

État et droit de la concurrence à l'épreuve de l'Accord d'Association

Afef HAMMAMI MARRAKCHI

Maître- assistante en droit public, Faculté de
Droit de l'Université de Sfax



Le couple État - Concurrence n'a pas forcément toujours fait bon ménage et pouvait paraître à un moment donné comme une alliance « contre nature ». En effet, l'antinomie semble claire entre d'un côté l'État, regroupant toutes les entités qui sont soumises à un régime de droit public et qui bénéficient de prérogatives de puissance publique et représentant l'intérêt général, de l'autre, la concurrence rappelant les enjeux économiques liés au marché et au profit.

Ainsi présenté, l'État serait normalement en dehors de cette sphère qui lui est a priori inconnue. Or, il se rapproche de plus en plus de la concurrence, il se trouve même au centre des débats sur la concurrence.

Le rôle de l'État dans l'économie a ainsi évolué et il prend différentes formes : une première concerne les institutions chargées de veiller à la bonne mise en œuvre des décisions de politiques économiques, la seconde concerne les biens et services qui sont exclus de la liberté des prix où la fixation des prix lui revient, la troisième à travers les entreprises publiques et la quatrième concerne la mise en place d'un cadre juridique de la politique de concurrence.

L'évolution du contexte international, communautaire, mais aussi les contraintes internes accompagnant les principes de libre-échange et de libre concurrence ont ainsi conduit le droit tunisien de la concurrence à évoluer et avec lui c'est le rôle de l'État dans l'économie en général et en matière de concurrence en particulier qui a évolué.

Les années 90 marquaient déjà des changements normatifs en Tunisie dans des domaines essentiellement économiques et financiers à travers la promulgation de la loi relative au commerce de la distribution du 1er juillet 1991, de la loi relative aux techniques de vente et à la publicité commerciale du 12 mai 1998 et surtout la loi n°91-64 relative à la concurrence et aux prix. Cette loi consacre le principe de la liberté des prix et pose les règles de transparence et de bon fonctionnement du

marché en prohibant tous les comportements portant atteinte à la concurrence.

Ce texte s'est perfectionné au travers de plusieurs réformes en 1993, 1995, 1999, 2003 et en 2005 sous l'influence du nouveau contexte international et communautaire. Cette influence paraissait à l'époque normale, voire indispensable afin d'accompagner le nouveau contexte régional et international dans lequel évoluait notre pays.

En 1995, la signature de l'[Accord d'Association entre la Tunisie et la CE](#) s'est inscrite sous le signe de l'influence. L'article 52 résume bien ce rapport d'influence à travers le principe d'harmonisation. Cette influence prendra plusieurs formes et se vérifiera dans plusieurs domaines, dont celui de la concurrence.

L'ouverture de la Tunisie vers l'internationalisation s'est traduite pour l'État par des nouvelles exigences, mais aussi de nouvelles priorités issues de ce nouvel Accord. Ce dernier interdit certaines pratiques et instaure un contrôle sur les aides d'État susceptibles d'entraver le commerce entre la Tunisie et l'UE. Il prévoit, par ailleurs, des mécanismes dont l'objectif est de veiller à ce que les entreprises des deux parties aient un accès juste et équitable à leurs marchés respectifs sans être entravées.

Cet Accord présente le rapprochement du cadre juridique entre l'UE et la Tunisie notamment en matière de droit de la concurrence comme moteur d'intégration économique entre les deux parties. A cet effet, l'État devait revoir sa politique et son droit de la concurrence, il y allait de la crédibilité économique et politique de la Tunisie.

C'est ainsi que le droit national de la concurrence a évolué progressivement et avec lui l'État s'agissant de sa politique de la concurrence et de son droit de la concurrence. Ces réformes ont concerné plusieurs dispositions de la loi de 1991 en matière de transparence, de conso-

État et droit de la concurrence

chapitre spécifique dédiée à « la concurrence et autres dispositions économiques ».

Ce projet ALECA prend en compte les nouveaux enjeux liés aux acquis de l'UE puisque le droit de l'Union a lui-même évolué et a conduit à un droit de la concurrence plus moderne duquel s'inspire le projet du nouvel Accord et dans lequel la position de l'État en la matière semble revue.

Ainsi, et derrière la permanence des principes fondateurs de l'État de droit inspirant le droit classique de la concurrence, fondé essentiellement sur les libertés économiques doivent être recherchés les manifestations du droit moderne de la concurrence soumis à l'influence pénétrante du droit de l'Union européenne dans lequel les personnes publiques doivent rechercher l'unité, toujours changeante de l'intérêt général.

