendance de ces autorités à l'égard des trois pouvoirs est « une condition primordiale au bon équilibre des secteurs en question » E.DIEKHOF, notes de synthèse sur les autorités administrative indépendantes,op cit ,p06 .

légitimité par deux restrictions : la soumission à la loi et limitation de leur pouvoir réglementaire afin de préserver le pouvoir réglementaire gouvernemental ¹¹⁶⁵ .

Quant au droit algérien, l'existence d'un pouvoir administratif indépendant du gouvernement paraît anormale, non seulement au regard des dispositions constitutionnelles, sous mentionnées mais aussi au regard de la nature du système politique algérien caractérisé par une concentration du pouvoir entre les mains de l'exécutif ¹¹⁶⁶

Mais en dehors de ces interrogations constitutionnelles la qualification d'autorité administrative indépendante exige qu'ils bénéficient d'une « *liberté d'appréciation et de jugement par rapport au pouvoir en place* » ¹¹⁶⁷. C'est la raison d'être de ces institutions.

L'indépendance des deux autorités de régulation vis-à-vis du pouvoir de nomination résulte de leur qualification d'autorité indépendante .Celle ci est incompatible avec l'exercice d'un pouvoir hiérarchique qui ne s'exerce normalement que par un pouvoir sur ses subordonnés au sein d' une seule organisation administrative. De ce fait, ces autorités « *se trouvent placées en dehors de la hiérarchie administrative et sont ainsi soustraites à l'autorité des ministres .Ceux ci ne pourront leur adresser ni ordre ni injonction –et par voie de conséquence aucun recours gracieux ne peut être utilement formés auprès des ministres contre les décisions des autorités administratives indépendantes* » ¹¹⁶⁸

La non soumission des autorités de régulation au pouvoir hiérarchique résulte aussi du fait de leur dotation de personnalité morale. Car celle-ci est incompatible le pouvoir hiérarchique .Mais paradoxalement cette dotation conforte l'hypothèse d'un pouvoir de tutelle qui s'exerce naturellement à l'égard des personnes publique ¹¹⁶⁹ . Elle pourrait causer le glissement des autorités de régulation au terrain de la décentralisation .Une chose qui a été refusé catégoriquement par la doctrine ¹¹⁷⁰ .

C'est d'ailleurs, une hypothèse soutenue par l'exercice d'un pouvoir de tutelle à l'égard de certaines décisions des autorités de régulation.

En revanche, pour une partie de la doctrine l'existence d'une personnalité morale n'implique pas nécessairement la soumission à la tutelle ¹¹⁷¹ .Au contraire, elle est source d'indépendance de ces autorités puisqu' elle leur permet d'échapper à l'emprise du

¹¹⁶⁵ R.ZOUAIMIA ,les autorités administratives indépendantes et la régulation économique ,p 38 .

¹¹⁶⁶ R.ZOUAIMIA , « institutions et forces politiques :l'incertitude »,in M.Lakhal (sous la direction de),Algérie : de l'indépendance à l'état d'urgence ,Larmises /L'harmattan ,Paris ,1992 ,p 227.

¹¹⁶⁷ J.Chevallier, , « les instances de régulation de l'audiovisuelle » ,Regards sur l'actualité , n 149 ,la documentation française ,1989 ,p 43 .

¹¹⁶⁸ M.COLLET ,Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes ,op cit ,p 16

¹¹⁶⁹ Laurance CALANDRIE , recherche sur la notion de régulation en droit administratif français,LGDJ , p 456

¹¹⁷⁰ Selon S.REGOUARD ,les autorités administratives indépendantes ne relevant pas de la décentralisation . artcile précité ,p 217

¹¹⁷¹ Sophie MONNIER , Les comités de protection des personnes : l'émergence d'une nouvelle catégorie de personnes publiques spécialisées ?,RDP ,2005 , p 1528.

gouvernement, en ce qui concerne la maîtrise de leurs moyens financiers . Et ce contrairement aux autorités n'ayant pas bénéficié de la personnalité morale qui se trouvent toujours rattaché dans leur budget à un ministère ¹¹⁷²

Pour trancher la question de l'existence ou non du pouvoir de tutelle sur les autorités de régulation, il ne suffit pas de transposer purement et simplement les règles traditionnelles du droit administratif .La nature de ces autorités, refuse une telle transposition qui nie leur caractère novatoire. En effet, les autorités de régulation sont créées comme des organismes indépendants et non comme des établissements public. D'ailleurs, c'est à cause de cette perturbation dans le monde des autorités administratives indépendantes par la reconnaissance de la personnalité morale que certains auteurs parlent d'autorités publiques indépendantes à côté des autorités administratives indépendante à l'ancienne¹¹⁷³.

La nature des autorités administratives indépendantes contraste avec le statut des établissements public qui ne sont jamais qualifiés comme autorités indépendantes. Ceux-ci ne bénéficient que de la personnalité morale et de l'autonomie financière. En outre ,la mention du pouvoir de tutelle n'est jamais oubliée à leurs égards.

Mais loin de l'hypothèse d'une soumission des autorités de régulation à un pouvoir de tutelle à l'instar des établissements publics, la loi reconnaît certains contrôles qui s'exercent à leur encontre. De telles mesures ne sont pas de nature à porter atteinte à l'indépendance des autorités de régulations .Car il ne s'agit comme le qualifie un auteur que d'un pouvoir de tutelle allégué. ¹¹⁷⁴ Pour le conseil d'Etat « l'indépendance n'est pas exclusive de certains pouvoirs de l'Etat, à l'égard des actes de l'autorité administrative indépendante¹¹⁷⁵ »

B- indépendance confirmée à l'égard du marché

Si l'indépendance à l'égard du gouvernement est controversée pour les raisons que nous venons d'aborder, l'indépendance à l'égard du marché est mieux assurée par des moyens plus efficace .Il s'agit de l'obligation d'impartialité **(a)** et des garanties d'indépendance personnelle **(b)** .

a- L'exigence d'impartialité

L'impartialité signifie simplement l'absence de parti pris d'une manière à assurer une neutralité dans le travail .Cette exigence suppose l'inexistence de liens entre le

¹¹⁷² Ibidem .

¹¹⁷³ La reconnaissance de la personnalité morale à certaines autorités administrative indépendantes en droit français a suscité un débat sur leur nature. Voir sur l'autorité des marchés financiers D .LINOTTE ,G .SIMONIN , « L'autorité des marchés financiers ,prototype de la réforme de l'Etat ? »,AJDA ,2004 ,p 145 . Et sur les comités de protection des personnes une analyse approfondie de leur statue Sophie Monnier , Les comités de protection des personnes .

¹¹⁷⁴ L. CALANDRIE, recherche sur la notion de régulation en droit administratif français ,op cit ,p 466.

¹¹⁷⁵ Conseil d'Etat, Rapport public 2001 ,les autorités administratives indépendantes ,op cit ,p 293 .

régulateur et les secteurs régulés¹¹⁷⁶. On peut cependant constater, le rapprochement entre l'indépendance et l'impartialité puisque toutes les deux aboutissent à la neutralité sans pour autant les confondre. On peut même dire que l'indépendance contribue à la réalisation de l'impartialité sans être l'unique manifestation. A titre d'illustration, les juges sont indépendant du pouvoir exécutif par certaines règles mais ça ne suffit pas de garantir leur impartialité. C'est pourquoi, d'autres conditions sont ajoutées qui sont mises en œuvre au cours de leurs fonctions à l'égard des particuliers¹¹⁷⁷.

Notons que l'impartialité des autorités de régulation est un gage de leur neutralité, tout au long du processus de régulation dans l'octroi des autorisations d'entrée sur le marché jusqu'à l'adoption de sanction de sanction.

Telle son application pour les juges ou les fonctionnaires ou même dans certains cas pour les élus¹¹⁷⁸, l'impartialité implique pour les membres des autorités de régulation de se considérer comme étrangers aux affaires qui leur sont déférées ou les décisions qu'ils devraient prendre. C'est pourquoi il est tout à fait normal de prévoir les mécanismes qui préviennent tout conflit d'intérêt

L'impartialité objective est fondée sur la situation du membre de l'autorité de régulation qui se caractérise par des considérations organiques et fonctionnelles qui empêche toute éventualité de conflit d'intérêt dans l'exercice de fonction. Elle se présente par une apparence de neutralité préalable à toute décision.

Cette impartialité est conditionnée par plusieurs exigences, y compris celles que nous avons évoqués en ce qui concerne l'indépendance vis-à-vis du gouvernement. Mais celles ayant une importance particulière elles sont liées au régime d'incompatibilité. Ce régime présente une présomption de neutralité qui gagne la confiance des régulés.

Selon les textes, l'incompatibilité peut être soit absolue soit relative. Dans le premier cas, la qualité de membre interdit l'exercice de tout autre fonction quelle soit publique ou privée. Les activités professionnelles et les mandats électifs sont également inclus dans le champ d'interdiction. Tel est le cas des membres de la comité de régulation d'électricité et du gaz. Leur mandat est incompatible avec « toute activité professionnelle tout mandat électif national ou local, tout emploi public et toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans une entreprise de l'énergie ou dans une entreprise ayant la qualité de client

¹¹⁷⁶ <http://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/impartialite/>

¹¹⁷⁷ « l'impartialité peut être considérée comme la manifestation de la neutralité de l'action étatique dans ses rapports avec les usagers. En effet, l'agent public a pour obligation d'assurer le service public de la même façon à l'égard de tous, sans opérer de distinction (...) entre les bénéficiaires de la prestation. Tout comme la neutralité, l'impartialité est une obligation qui s'impose à tout agent public, qu'il soit juridiquement indépendant ou pas. Toutefois on comprends ici clairement que l'indépendance peut constituer un moyen juridique garantissant efficacement une prestation impartiale de service public. La relation entre indépendance et impartialité est particulièrement tenue s'agissant des titulaires d'une fonction juridictionnelle. Parce qu'ils disposent d'un statut d'indépendance les protégeant non seulement à l'égard du pouvoir politique mais aussi à l'égard des plaideurs, les juges disposent de conditions juridiques très favorables à l'impartialité de leurs fonctions » cité par M Aoun- CHARBEL, thèse précitée p61

¹¹⁷⁸

éligible »¹¹⁷⁹ . En cas d'atteinte à ces incompatibilités le membre concerné sera déclaré démissionnaire d'office ,et remplacé par un autre désigné par le président de république sur proposition du ministre chargé de l'énergie¹¹⁸⁰ .

Le régime d'incompatibilité relatif aux membres de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications s'aligne sur celui de la commission de l'électricité et du gaz . Sauf que, la loi 2000-03 ne mentionne pas le mandat électif.

On pourrait se demander si le régime d'incompatibilité totale est destiné à protéger seulement la neutralité des membres, ou s'il a aussi comme objectif d'imposer aux membres le dévouement total à la mission de régulation. Surtout dans deux secteurs sensibles comme la régulation des postes et télécommunications et la régulation énergétique.

Pour empêcher tout conflit d'intérêt, notamment en matière disciplinaire le régime d'incompatibilité doit se combiner avec celui d'empêchement pour ne laisser aucun soupçon de partialité éventuelle. Car même si le membre présente tous les garanties de neutralité à l'égard des secteurs régulés. Il peut être confronté à une situation dans laquelle se manifeste un intérêt direct ou indirect qui le lie à l'affaire jugée. C'est pour cette raison que certains textes relatifs aux autorités administratives indépendantes prévoient un remède à cette situation .Ainsi ,on trouve que l'ordonnance 03- relative à la concurrence qu' « aucun membre du conseil de concurrence ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a un intérêt ou s'il a un lien de parenté jusqu'au quatrième degré avec l'une des parties ou ,s'il représente ou a représenté une des parties une des parties intéressée » .De telles dispositions, sont à rapprocher du régime des délibérations des collectivités locales¹¹⁸¹ .

L'impartialité se renforce chaque qu'il s'agit de l'exercice d'un pouvoir de sanction .Car, les autorités administratives indépendantes sont assimilées à des juridictions .C'est d'ailleurs la raison de l'invocation des dispositions de l'article 6 paragraphe 01^{er} de la convention européenne des droits de l'homme en cette matière ¹¹⁸² .

b- le régime d'incompatibilité pour garantir l'indépendance personnelle

Afin d'assurer une indépendance personnelle aux membres des autorités de régulation, il faut que le statut de ces autorités prévissent un régime d'incompatibilité. Car,

¹¹⁷⁹ Article 121 de la loi 2002-01 ,loi précitée

¹¹⁸⁰ Le régime adopté pour le conseil de concurrence est en revanche très souple puisqu'il n'exige pour ses membres que le non exercice d'une activité professionnelle. Excluant ainsi du régime d'incompatibilité la détention d'intérêt dans une entreprise . Ce qui est regrettable selon R.ZOUAMIA, car il prive les entreprises d'une garantie importante d'impartialité .R.ZOUAMIA .les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique, article précité ,p 145.

¹¹⁸¹ Voir l'article 60 de la loi 11-10 relative à la commune concernant la nullité relative aux délibérations des assemblées communales et l'article 56 relative à la wilaya

¹¹⁸² La convention européenne des droits de l'homme « article 6 » dispose que « tout personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant ,établi par la loi ,qui décidera soit des contestations sur ces droits et obligations de caractère civil ,soit du bien jugé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle »

pour assoir leur neutralité à l'égard des activités régulées, il faut empêcher les hypothèses où le régulateur devient juge est partie ¹¹⁸³. L'importance d'un tel régime est soulignée par la doctrine « *dés règles d'incompatibilité sont certainement de nature à favoriser l'indépendance des autorités, en évitant l'influence d'intérêt divers dans une action qui doit répondre aux exigences de neutralité et d'objectivité (...) l'auteur souligne que le régime d'incompatibilité joue aussi en faveur de « l'indépendance vis-à-vis des AAI vis-à-vis du pouvoir politique (...) .De même, les risques d'interférence avec les intérêts du secteur concerné par la régulation, doivent être afin de ne pas déboucher sur le phénomène de l'instance captive »* ¹¹⁸⁴.

La mise en place des règles d'incompatibilité a pour fin la protection des membres institutions des risques dus aux situations de cumul ou d'interférence lors de l'exercice de leur mandat .Ainsi, l'indépendance personnelle de ces membres sera assurée ¹¹⁸⁵.

Pour donner plus d'effectivité à ce régime, il est nécessaire qu'il soit accompagné par des sanctions pénales. Tel est le cas en droit français du régime d'incompatibilité du conseil supérieur de l'audiovisuelle, dont le non respect constitue une infraction passible de peines prévues à l'article 175 du code pénal.

Dans le domaine de poste et de télécommunications, l'indépendance personnelle des membres de l'autorité de régulation est consacrée par l'article 18 de la loi 2000-03 qui dispose que « La fonction de membre du conseil est incompatible avec toute activité professionnelle, tout autre emploi public et toute détention directe ou indirecte d'intérêt dans une entreprise du secteur de la poste des télécommunications, de l'audiovisuel et de l'informatique ». L'indépendance ainsi consacrée, joue un double rôle, d'abord à l'égard de l'exécutif et à l'égard du secteur régulé. Mais, on peut reprocher à ce texte d'avoir limité les cas d'incompatibilité à l'égard des pouvoirs publics aux cas d'occupation d'un emploi public, et d'avoir omis les mandats électifs . Cette omission a été évitée par la loi 2002-01 en ce qui concerne les membres de la CREG dont le statut reprend les dispositions de l'article 18 de la loi 2000-03 avec l'ajout du mandat électif. Ainsi, la loi 2002-01 précise dans son article 122 que « la fonction de membre du comité de direction est incompatible avec toute activité professionnelle, tout mandat électif national ou local tout emploi public et toute détention ,directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur de l'énergie ou dans une entreprise ayant la qualité de client éligible » . Pour assurer à cette interdiction sa pleine effectivité, l'article 122 de la même loi dispose que « tout membre du comité de direction exerçant une des activités mentionnées à l'article 121 ci-dessus est déclaré démissionnaire d'office, après consultation du comité de direction par décret présidentiel ».

¹¹⁸³ P.SABOURIN « les autorités administratives indépendantes :une catégorie nouvelle ?», AJDA ,1983,p 283 c

¹¹⁸⁴ J. GUEDON, les autorités administratives indépendantes ,LGDJ , Paris ,1993 ,p 76 . 76

¹¹⁸⁵ A.CHARBEL, L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques ,thèse précitée,93

Pour mieux traduire l'obligation de l'indépendance personnelle, il ne suffit pas d'empêcher que le mandat des membres soit concurrencé par d'autres mandats ou fonctions, il faut qu'il soit accompagné de l'instauration de règles déontologiques. Il s'agit de deux règles : l'obligation au secret professionnel, l'obligation de discrétion. A ce titre, la loi 2002-01 « art 130 », soumet non seulement les membres du comité de direction du conseil consultatif et mais aussi les employés de la commission de régulation au respect du secret professionnel, hormis le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice. En cas de non respect de cette obligation établie par une décision de justice, la sanction consiste en la cessation d'office des fonctions au sein de la commission.

Le respect du secret professionnel acquiert une grande importance, car il s'agit de protéger l'intérêt des particuliers. Surtout, dans le cas d'une autorité de régulation qui exerce un contrôle élargi sur le secteur. Le secret professionnel a par ailleurs pour objectif la protection de « l'intérêt de la profession qui s'y trouve assujettie ... dans l'intérêt du service public .. et plus généralement dans celui de l'administration et de l'Etat »¹¹⁸⁶.

Sous section 2 : La séparation entre la fonction d'exploitation commerciale et la gestion du réseau

La libéralisation des services en réseau comme nous l'avons vu n'a pas pu conduire à l'élimination du monopole naturel des réseaux. Celui-ci reste en effet géré par les opérateurs nationaux qui assurent aussi des services et des biens. Ainsi, du fait de cette présence surgit un problème d'impartialité de ces gestionnaires à l'égard des nouveaux entrants. Ceux-ci peuvent se voir imposés des conditions discriminatoires¹¹⁸⁷. La question se pose notamment chaque fois qu'il s'agit d'une entreprise intégrée verticalement et horizontalement¹¹⁸⁸. C'est à dire qu'un seul opérateur est à la fois propriétaire d'une infrastructure « une activité non concurrentielle » et opérateur sur un marché concurrentiel.

C'est pourquoi, à côté de la séparation entre les missions de régulation et d'exploitation, le droit d'accès se renforce avec un autre type de séparation. Il s'agit de la séparation entre l'exploitation des activités commerciales liées à l'électricité et au gaz, et la gestion de l'infrastructure « le monopole naturel ». En d'autres termes il s'agit d'un phénomène de désintégration.

Le champ d'application de cette séparation est plus limité que celui de la séparation entre les fonctions de régulation et d'exploitation commerciale. Cependant, on peut

¹¹⁸⁶ A.ROUX, la protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers, Economica, p 152.

¹¹⁸⁷ L'impartialité et la neutralité de gestion du réseau sont imposées par le principe d'égal d'accès au marché de télécommunications. Ce principe est devenu l'un des fondements du commerce international voir Moulay Driss. EL IDRISSI, « le régime juridique des infrastructures des télécommunications et le développement économique : l'exemple du Maroc », thèse précitée, p239

¹¹⁸⁸ Selon l'article 2 point 18 de la directive 96/ précitée une entreprise verticalement intégrée est « une entreprise assurant au moins deux des fonctions suivantes : production, transport ou distribution d'électricité ». L'entreprise horizontalement intégrée est définie par le point 19 du même article comme « une entreprise assurant au moins une des fonctions de production pour la vente ou de transport ou de distribution d'électricité, ainsi qu'une activité en dehors du secteur électrique »

remarquer une consécration généralisée de la transparence dans le domaine des réseaux .Cela implique des séparations plus ou moins poussé entre l'exploitation et la gestion des réseaux. Ainsi, le phénomène de désintégration se poursuit .

La séparation impose le phénomène de désintégration à travers l'instauration de la transparence (§1) . Et celle-ci s'effectue à travers plusieurs modalités (§2) .

§1 La désintégration à travers l'instauration de la transparence

L'emprise de la transparence sur l'organisation des services publics se renforce en ce qui concerne la gestion des réseaux. La transparence s'impose en vue d'effectuer une désintégration de l'opérateur historique (A). Les limites de cette exigence doivent toutefois être signalées pour souligner sa relativité (B) .

A - la consécration de la désintégration

Derrière l'adoption de la transparence par les politiques de libéralisation se profile l'objectif de désintégration des opérateurs historique (a) . La désintégration s'impose comme un outil pour la préservation de la concurrence dans les secteurs libéralisés. Ainsi, elle est au service de la viabilité du rôle du secteur privé .Mais cette désintégration n'est pas indemne de critique (b) .

a- La désintégration des opérateurs historiques

Le processus de désintégration est l'un des implications de la politique de libéralisation des services publics en réseaux. Car, pour renverser les monopoles dans ces services, il fallait diviser les entreprises qui étaient auparavant intégrées en segments concurrentiels et non concurrentiels. En d'autres termes, la désintégration tend à « *faire correspondre l'organisation des opérateurs de réseaux avec le découpage fonctionnel souhaité* » . Ainsi, on se retrouve devant deux entités plus ou moins séparées¹¹⁸⁹ .

Ce processus est proclamé dans le domaine énergétique par la loi 2002-01 qui impose la séparation des activités de production de l'électricité, de transport de l'électricité et de transport du gaz.

En Grande Bretagne, le processus de désintégration s'est annoncé par le rapport officiel de l' *'Office of Fair Trading (OFT)* publié en 1991 . Celui-ci recommande la création d'une filiale de British Gas, en ce qui concerne les activités de transport dans l'objectif d'instaurer la transparence . Mais le processus ne s'est réalisé effectivement qu'en 2000 avec *Public Utilities Act* .Et pour l'électricité

Le processus de désintégration a été inauguré en droit communautaire dans le domaine de transport ferroviaire .Il a été annoncé par la directive 91 /440 du 29 juillet 1991

¹¹⁸⁹ Pierre ZEMBRI, « structure des réseaux de transport et de déréglementation », Flux, 2005/4 n° 62 , P22

qui impose une désintégration de type comptable entre le gestionnaire de l'infrastructure et la ou les entreprises (s) ferroviaire (s) utilisant cette infrastructure. Est considérée selon cette directive comme entreprise ferroviaire toute entreprise dont l'activité principale consiste en la fourniture de services de transport ferroviaire y compris la traction des trains . Quant à la notion d'infrastructure ferroviaire , elle désigne les voies elle-même, les ouvrages d'art les quais, les postes d'aiguillage, les installations de traction électrique, de signalisation et de sécurité¹¹⁹⁰ . Cette séparation n'est qu'une réaffirmation du principe de séparation comptable imposé en droit communautaire avant la libéralisation. En effet, en vertu du règlement modifié n 1191/69 relatif à l'action des Etats membre en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports de chemins de fer¹¹⁹¹ .

Les télécommunications ont vu aussi après le lancement de libéralisation l'application du principe de transparence en vue d'instaurer la désintégration. Quoique le principe n'a pas été annoncé par la loi 2000-03 comme celui de séparation entre les activités d'exploitation et réglementation. . Mais à l'instar du droit communautaire, la séparation imposée est de type comptable. Le directive 97/33 relative à l'interconnexion constitue une source d'inspiration pour le législateur algérien, elle impose aux opérateurs les plus puissants du marché de tenir une comptabilité séparée pour leur activités en matière d'interconnexion d'une part et leurs activités d'autre part¹¹⁹² . La réglementation algérienne traduit cette séparation en imposant aux titulaires de licence l'obligation de l'établissement d'une compatibilité analytique¹¹⁹³ .

En matière électrique, la désintégration est imposée par la directive 96/92, à travers la prescription des règles de dissociation comptable et de gestion .Les destinataires de ces règles sont tous les opérateurs du secteur avec plus de rigueur à l'égard des entreprises verticalement ou horizontalement intégrées¹¹⁹⁴

La désintégration ne conduit pas nécessairement au changement du statut de l'opérateur .Celui ci sauvegarde en effet dans la plus part des pays -qui ont connu la libéralisation de leurs services en réseaux- son caractère public. Mais la privatisation peut toutefois accompagner le processus de désintégration .On assiste ainsi à le découpage en

¹¹⁹⁰ L'article 6 de la directive du 29 juillet 1991 relative au développement des chemins de fer communautaire dispose que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour assurer ,sur le plan de la comptabilité ,la séparation des activités relatives à l'exploitation des services de transport de celles relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire .L'aide versée à une de ces deux activités ne peut pas être transférée à l'autre .Les comptes relatifs aux deux activités sont tenus de façon à refléter cette interdiction », OCE n°271 du 27 septembre 1991 p.70 .

¹¹⁹¹ Article 1^{er}, paragraphe 5, du règlement du 26 juin 1969 introduit par le règlement n 1893/91 du 20 juin 1991 précise que « lorsqu'une entreprise de transport exploite à la fois des services soumis à des obligations de service public, et d'autres activités, lesdites services publics doivent faire l'objet de divisions particulières »

¹¹⁹² Art 8.2 de la directive 97/33 CE ,directive précitée .

¹¹⁹³ L'obligation est consacrée par les cahiers des charges relatifs aux licences octroyées aux opérateurs de télécommunication : V Art 19 du cahier des charges annexé au décret n 01-219 précité, cahiers des charges Art 19 du cahier des charges annexé au décret n 04-09 précité

¹¹⁹⁴ La directive 96/92, *Journal officiel* n° L 027 du 30/01/1997 p. 0020 - 0029

un nombre variable d'entité et leur privatisation. Cette hypothèse est envisagée par la loi 2002-01 quand elle prévoit dans son article 168 que « la capitale des filiales de SONLGAZ SPA (...) est ouvert au partenariat ou à l'actionnariat privé » . Mais jusqu'à maintenant la privatisation n'a pas été mise en œuvre.

b- les critiques au phénomène de la désintégration

Par ailleurs, cette politique de désintégration peut engendrer des difficultés de fonctionnement de réseau. Car, jusqu'au moment de la libéralisation, l'efficacité du monopole reposait en grande partie sur l'unité des activités liées au réseau qui permettait une coordination . De ce fait, on peut s'exposer par exemple dans le domaine ferroviaire à des divergences de vues entre gestionnaire du réseau support et exploitants des services . Ce constat s'impose dans d'autres secteurs en raison de la cohabitation de deux logiques contradictoires .D'un côté, le gestionnaire du réseau qui représente une vision globale du réseau , et raisonne donc à long terme, ce qui peut le conduire à adopter ses propres critères d'investissement¹¹⁹⁵ .Le second, en revanche, développe une stratégie de court terme qui lui permet des gains de productivité .A ce titre, on peut citer l'exemple du conflit qui a été déclenché au Royaume Uni entre les trains Operating Companies et le gestionnaire des infrastructures .D'ailleurs, c'est pour éviter de tels conflits qu'un pays comme le Japon a préféré ne pas recourir à la désintégration . Le recours à la coordination peut par ailleurs prémunir la désintégration du dérapage, comme en Allemagne où des partenariats régionaux ont vu le jour entre gestionnaires d'infrastructures et exploitants .L'objectif est de permettre une coordination des investissements dans le temps et l'espace¹¹⁹⁶.

Le phénomène de la désintégration peut engendrer aussi des risques liés à la péréquation . Car, dans la situation de monopole intégré les missions de service public sont mieux assurées en raison de la péréquation tarifaire. Cela permettait de toréer les déficits d'exploitation sur une partie du réseau grâce aux excédents substantiels sur le reste des lignes desservies¹¹⁹⁷ . L'ouverture à la concurrence d'une partie des activités de l'opérateur historique et la focalisation de celui-ci sur les missions de service public le prive de la rente liée au monopole. Pour faire face à cette situation, certaines législations recourent aux contrats de service public. Le droit algérien prévoit cette hypothèse « des conventions peuvent être conclues entre l'Etat représenté par le conseil des participations de l'Etat (...) et les entreprises économiques publiques soumises à des sujétions de service public »¹¹⁹⁸ Il y a aussi la notion du service universel, afin de contraindre les opérateurs du marché à assumer les charges dues à la satisfaction de l'intérêt général.

¹¹⁹⁵ Pierre ZEMBRI, « structure des réseaux de transport et de déréglementation », Flux, 2005/4 n° 62 , P23.

¹¹⁹⁶ Ibidem , P24.

¹¹⁹⁷ Ibidem , P24.

¹¹⁹⁸ Article 07 L'ordonnance n 01-04 du 20 aout 2001 relative à l'organisation la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, JORADP du 22aout 2001 ,n 47 .

B- l'étendue de l'obligation de transparence

Malgré l'importance de la transparence pour traduire la désintégration, elle subit des limites qui atténuent sa rigueur, afin de prendre en compte la nécessité de protéger les informations commercialement sensibles, et d'éviter ainsi la divulgation d'informations de nature à fausser la concurrence .

a- l'objet de l'interdiction

L'interdiction de divulgation des informations confidentielles trouve sa source en droit pénal. Ces mêmes dispositions sont reprises en droit français par la loi 2000-108 qui vise toute « personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une mission ou d'une fonction temporaire ». Ainsi est concerné non seulement le personnel qui détient l'information, mais aussi les personnes qui y sont extérieures c'est-à-dire ceux qui n'appartiennent pas à un autre service ou qu'ils exécutent des missions temporaires ¹¹⁹⁹ .

Quant à l'objet de cette définition, aucun texte ne le précise .En droit algérien, la loi 2002-01 se contente d'inscrire dans les obligations du gestionnaire du réseau de transport de « veiller à la préservation de la confidentialité des informations dont il a connaissance au cours de l'exécution de ses activités ». En droit communautaire aussi, aucune disposition dans les directives n'explique l'objet de l'interdiction. Celles-ci, adoptent une notion très étendue de telle sorte qu'elle englobe l'ensemble des « informations commercialement sensibles » .

On peut par ailleurs rapprocher cette notion à celle utilisée par les textes communautaires et nationaux à savoir les secrets d'affaires .La commission communautaire a précisé que les secrets d'affaire désigne les informations relatives par exemple aux prix de l'entreprise ,à ses coûts, à ses parts de marché ,à ses secrets de fabrication ,à sa structure et à d'autres données d'ordre commercial ¹²⁰⁰ .Cette liste n'est cependant qu'indicative ,ce qui laisse la possibilité ouverte à d'autres informations et laisse l'objet de l'obligation de confidentialité imprécis ¹²⁰¹ .

Afin de donner un contenu précis à la confidentialité, les textes du droit français renvoient à des décrets en conseil d'Etat. Ainsi ,les listes d'informations doivent être dressées par ces décrets .Il s'agit à titre d'exemple dans le secteur électrique des informations relatives à certaines dispositions des contrats et protocoles d'achat d'électricité conclus par le gestionnaire du réseau public de transport .La divulgation de ce type d'information par les gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution

¹¹⁹⁹ Christophe LEMEMAIRE , énergie et concurrence ,recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz naturel ,PU Aix Marseille ,2003, p 588.

¹²⁰⁰ Communication de la commission du 23 janvier 1997 ,relative aux règles de procédure interne pour traitement des demandes d'accès au dossier dans les cas d'application des articles 85 et 86 du traité CE ,des articles 65 et 66 du traité CECA et du règlement d'application n4064 /89 du conseil ,JOCE n C23 janv1997,p3

¹²⁰¹ Christophe LEMEMAIRE , , op cit, 589 .

est de nature à porter atteinte « aux règles de concurrence libre et loyale et de non discrimination »¹²⁰².

La détermination des informations dont la divulgation constitue une infraction est importante, afin d'assurer une sécurité juridique aux agents et des gestionnaires. Notons enfin que le caractère confidentiel est maintenu pendant une durée, au-delà de laquelle les informations perdent ce caractère. Le juge dispose à ce titre d'une certaine manœuvre pour la constatation de l'écoulement du temps qui exonère les personnes de l'obligation de confidentialité.

Pour donner un contenu concret à la confidentialité, le décret 06-432 précise dans son article 09 que la CREG détermine en concertation avec le gestionnaire du réseau de transport du gaz la nature des informations, les modalités et conditions de leur échange notamment :

-la nature et la forme des supports des informations destinées à la CREG ; - les procédures selon lesquelles doivent se faire les notifications et les communications ; -les délais à respecter et la périodicité des transmissions des informations

b- Les cas justifiant l'atteinte à la confidentialité

Le respect de la confidentialité subit quelques dérogations justifiées par d'autres considérations :

1- l'intérêt général justifie la divulgation des informations nécessaires au bon fonctionnement des réseaux. A ce titre, le gestionnaire du réseau de transport du gaz fournit à la commission de régulation de l'électricité et du gaz toutes les qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions, notamment¹²⁰³ :

Les rapports annuels comprenant le bilan ,le compte de résultats ,le rapport du commissaire aux comptes ; -les contrats d'accès ; les contrats de raccordement ;les informations chiffrées sur les conventions commerciales signées avec les utilisateurs du réseau .

Il est de même pour les informations dont la divulgation est exigée par les enquêtes effectuées par les autorités de régulation.

En cas de menace grave et immédiate pour la sécurité des réseaux toutes mesures temporaires de sauvegarde peuvent être prises par le ministre chargé de l'énergie y compris en ce qui concerne la divulgation des informations à caractère confidentiel.

¹²⁰² C'est ce qui ressort des articles 16 et 20 de la loi n 2000-108 du février 2000 et de l'article 13 du projet de la loi du 17 mai 2000.

¹²⁰³ Art 08 du décret 06-432 du 26 novembre 2006 ,JORDP n 76 du 29 novembre 2006 .

2- Quant à la communication au tiers des informations confidentielles ou commercialement sensibles, identifiées comme telles, elle est permise dans les cas suivants : -lorsque la communication de l'information est indispensable pour des raisons techniques ,de sécurité ou de contrôle ; -en cas d'autorisation écrite préalable de celui dont émanent les informations confidentielles ou commercialement sensibles ¹²⁰⁴.

Signalons enfin que la confidentialité se transmet aux tiers ayant obtenu les informations de la part du gestionnaire du réseau.

§2- les modalités de la désintégration

Pour instaurer la désintégration des opérateurs historiques, plusieurs degrés de transparence sont envisageables. Cela peut aller de la simple séparation comptable ou la transparence comptable (A) jusqu'à la séparation juridique en passant par une séparation fonctionnel (B). La première est considérée comme une exigence minimale pour sauvegarder la concurrence et garantir la liberté d'accès. La deuxième exige un degré plus avancé de distanciation entre les activités concurrentielles et la gestion du réseau par la création d'une structure indépendante. Enfin, la troisième voie est le meilleur moyen pour garantir l'indépendance et la neutralité du gestionnaire du réseau.

A- la transparence comptable

En raison de sa simplicité et son indispensabilité au regard du droit de la concurrence, le champ de cette exigence est très élargi. Elle peut aboutir à deux formes ; la comptabilité analytique (a) et la séparation comptable –les obligations qui en découlent doivent être précisées pour permettre un contrôle accru sur son respect (b).

a- la comptabilité analytique

Dans le domaine de télécommunication, l'obligation de transparence comptable est imposée à travers l'exigence des titulaires de licence de tenir une compatibilité analytique. Elle s'impose donc d'une façon générale à tous ces opérateurs, y compris à l'opérateur historique ¹²⁰⁵.

L'obligation de la comptabilité analytique permet de procéder à une analyse des coûts pour l'appréciation de la contribution aux différents produits ou activités ¹²⁰⁶. Son contenu a été précisé en vertu des cahiers des charges relatifs aux licences des opérateurs de télécommunication. Le titulaire doit tenir « une compatibilité analytique permettant de déterminer les coûts réels, les produits et résultats de chaque réseau exploité et /ou chaque catégorie de services fournis ».En outre, cette comptabilité doit être tenue « en conformité

¹²⁰⁴ Art 07 du décret 06-432 ,décret précité .

¹²⁰⁵ Voir Art 19 du cahiers des charges annexé au décret 01-219 précité .Art 19 du cahier des charges annexé au décret exécutif n 04-09 précité .Art 19 du cahiers des charges annexé au décret exécutif n 02 -

186

¹²⁰⁶ A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit ,p200

avec les lois et les règlements en vigueur en Algérie et avec les normes internationales »¹²⁰⁷.

Ainsi, elle se présente comme un moyen indispensable pour contrôler le respect des opérateurs de l'interdiction de subventionnement à partir d'une activité pour laquelle ils sont en position dominante¹²⁰⁸. Et permet en ce qui concerne l'accès aux réseaux, la comptabilité analytique, traduit le respect des conditions objectives et transparentes, et non discriminatoires.

En droit communautaire, la pertinence d'une telle obligation a amené le tribunal de première instance dans l'affaire « FFSA contre commission » à constater qu'en l'absence d'un outil comptable pertinent, il est difficile de déterminer l'existence de subventions croisées¹²⁰⁹. C'est la raison pour laquelle, la commission l'a préconisée dans sa communication de 1998 pour le secteur postal. Selon la commission la transparence doit permettre de faire apparaître de manière distincte entre autres, les coûts et recettes liés aux services fournis dans le cadre des droits exclusifs et les services concurrentiels¹²¹⁰.

Mais un en vue de préserver la concurrence dans les réseaux, la comptabilité analytique a été considérée comme insuffisante. Il fallait donc aller plus loin, en imposant la séparation comptable dans certains secteurs.

b- la transparence comptable à travers la séparation comptable

Si on se réfère au droit comparé, on constate que la séparation comptable n'est pas liée exclusivement à la gestion des réseaux. Elle s'inscrit dans une problématique générale de la réalisation de l'Etat actionnaire, et la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence. Le conseil de concurrence français a précisé la vocation générale de cette séparation dans son avis de 1996 que « l'amélioration de la qualité et, la transparence de la compatibilité analytique des opérateurs et, singulièrement, de celle de l'opérateur dominant constituant (...) des conditions nécessaires pour la mise en œuvre effective du droit de la concurrence ». Une telle séparation est selon le conseil est de « nature à permettre un contrôle effectif des comportements au regard du droit de la concurrence »¹²¹¹.

La généralisation de la transparence comptable est propulsée aussi par le droit communautaire. Dans un premier temps, la cour de justice de la communauté européenne s'appuie sur la comptabilité pour vérifier que les financements publics sont destinés

¹²⁰⁷ Art 19 du cahier des charges annexé au décret n 01-219 précité, cahiers des charges Art 19 du cahier des charges annexé au décret n 04-09 précité

¹²⁰⁸ L'article 27 de la loi 2000-03 précitée.

¹²⁰⁹ TPI, 27 février, FFSA c/ Commission, Rec II, p 229, Europe, N4 avril 1997, p 15, n 120

¹²¹⁰ Communication de la commission sur l'application des règles de la concurrence au secteur postale et sur l'évaluation de certaines mesures d'Etat relatives aux services postaux JOCE, n c/39 /2

¹²¹¹ Conseil de concurrence, avis du 25 juin 1996 n 96A10 relatif à la demande d'avis de l'association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de la Poste au regard du droit de la concurrence.

vraiment à la réalisation des missions de service public¹²¹². Dans un second temps, la séparation comptable est généralisée en vertu de la directive du 26 juillet 2000. Dès lors, est affirmée la nécessité pour la commission et les Etats de « disposer de données détaillées sur la structure financière et organisationnelle interne de ces entreprises, en particulier de comptes séparés et fiables concernant les activités exercées par une même entreprise »¹²¹³

Cette obligation se renforce selon la directive lorsqu'il s'agit des entreprises détenant des droits exclusifs ou gérant une mission d'intérêt général qui nécessite l'octroi de compensation. S'impose à ces entreprises, la dissociation dans leurs comptes les activités donnant lieu à l'attribution de compensation ou de droit exclusifs et leurs autres activités. En outre, la séparation comptable exige de ressortir dans ces comptes les produits et les charges associés à ces différentes activités ainsi que le détail de la méthode d'imputation ou de répartition des produits et des charges entre les activités.

Ces mêmes considérations peuvent militer en faveur de la généralisation de la séparation comptable en droit algérien comme principe régissant le secteur public économique.

Pour l'instant, la séparation comptable a été adoptée dans le domaine énergétique. La loi 2002-01 a précisé que les fonctions exercées par le gestionnaire du réseau de transport du gaz à travers des structures distinctes disposant de comptabilités séparées. La séparation comptable s'étend à tous les opérateurs du secteur. Ainsi, l'article 107 précise que « les opérateurs tiennent une compatibilité par centrale de production et pour chaque concession de distribution » L'article impose aussi aux opérateurs de tenir « dans leurs compatibilité interne des comptes séparés pour leurs activités de production, de transport, de distribution et, le cas échéant, pour l'ensemble de leurs activités en dehors du secteur de l'électricité et du gaz, de la même façon que si ces activités étaient exercées par des entreprises juridiquement distinctes ».

Le contrôle du respect de cette obligation incombe à l'autorité de régulation, à savoir la CREG au titre de sa mission générale qui consiste à veiller au fonctionnement concurrentiel et transparent du marché de l'électricité et du marché national du gaz. Elle contrôle notamment la comptabilité des entreprises. Et peut dans ce cadre en vertu de l'article 109 « requérir que les opérateurs lui communiquent périodiquement chiffrées concernant leurs relations financières ou commerciales avec des entreprises liées ou associées ».

En droit communautaire la directive (96/92 CE) concernant l'électricité se contentait d'imposer une simple séparation comptable de l'exploitation des installations de production et de transport. En 2003 (2003/54 CE) une nouvelle directive impose désormais

¹²¹² Anémone Cartier –BRESON, L'Etat actionnaire, LGDJ, 2010, Paris, p 439.

¹²¹³ 6^{ème} considérant de la directive relative à la transparence de relations financières les Etats membres et les entreprises publiques, JOUE n°193 du 29 juillet 2000 page 75.

plus qu'une séparation comptable. Elle exige une séparation juridique et organique « ainsi que d'autres formes plus strictes de séparation » ¹²¹⁴

La séparation comptable est exigée aussi par la directive 98/30 CE entre la gestion du réseau de distribution, et les activités d'une entreprise intégrée verticalement. Comme au secteur d'électricité, une directive vient renforcer la séparation en imposant une indépendance juridique, organique, et fonctionnelle du gestionnaire des réseaux des autres activités non liées à la distribution d'une entreprise ¹²¹⁵.

B- les séparations organiques et juridiques

La séparation organique marque un pas avancé dans la consécration de la transparence dans l'organisation de services en réseau, comme on peut le constater en droit communautaire (a). Le recours à une séparation juridique reste toutefois la solution ultime même si son application est limitée en raison de ses inconvénients (b).

a la séparation organique

C'est dans le domaine électrique que l'obligation de séparation fonctionnelle a été exigée, car il était nécessaire de rompre les liens de subordination entre le gestionnaire de réseau et l'opérateur historique, pour éviter des distorsions de traitement dans l'accès à l'infrastructure essentielle. ¹²¹⁶ C'est-à-dire éviter un favoritisme de la part de cet opérateur au profit de ses filiales ou de ses actionnaires ¹²¹⁷

En droit communautaire, dès l'adoption de la directive 96/92, la neutralité du gestionnaire du réseau a été imposée aux Etats membres. L'objectif de ce type de séparation est la mise en place d'un gestionnaire qui soit indépendant des autres activités de l'opérateur historique. La directive effectue par ailleurs une distinction entre les gestionnaires de réseaux de distribution et les gestionnaires de réseau de transport, de telle sorte qu'elle exige des seconds au minimum une indépendance sur le plan de la gestion, alors que pour les premiers elle se contente d'identifier le titulaire des fonctions ¹²¹⁸. Des pays comme la France et l'Allemagne se sont contentés de cette séparation ¹²¹⁹ en gardant une intégration verticale. Alors que d'autres pays, comme l'Espagne, sont allés plus loin. Celui-ci a confié l'exploitation du réseau national à une entreprise distincte des entreprises de production ¹²²⁰.

¹²¹⁴ OCDE, Rapport sur les expériences de mise en œuvre de la recommandation concernant la séparation structurelle dans les industries réglementées, Revue sur le droit et la politique de la concurrence, volume 8, année 2006, p 14.

¹²¹⁵ Ibid

¹²¹⁶ E GRAND et T VEYREC, L'Europe de l'électricité et du gaz, op cit, p 392

¹²¹⁷ A-LARGET. ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 207

¹²¹⁸ Directive 96/92/CE précitée

¹²¹⁹ Christophe LEMEMAIRE, énergie et concurrence, op cit, p 571.

¹²²⁰ A-LARGET. ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 208

En revanche, dans le secteur du gaz naturel la directive 98/30 /CE exigeait seulement une indépendance du gestionnaire du réseau sur le plan comptable pour les entreprises verticalement intégrées.

Dans le cadre de la séparation fonctionnel, le gestionnaire du réseau demeure intégré à l'opérateur historique. Donc, c'est une situation peut convaincante vis-à-vis de l'instauration de la neutralité, car le gestionnaire est juge et parti à la fois .

Face à ce problème , la solution peut consister comme en droit français en la création au sein du gestionnaire une division disposant d'un budget et des pouvoirs autonomes .La mission de la division créée consiste à assurer les missions de service public de l'exploitation de l'entretien, et du développement du réseau. En outre, des dispositions pénales sont édictées afin de punir le manquement à l'obligation de confidentialité.

Mais même en adoptant de telles mesures, la neutralité n'est pas pour autant assurée. C'est la raison pour laquelle un degré plus avancé de l'indépendance du gestionnaire est préconisé par le conseil de la concurrence en ce qui concerne EFD .Celui ci, estime dans un avis que « la création d'un établissement public distinct d'EDF et totalement autonome sur le plan de la gestion serait à cet égard porteur de la meilleur garantie d'indépendance souhaitable dans un système concurrentiel respectant totalement l'esprit de la directive 96/92 CE »¹²²¹

b- la filialisation des activités

En raison de l'insuffisance de la séparation comptable et organique, une autre voie a été empruntée pour la réalisation d'une vraie neutralité dans la gestion du réseau .Il s'agit de la filialisation des activités de l'opérateur historique .Un auteur précise l'importance de cette voie en écrivant que « *dans l'impossibilité d'obtenir une clarté totale au plan comptable il est préférable (...) de préconiser une séparation juridique entre ses diverses interventions ,sous la forme d'une filialisation des activités exercées en concurrence* »

Cette séparation est juridique, c'est-à-dire qu'elle suppose la création d'une entité distincte de la l'opérateur historique .De cette manière elle se présente comme une solution radicale pour assurer l'indépendance du gestionnaire du réseau ¹²²².

Cette dernière option constituait une alternative raisonnable à la désintégration des opérateurs historiques et offrait l'avantage de garantir un accès équitable aux infrastructures essentielles.

Dans le domaine énergétique, le choix de cette séparation en droit communautaire a été dans un premier temps préconisé .Cela a été exprimé par la commission dans ses différents rapports .La commission considère en ce qui concerne le secteur électrique, que

¹²²¹ Avis du conseil de la concurrence du 28 avril 1998,BOCCRF,16 juillet 1998 ,p 391 .

