

ÉTAT DES LIEUX DE L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN TUNISIE

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, TUNIS
TUNIS 1,2,3 DÉCEMBRE 2005
S. POILLOT PERUZZETTO¹
M. MEDDEB²

Le droit de la concurrence se présente comme le substitut organisé par l'homme raisonnable et défenseur de la liberté, à l'encontre, sur le marché, de la loi de la jungle ou encore de la loi du plus fort. Le droit vient ainsi en défense des plus faibles et des moins rusés.

Le droit de la concurrence se présente certes comme un langage de la « modernité », dérivé de l'analyse économique, mais il constitue surtout un droit fondé sur la nécessaire démocratie économique pour organiser les relations sur le marché de manière impérative et assurer à toute entreprise, sans considération de taille, « nationalité », lieu d'immatriculation, d'exercice principal, un libre accès au marché.

Dans la rencontre entre la Tunisie et l'Europe, le droit de la concurrence s'est vite présenté comme un pôle de travail.

En effet, l'article 36 de l'accord d'association prévoit des règles de concurrence en matière d'entente, d'abus de position dominante et d'aides d'état.

Cet article qui figure au chapitre II relatif à la concurrence et autres dispositions économiques, dispose que « 1. Sont incompatibles avec le bon fonctionnement du présent accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Tunisie :

a) tous les accords entre entreprises, toutes les décisions d'association d'entreprises et toutes les pratiques concertées entre entreprises, qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ;

b) l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur l'ensemble des territoires de la Communauté ou de la Tunisie ou dans une partie substantielle de celui-ci ;

c) toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, sauf dérogations autorisées en vertu du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier.

2. Toute pratique contraire au présent article est évaluée sur la base des critères découlant de l'application des règles prévues aux articles 85, 86 et 92 du traité instituant la Communauté européenne³ et, pour les produits couverts par la Communauté européenne du charbon et de l'acier, de celles prévues aux articles 65 et 66 de ce traité, ainsi que des règles relatives aux aides publiques, y compris le droit dérivé.

3. Dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du présent accord, le Conseil d'association adopte les réglementations nécessaires à la mise en œuvre des paragraphes 1 et 2.

Tant que ces réglementations n'ont pas été adoptées, les dispositions de l'accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'accord général sur les

¹ xxx

² Docteur en droit.

³ Devenus articles 81, 82 et 87 TCE.

tarifs douaniers et le commerce s'appliquent à titre de réglementation pour la mise en œuvre du paragraphe 1, point c), et des parties correspondantes du paragraphe 2 »⁴.

L'article 52 de l'accord dispose quant à lui que « *La coopération vise à aider la Tunisie à rapprocher sa législation de celle de la Communauté dans les domaines couverts par le présent accord* », y compris donc les règles de concurrence.

L'accord d'association prévoit également des institutions d'application que sont le Conseil d'association et le Comité d'association.

- Le Conseil d'association réunit les ministres, une fois par an et chaque fois que nécessaire, à la demande de son président. La présidence est exercée à tour de rôle par un membre du Conseil de l'UE et par un membre du gouvernement tunisien.

Il a pour compétence l'examen des problèmes importants se posant dans le cadre de l'accord ainsi que de toutes les questions bilatérales et multinationales d'intérêts communs.

Le Conseil dispose d'un pouvoir décisionnel dans le cadre de la réalisation des objectifs visés et peut en parallèle formuler des recommandations.

Il constitue également un organe de règlement de différends sur l'interprétation de l'accord. En cas d'échec, le différend est soumis à une instance arbitrale dont un membre est nommé par chaque partie et le troisième par le Conseil.

- Le Comité d'association quant à lui réunit les fonctionnaires avec une présidence fixée selon le même mode que le Conseil. Le Comité est chargé de la gestion de l'accord et dispose à cet effet d'un pouvoir de décision. Par ailleurs, le Conseil peut lui déléguer une partie de ses compétences.

D'autres organes ou groupes de travail peuvent, en tant que de besoin, être créés par le Conseil pour la mise en œuvre de l'accord. Cela a été ainsi le cas en matière de coopération douanière ou d'affaires sociales.

Si la Tunisie et l'Europe se sont rencontrées sur le terrain de la concurrence, la Tunisie n'avait pas attendu l'Europe pour avancer et disposait déjà de tous les outils conceptuels et méthodologiques.

L'approche économique du droit dévoile cependant que la norme qui fut longtemps essentielle pour les juristes – même si déjà Jean Carbonnier avait montré l'importance de l'approche sociologique – ne suffit pas dans son existence et qu'il convient de s'intéresser à l'ensemble du mécanisme jusqu'au résultat de l'application de la norme dans un processus d'évaluation. Ainsi en Tunisie comme ailleurs, cette approche économique du droit oblige le juriste à s'intéresser évidemment toujours à la norme elle-même comme un langage juridique, mais également à « l'autour » de la norme.

Finalement, suivant cette double approche, la Tunisie dans l'application du droit de la concurrence montre que la norme comme langage est très solidement édifiée (I) et que l'autour de la norme est aujourd'hui en chantier (II).

⁴ Un article identique est prévu dans tous les accords d'association euro-méditerranéens, à l'exception de l'accord avec Israël dans lequel le paragraphe 2 de l'article 36 a été supprimé.

