

## L'entreprise à l'épreuve du droit de la concurrence issu de l'accord d'association



Saoussen Jammoussi Azaiez  
Maître-assistante en droit public à l'HEC de Sfax

Dans la vie économique, l'entreprise s'apparente à un véhicule de croissance dont la concurrence est le moteur de la compétition. Seulement, dans un parcours sans frontières et avec une vitesse excessive ou un manque de maîtrise, le véhicule peut certainement déraiper. À cette image figurative, correspond un rapport réel entre l'entreprise et la concurrence qui « à dose modérée, c'est un excitant ; à dose massive, un poison »<sup>1</sup>. Le rapport existentiel, si l'on ose dire, entre l'entreprise et la concurrence se complique davantage dans un contexte de libéralisation et de mondialisation envahissante où l'entreprise tunisienne se bâtit dans l'espace méditerranéen, un lieu particulièrement stratégique et un enjeu majeur de l'économie mondiale<sup>2</sup>.

Constituant un sujet partagé et même privilégié entre les décideurs nationaux et les membres de la communauté européenne, l'entreprise suscite un débat qui transcende les frontières. Dictée par des intérêts réciproques et dans un esprit d'association et de coopération mutuelle qui inspire l'accord d'association<sup>3</sup>, le droit régissant la concurrence se doit respecter les exigences de l'accord d'association<sup>4</sup> qui parfois contrastent avec des contraintes nationales. Ainsi, la rationalité économique impose de nouveaux principes garantissant l'équilibre général du marché, l'efficacité économique et le bien-être du consommateur. Dans un « *environnement imprégné par la fièvre de compétitivité* »<sup>5</sup>, ces objectifs annoncés par l'article premier de la nouvelle loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015<sup>6</sup>, relative à la réorganisation

de la concurrence et des prix, sont incontournables pour réaliser la paix sociale dans ses différentes dimensions.

Opérateur actif dans la scène économique, l'entreprise, pierre angulaire, du droit de la concurrence « *doit, en effet, beaucoup plus au réalisme économique qu'à la construction juridique* »<sup>7</sup>. Outre sa pertinence économique, la notion d'entreprise offre aussi l'avantage d'être une notion flexible et évolutive puisqu'elle ne s'enferme dans aucune catégorie juridique. Même si l'absence d'une définition précise et d'une construction juridique ne font pas le bonheur des juristes<sup>8</sup> qui cherchent la rigueur et le perfectionnisme des textes juridiques, la plasticité de la notion d'entreprise s'avère paradoxalement indispensable pour l'effectivité d'un droit par nature réaliste. La flexibilité de la notion d'entreprise est ainsi « *la meilleure garantie d'une prise en compte au plus près des réalités économiques que le droit de la concurrence a pour objet d'apprécier* »<sup>9</sup> au-delà de conceptions traditionnelles<sup>10</sup>.

Auteur de compétition<sup>11</sup>, l'entreprise n'est pas un sujet autiste. Agissant généralement dans un marché, lieu

République Tunisienne, 25 et 29 septembre p. 2320

7 Marie-Dominique HAGELSTEEN, Préface de l'ouvrage l'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, Linda ARCELIN, Litec, Paris, 2003.

8 J.L. BERGEL note ainsi que : « *les terminologies morales, économiques, politiques, mathématiques, physiques, biologique... pénètrent le vocabulaire juridique (...). On a souvent signalé les dangers que peut présenter l'introduction dans le droit des termes tirés d'autres langages techniques* », *Théorie générale du Droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 1989, 2ème éd.

9 Marie-Dominique HAGELSTEEN, Préface précitée.

10 Georges RIPERT écrit : « *pour trouver l'entreprise dans nos lois il faut la chercher dans les disciplines qui échappent par leur autonomie aux conceptions traditionnelles* », *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, 2e éd., n° 119, p. 266.

11 La concurrence désigne « *une situation, un état de rivalité, et la compétition l'expression de cette rivalité, la lutte. L'une est de l'ordre du droit, l'autre de celui du fait (...). La concurrence s'établit par le droit, la compétition s'installe par une action. On peut donc estimer que, sur le marché, la compétition est la concurrence en action* », C. Lucas de Leyssac, « Concurrence et compétition », D. juin 2004, n° 2, p. 1722-1725.

## L'entreprise à l'épreuve du droit de la concurrence

de compétition, qui est par nature confrontationnelle<sup>12</sup>, l'entreprise tient souvent à adopter une politique de management des risques liés à la concurrence<sup>13</sup> afin de résister à ce flux d'entreprises qui ne cesse d'augmenter suite à l'ouverture des frontières. L'optimisation économique peut souvent générer des montages juridiques en occultant le caractère réel de l'entité juridique afin de fuir les exigences imposées par le droit de la concurrence. De telles pratiques, certes déloyales doivent être, à leurs tours, encadrées par le droit.