¹²²² Christophe LEMAIRE , énergie et concurrence , op cit ,P 581

la séparation juridique de gestionnaire du transport représente « l'approche la plus efficace pour garantir la non discrimination »¹²²³. La directive de 1996 en revanche n'exigeait pas cette indépendance.

Dans un second temps, la séparation devient obligatoire, à partir de l'adoption de la directive 2003/54 CE. En vertu de cette directive, les Etats membres doivent mettre en place des entités distinctes sur le plan juridique pour la gestion des réseaux de transport et de distribution¹²²⁴.

De même pour le secteur du gaz, la directive 2003/55 CE impose aux Etats membres de créer une entité indépendante juridiquement de l'opérateur historique pour la gestion du réseau de distribution¹²²⁵.

La commission a exprimé son penchant envers la dissociation juridique dans le domaine de télécommunications. Elle constate que « la séparation comptable actuelle est manifestement insuffisante »¹²²⁶.

En droit algérien, par la procédure de filialisation le législateur instaure une séparation entre SONALGAZ Holding de société par action et la filiale de transport. Celle-ci désigne selon l'article 169 de la loi 2002-01 le gestionnaire du réseau transport de l'électricité. Quant au gaz la filiale du transport de gaz de SONALGAZ désigne le réseau du transport du gaz. Il est clair que les gestionnaires revêtent la forme du droit privé tel que la société mère.

Il est critiquable toutefois que le législateur n'a pas garanti l'indépendance du gestionnaire contre sa subordination à l'entreprise mère. En droit français, l'indépendance de la filiale d'EDF par des règles dérogatoires au code de commerce établies par la loi 2004-303 qui dispose que « la gestion du transport sera opérée par les dirigeants du gestionnaire indépendamment de la volonte des autres opérateurs y- compris l'opérateur contrôlant le capital du gestionnaire »¹²²⁷.

Notons que le choix de la séparation juridique peut être critiqué, quant il aboutit à des dysfonctionnements des réseaux. On peut citer l'exemple de la crise de l'énergie survenue en Californie en 2000-2001. Même si l'imputation de tels événements à la désintégration n'est avérée d'une façon sûre¹²²⁸. Mais ces crises posent néanmoins le problème de la coordination dans la gestion du secteur.

¹²²³ V. la communication relative aux progrès récents dans la libéralisation du marché intérieure de l'électricité, COM (2000) 297 final du 16 mai 2000.

¹²²⁴ Directive 2003/54/CE précitée.

¹²²⁵ Directive 2003/55/CE précitée.

¹²²⁶ Communication et projet de directive modifiant les directives 90/388/CEE, JOCE n C71 du 7 mars 1998.

¹²²⁷ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. Disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr>.

¹²²⁸ OCDE, Rapport au conseil sur les expériences de mise en œuvre de la recommandation concernant la séparation structurelle dans les industries réglementées », rapport précité, p17.

Conclusion du chapitre 2

La mise en œuvre du rôle du secteur privé dans la gestion des activités concurrentielles nécessite la reconnaissance au profit des opérateurs, un droit d'accès aux réseaux. Ceci, constitue une condition incontournable pour l'effectivité de l'ouverture à la concurrence. Pour fonder le droit d'accès, la jurisprudence et la doctrine recourent au droit de la concurrence, notamment à la théorie des facilités essentielles. La consécration de la mise en concurrence pour l'accès au domaine public renforce aussi le droit d'accès aux réseaux. La législation algérienne suivra les mêmes solutions retenues en droit comparé.

En droit algérien, le droit d'accès se décline en deux formes ; l'accès unidimensionnel qui est la règle générale qui se présente chaque fois que la fourniture du service aux utilisateurs dépend de l'accès à une infrastructure essentielle et l'accès multidimensionnel qui est un cas particulier qui se présente dans le domaine des télécommunications à travers l'interconnexion.

L'ouverture des réseaux aux opérateurs privés implique des changements structuraux importants dans l'organisation des services en réseaux. A ce titre, deux séparations s'imposent ; d'abord la séparation entre la fonction de régulation et celle d'exploitation commerciale. L'objectif est de garantir la neutralité de la régulation non seulement vis-à-vis du pouvoir politique mais aussi du marché pour éviter le risque de capture. La régulation est transférée à cet effet à des organismes indépendants. Les conditions de cette indépendance sont précisées dans les textes. Celle-ci demeure cependant relative en droit algérien en raison de l'absence de quelques critères comme nous l'avons signalé.

Le second changement structural dans les services en réseaux est la désintégration de l'opérateur historique. C'est à dire que le gestionnaire du réseau doit être doté d'une indépendance vis-à-vis de cet opérateur.

Conclusion du titre 1

Le rôle du secteur privé dans la gestion des services en réseaux est encadré par deux sortes d'exigences .Les unes sont liées à la sauvegarde d'intérêt général, puisque l'action des opérateurs privé s'effectue sur le terrain du service public . L'introduction de la concurrence a certes modifié la nature de certaines activités, en les transformant à des activités concurrentielles, mais elle n'a pas remis en cause les obligations d'intérêt général, notamment celles relatives au service public.

Les autres exigences sont liées à la l'ouverture des réseaux à la concurrence. Il s'agit de garantir l'effectivité de la concurrence dans les services concernés .La liberté d'accès aux réseaux constitue la première exigence encadrant l'action des opérateurs privé dans les réseaux. Cette liberté, se traduira au profit de ces opérateurs par le droit d'accéder aux réseaux détenus par les opérateurs historiques ; il s'agit là d'un droit unidimensionnel. Les réseaux répondant au droit d'accès en droit algérien sont la boucle locale dans le domaine de télécommunication et les réseaux électriques et gaziers .La liberté d'accès se traduit aussi par une obligation réciproque de garantir l'accès .C'est à dire, qu'il s'agit d'un accès bilatéral, on le retrouve dans le domaine de télécommunications sous l'appellation d'interconnexion.

Ce sont ces exigences qui guident l'action des opérateurs privés dans la fourniture des services concurrentiels, et sur le fondement desquelles s'appuie la régulation. Celle-ci se reconfigure pour s'adapter à l'ouverture à la concurrence .Elle sera à cette fin exercée par des autorités indépendantes présentant les conditions de neutralité .L'adaptation exige une autre indépendance, celle du gestionnaire du réseau vis-à-vis de l'opérateur historique .

Ainsi ,est constitué le cadre dans lequel s'exerce la régulation du rôle du secteur privé dans la gestion des services en réseaux .

Titre II

L'organisation de la régulation du rôle du secteur privé dans les services en réseaux.

Nous avons précisé dans le titre précédant quels sont les fondements qui conditionnent le rôle du secteur privé dans la gestion des services en réseau, et sur lesquels se base la régulation de ce rôle. Il nous reste de savoir comment sont ils mis en œuvre tout au long de l'activité du secteur afin de compléter le cadre juridique relatif à notre sujet.

Ici, se pose une autre fois la distinction entre les activités en réseaux concurrentielles, et celles qui obéissent à la logique d'exclusivité d'exploitation. Mais avec une telle acuité qu'il nous est impossible de les ramener à un cadre commun comme nous l'avions pu faire partiellement en ce qui concerne les objectifs gouvernant leur activités. Car, pour chaque catégorie d'activités correspond un modèle de régulation. Pour les activités non concurrentielles correspond un modèle de régulation traditionnel construit sur le rapport Délégrant- délégataire. En revanche, la régulation des activités concurrentielles, n'est pas fondée sur un rapport de subordination mais sur un rapport approprié à la concurrence Autorité de régulation –marchés concurrentiels.

Dés lors, il est nécessaire que nous aborderons les deux catégories d'activités séparément. On étudiera en premier lieu la régulation des activités concurrentielles, car c'est elle qui représente la nouvelle organisation des services en réseaux et qui dans certains services exerce une compétence générale, comme dans le secteur énergétique où l'autorité de régulation est compétente vis-à-vis des marchés concurrentiels mais aussi en ce qui concerne les concessions de distribution **.(chapitre 1)**

Ensuite, on abordera la régulation dans le cadre des contrats de délégation. On transposera les règles générales relatives à la délégation sur le domaine des réseaux **(chapitre 2).**

Chapitre I

La régulation du rôle du secteur privé dans la gestion des activités concurrentielles

Pour encadrer le rôle du secteur privé dans ses activités concurrentielles, un modèle de régulation est mis en place. Un modèle qui s'adapte à la nature des secteurs libéralisés et les objectifs assignés à leur organisation. La régulation de la mise en œuvre du rôle du secteur privé se réalise par deux étapes. D'abord, par un pouvoir d'orientation et de contrôle qui accompagne les opérateurs privés depuis l'entrée au marché. En vertu de ce pouvoir, les autorités de régulation disposent de la compétence de mettre en place des règles générales régissant l'activité de ces opérateurs. Ainsi, la régulation contribue l'accomplissement du régime juridique des secteurs libéralisés . L'orientation du rôle du secteur privé se fait également à travers un contrôle qui s'exerce sur les opérateurs tout au long de leur parcours, afin de s'assurer du respect de leurs obligations. Ce contrôle, peut s'effectuer dans des domaines donnés comme la tarification ou les conditions d'accès aux réseaux comme, il peut s'effectuer en vertu d'un pouvoir de contrôle général (**Section 1**) .

La régulation n'est pas seulement une fonction d'orientation et de contrôle, elle est aussi un pouvoir de coercition qui intervient pour sanctionner les comportements déviants des opérateurs et régler leurs litiges .Ainsi, on peut parler d'une fonction contentieuse exercée vis-à-vis des opérateurs des marchés concurrentiels dans les réseaux(**Section 2**) .

Section 01 : le pouvoir d'encadrement et de contrôle

L'encadrement et le contrôle sont deux opérations qui s'exercent sur les opérateurs dans les marchés concurrentiels. On peut identifier à titre des mesures d'encadrement le pouvoir normatif qui permet aux autorités de régulation de soumettre les opérateurs à des règles générales (**Sous section 1**) .Quant au pouvoir de contrôle il permet à ces autorités de vérifier le respect des opérateurs de leurs obligations (**Sous section 2**) .

Sous section 1 : L'encadrement de l'activité des opérateurs privés par des règles générales

La détermination des règles générales relatives au fonctionnement des marchés concurrentiels représente la première démarche de régulation de l'activité du secteur privé. Elle est exercée soit d'une façon directe dans le cas de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications (§1). Soit d'une façon indirecte dans le cas de la commission de la régulation du gaz et d'électricité (§ 2). Il faut noter qu'à ce pouvoir d'encadrement s'ajoute la catégorie des actes du « Soft Law » ou droit moue ¹²³⁰.

¹²³⁰ Pierre –Alain le régulateur producteur de droit in règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation sous la direction de M-A .FRISON ROCHE ,volume 2,Presses et sciences politiques Dalloz ,2004 , p48

§1 L'exercice direct du pouvoir réglementaire

Le pouvoir réglementaire consiste ici à poser des normes générales pour la régulation d'un secteur. Il s'ajoute ainsi aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur dans les secteurs régulés. On peut cependant distinguer entre deux manifestations de ce pouvoir dans le domaine des réseaux : un pouvoir réglementaire élargi exercé par l'autorité de régulation des postes et des télécommunications (A), et un pouvoir limité assumé par la commission de régulation du gaz et de l'électricité (B) .

A- L'exercice élargi de pouvoir réglementaire par l'ARPT

Le pouvoir réglementaire peut être défini comme la compétence dévolue à des institutions autres que le parlement d'émettre des actes normatifs à portée générale .Suivant cette définition un règlement est défini à partir de son objet. Il embrassera tous les actes à caractère général quelle que soit leur appellation .

La reconnaissance d'un tel pouvoir au profit de l'autorité de régulation ne constitue pas une originalité, puisqu'il a été admis depuis longtemps à certaines autorités administratives indépendantes en droit français, mais non sans l'interrogation sur sa compatibilité avec le régime constitutionnel¹²³¹. C'est sous l'influence du droit anglo-saxonne que le modèle d'une autorité réglementaire s'est imposé en droit communautaire¹²³².D'ailleurs, le terme anglais *regulatory authorities* est traduit par autorités réglementaires par la version française des textes communautaires et non pas par les autorités de régulation¹²³³.

La doctrine en France s'est montrée méfiante à l'égard de l'exercice d'une compétence réglementaire par une autorité indépendante du gouvernement inspiré du modèle Anglo-Saxonne.¹²³⁴

Mais grâce à l'intervention de la justice constitutionnelle tous les doutes sur la légitimité de ce pouvoir ont été dissipés .En effet, le conseil constitutionnel français apporte l'encadrement conciliant l'existence d'un tel pouvoir avec les dispositions constitutionnelles. Il entame son encadrement avec la décision relative à la CNIL (décision n° 86-217 DC)¹²³⁵ .Il commence dans cette décision à rappeler que les dispositions de l'article 13 de la constitution ne laisse pas présager un pouvoir réglementaire autonome et ce, contrairement à une opinion répandue . Donc, il est nécessaire que le pouvoir

¹²³¹ Des autorités comme CNIL, la COB, le CSA ont été dotées en droit français par le pouvoir d'édicter des règles générales et impersonnelles :La commission nationale de l'informatique et des libertés par la loi du 16 janvier 1978 . La commission nationale de la communication et des libertés CNCL par la loi de septembre 1986. La COB ? .Evelyne DIECKHOFF, Conseil d'Etat ,op cit p 9

¹²³² A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit ,p 350 .

¹²³³ C'est pourquoi s'élève la revendication des juristes français pour redonner à ces autorités leur vraie qualification .V Thierry TUOT , « la sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation » ,in règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, op cit, p74 .

¹²³⁴

¹²³⁵ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986. Disponible sur le site <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm>

réglementaire spécial demeure subordonné au pouvoir réglementaire gouvernemental. C'est pourquoi il censure dans la décision « liberté de communication », une disposition consacrant la subordination des normes posées par décret aux règles générales fixées par la commission nationale de la communication et des libertés .Et dans le même sens, le conseil constitutionnel invalide les dispositions législatives subordonnant le pouvoir réglementaire du premier ministre à l'avis conforme d'une autorité administrative indépendante¹²³⁶ . Ensuite, le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes est encadré dans son étendu. Le conseil constitutionnel le réduit à « des normes de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Ceci, signifie que leur pouvoir se limite aux questions moins importantes, laissant au pouvoir réglementaire national ce qui est plus important ¹²³⁷ Enfin, il convient que la reconnaissance du pouvoir réglementaire soit assortie de « mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnelles garantis »¹²³⁸ .

Même avec les limites posées par le conseil constitutionnel, la question de constitutionnalité du pouvoir réglementaire resurgit à propos de la création de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications en raison du champ de son activité¹²³⁹ . Mais à la fin, le texte relatif à l'autorité a été adapté, qui tout en reconnaissance l'indépendance de la fonction de régulation de l'exploitation des réseaux précise qu' « elle est exercée au nom de l'Etat par le ministre chargé des télécommunications et l'ART » .

Le pouvoir reconnu à l'autorité de régulation des postes et des télécommunications suit les orientations du conseil constitutionnel. Il est réduit à la précision des règles relatives à certaines matières techniques telles que l'interconnexion¹²⁴⁰ En outre, les règlements pris par cette autorité sont soumis à une homologation par arrêté du ministre de tutelle. C'est pourquoi le pouvoir des autorités administratives indépendantes est qualifié de résiduel ¹²⁴¹ .

De la même manière, la commission de régulation énergétique est encadrée dans l'exercice de son pouvoir réglementaire .D'abord elle est limitée dans des domaines précis .Il concerne à titre principal l'accès aux réseaux ¹²⁴² . De leur côté les autorités de

¹²³⁶ Décision n 2006-544 DC du 14 décembre 2006 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2007)

¹²³⁷ Louis FAVOREU ,Droit constitutionnel ,Dalloz ,12ème éditions p 623 .

¹²³⁸ Décis n 93-333 DC du 21 janvier 1994,autorisations d'émissions

¹²³⁹ A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit ,p 348 . Rapport ,Le service public ,Denoix de St Marc 1996,op cit ,p 59 . Dans son rapport Renaud Denoix de St Marc exprime cette méfiance en rappelant que «certaines difficultés pourraient surgir si l'union européenne tentait d'imposer aux Etats membres des autorités indépendantes de régulation de type anglo saxon :cela est envisageable jusqu'à un certain point pour une autorité qui prends des décisions individuelles ,mais ne l'est pas pour une autorité qui édicte des règles générales .Ce serait contraire à la tradition juridique française et surtout à la lettre de la constitution de 1958 qui confie au premier Ministre le pouvoir réglementaire »

¹²⁴⁰ A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit ,p 348,p 355 .

¹²⁴¹ Observations du gouvernement en réponse à la saisine du conseil constitutionnel en date du 24 juin 1996 par plus de 60 sénateurs ,JO du 27 juillet 1996 ,p 11405 .

¹²⁴² Article L.37 de la loi n 2000-108 .

régulation sont soucieuses de démontrer que leurs actions s'inscrivent « dans le strict respect des dispositions législatives et réglementaires qui les régissent »¹²⁴³

A la lumière de ce qui précède, si on revient au droit algérien on observe que, dès l'apparition des autorités administratives indépendantes dans son paysage institutionnel certaines d'entre elles sont dotées de cette compétence mais aucune clarification de la part du conseil constitutionnel n'a été apportée à ce pouvoir. Or, une telle reconnaissance suscite les mêmes questionnements rencontrés en droit Français en raison des similitudes constitutionnelles.

L'autorité de régulation des postes et des télécommunications a pu adopter une lecture extensive des dispositions législatives fixant ses compétences pour se forger un vrai pouvoir réglementaire. En effet, aucune disposition de la loi 2000-03 ne lui reconnaît un plein pouvoir réglementaire. D'ailleurs elle-même soulignait dans son rapport d'activité de 2014 qu'elle ne détenait qu'un « un pouvoir quasi réglementaire ». Mais elle précise que ce pouvoir « lui permettant d'émettre des normes à caractère réglementaire en direction des acteurs du marché » Elle se fonde principalement sur l'article 13 qui lui permet de prendre toute mesure à l'effet de promouvoir ou rétablir la concurrence sur les marchés de la poste et des télécommunications. Elle se fonde aussi sur l'article 39 qui limite son activité réglementaire à la fixation des conditions d'établissement et de fourniture des services de télécommunications soumis à l'autorisation¹²⁴⁴.

Si on compare ce pouvoir avec ceux reconnus à d'autres autorités de régulation, on remarque que les textes sont clairs sur son existence. Ainsi, le conseil de monnaie et crédit créé en 1990 est investi d'un vrai pouvoir réglementaire relatif au domaine financier et bancaire. Ce pouvoir a été sauvegardé après l'abrogation de cette loi par la loi n° 03-11, mais avec une nouvelle formulation¹²⁴⁵. La première loi reconnaît ce pouvoir d'une façon très claire, quant elle dispose dans son article 44 que le conseil de monnaie et de crédit est investi de pouvoir (...) en édictant des actes réglementaires bancaires et financiers ». Et après l'adoption de la loi n° 03-11 la reconnaissance se fait en citant des domaines variés de réglementation.

Le législateur prend soin de reconnaître la force obligatoire des règlements pris par le conseil. Il les soumet cependant à un contrôle modéré exercé a posteriori par le ministre des finances. Le contrôle se limite en effet au droit du ministre de demander des

¹²⁴³ Pierre –Alain le régulateur producteur de droit in règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, op cit 46.

¹²⁴⁴ ARPT, rapport annuel 2014, p 20

¹²⁴⁵ Article 44 de la loi 90-10 du 14 avril relative à la monnaie et crédit, journal officiel du 18 avril 1990 L'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et crédit reconnaît le pouvoir réglementaire au conseil en citant les matières de compétence du conseil. Il y figure des domaines variés de réglementation tel « les normes et conditions des opérations de la banque centrale (...) c la définition, la conduite, le suivi et l'évaluation de la politique monétaire (...) e le fonctionnement et la sécurité du système de paiement ; f) les conditions d'ouverture en Algérie de bureaux de représentation de banques et établissements financiers étrangers ; h) les normes et ratios applicables aux banques (...) i) la protection de la clientèle des banques et des établissements ... »

modifications¹²⁴⁶. Ce qui est met les règlements du conseil au même rang des décisions ministérielles, c'est qu'ils deviennent exécutoires après être promulgués au journal officiel de la république algérienne. Cette force exécutoire ne peut être remise en cause que par un recours en annulation devant le conseil d'Etat. Le recours est formé soit par le ministre des finances, soit par les personnes concernées dans un délai de 60 jours à dater de la publication¹²⁴⁷. Le ministre étant lui-même incapable de la remettre en cause.

Une autre autorité a bénéficié d'une compétence réglementaire. Il s'agit de la COSOB à laquelle le décret législatif 93-10 reconnaît solennellement ce pouvoir dans sa section II intitulée « fonction réglementaire ». La commission bénéficie d'un plein pouvoir réglementaire sur le marché des valeurs immobilières. C'est ce qui ressort de l'article 31 du décret qui dispose que « la commission réglemente le fonctionnement du marché des valeurs immobilières »¹²⁴⁸.

Tout en étendant le pouvoir réglementaire de la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse, le décret 93-10 prévoit une procédure d'approbation des règlements par voie réglementaire avant que le texte ne soit publié au journal officiel¹²⁴⁹. Enfin, le décret précise qu'en cas de recours judiciaire, le sursis à exécution des dispositions objet de recours peut être ordonné si ces dispositions sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou si des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité sont intervenus depuis leur publication¹²⁵⁰.

On peut émettre trois observations concernant le pouvoir réglementaire reconnu aux deux autorités de régulations précédentes : La reconnaissance est faite d'une manière claire en ne laissant aucun doute ni sur sa légalité ni sur sa force exécutoire – Le pouvoir réglementaire est entouré d'une mise en garde importante qu'est le pouvoir de tutelle allégé – enfin un rappel de la soumission des règlements à un contrôle de l'égalité.

¹²⁴⁶ L'article 63 de la loi 03-11 précitée dispose qu'« avant leur promulgation, le gouverneur communique, dans les deux jours de leur approbation par le conseil, les projets de règlements au ministre chargé des finances, qui dispose d'un délai de dix jours pour en demander la modification. Le gouvernement doit réunir alors le conseil dans un délai de cinq jours et lui soumettre la modification proposée. La nouvelle décision

¹²⁴⁷ Article 65 de la même loi.

¹²⁴⁸ Décret législatif n 93 -10 du 23 mai relatif à la bourse des valeurs mobilières, JORDP n 34 du 23 mai 1993.

¹²⁴⁹ Article 32 de la même loi.

¹²⁵⁰ L'article 31 du décret législatif énumère les domaines dans lesquels peuvent intervenir des règlements de la commission : « -les capitaux susceptibles d'être investis dans les opérations de bourse ; -les conditions d'agrément des intermédiaires en opérations boursières ainsi que les règles professionnelles qui lui sont applicables ; -l'étendue et le contenu de la responsabilité des intermédiaires et les garanties qu'ils doivent à leur clientèle ; -les conditions de qualification des agents autorisés à effectuer des négociations en bourse ; -les émissions dans le public et l'admission aux négociations de valeurs mobilières admises en bourse »

Ainsi comme le souligne R.ZOUMIA le pouvoir réglementaire de la COSOB « s'étend au fonctionnement du marché boursier placé sous son contrôle comme elle est habilitée à prescrire des normes de pratique professionnelle qui s'imposent tant aux intermédiaires sur le marché » R.ZOUMIA. « Les autorités administratives indépendantes », article précité, 53

Ces trois exigences sont nécessaires pour rendre ce pouvoir compatible avec notre système constitutionnel, notamment en ce qui concerne le pouvoir réglementaire de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications.

Prenant en considération ces remarques, on constate que l'ARPT dépasse la conception d'un quasi pouvoir réglementé. En effet, cette autorité de régulation l'exerce depuis 2000 en embrassant toutes les activités du secteur. Elle exerce sous deux formes les décisions et les résolutions .

B- Un exercice limité du pouvoir réglementé par la CREG

La CREG bénéficie aussi d'un pouvoir réglementaire très restreint qu'elle ne peut développer comme l'ARPT l'a fait .Car, celle-ci se basait sur une compétence générale consacrée par l'article 13 de la loi 2000-03 qui lui permet de prendre toutes les mesures nécessaires, afin de promouvoir ou de rétablir la concurrence. En revanche, la CREG n'a pas bénéficié d'une telle compétence en vertu de la loi 2002-01 . Certes, l'article 113 de celle-ci lui confère une mission générale de « veiller au fonctionnement concurrentiel et transparent du marché d'électricité et du marché national du gaz, dans l'intérêt des consommateurs et celui des opérateurs » .Mais sans pour autant lui reconnaître le droit de prendre les mesures nécessaires pour assumer sa mission.

Par ailleurs, certains fragments du pouvoir réglementaire sont reconnus au profit de la CREG par la loi 2002-01 .Ainsi, il lui est reconnu la compétence de «- détermination des sanctions administratives pour le non respect des règles ou de standards –détermine par application de la réglementation la rémunération des opérateurs du secteur –détermine par application de la réglementation les tarifs à appliquer aux clients du système à tarifs »¹²⁵¹

§ 2- l'exercice indirect du pouvoir réglementaire

L'ARPT et la CREG s'imposent dans les secteurs régulés comme des autorités réglementaires indirectes .En effet, à travers leurs pouvoirs consultatifs elles exercent un vrai pouvoir normatif vis-à-vis des opérateurs privés sur le marché.

A- le pouvoir réglementaire indirecte de l'ARPT

Celle-ci est investie d'un pouvoir de consultation générale concernant la préparation de tout projet de texte réglementaire relatif aux secteurs de la poste et de télécommunications .Ils s'y ajoutent des domaines spécifiés de consultations énumérés par l'article 13 de la loi 2000-03 :- la préparation des cahiers des charges –la préparation de la procédure de sélection des candidats pour l'exploitation des licences de télécommunications .En outre ,elle donne avis notamment : sur toutes les questions relatives à la poste et aux télécommunications –la fixation des tarifs maximum de service universel de la poste et des télécommunications –l'opportunité ou la nécessité d'adopter

¹²⁵¹ Art 115 de la loi 2002-01 .loi précitée

une réglementation relative à la poste et aux télécommunications –les stratégies de développement des secteurs de postes et des télécommunications –proposer les montants des contributions au financement des obligations de service universel .

Depuis sa création, l'ARPT a joué un rôle important via son pouvoir réglementaire dans l'amélioration et l'évolution du secteur.

Les opérateurs privés peuvent eux aussi, contribuer à ce rôle en fournissant tout document ou information utile pour l'accomplissement des compétences dévolues à l'ARPT, y compris la compétence consultative .La possibilité est ouverte également aux prestataires des services et à toutes les personnes intéressées¹²⁵².

B- pouvoir réglementaire indirecte de la CREG

A l'instar de l'ARPT, la CREG exerce un pouvoir réglementaire indirect par un pouvoir de consultation générale qui consiste selon l'article 114 de la loi 2002-02 en une « mission de conseil auprès des autorités publiques en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement du marché de l'électricité et du marché national du gaz » . La loi détaille la mission de consultation dans son article 115 ,en précisant que la commission « 1-contribue à l'élaboration des règlements d'application prévus (...) 2- formule des avis motivés et soumet des propositions dans le cadre des lois en vigueur (...) 5-propose des standards généraux et spécifiques concernant la qualité de l'offre et du service client ainsi que les mesures de contrôle ; 6 »

Les opérateurs peuvent participer à la mission consultative de la CREG mais d'une manière très limitée. La commission est selon l'article 115 de la loi 2002-01 tenue de recourir à la consultation des opérateurs pour proposer « aux institutions concernées annuellement et quand des circonstances particulières le recommande, le maintien ou la modification du niveau des tarifs »¹²⁵³.

Enfin, à titre de conclusion en ce qui concerne le pouvoir de consultation des deux autorités de régulation, on peut avancer comme il est bien établi en doctrine que cette compétence est une exigence indispensable pour l'exercice d'une régulation des opérateurs dans le marché¹²⁵⁴

Sous section 2: l'encadrement du rôle du secteur privé par le pouvoir d'investigation et de contrôle

L'action du secteur privé dans l'exercice des activités concurrentielles doit être accompagnée par un contrôle continu tout au long de sa présence dans le marché. Car il est indispensable que l'autorité de régulation s'assure que les opérateurs privés respectent leurs obligations.

¹²⁵² Article 13 de la loi 2000-03 ,loi précitée

¹²⁵³ La loi 2002-01 ,loi précitée .

¹²⁵⁴ A-LARGET . ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseaux, op cit ,p 348.

Ce contrôle appelle un pouvoir d'investigation très étendu, allant des enquêtes et la collecte d'information jusqu'à la prise des injonctions .

Le pouvoir de contrôle tel qu'il ressort des textes se matérialise d'abord par un pouvoir de contrôle général qui s'inscrit dans le cadre de la surveillance du marché (§1) et aussi par un contrôle tarifaire qui occupe une place particulière dans la fonction de régulation (§ 2) .

§1 une mission générale de contrôle et surveillance

Les opérateurs privés sont soumis à un contrôle de la part des autorités de régulation qui se présente en tant que polices administratives spéciales¹²⁵⁵. Ce contrôle se focalise dans le domaine des postes et des télécommunications sur le respect des exigences de la concurrence (A) alors que dans le secteur énergétique l'accent est mis aussi sur le respect de l'exigence technique et environnementale (B).

A- contrôle sur activités concurrentielles des postes et des télécommunications

Dans le domaine de télécommunications, les opérateurs titulaires de licence sont contrôlés par l'autorité de régulation .Celle-ci peut par l'intermédiaire de ses agents commissionnés à cet effet ou par toute personne dûment habilités par elle procéder à des enquêtes, y compris celles qui nécessitent des interventions directes ou des branchements d'équipements extérieurs sur son propre réseau¹²⁵⁶.

Les cahiers des charges mettent à la disposition de l'autorité de régulation le rapport comme un outil important pour contrôler l'activité annuel des opérateurs .Ainsi, selon le cahier de charge relatif à la licence attribuée à Algérie Orascom le titulaire doit présenter chaque année à l'autorité de régulation ,au plus tard (...)un rapport annuel » . Le rapport doit comprendre des renseignements détaillés sur des aspects permettant d'évaluer son activité¹²⁵⁷.

¹²⁵⁵ Il est nécessaire de distinguer ce contrôle exercé au nom de la police administrative qui appelle des enquêtes non coercitives de celui qui s'exerce au nom de la police judiciaire qui nécessite des enquêtes coercitives .

¹²⁵⁶ En pratique, le département contrôle du spectre effectue le contrôle sur le respect des obligations de couverture et de qualité de service par les opérateurs de la téléphonie mobile. Le contrôle effectué au titre de l'année 2015 a concerné 12 chefs lieux de wilayas ,09 axes routiers et 34 agglomérations de plus de 2000 habitants .En cas de constatation d'anomalies dans la couverture et la qualité de service elle demande aux opérateurs concernés d'apporter les correctifs nécessaires . ARPT rapport 2015 p 25et 26.

Selon le même rapport le contrôle sur les activités autorisées a concerné pendant la même année : vingt cinq centre d'appel –trois VOIP –sept Audiotex –sept fournisseurs des services d'accès internet

¹²⁵⁷ Le rapport doit comprendre des renseignements détaillés sur les aspects suivants : -le développement du réseau et des services objets de la licence au cours de la dernière année –les explications de tout défaut (...) si ce défaut est dû à des circonstances indépendantes de sa volonté ,le titulaire doit inclure tout document justifiant celui-ci ;-un plan de mise en œuvre de l'exploitation du réseau GSM et des services pour la prochaine année -tout autre renseignement jugé pertinent par le titulaire ou demandé par l'autorité de régulation

En outre, le titulaire est tenu d'une obligation d'information facilitant la mission de contrôle exercée par l'autorité de régulation .Il est a ce titre tenu de mettre à la disposition de l'autorité de régulation des informations générales .Il doit fournir les informations et les documents financiers ,techniques et commerciaux qui sont raisonnablement nécessaires à l'autorité de régulation pour s'assurer du respect par le titulaire des obligations qui lui sont imposées . Le titulaire s'engage également de fournir des informations détaillées sur son activité.

Le contrôle de l'autorité de régulation s'étends aux titulaires des autorisations postales .L'ARPT peut procéder à des enquêtes, par ses agents aptes à cet effet ou par toute personne dûment autorisée par elle. Et pour permettre un contrôle efficace, le titulaire est tenu de mettre à la disposition de l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications les informations ou documents d'exploitation, financiers et commerciaux nécessaires pour s'assurer du respect des obligations qui lui sont imposées par les textes législatifs et réglementaires. En outre, le titulaire s'engage à fournir d'autres informations¹²⁵⁸ .

Le titulaire de l'autorisation postale est tenu de fournir sur une base trimestrielle, mensuelle à l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications des informations sur les résultats de son activité au terme de fréquence de trafic et de qualité .Et à l'instar du domaine des télécommunications les titulaires de l'autorisation postale sont tenus de présenter un rapport détaillé sur les résultats réalisés au court de l'année¹²⁵⁹ .

Dans le cadre de son contrôle l'autorité de régulation procède dans le domaine postal à des enquêtes à fin de la vérification de l'application de ses décisions¹²⁶⁰ .

Le droit d'accès s'effectue selon le décret n 02 -156 dans la forme d'un contrat conclu entre les opérateurs, et soumis à l'approbation de l'ARPT. Mais l'article 07 du décret n'a pas précisé le caractère de ce contrat. Néanmoins, si on se réfère aux règles générales du code de la procédure civile et administrative- notamment la cirière organique- on ne peut que conclure que le contrat d'interconnexion est un contrat privé en raison du statut privé des opérateurs. Et l'intervention de l'ARPT ne modifie en rien à ce caractère

En droit français le législateur prévoit expressément le caractère privé du contrat d'interconnexion, ainsi que celui d'accès¹²⁶¹ . Mais il n'a en fait qu'à affirmer le point de

¹²⁵⁸ D'une façon générale il est tenu de fournir toute information ou document prévu par le cahier des charges

¹²⁵⁹ Le rapport doit contenir les informations liées à :-l'exécution du présent cahier des charges –le niveau de déploiement de son activité réalisée au cours de l'année écoulée et le plan de déploiement de l'année suivante

¹²⁶⁰ Les enquêtes effectuées par l'ARPT durant l'année 2015 ont touché plusieurs volets à savoir :enquêtes sur l'activité de certains opérateurs -enquêtes sur la distribution du courrier –enquêtes sur le respect des dispositions du cahier des charges du service universel de la poste .En outre il est crée un observatoire du courrier accéléré international dont la fonction est de donner une vision continue du marché du courrier accéléré international

¹²⁶¹ L'article L34-8 al 1^{er} du code de postes et des communications électroniques.

vue de la cour d'appel de Paris. Celle-ci s'est fondée sur l'accord commun des deux parties pour reconnaître le caractère privé de ce contrat ¹²⁶²

La conclusion du contrat d'interconnexion est soumise à un encadrement strict visant à garantir l'effectivité de la concurrence et garantir l'efficacité du réseau et son intégrité .Ainsi les parties sont tenues de suivre les étapes suivantes ; l'introduction d'une demande – les conditions de son acceptation – Et si dans le cas échéant les parties ne parviennent pas à une solution, le litige peut être porté devant l'autorité de régulation

Si l'interconnexion est un droit indiscutable pour les opérateurs afin qu'ils puissent accomplir leurs prestations, il ne peut pour autant être accordé que dans le respect de certaines conditions précisées par le décret .

Les opérateurs devront introduire une demande écrite devant l'opérateur concerné. La demande doit préciser les caractéristiques de l'interconnexion demandée, notamment les points d'interconnexion souhaités, les capacités des liaisons, les normes de signalisation.

Il s'agit donc d'une demande adressée directement de la part de l'opérateur exprimant sa volonté de conclure le contrat d'interconnexion « l'offre ». L'autre partie est tenue d'y répondre dans un délai qui ne dépasse pas 30 jours calendaires. Aucune intervention de l'autorité de régulation à ce stade n'est prévue.

A la suite de cette demande, l'opérateur du réseau public ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire. En effet, selon la loi 2000-03 l'opérateur est tenu de satisfaire la demande si elle est justifiée au regard d'une part des besoins du demandeur et d'autre part des besoins des capacités de l'opérateur à la satisfaire.

En cas d'acceptation l'opérateur doit préciser dans sa réponse les modalités techniques et financières de l'interconnexion, ainsi que le calendrier proposé pour sa mise en œuvre.

La conclusion du contrat entre les deux parties ne produit ses effets qu'après l'approbation de l'ARPT. Celle-ci, après dispose d'un délai de 30 jours après la réception de la convention pour demander aux parties d'amender le contrat. Toutefois le pouvoir de l'autorité de régulation dans ce cas est limité d'abord par l'obligation de motivation ainsi que par l'obligation que l'amendement doit porter sur des cas précisés par l'article 8 du décret .

Le demandeur de l'interconnexion est protégé contre le refus non justifié et non fondé par l'exigence de la motivation .Celle ci limitera le pouvoir de l'opérateur pour

¹²⁶² CAA Paris 3^e ch du 20 octobre 1998 Ministre délégué à la poste ,aux télécommunications et à l'espace .ho française de radiotéléphonique in « lettre de la cour administrative d'appel de paris »,n 3 Novembre .

refuser la demande. Il se trouve dans une situation semblable à l'administration, quand elle est tenue de motiver ses actes C'est-à-dire que son pouvoir est lié.

La motivation du refus doit se fonder uniquement sur le catalogue d'interconnexion¹²⁶³ (un document publié par l'opérateur auquel on reviendra plus tard) en d'autres termes si le demandeur ne répond pas aux conditions techniques et tarifaires fixées préalablement dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

En cas de refus fondé sur le catalogue d'interconnexion ou lorsque l'offre est jugée insatisfaisante, le demandeur peut saisir l'autorité de régulation. Celle-ci intervient ex ante en tant qu'autorité de régulation qui veille sur le bon fonctionnement concurrentiel du marché des télécommunications.

Le législateur a préféré confier la mission du règlement du litige relatif à l'interconnexion à une autorité de régulation au lieu de la confier au juge ou à l'autorité de concurrence .L'ARPT est mieux placée comme autorité sectorielle pour connaître un tel litige. Le règlement des litiges vise notamment à s'assurer à ce que l'ex monopole n'abuse pas de sa situation dominante –en l'occurrence dans le cas d'interconnexion-¹²⁶⁴ par des pratiques entravant la concurrence

D'ailleurs, l'expérience a montré dans certains pays que les autorités générales de concurrence souffrent d'un manque d'information ce qui ne leur permet pas de trancher efficacement des litiges ayant une complexité technique tel l'accès à une facilité essentielle. Le juge qui est également dépourvu de la connaissance technique pour connaître des tels litiges

L'ARPT dispose d'un délai de 30 jours à compter de sa saisine par le demandeur d'interconnexion pour prendre une décision motivée. Pour régler le litige, l'autorité invite les parties à présenter leurs observations .Ensuite, si elle accepte la saisine, elle précise dans sa décision les conditions équitables d'ordre technique et financier de l'interconnexion.

B- le contrôle sur les activités concurrentielles énergétique

Toutes les activités relatives au service public d'électricité et de la distribution du gaz par canalisation, y compris à caractère concurrentiels sont soumises au contrôle et la surveillance de la CREG. Ce contrôle porte sur les obligations à caractère techniques (a) comme sur celles relatives à la concurrence (b).

a- contrôle sur le respect de règles techniques et environnementales (technicité du secteur)

¹²⁶³ L'article 25 de la loi 2000-03 du 05/08/2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, loi précitée, p 08.

¹²⁶⁴ ARPT, Rapport annuel 2001,p08.

Le respect des exigences techniques incombent principalement aux producteurs d'électricité. Ceux-ci sont tenus de satisfaire leurs obligations techniques telles qu'elles sont consacrées par la législation et le règlement ainsi que par leurs cahier des charges .A ce titre, ils sont contrôlés sur le respect des obligations qui sont imposées tant sous le régime commun que sous le régime spécial. On peut citer titre d'exemple celles relatives à la sécurité et la fiabilité des équipements ¹²⁶⁵ ou la dotation des installations d'équipements de mesure de transmission conformes à la réglementation en vigueur pour déterminer les flux injectés dans le réseau, ainsi que ceux qui y sont retirés .

C'est à la CREG que revient la compétence générale du contrôle sur l'application de la réglementation technique ,les conditions d'hygiène , de sécurité et protection de l'environnement A noter que le contrôle technique de la sécurité, de la surveillance et de la police administrative en matière d'énergie est exercé sur le terrain par des agents assermentés dûment habilités par le ministre chargé de l'énergie ou le président de la commission de régulation chacun en ce qui le concerne¹²⁶⁶ .

Dans le cadre de leurs missions ces agents bénéficient de la prérogative de vérification des ouvrages et installations électriques et gazières¹²⁶⁷. Ils peuvent en outre demander l'assistance de la force publique dans leurs fonctions¹²⁶⁸ .

La commission peut dans l'accomplissement de ses missions « requérir des opérateurs intervenant sur le marché de lui fournir les informations nécessaires .Elle peut procéder à un contrôle de leurs compte sur place..... »¹²⁶⁹

b- Le contrôle sur la concurrence

Comme en matière technique, la CREG dispose d'un pouvoir général de contrôle sur le secteur en ce qui concerne le respect de la concurrence par les opérateurs du secteur. Elle est à ce titre, compétente à priori vis-à-vis des « opérations de concentration d'entreprises ou de prise de contrôle d'une ou de plusieurs entreprises électriques par un autre qui exerce dans les activités visées à l'article 1^{er} dessus et dans le cadre de la législation en vigueur » .Notons que cette compétence s'exerce au détriment de la compétence horizontale du conseil de concurrence .

Et à postériori, la CREG dispose d'une compétence qui empiète sur la compétence générale du conseil de concurrence .Elle s'assure à ce titre « de l'absence de position dominante exercée par d'autres intervenants sur la gestion de l'opérateur du système et de l'opérateur du marché ».

¹²⁶⁵ Article 05 du cahier des charges relatif droits et obligations du producteur d'électricité ,décret exécutif n 06-429 ,décret précité .

¹²⁶⁶ Article 142 de la loi 2002-01 précitée .

¹²⁶⁷ Article 144 de la même loi .

¹²⁶⁸ Article 147de la loi même loi .

¹²⁶⁹ Article 128 de la même loi .

§ 2- contrôle tarifaire

Le principe dans un marché ouvert à la concurrence est que les prix sont déterminés librement, et non pas par l'intervention de la puissance publique. Mais cette liberté comme nous l'avons déjà vu connaît certaines limites soit liées à l'intérêt public soit au respect des règles de concurrence. Ce qui nécessite donc l'intervention de la régulation pour s'assurer du respect de ces limites par les opérateurs privés. Cette intervention est plus développée en matière de télécommunication (A) que dans les activités postales ou de production d'électricité (B).

A - le contrôle tarifaire dans les télécommunications

Paradoxalement, la libéralisation des télécommunications ne s'accompagne pas dans les Etats par la suppression du contrôle tarifaire¹²⁷⁰. Cela dit, les prix des services ne sont pas fixés librement par les opérateurs. L'objectif de cette régulation consiste dans certains pays de permettre la viabilité de concurrence en limitant le pouvoir de l'opérateur historique. Tel, est le cas en droit français où le contrôle ne concerne que l'opérateur historique France télécom. Celui-ci est assujéti à deux sortes de contrôle. D'abord sur les tarifs du service universel pour un objectif social afin de permettre aux consommateurs de bénéficier des effets de l'ouverture à la concurrence. Le second contrôle est relatif aux services sous un monopole de fait en d'autres termes ceux pour lesquels il n'existe pas de concurrence sur le marché. L'objectif d'un tel contrôle est de s'assurer que la position de l'opérateur historique en tant que détenteur d'un monopole de fait ne soit pas de nature à empêcher l'entrée de nouveaux opérateurs et devenir désormais contraire aux intérêts des consommateurs¹²⁷¹.

Ce contrôle, destiné à l'opérateur historique s'explique en droit communautaire par l'objectif d'instaurer une égalité entre opérateurs publics et privés. Il a été adopté pour s'opposer à ce que les opérateurs publics bénéficient de leur positions dominantes au détriment des autres opérateurs. En d'autres termes, c'est une recherche d'égalité des armes¹²⁷².

¹²⁷⁰ Ce contrôle correspond à la nature des services en réseaux qui comme nous l'avons déjà signalé exige une régulation de la concurrence « tous les pays occidentaux, comme la plus part des pays industrialisés sont à présent dotés d'un droit spécifique visant à réguler le fonctionnement des marchés. Ce droit fixe des règles du jeu et instaure par la même un contrôle des comportements des agents économiques. Encaoua David et Guesnerie Roger, politique de la concurrence, la documentation française, Paris, 2006 cité par HADJOU. Abdelaziz, Analyse de la structure et de la dynamique concurrentielle au sein du secteur des télécommunications en Algérie « le cas de la téléphonie mobile », mémoire de magistère en sciences de gestion, université de Mouloud Mammeri de Tizi Ouzou, p40.

¹²⁷¹ A-LARGET. ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 235. L'expérience de libéralisation des télécommunications dans certains pays est éclaircissante

¹²⁷² L'autorité de régulation en France émet « un avis public sur les tarifs et les objectifs pluriannuels du service universel ainsi que sur les tarifs de services pour lesquels il n'existe pas de concurrent sur le marché, préalablement lorsqu'ils sont soumis, à leur homologation par les ministres chargés des télécommunications et de l'économie (art. L. 36 -7 du code des postes et des télécommunications)

En droit algérien le contrôle tarifaire dans le domaine des télécommunications ne concerne pas uniquement l'opérateur historique .Il est institué d'une façon neutre à la nature des opérateurs. Son objectif est de veiller à l'existence d'une concurrence effective et loyale ¹²⁷³ .La loi 2000-03 impose une obligation générale à l'égard de tous les opérateurs, en s'inspirant de la législation de la concurrence .Dans son article 27, la loi interdit aux opérateurs et les prestataires des services de subventionner une activité à partir d'une activité pour laquelle il sont en position dominante . On constate alors que la liberté de fixer les tarifs n'est que relative puisqu'elle est limitée par le respect des règles de concurrence¹²⁷⁴ . On pourrait constaté toutefois que les subventions croisées sont envisagées en raison de la présence d'un opérateur historique détenant un quasi monopole dans la téléphonie fixe . En effet, se sont les opérateurs historiques qui sont tentés de financer leurs activités concurrentielles à partir de recettes dégagées par les réseaux filaires protégés de toute concurrence. Ceci, leur permet de développer leur position concurrentielle et mener une politique tarifaire attractive¹²⁷⁵ .