I - La norme très solidement édifiée

A priori, il n'était pas évident d'apprendre le langage du droit de la concurrence. Il ne l'a d'ailleurs été pour aucun État membre ayant adhéré à l'Union européenne, tant le droit de la concurrence se présente comme un langage en tant que tel, sans lien direct avec le langage civiliste et appréhendant pourtant la même réalité.

Un certain nombre de difficultés pouvait ainsi apparaître.

Les politiques et pratiques antérieures en Tunisie se situaient d'abord dans un contexte dirigiste. La loi de 1991 s'inscrit dans le cadre du programme de libéralisation et d'ajustement structurel entamé à partir des années 1980 et il y avait ainsi une absence de tradition concurrentielle de court terme.

Comme dans les autres États, du fait de la différence de méthode et de concepts, il y avait sans doute également des difficultés de compréhension du droit de la concurrence en raison des aspects économiques.

Politiquement, le discours essentiellement fondé sur le bon fonctionnement du marché présente la difficulté, en fixant cette priorité, de laisser d'autres objectifs dans l'ombre, comme si seul le marché et son bon fonctionnement importaient.

La Tunisie a cependant toujours été excellente dans l'apprentissage des langues étrangères et il n'est donc guère étonnant qu'elle ait rapidement compris et maîtrisé le droit de la concurrence tel qu'il résulte de l'article 36 de l'accord d'association.

Si cette prouesse a été possible c'est que la Tunisie, d'une part, avait, avant l'accord d'association, son propre droit de la concurrence de source interne et que d'autre part, elle dispose des outils méthodologiques d'application.

A - Un droit interne en résonance

Si le langage existait c'est qu'il puisait dans la réalité tunisienne ses racines, et qu'il a ainsi pu se développer.

1 - Un droit fondé

Si le langage du droit de la concurrence véhiculé par l'accord d'association s'est ainsi intégré dans le corps des règles tunisiennes, c'est que les fondements civilisationnels existaient et que les concepts développés trouvaient une résonance dans le droit existant.

a) Les fondements civilisationnels

Au regard de la tradition de commerce en Tunisie, il faudrait remonter au grand commerce phénicien qui sans doute était organisé dans un cadre de liberté d'accès au marché. Ainsi, le premier traité de paix entre Carthage et Rome prévoit entre autres que « ... *ceux [des navires carthaginois] qui viendront en vue du commerce, rien ne leur sera réclamé pour ce qu'ils auront fait, excepté ce qui se paie au prieur public ou au scribe...* »⁵.

Il convient également de rappeler que le Coran favorise explicitement la productivité et le libre commerce. Le Coran prohibe la fraude dans le commerce, prévoit la liberté contractuelle, exige la normalisation des poids et mesures et protège la propriété privée. Par ailleurs,

⁵ Jean Gaudemet, *Institutions de l'antiquité*, Sirey, Paris 1982, p. 288.

le Prophète lui-même était un commerçant et la civilisation islamique a suivi dans son expansion les routes du commerce.

Si Ibn Taymiyah considère qu'une corporation est nécessaire pour chaque métier, afin de protéger les marchands existants et pour empêcher des augmentations aléatoires de l'offre, il s'oppose toutefois au contrôle des prix « *lorsque la tendance à la hausse des prix s'explique par une offre insuffisante ou une augmentation de la population locale* », mais y est favorable lorsqu'elle est due à « *l'injustice* » qu'il explique par « *le gain personnel arbitraire* ».

Ibn Khaldun dénonce la concurrence de l'État avec le secteur privé comme moyen d'accroître les recettes publiques. Une section de son ouvrage Al'Muquaddamah s'intitule « *L'activité commerciale du gouvernant est négative pour ses sujets et désastreuse pour les revenus publics* » dans la mesure où il détient des avantages injustes, utilise les ressources de l'État pour concurrencer des entrepreneurs privés, détient le pouvoir d'imposition et d'imposer des achats au-dessus du prix du marché ainsi que celui d'intimider les concurrents et les fournisseurs pour obtenir des biens en-dessous du prix du marché.

Par ailleurs, il faut remonter au Pacte fondamental du 10 septembre 1857 édicté par Mohammed Pacha Bey qui prévoit dans son article 9 que « *la liberté de commerce pour tous et sans aucun privilège pour personne. Le gouvernement s'interdit toute espèce de commerce et n'empêchera personne de s'y livrer.*

Le commerce, en général, sera l'objet d'une sollicitude protectrice, et tout ce qui pourrait lui causer des entraves sera écarté ».

Rien n'est donc bien nouveau et d'ailleurs le droit de la concurrence, dans sa volonté de poser l'absence d'entrave au marché semble une idée dont la circulation n'est plus à démontrer sur la planète, en dehors des expériences limitées d'économies fermées : le droit français de la concurrence est lui-même inspiré du droit communautaire, lequel s'inspire du droit américain, lequel tire lui-même ses fondements dans mouvement de libéralisme politique et économique du XVIII^{ème} siècle qui n'est pas lui-même étranger au modèle d'Athènes.

b) L'identité des concepts

Si l'on reprend le fil de l'histoire, la première disposition figurait dans le code pénal (article 139) qui sanctionne d'emprisonnement et d'amende « *tous ceux qui en exerçant ou tentant d'exercer, soit individuellement, soit collectivement, soit par réunion ou coalition une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande* ». Pendant longtemps seul cet article régissait les atteintes à la concurrence.