Envisagé, souvent, comme un moyen de pacifier et de discipliner un marché<sup>14</sup> qui peut s'étendre au-delà des frontières nationales, le droit de la concurrence occupe de plus en plus une place centrale non seulement dans la stratégie des entreprises, mais aussi dans la sphère des enjeux politiques et démocratiques<sup>15</sup>. Si l'Union européenne voit dans le droit de la concurrence « *une alternative crédible pour éviter que de nouvelles guerres ensanglantent le vieux continent* »<sup>16</sup>, la Tunisie, de sa part, a orienté son intérêt, depuis la signature de l'accord d'association, vers la promotion d'une concurrence effective et saine entre les différents opérateurs économiques.

La perméabilité du système juridique tunisien à l'ordre communautaire a imposé une harmonisation et une adaptation continue du droit de la concurrence dictées par les impératifs de l'accord d'association et également par les exigences d'un nouvel ordre économique<sup>17</sup>. Ce-

12 L'expression est employée par F.BERROD et A. UIIESTAD, « Le droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise : donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique », in La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale, Colloque final Idex-attractivité : responsabilité sociétale des entreprises : identification et classement des outils juridiques, 6 et 7 avril 2016, p 135.

13 Aujourd'hui, les entreprises « jonglent » avec le droit de la concurrence en l'intégrant dans le cadre de leur stratégie commerciale. Voir M. VAGUE, De l'évolution juridique préventive des stratégies d'entreprises au regard du droit communautaire de la concurrence : Petites affiches 1999, n° 19, p. 7.

14 Le marché est une construction juridique artificielle dont les limites résultent des choix du législateur, lesquels déterminent l'étendue de l'ordre concurrentiel en fonction des choix politico juridiques.

15 C. PRIETO précise dans ce sens que « la valeur de la concurrence est placée très haut dans la sphère des enjeux politiques et démocratiques », « La culture européenne de concurrence », <http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/er-20020311prieto.pdf>

16 C. PRIETO, « La culture européenne de concurrence », article précité

17 La notion d'ordre public économique est apparue pour la première fois avec G ; RIPERT en 1934 qui estimait qu'« *un ordre naît de cette réglementation, qui est bien un ordre public, mais*

lui-ci impose une prise de conscience du rôle de l'État dans l'encadrement du phénomène de la concurrence qui demeure, par nature et au même titre que la notion d'entreprise, rebelle à toute appréhension par le droit. Relevant davantage de l'économie que du droit, la concurrence est le mobile de l'entreprise dont l'intensité varie selon le degré de l'emprise du droit sur l'économie. Gouvernée par le droit, la concurrence s'est trouvée dans le sillage de l'État « **régulateur** » qui supervise le bon fonctionnement du marché en mettant en avant l'ordre public économique. D'un instrument de direction de l'économie à un instrument de protection, l'ordre public économique évolue vers une nouvelle finalité. C'est désormais d'assurer le respect de la liberté de la concurrence et du marché, de protéger l'entreprise en détresse, et de préserver l'intérêt de la petite entreprise contre la puissante. Le rôle régulateur de l'État dicte des accommodements nécessaires pour la préservation de l'équilibre « *d'une activité économique et la loyauté de la concurrence sur le marché* »<sup>18</sup>. Alors, d'autres impératifs s'associent à la défense de l'ordre concurrentiel<sup>19</sup> et enrichissent le contenu et la fonction d'un ordre public économique. La supervision de l'action des entreprises et la régulation économique sont autant de fonctions dévolues à l'autorité publique pour un meilleur pilotage de l'action économique.

Au-delà du phénomène apparent des rivalités entre agents économiques, qui renferme la concurrence dans une stricte conception de compétition, l'ambition qui nous réunit aujourd'hui, est de pouvoir décroquer les marchés pour réaliser « *des solidarités de fait* »<sup>20</sup> sans pour autant mettre en cause un principe central de l'économie du marché c'est celui de la liberté d'entreprendre avec toutes les conséquences qui en découlent. Consacrée par la loi et défendue par la jurisprudence tunisienne, la liberté d'entreprendre est un stimulateur pour l'entreprise, mais qui doit être suffisamment dosé pour éviter tout effet pervers. Le droit de la concurrence est la balance de la liberté de commerce et d'industrie.

de nature différente. Il ne s'agit plus d'arrêter les conventions privées parce qu'elles portaient atteinte à la chose publique, mais bien au contraire de les développer à la condition de les plier à l'ordre économique », L'ordre économique et la liberté contractuelle in Etudes F. GENY, 1934, tome 2, p. 347.

18 Art.5 dernier alinéa de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix.

19 Voir : L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'A. PIROVA-NO, éd. Frison-Roche 2003.

20 F.BERROD et A. UIIESTAD, « Le droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise : donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique », étude précitée.

1 J.Ibert, la gestion paradoxale des relations entre firmes concurrentes, Rev Fr. de gestion, 2004/1, n° 148, p. 158.

2 N.BACCOUCHE, Rapport introductif sur les implications fiscales et financières de l'association euro-méditerranéenne, RTF n° 11, p.12.

3 Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part - JOCE n° L 097 du 30/03/1998 p. 0002 - 0183

4 Article 42 de l'accord EURO-MEDITERRANÉEN.

5 L'expression est du professeur N.BACCOUCHE, « Le taux de l'impôt », in Mélanges en l'honneur de P.BELTRAME, PU d'Aix-Marseille, 2010, p. 73.