En droit français, l'utilisation des ressources de monopole ne serait être regardée comme une subvention croisée lorsqu'elle fait l'objet d'une juste rémunération ou d'une contrepartie financière suffisante .A ce titre, le conseil de concurrence a utilisé le critère de l'existence de contreparties financières reflétant la réalité des coûts ou celui d'une rémunération du service rendu à sa juste valeur ¹²⁷⁶ .

Dans le même sens , l'encadrement des tarifs de poste et de télécommunications est posé selon le décret exécutif n 02-241 d'une façon générale .Aucune obligation spéciale n'est prévue pour l'opérateur historique. En effet, l'intervention de l'autorité de régulation se fait à l'égard de tout opérateur ou prestataire qui profite de sa position dominante sur le marché pour porter atteinte à la libre concurrence sur un service ou un panier de service .Par ailleurs, le décret consacre quelque disposition tarifaire provisoire destinée à Algérie télécom. Ces dispositions sont inscrites au cahier des charges d'Algérie télécom relatif à la téléphonie autre que la téléphonie cellulaire de la norme GSM¹²⁷⁷ .

En pratique, l'autorité de régulation examine les offres tarifaires présentées par les opérateurs en examinant la structure du marché, notamment la situation de dominance qui s'y manifeste en utilisant deux tests dits « non discrimination » et « le ciseau tarifaire »

¹²⁷³ C'est un objectif fixé par la loi 2000-03 comme l'une des missions de l'autorité de régulation en vertu de son article 13 .

¹²⁷⁴ Les cahiers de charges confirment cette limite tel le cahier de charge relatif à l'établissement et l'exploitation d'un réseau public de communications personnelles mobiles mondiales par satellite de type GMPCS. Tout en reconnaissant la liberté de fixation des tarifs le cahier de charge soumet le titulaire de la licence au respect des dispositions relatives aux actions et pratiques anticoncurrentielles.

¹²⁷⁵ MIHOUB MEZOUABI, libéralisation des services de télécommunications au Maghreb : « transition institutionnelle et performances »,agence française de développement, n 23 ,décembre 2005 ,p99.

¹²⁷⁶ Voir la décision n 00-D -47 ; décision n 02-D-63 du 8 oct 2002 .Cité par S. NICINST ,droit public des affaires ,op cit ,p 424 .

¹²⁷⁷ L'article 13 du décret n 02 -141 précité : l'encadrement tarifaire dont fait l'objet Algérie télécom a été prévu jusqu'au 31 décembre 2003 pour les communications interurbaines ,les communications internationales les services d'interconnexion et les services de location de capacité -30 avril pour la boucle locale

pour le marché de 2 G .Quant au marché de 3G aucun test n'est prévu pour contrôler la position dominante .Le test de rentabilité est pratiqué pour les marchés 2G et 3 G en ce qui concerne certaines offres voix si cela s'avère nécessaire pour détecter la vente à perte ¹²⁷⁸

Le conseil d'Etat intervient en dernier ressort pour contrôler les décisions du régulateur. Il pourrait alors contrôler le respect du principe de l'orientation des tarifs vers le coût .Cette question sensible conduit le juge à utiliser l'analyse économique pour contrôler l'égalité de la décision. Le conseil d'Etat français a opté pour « un contrôle normal, contrairement à l'idée selon laquelle l'analyse économique ne saurait présider qu'un contrôle de type restreint, l'idée parfois soutenue en doctrine et confortée par certains arrêts » ¹²⁷⁹ .

Le contrôle exercé par le juge administratif sur les décisions de tarification devient plus pertinent surtout après l'intégration des règles de concurrence dans le bloc de l'égalité. Il peut désormais contrôler les actes de puissance publique y compris ceux de régulation sur le fondement du droit de la concurrence ¹²⁸⁰ .

En intégrant les règles du droit du marché dans le bloc de l'égalité notamment à l'occasion de son contrôle des décisions de tarification il le fait en toute autonomie vis-à-vis des interprétations judiciaires, même s'il peut se baser sur elles s'il est nécessaire. On peut dire que son travail consiste à créer un droit public du marché ¹²⁸¹ .En droit public

¹²⁷⁸ ARPT ,rapport 2015 ,p 32 .Le résultat des contrôles effectués sur les tarifs de détails au titre de l'année 2015 se couronne par l'examen de 170 demandes d'offres tarifaires ou de service pour les réseaux GSM et 3 G ,une seule offre a été refusé pour non-conformité aux règles de la concurrence loyale principalement le risque d'abus de position dominante pour la 2G

¹²⁷⁹ Dans un premier temps, le conseil d'Etat refusait de s'immiscer dans le terrain économique voir l'arrêt CE 20 octobre 2004 ,société Bayer pharma req n256699 le commissaire de gouvernement indique dans ses conclusions à propos du critère pris en considération par la décision en cause que « nous ne discuterons pas de la pertinence économique d'un tel critère ,parce qu'une discussion nous paraît étrangère à la mission du juge de l'égalité » .Ensuite, le conseil a reconnu cette possibilité dans l'arrêt du 23 avril 2003 affaire n233063 « si le règlement communautaire du 18 décembre 2000 permet à l'autorité de régulation des télécommunications d'imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale ,et aux ressources connexes ,y compris les prix ,c'est la condition (...) qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir (...) de vérifier que les principes de tarification (...) ,et notamment le principe de l'orientation des tarifs vers les coûts ,rendent nécessaires de telles modifications » . Cité par Pascal IDOUX ,Juger la régulation c'est encore réguler ,RDP n 6 2005 ,p 1651 .

¹²⁷⁹ Dans l'arrêt de juillet 2009 le rapporteur public appelle le juge de régulation à élargir le champ de son pouvoir : « Nous ne reviendrons pas aujourd'hui sur les raisons qui nous paraissent devoir militer pour une évolution profonde de votre office vers la pleine juridiction dans ce type de matière .Cette évolution dont nous nous sommes déjà entretenus à l'occasion de l'examen du litige relatif à la restitution de certaines de ses fréquences par Bouygues Telecom dans la perspective de l'entrée sur le marché d'un quatrième opérateur de téléphonie mobile ,ne saurait en effet être limitée au seul contentieux de l'ARCEP et justifiera donc ,le moment venu ,que vos formations supérieures de jugement se penchent globalement sur la question » Rosen NOGUELLOU,Le conseil d'Etat et la régulation des télécommunications ,RDP n 3 2010 , p 834.

¹²⁸⁰ Au début, les deux juridictions hésitaient à appliquer les règles de consommation aux conventions de délégation .CA paris ,14 novembre 2000, Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement c/société de distribution d'eau intercommunale ,req n 2000/06154) .Après des hésitations la juridiction administrative a enfin considéré qu'une clause réglementaire pouvait conduire à un avantage excessif au profit du fermier vis-à-vis des usagers (CE,29 juin 1994 ,Cinaud req n 128313.

¹²⁸¹ DREIFUSS (M), « l'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs » ,AJDA ,2002 ,P1373 et s . Pour marquer sa singularité vis-à-vis des juridictions ordinaires, le conseil d'Etat ajoute deux conditions pour l'application du droit du marché : la condition d'absence d'atteinte à l'intérêt général aux conditions

français la mission du juge administratif est facilitée par le contrôle qu'il exerce sur le respect des règles communautaires¹²⁸².

L'ouverture des réseaux de télécommunications ne devient viable et effective que si la tarification de l'accès aux réseaux répond aux principes d'une tarification loyale. Celle-ci a pour objectif au cours du processus de libéralisation de permettre aux nouveaux entrants d'entrer au marché et concurrencer efficacement l'opérateur historique¹²⁸³. Il est nécessaire dans ce cadre de déterminer les charges de l'interconnexion. L'objectif de la régulation dans ce domaine étant principalement de s'assurer de l'équité des prix d'interconnexion.

Deux approches sont envisageables pour déterminer les tarifs d'interconnexion. La première laisse au marché le soin de déterminer librement les modalités et les prix d'accès de l'interconnexion, et la seconde préconise un contrôle à priori, en fixant les principes de tarification. La première solution a été sévèrement critiquée par ce qu'elle risque de bloquer le jeu concurrentiel. C'est la raison pour laquelle elle n'a été pratiquée qu'en New Zélande tandis que la seconde a été adoptée massivement par les Etats.

Dans le cadre d'instauration des principes d'une tarification loyale le droit Communautaire distingue entre d'une part l'interconnexion entre les opérateurs de réseaux ouverts au public disposant d'une infrastructure pour s'interconnecter entre eux « accès bilatéral » entre réseaux et d'autre part l'interconnexion entre des opérateurs n'ayant pas des infrastructures, et contraint en conséquence de s'interconnecter aux réseaux ouverts au public pour accéder à leurs clients¹²⁸⁴.

La difficulté qui se pose lors de la fixation du niveau des charges d'interconnexion « charge d'accès » concerne la conciliation, entre l'équité et de garantir un équilibre budgétaire de l'opérateur historique¹²⁸⁵. Il s'agit en effet, de protéger cet opérateur ainsi que les nouveaux entrants au marché en leur assurant « une visibilité à moyen terme »¹²⁸⁶.

La tarification doit éviter deux effets négatifs : conduire à des charges très excessives d'entrée « une distorsion de concurrence » ou à des charges très faibles ce qui permet

habituelles d'application des règles du marché voir tarification master, p 85 voir aussi GUGLIELMI (G.J) et KOUBI(G), la simplification tarifaire au prisme du principe d'égalité, op cit. Et la prise en compte des besoins du service public en cause.

¹²⁸² Quoique que selon la cour de Luxembourg les règles communautaires ne sont pas applicables aux actes de puissance publique voir CJCE, 19 janvier 1994, SAT FLuggesllschaft c /Eurocontrol, Recueil I, p 43 et suiv ; CJCE, 18 mars 1997, Diego Cali et Figli SRL Recueil I, p 1547 et suiv. Mais le juge administratif insiste sur cette applicabilité, tel est son point de vue qu'il exprime clairement dans son avis Avis CE, 22 novembre 2000, Société L&P Publicité SARL, RFDA, 2001, p 883 et suiv, concl. Austray.

¹²⁸³ LARGET – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit, p 214.

¹²⁸⁴ Ibidem, p 215.

¹²⁸⁵ Voir F. JENNY, « La déréglementation des télécommunications : concurrence loyale ou concurrence efficace » RAE, 1996, p 91 à 94

¹²⁸⁶ Larget – ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux, op cit p, 216

l'entrée des opérateurs inefficients et créer « des distorsions d'investissement entre les différentes composantes de réseau ouvert au public en fonction de leur rentabilité »¹²⁸⁷.

Le droit communautaire exige que les conditions financières de l'interconnexion soient non discriminatoires, proportionnées et orientées vers les coûts transparents et fondées sur des critères objectifs. La directive d'interconnexion 97/33/CE prévoit des obligations destinées aux opérateurs détenant une position dominante c'est-à-dire ceux qui détiennent une part supérieure à 25 pour cent du marché dans un Etat membre¹²⁸⁸.

Ces opérateurs sont tenus de pratiquer des tarifs selon les conditions susmentionnées et sous le contrôle des autorités de régulations. Ces dernières sont tenues de publier des offres de références définissant les modalités et les conditions de l'interconnexion¹²⁸⁹.

La commission publie une communication le 19 Mars 1998 encadrant la méthode de calcul des coûts d'interconnexion des Etats membres. Elle se réfère à des exemples étrangers et l'approche retenue de la tarification est fondée sur « la meilleure pratique actuelle » tout en prévoyant une évolution vers des coûts différentiels prospectifs moyens à long terme. Cette méthode est jugée plus favorable au marché concurrentiel¹²⁹⁰.

En droit algérien l'obligation d'interconnexion incombe à tous les opérateurs de réseaux publics avec son renforcement pour les opérateurs puissants¹²⁹¹. Les conditions de tarification d'interconnexion sont précisées d'abord par l'article 25 de la loi 2000-03 qui prévoit les grands principes, à savoir l'objectivité et la transparence. Ceux-ci sont contrôlés par l'ARPT dans le cadre de son approbation du catalogue d'interconnexion. Ce contrôle qu'exerce l'ARPT est primordial pour le développement d'un marché concurrentiel¹²⁹².

Mais il reste à savoir quelle méthode empreinte l'autorité de régulation pour contrôler la détermination des tarifs d'interconnexion. Le décret 02-156 met à sa disposition le principe selon lequel les tarifs doivent être orientés vers les coûts. Mais pour ce faire l'autorité doit décortiquer les coûts d'interconnexion pour connaître les structures

¹²⁸⁷ Ibid

¹²⁸⁸ La directive –cadre (2002/21/CE) introduit la notion d'entreprise puissante. Voir directive 2002/21 CE du parlement européen et du conseil du 07 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOCE du 24 avril 2002, L108/33.

¹²⁸⁹ Les articles 6 et 7 de la directive 97/33/CE sont repris par la directive 98/10 CE du 26/02/1998 considérant 10. voir Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE du 26/07/1997, pp 32, 35. Directive 98/10/CE du Parlement européen et du conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel

des télécommunications dans un environnement concurrentiel, JOCE du 01 avril 1998, pp 24-27.

¹²⁹⁰ Recommandation 98/195/CE du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé, (JOCE n° L 073 du 12/03/1998, p. 0042 – 0050) modifiée par recommandation de la Commission du 22 février 2002 (JOCE du 28 février 2002 P56).

¹²⁹¹ L'obligation qui incombe aux opérateurs détenant une position dominante concerne l'interdiction de subventionnement d'une activité par une autre pour laquelle ils sont en position dominante au sens de droit de la concurrence

¹²⁹² ARPT, rapport d'activité 2004, p 104.

de tarifs, et éviter que les opérateurs ne présentent des tarifs qui ne correspondent pas aux tarifs réels. En se référant à l'article 22 du décret exécutif 02-156, l'ARPT effectue une large concertation avec tous les opérateurs concernés par le catalogue d'interconnexion.

Pour mettre en œuvre son travail l'autorité a opté pour la méthodologie technico-économique dite Cout moyen Incrémentaux à long terme « CMILT »¹²⁹³ pour mener son analyse. Cette méthode est utilisée notamment dans le cadre de son analyse sur les terminaisons d'appels des réseaux mobiles et fixes proposées par les opérateurs.

La méthode CMILT a connu un certain succès dans le monde, compte tenu des avantages qu'elle procure. En effet elle reflète les mécanismes concurrentiels du marché, et suppose allocation objective. En revanche, la pratique a suscité quelques contestations, notamment en Allemagne où l'autorité de régulation allemande a considéré que les tarifs pratiqués s'apparentaient à des subventions croisées.

Il est important de souligner que les tarifs des terminaisons d'appel diffèrent en Algérie d'un opérateur à un autre. C'est ce que l'ARPT a relevé dans son rapport annuel de 2009. Elle explique cette différenciation par le déséquilibre des trafics constatés entre les opérateurs et leur position sur le marché. Cependant, l'autorité de régulation a réussi à contribuer à une baisse progressive des tarifs de terminaison d'appel sur les réseaux mobiles. En revanche, la terminaison d'appels sur les réseaux fixes a connu une augmentation en raison de l'importance des investissements effectués par l'opérateur fixe et la baisse, ainsi que par la baisse de son trafic ¹²⁹⁴.

Outre la tarification de l'interconnexion comme volet important pour l'accès au réseau il l'accède à la boucle locale. La réglementation communautaire impose que les prix soient établis selon le principe d'orientation vers les coûts.

B- Contrôle tarifaire en matière de production d'électricité

Dans le domaine d'électricité, l'une des premières formes de l'encadrement du service public territoriale est tarifaire ¹²⁹⁵. Aux Etats unis, la régulation tarifaire obéit dès l'arrêt de 1892 à un standard que les commissions de service publics doivent respecter. Il s'agit selon la cour suprême américaine d'une tarification par références aux coûts ; une pratique qui s'écarte de la méthode des prix plafonds d'inspiration « anti –monopole » ¹²⁹⁶. La règle de plafonnement interdisait la mise à la charge de l'utilisateur « une redevance

¹²⁹³ Cette méthode dite de CMILT, d'orientation vers les coûts repose sur les couts moyens incrémentaux de long terme. Il s'agit au selon l'analyse économique « de couts supplémentaires induits pour la production d'un autre bien, par rapport à un portefeuille de biens déjà existant » Conseil de la concurrence XVII Rapport d'activité 2003, Etudes thématiques « l'orientation vers les couts »,p 85. A l'opposé de cette méthode il y a celle de la non confiscation qui détermine les couts d'accès selon laquelle les conditions d'accès ne doivent pas entraîner pour le détenteur de la facilité une réduction de ses ressources. Cependant cette dernière a été rejetée parce qu'elle n'est pas favorable au développement de la concurrence voir Guillaume DEZOBRY, la théorie des facilités essentielles, p370.

¹²⁹⁴ ARPT, Rapport d'activité 2009, p 34.

¹²⁹⁵ Cécile ISIDORO, l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire, op cit, p 34.

¹²⁹⁶ Ibidem.

supérieure au coût du service au risque qu'elle revêt une coloration fiscale ,ce montant peut en revanche être inférieure sans que la somme demandée perde son caractère de redevance »¹²⁹⁷

D'une façon similaire en France la jurisprudence administrative adopte après l'arrêt Gaz de Bordeaux la référence «Cost –plus » en vertu de laquelle les prix plafonds ou price – cap sont indexés en fonction d'éléments tenant compte du coût de la fourniture¹²⁹⁸.

Quant à la rémunération de la production d'électricité en droit algérien, elle est fondée sur des éléments précisés par l'article 89 de la loi 02-01 e dont l'application est prévue par voie réglementaire¹²⁹⁹. Ces éléments de tarification ne constituent pas un cadre rigide, elles laissent la possibilité aux producteurs de vendre librement l'énergie électrique soit à travers des contrats bilatéraux ou à travers des offres à l'opérateur du marché. La rémunération de la production de l'électricité dans le cadre de contrats bilatéraux est établie librement entre le producteur d'une part et le distributeur, l'agent commercial, le client éligible ou le gestionnaire du réseau de transport de l'électricité pour l'achat d'autre part. Il faut ajouter que seuls les contrats conclus avec les distributeurs subissent le contrôle ultérieur de la commission de régulation¹³⁰⁰.

Le contrôle tarifaire de la CREG s'inscrit dans sa mission générale qui consiste à veiller au fonctionnement concurrentiel et transparent du marché. Il est aussi effectué dans le cadre de la mission de surveillance et de contrôle. En effet, cette mission exige un contrôle sur le respect des règles de concurrence.

Le contrôle tarifaire concerne aussi la tarification de l'accès aux réseaux électriques et gaziers est l'une des problèmes cruciaux que posent la réglementation des monopoles naturels et dont la résolution se limite au terme de l'analyse économique à l'application « des principes régissant la tarification efficiente d'un monopole naturel »¹³⁰¹. Mais il faut relever que la tarification dans ce domaine n'est pas fixé librement selon la loi du marché. Le législateur algérien a choisi à l'instar de la plus part des Etats, notamment les pays membres de l'union européenne l'accès réglementé .Ce choix est surtout motivé du point

¹²⁹⁷ Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public , Conseil d'Etat ,la documentation française ,2002 ,p 41 .

¹²⁹⁸ Cécile ISIDORO ,l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire ,op cit ,p 35

¹²⁹⁹ Selon l'article 89 de la loi 02-01 les éléments qui fondent la rémunération de la production sont : le prix de l'énergie électrique issu de l'équilibre offre demande et résultant du traitement élaboré par l'opérateur du marché ; - le coût de la garantie de puissance fournie au système – le coût des services auxiliaires nécessaires pour assurer la qualité de la fourniture

¹³⁰⁰ L'article 04 Décret exécutif n 05-182 du 18 mai 2005 relatif à la régulation des tarifs et à la rémunération des activités de transport de distribution et de commercialisation de l'électricité et du gaz

¹³⁰¹ Les principes de la tarification efficiente sont bien expliqués par la théorie économique : Principe de tarification au coût marginal –principe 2 effet de substitution entre services –principe 3 tarification de Ramsey -discrimination par les prix –principe de discrimination par les prix et services de substitution – maîtrise des entrées et des contournements voir sur ces principes : OCDE ,rapport sur la tarification de l'accès dans le secteur de télécommunications, Rapport précité , p 31

de vue fonctionnel, plus que juridique en ce qui implique une grande transparence des tarifs ¹³⁰²

Elle est fixée par la commission de régulation sur la base d'une méthodologie et des paramètres réglementaires .Les tarifs obéissent aux principes de transparence et de non discrimination .En outre, la loi 02-03 fixe d'autres orientations au pouvoir réglementaire en cette matière en disposant que les tarifs sont « fixés sur la base de différentes modalités d'utilisation du réseau ,les surcoûts à l'obligation de service public ,les services indirects et les contributions de transition » .Par ailleurs « les structures tarifaires d'utilisation des réseaux sur l'ensemble du territoire national » .

Enfin, il est clair que l'accès aux infrastructures essentielles suppose le respect de non discrimination dans sa conception extensive , puisqu'il ne s'agit pas simplement de garantir l'égalité de conditions d'accès à tous les opérateurs mais de préciser comme nous l'avons vu les indications relatives aux prix d'accès ¹³⁰³ .

Section 2 : L'encadrement du rôle du secteur privé par une fonction contentieuse de la régulation

Pour assurer une régulation efficace de l'activité des opérateurs privés dans l'exercice des activités concurrentielles, les autorités de régulation disposent de moyens d'encadrement coercitifs pour discipliner le marché à la tête desquels figure le pouvoir de sanction reconnue comme nécessaire et légale dans les systèmes de régulation du droit comparé (**sous section 1**) .

Elles bénéficient aussi d'un pouvoir quasi juridictionnel pour régler les conflits qui peuvent surgir entre les opérateurs dans le marché (**sous section 2**) .

Ces deux fonctions sont réunies sous la casquette de la fonction contentieuse qu'exercent les autorités de régulation pour corriger les déviations que peuvent connaître les marchés concurrentielles . « Justice hors du juge »¹³⁰⁴

Sous section 1 : la fonction coercitive de la régulation

La fonction coercitive de l'administration a pour objectif dans toutes les branches de l'activité administratives d'instaurer la discipline. Telle est aussi sa finalité dans les marchés concurrentiels où l'affrontement entre l'intérêt public et les intérêts des opérateurs peut conduire à des transgressions. Il est dès lors primordial que les autorités de régulation

¹³⁰² M-C-. JALBERT, la conception communautaire de la libéralisation du secteur électrique, op cit , P13

¹³⁰³ Les deux conceptions (extensive et restrictive) du principe de non discrimination correspondent à deux cas de figure : lorsque le titulaire de l'infrastructure essentielle est aussi opérateur sur le marché la conception extensive est plus appropriée .En l'occurrence les réseaux de télécommunications ainsi que dans le domaine électrique et gazier sont détenus par des opérateurs publics présents sur le marché .Voir Guillaume DEZOBRY ,La théorie des facilités essentielles ,op cit , p 366

¹³⁰⁴ DELVOLVE P., Rapport au colloque « La justice hors du juge », Les Cahiers du droit de l'entreprise 1984, n° 4, p. 16 .

soient dotées du bâton de répression pour imposer aux opérateurs le respect de l'ordre. On identifiera d'abord les actes qui peuvent être pris au nom de la régulation à l'égard des opérateurs dans les marchés concurrentiels (§1) ensuite on déterminera le régime de garanties lié à l'exercice de cette fonction (§2) .

§1 l'identification des sanctions de la régulation

Il n'est pas facile de déterminer avec précision ce que c'est la sanction. Car, des frontières floues la séparent de notions voisines, notamment les mesures de police et les punitions. Cette précision est importante dans le domaine de régulation en raison de la multiplicité des actes de celle-ci et aussi au regard du régime de garanties qui accompagne la mise en œuvre du pouvoir répressif.

Pour définir la notion de sanction quatre éléments sont à notre disposition .Nous allons les transposer sur la compétence répressive des autorités de régulation¹³⁰⁵ .

A- la présence d'une décision administrative

La sanction administrative est avant tout une décision administrative ;elle se distingue des décisions juridictionnelles ..Elle doit être distinguée des sanctions que peuvent prévoir les contrats à l'encontre du contractant. Donc, la sanction administrative obéit aux mêmes règles du droit administratif en ce qui concerne les règles de forme et de fond ainsi en ce qui concerne le contrôle de légalité.

Dans le domaine de la régulation les sanctions répondent à cette définition. Les sanctions sont prises sous la forme de décisions administrative .Leur caractère unilatéral et administratif ne fait aucun doute.

Mais jusque là, la notion de sanction n'est pas encore clarifiée .Elle est encore fondue dans les autres actions unilatéraux de l'autorité de régulation tel que les actes de règlements de différents.

B- finalité répressive

C'est à ce stade, que la sanction commence à se cristalliser .D'ailleurs la doctrine place le critère fonctionnel au cœur de la notion de sanction¹³⁰⁶ . Cet élément consiste en

¹³⁰⁵ La doctrine s'accorde pour la définition suivante de la sanction administrative : « une décision unilatéral prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique ,qui inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements » V. Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions, Conseil d'État, E.D.C.E., 1994, pp. 35-36.

¹³⁰⁶ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., n° 94 .La jurisprudence est favorable à ce critère V. G. Braibant, concl. préc., R.D.P., 1960, p.333 v aussi V. É. Picard, La notion de police administrative, thèse, préc., tome 1, p. 361. En droit communautaire le critère finaliste est pris en considération par la cour européenne des droits de l'homme pour la distinction entre mesure de police et sanction pour savoir s'il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme.

l'objectif de répression, ce qui différencie la sanction des autres mesures, notamment celles relatives à la police administrative. Car ceux-ci, ont pour objectif d'empêcher les troubles à l'ordre public.

Mais la découverte de la finalité n'est pas une tâche aisée, car l'élément intentionnel est difficile à déceler. Surtout dans le cas de faits justificatifs d'une mesure préventive. Les destinataires peuvent y voir de sanction masquées. Pour découvrir l'existence d'une sanction il faut recourir à « l'utilisation d'indices dont la concordance permet de la déduire »¹³⁰⁷.

En matière de régulation, on peut relever quelques exemples de mesures de police qu'il faut distinguer des sanctions. Dans le domaine électrique, le ministre chargé de l'énergie peut intervenir en cas de crise grave sur le marché de l'énergie, de menace pour la sécurité ou la sûreté des réseaux et installations électriques ou de risque pour la sécurité des personnes. Il peut prendre les mesures temporaires de sauvegarde¹³⁰⁸. Certaines mesures prises par les autorités de régulation sont par ailleurs difficiles à qualifier. Il s'agit des mesures de retrait d'autorisation « qui s'analysent comme des mesures parallèles à l'octroi de celle-ci ». Elle ne sont considérées ni comme des mesures de police, ni comme de sanction en raison de l'absence de l'élément intentionnel de celle-ci. Ils sont qualifiés de mesures symétriques dans leurs objectifs à l'octroi de l'autorisation ou l'agrément.¹³⁰⁹. Ainsi, l'autorisation d'exploitation d'installation de production d'électricité est retirée dans deux cas cités par l'article 13 du décret. Il s'agit d'un retrait qui survient automatiquement et loin de l'intention de répression. Cette interprétation est conforme à la lettre et l'esprit de l'article 13, car celui-ci limite l'autorité de retrait en deux cas, ce qui rend son intervention inéluctable. En d'autres termes comme une réponse naturelle à la non réalisation ou l'inexploitation.

Aucun des deux cas ne relève du comportement de transgression qui caractérise les sanctions. Cependant, notre interprétation peut être troublée par l'article 14 du même décret qui consacre le droit de l'intéressé d'être mis en demeure et recevoir une notification des griefs avec le droit de présenter ses observations écrites et verbales assisté par une personne de son choix. On pouvait tenter de voir dans le retrait une sanction en raison de la présence de ces garanties procédurales. Mais si on observe le rapprochement entre la sanction et le règlement de police en droit français, on comprend que le retrait de l'autorisation peut être entouré de garanties sans qu'il devienne une sanction.

C- identification des peines prises par les autorités de régulation

Par ailleurs le critère a été critiqué par certains en avançant que le caractère répressif doit être apprécié indépendamment de ses motifs. Thomas. PERROUD, la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume uni, thèse précitée, p 452

¹³⁰⁷ V. J. MOURGEON, La répression administrative, préc., n°94

¹³⁰⁸ Article 20 de la loi 2000-03

¹³⁰⁹ V. Concl. Gentot sous C.E., Sect., 6 mars 1970, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieurs Sydein et Desonneville*, AJDA 1970.564

L'identification d'une finalité répressive dans la décision de sanction doit être accompagnée par une peine .Celle ci est définie par la doctrine constitutionnelle d'un point de vue matériel, fondement nécessaire pour l'application des garanties liées aux principes du droit répressif. Ce qui nous intéresse dans le domaine de régulation c'est de préciser la classification des peines prononcées contre les opérateurs privés. On retiendra la classification traditionnelle fondée sur la nature de la peine toujours en vigueur dans le droit répressif administratif. : Peines patrimoniales et extrapatrimoniales .

a- Peines extrapatrimoniales :

Il s'agit principalement des peines privatives de droits qui méritent l'intérêt. Les autres peines en revanche n'ont pas un impact significatif sur les opérateurs.

En matière des postes et des télécommunications, la sanction privative de droit peut prendre plusieurs formes selon la gravité des agissements des opérateurs. A noter que les sanctions sont unifiées pour les trois régimes d'exploitation. Cette sanction, se prononce sur deux étapes .D'abord la suspension est temporelle .Elle est précédée d'une mise en demeure par l'ARPT en cas du non respect des conditions imposées par les textes. L'opérateur a un délai de 30 jours pour se conformer à ces conditions.

Ce n'est qu'après la non conformité ni à la mise en demeure ni aux conditions de la licence, qu'une décision motivée de suspension temporelle peut être prononcée par le ministre des postes des télécommunications sur proposition de l'ARPT. La suspension temporelle peut prendre deux formes : soit la suspension totale ou partielle de la licence pour une durée de 30 jours au plus ; soit la suspension de la licence pour une durée de un 1 à trois mois ou la réduction de la durée de cette dernière dans la limite d'une année.

Si à l'issue de ces délais l'opérateur concerné n'a pas obtempéré il peut subir un retrait définitif de son titre (licence ou autorisation) . Le retrait ne peut être prononcé que dans deux cas :- le non respect ,continu et avéré par son titulaire d'obligations essentielles stipulées dans la loi 2000-03 - du non paiement de tout droit ,taxe ou impôt y afférents – d'incapacité avérée de son titulaire d'exploiter de manière efficace la licence ,notamment en cas de dissolution anticipée ,de liquidation judiciaire ou de faillite du titulaire

Dans le cas d'atteinte aux prescriptions exigées par la défense nationale et la sécurité publique la suspension intervient de la part de l'ARPT sans délai après avoir informé le ministre des postes et des télécommunications.

En matière postale, le cahier des charges relatif au courrier accéléré international prévoit comme sanction privative de droit le retrait de la décision qui peut être soit provisoire soit définitif¹³¹⁰. Toutefois, le retrait ne peut être considéré comme sanction que dans un seule cas cité par l'article 37 du cahier de charge qui concerne la contravention grave à la législation et à la réglementation en vigueur ou aux usages de profession .Les

¹³¹⁰ ARPT, rapport 2001 précité,

deux autres cas justifiant le retrait n'entrent pas à notre avis dans la catégorie de sanction .Elles répondent à la définition de mesures. –

En matière des activités concurrentielles énergétiques la loi 2002-01 prévoit à l'instar de la loi 2000-03 la sanction de retrait de l'autorisation qui intervient suite aux manquements définis par l'article 141 de la cette loi. Le retrait peut être prononcé par la CREG soit temporairement pour une durée n'excédant pas une année soit définitif de l'autorisation d'exploiter une installation.

b- peines patrimoniaux

Ce sont des sanctions pécuniaires dont « le montant est proportionnel à la gravité du manquement et en relation avec les avantages qui en sont tirés »¹³¹¹ .Leur plafond est toujours fixé par les textes législatifs ou réglementaires d'une façon à laisser une marge d'appréciation à l'autorité de régulation.

L'ARPT a été privée du pouvoir de prononcer de telles sanctions ce qui limite son pouvoir de régulation, or ce « pouvoir est un critère de la régulation juridique dans le secteur de télécommunication »¹³¹².On peut, expliquer ce dessaisissement de l'autorité de régulation par le choix du législateur algérien de sauvegarder la compétence horizontale du conseil de concurrence pour la répression des atteintes à la concurrence.

Contrairement à l'ARPT ,la CREG a été dotée du pouvoir de sanction pour la répression des agissements contre la concurrence. Selon la loi 2002-01 les sanctions patrimoniales sont prononcées contre les manquements aux obligations techniques et environnementales ainsi que les obligations de service public « Art 141 ».

L'article 148 de la loi 2002-01 a précisé comment le montant de l'amende est déterminé . Deux limites sont posées par cet article : l'amende est fixé dans la limite de 3 % du chiffre d'affaires du dernier exercice de l'opérateur en faute –le montant de l'amende ne peut excéder cinq millions de dinars .En cas de récidive la limite de 3% est portée à 5% et celle de cinq millions de dinars à dix millions de dinars.

D- un manquement aux obligations

La sanction est toujours adoptée en réponse aux manquements des opérateurs à leurs obligations consacrées par les textes. Ceci, nous renvoie directement à l'élément légal qui constitue la base de toute poursuite répressive. C'est-à-dire nous devons impérativement trouver la source du manquement dans un texte. Nous pouvons par ailleurs distinguer deux manquements. Un manquement général qui peut couvrir toutes les hypothèses de manquements aux dispositions légales .Tel est le cas en matière de télécommunications où la sanction intervient à la suite du non respect des conditions imposées par les textes

¹³¹¹ Larget – ANNAMAYER , La régulation des services publics en réseau ,op cit , 371.

¹³¹² Ibidem .

.Ainsi, tous les manquements quelles que soient leur nature sont susceptibles de sanction .Qu'ils portent sur des obligations techniques ou liées à la concurrence. Il y a aussi un manquement moins général qu'on trouve la consécration par la loi 2002-01 qui détaille dans son article 141, les obligations dont la méconnaissance est passible d'amende ou d'un retrait de l'autorisation .

Les manquements peuvent par ailleurs trouver leur source dans des textes particuliers, tel est le cas en droit communautaire qui consacre des manquements précis dans le domaine d'électricité ¹³¹³ .

§2- le régime des garanties liées à l'exercice du pouvoir répressif

Sous l'influence du droit communautaire le régime des sanctions a connu une évolution vers la juridictionnalisation qui est une solution intermédiaire entre le transfert du pouvoir de sanction au juge et entre son maintien dans son état primitif¹³¹⁴ .

La juridictionnalisation de ce pouvoir renforce la position des opérateurs privés devant les autorités de régulation par l'application des principes substantiels à la répression (A) et aussi les principes procéduraux (B).

A - l'application de garanties substantielles

Par garanties substantielles on entend les principes du droit répressif encadrant l'enquête et la décision.

a- l'encadrement de l'enquête

Cet encadrement concerne la phase initiale de la poursuite répressive qui correspond aux opérations de la police judiciaire en matière pénale .En effet, à l'instar de celles-ci les enquêtes coercitives effectuées par les autorités de régulations ont pour objectif de constater les infractions (administratives) avec tout ce que cela comporte de pouvoirs, à savoir perquisition et saisie.

En matière de télécommunications, nous remarquons que les enquêtes qu'exerce l'ARPT concernent essentiellement la recherche des infractions (administratives) et non pas leur constatation .Ce qui les situe en dehors de la procédure répressive. D'ailleurs, elles ont été les seules à être mentionnées par la loi 2000-03 .Celle-ci n'a consacré aucune disposition relative à l'exercice d'une enquête coercitive. Le titre IV est intitulé « de la police de la poste et des télécommunications » est consacré à la recherche des infractions et

¹³¹³ V. l'article 21 bis modifié de la directive 2002/21/CE, dite cadre : « obligations qui [...] incombent [aux entreprises d'électricité] en vertu de la présente directive ou des décisions juridiquement contraignantes applicables de l'autorité de régulation ou de l'agence »

¹³¹⁴ Selon la cour européenne des droits de l'homme la notion d'accusation doit être entendue de manière autonome et peut donc s'élargir aux sanctions administratives CEDH, 8 juin 1976, Engel c/ Pays-Bas

leur constatation .Donc, il ne concerne pas la mise en œuvre des poursuites répressives administratives.

En revanche, en matière énergétique, la loi 2002-01 a réunis les poursuites pénales et administratives dans le même titre (XIII) consacré aux « infractions et des sanctions ». Les deux poursuites obéissent à la même procédure inspirée du droit pénal. Tout d'abord les infractions quelle que soit leur nature sont recherchées et constatées par des agents assermentés. L'article 145 précise que « les agents assermentés (...) prêtent devant le président du tribunal territorialement compétent le serment » .

Mais ces agents assermentés ,ne sont pas soumis à l'autorité judiciaires pour effectuer leurs enquêtes .Ils ont la prérogative de vérification des ouvrages et installations électriques et gazières sans être saisis par l'autorité judiciaire ou par une plainte préalable de la part d'une victime d'un manquement. Ils peuvent alors pénétrer dans les lieux professionnelles sans autorisation judiciaire ce qui constitue une atteinte au droit à la protection du domicile pourtant constitutionnel. En effet, la constitution algérienne subordonne la perquisition à un ordre écrit émanant de l'autorité judiciaire compétente ¹³¹⁵ .

En droit français, la justice constitutionnelle a eu l'occasion de préciser que l'autorisation de l'autorité judiciaire est exigée préalablement lorsqu'il s'agit d'une enquête à caractère contraignant et coercitif ¹³¹⁶ .Le conseil d'Etat français confirme aussi cette exigence en insistant sur les garanties effectives et appropriées qui devrait accompagner l'ingérence dans le droit au respect du domicile¹³¹⁷ .

On conclut que la procédure d'enquête coercitive ne doit pas échapper au contrôle judiciaire pour ne pas porter atteinte aux droits constitutionnels des intéressés ce qui n'a pas été respecté par la procédure répressive en droit algérien . En outre, ce qui rend la violation d'une telle garantie par la procédure prescrite pour les poursuites répressives plus enfoncées c'est l'interdiction de l'opposition au contrôle effectué par les agents ou le refus de leur communiquer les éléments réclamés dans le cadre d'un contrôle régulier. Pire

¹³¹⁵ Article 40 de la constitution algérienne .

¹³¹⁶ V. en matière fiscale le Conseil constitutionnel estime que les locaux professionnels sont des locaux privés

dont l'accès doit donc être autorisé par une autorité judiciaire : Conseil constitutionnel, 29 décembre 1983, Loi

de finances pour 1984, n° 83-164 DC, §28 (J.O.R.F., 30 décembre 1983, p. 3871, Recueil, p. 67) : « Considérant

cependant que, si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile ; que l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent »

¹³¹⁷ V. Conseil d'État, Sect., 6 novembre 2009, SARL Inter Confort, n° 304300, Recueil Lebon p. 449. V. S.-J.

Liéber, D. Botteghi « Les pouvoirs de visite de la CNIL et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2010 p. 138

encore cette opposition est incriminée¹³¹⁸. Or, en droit français le conseil d'Etat a souligné le droit de la personne concernée d'être informée de son droit de s'opposer à la visite¹³¹⁹

b- l'encadrement de la décision répressive par des garanties substantielles

Le processus de juridictionnalisation raté en grande partie ce qui concerne les enquêtes coercitives est rattrapé pour l'encadrement de la décision. En effet celle-ci doit obéir aux paramètres du droit pénal¹³²⁰.

1 principe de l'égalité des délits et des peines

Ce principe fondamental du droit pénal a été introduit dans le droit de la répression administrative. Il a même reçu une consécration constitutionnelle en droit public français. En effet, le conseil constitutionnel français l'a consacré à l'égard du pouvoir de sanction de certaines autorités administratives indépendantes¹³²¹.

Mais comment le principe est-il appliqué en droit de répression administrative ? ou en d'autres termes, reçoit-il la même application qu'en droit pénal ou bien il se singularise par rapport à celui-ci ? . Mieux encore est-il influencé par la nature de la fonction de régulation ? .

En droit pénal, le principe signifie que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

La réponse nous est proposée par le conseil constitutionnel français qui considère que le principe de légalité exige à l'instar de qui est appliqué en droit pénal que les infractions soient suffisamment claires et précises¹³²².

Si on projette cette exigence en droit de la répression administrative des autorités de régulation en droit algérien, on constate que l'incrimination administrative est toujours fondée sur des dispositions législatives. Tel est le cas en matière de postes et des télécommunications où la loi 2000-03 précise dans son article 35 le fondement des sanctions administratives. Celles-ci ne sont prises qu'en cas du non respect des conditions imposées par les textes législatifs et réglementaires. On remarque que la définition de

¹³¹⁸ Art 152

¹³¹⁹ V. Conseil d'Etat, Sect., 6 novembre 2009, SARL Inter Confort, n° 304300, Recueil Lebon p. 449. V. S.-J.

Liéber, D. Botteghi « Les pouvoirs de visite de la CNIL et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2010 p. 138 il faut trouver l'article

¹³²⁰ Le conseil impose ces paramètres chaque fois qu'il s'agit de punitions. Décision n° 88-248 DC précité

¹³²¹ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, préc., §35.

V. Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, n° 2009-580 DC, préc., cons. 14

¹³²² V. par ex. Conseil constitutionnel, 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, n° 2010-604 DC (J.O.R.F., 3 mars 2010, p. 4312)

l'infraction par cet article présente une certaine souplesse puisqu'il renvoie la détermination de l'objet de l'infraction aux autres dispositions.

Notons que la souplesse dans la détermination de l'infraction est une source d'efficacité de l'action administrative notamment dans le domaine de régulation qui se caractérise par une certaine technicité. Le conseil constitutionnel français a approuvé cette souplesse à propos du conseil supérieur de l'audiovisuelle¹³²³. Il admet que l'incrimination peut intervenir indirectement par la référence aux obligations imposées par l'autorisation¹³²⁴

Contrairement au régime des sanctions dans les télécommunications, la loi 2002-03 consacre avec précision les infractions dans le domaine énergétique. En effet, les manquements susceptibles de sanctions sont déterminés par l'article 141.

Quant au principe de légalité des peines, il a été admis depuis longtemps que son respect en matière de répression administrative s'impose rigoureusement. Il suppose que « les sanctions soient prévues et énumérées par un texte »¹³²⁵. Le régime de sanction en matière de régulation ne fait pas exception quant au respect de cette exigence. En effet, les sanctions sont déterminées sans laisser aucune possibilité pour les autorités de régulation d'inventer d'autres sanctions à leur gré. Mais aucune formulation générale de l'obligation n'a été faite ni par les textes ni par le juge comme nous l'avons vu en droit français

2- principe de non rétroactivité

Au même titre que le principe de légalité, le principe de non rétroactivité est aussi inscrit dans les paramètres du droit répressif administratif. Il pousse par ailleurs le régime des sanctions vers plus de juridictionnalisation car la non rétroactivité est liée à son corolaire le principe de la rétroactivité de la loi la plus souple.

Le principe trouve sa source dans les principes généraux de la loi ayant une vocation générale y compris en droit administratif. En outre, le respect de cette exigence résulte naturellement du transfert de la répression du cercle pénal au cercle administratif avec la nécessité de sauvegarder les mêmes garanties¹³²⁶. En effet, le principe est imposé à plusieurs titres. D'une part, le principe est à caractère constitutionnel ce qui lui donne une vocation générale¹³²⁷. De plus, la sanction administrative obéit aux principes de la

¹³²³ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, préc., §37. V

¹³²⁴ J. PETIT, Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préc, n° 101

¹³²⁵ V. Conseil d'État, Sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 300304, AJDA 2008. 1812, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber. V. le comm. de L. Janicot, « Formes et procédures administratives non contentieuses : un domaine de compétence réservé au pouvoir réglementaire ? Une fausse idée claire », AJDA 2010 p. 540

¹³²⁶ MANKOUR .Youcef , les autorités administratives indépendantes assumant l'équilibre entre l'intérêt des agents économiques et les droits des consommateurs thèse de doctorat (en arabe) ,université d'Oran 2 , année 2015-2016 ,p 344 .

¹³²⁷ L'article 46 dispose que « nul ne peut être tenu pour coupable si ce n'est en vertu d'une loi dûment promulguée antérieurement à l'acte incriminé »

décision administrative or celle-ci n' pas en principe un effet rétroactif¹³²⁸. D'autre part, les sanctions administratives sont sévères autant que les sanctions pénales .Ce qui justifie un traitement identiques.

3- principe de proportionnalité des sanctions

Le contrôle sur la proportionnalité des décisions administratives a été depuis l'arrêt exercé constamment par la juge administratif, notamment en matière disciplinaire .Freinant ainsi le zèle de l'autorité administrative dans la mise en œuvre de son pouvoir d'appréciation. Il est alors normal qu'il soit exigé dans les actes répressifs de la régulation. D'ailleurs, le conseil d'Etat français accepté de contrôler la proportionnalité des sanctions prises par le conseil supérieur de l'audiovisuelle ¹³²⁹.Quant au conseil constitutionnel il considère que la proportionnalité appartient aux exigences constitutionnelles .Celui ci utilise un argument simple pour décider si la loi a respecté le principe de proportionnalité à propos du conseil supérieure de l'audiovisuel .Il considère que « la diversité des mesures susceptibles d'être prise (...)correspond à la volante du législateur de proportionner la répression à la gravité du manquement »¹³³⁰ .

Si on suit le même raisonnement du conseil constitutionnel français ,on constate que la proportionnalité a été très bien respectée par le pouvoir répressif de CREG et avec un degré moins pour l'ARPT .En effet la formulation du pouvoir de sanction de la première autorité de régulation laisse la place à un pouvoir discrétionnaire pour proportionner les sanctions selon la gravité des agissements. La CREG peut d'abord dans les limites fixées par l'article 149 (3% du chiffre d'affaire + sans pouvoir excéder 5millions dinars) choisir le montant de l'amende proportionnel aux agissements prévus par l'article 141. Ce pouvoir discrétionnaire est sauvegardé en cas de récidive avec le rehaussement des limites (5% du chiffre d'affaire + sans pouvoir excéder 10millions de dinars) . Et pour confirmer la proportionnalité des sanctions, la loi 2002-03 prévoit d'autres sanctions qui peuvent être ajoutées à la sanction pécuniaire. Dans son article 149 prévoit la possibilité de prononcer la sanction du retrait temporaire ou définitif mais à condition que le manquement soit grave tel qu'il est prévu à l'article 141 . Et l'article 153 prévoit d'autres sanctions qui peuvent être cumulées avec les sanctions précédentes .C'est ce qu'on peut comprendre de l'adverbe « également » .