Avec la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991, la Tunisie s'est dotée d'une législation plus étoffée qui permet la résonance avec les dispositions de l'accord d'association du fait de l'identité des concepts⁶.

Cette loi met ainsi en résonance les règles sur les ententes et sur les abus de position dominante prévues par l'accord d'association⁷. Elle va même plus loin que l'article 36 de cet ac-

⁶ Loi du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix a été modifiée à maintes reprises : par la loi n°93-83 du 26 juillet 1993 ; la loi n°95-42 du 24 avril 1995 ; la loi n°99-41 du 10 mai 1999, la loi n°2003-74 du 11 novembre 2003 et la loi n° 2005-60 du 18 juillet 2005.

⁷ L'article 36 reprend la rédaction des articles 81, 82 et 87 du Traité sans pour autant les reprendre complètement. Ainsi, il ne reprend pas les exemples d'ententes ou d'abus de position dominante donnés par les articles 81 et 82 ou les dispositions de l'article 88. Toutefois, s'il ne reprend pas la rédaction *in extenso* de ces articles, le

cord puisqu'elle prévoit également des règles en matière de contrôle des concentrations. En revanche, mais la situation est connue pour les États membres, le droit tunisien ne prévoit pas de contrôle des aides d'État.

Trois formes d'ententes sont visées : « [...] *les actions concertées, les collusions⁸ et les ententes expresses ou tacites⁹ ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel, et lorsqu'elles visent à¹⁰ :*

1. *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de l'offre et de la demande,*
2. *limiter l'accès au marché à d'autres entreprises ou le libre exercice de la concurrence,*
3. *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements, ou le progrès technique,*
4. *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».*

Si, cette liste est assez proche de celle figurant aux articles 81 TCE et L.420-1 du code de commerce français, elle semble être limitative en ne comportant pas comme celle-ci le terme « notamment ». Toutefois, gageons sur la démarche pragmatique du conseil de la concurrence, comme il l'a déjà démontré par le passé, pour dépasser cette limitation.

L'article 5 interdit également l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique¹¹. Suit une liste indicative d'exemples : refus de vente ou d'achat, ventes ou achats liées, *etc.*

À l'exemple de l'article 81-2 TCE, l'article 5 considère comme nul de plein droit tout engagement, clause, *etc.* se rapportant à une entente, un abus de position dominante ou une exploitation d'un état de dépendance économique. Toutefois, contrairement à l'article 81-2, cette nullité concerne tant les ententes que l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique.

L'article 6 instaure un système d'exemption fondée sur l'autorisation préalable qui, contrairement du droit communautaire¹² concerne à la fois les ententes et l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique. En effet, cet article dispose que « *Ne sont pas considérées comme anticoncurrentielles, les ententes et les pratiques...* ». Il appartient aux auteurs de justifier que ces ententes ou pratiques remplissent deux conditions positives pour être exemptées : elles doivent avoir pour effet un progrès technique ou économique et doivent procurer aux utilisateurs une partie substantielle du profit qui en résulte.

Ne sont pas en revanche prévues les deux conditions négatives de l'article 81-3 et ne sont pas non plus prévus les règlements d'exemption par catégorie.

Il appartient au ministre après avis du conseil de la concurrence d'autoriser ces ententes ou pratiques.

paragraphe 2 prévoit que l'évaluation de ces pratiques se fait sur la base des critères découlant de l'application des règles prévues aux articles 81, 82 et 87.

⁸ Cette forme a été introduite par la loi du 18 juillet 2005.

⁹ Contrairement à l'article 81 TCE, ne sont pas visées les décisions d'association d'entreprise.

¹⁰ Il convient de relever la nouvelle rédaction adoptée avec la réforme de 2005, plus générale que celle retenue auparavant « *sont prohibées ... visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché...* ».

¹¹ Cette dernière notion a été introduite avec la réforme de 1999.

¹² Mais à l'image de l'article L.420-4 du code de commerce français.

La méconnaissance des interdictions de l'article 5 est sanctionnée par une amende infligée par le conseil de la concurrence ainsi que, le cas échéant, par une peine prononcée par les tribunaux. L'amende est plafonnée à 5% du chiffre d'affaires réalisé en Tunisie lors du dernier exercice.

Le droit tunisien va cependant plus loin que les dispositions de l'accord d'association puisqu'il prévoit des règles en matière de contrôle des concentrations.

C'est le critère de l'influence déterminante qui est consacré pour qualifier une opération de concentration. Ainsi, l'article 7 dispose que « [...] *la concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance de tout ou partie de biens, droits ou obligations d'une entreprise ayant pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante* ».

La réforme introduite par la loi du 18 juillet 2005 a élargi les cas de concentrations susceptibles d'être contrôlés en transformant les deux seuils cumulatifs prévus initialement en seuils alternatifs¹³.