6 Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, Journal Officiel de la

## État et droit de la concurrence

En dépit des difficultés et des défis auxquels est confronté notre pays notamment au lendemain de la révolution, une volonté certaine de se rattraper a amené la Tunisie à entamer en 2011 des discussions avec l'Union européenne pour la signature d'un accord de Libre-échange Complet et Approfondi (ALECA)<sup>21</sup>. Confronté aussi bien aux contraintes nationales qu'internationales, le législateur a-t-il réussi à la mise en place d'un régime juridique régissant la concurrence qui converge avec la politique de nos partenaires économiques telle que proclamée par l'accord d'association sans pour autant mettre en cause la compétitivité de l'entreprise tunisienne agacée par la crise économique ?

Modifiée à cinq reprises et puis remplacée par la loi 2011, la législation relative à la réorganisation de la concurrence poursuit plusieurs objectifs dont notamment la lutte contre le phénomène de contrebande et du commerce parallèle qui a largement endommagé l'économie nationale. Au-delà de cet objectif dévoilé par le ministre du Commerce, la loi relative à la concurrence s'inscrit dans un cadre beaucoup plus général. Ayant accédé au statut de partenaire privilégié de l'UE en novembre 2012, la Tunisie, de par ses engagements passés et ceux à venir, devra continuer le rythme des réformes engagées en matière du droit de la concurrence dont l'efficacité dépend non seulement de son objet, mais aussi du degré de son emprise.

L'adaptation continue de la notion d'entreprise aux exigences de l'accord d'une part (I) et la tendance d'harmonisation du droit de concurrence aux législations des États membres d'autre part (II) seront les deux volets de nos propos.

### I- ADAPTATION DE LA NOTION D'ENTREPRISE AUX EXIGENCES DE L'ACCORD

La notion d'entreprise se trouve chargée d'une signification qui déborde les frontières nationales sous l'effet combiné de la mondialisation et de la libéralisation des échanges. Il est d'ailleurs intéressant de constater que le respect des règles de la concurrence s'avère être un

21 L'article 36. 2 de l'accord d'association dispose : « 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 européenne. La référence directe au droit communautaire de la concurrence de l'UE signifie que : « les partenaires commerciaux de l'UE y compris la Tunisie s'engagent à « importer » la législation européenne lorsqu'elle concerne les questions de concurrence ou l'aide publiques pouvant affecter les échanges commerciaux avec l'UE ». CNUCED, Examen collégial volontaire de la politique de concurrence en Tunisie », p. 10. <http://www.aleca.tn/>

point essentiel de l'accord d'association et une condition indispensable pour sa pérennité. Le renvoi par l'article 36.2 au traité instituant la communauté européenne implique que les partenaires commerciaux de l'UE y compris la Tunisie s'engagent à « importer » la législation européenne lorsqu'elle concerne les questions de concurrence ou d'aides publiques pouvant affecter les échanges commerciaux avec l'UE.

Sujet central du droit de la concurrence, l'identification de l'entreprise demeure le critère déterminant pour étendre l'emprise du droit de la concurrence et assurer par conséquent son efficacité. Le débat relatif à la notion d'entreprise est un débat partagé. Le CCT s'est inspiré des solutions dégagées par les législations des partenaires de l'UE. Il est vrai que dans tout système de droit, la notion d'entreprise se prête mal aux rigueurs du langage juridique (A). Appréhendée par le droit de la concurrence, la notion d'entreprise nécessite d'être ajustée à la réalité économique<sup>22</sup> (B).

#### A-Insuffisance des critères juridiques

Définie juridiquement comme des personnes physiques ou morales qui participent activement dans la vie économique, la notion d'entreprise coïncide avec la notion juridique de personne physique ou morale. La conception formelle de l'entreprise, sujet du droit de concurrence est critiquable. Elle risque de priver le droit de la concurrence de toute efficacité en limitant sensiblement son champ d'application d'une part et d'autre part elle risque de générer une application discriminatoire du droit de la concurrence.

#### 1. Le risque de l'inefficacité du droit de la concurrence

L'identification de l'entreprise en tant que personne juridique, limite sensiblement les destinataires du droit de la concurrence. Les sociétés en participation, les sociétés non encore immatriculées, les sociétés de fait, les agences locales...peuvent, sous prétexte de l'absence de la personnalité juridique, échapper à l'application du droit de la concurrence bien qu'ils pourront non seulement faire partie du marché concurrentiel, mais surtout de modifier la situation du marché.

L'approche formelle de l'entreprise pourrait inciter les opérateurs économiques à dissimuler la véritable forme

22 Pour M.BALAISE, « la notion d'entreprise est essentiellement fonctionnelle : elle est l'outil par lequel la règle juridique s'ajuste à la réalité économique », J-B BALAISE, Droit des affaires, LGDJ, 1999, n°343, p. 184.