Et en ce qui concerne les sanctions de l'ARPT on peut déduire la proportionnalité lorsque la loi 2000-03 prévoit deux sanctions alternatives soit la suspension totale ou partielle de la licence pour une durée de 30 jours au plus ou la suspension de la licence

¹³²⁸ Mohamed BAHY ABOU YOUNES ,le contrôle juridictionnel sur la légalité des sanctions administratives ,en arabe Dar Jamiaa Jadida,2000,p 74 .

¹³²⁹ V. Conseil d'État, 11 mars 1994, Société La Cinq, préc. et les concl. RFDA, 1994 p. 429. V. aussi Conseil d'État, 29 juillet 2002, Association Radio deux couleurs, n° 221302, Légipresse, n° 199, mars 2003, p. 30, concl. D. Chauvaux.

¹³³⁰ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, 88-248 DC, préc

pour la durée d'un 1 à trois mois , ou la réduction de la durée de cette dernière dans la limite d'une année.

Enfin, l'ARPT peut prononcer la sanction ultime de retrait définitif si « à l'issue des délais, l'opérateur n'a pas obtempéré... »

B- les garanties procédurales

Les garanties procédurales s'appliquent d'une façon essentielle à la phase de décision de sanction. Nous excluons de notre étude la garantie d'impartialité ainsi que toutes les garanties non consacrées pour la procédure répressive de l'ARPT et la CREG.

a- le droit de la défense

Le droit à la défense se fragmente en plusieurs droits, les plus importants sont l'accès au dossier et le droit d'être assisté par un défenseur.

1 l'accès au dossier

Tout d'abord, il faut signaler que les garanties de la défense ne s'appliquent qu'à partir du déclenchement de la procédure répressive. Elles sont exclues au stade de la mise en demeure ¹³³¹. Dès que la personne concernée est confrontée à une accusation qui peut aboutir à une condamnation, elle a le droit d'être « informée des charges et griefs qui pèsent sur elle » ¹³³². Par ce droit, appelé droit à la notification, la procédure disciplinaire est ouverte et ses contours sont délimités ¹³³³. De tel sorte que seules les griefs notifiés qui sont retenus pour l'adoption de la sanction ¹³³⁴. Tel est le point de vue du conseil d'Etat français qui n'a pas été suivi par la cour de cassation. Celle-ci, considère « qu'aucun texte ou principe n'interdit que la décision prononçant une sanction (...) retienne des circonstances de fait qui ne sont pas mentionnées dans la lettre de notification » ¹³³⁵. La notification permet à la personne concernée de préparer

La loi 2000-03 le mentionne dans son article 37 qui dispose que les sanctions prévues « ... » ne sont prononcées que lorsque les griefs retenus contre l'intéressé lui ont été notifiées ».

¹³³¹ Conseil d'État, 14 juin 1989, Sté Soritel, n° 95031 (« Considérant qu'il résulte des dispositions ci-dessus rappelées de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 que la mise en demeure est un acte préalable à une décision de retrait d'autorisation ; qu'en égard à son objet et en l'absence des dispositions législatives ou réglementaires particulières, cet acte n'est soumis à aucune procédure préalable »), Recueil Dalloz 1990 p. 291

¹³³² R.ZOUAMIA ,les fonctions répressives des AAI , Revue Idara ,n 02 ,2004 , p150 .

¹³³³ Thomas. PERROUD ,la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume uni, thèse précitée ,p 685 .

¹³³⁴ V. Conseil d'État, 15 mars 2006, Zerbib, n° 276370, Recueil Lebon, tables p. 741 : RTD com. 2006. 629, note N. Rontchevsky ; Droit des sociétés, 2006, n° 10, pp. 25-26 ; Conseil d'État, CE, 2 novembre 2005, M., n° 270826

¹³³⁵ V. Cour de cassation, com., 27 avr. 2011, Maurel et Prom, n° 10-12125 : Bulletin Joly Bourse, 1er septembre 2011 n° 9, p. 487, n° 246, note M. Samuelian, G. Berruyer.

En matière énergétique, l'intéressé est informée des griefs qui pèsent sur lui. L'article 146 de la loi 2002-01 dispose que les procès verbaux constatant les infractions sont notifiées au contrevenant concerné et à la commission de régulation. Celui-ci a aussi le droit d'avoir une copie du procès verbal contre accusé de réception.

Après avoir été notifié par les griefs pesant sur lui, la personne concernée doit pouvoir accéder à son dossier. Là, on remarque la différence entre les sanctions en matière de télécommunications, et celle dans le domaine énergétique quant à la formulation de ce droit. La procédure de sanction contre les opérateurs de télécommunications prévoit la consultation du dossier par l'intéressé. Alors que la procédure de sanction en matière énergétique prévoit la notification du procès verbal à la personne concernée.

Une fois que l'intéressé accède à son dossier, il doit pouvoir présenter ses observations. Mais pour le faire, il faut qu'il dispose suffisamment du temps¹³³⁶. Cette garantie a été consacrée pour les sanctions prises par la CREG. Un délai de 15 jours est fixé pour les intéressés pour présenter leur observations à compter de la notification¹³³⁷. En revanche, pour les opérateurs de télécommunications aucun délai ne leur a été donné pour présenter ses justifications écrites. Cette lacune doit être comblée soit par une intervention législative, soit par une démarche audacieuse du conseil d'Etat algérien.

Pour renforcer le caractère contradictoire de la procédure répressive, le conseil d'Etat français inspiré par convention européenne des droits de l'homme va plus loin en exigeant que l'intéressé ait le droit d'auditionner des témoins et bénéficier de l'assistance gratuite d'un interprète s'il le faut¹³³⁸.

b- la motivation de la sanction

En l'absence d'une obligation générale de motivation des actes administratifs comme en droit français¹³³⁹, cette obligation doit être recherchée en droit algérien dans les textes relatifs à la régulation des télécommunications et l'énergie.

En matière des télécommunications, la loi 2000-03 impose la motivation des décisions de suspension prévues par l'article 35. Mais en ce qui concerne le retrait définitif prévu par l'article 36, la motivation n'a pas été imposée. Tout ce que l'article prévoit c'est que le retrait définitif de la licence doit intervenir dans les mêmes formes que celles qui ont prévalu à son obtention. Doit-on comprendre qu'il s'agit d'une omission de la part de

¹³³⁶ V. Conseil d'Etat, 27 octobre 2006, Parent c. AMF, n° 276069, Recueil Lebon p. 454

¹³³⁷ Art 146 de la loi 2002-01, loi précitée.

¹³³⁸ V. Conseil d'Etat, 27 octobre 2006, Parent c. AMF, n° 276069, Recueil Lebon p. 454 : RTD Com, 2007. 406, note N. Rontchovsky ; D. 2006. AJ 2792 ; D. 2007. Pan. 2418, spéc. 2425, obs. B. Le Bars et S. Thomass et Pierre ; AJDA 2007. 80, note M. Collet ; RTDF 2007/1, p. 117

¹³³⁹ La loi du 11 juillet 1979 impose dans article premier l'obligation de motivation des décisions individuelles défavorables, notamment celles prononçant des sanctions. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

législateur ? car il ne paraît pas logique que la motivation soit prescrite pour la suspension et négligée pour le retrait définitif.

Pour être effective, l'obligation de motivation doit prendre certaines exigences en considération. D'abord, du côté de la formalité, l'autorité qui prononce la sanction doit selon le conseil d'Etat français « préciser elle-même dans sa décision les griefs qu'elle entend retenir à l'encontre de la personne intéressée, de sorte que cette dernière puisse à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée, connaître les motifs de la décision qui lui est notifiée connaître les motifs de la sanction qui la frappe » . La motivation doit ainsi mentionner les éléments de fait et de droit fondant la décision. L'autorité ne peut pas se prévaloir de la transmission antérieure d'un document tel une mise en garde¹³⁴⁰ .

Et du côté du contenu de la motivation, le conseil d'Etat a précisé à propos des sanctions disciplinaires que la décision doit relever les faits avec suffisamment de précision pour que le juge puisse effectuer son contrôle¹³⁴¹ . Les éléments de droit doivent également être relevés avec la qualification juridique conduisant à la solution retenue¹³⁴² .

Par ailleurs, pour rationaliser cette obligation, le conseil d'Etat n'impose pas à l'autorité administrative de répondre à l'intégralité des arguments invoqués ni de motiver séparément la sanction supplémentaire¹³⁴³ .

Ce n'est pas seulement par le pouvoir répressif que les problèmes générés par l'intervention du secteur privé dans les activités en réseaux concurrentiels peuvent être résolus .Il existe en effet, un autre pouvoir qui s'inscrit aussi dans la fonction contentieuse et qui est indispensable pour encadrer l'activité des opérateurs privés. IL s'agit du pouvoir de règlement de différends.

Sous section 2 : l'encadrement du rôle du secteur privé par une fonction extra juridictionnelle

Tous les grands systèmes de régulation reconnaissent un pouvoir de règlement de différends aux autorités de régulation. Le motif de ce recours, consiste en droit communautaire de ne pas « retarder l'ouverture à la concurrence par des procédures dilatoires que les opérateurs historiques ne manquaient pas d'utiliser en allant devant les tribunaux¹³⁴⁴ ». En se dotant de ce pouvoir, les autorités de régulation pourraient contribuer à réussir le processus d'ouverture à la concurrence dans des marchés caractérisés par un déséquilibre au profit des opérateurs historiques. A cet argument, il faut ajouter plusieurs

¹³⁴⁰ CE, 23 mars 2005, Stilinovic, n° 264005, Rec. p. 954. La motivation doit ainsi mentionner les éléments de fait et de droit qui fondent la décision, sans que la transmission antérieure d'un document, une mise en garde par exemple, ne puisse dispenser l'autorité administrative de ses obligations de motivation (CE, 26 mai 1993, Caisse primaire d'assurance maladie des Deux-Sèvres, n° 87788, Rec. p. 566).

¹³⁴¹ CE, 15 décembre 1993, Bénitah, n° 129277, Rec. p. 367.

¹³⁴² Voir par exemple CE, 3 mai 1961, Richand, n° 52312, Rec. p. 281

¹³⁴³ CE, Sect., 6 juin 2008, Société Tradition Securities and Futures, n° 299203, Rec. p. 189

¹³⁴⁴ Thomas. PERROUD ,la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume uni, thèse précitée ,p179.

considérations : -technicité des secteurs nécessitant l'intervention d'un régulateur spécialisé – le besoin d'un règlement rapide des conflits.

Les modes extra juridictionnels ont connu leur essor d'abord dans le domaine de télécommunication¹³⁴⁵ à travers la technique du règlement de différent de l'interconnexion. Et puis, ils ont été élargis à d'autres secteurs comme l'électricité, le gaz¹³⁴⁶.

En droit algérien, trois modes extra juridictionnels ont été adoptés au profit des autorités de régulation afin de réguler les activités concurrentielles. L'une est à caractère contraignant le règlement du différent relatif à l'interconnexion (§1). Les deux autres - conciliation et l'arbitrage - appartiennent aux modes non contraignants (§2).

§1 Le règlement des différents

L'originalité de cette technique est liée exclusivement au domaine de télécommunications mérite d'abord d'être identifiée comme une vraie fonction quasi juridictionnelle (A) en raison de sa nature ce qui rend important le respect des exigences (B).

A- l'identification du règlement du différent

C'est à partir de quelques critères dégagés par la doctrine qu'on peut identifier cette nouvelle fonction : motif de son intervention (l'existence des différents) - l'objet (régler un problème d'accès – le moyen utilisé pour le règlement de différent (un acte administratif de règlement). L'objet de l'accès étant déjà abordé, on limitera notre étude aux premier et troisième élément.

a- l'existence d'un différent (la cause)

Toute différent repose nécessairement sur un conflit résultant de la revendication d'un droit, ce qui met en opposition au moins deux parties. En matière d'interconnexion, le conflit consiste en l'existence de deux droits opposés. L'un appartient à l'opérateur propriétaire du réseau de télécommunication- généralement l'opérateur historique ou l'opérateur dominant dans le marché- et l'autre à opérateur désirant accéder au réseau de celui-ci . En effet, la loi2000-03 crée un vrai droit d'interconnexion dans le secteur de

¹³⁴⁵ V. Directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications (J.O.C.E. n° L 074 du 22/03/1996 pp. 13 – 24).

¹³⁴⁶ V. en ce qui concerne l'électricité la Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E., n° L 027 du 30/01/1997 p. 20–29), article 20§3modifié ensuite par l'article 23§5 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003.

Et pour le gaz voir V. article 25§5 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

télécommunication ce qui met une restriction à la liberté de concurrence ¹³⁴⁷ . Cependant, ce droit n'est pas absolu car il peut être refusé dans les conditions fixées par cette loi .Et de ce fait, un conflit peut naitre entre les deux parties.

Ce conflit d'interconnexion répond à la définition en matière de procédures civiles « un désaccord de volontés relativement à un objet donné (...) ».Schématiquement, le différent se décompose en deux prétentions opposées : un sujet de droit prétend une chose que lui conteste un autre sujet de droit » ¹³⁴⁸ . Il faut ajouter à cette définition, que le conflit est toujours lié à une revendication juridique ce qui le différencie du litige qui a une nature non juridique.

b- le moyen de règlement du conflit une injonction ou objet du règlement

A la différence des injonctions utilisables dans le cadre de la mission de contrôle et de surveillance du marché, à l'initiative de l'autorité de régulation et en dehors de toute constatation, l'injonction prononcée ici est prise sur le fondement d'un conflit .On peut l'assimiler alors à un acte juridictionnel tranchant un litige. En effet, tout en étant un acte de puissance publique il porte sur une matière réservée d'habitude aux juridictions. D'ailleurs, le conseil constitutionnel français l'a bien montré à propos de l'autorité de régulation des télécommunications. Il considère, que le règlement qu'elle effectue porte sur un litige de nature privée qui relève du droit de la concurrence. Et « qu'au cas où les opérateurs n'auront pas choisi de saisir l'autorité de régulation ,les litiges seront portés selon le cas ,soit devant le conseil de concurrence ,et en cas de contestation ,devant la cour d'appel ,soit devant le juge du contrat » ¹³⁴⁹ .C'est en se fondant sur cette argumentation que le conseil constitutionnel valide l'attribution à la cour d'appel la compétence du contrôle de certaines décisions de l'autorité de régulation y compris celles relative au règlement de différends . Ainsi, la décision du règlement de différent en droit français est traitée en tant que décision juridictionnelle .

En droit algérien, la compétence du conseil d'Etat demeure intacte quant aux décisions de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications. Mais l'analyse adoptée par le conseil constitutionnel français à propos de la nature de l'objet du règlement des conflits est transposables en droit algérien pour les raisons suivantes : - l'interconnexion fait l'objet d'une convention de droit privé – le contrôle sur le respect de la concurrence exercé par l'ARPT ne dessaisit pas le conseil de concurrence d'intervenir ultérieurement or celui-ci est traité en ce qui concerne ...comme juridiction.

Dés lors, il est clair que le règlement des différends assumés par l'ARPT est une vraie fonction extra juridictionnelle. Ce qui nous pousse à s'interroger sur la procédure menée devant cette autorité et les garanties qui s'y attachent. Car, une telle procédure a un impact déterminant sur la viabilité de la concurrence.

¹³⁴⁷ Nous déjà expliqué que la liberté de concurrence subit des restrictions à travers la théorie des facilités essentielles

¹³⁴⁸ V.L.CADIET ,J.Normand ,S.Amrani Mekki ,Théorie générale du procès ,PUF ,2010,p294 .

¹³⁴⁹ Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, n° 96-378 DC .

B- les garanties de la procédure du règlement du différent ou d'accès

Pour déterminer la procédure applicable devant l'ARPT pour le règlement du différent lié à l'accès, il faut se référer à la décision de cette autorité ¹³⁵⁰. Les garanties relatives à la procédure devant l'ARPT concernent principalement le caractère contradictoire (a) et quasi requisitoire (b).

a- caractère contradictoire

Ce caractère domine la procédure devant l'ARPT depuis son déclenchement jusqu'à sa fin à l'image de celle suivie devant la juridiction ¹³⁵¹.

D'abord, la procédure prévoit l'obligation du requérant d'adresser sa saisine en autant des exemplaires que de parties concernées par le litige. Mais c'est l'autorité de régulation qui notifie l'acte de saisine aux parties concernées dans un délai de 10 jours par lettre recommandée. Dans la même lettre, elle précise le délai dont ils disposent pour lui transmettre leurs observations écrites et les pièces justificatives correspondantes. Ce délai est déterminé en fonction de la nature du problème et des délais raisonnables de collecte des informations nécessaires. Mais il ne peut dépasser 20 jours calendaires à compter de la notification de la saisine au défenseur.

Par cette notification, le litige est déclenché et vient ensuite le tour des défenseurs qui devront respecter le principe de contradictoire s'ils veulent exercer le droit de défense. Ils doivent transmettre leurs observations et les pièces annexes à l'ARPT par une lettre recommandée ou par dépôt au siège en autant d'exemplaires que de parties. Et c'est l'autorité de régulation qui transmet ces documents aux autres parties en leur indiquant le délai pour transmettre leurs observations qui ne peut dépasser 15 jours calendaires à compter de la notification. En cas de non réponse par la partie défenderesse dans le délai prescrit l'autorité de régulation rendra une décision par défaut ¹³⁵².

Après la fin de l'étape des changements des observations et répliques des parties vient l'étape du débat contradictoire. Celle-ci ne commence effectivement qu'après un délai qui ne peut excéder 30 jours après la date limite de réception à la fin duquel l'autorité tient une audience publique pour entendre les parties en débat contradictoire. Les parties peuvent en outre être assistées par un avocat ou d'un conseil à condition d'aviser l'autorité de régulation. Ceux-ci peuvent remettre à l'autorité de régulation des notes écrites et pourront être entendus par le conseil ¹³⁵³.

¹³⁵⁰ Décision N° 08/SP/PC/2002 Relatives aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, www.arpt.dz

¹³⁵¹ Article 1^{er} de la décision n 08/SP/PC/2002.

¹³⁵² Article 2 de la décision n 08/SP/PC/2002.

¹³⁵³ Article 3 de la même décision.

Enfin, le caractère contradictoire se termine par une décision dans un délai de cinq jours ouvrables après la fin de l'audience celle-ci est notifiée aux parties dans un délai de trois jours¹³⁵⁴.

b- La nature quasi inquisitoire de la procédure du règlement du différent

La nature quasi inquisitoire de la procédure du règlement du différent joue en faveur de l'établissement d'un marché concurrentiel. Car le régulateur n'essaye pas seulement de rendre justice comme le fait un juge ordinaire mais de trouver une solution à un litige qui soit en harmonie avec les objectifs de la régulation¹³⁵⁵. C'est pourquoi, la procédure devant l'autorité de régulation lui permet de maîtriser le processus du règlement. En effet, mise à part la maîtrise du déclenchement par les parties le reste de la procédure est guidée par le régulateur.

Tout d'abord, avant même que l'acte de saisine ne soit recevable, l'autorité de régulation peut demander au requérant de compléter sa saisine. Ce qui signifie que la demande ne peut être, refusée pour un vice de forme.

Après le déclenchement du litige, l'autorité de régulation dispose d'un pouvoir d'instruction très proche du pouvoir du juge. Elle peut recourir à une expertise externe pour régler le différent. En effet, même si l'autorité dispose d'une compétence technique, cela ne l'empêche pas de mobiliser d'autres compétences en raison de la technicité des problèmes d'interconnexion et des réseaux. Les charges liées à l'expertise sont assumées par la partie requérante.

A noter qu'à la différence de procédure civile qui ouvre la voie aussi aux parties pour demander une expertise, celle-ci en matière de règlement de conflit est exclusivement du ressort de l'autorité de régulation. Toutefois, les parties ont le droit d'émettre des observations et à cette fin ils reçoivent une copie du procès verbal de l'expertise.

Le caractère inquisitoire de la procédure devant l'autorité de régulation peut dépasser l'office du juge tel le cas en droit français où le régulateur n'est pas guidé par les moyens soulevés par les parties ni tenu d'y répondre Car il est orienté dans sa mission par des considérations qui échappent à la volonté des parties¹³⁵⁶.

¹³⁵⁴ Les articles 04 et 05 de la même décision

¹³⁵⁵ Un auteur montre la particularité du règlement du différent assuré par commission de régulation de l'énergie : « « Si les décisions de règlement de différent rendue par CRE (Commission de Régulation de l'Énergie) S'apparentent à des actes Juridictionnels, elles pas uniquement pour objet de résoudre un litige entre les parties. Elles sont également pour finalité d'assurer une concurrence effective sur les marchés en garantissant l'accès aux réseaux aux utilisateurs dans des conditions non discriminatoires et transparentes » G BOUQUET, « le règlement du différent devant la commission de régulation de l'énergie » AJDA, 2004 , p1911 .

¹³⁵⁶ V. Cour d'appel de Paris, 1e ch., sect. H., 11 mai 2004, S.A.R.L. Société du Parc Éolien de Montjoyer c. Électricité de France, n° RG 2003/20473 : « qu'il ne saurait être fait grief à l'autorité (...) ,d'avoir statué ultra petita dès lors que ,tenue de trancher le différent dont elle est saisie en précisant les conditions équitables ,d'ordre technique et financier ,dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent assurés ,elle

La procédure permet aux parties de mettre fin au litige qui les oppose en adoptant un règlement amiable. Cependant, leur démarche est strictement encadrée par l'autorité de régulation. Celle-ci « peut s'opposer à tout ou partie des termes de l'accord si ces termes sont contraires aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, notamment lorsqu'ils ont pour conséquence de limiter la concurrence sur un segment important du marché de télécommunication » . Elle peut dans ce cas soit inviter les parties à modifier leur accord soit de décider de poursuivre l'instruction du litige.

c- le caractère exécutoire de la décision

La décision du règlement de différent est notifiée aux parties dans un délai de 3 jours ouvrables par l'autorité de régulation .Celle ci en assure également la publication et le suivi de son exécution.

Le caractère exécutoire de cette décision se manifeste dès sa notification aux parties intéressées. Le recours contre la décision devant le conseil d'Etat n'est pas suspensif suivant en cela les règles générales. Par ailleurs, la décision peut être suspendue selon les voies fixées par le code de procédures civiles et administratives.

§2 les modes non contraignants

La régulation des activités concurrentielles en réseau exige outre une fonction juridictionnelle contraignante d'autres modes de règlement des litiges .Il s'agit de modes non contraignants, l'arbitrage (**A**) et la conciliation (**B**). Ainsi, sont réunis entre les mains des autorités de régulation les moyens de règlement des conflits dans les marchés concurrentiels en réseau.

A - l'arbitrage

Le pouvoir d'arbitrage a été reconnu aux deux autorités de régulation, l'ARPT et la CREG. Il est évident qu'une telle modalité de règlement des différends est adaptée à la nature concurrentielle des activités régulées .Car, l'arbitrage « répond à la recherche des solutions pragmatiques qui relèvent d'une conception de justice tenant compte à la fois d'une application des règles de droit, mais aussi le cas échéant ,de celle des pratiques du commerce national ou international, voire la simple équité lorsque les parties le demandent explicitement » ¹³⁵⁷ .

a le pouvoir d'arbitrage de l'ARPT

dispose de toute latitude pour arrêter ces conditions ,même si celles qui ont été initialement demandées par la partie, saisissante sous la seule réserve qu'elles soient équitables et propres à mettre un terme au différent dont il s'agit et qu'elles aient été soumises au débat contradictoire »

¹³⁵⁷ Colloque du 17 septembre 1990 à la chambre de commerce et de l'industrie de Paris ,association française d'arbitrage de Paris , P 8.

Contrairement à la CREG tous les pouvoirs sont réunis entre les mains du conseil de l'ARPT. C'est-à-dire que la loi n'a pas fait la distinction entre ce qui relève du contrôle et ce qui relève de la fonction répressive et d'arbitrage¹³⁵⁸. Quant à l'objet de l'arbitrage, la loi 2000-03 est équivoque. Sauf que nous pouvons déduire à contrario de son article 13 que cet arbitrage porte sur toutes les questions qui n'entrent pas dans le domaine du règlement du différent¹³⁵⁹. C'est à dire sur les questions qui concernent les litiges en matière d'interconnexion. Ainsi, tous les autres conflits qui peuvent surgir entre les opérateurs ou entre ceux-ci et les utilisateurs peuvent être résolus dans le cadre de l'arbitrage.

Les procédures du recours à l'arbitrage sont fixées en vertu de la décision de l'autorité de régulation n 8/SP /PC¹³⁶⁰. La demande d'arbitrage obéit aux mêmes procédures que la décision prévoit pour le règlement des litiges en matière d'interconnexion. Pourtant les deux modes de résolution du litige n'ont ni le même objet ni la même nature. L'arbitrage nécessite l'accord des parties concernées à travers soit la clause compromissoire soit le compromis. Par contre, la saisine de l'autorité de régulation dans le cadre du règlement du différent d'interconnexion est mis en œuvre sans l'accord des deux parties.

Comme en matière de règlement de différent les parties en présence peuvent adopter un règlement amiable du litige qui les oppose. Toutefois, la solution adoptée ne doit pas être contraire aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, notamment lorsqu'ils ont pour conséquence la limitation de la concurrence sur un segment important du marché des télécommunications¹³⁶¹.

b- le pouvoir d'arbitrage de la CREG

Au sein de la CREG, il est institué un service dénommé « chambre d'arbitrage ». Celle-ci comprend : trois membres dont le président et trois suppléants désignés par le ministre de l'énergie pour une durée de 6 ans renouvelables –deux magistrats désignés par le ministre de la justice. On peut remarquer, que la composition de cette chambre respecte le principe de spécialisation qu'exige la fonction d'arbitrage. Ainsi, les membres et les suppléants sont désignés en raison de leur compétence en matière de concurrence.

La création d'un organe spécialisé pour l'arbitrage au sein de la commission de régulation d'électricité et du gaz est semblable à la commission des opérations boursières. Le décret législatif n 93 -10 relatif à la bourse des valeurs mobilières a assigné à la commission de régulation une fonction disciplinaire et arbitrale. Le décret a par ailleurs, prévu que cette fonction soit exercée par une chambre disciplinaire et arbitrale. Cette

¹³⁵⁸ MANKOUR. Youcef, les autorités administratives indépendantes assumant l'équilibre entre l'intérêt des agents économiques et les droits des consommateurs thèse précitée, p 230.

¹³⁵⁹ Ibidem, p 231.

¹³⁶⁰ Décision n 08/SP/PC relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, http://www.arpt.dz/fr/doc/reg/dec/2002/DEC_08_2002.pdf.

¹³⁶¹ Article 06 de la décision de l'ARPT relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et d'arbitrage.

chambre comprend outre le président : deux membres élus parmi les membres de la commission pour la durée de leur mandat – deux magistrats désignés par le ministre de la justice et choisis pour leurs compétences en matière économique

L'objet du règlement à travers l'arbitrage a été précisé en vertu de l'article 133 de la loi 2002-01. Il concerne tout différend qui peut surgir entre les opérateurs, à l'exception de ceux portant sur les droits et obligations contractuelles. A titre d'exemple des litiges qui peuvent être regardés par la CREG, on peut citer celui invoqué par l'article 3 du décret n 02-194 ¹³⁶². Il s'agit du cas du refus du distributeur de l'énergie électrique et gazière lorsque celle-ci peut être assurée d'une façon moins dispendieuse par une production.

La procédure qui se déroule devant la CREG est contradictoire puisque celle-ci statue par une décision motivée sur les affaires dont elle est saisie après avoir entendu les parties en cause.

Les décisions de la CREG sont entourées de deux garanties. Elles sont motivées, et peuvent faire à l'instar des décisions de l'ARPT l'objet d'un recours juridictionnel devant le conseil d'Etat ¹³⁶³. En revanche, les autres recours ne sont pas acceptables ¹³⁶⁴.

On ne peut que signaler la singularité de la fonction d'arbitrage assumé par les autorités de régulation. D'abord, les parties n'ont pas le droit de choisir les arbitres tel qu'il est admis en droit d'arbitrage. Ensuite, le recours à cette procédure ne se fait pas à travers la volonté commune des parties. Enfin, Ceux-ci ne peuvent pas choisir les règles applicables à leur litiges car l'autorité de régulation applique les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

B le pouvoir de conciliation

La fonction de conciliation n'a été reconnue qu'au profit de la CREG. Cette faculté appartient en principe aux modes non contraignants de la résolution des conflits (a). Elle doit être éclaircie quant à son objet et sa procédure (b).

a- la nature du pouvoir de conciliation

Selon le code de procédures civiles et administratives la conciliation appartient aux modes alternatifs de règlement des litiges. Mais il s'agit d'une procédure juridictionnelle puisqu'elle se déroule devant le juge. Elle est aussi constatée dans un procès-verbal signé par les parties, le juge et le greffier et déposé au greffe de la juridiction.

Contrairement à la conciliation de droit commun, la fonction de conciliation assumée par la CREG se déroule devant un organe non juridictionnel. L'article 132 de la loi 2002-

¹³⁶² 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 canalisation, JORDP n 39 du 2 juin 2002.

¹³⁶³ Article 139 de la loi 2002-01.

¹³⁶⁴ Article 137 de la loi 2002-01.

01 confie cette mission à un service au sein de cette commission. La question de la composition et du fonctionnement de ce service est renvoyée à un règlement intérieur.

La fonction de conciliation appartient à la division services consommateurs et autorisation de la CREG. Cette division est à l'instar des deux autres divisions ¹³⁶⁵.

b/ objet et procédure de la conciliation

L'objet de la conciliation été bien précisé par l'article 132 de la loi 2002-01 . Il consiste selon cet article de régler les différents résultant de l'application de la réglementation et notamment celle relative à l'accès aux réseaux, aux tarifs et à la rémunération des opérateurs .Ainsi, l'objet de la conciliation peut recouvrir un champ très élargi.

Conclusion du chapitre 1

La régulation des activités concurrentielles en réseau poursuit l'objectif de conciliation entre l'intérêt général et l'ouverture à la concurrence. Or, cette mission se caractérise par une certaine complexité, puisque l'autorité de régulation doit assurer un équilibre entre des intérêts contradictoires dans un univers mouvant. Il est alors important, de doter les autorités de régulation des pouvoirs leur permettant d'agir sur les opérateurs afin d'orienter leur action vers la satisfaction des objectifs assignés par la réglementation.

A cet titre, on peut distinguer deux sortes de pouvoir : le pouvoir de contrôle et d'orientation qui se manifeste par la mise en place des règles générales à l'égard des opérateurs privés et un contrôle qui s'exerce d'une façon continue ou dans certaines matières notamment en matière tarifaire. Et une fonction contentieuse qui englobe le pouvoir de sanction à l'égard des opérateurs privés pour les contraindre à respecter leurs obligations. Au titre de cette fonction, l'autorité de régulation intervient pour régler les conflits entre les opérateurs.

¹³⁶⁵ Les deux autres divisions sont : la division économie comprenant la direction tarification ,la direction planification et suivie des programmes ,et la direction des systèmes d'information et la division et contrôle technique et environnemental . Rapport d'activité de la CREG ,année 2005,p 23 .

Chapitre II

La régulation des activités non concurrentielles en réseau

La régulation des activités en réseau non concurrentielle s'insère dans le cadre général des conventions de délégation de service public. Les textes relatifs aux services publics dans le domaine de l'électricité et du gaz et le secteur de l'eau et d'assainissement ne dérogent pas au cadre traditionnel. Donc, le régime juridique de la délégation des services publics en réseau obéit aux mêmes principes gouvernant la régulation des autres délégations.

Ceux-ci, ont été élaborés depuis le 19^{ème} siècle par la jurisprudence administrative afin de garantir le fonctionnement adéquat du service public. Cette régulation est exercée par l'autorité délégante ou par le pouvoir compétent. Elle s'effectue d'abord par un pouvoir d'orientation et de contrôle qui permet à l'autorité de régulation d'orienter les opérateurs vers la satisfaction de l'intérêt général. Dès lors, les opérateurs privés se trouvent dans une situation de soumission à cette autorité.

L'encadrement de l'activité privée s'effectue aussi par l'exercice d'une fonction de répression. Celle-ci s'avère indispensable pour contraindre les opérateurs à respecter leurs obligations. Elle se différencie de celle reconnue à l'égard des opérateurs dans les activités concurrentielles en raison de son intervention dans un cadre contractuel.

Mais en contrepartie des pouvoirs que subissent les délégataires privés dans leur exercice des activités en réseaux, ils bénéficient de mécanismes leur permettant de financer leurs activités. Ce financement, subit aussi l'encadrement de l'autorité de régulation. Ici la régulation porte sur les flux financiers vers le délégataire quelque soit leur source de provenance.

Ainsi, se dessine le cadre de la régulation de la mise en œuvre des activités non concurrentielles. Il se constitue de deux volets importants l'un traite des pouvoirs de l'autorité délégante (section 1) et l'autre du financement de ces activités (section 2).

Section 1 : les pouvoirs d'encadrement de l'autorité délégante

Afin d'encadrer la mise en œuvre de activités déléguées, l'autorité délégante est dotée de pouvoirs importants lui permettant de veiller au bon accomplissement des missions de services publics. Ces pouvoirs peuvent être scindés en deux catégories : les uns sont liés au contrôle et la surveillance des activités en réseaux, et les autres sont relatifs à l'exercice d'un pouvoir répressif. Chaque catégorie de ces pouvoirs intervient à une phase différente. Le pouvoir d'orientation et de contrôle intervient pour accompagner l'action privée dans la gestion des services en réseaux (Sous section 1). Quant au pouvoir de répression ou de coercition intervient à posteriori, c'est-à-dire pour corriger les comportements fautifs de la part des opérateurs (Sous section 2).

Sous section 1 : le pouvoir d'orientation et de contrôle

Dans le domaine des services en réseau les autorités organisatrices détiennent des pouvoirs de direction et de contrôle à l'égard des opérateurs .L'analyse de ces pouvoirs permet de dégager deux pouvoirs principaux : pouvoir d'intervention unilatérale au cours de la vie du contrat – (§1) et pouvoir de contrôle (§2) .

§1 le pouvoir d'intervention au cours de la vie du contrat

Afin d'orienter l'activité des opérateurs, les autorités délégataires disposent de deux sortes de pouvoir qui leur permettent d'intervenir dans la gestion du service public .Il s'agit du pouvoir de direction (A) et le pouvoir de modification des clauses du contrat (B) .

A- Le pouvoir de direction

En déléguant le service public à un opérateur privé, l'autorité publique ne se dessaisie pas du service, elle demeure responsable de son bon fonctionnement .A ce titre, il est naturel que l'opérateur soit placé dans une situation de subordination et doit subir en conséquence le pouvoir de direction de l'autorité délégante.

La jurisprudence administrative consacre par une série d'arrêts l'idée selon laquelle la collectivité organisatrice du service doit prendre les mesures nécessaires vis-à-vis de son contractant si celui-ci ne s'acquitte de ses obligations ¹³⁶⁷.En cas d'inertie la responsabilité de la collectivité peut être engagée ¹³⁶⁸ .

Le pouvoir de direction se manifeste principalement par les ordres de service ¹³⁶⁹ . Cette technique consiste en une instruction adressée par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur en vue de lui fixer les modalités d'exécution du travail en l'appliquant et au besoin en complétant ou même en modifiant certaines dispositions du marché .L'objectif peut avoir comme objectif simplement la précision des stipulations du marché relatives au programme ou seulement aux dispositions techniques ¹³⁷⁰

Dans ce cas, l'autorité délégante est considérée comme maître d'ouvrage .Cette qualité lui donne selon le droit français un véritable pouvoir de direction dans ses relations

¹³⁶⁷¹³⁶⁷ Pascal SOKOLOFF , délégations de service public marchés publics et autres contrats de partenariat public –privé des collectivités locales, op cit , ,p413.

¹³⁶⁸ Par un arrêt du 05 novembre 1937 ,le conseil d'Etat a accepté « un recours en responsabilité dirigée contre une commune par l'ayant –droit de l'utilisateur d'un service de transport public (...) au motif que la commune ne s'était pas acquittée de son obligation de contrôler que le concessionnaire se conformait à l'obligation d'assurance ,prévue dans les contrats de concession » .Dans un autre arrêt du 09 juillet 1975 ,Sieur Félix –Faure sanctionne l'abstention de la collectivité délégante d'exercer son contrôle .

cité par Pascal SOKOLOFF , délégations de service public marchés publics et autres contrats de partenariat public –privé des collectivités locales, op cit , p413 .

¹³⁶⁹ Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique,,institut de la gestion déléguée puBlié avec Dexia - 2006 , p 192 .

¹³⁷⁰ Ibidem ,p 276 .

avec le maître d'œuvre. Mais ce pouvoir doit être modéré de manière à ce que l'autonomie du délégataire ne soit pas anéantie¹³⁷¹.

Notons que le degré d'intervention de l'autorité délégante dépend de l'importance de sa part de financement du service public. Car il est important pour elle, de contrôler l'utilisation des deniers publics.

Si on s'aligne sur la solution retenue en ce qui concerne la portée juridique des ordres de services en matière de marchés publics on peut dire que le délégataire doit conformer strictement qu'ils aient ou non fait l'objet de réserve de sa part¹³⁷². Cependant, cette portée contraignante subit certaines limites énumérées par l'article 2-52 du modèle de CCAG travaux :

Telles les modifications unilatérales, les ordres de services ne doivent pas porter atteinte à l'économie du marché ni d'en changer l'objet. Ainsi, le délégataire n'est pas tenu d'exécuter les travaux conduisant au dépassement de la masse initiale sauf si le marché le prévoit.

Le modèle de CCAG exige que l'ordre de service soit notifié dans le délai fixé par le marché ou à défaut d'un tel délai, dans les six mois suivant la notification du marché, l'entrepreneur peut refuser d'exécuter l'ordre de service et exiger la résiliation du service.

En outre, l'article 2-5 du modèle de CCAG exige que les ordres de service soient écrits, datés et numérotés. Ils doivent être signés par les maîtres d'œuvre s'il ne s'agit que de modification techniques. En revanche, si la modification porte sur le programme initial elle doit être signée par la personne responsable du marché.

Dans les activités concurrentielles en réseaux il est difficile d'imaginer ce pouvoir à l'égard des opérateurs parce que ce sont des opérateurs autonomes. Mais, il sont quand même encadrés par certaines orientations de la part des autorités de régulation. On peut donner à ce titre, l'exemple de l'intervention de l'autorité de régulation en matière d'interconnexion. En cas de constatation de pratique discriminatoire « elle demande la modification de la nouvelle convention ou des conventions en vigueur afin que les dispositions les plus favorables soient appliquées à tous les opérateurs ou prestataires placés dans une position similaire »¹³⁷³. C'est donc un pouvoir d'encadrement adapté à la nature des marchés régulés.

Un autre exemple illustre les mesures de régulation qui peuvent être prises à l'égard des opérateurs concurrentiels se trouve dans le domaine de la production d'électricité. Les producteurs peuvent subir un encadrement exceptionnel dans

¹³⁷¹ Mireille BERBABI, Serge BRIAND, délégations de service public, op cit, p 59.

¹³⁷² Pascal SOKOLOFF, délégations de service public marchés publics et autres contrats de partenariat public –privé des collectivités locales, op cit, p 276.

¹³⁷³ Décret exécutif 02-156 précité.

le cas de menace pour la sûreté des réseaux et installations électriques ou risque pour la sécurité de personnes ¹³⁷⁴. Les mesures par le ministre de l'énergie peuvent aller jusqu'à la suspension des autorisations.

B- Le pouvoir de modification des clauses du contrat

Le contenu du contrat de délégation peut subir des modifications afin de lui apporter les adaptations nécessaires tout au long de sa vie. Celles-ci peuvent intervenir d'une façon bilatérale comme ils peuvent résulter de l'accord des parties. Dans tous les cas elles interviennent en réponse au besoin de mutabilité car comme le précise un auteur « un contrat quel qu'il soit n'est pas un acte figé ; bien au contraire, il doit vivre et comme toute entité vivante, il doit être animé et s'adapter tant à l'évolution des parties contractants qu'à celle de son environnement immédiatement extérieur » ¹³⁷⁵. Ce pouvoir prend deux formes, soit il intervient d'une façon unilatérale (a), soit sous forme d'un accord « un avenant » (b).

a- la modification unilatérale du contrat

C'est par l'intermédiaire de son pouvoir de modification unilatérale que la collectivité peut intervenir au cours de l'exécution du contrat de délégation pour répondre au besoin d'adaptation ou de mutabilité du service. Ce pouvoir lui a été reconnu dès le début du 20^e siècle et « réaffirmé constamment par la jurisprudence » ¹³⁷⁶. D'ailleurs il constitue le trait distinctif le plus important des contrats administratifs par rapport aux contrats de droit privé. Il constitue l'expression du pouvoir exorbitant de l'administration qu'elle utilise au besoin du service public ¹³⁷⁷.

Toutefois, il ne lui permet pas de modifier que les dispositions relatives au fonctionnement du service et non pas les dispositions financières qui demeurent intactes ¹³⁷⁸. C'est à dire que les modifications ne doivent pas conduire au bouleversement de l'économie initiale du contrat. Mais il n'est pas toujours aisé de garantir la non atteinte à l'équilibre du contrat. Tel, est le cas des travaux dans les contrats d'affermage ¹³⁷⁹.

Pour renforcer ce pouvoir, certains mécanismes incitatifs peuvent être mis en place afin que les collectivités publiques assurent l'évolution des contrats dans le cadre de débats

¹³⁷⁴ L'article 20 de la loi 2002-01 donne un pouvoir élargi au ministre qu'il exerce après avis de la commission de régulation

¹³⁷⁵ Mireille BERBABI, Serge BRIAND, délégations de service public, op cit, p 69.

¹³⁷⁶ Pascal SOKOLOFF, délégations de service public marchés publics et autres contrats de partenariat public –privé des collectivités locales, op cit, p415. V. l'arrêt précité CE, 21 mars 1910, Compagnie française des tramways. Voir aussi l'arrêt CE 6 mars 1989. Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches du-Rhône.

¹³⁷⁷ Yves GAUDEMET, traité du droit administratif, LGDJ, 16^e éditions, 2001, P 702

¹³⁷⁸ CE, 11 juillet 1941, Hôpital –Hospice de Chauny

¹³⁷⁹ Mireille BERBABI, Serge BRIAND, délégations de service public, op cit, p70.

contradictoires. A cette fin, les commissions consultatives locales de services publiques, « et d'autre part de la procédure de passation des avenants importants¹³⁸⁰ » .

Il est important pour la collectivité d'intervenir au cours d'exécution du contrat de délégation afin de garantir son adaptation et aussi pour préserver la continuité du service public¹³⁸¹.

Le pouvoir de modification est reconnu « en contradiction avec l'intangibilité traditionnelle des clauses contractuelles »¹³⁸² .Il est érigé comme règle générale dans les contrats administratifs¹³⁸³.

Tel dans les contrats de délégation, le pouvoir de modification unilatérale dans les contrats de partenariat en droit français est limité par l'interdiction de bouleverser l'économie du contrat. C'est ce que précise l'article 16 du décret n 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L 34 -3-1 du code du domaine de l'Etat .Selon cet article un avenant ne peut bouleverser l'économie de la convention de bail ni en changer l'objet sauf en cas de sujétions techniques imprévues.

On observe alors que même l'objectif de la création des contrats de partenariat est d'introduire plus de souplesse et d'adaptabilité aux conditions économiques le pouvoir de modification unilatérale de l'administration reste limité¹³⁸⁴ . En effet, ce pouvoir se trouve limité comme dans les autres contrats administratifs ne peut pas s'étendre aux stipulations financières¹³⁸⁵ . Car, il s'agit de préserver l'équilibre financier du contrat¹³⁸⁶

En droit communautaire, la directive 2014 prévoit cinq cas pour la modification des contrats de concession sans besoin de relancer une procédure d'attribution :

-lorsque les modifications quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents de concessions initiaux (clauses de réexamen ou d'options claires, précises et univoques), sous réserve de ne pas modifier la nature globale de la concession ;

-pour les travaux ou services supplémentaires qui sont devenus nécessaires et ne figurent pas dans le contrat initial lorsque le changement du concessionnaire est impossible pour des raisons techniques ou que ce changement engendrerait un surcoût substantiel pour la collectivité.

Le texte apporte par ailleurs certaines conditions quant aux conditions de la mise en oeuvre de ce pouvoir :

¹³⁸⁰ Pascal SOKOLOFF , délégations de service public marchés publics et autres contrats de partenariat public –privé des collectivités locales, op cit ,p415 .

¹³⁸¹ Miraille BERBAR et les autres, délégation de service public, op cit ,p70.

¹³⁸² C.MOUNDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territorialesop cit ,p 140 .

¹³⁸³ CE ,2 février 1983 ,Union des transports publics urbains et régionaux ,req n 34027 .

¹³⁸⁴ F.BERGERE ,X.BEZANÇON Guide opérationnel des PPP , Moniteur , Paris ,2007 ,p 182 .

¹³⁸⁵ CE 2 février 1983 ,Union des transports publics ,RDP 1984 ,p 212.

¹³⁸⁶ A .de LAUBADERE ,F .Moderne .P .DEVOLVE ,Traité des contrats administratifs ,LGDJ ,N 1177 .

La modification ainsi réalisée ne peut augmenter la valeur d'une concession de plus de 50% par rapport au montant de la concession initiale .Et lorsque plusieurs modifications successives sont réalisés cette limite s'applique au montant de chaque modification.

En revanche, si les modifications sont substantielles elles entraineront l'obligation de relancer la mise en concurrence. .Cette substantialité se présente selon la directive dans les cas suivants : -Lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale d'attribution de la concession ,auraient permis l'admission d'autres candidats ou l'acceptation d'une autre offre ou auraient attiré davantage de participants –ou lorsqu'elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qu'il n'était pas prévue dans la concession initiale –elle élargit considérablement le champs d'application de la concession –lorsqu'un nouveau concessionnaire remplace celui auquel est initialement attribuée à la concession¹³⁸⁷ .

b - les modifications bilatérales du contrat (avenants)

Il convient de préciser les conditions auxquelles doivent répondre les modifications apportées par les parties aux termes du contrat ainsi que les conséquences

Les modifications apportées aux contrats de délégations par la volonté des parties sont appelées des avenants .Ils ont été acceptés en droit des marchés publics sous certaines conditions .L'article 136 définit l'avenant comme étant « un document contractuel accessoire au marché qui, dans tous les cas est conclu lorsqu'il a pour objet l'augmentation ou la diminution des prestations et/ou les modifications d'une ou plusieurs clauses contractuelles » . Cependant, le décret 15-247 ne consacre aucune disposition aux avenants apportés aux conventions de délégation du service public .Mais, en procédant par analogie on peut dire que de telles modifications peuvent être apportées à ces conventions sans soulever un problème vis-à-vis du l'obligation de mise en concurrence. Car, il ne s'agit pas pour la collectivité publique de changer le titulaire. En outre, la modification des conventions en vertu des avenants est plus respectueuse à la liberté contractuelle des parties .Notamment, s'il s'agit d'apporter des modifications à l'accord à fin d'adapter le service public et accroître sa qualité.