A l'exemple du droit communautaire, c'est un système de notification et d'autorisation préalable du ministre chargé du commerce qui est prévu. Enfin, sont également prévus, les systèmes de mesures correctives imposées par le ministre pour autoriser une concentration. Ces mesures sont de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ; il en est de même des engagements proposés lors de la notification du projet de concentration et qui sont de nature à atténuer les effets de la concentration sur la concurrence¹⁴.

Il est prévu enfin que le conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante résultant d'un cas de concentration d'entreprises, proposer au ministre chargé du commerce d'enjoindre, le cas échéant conjointement avec le ministre dont relève le secteur intéressé, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, de modifier, de compléter ou de résilier, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration qui a permis les abus, et ce nonobstant l'accomplissement des procédures prévues.

Enfin, les infractions aux dispositions des articles relatifs au contrôle des concentrations et aux décisions prises en vertu de leurs dispositions, ou aux engagements pris, sont punies d'une amende dont le montant ne peut dépasser 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé sur le marché national par les opérateurs concernés au cours de l'exercice comptable écoulé.

2 - Un droit développé

¹³ Il s'agit :

- de la part de ces entreprises réunies qui doit dépasser durant le dernier exercice 30% des ventes, achats ou toutes autres transactions sur le marché intérieur pour des biens, produits ou services substituables, ou sur une partie substantielle de ce marché ;
- du chiffre d'affaires global réalisé par ces entreprises sur le marché intérieur qui doit dépasser un montant déterminé par décret.

Un décret n°95-1215 du 10 juillet 1995 a précisé le montant de la part du chiffre d'affaires global réalisé sur le marché intérieur par les entreprises qui demeurent soumises à un contrôle préalable lorsqu'elles sont concernées par un projet de concentration.

¹⁴ Hormis le renvoi à un décret pour fixer le plafond du chiffre d'affaires global, la loi ne renvoie pas à d'autres textes pour définir ou expliciter des notions telles qu'entreprise concernée ou chiffre d'affaires, etc.

Sur la base de ces fondements et à partir de ces concepts, il est remarquable de voir le développement du langage et son évolution.

Il a été vu que le droit interne a été à plusieurs reprises modifié. Ainsi, la dernière modification renforce la constatation d'un droit en continuelle évolution. En effet, la loi n° 2005-60 du 18 juillet 2005 vise, d'une part, le renforcement des pouvoirs des autorités chargées de la concurrence, et l'octroi au conseil de la concurrence de la personnalité morale et de l'autonomie financière, ainsi que l'attribution au conseil de la concurrence du pouvoir d'auto saisine. D'autre part, sont modifiées des dispositions en matière d'entente et de concentrations.

Mais si la norme est ainsi clairement enracinée c'est qu'au-delà de ses éléments matériels, elle est renforcée par des outils méthodologiques d'application.

B - Les outils méthodologiques d'application

Pour appliquer la norme, encore faut-il que les éléments de l'application soient prévus. Ainsi en est-il déjà des institutions d'application et des méthodes d'application.

1 - Les institutions d'application

Les institutions d'application du droit interne de la concurrence qui développent progressivement une expérience et une expertise sont le conseil de la concurrence et la Direction Générale de la Concurrence et des Enquêtes Economiques.

Le conseil de la concurrence se présente comme une autorité indépendante créée par la loi de 1991 sous la dénomination de commission de la concurrence. Cette autorité est chargée de veiller au respect des règles de concurrence et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles¹⁵.

Le conseil a une double fonction juridictionnelle d'abord (19 affaires en 2004 contre une moyenne de 4 par an durant la première décade)¹⁶ (les affaires concernent essentiellement le secteur des services (9 affaires) et consultative ensuite (15 avis en 2004).

La Direction Générale de la Concurrence et des Enquêtes Économiques (DGCEE)¹⁷ est une direction qui relève du Ministère chargé du Commerce. Elle a remplacé en 2001 l'ancienne Direction Générale de la Concurrence et du Commerce Intérieur afin de recentrer davantage ses missions sur les tâches de transparence, de suivi du fonctionnement des mécanismes du marché et de garantie de la loyauté des transactions au lieu et place du contrôle des prix. La DGCEE est chargée entre autres de veiller au bon fonctionnement des mécanismes du marché, de détecter et relever les agissements anticoncurrentiels, d'enquêter sur ces pratiques et de poursuivre leurs auteurs devant les juridictions compétentes.

2 - Les méthodes d'application

Le droit résultant de l'accord d'association prévoit des outils bien connus du droit tunisien, au-delà de l'identité des concepts.

Ainsi en est-il de l'impérativité, des méthodes d'applicabilité et d'un droit civil de soutien.

¹⁵ Un décret n° 96-1567 du 9 septembre 1996 fixe les modalités d'organisation administrative et financière et de fonctionnement du conseil de la concurrence, décret modifié par le décret n° 2000-234 du 7 février 2000.

¹⁶ 8^{ème} rapport d'activité du conseil de la concurrence, pour l'année 2004.

¹⁷ Rôle équivalent à celui de la DGCCRF en France.

a) L'impérativité

Le droit de la concurrence visant au bon fonctionnement du marché relève de l'ordre public de direction qui s'impose aux parties.

Que les règles de l'accord d'association soient ainsi dotées de cette impérativité ne constitue nullement un obstacle méthodologique.