## L'entreprise à l'épreuve du droit de la concurrence

de l'entreprise afin d'échapper à l'emprise du droit de la concurrence. Certaines sociétés peuvent faire recours à des montages juridiques tels que la constitution de groupes de sociétés qui sont dépourvues de la personnalité juridique. Le droit de la concurrence doit davantage se méfier de ces acteurs à dimension grandissante. Le poids économique et financier de ces entités peut fausser le jeu de la concurrence du moment où la force économique peut se transformer en une position dominante, voire un monopole et il serait peu judicieux d'ignorer d'écarter ces groupes du champ d'application du droit de la concurrence sous prétexte qu'ils n'ont pas la personnalité juridique. D'ailleurs, l'article 464-2 du code de commerce français a été modifié par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 dans le sens d'une extension des sanctions pécuniaires au groupe auquel l'entreprise appartient<sup>23</sup>. D'un autre côté, si la société, dans un souci stratégique, a écarté la filialisation au profit d'entité dépourvue de la personnalité morale, il serait inopportun d'écarter le champ d'application de ce droit. Au risque de l'inefficacité du droit de la concurrence se joindrait la menace d'une application discriminatoire de ce droit qui renforce l'idée de l'impertinence de l'identification de l'entreprise à une personne juridique<sup>24</sup>.

### 2. Le risque d'une application discriminatoire du droit de la concurrence

Si le référentiel de l'application d'une infraction anti-concurrentielle se fonde d'abord sur le statut juridique de son auteur cela conduirait à une réelle discrimination au sein du marché concurrentiel au plan national que communautaire<sup>25</sup>. En droit tunisien, comme d'ailleurs le droit français, les sociétés commerciales, à l'exception de la société en participation, jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Ainsi, si l'on s'attache uniquement à la conception formelle de l'entreprise, certaines entités juridiques dépourvues de la personnalité juridique vont être immunisées face au droit de la concurrence. Or, une telle approche discriminatoire paraît

23 Article L464-2 du Code de Commerce dispose : « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient (...) Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».

24 Sur l'idée de l'impertinence de l'approche formelle de l'entreprise voir les développements de Mme L. ARCELIN relatifs aux critiques de l'identification, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, Paris 2003, p. 48.

25 L. ARCELIN, Op.Cit., p.63.

incompatible avec la rationalité économique. Si le droit de la concurrence naît du besoin de garantir l'équilibre général du marché, l'exemption des entités dépersonnalisées va certainement laisser un pan entier de l'économie à l'abri de toute emprise du droit de la concurrence notamment face à l'envahissement du secteur informel.

De même, les divergences en matière d'attribution de la personnalité juridique existant entre les droits des États membres pourraient perturber l'effort d'harmonisation mené par les instances communautaires. Ainsi, les divergences entre les législations nationales dans la personnalisation de l'entreprise ne peuvent véritablement être dépassées qu'à condition d'opter à une approche plus réaliste qui appréhende l'entité, sujet du droit de la concurrence, dans sa substance indépendamment de son revêtement juridique.

#### B- Ajustement de la notion à la réalité économique

L'évolution vers les critères économiques est la première manifestation de la volonté du conseil de concurrence tunisien (CCT) de s'aligner sur les solutions des autorités de régulation communautaire. La notion d'entreprise ne doit pas donc être réduite à une simple structure juridique ou à une technique d'organisation vidée de toute substance. Étant un fait de l'économie, l'entreprise ne peut être identifiée en faisant recours exclusivement à des critères juridiques. L'analyse économique du droit trouve, dans le domaine de la concurrence, un point d'ancrage privilégié<sup>26</sup>. D'ailleurs, par une décision en 1991<sup>27</sup>, la CJCE a relégué explicitement le critère du statut juridique à l'arrière-plan<sup>28</sup>. Le détachement du critère juridique au profit du critère économique fut une solution partagée par la plupart des législations des États de la Communauté européenne. C'était également la même solution adoptée par le CCT permettant au droit de concurrence de couvrir toutes les sociétés, organisations, groupements et toutes les personnes morales qui, selon un considérant dudit conseil, « *exercent une activité économique indépendamment de leur nature et leur forme et sans égards à leur existence de droit ou de fait, ou si elles ont été créées ou sont dominées par les personnes privées ou publiques* »<sup>29</sup>. Il en ré-

26 Voir dans ce sens : M.-A. Frison-Roche, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », Les petites affiches, 19 mai 2005, n° 99, p. 15.

27 CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90 : « dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement ».

28 Voir également CJCE, 11 juillet 2006, aff. C-205/03, FENINC/Commission.

29 Décision CCT n°3152 du 26 juillet 2004, Sté Loisirs Tabarka Vs Club Municipal de plongée sous-marine de Tabarka





## État et droit de la concurrence

sulte que l'administration, via ses entreprises publiques, est soumise au droit de la concurrence. L'élargissement de l'emprise du droit de la concurrence, aussi bien au niveau national qu'au niveau européen<sup>30</sup>, est l'œuvre des autorités de régulation.

L'entreprise peut alors se confondre avec une personne physique (un entrepreneur individuel, un commerçant, un médecin, un artisan ...) ou avec une personne morale (société, GIE, association). Il peut aussi s'agir d'une succursale ou une agence locale ou une société de fait ou même un service administratif dépourvu de la personnalité morale. La CJCE a pu qualifier d'entreprise un inventeur commercialisant son invention, certaines personnes exerçant une profession libérale ou un artiste exploitant ses productions artistiques. Le CCT a accepté des requêtes déposées par des professionnels, personnes physiques<sup>31</sup>.