Face à ces nouvelles données, l'État agit doublement, car il adapte le droit de la concurrence et s'adapte à ses exigences. En effet, l'État favorise la logique concurrentielle et la régule en jouant son rôle d'arbitre, un rôle évolutif (I), mais dans le même temps l'État se soumet lui-même au jeu du marché dans son rôle d'opérateur, un rôle lui-même changeant (II). La ligne de partage entre ces deux rôles n'a pas facile à marquer.

I- PLUS OU MOINS D'ÉTAT RÉGULATEUR !

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie suppose une certaine abstention de l'État de la sphère économique, ou du moins une intervention limitée. Cependant plusieurs raisons expliquent la nécessaire intervention de l'État (A) dont les manifestations sont nombreuses (B)

A- Les justifications à l'intervention de l'État

Si la concurrence a ses lois, l'État a les siennes, mais l'État fait-il mieux que le marché ? En réalité si liberté et réglementation ne font pas a priori bon ménage, la réglementation protège la concurrence et par là même la liberté de concurrence. En effet, le marché a besoin d'être protégé et organisé par le droit, dans la mesure où la concurrence porte en elle-même les germes de sa propre destruction. « *Lorsque la liberté juridique tend par ses abus à se tuer elle-même, c'est le droit de la concurrence qui la sauve* »¹. Ce sont les retombées de la crise financière mondiale

1 D. BUREAU, La réglementation de l'économie, Archives de philosophie de Droit, (41), 1997, p.319

État et droit de la concurrence

qui montrent les limites des seuls mécanismes du marché et justifient que l'État encadre le marché producteur d'inégalités.

Face à un jeu (du marché), il est normal que l'État produise des règles en jouant un rôle d'arbitre comme dans tout jeu.

En assurant la police du marché, l'État garanti, la compétition qui est le propre du mot « concurrence », il équilibre, il corrige un marché défaillant ou qui déraile.

En jouant ce rôle, l'État retrouve ses prérogatives de puissance publique justifiées par son rôle classique de protecteur principal de l'intérêt collectif qu'il essaye de faire primer.

Une telle justification, explique l'évolution vers plus d'État régulateur, car c'est lui qui a la capacité d'une intervention sur le long terme prenant en compte au-delà des enjeux économiques, des coûts et des bénéfices propres à la concurrence, d'autres exigences marchandes ou non marchandes.

De plus, le rôle de régulation que joue l'État s'adapte clairement avec le contexte de l'accord d'association qui suppose de l'État de revoir son rôle, de se réinventer en s'adaptant avec les principes de subsidiarité politique et d'autonomie juridique des agents économiques intervenant dans le jeu de la concurrence.

L'Accord d'Association suppose cette idée et appelle l'État à intégrer dans son rôle d'arbitre de nouvelles exigences liées notamment au développement régional, à la protection de l'environnement, de l'emploi, d'économie ouverte certes, mais une économie qui doit être en plus verte et solidaire.

L'État doit désormais réguler entre nouveaux principes eux-mêmes concurrentiels de liberté du commerce, de concurrence, de transparence, de sécurité juridique de bonne gouvernance l'utilisation rationnelle des deniers publics.

Cette évolution a été traduite dans le nouveau cadre juridique interne de la concurrence à travers la loi de 2015 sur la concurrence et les prix qui consacre les nouveaux enjeux de la concurrence en tant que concurrence composante de l'intérêt général. La loi retrouve les principes d'efficacité économique combinée avec le bien-être du consommateur (même si la loi sur la protection du consommateur date de 1992 et n'a pas été revue depuis).

Les nouveaux objectifs poursuivis par l'État régulateur

apparaissent également dans d'autres textes juridiques en relation avec le droit de la concurrence qui ont également connu des réformes profondes. C'est le cas du nouvel encadrement juridique relatif aux contrats publics : réorganisé autour des principes de protection de l'environnement, de labellisation, de bonne gouvernance et même de développement durable.

Ce nouveau contexte impose à l'État de revoir le processus de décision économique qui ne peut plus de limiter aux arbitrages internes aux champs des activités marchandes, mais doivent inclure les critères sociaux et environnementaux. Par ailleurs, l'échange marchand ne peut suffire pour les arbitrages intergénérationnels, c'est exactement à ce niveau que se manifeste le rôle de l'État.

Son intervention prend plusieurs formes et passe par plusieurs mécanismes.