Sauf que les conditions de leur application ne sont pas précisées comme dans les marchés publics .Le décret 15-247 impose en générale que l'avenant « ne peut modifier d'une manière essentielle l'économie du marché sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties »¹³⁸⁸.En outre, ce qui est plus important à respecter pour conclure un avenant est qu'il ne modifie ni l'objet du marché ni son étendue . Cette condition générale paraît indispensable dans les contrats de délégation.

¹³⁸⁷ Institut de la gestion déléguée Analyse juridique de la directive du parlement européen et du conseil relative à l'attribution des contrats de concession 2014 ,p 43 .

¹³⁸⁸ Art 136 du décret 15-247 précité .

Cette condition correspond parfaitement à celle posée par le juge administratif dans le cas de l'intervention unilatérale en vertu de laquelle l'équilibre général du contrat ne doit pas être bouleversé. On peut donner l'exemple d'un avenant exténuant d'une façon importante du champ géographique de la desserte avec des répercussions financière, exagérées sur l'économie du contrat initial ¹³⁸⁹.

Ainsi, les cas représentant un bouleversement de l'économie initiale du contrat ne doivent pas être regardés comme des simples avenants mais comme des nouvelles conditions qui doivent être incorporées dans des nouveaux cahiers de charge ce qui exige le relancement de la procédure de mise en concurrence ¹³⁹⁰.

Toutefois, l'appréciation du respect de l'économie du contrat se fait d'une manière subjective car les textes ne fixent pas le seuil au – delà du quel le contrat se trouve bouleversé dans son équilibre. La jurisprudence a toutefois essayé de combler ce vide en apportant une solution. Elle considère qu'une augmentation de la masse initiale de 15 % par rapport au montant du contrat initial ne suffit pas à bouleverser le contrat ¹³⁹¹. Par contre, un accroissement disproportionné du prix fixé par le contrat initial représente un bouleversement de l'équilibre contractuel ¹³⁹².

Par ailleurs, des difficultés pourraient surgir concernant le contrat d'affermage qui peut se transformer au cours de son exécution à un contrat de concession. C'est-à-dire que le fermier est amené à assumer des travaux important qui dépassent l'entretien et la maintenance des bâtiments ou des réseaux. La nécessité de requalifier le contrat, se pose notamment s'il s'agit de travaux contribuant à renforcer la qualité et la quantité du patrimoine. La jurisprudence administrative a admis que la réalisation des travaux d'extension sur les installations dans le cadre d'un contrat d'affermage devait conduire à la transformation de ce contrat à un contrat de concession de travaux. L'intervention d'un avenant est alors indispensable car l'objet du contrat a subi un changement substantiel ainsi que son économie générale ¹³⁹³. Ce problème est accentué en droit français dans le cas de l'effectuation des travaux mixtes par le fermier. La transformation qui intervient ici pose le problème du passage d'un régime de délégation à celui de marchés publics.

Pour résoudre le problème deux solutions sont envisageables selon le degré de l'implication du fermier dans le financement des travaux : soit appliquer le régime de des marchés publics si les travaux relève majoritairement de la maîtrise d'ouvrage et du financement de la collectivité publique. Il est interdit au fermier exécuter les travaux directement ou par l'intermédiaire d'un marché négocié.

¹³⁸⁹ Mireille BERBABI, Serge BRIAND, délégations de service public, op cit p71

¹³⁹⁰ Ibidem.

¹³⁹¹ CE, 30 janvier 1995, Société Via-France, RD imm, 1995, p 318, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre – TA Cergy – Pontoise, 23 janvier 2001, Préfet de la Seine – Saint – Denis, BJCP 2001, n 17, p 357.

¹³⁹² TA Toulouse, 13 avril 2004, Lévy c / Commune de Toulouse, BJCP, 2000, p 340 ; CE, 24 avril 2004, Ville de Toulouse, BJCP, 2004, n 36, p 392 – TA Strasbourg, 26 septembre 2000, Préfet de la Moselle c/ District rural de Cattenom, société Edmond Shnitzler, Contrats et marchés publ, 2001, comm n 10, obs, F. Olivier

¹³⁹³ CE, 6 mai 1991, syndicat intercommunal du bocage : Rec, CE, p 170

En revanche, si les travaux sont majoritairement assumés sur le plan technique et financier par le fermier le contrat reste dans le périmètre de la délégation du service public et les règles de marché public n'ont pas à être appliquées. Sauf que dans ce cas, il est nécessaire de le transformer à une concession de travaux. La mise en concurrence du nouveau contrat s'impose ¹³⁹⁴.

Et en ce qui concerne les autres conditions posées pour les avenants dans le cadre des marchés public notamment le montant fixé par le décret 15 -247 il ne paraît pas que cette condition s'impose dans les contrats de délégations. D'ailleurs, en droit français, aucune obligation sur le pourcentage n'a été fixée. Pourtant, l'article 8 de la loi 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et conventions de délégation de service public a prévu que les projets d'avenant aux marchés de travaux de fourniture ou de services entraînant une augmentation d'un montant global supérieure à 5% devaient être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres sous peine d'illégalité de la décision. L'avis de cette commission n'a pas en effet un caractère obligatoire ¹³⁹⁵.

Donc hormis, la condition importante du respect de l'économie générale du contrat aucune autre exigence ne s'impose. Les avenants doivent être simplement en ce qui concerne les collectivités territoriales approuvés par les organes délibérants avant leur signature.

En droit français, le dispositif juridique relatif aux contrats de partenariat a prévu - conformément à l'objectif de mettre en place un outil contractuel souple et adapté aux contraintes économiques techniques et financières – que les contractants doivent préciser dans la convention les « conditions dans lesquelles il peut être procédé par avenant ou, faute d'accords, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovation technologique ou de modification dans les conditions de financement obtenues par le contractant ».

Ainsi, une marge de manœuvre importante est offerte aux parties afin de prévoir les conditions dans lesquelles le contrat peut évoluer notamment en ce qui concerne le revenu du partenaire privé et le contenu, ainsi que les modalités des prestations qu'il doit effectuer ¹³⁹⁶.

Pour se donner un cadre adapté à l'évolution de leur contrat, les parties peuvent prévoir des « clauses de rencontre » qui leur permettent de se rencontrer et d'entamer des négociations à cet effet. Les parties peuvent prévoir dans le contrat initial les hypothèses de leur rencontre. Il peut s'agir de la survenance d'un élément perturbateur extérieur à leur

¹³⁹⁴ TA Nancy, 22 janvier 2002, Troglic, contrats et marchés publ, 2002comm. 123 obs. Delacour

¹³⁹⁵ Mireille BERBABI, Serge BRIAND, délégations de service public, op cit p70.

¹³⁹⁶ F.BERGERE, X.BEZANÇON Guide opérationnel des PPP, op cit, p 188

volonté comme il peut s'agir d'une modification liée à des changements économiques ou techniques¹³⁹⁷.

En matière de contrats avec option d'achat, le décret n 2004-18 du 6 janvier 2004 prévoit que les parties peuvent prévoir les événements nécessitant une rencontre pour s'entendre sur les modifications à adopter. Cependant, la convention doit préciser les règles de procédure relatives à la mise en œuvre de ces modifications.

§2- Le pouvoir de contrôle

Afin de s'assurer que l'opérateur respecte ses obligations l'autorité délégante doit exercer sur celui-ci un contrôle continu tout au long de son activité (A). Les usagers aussi jouent un rôle important dans ce sens (B).

A- l'exercice du contrôle par le délégataire

Le pouvoir de contrôle que la collectivité exerce sur l'opérateur est indispensable pour la réalisation du service public. Il s'appuie sur des considérations générales qui concernent tous les contrats administratifs y compris ceux relatifs à la gestion des services en réseau (a). La collectivité dispose de moyens lui permettant d'effectuer ce contrôle (b).

a - Le fondement du pouvoir de contrôle sur les délégataires

Traditionnellement reconnu dans les contrats administratifs, il est la manifestation de l'exercice d'un pouvoir exorbitant entraînant le caractère administratif du contrat¹³⁹⁸. En effet, l'insertion d'une clause reconnaissant ce pouvoir au profit du délégataire a amené le tribunal de conflit comme une clause exorbitante du droit commun¹³⁹⁹.

En droit algérien, la reconnaissance de ce pouvoir n'a aucune incidence sur la nature du contrat puisque celle-ci n'est pas déterminée comme en droit français par les règles de fond mais sur la base du critère organique. C'est pourquoi le pouvoir de contrôle découle automatiquement de l'administrativité du contrat.

Le pouvoir de contrôle est indispensable pour accompagner l'exécution des délégations¹⁴⁰⁰. Son exercice n'est pas seulement un droit mais une obligation qu'elle doit assumer pour l'intérêt général¹⁴⁰¹. Il n'est pas lié spécifiquement aux contrats de

¹³⁹⁷ Ibidem.

¹³⁹⁸ CE, 18 juillet 1930, Compagnie des chemins de fer Paris – Lyon – Marseille, Dalloz, 1931, 3, 21.

¹³⁹⁹ TC, 22 juin 1998, Agent judiciaire du Trésor contre Miglierina, Dr. Adm., n° 335.

L'administration dispose même en dehors de toute consécration contractuelle de ce pouvoir même s'il est l'objet de discussion (v Francis-Paul Benoit, Le droit administratif français, Dalloz, 1968, n° 1161 et ss).

¹⁴⁰⁰ C'est par le contrôle qu'exerce l'administration ou l'autorité publique sur le délégant que la nature de service public s'affirme. Ce pouvoir existe aussi dans d'autres contrats administratifs tels les contrats de partenariat qui contiennent généralement des clauses permettant le contrôle sur le partenaire privé. En effet au même titre que les contrats de délégation les principes de services public doivent être respectés par le contractant V guide de partenariat, p 181.

¹⁴⁰¹ CE, 7 novembre 1958, Société Électricité et Eaux de Madagascar, Rec. p. 530.

délégations mais se trouve consacré dans d'autres domaines contractuels comme les marchés publics ou les baux emphytéotiques en droit français ¹⁴⁰². D'ailleurs, le conseil d'Etat français au cours de la première moitié du vingtième siècle l'a consacré comme obligation de l'administration justifiant son intervention au cours du contrat. Dans l'arrêt du 5 novembre 1937, Sieur Caire a reconnu le droit des usagers de contester le refus de la collectivité de contrôler le concessionnaire qui ne se conforme pas à ses obligations telles qu'elles sont prévues dans le cahier de charge ¹⁴⁰³.

L'obligation de contrôle est confirmée dans un autre cas d'espèce, notamment en ce qui concerne le contrôle sur les comptes de la concession ce qui est de nature à engager la responsabilité de la collectivité publique ¹⁴⁰⁴. L'inaction ici, représente un comportement fautif susceptible d'engager la responsabilité

Il permet à l'administration de vérifier la conformité des prestations fournies par les délégataires avec les prescriptions du contrat. Ce pouvoir, peut se manifester directement par l'administration comme dans le cas d'un « montage contractuel complexe où le contractant est chargé à la fois de la conception de l'ouvrage et de sa construction ». Le contrôle peut s'exercer indirectement par l'intermédiaire du maître d'œuvre ¹⁴⁰⁵.

Faute d'une consécration textuelle générale en droit algérien d'un pouvoir de contrôle des contrats de délégations la traduction de ce pouvoir se trouve dans les textes épars relatifs aux services en réseaux. Ainsi, la distribution d'électricité obéit au contrôle général qu'exerce l'autorité de régulation sur tous les intervenants du secteur. Celle-ci est investie « d'une mission de réalisation et de contrôle du service public de l'électricité et de la distribution du gaz par canalisation (...) d'une mission générale de surveillance et de contrôle du respect des lois et règlements y relatifs »

Le pouvoir de contrôle est détaillé, il « consiste à s'assurer de l'absence de position dominante –contrôle et évalue l'exécution des obligations de service public ; -contrôle l'application et la réglementation technique ,les conditions techniques d'hygiène, de sécurité et de protection de l'environnement –contrôle la compatibilité des entreprises .

En outre, la mission de contrôle que l'autorité de régulation exerce sur tout le secteur s'effectue aussi par les initiatives qu'elle peut prendre « en matière de surveillance et d'organisation du marché de l'électricité et du marché national du gaz » ¹⁴⁰⁶.

En matière de l'eau, les contrôles se fortifient en raison de son caractère domanial, ce qui soumet le délégataire à un contrôle rigoureux qui porte sur les exigences de préservation de l'eau. La loi 05-12 nous précise les mesures destinés à la protection et de la

¹⁴⁰² Voir CAA, Marseille, 17 mai 1999, M. et Mme Morelle, Req. n° 96MA02271

¹⁴⁰³

¹⁴⁰⁴ CE ,09 juillet 1975 ,Sieur Félix Faure .

¹⁴⁰⁵ Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique,,institut de la gestion déléguée,op cit, p194

¹⁴⁰⁶ Article 115 de la loi 2002-01 ,loi précitée .

préservation des ressources en eau .Elles consistent en les mesures suivantes : « des périmètres de protection quantitatives –des plans de lutte contre l'érosion hydriques –des périmètres de protection qualitative ; -des mesures de prévention et de protection contre les pollutions ;-des mesures de prévention des risques d'inondations » . Et a titre des obligations dont l'exécution est contrôlée par l'administration figurent la comptabilité les projets de développement des infrastructures hydrauliques avec les prescriptions des plans directeurs d'aménagement de ressources en eau et les gérer rationnellement les ressources en eau .

b - Les outils de contrôle

La législation relative aux contrats de délégations de service public met à la disposition du pouvoir délégrant quelques outils importants pour contrôler les délégataires privés.

1- Les rapports

Le rapport constitue un outil important pour contraindre l'opérateur à prouver d'une façon clair, son respect des obligations qu'impose le contrat de délégation. Il permet ainsi à l'autorité délégante, de juger la gestion du service.

Les rapports produits par les opérateurs doivent prendre en considération deux logiques contradictoires. D'un côté, ils exigent des « informations précises et nombreuses sur les modalités financières et commerciales d'exploitation du service public par le délégataire ».Et d'un autre côté, le rapport « doit réaliser un équilibre délicat entre l'exigence de transparence qui justifie l'existence même du rapport ,et la confidentialité inhérente à la vie des affaires » .Un autre problème que soulève l'obligation de rapport c'est celui de la difficulté de refléter les résultats « faute de disposer d'indicateurs de performance objectifs et fiables ,les délégataires éprouvent souvent de fortes difficultés à préparer un rapport qui aille au –delà du simple document comptable ou de la description neutre des conditions d'exploitation du service »¹⁴⁰⁷ .

En effet, l'imposition de l'obligation d'un rapport détaillé contenant une analyse des comptes et l'analyse de qualité n'est pas précisée par une modalité réglementaire .Ceci laisse l'opération à la libre appréciation des deux parties .Devant ce vide réglementaire, il est « souhaitable que les deux contractants intègrent dans le contrat ,de manière très précise les éléments devant figurer dans chacun des chapitres du rapport » . L'imprécision des éléments d'appréciation « ne permettent que très rarement à l'autorité délégante d'apprécier objectivement et exhaustivement l'équilibre financier du contrat de délégation et le coût du service d'une part le respect des principes généraux et la qualité du service public d'autre part »¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰⁷ S. Braconnier ,droit des services publics ,PUF , 2ème édition 2007, 551

¹⁴⁰⁸ Ibidem .

Ce vide peut être comblé par la précision que le rapport doit « tenir compte des spécificités du secteur d'activité concerné » « et permettre une comparaison entre l'année en cours et la précédente ,explicite le contenu de chacune des trois parties composant le document remis à la collectivité :en premier lieu les données comptables notamment un compte annuel de résultat d'exploitation de la délégation ,l'état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat ,un compte rendu de la situation des biens et immobilisation nécessaires à l'exploitation du service public délégué comportant notamment une description des biens et le cas échéant le programme d'investissement ,y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ,la liste des engagements à incidences financières ,y compris en matière de personnel liés à la délégation de service public et nécessaires à la continuité du service public ;en deuxième lieu l'analyse de la qualité du service mentionné à l'article L .1411-3 comportant tout élément permettant d'apprécier , la qualité du service rendu et les mesures proposées par le délégataire pour une meilleur satisfaction des usagers ;en troisième lieu l'annexe mentionné à l'article L 1411-3 qui doit comprendre un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service et notamment les tarifs pratiqués ,leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recette d'exploitation ».En outre ,l'article R.1411-7 précise que « la qualité du service est notamment appréciée à partir d'indicateurs proposés par le délégataire ou demandés par le délégant est définie par voie contractuelle » ¹⁴⁰⁹ .

Enfin, l'intervention en droit français du décret n 2005 -236 du 14 mars 2005 renforce l'obligation de transparence dans le CGCL en ajoutant le compte annuel de résultat d'exploitation au rapport annuel, de résultat d'exploitation ,la présentation des informations patrimoniales dont un état des dépenses de renouvellement réalisées dans l'année ainsi que l'analyse de la qualité du service public à partir d'indicateurs proposés par le délégataire ou demandés par le délégant .Le rapport doit donc présenter une qualité d'information suffisante afin que l'autorité délégante ait une vision concrète et réaliste de la gestion du délégataire ¹⁴¹⁰

2 les clauses de performances

Afin de renforcer le contrôle sur le partenaire privé notamment en ce qui concerne la performance, l'ingénierie contractuelle peut prévoir des « clauses de performance ». En incluant ces clauses, les conventions indiquent d'une manière précise les objectifs à travers lesquels sera évaluée l'activité du partenaire privé. La mise en œuvre du contrôle de l'exécution peut en outre être prévue. Les parties peuvent prévoir par exemple, la constitution d'un comité les représentant pour assurer le contrôle ¹⁴¹¹ .

¹⁴⁰⁹ Ibidem , p 552.

¹⁴¹⁰ Simon AYRAULT , Service public Nécessité et limites du contrôle des délégataires LA GAZETTE • 3 SEPTEMBRE 2012, P 48

¹⁴¹¹ F.BERGERE ,X.BEZANÇON Guide opérationnel des PPP ,op cit ,p 191 .

Les clauses liées au contrôle figurent aussi dans les autres contrats de partenariats comme les BEA hospitalier .Ceux- ci doivent comporter impérativement à peine de nullité une clause relative au contrôle de la qualité et la rémunération du contractant ,et aux conditions d'application d'éventuelles sanctions .Les types de prestation dont la qualité est contrôlée ainsi que la procédure de leur mise en oeuvre sont prévus par la convention . Celle-ci précise aussi dans quelle mesure les objectifs de performance peuvent influencer sur la rémunération du contractant ¹⁴¹² .

3 le contrôle juridictionnel

Le contrôle exercé par l'autorité délégante peut se réaliser par le biais du contrôle juridictionnel qui peut se déclencher à l'occasion d'un litige entre les deux parties du contrat .

La responsabilité du délégataire pourrait être engagée devant le juge administratif soit sur le fondement d'une faute soit sans faute .La première concerne principalement l'inexécution de la convention ou une mauvaise exécution ou un manquement. Afin d'apprécier les obligations du délégataire, le juge ne s'attache pas seulement aux clauses de la convention ou aux stipulations des documents annexés à la convention. Il prend aussi en considération les obligations et devoirs professionnels relatifs à certains métiers et travaux¹⁴¹³ .

En cas de faute, la responsabilité du délégataire peut être exonérée dans deux cas la force majeure et la faute de la victime. L'exonération en raison de la faute du tiers n'est pas admise ni pour le délégataire ni pour le délégant¹⁴¹⁴ .

La force majeure est citée comme cas exonérant l'opérateur en matière de télécommunication. Elle consiste en la survenance d'un événement extérieure aux parties imprévisibles et irrésistibles. Il peut s'agir d'un événement naturel ou de nature économique. Le juge administratif vérifie la réunion des conditions nécessaires pour l'exonération du délégataire¹⁴¹⁵ .

Pour s'exonérer de sa responsabilité le délégataire peut invoquer la faute de la victime ce qui est naturel dans les relations contractuelles, car chaque partie peut invoquer « le rôle de l'autre dans le développement de son propre préjudice .Le plus souvent, l'effet exonératoire n'est que partiel, mais il peut être très bien être intégral »¹⁴¹⁶ .

La responsabilité du délégataire peut être établie en dehors de la faute. Il s'agit par exemple du cas de la réalisation des travaux confiée au délégataire .Mais il arrive que le

¹⁴¹² Ibidem .

¹⁴¹³ C.MOUNDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales,op cit ,p 143

¹⁴¹⁴ Ibidem

¹⁴¹⁵ Y. GAUDEMET , traité de droit administratif ,Tom 1, LGDJ ,2002,P 710 .

¹⁴¹⁶ C.MOUNDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales ,op cit ,p 144.

bien à réaliser soit détruit ou endommagé avant sa transmission au délégataire sans aucune faute de la part du délégataire. Dans ce cas sauf stipulation contractuelle contraire le risque des charges est supporté par le délégant ¹⁴¹⁷

B - Le contrôle par les usagers

Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics consolide leur droit d'exercer un contrôle sur le délégataire.

a – le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics

La participation des usagers au fonctionnement du service public peut être considérée comme l'un des nouveaux principes du service public. La participation signifie juridiquement comme « un principe d'aménagement du fonctionnement des institutions politiques et administratives (...) qui consiste à associer au processus de décision les intéressés (citoyens, administrés, salariés) ou leur représentant » ¹⁴¹⁸. Pourtant, le principe demeure sans valeur juridique générale. En droit français, ni le juge administratif ni le juge constitutionnel ne reconnaissent en effet à la participation des usagers une portée générale semblable aux principes traditionnels du service public. Ce refus s'explique selon certains essentiellement par la prédominance de l'approche représentative du système constitutionnel français ¹⁴¹⁹. Néanmoins le conseil d'Etat souligne dans son rapport de 1994 la nécessité d'engager « le dialogue avec le tout venant des usagers non enrolés dans des structures permanentes sans minimiser le défi que constitue pour les pouvoirs publics la pulvérulence propre à cette catégorie d'usagers ,mais en ayant à cœur de l'assumer » ¹⁴²⁰. Le principe est aussi revendiqué par les usagers qui le considère comme « un facteur essentiel du rééquilibrage des services publics » ¹⁴²¹

En droit algérien, le principe est aussi dénoué d'une valeur juridique générale mais on peut néanmoins le rattacher aux exigences de la démocratie participative. Celle-ci est consacrée constitutionnellement en vertu de l'article 15 de la constitution algérienne. Toutefois, le constituant ne consacre le principe qu'au niveau local « L'Etat encourage la démocratie participative au niveau des collectivités locales ». Une autre entrave à la généralisation du principe de participation des usagers, elle est liée au pouvoir de maîtrise de la gestion du service public par les personnes publiques. Pour une consécration de ce principe il faut envisager « Une administration démocratique des services publics suppose que les citoyens –usagers soient écoutés dans leur demande de type de services publics comme dans celle concernant le fonctionnement du service public .On évoque dans ce

¹⁴¹⁷ Ibidem ,p 147

¹⁴¹⁸ Lexique de termes juridiques ,13 e éd ,Dalloz ,2001 .

¹⁴¹⁹ Isabelle. THOMAS, « le principe de participation des usagers au fonctionnement des usagers » , RFDA ,n 2, 2004,p 331

¹⁴²⁰ Conseil d'Etat, « service public ,services publics :déclin ou renouveau »,rapport public 1994 ,La documentation française ,1995 , p 84 .

¹⁴²¹ M .LECERF ,Droit des consommateurs et obligations des services publics ,éd ,d'organisation ,Paris 1999 ,p 148 .

cadre le concept de démocratie administrative complément de la démocratie politique »¹⁴²². On peut citer au titre de la revendication de la démocratie participative dans la gestion du service public- la définition de la démocratie donnée par la commission européenne « Dans ce contexte ,l'organisation institutionnelle de l'Etat ,la transparence des institutions et des décisions ,la capacité institutionnelle ,la participation des citoyens aux processus de décision ,et l'existence d'organes de contrôle prennent tout leur sens »¹⁴²³ .

La participation des usagers peut être revendiquée au nom du libéralisme économique des services publics .Car, l'utilisateur peut peser en tant que consommateur sur la gestion des services publics, il est « un individu concret totalement immergé dans son environnement socioculturel dont l'entreprise privée cherche à connaître les aspirations pour mieux satisfaire la demande individuelle »¹⁴²⁴ . Cette nouvelle conception de l'utilisateur n'est pas liée seulement aux services en réseaux ouverts à la concurrence dans le marché, elle concerne aussi les services gérés dans le cadre de l'exclusivité de gestion, notamment lorsque la gestion est confiée à un partenaire privé. La relation marchande qui lie celui-ci à ses clients nécessite la prise en considération de leurs aspirations. On peut ajouter aussi que la soumission des services publics marchands aux exigences du droit de consommations contribue à la consécration de la figure usager –consommateur¹⁴²⁵ .

La citoyenneté peut fonder le droit des usagers à la participation dans la gestion des services publics. C'est-à-dire que les usagers doivent participer aux politiques de réforme de l'Etat. Une telle participation trouve un terrain propice dans le domaine des services publics car ceux-ci constituent un « vecteur de citoyenneté »¹⁴²⁶, elle contribue à l'émergence d'un citoyen actif¹⁴²⁷ .

b- la participation des usagers au contrôle de la gestion déléguée.

Le public devrait être impliqué dans le contrôle de l'exécution des délégations .Telle est la position du droit français dont le code général des collectivités locales consacre l'information des usagers¹⁴²⁸ .Dans son article L 1411-13 le CGCL dispose que dans les communes de 3500 habitants et plus les documents prévus à l'article L1411-3 précité sont mis à la disposition du public sur place à la mairie et par voie d'affiche apposée dans les quinze jours suivant leur réception . L'information du public des documents relatifs à la

¹⁴²² H.OBERDORFF, « le service public local entre modernisation et démocratie »,in le service local .Des impératifs de la modernisation aux exigences de la démocratie,sous la dir de J.C.FROMENTet J .SAYAH ,presses universitaires de Grenoble ,1998 ,p 249.

¹⁴²³ H.SHIMTT VON SYDOW ,Liberté ,démocratie ,droits fondamentaux et Etat de droit ,analyse de l'article 7 du traité UE ,RDUE 2001,p 291 .

¹⁴²⁴ C .BARBIER ,L'utilisateur est-il devenu le client du service public ?,JCP ,N 3, 1995 ,p 31 .

¹⁴²⁵ Voir sur l'intrusion des règles protectrices du consommateur dans les services publics :Clotilde DEFFIGIER , « protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics (à propos de l'arrêt du conseil d'Etat du 13 mars 2002 Union fédérale des consommateurs) »,RFDA,n 04,2003,p 772 et s .

¹⁴²⁶ J.CHEVALLIER, Regards sur une évolution ,AJDA,n spécial ,p 14 .

¹⁴²⁷ Isabelle THOMAS, « le principe de participation des usagers au fonctionnement des usagers » ,article précité ,p 339 .

¹⁴²⁸ Code général des collectivités territoriales disponible sur le site de <https://www.legifrance.gouv.fr>

gestion déléguée permet à celui-ci de participer au contrôle de la bonne marche du service public délégué .En effet, les usagers peuvent exprimer leur mécontentement à la collectivité concernée.

Les usagers peuvent aussi user d'une manière générale du contrôle juridictionnel pour contrôler les contrats de la délégation. Le conseil d'Etat a reconnu depuis fort longtemps que l'usager a l'intérêt à « contester par la voie du recours pour excès de pouvoir tous les actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service public ¹⁴²⁹ . Ils peuvent fonder leur action sur les règles du droit de consommation afin d'écarter les clauses réglementaires ayant un caractère abusif ¹⁴³⁰ .

En revanche, les usagers ne peuvent pas attaquer les dispositions contractuelles .Cette interdiction est issue d'une jurisprudence bien établie ¹⁴³¹.On peut citer à titre d'exemple la clause relative au montant de la taxe versée au délégant par le délégataire prévue par un contrat d'affermage ¹⁴³²

Les usagers peuvent notamment exercer un contrôle sur l'exécution de la délégation en attaquant les décisions de l'autorité délégante relatives au contrôle sur le délégataire. Tel le refus d'un préfet de mettre une compagnie concessionnaire de tramways en demeure comme le demandaient les usagers du service, de respecter les prévisions du cahier des charges relatives à la desserte. Le recours des usagers a été accepté sur le fondement du non respect des dispositions réglementaires¹⁴³³ . Le conseil d'Etat a accepté le recours des usagers contre les décisions de l'autorité délégante qui refusent ou prononcent la résiliation du contrat¹⁴³⁴ .

Les usagers peuvent aussi exercer le contrôle sur le délégataire devant le juge judiciaire. Car celui-ci détient l'exclusivité de la compétence en ce qui concerne les litiges relatifs aux services industriels et commerciaux .Donc, il est compétent pour connaître tous les litiges qui opposent les usagers aux délégataires ¹⁴³⁵ .On peut citer à titre d'exemple un litige relatif au refus de raccordement opposé à un usager ¹⁴³⁶ .ou d'un litige lié à un dommage de travaux subi par les usagers ¹⁴³⁷ . Ceux-ci peuvent aussi invoquer à l'occasion d'un litige porté devant le juge judiciaire l'inexécution d'une de ses obligations par le délégataire pour contester le montant de la redevance réclamé ¹⁴³⁸ .Dans ce cadre ,les usagers peuvent en outre valoir le caractère abusif de certaines clauses de leur contrat ¹⁴³⁹ .Mais pour cela, il faut réunir certaines conditions .Il faut tout d'abord que le délégataire

¹⁴²⁹ CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli).

¹⁴³⁰ CE 11 juillet 2001 ,Société des eaux du nord ,Req n221458 .

¹⁴³¹ CE ,14 mars 1997 ,Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne ,req n119055

¹⁴³² CAA Marseille 13 décembre2001 ,Union fédérale des consommateurs ,req .N99MA02298

¹⁴³³ Croix-de-Seguey-Tivoli

¹⁴³⁴ CE, Ass., 2 février 1987 ; Société TV6, Rec. p. 29

¹⁴³⁵ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain

¹⁴³⁶ CE, 20 janvier 1988, SCI La Colline, Rec. p. 21

¹⁴³⁷ TC, 17 octobre 1966, Dame veuve Canasse c/SNCF, Rec. p. 834 .

¹⁴³⁸ Cass. Civ.1, 10 février 1998, SA Saur c/Benedetti, n° 96-15935

¹⁴³⁹ Cass. Civ. 1, 22 novembre 1994, Syndicat intercommunal des Eaux de Croix, n° 93-11611

soit assimilé comme un professionnel c'est-à-dire « toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle qu'elle soit publique ou privée »¹⁴⁴⁰ .

L'utilisateur doit à son tour être assimilé à un consommateur à savoir « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » .Une telle conception classique du consommateur correspond très bien à celle élaboré classiquement à l'utilisateur qui consiste à considérer à celui-ci en tant que « toute personne physique bénéficiaire de prestation de service public »¹⁴⁴¹ .

Quant à la clause abusive, elle est définie comme étant « celle qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »¹⁴⁴² .

A titre d'exemple, sont considérés selon la jurisprudence comme des clauses abusives celles qui ont pour objet ou effet de réserver au professionnel le droit de modifier d'une façon unilatérale les caractéristiques du service fourni . Il s'agit aussi des clauses tendant à exclure ou limiter la responsabilité légale du professionnel ou les droits légaux du consommateur comme l'exercice des actions en justice ou les voies de recours. De telles clauses sont réputés inexistantes mais sans influence la validité du contrat si elles sont détachables du reste des clauses.

Dans tous les cas et quel que soit le demandeur, l'utilisateur lui-même ou une association des consommateurs c'est la juridiction civile qui compétente pour connaître ce genre de litiges à condition que les clauses en question soient de nature contractuelle. En revanche, si les conditions sont de nature réglementaire, leur appréciation relève de la juridiction administrative.

Sont rangées aussi dans le cadre du contrôle judiciaire les décisions individuelles tarifaires prises par le délégataire .Ainsi, les usagers peuvent contester les sommes réclamées par le délégataire si celui-ci n' pas remplis ses obligations contractuelles¹⁴⁴³ .A noter, qu'il ne s'agit pas la de dispositions réglementaires tarifaires qui échappent de la compétence du juge judiciaire .

Les usagers peuvent aussi engager la responsabilité pénale du délégataire en cas d'infractions commises par celui-ci dans le cadre de son exécution de la délégation du service public¹⁴⁴⁴ .Cette responsabilité peut concerner tant les personnes physiques -les dirigeants ou les agents -que la personne morale elle-même. En effet, les sociétés délégataires peuvent se voir poursuivis sur le fondement d'infractions « exemple du droit pénal »

¹⁴⁴⁰ Cass,com ,24 janvier 1995,EDF ,pourvoi n 92 -18227et 93 -10514

¹⁴⁴¹ C.MOUDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales,p 157

¹⁴⁴² L212-1 du Code de la consommation. V l'art 5 du décret exécutif n 06-306 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives ,JORDP , n 56 du 11 septembre 2006 .

¹⁴⁴³ Cass 10 février 1998 ,SA société d'aménagement urbain et rural c/Bensetti ,pourvoi n 96 -15935

¹⁴⁴⁴ Cass ,crim , 9 novembre 1999 ,pourvoi n 98 -81746

Le contrôle peut aussi consister en une revendication d'une réparation de dommages résultant d'un manquement du délégataire à ses obligations comme par exemple « l'obligation de délivrer une chose conforme à l'usage auquel elle était destinée à propos de la distribution d'une eau dont la composition physico chimique »¹⁴⁴⁵

Sous section 2 : le pouvoir répressif vis-à-vis des délégataires

A l'égard du contractant l'autorité délégante dispose de trois sortes de sanctions les unes à caractère pécuniaire les autres à caractère coercitif (§1), enfin la sanction ultime qu'est la résiliation (§ 2). Ainsi, les opérateurs privés se trouvent contraints de respecter leurs obligations

§1- Les sanctions pécuniaires et coercitives

Avant de recourir à la résiliation du contrat, l'autorité délégante dispose de deux pouvoirs importants pour contraindre le délégataire de respecter ces obligations et sauvegarder l'intérêt public .Il s'agit des sanctions pécuniaires (A) et les sanctions coercitives (B) .

A les sanctions coercitives

Le pouvoir de sanction en tant qu'une prérogative a été reconnu par la jurisprudence au profit de l'autorité délégante dans le cadre des relations contractuelles depuis l'arrêt CE Deplanque du 31 mai 1907¹⁴⁴⁶ .

Ces sanctions consistent en des pénalités ou des amendes prévues par les contrats de délégations en réponse au non respect du délégataire de ses obligations .Il peut s'agir de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du service public comme il peut s'agir de la production hors des délais impartis des comptes ou du rapport annuels prévue par les textes.

L'organisation du pouvoir de prononciation des sanctions pécuniaires est obligatoirement fixé par le contrat de délégation lui-même .Car, le montant de la sanction doit être connu préalablement par le contractant¹⁴⁴⁷

Le décret 15-247 précise en ce qui concerne les marchés publics que le taux des pénalités ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont fixés par les dispositions contractuelles du marché .

Mais même en dehors d'une consécration contractuelle, il est admis qu'un tel pouvoir est reconnu à l'administration ou l'autorité délégante. Toutefois, l'autorité

¹⁴⁴⁵ Cass. Civ. 1, 26 mai 1994, Ville de Concarneau c/Société Fonglas et autres, n° 92-21602

¹⁴⁴⁶ CE, 31 mai 1907, Deplanque, Rec. p. 513

¹⁴⁴⁷ C.MOUNDOU ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales,op cit ,p134

délégante peut soit renoncer à son exercice par une stipulation contractuelle expresse, soit par une abstention de le mettre en œuvre ¹⁴⁴⁸.

Il n'est pas nécessaire que les sanctions pécuniaires soient précédées d'une mise en demeure du contractant sauf stipulation contractuelle contraire ¹⁴⁴⁹

En cas de force majeure normalement les délais sont suspendus comme le précise le décret 15-247 en ce qui concerne les marchés public dans son article 147 dispose que « les délais sont suspendus et les retards ne donnent pas lieu à l'application des pénalités de retard ne donnent pas lieu à l'application des pénalités de retard .

B Sanctions coercitives

A côté des sanctions pécuniaires, il existe des sanctions de nature coercitive .Ceux ci sont plus efficaces puisqu'elles n'ont pas seulement l'objectif de contraindre le délégataire à respecter ses engagements contractuels, elles ont aussi l'objectif d'assurer la continuité du service .Ce sont, des mesures temporaires qui interviennent à la suite d'une mise en demeure restée infructueuse.

La mesure la plus importante qui peut être prise à l'encontre du délégataire est la substitution de l'autorité délégante au délégataire. C'est-à-dire, que le contrat continue d'exister au frais et risques du contractant défaillant. La mesure ainsi adoptée peut être levée si le délégataire défaillant prouve qu'il est en mesure d'assumer ses obligations contractuelles . En revanche, si la défaillance continue, l'autorité délégante peut alors user de son droit de résiliation unilatérale¹⁴⁵⁰.

Tel est le point de vue de la jurisprudence administrative en France qui préfère sauvegarder le line contractuel¹⁴⁵¹.

Le séquestre de la délégation du service public au risque et frais du délégataire se présente comme une vraie sanction mais qui garantit en même temps la continuité du service public repris par l'autorité délégante .Toutefois, se pose le problème de la capacité de celle-ci à assumer la fourniture du service public¹⁴⁵².

A l'instar des sanctions pécuniaires, seule l'autorité délégante peut les prononcer .Le juge administratif ne peut pas en principe intervenir dans la gestion des services publics en adressant des injonctions de faire à l'encontre du délégataire¹⁴⁵³. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une matière qui entre dans le champ de compétence juridictionnel, le juge peut ordonner au délégataire au besoin sous astreinte, d'adopter toute mesure nécessaire pour assurer la

¹⁴⁴⁸ CE ,15 mars 1999 ,Jarnac ,Req ,n 190720 Stéphane Braconnier , droit des services publics ,p 444 .

¹⁴⁴⁹ 164. CE, 10 juin 1953, Commune de Saint-Denis-en-Val, Rec. 1953, p. 276.

¹⁴⁵⁰ Stéphane BRACONNIER , droit des services publics ,op cit ,p545 .

¹⁴⁵¹ CE ,23 janvier 1981 ,Commune d'Aunay –sur –Odon ,Rec ,p 25 .

¹⁴⁵² Stéphane BRACONNIER , droit des services publics ,op cit ,p 544 .

¹⁴⁵³ CE ,29 juillet 2002 ,Centre hospitalier d'Armentières ,AJDA ,2002 ,p 1451 ,note Dreyfus ;Contrats et marchés publ,2002 ,comm .N228,obs Delelis ;JCPG ,2002,II ,n 100002 note Zarka)

continuité du service public (CE ,29 juillet 2002,préc). L'injonction peut être adoptée dans le cadre de la procédure d'urgence. Les usagers peuvent par ailleurs actionner cette procédure pour contraindre l'administration d'user de ses pouvoirs à l'encontre du délégataire.

Il est important de signaler que le pouvoir de sanction ne peut être employé contre les tiers au contrat qui contribuent à l'exécution du contrat. De ce fait, si ceux-ci n'assument pas leurs obligations, l'autorité délégante peut contraindre le délégataire pour qu'il agisse sur ces co- contractants afin qu'ils se conforment aux stipulations contractuelles. Il est, de même en cas de changement entre deux concessionnaires de leur clientèle respectif notamment en cas de distribution de l'eau .La collectivité ne peut dans ce cas là en l'absence du lien contractuel la liant à l'autre société qu'adresser à son concessionnaire une injonction pour remédier aux différences tarifaires pratiqués ¹⁴⁵⁴ .

§2 La résiliation unilatérale

La résiliation unilatérale intervient de deux manière, soit en dehors de tout comportement fautif du délégant (A) soit comme une réponse à ce comportement (B) .

A la résiliation unilatérale en dehors du comportement fautif

Cette sanction est fondée sur un principe générale en droit administratif et les textes ne font que le réaffirmer (a) . Mais son utilisation peut entraîner le droit du délégataire à l'indemnisation (b) .

a le fondement de la sanction de résiliation unilatérale

Même en dehors d'un comportement fautif du délégataire, l'autorité délégante dispose du pouvoir de résiliation unilatérale. Ce pouvoir s'avère indispensable en raison de la nécessité de mutabilité des contrats .

Ainsi, il est reconnu à l'autorité délégante de mettre fin unilatéralement à la convention de délégation de service public au motif d'intérêt général et plus précisément pour la disparition d'intérêt général. Ce pouvoir, s'impose dans tous les contrats administratifs, y compris, dans les marchés public .Depuis la décision de l'assemblée du 2 mai 1958 Distillerie de Magnac Laval à propos de l'Etat « qu'il lui appartenait, en état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs, et sous réserve des droits à indemnité des intéressés à mettre fin comme il l'a fait, à ces marchés de fournitures" ¹⁴⁵⁵ .

¹⁴⁵⁴ Stéphane BRACONNIER Ibidem .

¹⁴⁵⁵ Ibidem ,p545 0

CE ,2 mai 1958 ,Distillerie de magnac –Laval ,Rec CE ,p 246 ; AJDA ,1958 ,II,p 282,conc .Kahn ;D ,1958 ,p730 note de L'aubadere ;les grandes décisions ,p 572 .

Toute clause contournant ce pouvoir est réputée nulle .Car elle contredit selon le conseil d'Etat les nécessités du service public ¹⁴⁵⁶. Ce pouvoir, a été même doté par le conseil constitutionnel en ce qui concerne les occupations domaniales d'une valeur constitutionnelle .Le conseil considère que la résiliation unilatérale appartiennent aux « règles et garanties ainsi énoncées sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics et la protection de la propriété publique en conformité avec les disposition et principes à valeur constitutionnel »¹⁴⁵⁷

En droit algérien ,le décret 15-247 prévoit cette mesure d'une façon expresse par son article 150 qui dispose que « Lorsqu'elle est justifiée par un motif d'intérêt général, le service contractant peut unilatéralement procéder à la résiliation du marché public .Il peut également prononcer une résiliation partielle ».

De la même façon, la loi domaniale consacre ce pouvoir en matière d'occupation privative du domaine public, car cette occupation est dominée par son caractère temporaire¹⁴⁵⁸. Le décret 12-427 réaffirme « article 70 » la précarité d'occupation en vertu d'un titre unilatéral en précisant que « l'usage privatif du domaine public est précaire et révocable d'intérêt général ou pour un motif de police par les autorités administratives et responsables légalement habilités qui ont présidé à son autorisation » . L'occupation privative contractuelle est également dominée par le caractère précaire consacré par l'article 76 : « l'occupation privative à caractère contractuel du domaine public (...) affecté à l'usage du public reste précaire et révocable pour un motif d'intérêt général » .Aucun droit acquis ne peut naître de cette occupation, c'est pourquoi l'administration « demeure libre de passer ou de refuser de passer le contrat ou de s'opposer à son renouvellement pour un motif d'intérêt général » .

L'intérêt général est largement entendu par le juge administratif, mais il doit être démontré par la collectivité publique car « en l'absence de tout motif d'intérêt général, la résiliation unilatérale est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité contractuelle de l'administration »¹⁴⁵⁹

La jurisprudence administrative nous fournit quelques cas illustrant l'intérêt public Il y a ceux relatifs à l'organisation du service public .On peut citer la réorganisation du service public nécessitant soit la suppression du service lorsqu'il est facultatif soit une reprise en régie par la collectivité ¹⁴⁶⁰. Une redéfinition d'une politique publique justifie aussi la remise en cause de la délégation¹⁴⁶¹. Il peut s'agir de considération financière comme la non rentabilité du projet ¹⁴⁶²

¹⁴⁵⁶ CE 6 mai 1985 , « Enrolat »

¹⁴⁵⁷ Cons constit ,décision n 94-346DC du 21 juillet 1994 ,JO 23 juillet 1994 .

¹⁴⁵⁸ Article 64 de la loi domaniale

¹⁴⁵⁹ CAA Paris 17 octobre 2011, Société LEA, req. n° 10PA00598

¹⁴⁶⁰ (CE ,10 juillet 1996 ;Coisine

¹⁴⁶¹ CAA Marseille ,2 octobre 2001 ,Société immobilière du port de Mirramar ,req n 00MA022080 .

¹⁴⁶² CAA ,Bordeaux ,12 novembre 2003 ,Chalas ;req n 99BX 02623

Il y aussi d'autres motifs comme pour éviter un conflit d'intérêt entre le délégant et le délégataire qui peut surgir en raison d'un changement du capital social du délégataire ¹⁴⁶³. Dans ce cas, la collectivité peut mettre un terme unilatéralement la délégation sans même que celle-ci le prévoit. Les conséquences financières d'une telle rupture sont plus atténuées que dans les autres cas. Car selon la cour d'appel de Lyon le délégataire ne bénéficie pas d'une indemnisation compensatoire d'anticipation d'extinction du contrat. C'est-à-dire, qu'il est privé d'une indemnisation des pertes subies et des éventuels manques à gagner

Le contrôle qui peut s'exercer par le juge administratif en cas de contentieux consiste en un contrôle d'une erreur manifeste sur le motif invoqué, car l'autorité délégante dispose d'un pouvoir discrétionnaire ¹⁴⁶⁴. Le juge du contrat ne contrôle pas en revanche l'illégalité de cette remise anticipée au regard de ses conséquences financières sur la collectivité concernée alors que celle-ci supporte l'indemnité compensatoire qu'elle doit verser au gestionnaire évincé ¹⁴⁶⁵.

D'une manière générale, est accepté tout motif qui est selon le commissaire de gouvernement « légitime dès que l'évolution des choses justifie que le service soit supprimé, ou établi sur des nouvelles bases ou exploité autrement » ¹⁴⁶⁶.

En revanche, un motif financier ne peut suffire pour une résiliation anticipée si la collectivité est motivée seulement par le fait que le service est devenu bénéficiaire ou lucrative ¹⁴⁶⁷. Cet argument peut être accepté s'il se combine avec une politique de changement ¹⁴⁶⁸.