**Cette approche fonctionnelle** permet au droit de la concurrence d'étendre son emprise à la substance économique indépendamment de la forme juridique de l'entité. De même, cette approche s'accommode beaucoup plus avec les exigences d'égalités de traitement imposées par la logique de la concurrence loyale. Une généralisation du champ d'application du droit de la concurrence contribue à son effectivité et également à son interiorisation par tous les opérateurs économiques pour qu'il ne soit pas considéré comme un droit ciblé uniquement sur les entreprises ayant la personnalité juridique au détriment des entités qui sont, en fait, concurrentes, mais ne revêtant pas la forme d'entreprise proprement dit. Ainsi, le CCT est indifférent quant à la distinction entre entreprise publique et entreprise privée<sup>32</sup> ou quant à la distinction entre entreprise commerciale ou entreprise civile. Le terme « *entreprises* » pris au pluriel n'est qu'un vocable commode permettant d'englober toute entité exerçant une activité économique et ayant une influence sur le marché.

30 Le traité sur le fonctionnement de l'union européenne établit que les entreprises chargées de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles définies par le traité en matière de concurrence (Art. 106-2). En droit français, l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence a précisé que les règles qu'elle définissait en la matière s'appliquaient également aux activités de production, de distribution et de services des personnes publiques (Art. 53).

31 Décision CCT n° 5177 du 2-06-2005 des avocats Vs des sociétés de consultations fiscales ; Décision CCT n° 5178 du 02-06-2005 des avocats Vs des sociétés de consultations fiscales ; Décision CCT n° 71132 du 22-07-2010, Nejma Rtibi Vs Société Amal et la délégation régionale de l'artisanat.

32 Décision n° 2/2001, Sté Abou walid c/ONH ; Décision n° 111258 du 19 décembre 2013, COTIM c/STIMEC et BH ; Décision n° 111275 du 27 juin 2013, Ch. Syndicat du transport privé de marchandise c/AGIL.

Conçu comme critère d'identification de l'entreprise sujette du droit de la concurrence, l'exercice d'une activité économique sur le marché consiste à produire ou à offrir des biens ou des services sur un marché donné<sup>33</sup> contre une rémunération<sup>34</sup>. La jurisprudence du CCT avait consacré des critères d'application du droit de la concurrence qui convergent avec ceux appliqués par la justice communautaire dont le référentiel commun est l'importance de l'entité juridique qui s'apprécie essentiellement par deux éléments.

D'abord, il s'agit de **l'influence des décisions de l'entité sur le marché pertinent**. Dans une décision du 12 avril 2007<sup>35</sup>, le CCT a considéré que même si la défenderesse est une association à but non lucratif, cela n'empêche qu'elle est soumise au contrôle du conseil de concurrence à chaque fois qu'elle reçoit une contrepartie aux services qu'elle fournit même si cette contrepartie est symbolique et qu'elle ne couvre pas les charges réelles de la prestation surtout qu'elle assure à ses adhérents des prestations rémunérées et qui influence les échanges sur le marché pertinent. Dans une autre décision le conseil a rejeté la requête quant au fond puisqu'il n'y a pas suffisamment de preuve que l'association objet de recours exerce l'activité de conseiller fiscal ou toute autre activité liée à la fiscalité et qu'il n'y a aucune preuve que cette association influence le marché pertinent.

Ensuite, **l'indépendance sur le marché** est le second indice de l'importance de l'entité et qui signifie qu'elle soit en mesure de décider elle-même de sa stratégie industrielle, financière et économique<sup>36</sup> et en assume les conséquences de toutes sortes notamment financières. En droit français, les autorités de concurrence ne sau-

33 L'article 1er al. 2 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix dispose : « elle fixe à cet effet les obligations mises à la charge des producteurs, commerçants, prestataires de services et intermédiaires, tendant à assurer la transparence des prix, à enrayer les pratiques restrictives et les hausses illicites des prix et à prévenir toute pratique anticoncurrentielle... ».

34 « Fondamentalement, l'activité économique comprend toute activité durable qui consiste à produire, distribuer ou commercialiser contre rémunération un bien ou un service », CH.BLOZE, notion d'entreprise, J-Cl concurrence et consommation, fasc. N° 492, 1991, n° 21, p. 4.

35 Décision n° 61111 du 12 avril 2007, la chambre syndicale des entreprises d'études, de consultation et de formation/ L'association des échanges et des consultations techniques internationales..

36 Voir Conseil de concurrence, décision n° 98-D-26, 7 avril 1998, Marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technomologique de Luminy : BOCC 1998, p. 424.

## L'entreprise à l'épreuve du droit de la concurrence

raient se laisser convaincre par des preuves purement formelles de l'existence de l'autonomie. L'appréciation de ce critère d'application du droit de la concurrence est plus concrète. Il incombe à l'entreprise, qui prétend que les pratiques illicites litigieuses ne lui sont pas imputables, mais le sont à son agence locale, de fournir au conseil de la concurrence tous éléments de preuve établissant que son agence locale bénéficiait, à la date des faits, de l'autonomie commerciale, financière et technique. Il s'agit donc de prouver l'octroi d'une délégation de pouvoirs et l'existence de moyens techniques et comptables indispensables à la réalisation de l'autonomie.