B- Les mécanismes de régulation

Le principal mécanisme par lequel l'État garantit la concurrence est la réglementation à travers les principes régissant le droit de la concurrence, ce qui conforte leur place dans l'ordonnement juridique interne, et confère une garantie certaine à leur exercice effectif.

Le droit de la concurrence intégré au bloc de légalité administrative impose, en effet, aux autorités publiques de réaliser l'égalité entre les concurrents et, dans le même temps, de poursuivre la meilleure utilisation de leurs ressources.

Par ailleurs, il faut mentionner le rôle des mécanismes de contrôle de toutes les opérations de « concentration économique », soumises à une autorisation du ministre chargé du commerce par application de la concurrence. Mais c'est surtout le Conseil de la concurrence en tant qu'autorité de régulation qui montre particulièrement le rôle d'arbitre joué par l'État. Ces conseils sont des mécanismes incontournables, même dans les États où la concurrence est présentée comme un moteur de développement économique et de création des richesses.

Ce qui nous intéresse à ce stade de l'analyse est de qualifier le Conseil de la Concurrence organe principal qui veille au respect des règles de la concurrence à travers son double rôle contentieux et consultatif. Incarne-t-il directement l'État ou s'agit-il de moins d'État ? L'État confie-t-il directement cette mission à des organes administratifs autonomes ou à des juridictions ?

État et droit de la concurrence

De plus, la loi de 2015 a élargi la composition du conseil à des professionnels ce qui conforte son caractère d'AAI, or ces membres ne participent pas à la prise de décision. Enfin et s'agissant des aides d'État, le projet d'ALECA appelle à moins d'État au moment où les motivations d'un État régulateur légitiment une certaine limitation de la liberté dans une perspective sociétaire globale traduite par les aides d'État. Elles sont très fréquentes en droit tunisien et prennent des formes différentes. [Le Code d'incitation à l'investissement de 1993](#) a été qualifié d'aide d'État faussant le jeu concurrentiel.

Pourtant, ces dernières peuvent être justifiées au nom de l'intérêt général pour favoriser l'emploi, le développement dans les zones défavorisées géographiquement ou encore la modernisation de l'infrastructure du pays et le soutien financier à la mise à niveau des entreprises (banques publiques).

Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel tunisien a qualifié d'objectif constitutionnel les avantages fiscaux qui visent le développement économique et le progrès social.

En droit communautaire et en droit de l'Association, les aides d'État sont, en principe, interdites, car contraires aux principes concurrentiels et « au marché commun ». L'accord d'association (AA) leur réserve un article prévoyant le principe et ses dérogations.

L'AA a été suivi d'un plan d'action adopté en 2005 qui fixait comme objectif de « mettre en œuvre les engagements pris sur les aides d'État ». Une telle démarche a été jugée indispensable pour réussir l'adhésion du pays à l'espace économique euro-méditerranéen avec le moins de dégâts économiques possibles.

Or, l'absence d'un organe de contrôle des aides d'État et l'absence de transmission d'informations entre les deux parties ont posé des problèmes d'application. C'est ce qui explique d'ailleurs le retour du projet de l'ALECA sur ces questions en étant plus strict en matière d'aides d'État et en proposant une législation spécifique les encadrant. Pour autant, le projet précise que le conseil d'association tient compte de la situation économique de la Tunisie. Une telle disposition s'est imposée à cause des disparités socioéconomiques, mais aussi fiscales dans la zone euro-méd et s'adapte avec les choix du pays qui associe les avantages fiscaux à sa politique visant l'encouragement des investissements et l'attractivité du pays.

D'ailleurs, le Code d'incitations aux investissements (CII)

La loi tunisienne le définit comme une autorité autonome compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles, ce qui le sépare a priori de l'État. Or, la même loi dispose que son budget est rattaché au ministère du commerce.

Alors que le Conseil constitutionnel tunisien a évité de qualifier la nature juridique du Conseil lorsque l'occasion s'est présentée, la doctrine ne l'a pas qualifié d'autorité administrative indépendante (AAI), mais d'organe juridictionnel, de même le conseil s'est auto qualifié comme organe juridictionnel spécialisé dans le contentieux de la concurrence.