La résiliation peut intervenir aussi, sans se fonder sur l'intérêt public c'est-à-dire en réponse à une inexécution non fautive du contrat par le contractant. Ce qui est une, hypothèse proche de la résiliation pour un comportement fautif de la part du délégataire. Car, l'autorité délégante est confrontée à une situation imprévue qui nécessite l'adoption des mesures nécessaires pour la sauvegarde de l'intérêt général en garantissant la continuité du service public. Face à une défaillance du délégataire due à une force majeure, l'administration ne peut pas exiger du contractant sans révision tarifaire la poursuite de ses obligations contractuelles. Dans ce cas, l'administration peut à défaut d'un accord amiable, demander la résiliation avec indemnité du contrat de délégation du juge ¹⁴⁶⁹.

b Le droit à l'indemnisation

¹⁴⁶³ CE, 31 juillet 1996, Société des téléphériques du Massif du Mont Blanc, req n 126594.

¹⁴⁶⁴ Christophe MOUDOU, thèse précitée, p 164

¹⁴⁶⁵ Ibidem, p 178

¹⁴⁶⁶ Conclusions sur CE, Ass 22 février 1987, société TV6 et société France 5, RFDA, 1987, p 37.

¹⁴⁶⁷ CE, 13 juin 1980, Société du port de pêche de Lorient, RDP, 1981, p 1740.

¹⁴⁶⁸ Christophe MOUDOU, thèses précitée, p 177.

¹⁴⁶⁹ CE 9 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg, S1933,3 p9 – CE, 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, Contrats et marchés publ, 2000, Comm n15. Provence c/Commune d'Aix – en – Provence, Contrats et marchés pub 2002, comm n 89 obs, Delacour

En contrepartie de la remise anticipée de la convention, le délégataire doit être intégralement indemnisé, à savoir du préjudice subi et le manque à gagner avec la prise en compte des résultats d'exploitation nuancés par les aléas prévisibles pour calculer le manque à gagner ¹⁴⁷⁰. L'indemnisation doit aussi prendre en compte la partie non amortie des biens acquis ou réalisés par le délégataire.

Le droit à l'indemnisation a été considéré comme la traduction du droit à l'équilibre financier du contrat dont dispose le cocontractant de l'administration ¹⁴⁷¹. Pour l'indemnité du manque à gagner elle n'a été admise que tardivement par la décision Gleize du conseil d'Etat. Elle doit selon celui-ci « permettre au concessionnaire de continuer à jouir après rachat, jusqu'à la fin de la concession de bénéfices analogues à ceux qu'ils tiraient de celle-ci » ¹⁴⁷².

Ce droit est reconnu aussi par la justice communautaire. La cour européenne des droits de l'homme CEDH estime qu'une créance contractuelle peut constituer un bien au sens des stipulations de la convention européenne des droits de l'homme ¹⁴⁷³. Ainsi, la cour subordonne le pouvoir souverain des Etats membres pour modifier, voir résilier un contrat conclu avec les particuliers au paiement d'une compensation ¹⁴⁷⁴.

Afin de déterminer le montant de l'indemnisation, le juge administratif doit vérifier la réalité de chaque élément de l'indemnité. En ce qui concerne la perte subi, une indemnité pour un préjudice normale peut être acceptée comme l'atteinte à la réputation commerciale ou pour les frais engagés directement pour l'exploitation du service. En revanche, ne sont pas pris en considération les frais non liés à l'exécution de la convention résiliée ¹⁴⁷⁵.

Le délégataire doit être indemnisé pour ses investissements non amortis pendant la durée de la convention. C'est ce que souligne le conseil d'Etat dans sa décision de 1994 : « La société a le droit d'être indemnisée à hauteur de la valeur non amortie des investissements qu'elle a financés et qui ont été remis au Syndicat des transports parisiens » ¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁰ Ibidem, p 164

¹⁴⁷¹ Gilles LE CHATELIERS, « Ou en est-on de la mise en oeuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet ? » AJDA, n 19 /2013, p 1093

¹⁴⁷² CE 20 mai 1952, Gleize, Rec. CE p. 268

¹⁴⁷³ Il s'agit de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui prévoit que « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes »

¹⁴⁷⁴ CEDH 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/Grèce req n 13427/87 §72 Rec vol 301, p 65, AJDA 1995, 124, chron JF Flauss, RTD civ, 1995, 652, obs F. Zenati

¹⁴⁷⁵ CE, 3 juin 1987, SNTF 15 juin 1988

¹⁴⁷⁶ 18) CE 20 mai 1994, Le gardiennage industriel de la Seine, req. n° 66377

D'ailleurs, c'est une solution retenue même pour la résiliation anticipée qui intervient en raison d'un comportement fautif du cocontractant. Il est important alors pour la collectivité d'assurer un suivi précis de l'état d'amortissements des biens par cocontractant. A ce titre, le délégataire doit lui indiquer avec précision dans son rapport annuel l'inventaire des biens désignés. Pour faciliter cette tâche, il est préférable qu'il soit prévu dans le contrat lui-même les modalités de calcul de la valeur non amortie des investissements avec la déduction éventuelle de la part des subventions versées par la collectivité¹⁴⁷⁷

La détermination de la valeur non amortie des biens réalisés parait facile lorsque l'amortissement correspond à la durée du contrat. Elle s'effectue en prorata de la durée d'exécution. En revanche, lorsque la durée ne correspond pas à l'amortissement. Dans ce cas, c'est à la valeur nette comptable que les biens de retour devront être indemnisés¹⁴⁷⁸.

Le droit à l'indemnisation du délégataire se trouve exclu au-delà de la durée normale d'amortissement. Cette durée ne se limite pas à la seule durée d'amortissement comptable des immobilisations. Elle doit permettre à l'opérateur de couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant. En d'autres termes, la durée du contrat doit prendre en considération une durée d'exploitation normale permettant au délégataire de couvrir ses charges par des recettes ce qui assure l'équilibre économique du contrat dans le temps¹⁴⁷⁹.

Quant à la détermination du manque à gagner elle s'avère plus difficile, car elle exige « une recherche par le juge administratif de l'évolution des éléments financiers du contrat » « ... » une prise en compte des formules de révision des prix des prestations fournies. Le préjudice doit être évalué au jour du prononcé de la résiliation¹⁴⁸⁰.

Deux précisions sont apportées concernant l'évaluation du préjudice né du manque à gagner. Le juge administratif exige d'abord que le préjudice invoqué soit certain. C'est à dire que le délégataire doit être en mesure de démontrer le bénéfice qu'il aurait réalisé du fait de l'exécution normale du contrat¹⁴⁸¹. Ensuite, le préjudice doit être apprécié au moment de la résiliation de la convention. Le conseil d'Etat, considère que « ce manque à gagner doit être apprécié au moment de la résiliation selon le prix en vigueur à cette date »¹⁴⁸²

¹⁴⁷⁷ François LEHOUX, Contrats Publics – n°153 - avril 2015, p 38

¹⁴⁷⁸ Ibidem.

¹⁴⁷⁹ Gilles. LE CHATELIER, « où en est on de la mise en œuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet » ,AJDA, 3 juin 2013, p 1094

¹⁴⁸⁰ CE, 6 mai 1955, Société Carette, Rec, p 244

¹⁴⁸¹ CAA Paris 25 avril 1996, Société France 5, req. n° 93PA01359. Cité par François Lehoux, Contrats Publics – n°153 - avril 2015, p 39

¹⁴⁸² CE 23 mai 1962, Ministre des Finances c/ Société financière d'exploitation industrielle, req. n° 41178, Rec. CE p. 342 : « Il n'est pas établi par les pièces du dossier, et notamment par le rapport d'expertise, que la réalisation d'un profit futur en cas de poursuite de l'exploitation de la concession aurait présenté un caractère certain (...) ».

L'évaluation du manque à gagner exige une vigilance particulière de la part des collectivités délégantes quant aux éléments justificatifs présentés par les délégataires en s'assurant que ceux-ci soit particulièrement proches de la date de résiliation. En d'autres termes, la détermination du préjudice doit tenir compte de la réalité économique du contrat tel qu'il est exécuté et non pas seulement se contenter du compte d'exploitation prévisionnel initialement fourni¹⁴⁸³.

Pour déterminer le préjudice subi, le juge administratif peut aussi rechercher si la collectivité organisatrice du service, n'a pas commis une faute qui pourrait être à l'origine de la dégradation des résultats d'exploitation. Pour apprécier la nature d'une faute éventuelle, le juge peut comparer les résultats obtenus avec ceux qui auraient pu être atteint en l'absence de toute faute de la collectivité »¹⁴⁸⁴. En cas de faute contractuelle l'indemnité compensatoire versée au délégataire pourrait augmenter¹⁴⁸⁵.

Dans ce cas le recours à un expert désigné par le juge administratif est indispensable pour calculer l'indemnité compensatoire.

Il faut toutefois signaler qu'en cas d'absence de motif d'intérêt général le cocontractant peut réclamer la réparation sur le fondement du comportement fautif de la collectivité¹⁴⁸⁶. Le juge peut même en cas de résiliation irrégulière prononcer à la demande du cocontractant évincé la reprise de la relation contractuelle. Cette faculté est rendue possible grâce redéfinition de l'office du juge du contrat dans l'arrêt dit « Béziers II »¹⁴⁸⁷. L'office du juge de plein contentieux s'est alors nettement élargie puisque une partie à un contrat administratif peut eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles.

En matière d'occupation domaniales privatives, le retrait de l'autorisation pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions donne lieu à une indemnisation de l'indemnité. Toutefois, la loi domaniale précise que le préjudice doit être direct, matériel et certain. La loi domaniale laisse le soin de détermination de l'indemnité au titre d'occupation¹⁴⁸⁸.

Le juge administratif exerce en cette matière un contrôle sur les clauses encadrant le pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général. Il censure d'abord toute clause qui tend

¹⁴⁸³ François LEHOUX, Contrats Publics – n°153 - avril 2015, p 38.

¹⁴⁸⁴ Conclusion D. Levis sur CE, 18 novembre 1988, société d'exploitation du parc de la gare routière D'ameriens, RFDA, 1990, p 24.

¹⁴⁸⁵ C. MOUDOU, « Le choix de la gestion déléguée des services publics locaux » thèse précitée, p 188

¹⁴⁸⁶ CAA Paris 17 octobre 2011, Société LEA, req. n° 10PA00598. L'arrêt précise que « considérant, enfin que outre les préjudices résultant de la non exécution du contrat, le comportement fautif de l'administration a contraint la société requérante à de multiples démarches qu'elle n'aurait pas eu à engager si le contrat s'était exécuté normalement jusqu'à son terme ; qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce de condamner l'Etat .. »

¹⁴⁸⁷ CE 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n° 304806, CP-ACCP, n° 110, mai 2011, p. 64, note G. Le Chatelier.

¹⁴⁸⁸ Art 69 sexies de la loi domaniale. loi précitée.

à priver l'autorité délégante de son pouvoir résiliation unilatérale¹⁴⁸⁹. Ensuite, par souci de protéger les deniers publics, il contrôle les clauses décrivant le mécanisme d'indemnisation. En effet, tout en reconnaissant la faculté d'aménagement du montant d'indemnisation le juge veille à ce qu'« il n'en résulte pas au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant pour le concessionnaire des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé »¹⁴⁹⁰.

En revanche, le juge administratif admet que le droit d'indemnisation soit réduit par des stipulations contractuelles ou même être écarté. C'est ce que souligne le conseil d'Etat à propos d'un bon marché de commande sans minimum ou maximum : « ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que des stipulations contractuelles écartent comme en l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique »¹⁴⁹¹.

B la résiliation comme réponse à un comportement fautif

Comme dans les marchés publics, la résiliation unilatérale peut intervenir comme réponse ultime à l'inexécution fautive par le délégataire de ses obligations contractuelles. Il s'agit selon certains d'une sanction résolutoires. L'inexécution de la délégation constitue alors la raison principale de la résiliation du contrat. Toutefois, « la faute retenue doit être d'une gravité suffisante appréciée par le juge du contrat pour justifier une telle résiliation aux frais et risques du titulaire défaillant »¹⁴⁹². Pour apprécier cette faute « le juge exerce un contrôle de la qualification juridique des faits sur le fondement de la faute et un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'adéquation de la sanction à la faute commise »¹⁴⁹³. Ainsi le juge administratif peut annuler la déchéance prononcée par le délégant si la faute reprochée au délégataire n'atteint pas un degré suffisant de gravité.

Dans certains cas, c'est le délégataire qui peut demander la résiliation de la convention aux torts du délégant. Tel, est le cas où le délégant a modifié unilatéralement la convention rendant impossible l'exécution de celle-ci par le délégataire¹⁴⁹⁴.

Cependant, faut-il le signaler le contrôle du juge fonctionne dans les deux sens. C'est à dire que même si ce n'est pas très fréquent, la sanction peut être annulée si elle n'est pas assez forte. Comme dans le cas d'un manquement grave auquel l'autorité délégante se contente de prononcer une simple pénalité¹⁴⁹⁵.

La déchéance du délégataire, doit toutefois être précédée comme en matière de marchés public par une mise en demeure par le service contractant d'avoir à remplir ses

¹⁴⁸⁹ CE 6 mai 1985, Association Eurolat, Crédit foncier de France, req n 41589, Lebon, 141

¹⁴⁹⁰ CAA Bordeaux 2 décembre 2014, M. B, req. n° 13BX00505. Cité pr

¹⁴⁹¹ CE 19 décembre 2012, Société AB Trans, req. n° 350341.

¹⁴⁹² Stéphane BRACONNIER, droit des services publics, op cit, p546. V CE, 4 mars 1991, Département de la Haute -Loire, RD publ, 1992, p 1537.

¹⁴⁹³ CE, 31 mars 1989 Département de la Moselle, Rec, CE, p 105

¹⁴⁹⁴ CE 12 mars 1999, SA, Méribel 92, req n 176694.

¹⁴⁹⁵ C.MOUDOU, « Le choix de la gestion déléguée des services publics locaux » thèse précitée, , 136.

engagements contractuels dans un délai déterminé .Celui- ci doit normalement être suffisamment long pour que le cocontractant puisse faire valoir ses observations ¹⁴⁹⁶ .

Aucune procédure particulière ne s'impose à la mise en demeure sauf que celle-ci doit être claire en notifiant les manquements reprochés en indiquant leur nature et les sanctions qu'il encoure en cas de refus de se soumettre à ses obligations ¹⁴⁹⁷ .

La mise en demeure est imposé dans l'intérêt des deux parties .D'abord dans l'intérêt du service car elle peut prévenir sa rupture au lieu d'une sanction directe contre le délégataire .Elle est aussi imposée dans l'intérêt de celui-ci pour garantir ses droits de défense et pour qu'il puisse corriger ses erreurs.

Et ce n'est qu'après l'expiration du délai fixé sans que le délégataire remédie à la carence qui lui est imputable. L'autorité délégante doit par ailleurs user de son pouvoir de sanction dans un délai raisonnable si non, la mise en demeure perd sa validité .Ainsi, selon le juge administratif si après une durée de 8 mois aucune sanction n' a été prise contre le contractant cela signifie que le délégant a renoncé à tirer les conséquences de la mise en demeure pour la faute commise ¹⁴⁹⁸ .

La sanction doit être prononcée en principe en vertu d'un acte administratif unilatéral motivé .Mais, si la sanction choisie est la déchéance, elle doit être prise par le juge si elle n'a pas été prévue par le contrat ¹⁴⁹⁹ .Aussi, l'intervention du juge peut paraître utile dans le cadre de la procédure d'urgence .L'autorité délégante peut par exemple demander au juge d'enjoindre au délégataire de rendre les archives utiles pour la continuité et le bon fonctionnement du service public ¹⁵⁰⁰ .

Après la résiliation du contrat, l'administration doit intervenir pour combler le vide laissé par le délégataire .Elle doit donc assurer la continuité du service public en prenant d'abord les décisions nécessaires à cette fin et choisir ensuite un autre cocontractant pour assumer le service.

Au regard de ses conséquences, la résiliation unilatérale pour faute se différencie en ce qu'elle intervient au frais du délégataire défaillant .Celui- ci doit supporter le surcout éventuel généré par la passation d'un nouveau contrat ainsi que les autres conséquences onéreuses dues à la résiliation. En outre, le délégataire ne bénéficie d'aucun droit

¹⁴⁹⁶ Stéphane Braconnier , droit des services publics ,op cit ,p547.

¹⁴⁹⁷ C.MOUDOU, « Le choix de la gestion déléguée des services publics locaux » thèse précitée ,,p 134 .

¹⁴⁹⁸ CE ,8 février 1999,Ville de Montélimar ,Req ,n 168535 .

¹⁴⁹⁹ CE 25 mars 1991 ,Copel ,req n 90747 .

¹⁵⁰⁰ CE 29 juillet 2002 ,centre hospitalier d'Armentières ,Req n 243500.

d'indemnisation ¹⁵⁰¹. Il a toutefois le droit d'indemnisation quant aux investissements qu'il a réalisés au profit de la collectivité ¹⁵⁰².

Sur ce point l'article 76 du décret 12-427 est clair quant il dispose que « le droit a l'indemnisation est refusé en cas de résiliation du contrat pour inobservation de clauses contractuelles par l'occupant » ¹⁵⁰³.

En matière énergétique, notamment dans le domaine de la distribution de l'électricité et du gaz, la sanction résolutoire ne prend pas la forme d'une résiliation telle que dans les contrats de délégation mais d'un retrait de la concession. Le décret 08-114 précise les cas qui illustrent le comportement fautif justifiant le retrait « -Si le concessionnaire ne respecte pas les dispositions du cahier des charges (...) et persiste dans ses manquements après la notification d'une mise en demeure par le ministre chargé de l'énergie ; -le concessionnaire ne respecte pas les dispositions législatives et réglementaires en vigueur » ¹⁵⁰⁴.

L'article 15 de ce décret présente avec précision ces comportements fautifs en disposant que le ministre chargé de l'énergie peut retirer tout ou une partie du périmètre donné en concession et prononcer la déchéance du concessionnaire au tort de celui-ci dans les cas suivants :

- interruption totale prolongée de l'alimentation en énergie concernant plus de la moitié des abonnés de la concession d'une durée excédant quarante huit heures pour des raisons imputables au concessionnaire ;

- si les objectifs de desserte ne sont pas atteints pour des raisons imputables au concessionnaire dûment constatés.

- si les engrangements d'amélioration de la performance ne sont pas respectés.

- si le contrôle par les agents assermentés dûment habilités (...) est rendu impossible par une obstruction répétée et délibérée du fait du concessionnaire.

- si le concessionnaire ne respecte pas la réglementation relative au secteur de l'électricité et du gaz à l'exploitation et à la gestion du système électrique et gazier qui lui est applicable .

- des infractions à la législation et au cahier des charges en vigueur sont constatées par les agents assermentés.

¹⁵⁰¹ CE ,29 mai 1981,SA Roussey ,Rec CE p 813 –CE ,10 juin 1992 ,SA Gentil et Berthon ,Dr adm ,1998,Horsérie ,comm ,n 507 –CE ,20 janvier 1988 ,Société d'étude et de réalisation des applications du froid ,Rec ,CE ,p 29 .

¹⁵⁰² CAA Bordeaux ,23 juillet 2002

¹⁵⁰³ Décret exécutif 12-427 du 16 décembre 2012 fixant les conditions et modalités d'administration et de gestion des biens du domaine public et du domaine privé de l'Etat ,JORADP du 19 décembre 2012 ,n 69 .

¹⁵⁰⁴ Décret 08 -114 précité .

Tel qu'il est prescrit pour les contrats de délégation le retrait de la concession de distribution de l'électricité et du gaz en raison du comportement fautif du concessionnaire se fait aux frais et risques de celui-ci. Donc, le concessionnaire est responsable des conséquences du retrait de la concession ou de la réduction de son périmètre, notamment de ses conséquences dommageables. Il assume aussi toutes les conséquences des mesures nécessaires prises que le ministre chargé de l'énergie peut prendre pour assurer la continuité du service public .

Le retrait de la concession pour défaillance du concessionnaire est entouré de quelques garanties : La décision du retrait ne peut intervenir que dans un délai de trois mois après la mise en demeure notifiée au concessionnaire et demeurée infructueuse.

Face au risque d'une rupture du service public l'article 13 du décret prévoit que dès la notification de la mise en demeure, les services compétents du ministre chargé de l'énergie et le concessionnaire doivent rechercher dans le délai mentionné toute solution pouvant permettre la poursuite du service concédé .En outre, le ministre chargé de l'énergie prend toute mesure adéquate pour la continuité du service public.

En matière d'occupation domaniale, le retrait de l'occupation intervenu comme sanction à l'inexécution de ses clauses et conditions doit prendre en compte le droit des créanciers éventuels. Car ceux-ci peuvent dans le cas d'une occupation privative constitutive d'un droit réel le droit de revendiquer leurs droits en tant que créanciers du titulaire quant aux emprunts qu'il a contracté pour le financement, la réalisation ou l'extension et la modification des biens construits sur la dépendance public. C'est pourquoi, la loi domaniale impose dans son article 69 sexies alinéa 5 à l'administration d'informer deux mois au moins avant sa notification, les créanciers de ses intentions à toute fins utiles notamment pour être en mesure de proposer la substitution d'un tiers au titulaire défaillant¹⁵⁰⁵ .

. Section 2 le financement des activités en réseaux assumées dans le cadre de la délégation.

Dans le cadre des contrats de délégation du service public, un système de financement a été mis en place au profit des opérateurs privés. Ce qui constitue une contrepartie naturelle aux missions transférées à ces derniers .L'objectif ,est de permettre la viabilité du rôle du secteur privé et son efficacité.

Pour garantir un financement efficace, le dispositif juridique prévoit d'abord une rémunération des activités des délégataires basée principalement sur une tarification (sous section 1) mais aussi soutenue par un soutien financier de la part de la collectivité (sous section 2) .Ils s'y ajoute des montages contractuels complexes qui permettent de soutenir financièrement (Sous section 3) . Ces trois sources de financements sont régulées par l'intervention des collectivités publiques.

¹⁵⁰⁵ Loi 90-30 modifiée et complétée ,loi précitée

Sous section 1 La tarification des activités des services en réseaux

Contrairement à la régulation tarifaire des activités concurrentielles qui laisse la place à la liberté de la concurrence pour déterminer les prix des services offerts au public, la tarification dans le cadre des délégations est maîtrisée totalement par les collectivités publiques (§1) . La tarification est en effet déterminée par une fixation réglementaire obéissant à certains principes (§2) .

§1 la fixation réglementaire des dispositions tarifaires

Sans entrer dans le débat doctrinal sur la nature réglementaire ou contractuelle des dispositions tarifaires ¹⁵⁰⁶ L'acte de tarification est un fait de la puissance publique fixant un cadre général et les principes de perception de certaines sommes . Cette compétence est surtout exercée dans le domaine des services public, y compris les services en réseaux. L'acte de tarification en lui-même est sans doute un acte qui échappe à la loi du marché et ne peut être l'objet de négociation entre le pouvoir délégant et le délégataire ¹⁵⁰⁷ .

Ce caractère réglementaire est reconnu d'une façon expresse par le décret 15-247 à l'égard du contrat de gérance l'une des formes de délégation ¹⁵⁰⁸ . Et ne peut qu'être de même pour les autres formes de délégation puisque la tarification représente « l'un des éléments d'organisation et de fonctionnement du service public, dont la collectivité publique, autorité délégante conserve la maîtrise ¹⁵⁰⁹ ».

En droit français le caractère réglementaire ne s'oppose pas à des négociations entre le délégant et les candidats mais sans permettre des pratiques anti concurrentiels tels qu'une concertation illicite empêchant la présentation d'offres concurrentielles ¹⁵¹⁰

L'administration ne bénéficie que d'une liberté relative puisque les clauses tarifaires peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir . Le juge pourra dès lors, exercer un contrôle sur les éléments d'égalité externe et internes de l'acte de tarification . Celui ci, peut être sanctionné par exemple en raison de la violation du principe d'égalité ou la proportionnalité des tarifs ¹⁵¹¹ . Le juge administratif se limitait à un contrôle restreint c'est-à-dire au contrôle de l'exactitude matérielle des faits et l'erreur manifeste d'appréciation

¹⁵⁰⁶ L'opinion dominante penche en faveur du caractère réglementaire concl ODENT sur 5 mai 1943 ,CI gén ,des eaux :D .1994 ,p121) .

¹⁵⁰⁷ L'un des indices les plus importants du caractère réglementaire des stipulations tarifaires et la possibilité d'exercer à leur encontre le recours pour excès de pouvoir CE, 10 juillet 1996, M. Cayzele

¹⁵⁰⁸ L'article 207 du décret 15-247 précité précise que « les tarifs payés par les usagers sont fixés par l'autorité délégante ... »

¹⁵⁰⁹ Institut de la gestion déléguée, Partenariat public- privé : mode d'emploi juridique et approche juridique, op cit , p77 .

¹⁵¹⁰ CA Paris ,18 décembre 2001, SA Bajus transports et autres ,BOCCRF 26 février 2002,p 129

¹⁵¹¹ Mireille BERBABI , Serge BRIAND, délégations de service public , op cit ,p 114 .

.Ce n'est que plus tard que le contrôle a évolué vers la vérification de la proportionnalité entre les tarifs et le service rendu ¹⁵¹²

En droit français, l'insertion de clauses tarifaires est obligatoire dans les contrats de délégation. Et en conséquence, la détermination du prix du service ne peut être laissée au délégataire .Il est aussi interdit de contourner cette interdiction par la stipulation selon laquelle « le délégataire pouvait lui-même, sous réserve de respecter le principe d'égalité des usagers fixer des tarifs inférieurs au prix plafond mentionné dans le contrat »

Les prix des prestations fournies dans le cadre de la délégation du service public peuvent connaître des évolutions. C'est pourquoi, selon l'article L1411-2 du code général des collectivités territoriales la convention stipule non seulement les tarifs à la charge des usagers mais aussi précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

Les révisions tarifaires peuvent intervenir soit selon les modalités indiquées dans le contrat soit le cas échéant en vertu d'un avenant .Dans le premier cas deux modalités sont envisageables .La première méthode est simple ,elle consiste à adopter une indexation automatique selon laquelle « l'évolution du prix résulte de l'application à des dates convenues d'une formule spécifiée préalablement dans le contrat aux variations endogènes d'un indice officiel ¹⁵¹³ .La seconde est en revanche plus compliquée et n'intervient qu'exceptionnellement dans des cas prévus par le contrat .

La révision peut intervenir par un avenant sous réserve du respect de la condition posée par l'article L1411 fixant le seuil au delà duquel l'avenant doit faire l'objet d'un avis de la commission de délégation de services publics et d'un vote de l'organe délibérant

En matière de délégation de l'eau, la nature réglementaire de la tarification ne fait aucun doute .Car les modalités de rémunération du délégataire ou de tarification du service font partie des conditions accompagnant l'appel à la concurrence. La tarification est fondée sur les principes énoncés par la loi 05-12 à savoir « les principes d'équilibre financier, de solidarité sociale ,d'incitation à l'économie d'eau et de protection de qualité d'eau » .Elles comprennent « tout ou partie des charges financières d'investissement ,d'exploitation de maintenance et de renouvellement des infrastructures liées à la gestion du service public » .Les tarifs prennent aussi en compte les « exigences d'optimisation de coûts ,de progrès de la productivité et d'amélioration des indicateurs de performances et de la qualité de service » Et les tarifs peuvent connaître des révisions si l'évolution des conditions économiques générales l'exige .

¹⁵¹² CE .17 nov .1978 ,sté établissement Geisman Frères : Rec CE p 447 ;23 oct .1985 ,ville de Paris : Rec .CE p 795 ; v aussi CE 9 nov 1988 .Ville de Piseux : Rec .Ce ,p 397

¹⁵¹³ Institut de la gestion déléguée, Partenariat public- privé : mode d'emploi juridique et approche juridique, op cit , p 78 .

La loi 05-12 a mis en place trois systèmes de tarification .Le premier système concerne la tarification de l'eau à usage domestique et industriel, le deuxième concerne la tarification de l'assainissement quant au troisième il est destiné à l'eau d'irrigation.

Les deux premiers systèmes obéissent à un même fondamental, celui de la progressivité des tarifs selon les catégories des usagers et les tranches de consommation .L'objectif dans le premier système « d'assurer aux usagers domestiques la fourniture, à un tarif social (...) de réguler la demande correspondant aux consommations élevées des différentes catégories d'usagers ».

Quant à l'objectif du deuxième système est de prendre en compte l'importance, la nature et la charge polluante des effluents déversés dans le réseau de collecte des eaux usées . L'objectif assigné au système de tarification d'eau d'irrigation elle est fondé sur la valorisation optimale de l'eau et de régulation de la demande en fonction de systèmes des cultures et des modes d'irrigation. On remarque que cette tarification a une dimension sociale afin de concrétiser le droit de chacun à accéder à l'eau potable dans des conditions économiques acceptables ¹⁵¹⁴

En revanche, les sommes perçues sur les usagers dans le domaine des services industriels sont régies dans une relation marchande. Ainsi, la soumission des activités de services industriels et commerciales ne doit pas masquer la présence des règles de droit public. Cette présence est attestée par les clauses tarifaires à caractère réglementaire ¹⁵¹⁵ .

On comprend alors que les opérateurs privés agissant en tant que délégataires de missions de services publics sont orientés dans la perception de leurs tarifs par l'autorité organisatrice du service concerné. Et que le tarif qui leur est versé par les usagers n'est jamais assimilé à un prix au sens économique du terme. En effet, la logique marchande dans une activité de service public n'est présente que dans l'offre du service alors que la détermination tarifaire n'est pas laissée au jeu du marché, elle est fixée selon des considérations générales. ¹⁵¹⁶ Il convient dès lors de distinguer le prix facturé aux abonnés considéré comme contrepartie financière de la tarification sur laquelle il est assis et dont il émane ¹⁵¹⁷ .

L'intervention publique est justifiée au regard de la présence d'un monopole naturel qui peut conduire le délégataire privé à un opportunisme au détriment de l'intérêt des

¹⁵¹⁴ Fédération des maires des villes, rapport sur Tarification de l'eau, collection repères municipaux , année 2011, p25 .

¹⁵¹⁵ L'intervention publique tire son origine depuis le début du vingtième siècle où les concessionnaires se voient attribués le droit de lever des contributions sur les usagers .Cette attribution a été analysée comme relevant du pouvoir de lever des taxes et des contributions fiscales

¹⁵¹⁶ M.LONG , La tarification des services publics industriels et commerciaux in services publics industriels et commerciaux : questions actuelles sous la direction de J-B.AUBY et S.BRACONNIER,p14

¹⁵¹⁷ G.FAUQUERT ,Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation –contribution à la STOrégulation locale des services publics d'eau potable ,Thèse de doctorat soutenue à l'école nationale du génie rurale, des eaux et des forêts en 2007,p 37

usagers¹⁵¹⁸. C'est pourquoi, il est nécessaire à l'égard de toutes les délégations des services en réseaux qu'il soit institué un contrôle tarifaire.

En se référant à l'exemple des contrats délégation en matière d'eau et de distribution d'électricité et du gaz, on perçoit l'encadrement juridique que leur impose la législation. En vertu de la loi 02-01 relative à l'électricité on peut distinguer entre la rémunération de la l'activité de distribution d'électricité et du gaz et les autres activités.

En ce qui concerne la rémunération de la distribution elle échappe totalement au jeu du marché puisqu'elle est fixée tant pour l'électricité que pour le gaz par la commission de régulation sur la base d'une méthodologie et de paramètre définis par voie réglementaire. C'est ce que prévoit l'article 91 de la loi ,et il pose en outre les bases d'une telle tarification en prévoyant quelques éléments qui orientent la méthodologie adoptée. Ainsi, la rémunération du concessionnaire à travers une tarification réglementée paraît naturelle car on est en présence d'un contrat de délégation où figurent nécessairement les clauses relatives à la tarification.

Les dispositions réglementaires complétant le régime de tarification de la distribution sont apportées par le décret dont l'article 27 précise les paramètres qui devront être pris en compte. Il faut relever par ailleurs que, la tarification n'est pas soumise qu'à des éléments fixes ; elle intègre des incitations à la réduction du coût et l'amélioration de la qualité de la fourniture et du service de la clientèle

A l'instar de l'activité de distribution de l'électricité et le gaz, la rémunération de l'activité de commercialisation obéit à l'encadrement de l'autorité de la commission de régulation qui établit les tarifs sur la base d'une méthodologie et de paramètre définis par voie réglementaire. En effet le décret n05- 182 pose la base de cette tarification en précisant que les rémunérations de la commercialisation de l'électricité et de la commercialisation du gaz doivent permettre la couverture des coûts des prestations engagées.

Cette tarification est dite réglementée à l'instar du droit français où elle subsiste en matière du gaz et de l'électricité. Les tarifs de vente de l'électricité sont fixés par décret en conseil d'Etat après avis de la CRE et de l'autorité de concurrence¹⁵¹⁹.

Il est par ailleurs important de noter la tarification réglementée sont un outil entre les mains de l'Etat pour réaliser l'intérêt public sans remettre en cause l'équilibre financier de l'opérateur¹⁵²⁰. C'est pourquoi, les tarifs réglementés sont parfois fixés à un prix très bas en

¹⁵¹⁸ K.AHMANE, Contrat international l'eau : Contribution à une étude de partenariat public –privé, magistère précitée , p138 .

¹⁵¹⁹ Loi n 2000-108 du 10 février 2000 en- application de l'article L 410 -02 du code de commerce

¹⁵²⁰ En tant qu'un acte de puissance publique la tarification est « déterminée suivant des objectifs sociaux d'aménagement du territoire » et assume un rôle distributif. Mlle Doan Nhu BUI, Les modes organisationnels des services publics en milieu rurale disperse dans les pays en développement :application à l'électrification rurale décentralisée, thèse de doctorat en sciences économiques, école des hautes études en sciences sociales p47 .

faveur du budget des ménages .Le conseil d'Etat français a admis une telle pratique mais sous condition que les tarifs soient supérieures aux coûts moyens complets de chaque opérateur évalués à la date de fixation des tarifs et comportant une estimation pour l'année à venir .La tarification peut par ailleurs évoluer à la même année .

En cas de méconnaissance de cette obligation le conseil d'Etat peut intervenir à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir mais il se limite à un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation ¹⁵²¹ .

Le maintien des tarifs réglementés subi l'assaut du conseil constitutionnel et la commission européenne .Le premier censure la première loi relative au secteur de l'énergie en raison de sa méconnaissance de l'objectif de l'ouverture à la concurrence fixés par les directives communautaires en imposant aux « opérateurs historiques des obligations tarifaires permanentes étrangères à la poursuite d'objectifs de service public » . La commission refuse cette pratique consacrée par la loi n 2006-1537 relative au secteur de l'énergie et engage un recours en manquement contre la France. La loi n 2008-66 prévoit des possibilités de retour au tarif réglementé de l'électricité après l'exercice de l'éligibilité ¹⁵²² .

Cette tarification qui paraît exceptionnelle selon le droit communautaire est de droit commun en droit algérien puisque l'éligibilité des clients n'est reconnue que sous certaines conditions. Le décret 07-310 prévoit par ailleurs la possibilité du retour au tarif réglementé ¹⁵²³ .Dans ses articles 10 et 11 le décret fixe les conditions de ce retour¹⁵²⁴ .

Cette ressemblance quant à la fixation des tarifs des deux activités contraste avec le fait que la commercialisation s'effectue librement par des contrats conclus entre les agents commerciaux et les clients éligibles (93) et ce, contrairement à l'activité de distribution.

§ 2 les principes guidant la tarification.

Deux principes fondamentaux encadrent la tarification des services rendus au public .L'un est conçu en faveur des usagers « vérité des prix » (A) et l'autre pour la protection de l'équilibre financier de la collectivité publique (B).

A- la vérité des prix.

¹⁵²¹ Sophie NICINST ,Droit public des affaires ,p 148 et 149. Le conseil d'Etat annule les prix du gaz fixés en dessous des coûts (période fin 2004 –avril 2006) CE du 10 décembre 2007,Sté Poweo

¹⁵²² La loi prévoit cette possibilité dans deux cas : lorsque l'éligibilité sur le site a été exercée par quelqu'un d'autre ou lorsque le consommateur en a fait l'usage depuis plus de six mois pour le site concerné .

¹⁵²³ Décret exécutif n 07 -310 du 7 octobre 2007 fixant le niveau de consommation annuelle en électricité et en gaz du client éligible au système des tarifs, JORDP du 10 octobre 2007 n 64 .

¹⁵²⁴ La durée du contrat ne peut être inférieure à trois années calendaires selon l'article 10 du décret 07-310 .Le client doit en outre informer son distributeur par lettre recommandée au moins trois mois avant la date du retour et donner un préavis de rupture du contrat avec le fournisseur actuel.

La tarification des activités rendues dans le cadre de délégation sont à l'instar des tarifs pratiqués par un opérateur public contrôlés au regard « des règles classiques du droit administratif, et notamment celle de la proportionnalité entre le prix payé et le service rendu »¹⁵²⁵. La proportionnalité entre le prix payé et le service rendu se transforme en principe d'adéquation « et chaque composante du prix fait l'objet d'un examen minutieux par le juge administratif ». Les tarifs doivent être établis selon les critères objectifs et rationnels dans le respect du principe d'égalité entre les usagers¹⁵²⁶.

La règle jurisprudentielle sur la tarification indique que « les tarifs des services industriels et commerciaux qui servent de base à la détermination des redevances demandées aux usagers en vue de couvrir les charges du service doivent trouver leur contrepartie directe dans le service rendu aux usagers¹⁵²⁷ ». Cette règle appelée la vérité des prix est appliquée sévèrement par le juge administratif. Il n'hésite pas à annuler les délibérations tarifaires chaque fois que des coûts étrangers au service concerné sont inclus dans les tarifs¹⁵²⁸. Toutefois, il est permis d'inclure les frais de premier établissement¹⁵²⁹.

Dans le cadre de son contrôle, le juge administratif « ne se livre pas en la matière à une analyse comptable et financière très précise du prix du service public, ne sanctionnant dans la majorité des cas, que les erreurs manifestes d'appréciation »¹⁵³⁰. C'est-à-dire qu'il n'exige pas une corrélation absolue entre le prix réel et le service. Il se contente de constater « l'existence d'un lien de proportionnalité dans la tarification des services publics »¹⁵³¹.

Afin de déterminer les prix d'un service public, deux options sont possibles devant la collectivité publique. Soit elle opte pour une démarche commerciale qui consiste à chiffrer d'une façon précise le coût du service et « facturer ce coût dans son intégralité », le cas

¹⁵²⁵ En effet, les règles dégagées par la jurisprudence à propos du service industriel et commercial sont applicables sur la délégation. . Institut de la gestion déléguée ,recueil des textes et de la jurisprudence applicables aux collectivités locales, publié avec Dexia – 2006, p 72 http://www.fondation-igd.net/files/pdf/IGD_DF_recueil.pdf.

¹⁵²⁶ Cité par S.NICINSKI ,droit public des affaires ,op cit,p 434 . voir S.NISINSKI ,l'usager du service public industriel et commercial ,L'harmattan 2001 ,p 384 . Cette règles se trouve à maintes reprises confirmée par la jurisprudence administrative :L'arrêt ,30 septembre 1996 ,Société stéphanoise des eaux ,Reqn 156176 .L'arrêt du conseil d'Etat censure la délibération du conseil municipal de Saint Etienne portant approbation de l'eau en raison que « la tarification de l'eau prévue par le contrat de concession approuvé par la délibération du 7 septembre 1992 (...) que les conditions de cette offre ,qualifiées de mieux –disant, prévoient le paiement à la ville par le concessionnaire de somme sans relation avec la valeur des prestations qui lui sont fournis par la ville (...) qu'il suit de la que la délibération attaquée (...) est entachée d'une erreur en droit

¹⁵²⁷ CE ,30 septembre 1996 ,Société stéphanoise des eaux : Rec CE ,p 355 ; RFD adm ,1996 ,p 1263 ; Dr adm ,1996 comm ,n 557 ,note Devès .

¹⁵²⁸ CAA Lyon ,25 avril 2002 ,société stéphanoise des eaux c/Société Tartary et al ,et Ville de saint Etienne c/société Tartary et al : Dr adm 2003,comm n05 ,obs .Ménéménis)

¹⁵²⁹ CE ,30 mai 2001 ,SIVOM du haut –var :requ n 207167

¹⁵³⁰ Stéphane Braconnier ,droit des services publics ,op cit p 355

¹⁵³¹ Ibidem .

V CE C/Ministre chargé des transports : RD publ ,1989,p 1464 ,note Guademet –CE ,30 décembre 2002 ,Commune de Quaix –en –Chartreuses AJDA ,2003 ,p 1068 ,note Fonbaustier ; JCP A,2003,N 1217 ,obs Moreau ;RFDA adm ,2003 ,p 362

échéant avec l'objectif la réalisation de bénéfice »¹⁵³² . Soit d'opter pour la détermination directe par l'autorité publique d'une façon approximative du coût réel . Ce dernier choix est privilégié en raison de l'absence d'une individualisation comptable permettant de déterminer les coûts réels de l'activité ¹⁵³³ .

Les collectivités publiques recourent souvent à établir un tarif proportionnel à partir du coût moyen du service, comme dans le service de transport de tel façon que le prix payé par l'utilisateur est proportionnel à sa consommation . Dans le service de distribution de l'eau le système préféré est celui qui comprend deux parts fixes et variables . La première part consiste généralement en un abonnement destiné à couvrir les charges fixes du service . Alors que la seconde part reflète la consommation effective de l'utilisateur ¹⁵³⁴ .

La tarification des services publics ont tendance à privilégier la transparence et la vérité des prix ce qui mène à l'individualisation des prix des services rendus aux usagers . C'est pourquoi des mécanismes sont mis en œuvre comme l'individualisation des compteurs d'eau ¹⁵³⁵ . Mais cette tendance vers l'individualisation des prix est accompagnée par une politique sociale exigeant la modulation des tarifs . Ainsi la tarification oscille entre les exigences de vérité des prix et de transparence et les orientations sociales¹⁵³⁶ .

B- Règle du respect de l'équilibre financier

Les règles tarifaires ne jouent pas seulement en faveur de l'utilisateur, elles ont aussi pour but de garantir l'équilibre financier du budget . Cette règle est considérée comme fondamentale dans le domaine des services industriels et commerciaux . Elle se traduit en droit français par l'interdiction sauf exception de la prise en charge par le budget général des communes de dépenses liées à ses services industriels et commerciaux . Le code général des collectivités territoriales organise un contrôle sur le respect de cette règle par le billet de vérifications provisoires de résultats de l'exploitation intervenant tous les six mois . En cas de constatation de déficit des mesures nécessaires au rétablissement de l'équilibre soit par la modification des tarifs ou les prix de vente , soit en réalisant des économies dans l'organisation du service ¹⁵³⁷ .

¹⁵³² Stéphane BRACONNIER , droit des services publics ,,p 356

¹⁵³³ R.Herzog , "le prix du service public », AJDA , 1997 numéro spécial , p 65 .

¹⁵³⁴ C . env . art L 214 -14 L n2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, préc art 50 –Cass civ 1^{er} 11 janvier 2000, Syndicat des copropriétaires de la résidence . Le Pierly : CTI , 2000 , comm n 144 , obs , célérier

¹⁵³⁵ D.n 2003-408 du 28 avril 2003 relatif à l'individualisation des compteurs d'eau : JO, 6 mai 2003, p 7854 . La tendance de l'individualisation des tarifs est confortée par la jurisprudence considérant les usagers comme des titulaires des droits au regard de l'article 6 §1 de la convention européenne des droits de l'homme (CE , avis 16 février 2001 syndicat des compagnies aériennes autonomes AJDA , 2002 , p 341 , Note Sabourault) .

¹⁵³⁶ Nous avons déjà souligné dans la première partie de ce travail que le principe d'égalité ne s'oppose pas à l'instauration de dérogations objectives Voir supra le principe d'égalité

¹⁵³⁷ Art R .2221-94 code général des collectivités territoriales

La règle de l'équilibre financier a été consacrée par les lois sur les collectivités territoriales en droit algérien en ce qui concerne les activités industrielles et commerciales. Ainsi, la loi sur la commune précise que les établissements industriels et commerciaux doivent équilibrer leurs dépenses avec leurs recettes. Cette règle peut être bien étendue aux services industriels et commerciaux gérée dans le cadre de contrats de délégation puisqu'ils répondent aussi à la nécessité de garantir l'équilibre financier du délégataire¹⁵³⁸.

Quant à la loi sur la wilaya 12-07, elle évoque l'équilibre financier à propos de la régie dotée d'un budget autonome. Certes, l'article 145 de cette loi ne précise pas qu'il s'agit de services industriels et commerciaux mais le procédé de régie autonome est surtout prévu pour ces services.

De ce fait, les modifications tarifaires peuvent intervenir au cours de l'exécution du contrat d'abonnement. Ceci, est valable pour toutes les activités en réseaux.

Mais on peut cependant, se demander si ce pouvoir dont dispose l'autorité organisatrice du service ne soit pas entravée par l'introduction du droit de la consommation dans le bloc de légalité. La réponse semble bien affirmative, parce qu'une telle introduction suppose que les normes issues du droit de la consommation contribuent au contrôle tarifaire et dès lors surgit la contradiction entre ceux-ci et les règles traditionnelles du droit administratif.

En droit communautaire, des limites sont posées à la modification des tarifs. Il s'agit principalement de la directive européenne du 05 avril 1993 qualifiant comme abusives toutes celles n'ayant pas fait l'objet de négociations individuelles. Ainsi le pouvoir de fixation unilatérale des tarifs se trouve censuré en vertu de cette directive. Il s'ensuit que les modifications tarifaires ultérieures intervenues sans consultation des usagers sont considérées comme abusives. Cette limite est renforcée par les dispositions du code de consommation imposant aux professionnels de laisser à leurs clients la possibilité de résilier le contrat¹⁵³⁹.

Par ailleurs, dans le contexte de l'ouverture à la concurrence dans le marché le maintien des tarifs sur des périodes déterminées est une nécessité. C'est ce qui constitue un privilège indéniable pour les opérateurs privés par rapport aux entreprises publiques. Celles-ci sont alourdies par le principe de mutabilité et risquent de voir leur activités cantonnées dans les obligations fondamentales, perdant ainsi des parts non négligeables des marchés ouverts à la concurrence.

Le principe de mutabilité des tarifs est aussi critiqué du point de vue de son impact sur l'équilibre financier des producteurs ce qui peut créer des malaises dans les secteurs

¹⁵³⁸ L'article 154 de la loi 10-11 relative à commune précitée

¹⁵³⁹ L'article L 136 -1 du code de consommation. Les professionnels sont tenus de laisser la possibilité aux consommateurs dans un délai d'un mois de choisir soit de résilier le contrat d'adhésion ou d'agréer les nouveaux tarifs.

libéralisés, et saboter l'ouverture à la concurrence ¹⁵⁴⁰. C'est pourquoi, il est nécessaire d'apporter des aménagements à ce principe, parmi lesquels la fixation d'un encadrement pluriannuel pour les prestataires du service public. Ceux-ci auront dans ce cadre une marge de liberté leur permettant d'augmenter leurs tarifs sans dépasser le seuil fixé. Ainsi l'aménagement apporté au principe de mutabilité permet une certaine sécurité pour les usagers ¹⁵⁴¹.