L'évolution qu'a subie le droit de la concurrence au niveau de l'identification de la notion d'entreprise témoigne du souci d'assurer une application rationnelle de ce droit et de garantir l'égalité des chances à chaque opérateur économique dans le marché concurrentiel. Détachée de la conception formelle personnalisée, l'entreprise, se dote d'une notion autonome et spécifique au service de l'efficacité du droit de la concurrence.

Si l'entreprise, sujet de droit de la concurrence permet de circonscrire son champ d'application, s'intéresser à l'entreprise en tant qu'objet de droit va nous plonger dans la substance même du droit de la concurrence dont l'entreprise fait l'acteur essentiel, sinon exclusif.

### II- VERS L'HARMONISATION DU RÉGIME RÉGISSANT LA CONCURRENCE DES ENTREPRISES AVEC LES PRINCIPES DE L'ACCORD

L'élargissement des pratiques anticoncurrentielles d'une part **(A)** et l'adhésion aux principes de régulation d'autre part **(B)** constituent les deux manifestations de la tendance l'harmonisation qui ne signifie pas une identité entre les différentes législations, qui peuvent conserver, conformément au principe de la souveraineté, une certaine spécificité.

#### A- Elargissement des pratiques anticoncurrentielles

Le respect d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre est un principe fondamental issu du traité de l'UE<sup>37</sup> et partagé, certes, par tous les États membres. La Tunisie, de sa part, a institué par la loi du 29 juillet 1991 une liberté des prix générale de tous les biens et services<sup>38</sup>. Néanmoins le principe de la concurrence libre ne saurait écarter le rôle de l'État comme

« gardien » de la compétition. « *S'il est admis que le meilleur gagne dans son domaine d'activité, encore faut-il qu'il gagne sans tricher, sans fausser les mécanismes du marché et sans attenter à la liberté des opérateurs* »<sup>39</sup>.

Objet d'observation et de surveillance, l'entreprise est saisie par le droit la concurrence aussi bien au niveau de **ses comportements** dans le marché qu'au niveau **sa structure**.

Les pratiques anticoncurrentielles visent à interdire les pratiques attentatoires au fonctionnement du marché selon la loi de l'offre et de la demande. Prévu par l'article 5 de la loi 2015<sup>40</sup>, les pratiques anticoncurrentielles renvoient à des comportements d'entreprises très variés qui visent à un « *endormissement de la concurrence, à édulcorer la lutte concurrentielle ou même à la supprimer* ».<sup>41</sup>

Dans un souci d'harmonisation et d'adaptation continue de la législation tunisienne aux objectifs de l'accord d'association, le législateur a étendu le domaine des pratiques anticoncurrentielles. Limitée initialement aux ententes et à l'abus de position dominante, la prohibition de certains comportements de l'entreprise s'élargit à l'état de dépendance économique, aux offres de prix ou pratiques de prix abusivement bas. Les objectifs ainsi poursuivis et explicitement annoncés par la loi de 2015 sont la préservation d'équilibre d'une activité économique, de garantir l'efficacité, le bien-être du consommateur et la loyauté de la concurrence sur le marché. Tous ces objectifs nobles doivent être intégrés dans la stratégie de toute entreprise à peine d'être confrontée aux exigences du droit de la concurrence.

Appréhendée comme « *un phénomène d'augmentation de la dimension de certaines unités à l'intérieur du secteur d'activité auquel elles appartiennent* »<sup>42</sup>, la concentration fait partie intégrante de la logique concurrentielle. Intégrée en 1995 par la loi modifiant la loi initiale du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, la concentration devient un objet de contrôle. Dans une économie qui se mondialise, le contrôle de la structure

39 C. GRYNFÖGEL, Droit communautaire de la concurrence, LGDJ, 2008, p.10 C. GRYNFÖGEL, Droit communautaire de la concurrence, LGDJ, 2008, p.10.

40 [Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, Journal Officiel de la République Tunisienne, 25 et 29 septembre p. 2320](#)

41 Y.SERRA, Le droit français de la concurrence, Dalloz 1993, p. 79.

42 F.TEULON, Dictionnaire Histoire, Economie, Finances, Géographie PUF 1999, p. 149.

## Quelles règles de concurrence dans le futur ALECA ?

de l'entreprise devient plus impératif en l'empêchant à se transformer à une structure « *génératrice* » de comportements anticoncurrentiels. En fait, il s'agit de limiter le pouvoir de marché des entreprises sans porter atteinte à leur capacité concurrentielle.