Cette ambiguïté s'agissant la nature juridique du Conseil et son caractère relativement autonome se vérifie dans le texte même de la [loi de 2015](#) qui le distingue clairement des autorités de régulations dans plusieurs articles. Ces dernières peuvent même le saisir, et la loi prévoit que le conseil lui-même doit demander l'avis technique des autorités de régulation lors de l'examen de requêtes qui relèvent de leurs compétences. Plus encore, le conseil de la concurrence s'est considéré compétent en cas conflit de compétences entre lui et une AAI (c'était le cas dans un contentieux où intervenait l'instance de Télécommunication)

Cette situation explique peut-être les interrogations du partenaire européen sur sa dépendance par rapport à l'État.

Pourtant, dans ses décisions le conseil a évolué dans le sens du référentiel des certaines AAI (en France) en garantissant le respect des droits de l'homme, notamment le droit de propriété les droits économiques et sociaux, les droits environnementaux. De plus, [la loi de 2015](#), accorde à cette instance la possibilité de l'auto-saisine ce qui la rapprocherait plus d'une autorité de régulation.

Pour autant, le projet de l'ALECA propose la création d'une autorité indépendante de régulation ce qui est en lui-même une reconnaissance du caractère trop dominant de l'État.

En effet, la présence de l'État se vérifie à plus d'un titre puisque les décisions du conseil sont susceptibles d'appel et de cassation devant le TA, Ce rattachement à un ordre juridictionnel limite quelque part le rôle « régulateur » du conseil qui ne bénéficie pas de toutes les garanties inhérentes à la régulation².

² H. Abbes, L'évolution du Conseil tunisien de la concurrence à la lumière de l'accord d'association, E-colloque Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie: Etats des lieux et pers-

État et droit de la concurrence

qui a été modifié plus d'une quinzaine de fois, démontrant son incapacité à atteindre les résultats escomptés, vient d'être abrogé par [une nouvelle loi d'investissement](#) de 2017. Elle prévoit deux types d'aides : des primes de développement durable et des avantages fiscaux accordés selon le texte pour des projets d'intérêt national dont la liste sera fixée par décret.

II- PLUS OU MOINS D'ÉTAT OPÉRATEUR !

Que fait l'État au milieu du marché ? En réalité, les activités économiques des autorités publiques se sont développées au point que l'État est devenu un opérateur économique, c'est même une entreprise comme les autres.

Le droit de concurrence permet l'épanouissement des libertés économiques, y compris celles des personnes publiques. Bien que sa soumission à la concurrence heurte les principes classiques de service public, l'État s'est trouvé régi par les règles de la concurrence au même titre que les autres opérateurs privés.

Quelle est la logique de cette soumission ? (A), connaît-elle des aménagements qui justifieraient moins d'État opérateur (B) ?

A-Justifications à la soumission de l'Etat aux règles de la concurrence

La soumission de l'État aux règles de la concurrence s'avère même logique pour des raisons économiques et sociales. En effet, l'évolution de l'intérêt public justifiant une intervention sur un marché concurrentiel n'est plus cantonnée à l'existence, d'une carence de l'initiative privée.

Mais elle s'explique surtout par des raisons juridiques issues aussi bien du droit tunisien que des exigences de l'Accord d'Association.

Au niveau interne l'ancienne loi de 1991 rédigée en termes ambigus déterminant son champ d'application ne mentionne pas de façon expresse la soumission des personnes publiques à la concurrence.

Seule une circulaire (dont la légalité est douteuse) exprime en termes clairs l'idée de la soumission des personnes publiques aux principes de la concurrence.

Dans cette nouvelle perspective, le Conseil de la concurrence a dû intervenir pour confirmer la soumission des personnes de droit public (dont) l'État au même titre que
p 05 / JUILLET 2017

les personnes privées à la loi sur la concurrence et les prix et au contrôle du Conseil de la concurrence lorsqu'ils exercent une activité économique de production, de distribution, de fourniture de services.

Par ailleurs, et pour les entreprises publiques dont la création par l'État répond aux lois du marché et aux coûts et aux règles de rentabilité et de profit, elles sont soumises au libre jeu de la concurrence comme tout autre acteur. L'État devient acteur dans ce jeu qui n'est plus nouveau ou étranger à lui.

Le droit du partenariat s'inscrit dans cette même logique de soumission des opérateurs publics aux principes de la libre concurrence à travers l'ajustement progressif des monopoles nationaux à caractère commercial. En effet, la logique du monopole se conjugué mal avec celle de principe de libre circulation, il fallait donc l'ajuster.

Or, l'État devrait-il pour autant rester dans le jeu de la concurrence, car c'est lui qui doit occuper le terrain quand le domaine est pas ou peu concurrentiel ?