On pourra à cet égard distinguer entre l'impérativité interne et l'impérativité internationale car si le droit tunisien est applicable, alors même que les parties avaient opté pour l'application de la loi d'un autre État à leur contrat qui se présente comme une entente, le mécanisme des lois de police s'imposera pour fonder l'application du droit tunisien. Mais c'est ici déjà évoquer les questions d'applicabilité.

b) La détermination de l'applicabilité

L'accord d'association introduit une certaine difficulté puisque selon les situations, deux types de règles sont applicables.

Il convient en effet de distinguer les situations soumises au droit tunisien de source interne des situations soumises au droit tunisien de source conventionnelle.

La technique conflictuelle bien connue du droit tunisien permet de donner facilement une réponse en fonction de la localisation de l'élément de rattachement. En droit économique en effet, c'est le lieu des effets anticoncurrentiels qui est retenu. En d'autres termes, le droit de source interne n'est applicable que si l'effet anticoncurrentiel est localisé en Tunisie, alors que le droit conventionnel est applicable si cet effet est localisé en Tunisie ou dans l'Union.

Vient alors un second critère de rattachement permettant la répartition entre les normes puisque le droit conventionnel n'est applicable que si la pratique affecte les échanges entre la Tunisie et les États membres.

Ainsi, le conseil de la concurrence s'est déclaré compétent et appliqué le droit de la concurrence de source interne dans l'affaire mettant en cause une société espagnole qui a appliqué des prix très bas pour le principal client de la société tunisienne concurrente¹⁸.

Comme en Europe, les techniques du droit international privé bien développées en droit tunisien permettent ainsi aisément la détermination de la norme applicable.

Les techniques de répartition de compétence permettraient aussi d'appliquer l'article 36 paragraphe 6¹⁹.

c) Les outils des autres langages juridiques

Malgré l'opposition des langages, le droit civil pourra sans doute aussi, au coup par coup, permettre d'affiner la langue juridique de la concurrence.

¹⁸ Aff. n°3149 du 9 déc. 2004.

¹⁹ En effet, l'article 36 para. 6 précise que « si la Communauté ou la Tunisie estime qu'une pratique est incompatible avec le paragraphe 1 du présent article, et :

- n'est pas correctement appréhendée par les règles d'application visées au para. 3 ;
- ou en l'absence de telles règles et si une telle pratique cause ou menace de causer un préjudice grave à l'autre partie ou un préjudice à son industrie nationale, y compris à son industrie des services, elle peut prendre les mesures appropriées après consultation du comité d'association ou trente jours ouvrables après avoir saisi ledit comité d'association ».

Ce phénomène se ressent aujourd'hui particulièrement en Europe avec la prise en compte des éléments de la formation du contrat pour déterminer l'existence d'une entente ou encore la prise en compte de la loyauté et de la bonne foi.

Sans doute aussi, verra-t-on comme en Europe la notion de service public aider à la compréhension de l'exception prévue à l'article 38²⁰.

Il faut voir dans cette rencontre un signe de maturité du droit de la concurrence qui, après s'être affirmé comme un langage différent du langage civiliste ou administrativiste, voit pour son expansion et sans doute aussi son enrichissement, la nécessité d'utiliser ces outils développés par ces autres langages.

Il faut sans doute y voir l'intégration d'autres valeurs que les seules valeurs du marché.

II - L'autour de la norme en chantier

L'autour de la norme c'est évidemment son développement par sa mise en œuvre qui comme toujours produit du droit.

A cet égard l'autour de la norme donne lieu à des chantiers amorcés tandis que d'autres seraient à proposer.

A - Des chantiers amorcés

Parmi les chantiers programmés, certains sont en quelque sorte consubstantiels à la norme, à son expansion par son application, tandis que d'autres résultent d'une volonté politique externe.

1 - L'application de la norme par le conseil de la concurrence

Il convient de rendre hommage à cette institution qui a su développer le langage du droit de la concurrence, le compléter et l'adapter. Un certain nombre de principes a ainsi été dégagé. Les premiers ont trait à la question de l'applicabilité.

Ainsi, le droit de la concurrence s'applique quelle que soit la localisation de la société auteur de la pratique du moment que les effets ont un impact en Tunisie. C'est le cas de l'affaire mettant en cause une société espagnole qui a appliqué des prix très bas pour le principal client de la société tunisienne concurrente : le conseil de la concurrence s'est déclaré compétent²¹.

Le droit de la concurrence s'applique à toutes les personnes physiques et morales de droit ou de fait. Tous les secteurs sont concernés, y compris les secteurs de l'énergie, les banques, *etc.* mais également aux professions libérales²² ainsi que les chambres syndicales dont une a été sanctionnée car étant à l'origine d'une entente dans le secteur du ciment²³. De même, a été

²⁰ L'article 38 dispose en effet que « *En ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été octroyés, le Conseil d'association s'assure qu'à partir de la cinquième année suivant la date d'entrée en vigueur du présent accord aucune mesure perturbant les échanges entre la Communauté et la Tunisie dans une mesure contraire aux intérêts des parties n'est adoptée ou maintenue. Cette disposition ne fait pas obstacle à l'exécution, en droit ou en fait, des tâches particulières assignées à ces entreprises* ».

²¹ Aff. n°3149 du 9 déc. 2004.