Organe de régulation du marché concurrentiel, le CCT participe faiblement à cette opération de contrôle. Aussi bien l'ancienne loi sur la concurrence que la nouvelle loi instituent un contrôle administratif obligatoire par le ministre chargé du Commerce. Sous l'empire de l'ancienne loi, le ministre peut soumettre, s'il juge nécessaire, le projet de concentration à l'avis du conseil qui n'est pas un avis conforme<sup>43</sup>. La modification introduite en 1995 par la nouvelle loi renforce les prérogatives du conseil en exigeant son avis pour toute opération de concentration<sup>44</sup>. Ainsi, le ministre de Commerce a l'obligation de faire recours au conseil conformément aux dispositions de l'article 11 alinéa dernier de la loi 2015. Le conseil doit donner son avis dans un délai ne dépassant pas soixante jours, à compter de la réception de la demande d'avis. Au cas où le CCT ne répond pas le ministre chargé du Commerce est en droit d'exercer ses prérogatives. Ce qu'on peut regretter dans cette loi est que la compétence contentieuse du CCT est limitée aux pratiques anticoncurrentielles telles que prévues par l'article 5 de ladite loi. La nouvelle loi a raté l'occasion pour mettre le conseil de la concurrence au cœur de la politique de concurrence à l'instar des expériences de nos partenaires économiques.

En effet, il revient au ministre de Commerce de motiver sa décision d'approbation de l'opération de concentration, ou d'approbation sous réserve ou encore la décision de refus. L'exigence que la décision soit rendue publique est une mesure de transparence consacrée par la loi 2015 et qui répond à l'impératif constitutionnel de la transparence de l'organisation et du fonctionnement de l'administration publique tel qu'énoncé par l'article 15 de la constitution 2014<sup>45</sup>. De même, il revient au mi-

nistre de retirer son accord si l'entreprise concernée ne respecte pas les conditions et les engagements qui ont motivé l'accord<sup>46</sup>. L'avis du conseil n'est pas exigé en ce qui concerne la décision de retrait.

### B- L'adhésion imparfaite aux principes de régulation

Lorsque les comportements de l'entreprise au sein du marché concurrentiel sont inadmissibles, le rôle du conseil de concurrence en tant qu'organe régulateur implique un devoir de punir, mais avec justice et modération<sup>47</sup>. Les objectifs de la répression en matière de droit de la concurrence consistent, d'une part, à réprimer les atteintes à la concurrence et, d'autre part, à dissuader de manière individuelle et générale les opérateurs économiques de provoquer de telles atteintes. Ce double objectif de répression et de dissuasion a été rappelé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 avril 2002<sup>48</sup>, et plus récemment par la CEDH, dans un arrêt *Menarini* du 27 septembre 2011<sup>49</sup>. Néanmoins, au-delà de ces objectifs, la politique de régulation implique en prise de conscience de la nécessité de traiter l'entreprise, non seulement comme objet du droit de la concurrence, mais surtout comme un véritable partenaire dans la décision de régulation.

### 1. Le pouvoir de modération de la répression

Inspiré des solutions consacrées dans la législation des États membres de la communauté, le CCT a opté pour une politique rationnelle dans la détermination des sanctions qui tend à assurer une équité entre les différents opérateurs économiques. Cette politique de la détermination des sanctions pécuniaires est structurée autour de deux principes cardinaux : **le principe de proportionnalité**<sup>50</sup> et l'exigence **d'individualisation**. Naturellement, les sanctions pécuniaires sont également déterminées en fonction des critères dégagés par la jurisprudence du CCT et en vertu desquels le conseil apprécie, de manière objective et concrète, la gravité de l'infraction, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation in-

principes de neutralité, d'égalité et de continuité du service public, et conformément aux règles de transparence, d'intégrité, d'efficience et de redevabilité. [Constitution tunisienne du 26 janvier 2014](#)

46 Article 10 dernier alinéa de la loi 2015.

47 Jacqueline MORAND-DEVILLER, Le Conseil de la concurrence en France ? AJT, n°7, p.62.

48 CA Paris, 9 avril 2002, Géodis Overseas France, RSC 2003. 578, obs. J.-C. Fourgoux.

49 CEDH, *Cour (Deuxième Section)*, 27 sept. 2011, n° 43509/08 *Menarini Diagnostics SRL c/ Italie*.

50 CCT, req. N° 81176 du 11 décembre 2009, Société Fast/ Société SAT, Annuaire de la jurisprudence tunisienne, n° 2, 2014, p.170.

📍 <https://blogdroiteuropeen.com>

## Quelles règles de concurrence dans le futur ALECA ?

dividuelle de l'entreprise intéressée ou du groupe auquel elle appartient et l'éventuelle réitération de la pratique anticoncurrentielle<sup>51</sup>. Ainsi, il revient au conseil de tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, ainsi que d'autres éléments d'individualisation de la sanction, telle que la situation financière dans laquelle se trouve l'intéressé<sup>52</sup>.

La mise en œuvre in concreto de ces critères et de ces principes relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires publié par l'Autorité de concurrence française. L'avantage de ce communiqué est qu'il permet aux entreprises de bénéficier d'une plus grande visibilité quant à la détermination des sanctions encourues en cas de violation des règles de concurrence et d'autoévaluer leurs comportements. Il décrit les différentes étapes de la méthode de détermination des sanctions, qui structure l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'Autorité au vu des éléments pertinents de l'affaire<sup>53</sup>. Ainsi, une meilleure transparence est garantie. L'entreprise sera davantage avisée des risques d'une concurrence déloyale.