Il est critiqué aussi en tant que menace à la sécurité juridique sur les clients c'est pourquoi, en France « les professionnels reprochent d'ailleurs aux ministres des finances et de l'industrie de ne pas assez prendre en compte cette réalité » ¹⁵⁴²

Parmi les principes dégagés par la jurisprudence administrative en matière d'encadrement des tarifs des services industriels et commerciaux figurent le lien entre tarifs et le service rendus aux usagers ¹⁵⁴³. En d'autres termes, le prix payé doit trouver une contre partie directe dans le service qui lui est rendu. Ceci exclut les coûts non liés directement à l'exécution du service lui-même ¹⁵⁴⁴. L'administration ne peut donc fixer des tarifs comportant des sommes pour couvrir des charges sans lien avec le service concerné ¹⁵⁴⁵. Il s'agit en droit de concurrence d'une tarification qui ne soit pas inférieure aux coûts moyens variables ou aux coûts moyens totaux ¹⁵⁴⁶. Cette règle tarifaire est justifiée en droit de la concurrence pour empêcher des prix prédateurs

Le rôle du juge est de contrôler si les éléments composants le tarif du service constituent vraiment la contrepartie du coût de dernier ¹⁵⁴⁷. S'il s'avère que ce lien est établi, le juge ne peut contester le montant d'un élément du tarif au risque de substituer à l'administration sauf en cas d'une erreur manifeste ¹⁵⁴⁸

Sous section 2 : le soutien financier de la collectivité

La nécessité de garantir la continuité des services publics implique qu'il soit reconnu au profit du délégataire le droit à un équilibre financier pendant la durée du contrat. Les services en réseaux ne dérogent pas à ce principe. Des mécanismes de soutien financiers traditionnels peut l'être transposables. De sorte qu'on retrouve un soutien financier général permanent qui peut être inscrit dès le début dans le contrat lui-même (§1). Un soutien

¹⁵⁴⁰ D'ailleurs l'ouverture à la concurrence est présentée comme annonciatrice de réduction des tarifs .Pourtant l'expérience de libéralisation montre que celle-ci ne coïncide pas avec cette objectif comme en France.

¹⁵⁴¹ Solène ROYON ,la tarification des service publics à l'épreuve du droit du marché ,mémoire précité ,p 63

¹⁵⁴² Ibidem ,p 61

¹⁵⁴³ CE, 30 décembre 1996, Société stéphanoise des eaux

¹⁵⁴⁴ Mireille BERBABI , Serge BRIAND, délégations de service public , op cit ,p 114 .

¹⁵⁴⁵ CE 30 septembre 1996

¹⁵⁴⁶ Conseil de la concurrence ,23 décembre 2004,pratiques mises en œuvres par la régie des passages d'eau de la vendée n 04-D-79 .

¹⁵⁴⁷ Le lien avec le service a été reconnu par le conseil d'Etat pour l'augmentation des tarifs liée aux investissements réalisés par la commune en matière d'adduction d'eau et d'assainissement (CE ,09 septembre 1996 ,Commune de vallica :Quot jur .17 décembre 1996 ,préc p 03.

¹⁵⁴⁸ Mireille BERBABI , Serge BRIAND, délégations de service public , op cit , p114

occasionnel peut intervenir à l'occasion de l'aggravation des charges du délégataire du fait du délégant ou d'un événement extérieur à la volonté des parties (§2) .

§1 le soutien financier permanent au délégataire

Le soutien financier dont peut bénéficier le délégataire éventuellement ressort implicitement des dispositions du décret 15-247 (A), et aussi d'une façon directe des lois sectorielles relatives aux services en réseaux (B).

A- le soutien financier selon le décret 15 -247

La notion de la délégation du service public qui ressort de l'article 207 du décret 15-247 -inspirée de la jurisprudence administrative- prévoit que la rémunération du délégataire doit être substantiellement liée à l'exploitation du service public. Ainsi, l'article laisse présager une partie de la rémunération qui soit sans lien avec les résultats d'exploitation .En d'autres termes, il s'agit d'un financement assuré par la collectivité publique sur la base des recettes fiscales essentiellement¹⁵⁴⁹ .

Ce mode de financement est strictement encadré en droit communautaire en ce qui concerne les aides de l'Etat alloués aux services industriels et commerciaux¹⁵⁵⁰. La cour de justice des communautés européennes a eu l'occasion de préciser les conditions auxquelles sont soumises les aides de l'Etat aux opérateurs : Les obligations transmises à l'entreprise bénéficiaire doivent avoir été clairement définies – les paramètres sur la base desquels est calculé la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou une partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ; enfin lorsque le choix de l'entreprise n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public ou mise en concurrence, le niveau de la compensation nécessaire est déterminé sur la base d'une analyse des coûts d'une entreprise moyenne bien gérée .

En droit interne, la règle de l'équilibre en droit interne limite également le recours au soutien de la collectivité, mais le code des collectivités publiques prévoit le cas où l'aide est licite. C'est lorsque les exigences de service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ou lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissement qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'utilisateurs ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs ,ou encore après une période de réglementation des prix .

Comme nous l'avons vu, la ligne de démarcation entre les délégations de service public et les marchés publics a été fixée par la jurisprudence administrative en exigeant que

¹⁵⁴⁹ Décret présidentiel 15-247 portant des marchés publics et des délégations de service public, décret précité

¹⁵⁵⁰ Voir Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties (2008/C 155/02)

le délégataire assume une part du risque économique et financier. Ce critère a été ensuite repris par la loi du 11 décembre 2001, mais c'est la jurisprudence administrative qui détermine cas par cas la présence ou non de ce risque. Dans certains services, le juge administratif se contente d'exiger que les recettes autres que le prix payé par la collectivité devaient être d'environ 30 % de l'ensemble des recettes. A contrario, la rémunération perçue de la part de la collectivité en tant qu'un prix payé au délégataire peut atteindre jusqu'à 70% du financement.

Le décret 15-247 reconnaît la part du financement par la collectivité dans son article 210 en distinguant entre plusieurs formes de délégation selon le risque pris par le délégataire et du contrôle de l'autorité délégante. Parmi ces formes, c'est la concession et l'affermage qui se caractérisent par la part la plus réduite du financement parvenant de la collectivité. Car, le délégataire exploite le service à ses risques et ses périls.

Ainsi, il résulte de l'ensemble de dispositions du décret 15 -247 que le prix payé au délégataire ne doit pas éliminer le risque que celui-ci doit assumer au risque d'une requalification de la délégation à un marché public ¹⁵⁵¹.

B- le soutien financier permanent selon les textes sectoriels

Dans le domaine des services en réseaux, le législateur prévoit la possibilité d'un soutien financier au délégataire en contrepartie des obligations de service public qu'il lui sont transmises .

a- la concession de distribution d'électricité et du gaz par canalisation

En cette matière, la loi 2002-03 met en place un système de rémunération des sujétions de service public en faveur de tous les intervenants dans le secteur y compris le concessionnaire. L'article 04 précise en effet que ces sujétions donnent lieu à une rémunération par l'Etat, après avis de la commission de régulation. Et à titre indicatif, il s'agit de compenser les obligations suivantes :

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

b- la concession de transport ferroviaire

En matière de transport terrestre, la loi 01-13 prévoit l'hypothèse de financement de l'exploitation des services urbains et d'intérêt local à titre subsidiaire par l'Etat ou les collectivités territoriales et les bénéficiaires qui sans être usagers de ses services en retirent un avantage direct ou indirect. Le mode principal de financement étant le financement par

¹⁵⁵¹ CE ,7 avril 1999 ,commune de Guilhaum-Granges

l'utilisateur lui-même. La loi précise en outre que les contributions de l'Etat, des collectivités territoriales et des bénéficiaires sont fixés par la loi.

On comprend alors à la lumière de ces dispositions que la rémunération du concessionnaire peut se fonder en partie sur un financement de la part de l'Etat ou des collectivités territoriales. C'est ce que confirme l'article 18 de la même loi qui prévoit une compensation publique de toute sujétion établie sous les formes et les conditions requises. Cette compensation est destinée à couvrir les manques à gagner ou le déficit résultant de l'exploitation du service imposé. A noter que ces dispositions sont communes aux différents modes de transport ¹⁵⁵².

§2 le soutien occasionnel au délégataire

Traditionnellement il est reconnu au profit du délégataire le droit à un soutien financier éventuel afin de rétablir économiquement son contrat dans deux cas : l'aggravation de ses charges en raison de l'intervention du pouvoir délégant (A) ou du fait d'un événement extérieur (B).

A - le fait de prince

Nous avons vu que l'autorité de régulation ainsi que l'autorité délégante disposent des pouvoirs élargis à l'égard des opérateurs dans le marché, y compris les délégataires de service publics. Ceux-ci peuvent donc subir des mesures qui pourraient avoir des conséquences négatives sur leur situation financière. Ainsi, le pouvoir de modification unilatérale dont le pouvoir délégant est investi est, accompagné par le droit d'indemnisation intégrale reconnu au délégataire.

Ce droit, représente une protection importante pour celui-ci est reconnu d'une manière générale à tout titulaire d'un contrat administratif. Mais, c'est à l'occasion des contrats de concession que le conseil d'Etat français l'a dégagé pour la première fois, et maintes fois réaffirmé. Le juge administratif précise dans l'arrêt compagnie générale française de Tramways que l'intervention unilatérale de la collectivité est fondée, mais il appartient au concessionnaire de « présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation » ¹⁵⁵³. Le droit au rétablissement de l'équilibre financier a été reconnu par le conseil d'Etat dans un autre arrêt (CE SA Meribel 12 mars 1999). Ce droit a été l'objet d'une théorie dite le fait de prince ¹⁵⁵⁴.

Mais pour que l'indemnisation soit reconnue au délégataire, deux conditions sont posées par la jurisprudence :

¹⁵⁵² Article 15 de la même loi 01-13

¹⁵⁵³ Conseil d'Etat, du 11 mars 1910, 16178, publié au recueil Lebon.

¹⁵⁵⁴ Conseil d'Etat, SSR., 12 mars 1999, SA Méribel 92, requête numéro 176694

La première consiste à ce que la mesure prise au cours du contrat doit émaner de l'autorité signataire du contrat .Or, on remarque dans le domaine des services en réseaux que les mesures prises envers le délégataire n'émanent pas seulement de l'autorité signataire du contrat de délégation mais aussi de la part des autorités de régulation .Ainsi ,en matière d'eau l'administration chargée des ressources d'eau dispose d'une compétence générale afin de préserver la salubrité publique ¹⁵⁵⁵. L'autorité de régulation dispose également d'une compétence générale dans le secteur qui consiste à veiller au bon fonctionnement des services publics d'eau en prenant en compte notamment les intérêts de l'usager¹⁵⁵⁶ . Les compétences de cette autorité sont détaillées par le décret n 08-303. Elle est investie des missions suivantes en ce qui concerne l'exécution de la convention de la délégation : veiller au respect par le concessionnaire et les délégataires de service public d'eau de leurs obligations – Elle intervient par la voie de ce qui appelé soft law en vertu des recommandations pour répondre aux réclamations des usagers des services publics d'eau –d'observer et évaluer les indicateurs de la qualité du service fourni aux usagers par les organismes exploitant les services publics de l'eau – de procéder à l'analyse des charges dans le cadre du contrôle des coûts et des tarifs des services publics d'eau – de contribuer à l'établissement des cahiers des charges types relatifs aux opérations de délégation de gestion – de formuler un avis sur les opérations de partenariat pour la gestion des activités des services publics de l'eau mise en œuvre par les filiales d'exploitation .

En matière de concession de distribution d'électricité et du gaz, le concessionnaire est soumis aussi à un pouvoir de régulation exercé par la CREG sur le secteur. A ce titre, celle-ci peut prendre toute initiative dans le cadre des missions qui lui sont confiées en matière de surveillance et d'organisation du marché.

Donc, toutes les actions qui émanent des autorités autres que les signataires des contrats de délégations ne peuvent pas constituer un fait de prince car elle sont étrangères à la relation contractuelle. Elles peuvent donner lieu à une compensation financière dans le cadre

La seconde condition de la théorie du fait de prince exige que la mesure, doit causer un bouleversement de l'économie du contrat, c'est-à-dire qu'elle impose des charges nouvelles ou rend l'exécution du contrat plus onéreuse ¹⁵⁵⁷ .

Si les deux conditions sont réunis le délégataire peut intenter sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait de la mesure en cause¹⁵⁵⁸ .

B - l'imprévision

Ce cas consiste en la survenance d'un événement extérieur aux parties imprévisibles lors de la conclusion de la convention et qui bouleverse provisoirement l'économie du

¹⁵⁵⁵ Article 48 de la loi relative à l'eau ,loi précitée .

¹⁵⁵⁶ Article 65 de la loi relative à l'eau ,loi précitée .

¹⁵⁵⁷ CE ,12 mars 1999,SA Meribel 92

¹⁵⁵⁸ CE, 22 février 1963, Commune de Gavarnie, Rec. p. 113.

contrat. Il peut s'agir d'un événement naturel comme il peut s'agir d'un politique ou des nouvelles dispositions modifiant l'ordonnancement juridique relatif à l'activité concernée. Dans une telle situation, il est difficile pour le délégataire d'exécuter la convention de délégation comme avant. Il est toutefois contraint malgré les difficultés qu'il rencontre de maintenir le service public si non il commet une faute contractuelle justifiant des sanctions ou même la résiliation de la convention à ses torts. Cela génère un surcoût financier important pour le délégataire ce qui nécessite un soutien de la part de la collectivité car aucune faute ne peut être attribuée à celui-ci. Il bénéficie ainsi d'une indemnisation reconnue en droit administratif depuis les années 30. Mais l'indemnisation ne peut couvrir l'intégralité car le délégant n'est pas non plus responsable de cette situation. Ceci dit, le délégataire doit supporter un pourcentage des charges qui varie entre 5 et 20 %. Pour calculer cette indemnité à partir des pertes subies entre le moment où le seuil de bouleversement est atteint et le moment où la situation d'imprévision cesse soit par rétablissement de l'équilibre économique, soit par cessation de l'événement soit par la modification du contrat.

Selon la doctrine l'indemnité versée au délégataire n'a pas le caractère de dommages et intérêts, puisqu'elle ne repose pas sur la responsabilité contractuelle en raison de la nature extra contractuelle des charges. Toutefois, le contrat peut prévoir les dispositions relatives à l'équilibre financier du contrat.

La théorie de l'imprévision a été élaborée afin de garantir la continuité en préservant l'équilibre financier des contrats administratifs notamment les conventions de la délégation.

Contrairement à la théorie de l'imprévision qui intervient en réponse à des événements ou des circonstances imprévisibles qui bouleversent temporairement l'équilibre du contrat la force majeure a pour effet de bouleverser définitivement l'équilibre de la convention. En d'autres termes, le délégataire est dans l'impossibilité d'exécuter la délégation car ni les ressources qui lui sont procurées par la délégation, ni les aides que lui apporte le délégant ne suffisent à restaurer son équilibre financier.

Ainsi en ce qui concerne le service public de l'eau, la pollution qui a touché un site de captage de l'eau a été considérée en raison de son ampleur comme un obstacle insurmontable surtout avec le refus de la collectivité de réviser la tarification sur son territoire. Dès lors, la société délégatrice a le droit d'obtenir la résiliation du contrat ¹⁵⁵⁹.

Sous section 3 : les montages financiers complexes

En réformant les règles de la domanialité publique, le législateur algérien offre à l'instar de son homologue français la voie devant les délégataires privés de soutenir leurs projets à travers des montages financiers complexes (§1). Cette opportunité est possible grâce à la reconnaissance au profits des occupants privés (§2).

¹⁵⁵⁹ CE, 14 juin 2000, Commune de Stadffelfelden c/SA Lyonnaise des eaux –Dumez, req n 184722

§1 la réforme de la domanialité publique

Par la réforme du régime de la domanialité publique en faveur d'une exploitation privée le droit d'accès aux réseaux se trouve consolidé. Cela étant parce que les réseaux sont souvent des propriétés incorporées dans le domaine public.

Longtemps perçu comme exclu de l'appropriation privée, le domaine public était hors commerce et improductif¹⁵⁶⁰. Cette conception classique supposait l'exclusivité des pouvoirs de police¹⁵⁶¹ et rendait difficile l'intrusion du secteur privé que sous des conditions strictes. Cette vision est dépassée aujourd'hui et remise en cause par les évolutions législatives. Le domaine public n'est plus une notion figée et imperméable à la logique économique c'est-à-dire seulement un siège des libertés publiques¹⁵⁶². Il est au contraire un bien économique une richesse dont incombe à l'administration d'assurer la gestion d'une manière efficace¹⁵⁶³. La préoccupation d'ordre public comme fondement des pouvoirs de gestion des biens domaniale recule devant le motif d'intérêt public général qui met à la charge des pouvoirs publics l'obligation d'optimisation et de rentabilisation du domaine public¹⁵⁶⁴.

Dans cette vision l'introduction d'une réforme devient une nécessité d'une réforme du régime juridique de la domanialité publique pour répondre à l'impératif économique pour une valorisation du domaine public. La loi 08-14 modifiant la loi domaniale reconnaît dans son article 05 l'objectif de mise en valeur des biens publics soit directement ou indirectement par des structures de l'Etat et les autres collectivités publiques propriétaires soit en vertu d'une autorisation ou d'un contrat ou par des personnes morales de droit privé ou public ou des personnes physiques.

La loi domaniale 90-30 n'admettait pas avant son amendement que le domaine public soit l'objet d'appropriation privée ou de droits patrimoniaux. L'article 12 portant cette interdiction a été modifié par la suppression de son alinéa 2.

Par la suppression de cette interdiction la voie est ouverte pour une nouvelle exploitation du domaine public dans laquelle les opérateurs privés occupent une place importante. L'amendement de la loi domaniale reconnaît aux occupants privés du domaine par acte ou convention de toute nature, autorisation sauf prescription contraire de son titre un droit réel sur les ouvrages construction et installations de nature immobilière qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée pour ce titre. Ce droit confère à son titulaire pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et limites les prérogatives et obligations du propriétaire.

¹⁵⁶⁰ Aurore Laget-Annamayer, Occupation du domaine public et intérêt général AJDA 2003, p 1

¹⁵⁶¹ Philippe YOLKA, La propriété publique, LGDJ, 1997, p. 214

¹⁵⁶² V. Yves GAUDEMET, Libertés publiques et domaine public, in Mélanges Robert, Montchrestien, 1998, p. 134

¹⁵⁶³ Aurore Laget-ANNAMAYER, Occupation du domaine public et intérêt général, article précité, p 1.

¹⁵⁶⁴ Ibidem, p 02

En doctrine administrative classique la constitution de droits réels sur le domaine public était incompatible avec la nature de ce domaine. Ainsi comme le souligne R Chapus « permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit de tiers, de droits réels, tels que les droits d'usufruit, d'emphytéose ou de servitudes, serait permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par suite une aliénabilité partielle du domaine public »¹⁵⁶⁵. La jurisprudence était hostile aux clauses des contrats conférant des droits réels sur des biens appartenant à une collectivité publique destinée à être aménagée pour les besoins de service public. Elle considère que de telles clauses sont incompatibles avec la domanialité publique¹⁵⁶⁶.

Le législateur a apporté des dérogations, d'abord par la loi 88-13 d'amélioration de la décentralisation du 05 Janvier 1988¹⁵⁶⁷ qui permet aux collectivités locales de consentir sur le domaine public des baux emphytéotiques conférant au preneur un droit réel mais ce droit réel ne pouvait être cédé qu'avec l'agrément de la personne publique. Cette dérogation ne s'étendait pas à l'ensemble du domaine public soumis au régime de la voirie à savoir le domaine routier le domaine portuaire, aéroportuaire, fluviale ex¹⁵⁶⁸.

Cette réforme était donc modeste malgré « interprétation libérale du conseil d'Etat des facilités ainsi offertes par la loi à ces personnes publiques pour mieux mobiliser les financements aux investissements sur le domaine public »¹⁵⁶⁹.

C'est donc, dans l'objectif de valorisation du domaine public que la réforme du régime de la domanialité publique a été introduite. Elle vise en effet, d'encourager l'investissement privé car « une application rigide des principes d'inaliénabilité et de précarité exerce un effet d'éviction à l'égard des investisseurs potentiels »¹⁵⁷⁰.

Le décret 12-427 vient clarifier le régime juridique de l'administration et la gestion des biens publics et privés après la réforme de la domanialité publique effectuée par la loi 08-14. Ce décret confirme le caractère précaire de l'utilisation privée du domaine privé, déjà prévu par la loi 90-30. L'utilisation privée selon cette loi est exceptionnelle et temporaire puisqu'elle nécessite une autorisation administrative préalable pour une durée déterminée et ouvre le droit à un paiement d'une redevance¹⁵⁷¹. Et en vertu du décret 12-

¹⁵⁶⁵ R Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, 6e éd., n° 448

¹⁵⁶⁶ (CE, 6 mai 1985, Assoc. Eurolat Crédit Foncier de France, Lebon, p. 141 ; RFD adm. 1986.21, concl. Genevois ; AJDA 1985.620, note Fatôme et Moreau ; RD sanit. soc. 1986.296, note Alfandari ; Petites affiches 23 oct. 1985, p. 4 note Llorens).

¹⁵⁶⁷ (JO 6 janv., p. 207 ; D. et ALD 1988.82

¹⁵⁶⁸ Martine Lombard La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques.

¹⁵⁶⁹ CE, sect., 25 févr. 1994, SA Sofap Marignan Immobilier et autres, D. 1994.536, note Lombard ; RFD adm. 1994.510, concl. J. Arrighi de Casanova.

¹⁵⁷⁰ P. YOLKA, La propriété publique, op. cit., p. 347

¹⁵⁷¹ « L'usage privatif du domaine public par les utilisateurs relève, au contraire, d'une autorisation administrative préalable. Il ouvre droit au paiement par l'utilisateur, de redevances dont les conditions de fixations

sont déterminées par la loi. »alinéa 3 de l'article 62

Art. 64. —« Les utilisations privatives d'une partie du domaine public

427 l'occupation privée par un acte unilatéral de la dépendance est précaire et révocable dans un intérêt général ou par un motif de police. Le même caractère s'attache à l'occupation en vertu d'un contrat .

L'amendement prévoit que la durée de l'autorisation est fixée en fonction de la nature de l'activité et celles d'ouvrages autorisés et compte tenu de l'importance de ces derniers sans pouvoir excéder 65 ans ¹⁵⁷² .

L'occupation privative qui nous intéresse ici est celle qui se rattache à une mission du service public notamment en matière de délégation du service de l'eau et d'assainissement ou la concession de distribution de l'électricité et du gaz . Et non pas seulement l'occupation banale du domaine privé octroyé aux besoins propre de l'occupant. Car celle-ci n'est pas octroyée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté .

Cette distinction doit par ailleurs être nuancée par le fait que même en l'absence d'une dévolution du service public, la participation de l'occupant privé à la réalisation d'une mission d'intérêt général n'est pas exclue. Il peut s'agir, de l'amélioration de la qualité du service public par la création de nouveaux ouvrages ou l'exercice d'activités commerciales destinées à satisfaire les besoins directs des usagers. Ce type d'occupation privative, se place à mi chemin donc entre les simples occupations domaniales et les délégations du service public¹⁵⁷³. D'ailleurs, le décret 12-427 a consacré cette hypothèse dans son article 75 en énonçant que « la concession d'utilisation du domaine public peut également indépendamment et en l'absence d'une concession de service public, découler d'une mission d'intérêt général confiée par l'Etat à des personnes de droit public ou à des personnes physiques »

Les gestionnaires du service public bénéficient du droit d'utiliser, conformément à sa destination et dans l'intérêt du service public le bien public qui lui est affecté. Cette faculté prévue par la loi domaniale est présente chaque fois que la gestion du service public suppose l'utilisation d'une infrastructure, tel est, le cas de la concession dans les domaines électriques et gaziers.

Non seulement, les gestionnaires ont le droit d'utilisation du domaine public mais ils peuvent aussi « consentir à titre locatif à des occupants temporaires (...) le droit de jouissance et bénéficier des produits et percevoir des redevances sur les usagers »¹⁵⁷⁴

La réforme introduite en droit domaniale algérien a prévu l'hypothèse de l'occupation privative du domaine public attaché à une mission de service public. L'article

affecté à l'usage de tous, autorisées par acte unilatéral, sont la permission de voirie et le permis de stationnement. Elles constituent des occupations temporaires »

¹⁵⁷² L'article 69 bis de la loi domaniale

¹⁵⁷³ Nil .SYMCHOWICZ, l'occupation du domaine public en question, Contrats publics, n54 avril ,2006 , P34

¹⁵⁷⁴ Article 65 de la loi domaniale .

64 bis de la loi domaniale définit la concession de l'utilisation du domaine public comme « l'acte par lequel, l'autorité concédante confie sous la forme d'un contrat (...) le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel ou le droit de financier, de construire et/ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante ». C'est à dire, qu'il ne s'agit pas seulement d'une simple utilisation privative du domaine public mais d'une vraie dévolution d'une mission de service public .

En cas de réalisation d'ouvrages, constructions et installations de nature immobilière, le concessionnaire bénéficie de droits réels sur ceux-ci, selon les conditions que nous préciserons plus tard.

§2 les conséquences de la constitution des droits réels

De la reconnaissance des droits réels résultent deux conséquences importante pour les délégataires du service public : le droit de la constitution d'hypothèque sur les ouvrages construits sur le domaine public (A) –et la technique du crédit bail (B) .

A- La construction d'hypothèque

Il était inconcevable qu'un tel droit soit reconnu à l'égard du domaine public, car il s'agit d'un droit appartenant à la famille de sûretés réelles .Or ,le domaine public est hors de la porté de l'appropriation privée . Comment alors, reconnaître cette faculté aux occupants privés sans remettre en cause le caractère inaliénable de la domanialité publique. L'article 69 bis trouve l'issue en reconnaissant les droits réels sur les constructions réalisées et non pas sur l'assiette domaniale elle-même. C'est-à-dire que la règle de l'inaliénabilité ne fait pas obstacle à ce que l'occupant puisse consentir une hypothèque en tant que propriétaire pendant la durée de l'occupation

Cette solution correspond parfaitement à une jurisprudence très ancienne de la cour de cassation qui distingue la propriété du domaine public et celle de l'ouvrage en considérant que « les bâtiments et constructions élevés en vertu de cette permission constituent par leur nature ,des immeubles ,en tant qu'ils adhèrent au sol ,encore bien que la permission eut été révocable ; (...) ils peuvent être mis comme tels dans le commerce et ,par la suite ,être valablement transmis ,hypothéqués et saisis (...) sous la condition résolutoire qui affecte la durée de leur exercice » ¹⁵⁷⁵ .En revanche, le conseil d'Etat n'admet pas cette distinction .Il considère que les biens construits au cours de l'occupation privative sont incorporés de plein droit dans le domaine public ¹⁵⁷⁶ .Pour lui, la règle de l'inaliénabilité ne laisse aucune place à la stabilité qu'exige les suretés réelles . Or, toute occupation privative du domaine public est nécessairement précaire.

¹⁵⁷⁵ C. cass., 10 avril 1867, Kerveguen c/ Deshayes : D., 1867, I, p. 397 ; S., 1867, I, 277

¹⁵⁷⁶ CE, avis, 13 juin 1989 : EDCE, n° 41, rapport public, 1989, p. 250

En effet, même en reconnaissant les droits réels, le législateur algérien à l'instar de son homologue français n'a pas renoncé pour autant à admettre cette précarité. Elle est consacrée solennellement par la loi domaniale 90-30. D'abord, pour les utilisations privatives en vertu d'un acte unilatérale à savoir le permis de stationnement et la permission de voirie . L'article 64 de cette loi prévoit que les deux autorisations sont temporaires. En outre, le décret 12-427 précise que l'usage privatif du domaine public est précaire et révocable dans un but d'intérêt général. De même, pour les utilisations privatives à caractère contractuel l'article 76 du même décret consacre le caractère précaire et révocable pour un motif d'intérêt général.

Ainsi, les suretés réelles notamment l'hypothèque qui peuvent, découler de l'occupation privative ne peuvent qu'être limitée par leur effet en raison du caractère précaire et des conditions de sa mise en œuvre¹⁵⁷⁷ . L'hypothèque s'éteint au plus tard à l'expiration du titre d'occupation quelles que soient les circonstances et le motif¹⁵⁷⁸ .Et en cas de retrait anticipé, la loi se contente de prévoir que le droit des créanciers régulièrement inscrits sont reportés sur l'indemnité qui peut être octroyée au titulaire. Notons que celui-ci ne peut être indemnisé que si la résiliation anticipée intervient pour un motif autre que l'inexécution et les conditions de l'autorisation¹⁵⁷⁹ . Ainsi, le droit de suite des créanciers est remplacé par un droit de préférence qui permet de récupérer la totalité ou une partie du droit d'indemnité versés à l'occupant. C'est ce qu'on peut rapprocher de la situation de l'expropriation où le créancier ne peut que revendiquer toute ou une partie de l'indemnité versée au propriétaire dépossédé¹⁵⁸⁰ .

En outre, les créanciers bénéficient du droit d'être informés des intentions de l'autorité compétente au moins deux mois ,avant à toute fin utile notamment pour être en mesure de proposer la substitution d'un tiers au titulaire défaillant .

Malgré son caractère limité l'hypothèque en matière domaniale sauvegarde les traits généraux du régime hypothécaire¹⁵⁸¹ .Car les créanciers chirographaires dont la créance est née de l'exécution des travaux liés à la dépendance publique peuvent exercer les mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée¹⁵⁸² .

B- Le recours au crédit bail

Ce mécanisme privilégié dans les relations entre particuliers permet au crédit preneur de financer les ouvrages sans s'endetter. Ainsi, le délégataire peut grâce aux prêts que lui accorde le crédit bailleur de construire les ouvrages prévus par le contrat de délégation

¹⁵⁷⁷ N. FOULQUIER, Droit administratif des biens, 1re éd., op. cit., 2011, p. 334

¹⁵⁷⁸ Article 69 quinquies de la loi domaniale

¹⁵⁷⁹ Article 69 sexies

¹⁵⁸⁰ cité par Aurélien CAMUS, le pouvoir de gestion du domaine public thèse de doctorat en droit public ,université Paris ouest Nanterre ,2013, P541 .

¹⁵⁸¹ Ibidem , P 539 .

¹⁵⁸² Article 69 quinquies de la loi domaniale .

.Sauf que ceux-ci appartiennent au crédit bailleur qui est remboursé par des loyers versés par le crédit preneur grâce à l'exploitation de ses ouvrages ¹⁵⁸³ .

En droit français, cette méthode a été introduite sans aucune exigence car elle découle naturellement de la reconnaissance des droits réels, et ce, contrairement au projet initial qui prévoyait un agrément de l'autorité gestionnaire .Cette exigence a été considérée comme lourde et incompatible avec la vie économique .Le code du domaine de l'Etat dans la version finale de son article reconnaît le libre recours sauf lorsque « l'Etat ou établissement public gestionnaire du domaine apporte le concours financier ou détient directement ou indirectement une participation financière permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion » sur l'organisme bénéficiaire du crédit bail .

En droit algérien, la solution peut découler des dispositions de l'article 69 quater qui reconnaît la possibilité de cession et transmission dans le cadre de mutations entre vifs pour la durée du titre .Cela dit, le titulaire peut transmettre son droit sur les ouvrages à une banque ou à un établissement financier afin de se procurer le financement qu'il le faut . Cette possibilité doit toutefois obéir aux conditions suivantes : - l'agrément par l'autorité compétente –sous réserve d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public – et la condition la plus importante est celle posée par l'article 69 quinquies à la quelle renvoie l'article 69 quater . L'opération doit viser le financement de la réalisation, la modification ou l'extension des biens situés sur la dépendance domaniale occupée.

Conclusion du chapitre 2

La régulation des activités en réseau assumées dans le cadre du contrat de délégation s'insère dans le cadre général des contrats de délégation .Donc, les opérateurs privés sont encadrés en tant que des délégataires de services par les pouvoirs classiques : un pouvoir de contrôle et d'orientation qui s'affirme par le droit de l'autorité de régulation d'intervenir au long du contrat pour modifier les exigences du contrat .Elle exerce en même temps un contrôle continu sur la réalisation du contrat .

Le deuxième encadrement subit par les opérateurs privés est le pouvoir répressif qui intervient pour faire respecter les exigences d'intérêt public.

Enfin, l'encadrement de l'activité privée concerne les flux financiers reçus par les délégataires .Ici, la régulation porte en premier lieu sur la tarification des services fournis au public. En deuxième lieu, l'autorité délégante assure aux opérateurs privés une partie du financement de leur activité. La régulation financière concerne en dernier lieu le financement sur le fondement des dispositions de la loi domaniale conférant aux délégataires en tant qu'utilisateurs du domaine public des droits réels.

¹⁵⁸³ N. FOULQUIER, Droit administratif des biens, 1re éd., Lexis Nexis, 2011, p. 335.

Conclusion du titre 2 de la seconde partie

Pour traduire les exigences relatives à l'encadrement de l'activité du secteur privé dans le domaine des réseaux, deux systèmes de régulation sont mis en place. C'est-à-dire que le législateur algérien n'a pas unifié les règles régissant les services en réseau. Et, en conséquence nous n'avons pas pu ramener la régulation du rôle du secteur privé à un cadre conceptuel unifié. Il fallait prendre en considération la dualité du système de régulation dans le plan de ce titre en traitant séparément les deux régulations. Pour chaque régulation, il fallait dégager ses caractéristiques distinctifs. La régulation des activités concurrentielles s'exerce dans l'objectif de construire un équilibre entre l'intérêt public et la concurrence. Les autorités de régulation sont dotées de pouvoirs élargis pour construire l'équilibre sans que la relation entre l'autorité de régulation et l'opérateur privé. Elles disposent du pouvoir d'encadrement par l'adoption de règlements à l'égard des opérateurs dans le marché. Le contrôle qu'elles exercent sur le respect des obligations des opérateurs privés ressemble à celui exercé dans le cadre des contrats de délégation sauf qu'il s'effectue en dehors d'une relation contractuelles. Le pouvoir de sanction est reconnu à l'autorité de régulation vis-à-vis des activités concurrentielles pour faire régner la discipline dans le marché. S'ajoute au pouvoir répressif le pouvoir de règlement des différends.

La régulation des contrats de délégation se préoccupe de la réalisation d'un équilibre entre l'intérêt public et celui du délégataire privé. Le contrat de délégation de service public présente la formule permettant cet équilibre.

Ainsi, l'autorité dispose de pouvoirs importants lui permettant de contraindre le délégataire de respecter ses engagements. Elle peut encadrer celui-ci d'abord par l'intervention unilatérale dans la vie du contrat. Ce pouvoir, lui permet de porter des modifications aux dispositions réglementaires du contrat au nom de l'intérêt général. Elle exerce sur le contractant un contrôle continu. En contrepartie de ces pouvoirs le délégataire bénéficie du financement de ses activités. Ici aussi, la régulation intervient pour encadrer ce financement ; elle porte sur toutes les sources de financement des activités assumées par le délégataire.

Conclusion générale

L'étude du rôle du secteur privé dans la gestion des services en réseau révèle la difficulté tant théorique que pratique de sa mise en oeuvre. Car, la libéralisation n'a réussi d'ouvrir que d'une façon limitée ses services à l'initiative privée. Le périmètre ouvert consiste essentiellement dans les services ouverts à la concurrence dans le marché à savoir les activités de télécommunications, postales, la production d'électricité. Dans ces secteurs, les opérateurs privés sont appelés soit à remplacer le rôle des opérateurs historiques soit de compléter ce rôle. Ainsi, dans le secteur de télécommunications on a constaté que l'intervention privée s'effectue sur un marché totalement libéré de l'emprise de l'opérateur historique. Et même, si celui-ci, est présent sur ce marché, il le fait dans le cadre de la concurrence et non pas en tant qu'un détenteur de monopole. En revanche, l'intervention du secteur privé dans les autres activités ouvertes à la concurrence n'a pas la vocation à remplacer le rôle des opérateurs historiques du fait du maintien du monopole. Il s'agit des secteurs électriques et gaziers et le secteur postal.

Le second périmètre dans les services en réseau ouvert à l'initiative privée consiste en les activités érigées en tant que des services publics, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas été ouverts à la concurrence dans le marché. Leur ouverture s'effectue dans le cadre de la mise en concurrence des contrats de gestion de services publics. Théoriquement, cette méthode a été conçue dans l'objectif d'encourager l'investissement privé. Les textes relatifs aux secteurs concernés traduisent cette objectif en prévoyant la possibilité d'octroyer les contrats de délégation à des opérateurs privés. Mais en pratique, ce genre de contrats ne s'est pas traduit par des partenariats public-privés. Seul le secteur d'eau et d'assainissement a connu une expérience partenariale mais avec un degré limité d'implication financière de la part des partenaires privés.

Si le constat en ce qui concerne l'ouverture des services en réseau demeure peu satisfaisant, l'encadrement du rôle des opérateurs remplit l'objectif principal de l'organisation de ces services qui consiste à orienter l'action de ceux-ci vers la satisfaction de l'intérêt général. A cet titre, la régulation joue un rôle important tant vis-à-vis des opérateurs des marchés concurrentiels, que pour ceux des services publics en réseaux.

Nous pouvons enfin émettre les observations supplémentaires qui résultent de notre étude :

1- L'étude de l'accès du secteur privé aux activités concurrentielles nous a révélé la transformation qu'a subie les services en réseaux concernés, en ce qu'ils se sont transformés à des activités libérées du caractère de service public. Cette transformation va influencer profondément le modèle d'entrée à ces services ainsi que leur régulation.

2- Suivant le premier constat, les modalités d'exercice des activités concurrentielles ne peuvent être assimilées à des délégations de services publics. Il ne s'agit que de modalités de régulation d'accès.

3- L'accès aux activités non concurrentielles s'effectue à travers le modèle contractuel de service public et selon une procédure concurrentielle. Ce mode d'accès va influencer la régulation.

4- Quant à l'encadrement du rôle du secteur privé nous avons constaté que l'intérêt public constitue l'orientation principale des opérateurs privés dans toutes les activités en réseau. L'intérêt public se manifeste d'une façon traditionnelle par l'imposition des exigences de service public. En outre, d'autres exigences renouvelées d'intérêt public.

5- Le rôle du secteur privé dans l'exercice des activités concurrentielles est encadré par les exigences relatives à l'ouverture à la concurrence. Il s'agit de la reconnaissance de la liberté d'accès aux réseaux qui impliquent des conséquences en faveur du développement de la concurrence dans ces services.

6- La régulation des activités concurrentielles poursuit l'objectif de conciliation entre l'intérêt général et l'ouverture à la concurrence. A cette fin, les autorités de régulation sont dotées de pouvoirs très élargis à l'égard des opérateurs privés.

7- Quant à la régulation des activités en réseau non concurrentielles, elle puise ses principes directeurs du contrat de délégation. Celui-ci en effet est construit sur l'équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt du délégataire

Bibliographie

I Ouvrages généraux

1. ATIAS .C, Droit civil : les biens, Paris, Litec, Coll. Manuel, 10e éd., 2009.
2. B GENEVOIS « principes généraux du droit » Répertoire de contentieux administratif, Paris , 2000.
3. BRACONNIER .S. ,Droit des services publics ,PUF , 2ème édition 2007.
1. CADIET L. , Normand J ,Théorie générale du procès ,PUF ,2010.
4. CHAPUS .R ,Droit administratif général, t. 2, 6e éd.
2. CHEROT. J –Y, Droit public économique 2 ed Paris 2007.
5. CHEVALLIER .J, Science administrative, Paris, PUF, 1986.
6. CLIQUENNOIS M, Droit public économique, Paris, éditions Ellipses, coll. Universités – Droit, 2001.
7. DE LAUBADERE .A .,F .Moderne .P .DEVOLVE ,Traité des contrats administratifs ,LGDJ ,1984 .
8. DUGUIT .L,Traité de droit constitutionnel, t.III, éd. E. de Boccard, Paris 1930, 3e éd.
9. ECKERT .G. ,Droit public des affaires ,LGDJ , Paris,2013
10. FAVOREU .L ,Droit constitutionnel ,Dalloz ,12ème éditions 2009.
11. FOULQUIER .N, Droit administratif des biens, 1re éd., Lexis Nexis, 2011.
12. GAUDEMET Yves,Traité du droit administratif , LGDJ ,16 éditions ,2001 .
13. GUETTIER .C, Droit des contrats administratifs, PUF, 2008.
14. LACHAUME .J-F, BOITEAU.C et PAULIAT H, Droit des services publics, Armand Colin, 3ème éd., 2004.
15. LEROY –BEAULIEU. P, traité de la science des finances 5^e éd tom 1^{er} Paris ,Guillaumin,1891.
16. LONG .M . et autres, les grands arrêts de la jurisprudence administrative , Dalloz ,18 ème éditions ,2001.
17. MOULIN .R et BRUNET .P ,Droit public des interventions économiques ,LGDJ ,2007.
18. S. NICINCT , Droit public des affaires .LGDJ , 2014 .
19. SERVOIN .F , droit administratif de l'économie , PUG ,2ème édition ,2013.
20. VALETTE .J-P,droit public économique , Hachette ,2 ème éditions ,2009 .
21. VEDEL.G et DELVOLVE.P,Droit administratif, Tome2, Thémis, PUF, 12ème éd., 1992.

II Ouvrages spécialisés

1. AMAR .J, De l'usager au consommateur de service public, institut du droit des affaires , PUF Aix-Marseille,2001.
2. ANNAMAYER A., La régulation des services publics en réseaux LGDJ ,2002,Paris .
3. BAUBY .P, L'eupéanisation des services publics , Presses et Sciences Politique ,2011.
4. BEJINCON.X . Essai sur les contrats de travaux et des services publics, LGDJ, Paris ,2001 .
5. BERGERE .F. , BEZANÇON .X, Guide opérationnel des PPP ,le moniteur ,2010.
6. BOITEUX .M. , Concurrence et service public , l'harmattan , Paris , 2003 .
7. BOLDRON F, BORSEBERGER .C ,Libéralisation § services publics ,Economie postale ,Economica ,2010 .
8. CALANDRIE .L , Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français ,LGDJ ,2009.
9. CARDOT .F,Histoire de l'électricité en France Tom 1 :1881-1918 paris fayard ,1991 .
10. CHEBEL-HORSTMANN. ,la régulation du marché de l'électricité ,concurrence et accès aux réseaux ,L'Harmattan ,2006 .
11. CLAMOUR .G, l Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie du marché,Dalloz ,2006, .
12. CLUZEL –METAYER .L., Le service public et l'exigence de la qualité, Dalloz,2006.
13. COHEN .E ,l'ordre économique mondial ,essai sur les autorités de régulation ,Fayard.2000
14. COHEN .E et HENRY .C,service public ,secteur public ,la documentation française , 1997 .
15. DELAIRE.Y,La délégation des services publics locaux , Berger-Levrault ,2009
16. DU BAHY ABOU YOUNES. M ,le contrôle juridictionnel sur la légalité des sanctions administratives ,en arabe Dar Jamiaa Jadida,2000 .
17. DUROY S. ,la distribution d'eau potable en France «la contribution d'eau France »,Bibliothèque du droit public
18. DZOHY .G, « La théorie des facilités essentielles » ,LGDJ ,2009.
19. E. GRAND T. VEYRENC, L'Europe de l'électricité et du gaz Acteurs, marché, régulation, Economica, Paris 2011.
20. F BRENET ,F MELLERAY , Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 ,une nouvelle espèce de contrats administratifs ,Litec ,2005 .
21. FOULETIER.M, Recherche sur l'équité en droit public français ,LGDJ,2003.
22. GUEDON .J, les autorités administratives indépendantes ,LGDJ , Paris ,1993
23. ISIDORO .C ,L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire, Bibliothèque de droit public,2006.
24. LEBAN,J-P, Organisation et régulation du secteur électrique .un voyage dans la complexité, Paris Presse du CEREM ,CNAM ,1994 .
25. LECERF .M . Droit des consommateurs et obligations des services publics ,éd ,d'organisation ,Paris 1999 .
26. LEVY –LEBOYER ,M. et MORSEL. H., Histoire de l'électricité en France tom deuxième ,Fayard ,1994.
27. LIGIERES .P, Partenariats publics privés, Litec ,2000
28. LINOTTE D. et ROMI R, services publics et droit public économique, Litec ,2003.

29. LUCHAIRE .F ,le conseil constitutionnel ,Economica ,1980 ..
30. MODERNE F et MARCOU.G,l'idée de service public dans le droit des Etats de l'union européenne, L'Harmattan ,2001.
31. MONDOU .C ,les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales, Papyrus, 2006.
32. NISINSKI. S.,L'usager du service public industriel et commercial ,L'harmattan 2001 ,p 384 .
33. PERRIN. A, L'injonction en droit public français, Ed. Panthéon-Assas, 2009.
34. PERROT .J.-Y. et CHATELUS. G. (dir.), Financement des infrastructures et des services collectifs, Paris, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 2000.
35. POPOVIC .D , Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques ,LGDJ ,2009.
36. RAVEL. S, Transport d'énergie et télécommunications, 40 ans d'histoire d'un grand service d'EDF, Paris AHEF, 1991.
37. RIBEIL .G , ,La révolution ferroviaire :la formation des compagnies de chemins de fer ,Belin,1993.
38. SIMON .J P ., L'esprit des règles réseaux et réglementation aux Etats unis, L'Harmattan ,1991.
39. SOCOLOFF .P, Marchés publics délégation du service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales, Lavoisier.
40. STOFFAES .C, services publics et question d'avenir, rapport de la commissariat général du plan la documentation française,1995 .
41. STOFFAES.C . , Entre monopole et concurrence - la régulation de l'énergie en perspective historique- , PAU, 1994.
42. SYMCHWICZ .N ,Droit public des montages contractuels complexes , Le moniteur ,2009.
43. TANSUO .Ç, La régulation des services publics en France et en Turquie, l'harmattan ,2009 .
44. WALRAVE .M, les réseaux de services publics dans le monde, commissariat général du plan ,année 1999 .
45. X BEZANÇON, 2 000 ans d'histoire du partenariat public-privé, Paris, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 2004
46. ZOUAIMIA .R , les autorités indépendantes et la régulation économique en Algérie, HOUMA , 2005.