²² A rapprocher avec la volonté de la Commission européenne de soumettre ces professions, notamment les avocats aux règles de concurrence.

²³ Aff. n°3150 du 25 juin 2004.

sanctionnée l'association professionnelle des banques pour avoir été à l'origine d'une entente entre ses membres²⁴.

Par ailleurs, dans le silence de la loi, le conseil de la concurrence a estimé que les personnes publiques, dès lors qu'elles exercent une activité économique, sont soumises au droit de la concurrence. Toutefois, il a indiqué que les actes unilatéraux révélant l'exercice de l'administration de prérogatives de puissance publique ne rentrent pas dans le champ du droit de la concurrence²⁵ et sont donc du ressort du juge administratif. L'administration n'est pas pour autant autorisée dans le cadre de l'exercice de ces pouvoirs de mettre une entreprise dans une situation d'abus de position dominante²⁶.

De même, pour certains secteurs, il a essayé de concilier les deux impératifs. Ainsi, tout en affirmant en matière d'enseignement supérieur privé qu'il s'agit d'une activité économique soumise aux règles de concurrence, le conseil a précisé qu'en tant que service public, les principes d'égalité, de continuité et de mutabilité lui sont applicables.

Le conseil a également utilisé la confrontation des normes pour construire des règles nouvelles. Faisant recours au droit comparé, le conseil de la concurrence a introduit des notions nouvelles dans le droit de la concurrence. Tel est le cas de la notion de prix abusivement bas en adressant une injonction à une entreprise publique pratiquant de tels prix²⁷ ou en suggérant au ministre de poursuivre certains hôtels pour des pratiques similaires²⁸.

Dans le silence des textes, le conseil a admis le principe selon lequel les entreprises qui collaborent à l'instruction, révèlent des documents et pièces utiles pourraient voir l'amende diminuée²⁹.

Le conseil après avoir affirmé l'importance du principe de concurrence a parallèlement situé le principe à l'égard d'autres valeurs. Ainsi, un principe récurrent dans la jurisprudence du conseil de la concurrence consiste à affirmer que la concurrence n'est pas une fin en soi mais un outil pour réaliser l'efficacité économique et satisfaire l'intérêt des consommateurs. Ainsi, il a estimé que certaines exceptions à la concurrence pourraient être justifiées pour des raisons sociales, de sécurité ou de santé³⁰.

Par ailleurs, le renforcement de la compétitivité des entreprises nationales peut être prise en tant que critère pour justifier l'autorisation de certaines concentrations³¹.

Pour ce qui concerne son champ d'intervention, très vite le conseil de la concurrence a été confronté à l'obstacle lié à l'absence d'un droit de s'auto-saisir des infractions aux règles de concurrence. Afin d'élargir ce champ, il a d'une part, fait usage de la faculté qui lui était ouverte de se saisir d'office d'une affaire, en cas de désistement de l'une des parties ou lorsque les investigations dans une affaire portée devant lui, révèlent des pratiques anticoncurrentielles sur un marché connexe³² et d'autre part, en posant un principe en vertu duquel il s'est donné le droit de dépasser les cas d'une affaire dont il a été saisi et d'appréhender l'ensemble

²⁴ Aff. n°2137 du 27 mars 2003.

²⁵ Aff. n°2/2001 du 19 déc. 2002.

²⁶ Avis n°2262, du 15 avril 2002 à propos d'un appel d'offres relatif à l'octroi d'une concession.

²⁷ Aff. n°2/2001 du 19 déc. 2002.

²⁸ Avis n°13/2001 du 10 janv. 2002.

²⁹ Aff. n°2145 du 25 déc. 2003.

³⁰ Avis n°2264 du 16 mai 2002 relatif au secteur des engrais.

³¹ Avis n°3274 du 30 avril 2003.

³² Aff. n°3147 du 25 déc. 2003.

du marché pertinent afin d'en examiner sous tous ses aspects et d'étendre son enquête à d'autres personnes ou pratiques révélées par l'instruction³³. Cette pratique a été consacrée par la loi du 18 juillet 2005.

Au-delà, le chantier résulte d'une volonté politique qui s'est particulièrement manifestée avec le plan d'action.

2 - La volonté politique externe : le plan d'action

La volonté politique affirmée autour de la norme a surtout donné lieu dans le cadre de l'accord d'association à un plan d'action censé concrétiser la nouvelle politique européenne de voisinage.

Dans le plan d'action proposé par la Commission européenne, il est indiqué qu'en parallèle de l'élargissement, la Tunisie et l'Union européenne souhaitent ainsi donner une nouvelle dimension à l'accord d'association dans tous ses volets, à travers l'approfondissement de leurs relations politiques, économiques, sociales, culturelles et scientifiques, *etc.* Dans ce cadre, est établi conjointement un plan d'action qui est la première étape d'un processus qui couvre une période de trois à cinq ans. Le plan d'action permettra une mise en œuvre plus ciblée des instruments mis à disposition par l'accord d'association conclu entre l'UE et la Tunisie en vue d'une intégration plus forte des structures économiques et sociales et scientifiques tunisiennes à celles de l'Union. Ce processus prévoit également de favoriser et de soutenir le rapprochement de la législation, des normes et des standards tunisiens vers ceux de l'Union dans les domaines couverts par le plan d'action.