B- Les aménagements

Loin d'être une entrave à l'essor des interventions publiques, le droit de la concurrence a contribué, sous l'influence du droit de l'Union européenne, à leur banalisation, mais il a aussi permis de mieux cerner leur irréductible spécificité.

Nombreux sont les aménagements dont disposent l'État pourtant opérateur dans le jeu du marché et qui bénéficient de plusieurs privilèges. C'est le cas notamment de l'intervention sur le marché d'entreprises relevant du secteur public et disposant de prérogatives et de capacités d'action plus étendues que celles des entreprises exerçant à titre privé le même type d'activité.

C'est le cas également du principe de non-concurrence pour cause d'utilité publique qui justifie l'octroi des aides publiques à des entreprises appartenant au secteur public.

C'est également le cas des entreprises publiques qui interviennent en matière sociale et dont les spécificités sont prises en compte dans la perception de l'offre et de la demande au nom de l'économie sociale ou l'économie solidaire.

Par ailleurs, les nouveaux enjeux liés à la décentralisation justifient certains aménagements. C'est ainsi que l'échelle territoriale obéit à des logiques entrepreneuriales et à des médiations publiques qui jouent un rôle
https://blogdroiteuropeen.com

État et droit de la concurrence

A ce titre, le PPP dépasse la simple sous-traitance de mission d'intérêt général à des entreprises privées et marque une vraie métamorphose dans les jeux des différents acteurs aussi bien publics que privés.

En conclusion, le marché tout comme l'État sont des organes imparfaits de régulation de l'activité économique. Le danger est que certains secteurs continuent d'échapper à toute régulation, ce qui laisse planer un doute quant à l'efficacité et à la portée réelle de la législation de la concurrence et plus globalement au rôle de l'État. Le secteur d'économie parallèle, encore dit « informel », car échappe clairement au contrôle de l'administration économique et de l'État ; au sein duquel prolifèrent les ventes de produits importés à des prix souvent « compétitifs » par rapport aux prix des mêmes produits fabriqués localement et vendus au sein du circuit officiel. Cette coexistence d'un secteur officiel largement encadré, à côté d'un circuit officieux toléré, peut faire penser à l'existence d'une liberté à deux vitesses, engendrant éventuellement un sentiment de malaise, voire d'injustice, de la part des opérateurs économiques ne bénéficiant pas des « avantages » du secteur informel.

dans l'articulation et l'équilibrage entre ces différentes échelles.

Dans un autre contexte, l'intervention de l'État comme opérateur s'impose dans certains domaines ou peuvent être ainsi octroyés des droits exclusifs à une entreprise chargée de la gestion d'un service de distribution d'énergie électrique.

[La loi tunisienne de 2015 sur les énergies renouvelables](#) s'inscrit dans cette lignée. En effet et même si le législateur tunisien s'est orienté sous l'influence notamment du droit international et du droit communautaire vers la privatisation en matière de production, la loi maintient le monopole de Société Tunisienne d'Electricité et de Gaz (STEG) en matière de distribution.

Cette prédominance de l'État a été justifiée lors des travaux préparatoires au projet de la loi sur les énergies renouvelables par un terrain de la concurrence qui n'est pas encore préparé et ce contrairement au secteur de télécommunication par exemple qui a été progressivement ouvert à la concurrence est qui est aujourd'hui totalement concurrentiel.

À côté de ces services publics appelés en droit français, « services universels », le cas des biens collectifs est aussi révélateur de ce lien avec l'Etat car leur usage est indivisible, ils ne peuvent faire l'objet d'aucune rivalité entre consommateurs, ni une appropriation privée. C'est ce qui justifie l'intervention de continue de l'État.

Ceci nécessite des interférences entre régulation publique et coordination des activités économiques par le marché. Ce secteur particulier marque la rencontre entre la régulation marchande et la régulation étatique. Quid de la privatisation ?

Cette option pose des difficultés pour l'État tunisien encore en transition et dont l'économie est en souffrance. L'exemple du secteur bancaire est révélateur de cette situation malgré la pression des partenaires financiers (BM, FMI) pour que l'État réforme ce secteur. La pression grandissante des syndicats dans notre pays empêche l'État d'opter vers la privatisation et l'oblige à s'orienter vers plus d'aides d'État en injectant plus de fonds pour aider ses organes à se structurer pour perdurer.

Enfin, il est utile de s'interroger sur l'apport du partenariat public privé (PPP). Ce nouveau dispositif qui implique de nouvelles interactions semble avoir été imposé en droit comparé par l'évolution et la complexité liées à l'intérêt général.