III Thèses et mémoires :

Thèses :

- 1- AJJOUB .M .La notion de la liberté contractuelle en droit administratif français ,Thèse de doctorat en droit public ,Université Panthéon-Assas ,mai 2016.
- 2- BOULKHOUS.I, L'impact du progrès technique sur l'évolution du concept de service public, Thèse de doctorat en sciences économiques ,Université Montpellier 1, 2007 .
- 3- BOYER –CAPELLE. C,le service public et la garantie des droits et libertés, Thèse de doctorat en droit public ,Université de Limoge ,2009.
- 4- BREUIL .L . « Renouveler le partenariat public- privé pour les services d'eau dans les pays en développement : comment conjuguer les dimensions contractuelles, institutionnelles et participatives de la gouvernance ? »Thèse de Doctorat, Ecole nationale de génie rurale, des eaux et des forêts, centre de Paris, 2004 .
- 5- BREVILLE.S, « Autorité indépendante et gouvernement : la régulation bicéphale du marché français des télécommunications », Thèse de doctorat en sciences économiques,Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, novembre 2006 .
- 6- CHRISTE .L, La fourniture quasi-privée des services publics locaux en réseau, Thèse de doctorat en sciences économiques, faculté de droit et sciences économiques, Université de Neuchâtel , 1992 .
- 7- COQUE .A., le service public à l'épreuve du droit communautaire :l'exemple français de la poste , Thèse en droit public ,Université Montpellier 1 ,2001 .
- 8- Emille HERSANT ,les collectivités territoriales et le secteur énergétique ,Thèse de doctorat ,Université d'Orléans, 2010 .
- 9- GARCERIES .S, « l'élaboration d'une notion juridique du service public industriel et commercial »,Thèse ,Université de CERGY –PONTOISE ,année 2010 .
- 10- KAHIL. S, la déréglementation du secteur des télécommunications en Algérie – diffusion de la téléphonie mobile entre2000-2011,Université d'Oran ,2012-2013.
- 11- KOSTOPOULOS .K. , « Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence » Thèse soutenue à l'université de Toulouse 1 ,2003 .
- 12- MANKOUR Y , Les autorités administratives indépendantes assumant l'équilibre entre l'intérêt des agents économiques et les droits des consommateurs, Thèse de doctorat en droit public (en arabe) ,Université d'Oran 2 , année 2015-2016 .
- 13- PERROUD . T ,La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume uni ,Thèse de doctorat en droit public ,Université Panthéon Sorbonne –Paris 1 ,année 2011 .
- 14- SBART .G ,Les services publics de réseau « essai de comparaison entre les Etats unis ,la France et la Grande Bretagne »,Thèse de doctorat en droit ,Université d'Aix en Provence ,2003.
- 15- SENSOY .A , Le mouvement de nationalisation en France, Thèse en droit public , Université de Genève , 1952.

Mémoires

- 1- AHMANE .K., Contrat international l'eau : Contribution à une étude de partenariat public –privé, Mémoire de magistère en droit public économique ,Université d'Oran ,2014.
- 2- HADJOU A , Analyse de la structure et de la dynamique concurrentielle au sein du secteur des télécommunications en Algérie « le cas de la téléphonie mobile »,mémoire de magistère en sciences de gestion ,Université de Mouloud Mammeri de Tizi Ouzou .
- 3- KOVAR .J.-P,Soumission des actes de la puissance publique, Mémoire de DEA en droit des affaires , Université de Strasbourg ,1999-2000 .

IV Articles

1. AUBY. J.M , « la notion de concession et les rapports des collectivités locales et les établissements public d'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 ,CDJ,1949 .
2. AYRAULT .S, Service public « Nécessité et limites du contrôle des délégataires » LA GAZETTE, 3 septembre 2012.
3. BAILLY. J -P, « réinventer la poste entièrement » in Les cahiers de l'ARCEP ,a la recherche d'un nouveau modèle économique postal , n° 5 janvier février ,mars 2011.
4. BARBIER. C . , « L'utilisateur est il devenu le client du service public ? », JCP - La Semaine Juridique - Edition Générale , n° 3, 1995 .
5. BARJOT .D. et M.-F. BERNERON-COUVENHES, « Le modèle français de la concession », Entreprises et Histoire, n° 38, juin 2005.
6. BATAIL .J. , « Le bilan de la loi électrique du 10 février 2000 », Revue de l'énergie n°527,juin 2001 .
7. BAUBY .P « services publics de la tutelle à la régulation » ,Flux , n°31 /32,1998 .
8. BENKEZOUH, « Les mutations des contrats publics en droit algérien de la concession au contrat complexe de partenariat position théorique et cas pratique », RASJEP n° 1/2011.
9. BERLIN.D, « Les actes de la puissance publique et droit de la concurrence », AJDA 1995 .
10. BERTHIER .G, « de l'électricité coloniale à l'électricité nationale : le cas tunisien 1952-1962 » in Outre Mers ,Revue d'histoire ,tome 89 , n° 334 -335 .
11. BEZANÇON .X, « Histoire du droit concessionnaire en France entreprises et histoire », 2005, N° 38.
12. BLANC ,P, « les entreprises publiques face à la concurrence » , Revue de la concurrence et la consommation ,n 125 .
13. BLANC .A et BREUIL L, « les partenariats publics privés peuvent ils bénéficier aux exclus des services d'eau ? » ,Revue secteur privé & développement, n 2 juillet 2009.
14. BOITEAU C, « Les techniques contractuelles :les partenariats publics privé » , Revue Française de finance publique ,n 109 année 2010 .
15. BOTOKO-CLAEYSEN .C, « Le référé –liberté vu par les juges du fond ,analyse des premières décisions de dix tribunaux administratifs » ,AJDA, 2002.
16. BOUQUET. G, « le règlement du différent devant la commission de régulation de l'énergie » AJDA, 2004 .

17. BOURGOUGNOUX .J, « la régulation des services publics en réseau », Problèmes économiques ,10 septembre 2000.
18. BOUSSEMAH .M, « Le secteur public industriel et commercial de l'Algérie coloniale », RASJEP n° 2 ,1982 .
19. BRENET .F, « Liberté fondamentale, RDP, n° 6 2003.
20. BRENET .F. , « la délégation unilatérale de service public » ,AJDA juillet 2013 .
21. BRISSON .J-F « les offres du secteur public marchand » in F. LICHIERE (sous la dir) Le nouveau droit des marchés publics , L'HERMES ,Lyon 2004.
22. BUIGUIES P-A –GUERSENT O –PONQ J-F , « Les services publics en réseaux : les institutions de l'union européenne et les Etats membres » dans HENRY C –MATHIEU M –JEUMEMANIATRE A (dir), Réguler les services publics en réseaux :l'expérience européenne ,Paris ,2003 ,la documentation française ,Coll ,commissariat général du plan .
23. BUZELAI. A , « De la dérégulation des télécommunications dans l'union –de l'utilisateur contraint par le monopole au service public contraint par la concurrence » ,Revue du marché commun et de l'union européenne , n° 434 janvier 2000.
24. CHAPPEZ. J, LAIDIE Y., « la mondialisation et services publics » in La mondialisation du droit ,sous la direction d'Eric LOQUIN et C.KESSEDJIAN ,Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux ,2000.
25. CHEVALLIER .J, « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes » ,JCP I-3254 ,1986 .
26. CHEVALLIER. J. , « les instances de régulation de l'audiovisuelle » ,Regards sur l'actualité , n° 149 ,la documentation française ,1989 .
27. CHREDOR .S, « Les partenariats publics privés en Afrique du nord :le cas de la gestion de l'eau » ,Revue Maghreb-Machrek, n°209 ,2011 .
28. COHEN .E., « de la réglementation à la régulation :histoire d'un concept » Problèmes économiques 20 septembre 2000.
29. COLIN. A, « électricité et territoires : un regard sur la crise » ,Revue Tiers Monde, n° 198, 2009.
30. CURIEN. N. , « LA Libéralisation des télécommunications en Europe » , Flux, n° 44/45 Avril - Septembre 2001 .
31. CURRIER. N , Régulation des réseaux approches économiques Annales des mines ,Réalités industrielles Octobre 1994.
32. De GAUDUSSON ,J « note sous l'arrêt Ursot » , Recueil Dalloz 1969.
33. DE La RICA, « Domanialité publique et droit communautaire « peu de chagrin » ou nouvelle mutation ? » in Incidences du droit communautaire sur le droit public français ,(sous la dir) de Gabriel ECKERT Presses universitaires de Strasbourg 2007.
34. DEFFIGIER .C, « protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics (à propos de l'arrêt du conseil d'Etat du 13 mars 2002 Union fédérale des consommateurs » ,RFDA, n°04,2003.
35. DERDEVET. M , « les réseaux de transport d'électricité au cœur de la construction de l'Europe » ,Revue du marché commun et de l'union européenne ,n471 .
36. DESAMA .C , « 1990-2003 :la libéralisation du marché de l'électricité en Europe » , Problèmes économiques ,26 mai 2004 .

37. DEVOLVE P, « De nouveaux contrats publics ,les contrats globaux » ,RFDA novembre – décembre 2004 .
38. DOUENCE .J- C. , « Les contrats de délégation de service public » ,RFDA,1993 .
39. DREIFUS.M. « L’immixtion du droit privé dans les contrats administratif », AJDA n°22, 2002 .
40. DREIFUSS (M), « l’immixtion du droit privé dans les contrats administratifs » ,AJDA ,2002
41. DREYFUS .J –D., « L’externalisation, éléments de droit public »,AJDA , 18 novembre 2002
42. DUMORTIER. B et L.LAMBERT, « vers la privatisation de l’eau et de l’électricité aux Emirats Arabes Unis », MAGHREB –MACHREK ,N 191 ,Printemps 2007.
43. E COHEN et CL HENRY ,service public ,secteur public ,la documentation française, 1997 .
44. F .JENNY , « La déréglementation des télécommunications :concurrence loyale ou concurrence efficace » RAE, 1996.
45. FATOME E, « le nouveau cadre légal » ,AJDA, 20 septembre 1996 .
46. FRISON –ROCHE. M.A ., « Qu’ es ce que le service public ? Le point de vue juridique »,Revu de l’énergie ,n 486 ,mars avril 1997 .
47. G BOUQUET, AJDA, 2004 .
48. GENOUD .C , Libéralisation Et Régulation Des Industries De Réseau , Revue internationale de politique comparée , vol 11 , 2004 .
49. GIBERSON.M. « L’électricité est elle –un bien public », Problèmes économiques ,18 juillet 2007, .
50. GIRARDOT .Thierry –Xavier et Fabien RAYNAUD, « contrat de concession du service extérieure des pompes funèbres » ,AJDA 1997 .
51. GLACHANT .J-M. , « L’électricité en Grande-Bretagne :une industrie privée et un service public partiel »,revue société contemporaine, n°32,1998 .
52. GUEZOU .O « obligations de mise en concurrence –problématique »in Ch Bréchon-Moulène (dir) ;droit des marchés publics ,III .103 1ed du Moniteur ,avr 2001 .
53. HANOUN .C ., « Comment interpréter le désordre des autorités administratives indépendantes ? », in le désordre des autorités indépendantes –l’exemple du secteur économique et financier –(sous la dir) de Nicole DECOOPMAN, collection CEPRISCA,
54. HENNI,.A. « Dualité économique et formalisme juridique dans la transition algérienne à l’économie de marché ,l’Algérie en mutation » , in les instruments juridiques de passage à l’économie du marché ,sous la direction de Robert CHARVIN et Ammar GUESMI ,L’harmattan .
55. Henri COURIVAUD, « la concession de service public à la française confronté au droit européen »,Revue internationale du droit économique ,2004 .
56. HERTZOG .R, « le prix du service public »,AJDA ,1997 ,1997 .
57. Hervé DUMEZ et Alain JEUNEMAITRE in Droit et économie de la régulation, Règles et pouvoir dans les systèmes de régulationVolume sous la direction de Marie Anne Frison – Roche ,Presses et sciences politiques et Dalloz, 2004.
58. HUGOUNENQ .R . et B VENTELOU , « Les services publics français à l’heure de l’intégration européenne » , Revue de l’OFCE ,2002 .

59. J LEVEQUE , « Allotissement et rendement d'échelle : application aux réseaux de transport ferroviaire, Revue économie et prévision ,n 178-179 ,2007.
60. JACQUIGON .L., documents pour servir à l'histoire de la nationalisation en Algérie – EGA , « établissement national » ,RATLJ,T 71 ,1955 .
61. JANICOT,.L,« L'identification du service public géré par une personne privée », RFDA ,janvier février ,2008.
62. JEZE .G., « La réorganisation des chemins de fer », RDP, 1937.
63. JEZE,.G « La concession de service public » ,RDP ,1925 .
64. KAMLEH,H , « La nouvelle organisation ferroviaire face au marché quelles leçons tirées » ,Revue d'économie industriel ,n 124 ,2008.
65. KELLOUFI. R , « les institutions de régulation en droit algérien » ,Idara n 28 .
66. La justice hors du juge », Les cahiers de droit de l'entreprise, 1984
67. LAGGOUNE. W, « De l'Etat entrepreneur à l'Etat actionnaire discours juridique et réalité d'un processus », RASJEP, 1993 .
68. LASSERE B.. et JM .DELARUE, Chronique de la jurisprudence administrative française ,AJDA ,mai 1983 .
69. LASVIGNES. S, conclusions sur CE, ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg, RFDA, 1994.
70. LAURE BASILIEN –GAINCHE .M ., « le service de l'électricité entre ouverture du marché et ouverture du capital » ,RDP ,N 6 ,2002 .
71. LAURENT Vi ,Le juge administratif l'économie et le contrat ,RFDA adm ,n 6 .
72. LE CHATELIER. G, « où en est on de la mise en oeuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet » ,AJDA ,3 juin 2013 .
73. LEHOUX .F ,Contrats Publics – n°153 - avril 2015
74. LICHERE .F, « Les contrats de partenariat fausse nouveauté ou vrais libéralisation dans la commande publique » ,RDP , n° 6 année 2004 .
75. LIEBER, D. Botteghi « Les pouvoirs de visite de la CNIL et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2010 .
76. LINOTTE .D et G .SIMONIN , « L'autorité des marchés financiers ,prototype de la réforme de l'Etat ? »,AJDA ,2004 .
77. LINOTTE .D, un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariats, AJDA 2005.
78. LONG .M., « Délégation de service public, comment les identifier ? », Le Moniteur 15 janv1999 .
79. LORRAIN .D, « la naissance de l'affermage : coopérer pour exister », Entreprise et histoire ,2008 , n50 .
80. LUVEQUE. J, « Allotissement et rendement d'échelle : allotissements et rendements d'échelle »,Economie et prévision, n178-179,2007.
81. MADIOT ., « Service public et aménagement du territoire », AJDA, 20 juin 1997.
82. Marcou .G, « La notion juridique de régulation », A.J.D.A. 2006 .
83. MARGAIREZ .M. ; « Experts et les services publics économiques entre experts ,praticiens et gouvernants dans le premier XXI^e siècle » ,Revue d'histoire moderne et contemporaine » n 3 ,2005 .

84. MARTI .M. « Libéralisation des services publics : y a-t-il une convergence en Europe », L'Économie politique, n 24 ,2004 .
85. MARTY F. et Arnaud VOISIN « l'évolution des montages financiers des PFI britanniques » , Annales des sciences financières n 94 mai 2006 .
86. MAUGUE .C « les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs » AJDA 1998 .
87. MIHOUB. M, « libéralisation des services de télécommunications au Maghreb : « transition institutionnelle et performances »,agence française de développement, ,n 23 ,décembre 2005 .
88. MONNIER .S, « Les comités de protection des personnes : l'émergence d'une nouvelle catégorie de personnes publiques spécialisées ? »,RDP ,2005 .
89. NICINSKI. S, « lease américain ,équipement publics et droit administratif » ,AJDA ,2001 .
90. NOGUELLOU.R. Le conseil d'Etat et la régulation des télécommunications ,RDP n 3 2010 , p 834.
91. OBERDORFF. H., « le service public local entre modernisation net démocratie »,in le service local .Des impératifs de la modernisation aux exigences de la démocratie », (sous la dir)de J.C.FROMENTet J .SAYAH ,Presses universitaires de Grenoble ,1998 ,p 249.
92. P.FOMBEURE et M. GUYOMAR , « Répartition des compétences entre le conseil de concurrence et le juge administratif » ,AJDA 1999 .
93. PENARD .Th., « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires »,Revue internationale de droit économique, 2/2002 .
94. PEYRICAL .J- M ., « Régime de passation des contrats publics le droit de délégations comme modèle » ,AJDA n°39 ;2004 .
95. Pierre –Alain « le régulateur producteur de droit » in règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation (sous la dir) de M-A .FRISON ROCHE ,volume 2,Presses et sciences politiques Dalloz ,2004 .
96. PLATON S.. , « Délégation de service public et concession de services en droit de l'union européenne », AJDA , 15 juillet 2013.
97. POULLET. V, « service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications »Etude TEPSA « vers un service public européen »,1996 .
98. POUYAUD .D., « Quatre juges pour un contrat »,RFDA , 1998 .
99. PRADA-BRODENAVER. E, « Service public et personnes de droit privé » ,RFDA ,janvier février ,2008 .
100. QUILICHINI .P « Réguler n'est pas juger : réflexions sur la nature de pouvoir de sanction des autorités de régulation économique » ,AJDA,2004 .
101. RAPP .L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation » ,AJDA ,novembre 2004 .
102. RAPP. L. « la politique de libéralisation des services en Europe entre service public et service universel » ,RMCU ,n 389 ,1995 .
103. RAPP. L., »l'expérience américaine »,AJDA ,20 juin 1997.
104. Richer .L, « « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », A.J.D.A., 2004.
105. RICHER. L , « Droit d'accès et service public » , AJDA , n° 2/2006.
106. ROLLAND .L , « la grève des cheminots et les moyens pour y mettre fin »,RDP 1910.

107. SABIANI, F. « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », AJDA, 1977 .
108. SALQUE .C, « « La libéralisation du transport ferroviaire de passagers : un défi majeur pour la SNCF », DA, n° 11, novembre 2009.
109. SYMCHOWICZ .N, « l'occupation du domaine public en question », Contrats publics, n54 avril ,2006 .
110. TERNEUERE .P, « l'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », AJDA ,1996 .
111. TERNEYRE. P, « la qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire » Petites affiches ,février 2000, n° 23.
112. THIL – THAYARA, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des facilités essentielles »,contrats concurrence ,consommation ,1999 , .
113. THOMAS .I., « le principe de participation des usagers au fonctionnement des usagers », RFDA ,n 2, 2004.
114. TUOT. T, « la juridictionnalisation des sanctions est inadaptée à la régulation économique » . AJDA ,2001 n spécial.
115. VIEU.P, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », RFDA 2010..
116. YANNAKAPOULOS. C, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », RDP N2 , 2008 .
117. ZEMBRI,P, « structure des réseaux de transport et de déréglementation », Flux, 2005/4 n° 62 .
118. ZOUAIMIA .R. , « institutions et forces politiques :l'incertitude »,in M.Lakhal (de ,Algérie : de l'indépendance à l'état d'urgence ,Larmises /L'harmattan ,Paris ,1992 .
119. ZOUAIMIA. R , « la délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées » ,revue Idara n 41.

V Rapports et autres documents

1. Commissariat du plan, Rapport présidé par C. SOFFAES *sur services publics question d'avenir*, la documentation française, 1995.
2. Commissariat du plan, services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, , année 2002.
3. Commissariat général du plan, sous la présidence de J. BOURGOUGOUX, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, avril 2003.
4. ARPT ,Rapport d'activité ,année , 2001
5. ARPT, Rapport annuel tom 1,2004 .
6. ARPT ,rapport d'activité 2005.
7. Conseil économique et social et environnemental, Rapport présenté par J-M. GEVEAUX ,Rapport sur l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires régionaux de voyageurs, les éditions des journaux officiels,2012

8. D.JEAN- MARIE, Rapport présenté par la mission économique de Londres sur la libéralisation du secteur postal au Royaume -Uni, Guide répertoires des missions économiques, Mai 2003.
9. OCDE, Rapport sur la réforme de la réglementation au Royaume Unis, Amazon France ,2002 .
10. APN, journal des délibérations officielles du 23 mai 2001.
11. Conseil économique social ferroviaire de voyageurs, Avis sur l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs, Juillet 2012.
12. Banque MONDIALE ,P.MARIN , Rapport sur le Partenariat public privé pour les services eau urbains dans les services de l'eau , paru in tendances et orientations ,n 08, 2009.Banque mondiale, Jeffrey. DELMON rapport sur les « PPP dans le secteur des infrastructures d'infrastructures : guide pratique à l'intention des décideurs publics »,2010
13. CREG, équilibre : la lettre de la commission de régulation de l'électricité et du gaz n2, aout 2008.
14. Conseil d'Etat français pour 1999 Rapport public 1994 du conseil d'Etat ,service public ,services publics :déclin ou renouveau ,EDCE 1995 ,n 46 .
15. Conseil d'Etat (section du rapport et des études) ;Collectivités publiques et concurrence Rapport public 2002,EDCE n 53 ,Paris ,La doc fr ,2002.
16. conseil d'Etat « la concurrence est une composante de l'intérêt général qu'il appartient aux collectivités publiques de protéger » Conseil d'Etat ,Rapport du 2002.
17. CREG, rapport annuel, année 2009, p 10 .Concernant la restructuration de SONALGAZ, ses activités sont réparties sur ses filiales
18. Le ministre de l'économie ,des finances et de l'industrie évoque la nécessité d'une société juridiquement distincte .rép min JO déb AN 26 juillet 1999.
19. CE section du rapport et des études ,réponse à une demande d'éclaircissement relative aux conséquences de l'arrêt Avrillier du 1^{er} octobre 1997 concernant l'annulation d'une délibération du conseil municipal de la ville de Grenoble relative à la délégation de son service public de distribution d'eau potable et d'assainissement .
20. CE Rapport public de 1994 « Service public, services publics, déclin ou renouveau » EDCEn° 46.
21. Conseil d'Etat (section du rapport et des études),Collectivités publiques et concurrence Rapport public 2002,EDCE n 53 ,Paris ,La doc ,fr ,2002 .F. BOROTRA, Assemblée nationale, rapport, Faut-il défendre le service public ?, n° 2260, 1995 .
22. Win , Maxwell la lettre de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes ,Mai /Juin 2005.
23. OCDE ,rapport sur la tarification de l'accès dans le secteur de télécommunications, 2004
24. Conseil de concurrence , 04-A-19 Avis du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits .
25. Commission des Communautés européennes, XXIe, Rapport sur la politique de concurrence, 1991 publié en relation avec le XXVe Rapport général sur l'activité des Communautés européennes, Bruxelles, Luxembourg, 1992, n°1
26. L'OCDE ,La réforme de la réglementation en la France ,2004..

27. Conseil d'Etat, Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, la documentation française.
28. Lettre de la commission de la régulation de l'électricité et du gaz ,n 1 mai 2008 .
29. Groupement d'études et de recherches, « Le fédéralisme allemand et la construction européenne, problématiques européennes », n5,janvier 2000.
30. Commission de l'aménagement régionale de l'environnement du tourisme et des transports, « Libéralisation des marchés européens de l'énergie : une position française minimaliste », adopté par le bureau du 29 juin 2000 selon la procédure d'urgence, chambre de commerce et d'industrie de Paris.
31. Conseil de concurrence ,avis du 25 juin 1996 n 96A10 relatif à la demande d'avis de l'association .
32. OCDE , Rapport au conseil sur les expériences de mise en oeuvre de la recommandation concernant la séparation structurelle dans les industries réglementées » , Revue sur le droit et la politique de la concurrence ,2006/2 Vol 8 .
33. Observations du gouvernement en réponse à la saisine du conseil constitutionnel en date du 24 juin 1996 par plus de 60 sénateurs ,JO du 27 juillet 1996
34. Conseil de la concurrence XVII Rapport d'activité 2003, Etudes thématiques « l'orientation vers les couts »
35. Conseil d'Etat, « service public ,services publics :déclin ou renouveau »,rapport public 1994 ,La documentation française ,1995 .
36. le rapport du conseil d'Etat sur le principe d'égalité :Rapport public pour 1996 ,EDCE
37. Paris la documentation française ,1997
38. Institut de la gestion déléguée, Partenariat public- privé : mode d'emploi juridique et approche juridique, op cit .
39. Avis du conseil de la concurrence du 28 avril 1998,BOCCRF,16 juillet 1998 ,p 391
40. La communication relative aux progrès récents dans la libéralisation du marché intérieure de l'électricité ,COM (2000) 297 final du 16 mai 2000.
41. Communication et projet de directive modifiant les directives 90/388/CEE ,JOCE n C71 du 7 mars 1998 .
42. Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique,,institut de la gestion déléguée publié avec Dexia - 2006 .
43. OCDE , les infrastructures de télécommunications les avantages de la concurrence, 1995.
44. Institut de la gestion déléguée « La place de la gestion déléguée dans le secteur de l'électricité au lendemain de la loi du 10 février 2000 », année 2001
45. Lettre de la commission de la régulation de l'électricité et du gaz ,n 1 mai 2008 .

VI Sites

<http://www.developpement-durable.gouv.fr>

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.senat.fr>

<http://www.algeriepatriotique.com>

www.ladocumentationfrancaise.fr

<http://www.developpement-durable.gouv.fr>

<http://www.affaires-publiques.org>

www.doctrine.fr/d/CE/

www.droit-technologie.org

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

<http://www.fondation-igd.net>

<http://www.enedis.fr>

<https://www.lemoniteur.fr>

<http://www.ona.dz>

<https://www.conseilconstitutionnel.fr>

<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CJCE-C-324-98-Telaustria-2000-12-07.htm>

<http://www.memoireonline.com>

<http://www.adden-leblog.com>

www.art.telecom.fr

<http://www.lagbd.org>

<http://www.arcep.fr>

<http://www.linternaute.fr>

www.arpt.dz

Table de matières

	pages
Introduction général	1
Partie I L'accès du secteur privé aux services publics en réseau	17
Titre 1 L'accès du secteur privé aux activités concurrentielles en réseaux	18
Chapitre 01 : la reconnaissance du rôle du secteur privé à travers l'ouverture à la concurrence	19
Section 01 la situation des services en réseau avant leur libéralisation	19
Sous section 1 La situation antérieure des grands services en réseaux en droit comparé avant la réforme	20
§1 la situation des postes et des télécommunications	20
A- la poste les télécommunications	16
B- Le secteur postal	22
§2 -L'électricité et le gaz	23
A- Le début des activités électriques et gazières	23
a - l'électricité	19
b –l'activité gazière	22
B- la phase de nationalisation de l'énergie	27
a- la nationalisation de l'électricité	27
b- La nationalisation de l'activité gazière	30
§3 -Transport ferroviaire	31
A- le début du transport ferroviaire	31
B- la nationalisation du secteur	34
Sous section2 l'organisation des services en réseaux avant la libéralisation en Algérie	35
§1- la gestion en régie -service de poste et de télécommunications	35
A- Avant l'indépendance.	35
B - la gestion en régie après l'indépendance.	36
§2 - La gestion à travers un établissement public	37
A - la période coloniale	38
B- la période socialiste	39
Section 2 Une libéralisation influencée par les modèles étrangers	40
Sous section 1 : le processus communautaire de libéralisation des services en réseau	41
§1 Le domaine de postes et des télécommunications	41
A - le processus de libéralisation de télécommunications	41
a- période préliminaire	41
b- les étapes du processus de libéralisation	43
B- le processus de libéralisation des activités postales	44
§2 - L'électricité et le gaz	47
A- le processus de la création d'un marché concurrentiel	47

d'électricité	
B- le processus de la création d'un marché concurrentiel gazier .	52
§3 - Transport ferroviaire	54
A - L'annonce du projet de libéralisation du transport ferroviaire	54
B - la traduction du processus de libéralisation du transport ferroviaire	55
Sous section2 : L'influence de l'expérience communautaire sur le droit algérien	57
§1 la libéralisation des postes et des télécommunications	57
A- télécommunication	57
B- - Le secteur postale	60
§2- La libéralisation des activités électriques et gazières	61
A - la réforme du secteur énergétique en Algérie	61
B L'introduction de la concurrence dans les activités électriques et gazières	62
Conclusion du chapitre 01	
Chapitre 02: l'étendue de l'accès aux activités concurrentielles de réseau	65
Section 01 : l'accès aux activités ouvertes entièrement à la concurrence	65
Sous section 1 : la nature des modalités d'accès aux activités de télécommunications	66
§1 l'assimilation des régimes de télécommunications aux délégations non contractuelles	66
A – les arguments de l'assimilation	66
B -la critique de la thèse d'assimilation	68
§2 la nature particulière des activités de licence	69
A- l'indentification de la nature privée de la personne	70
B- l'indentification de la mission de service public dans l'activité d'une personne privée	70
a- la poursuite d'un objectif d'intérêt général	70
b- la reconnaissance au profit de la personne privé de prérogatives de puissance publique	72
Sous section 2 : l'organisation d'accès aux télécommunications	74
§1 Les activités relatives au régime de licence	74
A- la téléphonie mobile	74
B- La téléphonie fixe	76
§2 les activités relatives aux régimes de l'autorisation et la simple saisine	76
A- les activités liées au régime d'autorisation	76
B - les activités liées à la simple saisine	77
C– les activités liées au régime d'agrément	78
§3- La procédure de dévolution des activités de télécommunications	78

A- le régime de mise en concurrence	79
a -l'appel à la concurrence	79
b- phase de la mise en œuvre de la procédure d'adjudication	80
B- les régimes simplifiés d'accès aux activités de télécommunications	82
a- le régime de l'autorisation	82
b- le régime de la simple déclaration	85
Section 2 : l'accès aux services ouverts d'une façon limitée à la concurrence	87
Sous section 1 les activités en réseau exclus de la concurrence	87
§1 le monopole de Poste d'Algérie	87
A- la création d'un établissement public industriel et commercial	87
B- les activités exercées dans le cadre du régime d'exclusivité	89
a- l'aspect inchangeable du régime d'exclusivité	89
b- l'aspect variable du régime d'exclusivité	90
§2 le monopole naturel dans le domaine électrique et gazier	91
A- les contours de réseaux	91
B- la gestion du monopole	94
Sous section 2 les activités ouvertes à la concurrence	95
§1 les modalités d'accès au secteur postal	95
A- le régime d'autorisation	95
B- le régime de la simple déclaration	96
a- l'objet du régime de la simple déclaration	96
b- la procédure de la simple déclaration	97
§2 les modalités d'accès aux activités concurrentielles électriques et gazières	97
A – Les activités énergétiques qualifiées comme concurrentielles.	97
a - L'objet de l'autorisation	98
b - Les activités d'exportation et l'importation énergétiques .	99
B- la procédure de la délivrance de l'autorisation	100
a – Le régime de droit commun.	100
b-La procédure d'appel d'offre.	101
c Le cas du changement du titulaire	102
Conclusion du chapitre 02	103
Conclusion du titre 1	
Titre II L'accès du secteur privé aux activités non concurrentielles en réseau	105
Chapitre 1 : Une remise en cause du monopole public sans l'instauration de concurrence	106
Section 1 : l'ouverture des services en réseaux par un transfert d'exclusivité de gestion	107
Sous section 1 la nécessité de sauvegarder l'exclusivité de gestion.	107
§1 la compétence des pouvoirs public en matière de services publics	107

A Le domaine électrique et gazier.	107
B - le service d'eau et d'assainissement	109
C - le transport ferroviaire	110
§2 Pour un partenariat efficace avec le secteur privé	111
A Les avantages du recours au partenariat public privé	111
B – les modèles de partenariat	113
a - Le modèle Britannique .	113
b - le modèle Français	113
c - le choix du législateur algérien	
Sous section2 : les services concernés par le transfert de l'exclusivité de gestion	116
1§ - la concession de distribution de l'électricité et du gaz	117
A - L'objectif conciliateur de la concession .	117
a- l'objectif conciliateur de la loi 02-01	117
b- une ouverture sans compromettre l'intérêt public	118
B- une ouverture difficile aux opérateurs privés	119
a- le caractère monopolistique de l'activité	119
b- L'ineffectivité d'ouverture de la distribution aux acteurs privés	120
§2 l'ouverture du transport ferroviaire ineffective à travers la concession	121
A -la situation du transport ferroviaire avant la loi 01-13	121
a -la situation du transport ferroviaire pendant l'occupation française	121
b- une organisation du transport ferroviaire prolongée après l'indépendance	121
B - la situation du transport ferroviaire après l'adoption de la loi 01-13	123
a- la réforme du transport ferroviaire	123
b- le contrat de concession dans le transport ferroviaire	124
§3 - L'ouverture du secteur de l'eau et d'assainissement au secteur privé dans le cadre de la délégation	125
A- L'influence du modèle partenariale pour la remise en cause du monopole	126
a- Le succès de l'expérience partenariale dans le monde	126
b - l'influence de cette expérience sur le droit algérien	128
B les activités ouvertes dans le cadre de la gestion déléguée	129
a Les activités liées la délégation du service public	129
b les activités liées au régime de concession domaniale en matière de l'eau	131
Section 2 le modèle contractuel envisagé pour le transfert de l'exclusivité de gestion	132
Sous section 1 L'analyse du modèle contractuel à la lumière de la notion de délégation de service public	132
§1-la notion de la délégation du service public	132
A l'origine française de la notion de délégation de service public	132
B - la consécration de la délégation de service public en droit algérien	134
a- La consécration de la notion de délégation avant le décret 15-247	134
b- la consécration de la notion de délégation après le décret 15-247	135

§2- La transposition de la délégation du service public dans les services en réseaux.	136
A- Le contrat :	136
B- La personne publique délégante	137
C- Le service public	140
D- La rémunération du contractant	142
a- Signification du critère de la rémunération	142
b- l'élément financier dans les services en réseaux	144
Sous section 2 - L'étendue des missions déléguées dans les services en réseaux	145
§1 – Le transfert de missions élargies « contrat de concession »	146
A la définition du contrat de concession	146
B La concession pure	148
C - La concession mixte de service et de travaux publics	149
§2- Le transfert de missions limitées	150
A le contrat d'affermage	150
B - La régie intéressée	153
Conclusion chapitre 1	154
Chapitre 2 la soumission des dévolutions du service public au respect de la concurrence	155
Section 1 : Les règles destinées à la protection de la concurrence à phase d'attribution	156
Sous section 1 : Fondements du respect de la concurrence dans la conclusion délégations du service public	156
§1 La mise en concurrence des contrats publics	156
A vers une généralisation de la mise en concurrence en droit comparé	156
B L'imposition des principes de la commande publique en droit algérien	158
a- Le principe de la liberté d'accès	158
b- le principe d'égalité de traitement	160
c- le principe de transparence	160
§2 Soumission de la conclusion des contrats de délégation aux règles de la concurrence	161
A- l'introduction des règles de concurrence dans le bloc de l'égalité	161
B- la possibilité de soumettre la dévolution de service public aux règles de concurrence	163
Sous section 2 : L'imposition du respect de la concurrence en matière des services en réseaux	165
§1 - Le choix de la procédure d'appel d'offre face au principe d'insuïtu personnae	165
A- la consécration de la procédure d'appel d'offre	165
B- l'impact du choix de l'appel d'offre sur la liberté contractuelle de l'autorité délégante	167
§2- Les obligations qui découlent de la procédure d'appel d'offres	169
A- La publication	169
B- La mise en concurrence	171

a- La flexibilité de la procédure	171
b- Les limites de la mise en concurrence	173
Section 2 : Le contentieux lié à l'accès aux contrats de délégation	176
Sous section 1 : Référé précontractuel outil principal pour la garantie du droit d'accès	176
§1- les caractéristiques générales du référé précontractuel	177
A- le caractère préventif du référé précontractuel	177
B -L'objet du référé	179
C - Les conditions allégées du référé précontractuel	181
a- L'absence de la condition liée au délai ou le recours préalable	181
b- La qualité d'agir	182
§ 2- La nature du contrôle exercé par le juge	183
A - Les mesures provisoires	183
B -Les mesures définitives	184
Sous section 2 : Le contentieux de l'excès de pouvoir	186
§1 Conditions de la mise en œuvre du référé de l'excès de pouvoir	186
A -un recours contre un acte détachable	186
a- l'exigence d'un acte détachable	186
b- des actes antérieures à la conclusion du contrat	187
B- Délai du recours et intérêt d'agir	187
a- le délai de recours	188
b-L'intérêt d'agir	188
§2 Condition d'efficacité du recours en excès de pouvoir	189
A- Associer le recours en annulation avec les référés d'urgence	189
a- l'importance des mesures d'urgence	189
b- La difficulté de mettre en œuvre les référés d'urgence	190
B Les moyens de concrétisation de l'annulation de l'acte détachable	192
a- l'étendue des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir	192
b- le recours au juge d'exécution ou le juge du contrat	194
Conclusion du chapitre 02	197
Conclusion du titre 2	198
Conclusion du partie 1	198
Partie 2 La régulation du rôle du secteur privé dans les services publics en réseau	199
Titre 1 Les fondements de la régulation des services publics en réseau	200
Chapitre 01 : les exigences liées à l'intérêt général	201
Section 1 : La consécration des exigences traditionnelles de l'intérêt public	201
Sous section 1 : L'affirmation des principes du service public	201
§1 - L'affirmation du principe de l'égalité	201
A- principe d'égalité dans les contrats de délégation	202
B- L'égalité de traitement dans les services ouverts à la concurrence	204
§2- principe de continuité	208
A- la continuité dans les contrats de délégations	208
B- L'obligation de continuité dans les services ouverts à la concurrence	210

§3 - le principe d'adaptabilité du service public	213
A-l'adaptation dans les activités déléguées (adaptation par le droit)	213
B- l'adaptation dans les activités concurrentielles	215
Sous section 2 les aménagements apportées aux exigences de service public	216
§1- Les limites du principe d'égalité	216
A- les limites à l'égalité d'accès	217
B- les limites de la l'égalité de traitement	217
§2- Les justifications de la rupture du principe de continuité	222
a- les interruptions individuelles	222
b- les interruptions générales	223
Section 2 : les nouvelles exigences de l'intérêt public	225
Sous section 1 : les nouvelles exigences générales de l'intérêt public	225
§1- Protection de l'environnement et l'aménagement du territoire	225
A- Respect de l'environnement	225
a- la protection de l'environnement comme objectif général dans les réseaux	226
b- le reflet de l'environnement dans les obligations des opérateurs	227
B- L'aménagement du territoire	230
§2 les exigences d'intérêt public liées à l'ouverture à la concurrence	232
A- Respect de la concurrence	232
a- La consécration de la concurrence dans l'organisation des services en réseaux	232
b- Le reflet de la concurrence dans les obligations des opérateurs	234
B- L'amélioration de la qualité du service public	235
a- la revendication de la qualité du service au titre de l'adaptabilité	236
b- l'adaptation du service à travers la marchandisation	238
Sous section 2 contribution à la réalisation du service universel	240
§1- Une notion clé de l'ouverture à la concurrence	241
A- une notion neutre et adaptée à la logique du marché	241
B- Le service universel accompagne la libéralisation de certaines activités	242
§2- Modalités de contribution à la réalisation du service universel.	245
A - contribution directe à sa réalisation	245
B - la contribution à son financement	246
Conclusion du chapitre 1	249
Chapitre 02 : Les exigences liées à l'ouverture des réseaux à la concurrence	250
Section 1 : la consécration du droit d'accès aux réseaux et ressources rares	250
Sous section 1 : Les fondements de la liberté d'accès au réseau	250
§1- la définition de la notion du droit d'accès	251
§2- les justifications de la consécration du droit d'accès	253
A- la finalité de la théorie des facilités essentielles	253
B- l'introduction de la concurrence dans la sphère de domanialité publique	257
Sous section 2 : l'étendu du droit d'accès	259

§1- L'accès unidimensionnel aux réseaux	259
A- l'accès aux réseaux électriques et gaziers	259
B- l'accès aux réseaux de télécommunications la boucle locale	262
§2 / L'accès multidimensionnel m'interconnexion	265
A- La définition de l'interconnexion	265
B- Le contenu de l'interconnexion	267
Section 2 : Une l'organisation adaptée à l'ouverture à la concurrence	268
Sous section 1 : la séparation entre les fonctions de régulation et d'exploitation	268
§1 - La consécration de l'indépendance de la régulation	269
A- Les justifications de l'indépendance de la régulation	269
B- la création d'autorités de régulation indépendantes	272
§2 - les moyens de la consécration de l'indépendance de la régulation	274
A- une indépendance à l'égard du gouvernement	274
a- Caractère collégiale et mode de désignation	275
b - la nature du mandat	277
B- indépendance confirmée à l'égard du marché	281
a- L'exigence d'impartialité	281
b- le régime d'incompatibilité pour garantir l'indépendance personnelle	283
Sous section 2 : La séparation entre la fonction d'exploitation commerciale et la gestion du réseau	285
§1 La désintégration à travers l'instauration de la transparence	286
A - la consécration de la désintégration	286
a- La désintégration des opérateurs historiques	286
b- les critiques au phénomène de la désintégration	288
B- l'étendue de l'obligation de transparence	289
a- l'objet de l'interdiction	289
b- Les cas justifiant l'atteinte à la confidentialité	290
§2- les modalités de la désintégration	291
A- la transparence comptable	291
a- la comptabilité analytique	291
b- la transparence comptable à travers la séparation comptable	292
B- la séparation fonctionnelle et organique	294
a- l'étendue limitée de la séparation	294
b- la filialisation des activités	295
Conclusion du chapitre 2	297
Conclusion du titre 1	298
Titre 02 L'organisation de la régulation du rôle du secteur privé dans les services en réseaux.	299
Chapitre 01 La régulation de la mise en œuvre du rôle du secteur privé dans la gestion des activités concurrentielles	300
Section 01 : le pouvoir d'encadrement et de contrôle	300
Sous section 1 : L'encadrement de l'activité des opérateurs privés par des règles générales	300
§1 L'exercice direct du pouvoir réglementaire	301
A- L'exercice élargi de pouvoir réglementaire par l'ARPT	301

B- Un exercice limité du pouvoir réglementé par la CREG	305
§ 2- l'exercice indirect du pouvoir réglementaire	305
A- le pouvoir réglementaire indirecte de l'ARPT	305
B- pouvoir réglementaire indirecte de la CREG	306
Sous section 2: l'encadrement du rôle du secteur privé par le pouvoir d'investigation et de contrôle	306
§1 une mission générale de contrôle et surveillance	307
A- contrôle sur activités concurrentielles des postes et des télécommunications	307
B- le contrôle sur les activités concurrentielles énergétique	310
a- contrôle sur le respect de règles techniques et environnementales	310
b- Le contrôle sur la concurrence	311
§ 2- contrôle tarifaire	311
A - le contrôle tarifaire dans les télécommunications	312
B- Contrôle tarifaire en matière de production d'électricité	317
Section 2 : L'encadrement du rôle du secteur privé par une fonction contentieuse de la régulation	319
Sous section 1 : la fonction coercitive de la régulation	319
§1 l'identification des sanctions de la régulation	320
A- la présence d'une décision administrative	320
B- finalité répressive	320
C- identification des peines prises par les autorités de régulation	321
a -Peines extrapatrimoniaux	322
b- peines patrimoniaux	323
D- un manquement aux obligations	323
§2- le régime des garanties lié à l'exercice du pouvoir répressif	324
A - l'application de garanties substantielles	324
a- l'encadrement de l'enquête	324
b- l'encadrement de la décision répressive par des garanties substantielles	326
B- les garanties procédurales	329
a -le droits de la défense	329
b- la motivation de la sanction	330
Sous section 2 : l'encadrement du rôle du secteur privé par une fonction extra juridictionnelle	331
§1 Le règlement des différent	332
A- l'identification du règlement du différent	332
a- l'existence d'un différent (la cause)	332
b- le moyen de règlement du conflit une injonction ou objet du règlement	333
B- les garanties de la procédure du règlement du différent ou d'accès	334
a- caractère contradictoire	334
b- La nature quasi inquisitoire de la procédure du règlement du différent	335
c- le caractère exécutoire de la décision	336
§2 les modes non contraignants	336
A - l'arbitrage	336
a - le pouvoir d'arbitrage de l'ARPT	337

b- le pouvoir d'arbitrage de la CREG	337
B le pouvoir de conciliation	338
a- la nature du pouvoir de conciliation	338
b/ objet et procédure de la conciliation	339
Conclusion du chapitre 1	339
Chapitre 2 La régulation des activités non concurrentielles en réseau	340
Section 1 : les pouvoirs d'encadrement de l'autorité délégente	340
Sous section 1 : le pouvoir d'orientation et de contrôle	341
§1 le pouvoir d'intervention au cours de la vie du contrat	341
A- pouvoir de direction	341
B- le pouvoir de modification des clauses du contrat	343
a- la modification unilatérale du contrat	343
b les modifications bilatérales du contrat (avenants)	345
§2- Le pouvoir de contrôle	348
A- l'exercice du contrôle dans les délégations du service public	348
a - Le fondement du pouvoir de contrôle sur les délégataires	348
b - Les outils de contrôle	350
B - Le contrôle par les usagers	252
a – le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics	353
b- la participation des usagers au contrôle de la gestion déléguée	354
Sous section 2 : le pouvoir répressif vis-à-vis des délégataires	357
§1- Les sanctions pécuniaires et coercitives	357
A les sanctions coercitifs	357
B Sanctions coercitives	328
§3 La résiliation unilatérale	359
A la résiliation unilatérale en dehors du comportement fautif	359
a le fondement de la sanction de résiliation unilatérale	359
b Le droit à l'indemnisation	360
B la résiliation comme réponse à un comportement fautif	365
Section 2 le financement des activités en réseaux assumées dans le cadre de la délégation.	368
Sous section 1 La tarification des activités des services en réseaux	369
§1 la fixation réglementaire des dispositions tarifaires	369
§ 2 les principes guidant la tarification.	370
A- la vérité des prix.	373
B- Règle du respect de l'équilibre financier	375
Sous section 2 : le soutien financier de la collectivité	377
§1 le soutien financier permanent au délégataire	377
A- le soutien financier selon le décret 15 -247	378
B- le soutien financier permanent selon les textes sectoriels	379
a- la concession de distribution d'électricité et du gaz par canalisation	379
b- la concession de transport ferroviaire	379
§2 le soutien occasionnel au délégataire	380
A - le fait de prince	380
B - l'imprévision	381
Sous section 3 : les montages financiers complexes	382

§1 la réforme de la domanialité publique	383
§2 les conséquences de la constitution des droits réels	386
A- La construction d'hypothèque	386
B- Le recours au crédit bail	387
Conclusion du chapitre 2	388
Conclusion du titre 2 de la seconde partie	389
Conclusion général	390
Bibliographie	392