Il convient de relever que la première version du plan proposé par la Commission a été amendée à la demande de la Tunisie et c'est cette seconde version qui devrait être approuvée par les deux parties et entrer en application.

Pour ce qui concerne spécifiquement les règles de concurrence, le plan propose des actions à court et à moyen termes.

A court terme plusieurs actions sont prévues. Il s'agit notamment d'adopter les dispositions de mise en œuvre de l'article 36 paragraphe 3 de l'accord d'association. En effet, en dépit du délai précis de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de l'accord pour que le Conseil d'association adopte les réglementations nécessaires à la mise en œuvre des paragraphes 1 et 2 de l'article 36, aucune disposition procédurale ou matérielle n'a été adoptée. Ceci est de nature à laisser ces règles inapplicables même si un renvoi est opéré par l'article 36 aux critères découlant de l'application des articles du Traité CE.

Pourtant l'exercice n'est pas nouveau pour la Communauté européenne dans la mesure où d'autres Conseils d'association ont d'ores et déjà adopté lesdites réglementations. Ainsi, le Conseil d'association Union européenne-Maroc a adopté le 19 avril 2004 une décision portant adoption des réglementations nécessaires à la mise en œuvre des règles de concurrence³⁴. Cette décision instaure un mécanisme de coopération entre les autorités responsables de la mise en œuvre des règles de concurrence. Si le principe demeure conforme aux règles d'attribution de compétences classiques en droit de la concurrence à savoir que chaque autorité applique son droit de la concurrence, une coopération est prévue à travers notamment des procédures de notification réciproque des affaires intéressant les deux parties. De même, un

³³ Aff. n°2001/1 du 6 nov. 2002 ou aff. n°2136 du 17 juillet 2003.

³⁴ Décision n° 1/2004, JOUE n° L 165, 25 juin 2005.

échange d'information ainsi qu'une coordination des mesures d'application devraient avoir lieu. La décision introduit enfin le principe de courtoisie active et passive.

Il s'agit ensuite pour le plan d'action de mettre en œuvre et consolider les engagements pris sur la législation en matière de concurrence (article 36 de l'accord d'association) et développer une législation et un mécanisme de contrôle compatibles avec ceux de l'Union européenne. Dans ce cadre, le plan d'action vise le renforcement du statut du conseil de la concurrence, en particulier : a) assurer l'indépendance du conseil de la concurrence, ainsi que sa dotation en ressources humaines et budgétaires suffisantes ; b) prévoir les pouvoirs adéquats, notamment les compétences de décision; injonctions et sanctions effectives (amendes, par exemple); la possibilité de l'auto-saisine à moyen terme ; c) veiller à une formation adaptée du personnel de l'administration chargée de la concurrence. Le plan vise également la garantie du droit d'appel des décisions en matière de concurrence auprès d'un tribunal indépendant et la formation spécialisée des juges appelés à traiter d'affaires en matière de concurrence.

Il convient de remarquer que bien avant l'adoption et l'entrée en application officielle du plan d'action, la Tunisie a modifié la loi de 1991 par la loi du 18 juillet 2005 en octroyant le droit d'auto-saisine explicitement au conseil de la concurrence ou en ouvrant la possibilité de faire appel des décisions du conseil devant le tribunal administratif.

Pour les monopoles d'État, il s'agit selon le plan d'action de mettre en œuvre des engagements pris en vertu des articles 37 et 38 de l'accord d'association et d'échanger des informations exhaustives sur les monopoles d'État, les entreprises publiques et les entreprises auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été octroyés.

Les actions à moyen terme, concernent quant à elles les aides d'état. Il s'agit de mettre en œuvre les engagements pris dans le cadre de l'article 36 de l'accord d'association et en particulier de :

- a) donner une définition uniforme des aides d'État à convenir entre les deux parties ;
- b) prévoir une liste complète des organismes accordant des subventions ;
- c) un mécanisme national de centralisation des informations relatives aux aides d'État accordées en Tunisie, en vue de rédiger le rapport mentionné à l'article 36 paragraphe 4, *b* de l'accord d'association.

Par ailleurs, pour que la Tunisie puisse participer à un secteur spécifique du marché intérieur, elle doit mettre en place un régime de contrôle des aides d'État et une législation compatible avec celle de l'UE. Ceci devrait se traduire par la consécration du principe d'interdiction des aides d'État qui ont un effet de distorsion sur les échanges entre l'UE et la Tunisie et l'instauration d'un système de contrôle *ex ante* auquel sont associées les autorités compétentes mises en place.

Les deux parties devraient procéder à un premier réexamen de la mise en œuvre du plan d'action dans les deux ans suivant son adoption. De même, le plan sera régulièrement amendé et/ou mis à jour conjointement pour refléter les progrès accomplis en ce qui concerne les priorités.

En parallèle de ce plan, il convient d'évoquer le programme d'appui à la mise en œuvre de l'accord d'association (P3A). Ce programme s'inscrit dans le cadre du programme MEDA, programme de soutien financier pour les pays du pourtour méditerranéen couvert actuellement par le règlement n°2698/2000 MEDA II pour la période 2000-2006.

Un des objectifs du P3A concerne l'application du droit de la concurrence. Dans ce cadre, un projet de jumelage a été lancé dans le but d'« Appuyer les efforts de la Tunisie visant

l'amélioration de la compétitivité de l'économie notamment le renforcement des capacités institutionnelles des structures chargées de la mise en œuvre de la politique de concurrence ».

Plus spécifiquement, le projet vise à renforcer les capacités institutionnelles de la Direction Générale de la Concurrence et des Enquêtes Économique et du conseil de la concurrence en matière d'application et de protection du droit de la concurrence ; il vise également à développer les capacités institutionnelles, l'infrastructure technologique et le savoir-faire nécessaire de ces deux institutions pour assurer les missions de diffusion de la culture de la concurrence et de la promotion de la politique de la concurrence.

Le langage utilisé ressemble au métalangage développé par la CNUDCI ou par la CCI à propos des règles de droit proposées. Il s'agit en effet de développer autour de la norme posée les moyens de sa compréhension, sa grammaire, et de son application. L'atteinte de ces objectifs passe notamment par :

- un diagnostic des aspects organisationnels des deux institutions, des méthodes et techniques d'enquêtes employées, de l'infrastructure technologique ainsi que des procédures et formats de documents et propositions d'ajustement ;
- une assistance en vue de la définition d'une politique de formation et de perfectionnement
- organisation de sessions de formation
- une assistance technique en vue de l'élaboration de manuels de procédures ;
- un appui aux services de documentation ;
- un appui à la diffusion et à la promotion de la culture de concurrence.

Ce projet est doté d'un budget de 1060 000 € et devrait démarrer en mai 2006 pour une durée de 18 mois.

Au-delà de ces actions qui maintiennent un lien étroit entre les partenaires, il est d'autres chantiers qui pourraient être proposés.

B - Des chantiers proposés

Parmi les chantiers à proposés, l'un tient particulièrement compte des outils autour de la norme, c'est la coordination entre les autorités de concurrence, tandis que l'autre met en cause les organes de décision.

1 - La coordination entre autorités de concurrence

Bien qu'elle n'ait pas été proposée, la coordination entre les autorités de concurrence est sans doute souhaitable.

En Europe, elle résulte désormais du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2003 qui a construit un véritable réseau des autorités de concurrence sous la direction, il est vrai, de la Commission.

Or, aucune forme de coopération entre autorités de concurrence n'est expressément prévue (avec les autorités de concurrence des pays de l'UMA ou des pays de la CE) alors que cette coopération est très souhaitable, d'une part, pour avoir une approche comparative des règles de concurrence et bénéficier des développements introduits ailleurs et d'autre part, pour lutter plus efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles de plus en plus transfrontières et nocives notamment pour les pays en développement.

Dans ce cadre, un dispositif similaire à celui qui était prévu avec certains États de l'Europe centrale et orientale avant leur adhésion à l'UE pourrait être transposé. Ce dispositif prévoyait

notamment une information mutuelle entre la Commission européenne et les autorités de concurrence sur toute enquête ou pratiques intéressant l'autre partie, un règlement établissant des critères de compétence et de collaboration en cas d'enquête. Cette coopération est d'ailleurs un des enjeux du programme P3A. Un dispositif de coopération a été d'ailleurs mis en place par la décision du Conseil d'association Union européenne-Maroc du 19 avril 2004.

Il convient toutefois de noter que la loi du 29 juillet 1991 telle que modifiée par la loi du 18 juillet 1995 prévoit désormais en son article 61 bis que « *Sous réserve du principe de réciprocité et dans le cadre d'accords de coopération, le conseil de la concurrence ou les services compétents du ministère chargé du commerce peuvent, dans les limites de leurs compétences et après notification du ministre chargé du commerce, procéder à l'échange avec des institutions étrangères homologues, des expériences, des informations et des pièces relatives à l'instruction des affaires de concurrence, et ce, à condition d'assurer la confidentialité des informations échangées* ».

2 - La compétence de détermination des solutions

L'article 5 de la loi de 1991 interdit à propos des ententes également les contrats de concession et de représentation commerciale exclusive. Toutefois, le ministre chargé du commerce peut, après avis du conseil de la concurrence, autoriser de tels contrats dans des cas exceptionnels³⁵. Aucune indication n'est donnée quant à la nature ou les conditions de ces cas.

Le dialogue entre les autorités dans l'application des normes de concurrence et le dialogue entre les langues devraient conduire nous semble-t-il à revoir ce texte car les économistes ont montré l'apport pro-concurrentiel d'un contrat de concession qui en tant que tel n'est donc pas contraire au droit de la concurrence.

C'est même l'inverse, dans la seule hypothèse où il conduit à une exclusivité absolue, il est contraire au droit de la concurrence.

Le cheminement du droit de la concurrence dans l'espace et le temps serait sans doute l'objet d'une belle thèse qui pourrait montrer que dans ce domaine encore l'échange est essentiel tant pour l'analyse économique que pour l'analyse juridique que pour la paix entre les entreprises sur le marché.

Cette socialisation du marché par le droit sert sans doute à la construction du marché mais au final elle sert à la construction des relations humaines.

□□□

³⁵ Alors que c'était une interdiction totale sous l'empire de la loi de 1995.