Néanmoins, le politique répressive mise en place par la nouvelle loi de 2015 se trouve teintée de méfiance envers les entités économiques. L'envahissement du phénomène du commerce parallèle et la contrebande constituent certes des contraintes nationales qui justifient cette politique. D'ailleurs, l'accord d'association permet aux États membres de se conformer aux spécificités de chaque système. Ainsi, le principe d'atténuation des peines a été écarté et le montant des amendes ainsi que les peines de prison ont été multipliés par deux et le délai de prescription était étendu de 3 à 5 ans. Les priorités gouvernementales relatives à la nécessité de lutte contre le phénomène de commerce parallèle qui a étouffé l'entreprise tunisienne structurée et transparente sont certes légitimes. Mais la lutte nécessite non seulement une politique répressive, mais aussi une structure de contrôle monopolisée par une autorité de régulation véritablement autonome. La juridictionnalisation du CCT ne

51 CCT, req. N° 61115 du 21 mai 2009, Société de loisir Tabarka/ club, Annuaire de la jurisprudence tunisienne, n° 2, 2014, p.171.

52 Il s'agit, en fait, du montant du bénéfice généré par la pratique anticoncurrentielle : Voir CCT, req. N° 71154 du 31 décembre 2009, CCT/ Société Tunisiana et Tunisie télécom.

53 Il n'existe aucun « barème » mécanique permettant de connaître par avance le montant exact de la sanction. Ce serait contraire aux principes d'individualisation et de proportionnalité de la sanction, qui impose que cette dernière soit adaptée en fonction du contexte et des éléments propres à chaque affaire. Voir : Jean-Louis DEWOST, Bruno LASSERRE ? Robert SAINT-ES- TBEN, Nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel n° 35, Avril 2012.

s'accommode pas les choix de nos partenaires même si l'évolution de sa jurisprudence témoigne d'une tendance vers l'harmonisation du droit de la concurrence avec les législations des États membres de la communauté.

### 2. La nécessité de collaborer avec l'entreprise

Dans la logique du droit de régulation, le traitement des pratiques anticoncurrentielles est le plus souvent le fruit d'une collaboration avec l'entreprise. Cette solution s'accommode davantage avec le principe de « *l'autonomie juridique des agents de l'économie de marché*<sup>54</sup> ». Le recours à des mesures répressives doit être, en principe, relégué en second plan.

La nouvelle loi n'a pas suffisamment réservé à l'entreprise une place dans le processus de régulation. La remise gracieuse des sanctions des pratiques anticoncurrentielles a été retirée de la compétence du conseil. Or, si l'entreprise manifeste une volonté d'auto-dénonciation à ces pratiques, il serait plus judicieux et plus conforme à la logique de régulation de poursuivre des procédures de clémences assurant une sécurité juridique nécessaire dans le monde des affaires. Il est vrai que la transaction est un procédé de négociation avec l'entreprise qui a été consacré dans la loi de 2015. Néanmoins, son efficacité est doublement limitée. D'abord, elle ne concerne que les entreprises qui ont enfreint les règles de concurrence déloyale et de transparence des prix à l'exception des infractions aux dispositions des articles 5, 7, 8, 9 10 et 69 de la loi. Ensuite, la mise en œuvre de la transaction reste tributaire du pouvoir d'appréciation du ministre du Commerce.

### CONCLUSION

Au total, « trop de concurrence tue la concurrence ». Cet adage fait l'unanimité. Dans une économie mondialisée, la loyauté de la concurrence sur le marché ne relève pas uniquement d'un besoin économique ou juridique, elle relève également de l'éthique des affaires. Dans une économie mondialisée, la loyauté de la concurrence devient de plus en plus l'image de marque de l'entreprise dont l'État semble être le premier garant. Néanmoins, l'encadrement du phénomène concurrentiel, pour un meilleur fonctionnement du marché et une promotion harmonieuse des entreprises dans l'espace méditerranéen, n'est pas uniquement une affaire d'État. L'entreprise doit être également sollicitée dans cette mission d'intérêt général. Son statut doit évoluer d'un simple ob-

54 2 C.CHAMPAND, Régulation et droit économique, RIDE, 2002, p. 61

📍 <https://blogdroiteuropeen.com> p 08 / JUILLET 2017

43 L'ancien article 9 bis de la loi n° 95-42 du 24 avril 1995 dispose : « Le conseil de concurrence apprécie si le projet ou la concentration apporte au progrès technique et économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Il doit prendre en considération lors de l'appréciation du projet ou de l'opération de concentration économique, la nécessité de la consolidation ou la préservation de la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale ».

44 Article 10 de la loi n°2015-36 du 15 septembre 2015 dispose : « Après avis du conseil de la concurrence, le ministre chargé du commerce peut par décision motivée : (...) ».

45 L'article 15 de la constitution tunisienne de 2014 dispose : « L'administration publique est au service du citoyen et de l'intérêt général. Elle est organisée et agit conformément aux

## Quelles règles de concurrence dans le futur ALECA ?

Le droit de concurrence à un véritable partenaire dans la régulation ce qui pourrait orienter le débat vers une nouvelle question cruciale c'est celle de savoir comment mettre en valeur le droit de la concurrence à travers l'entreprise elle-même ?

Le bien-être commun, économique, social, culturel, écologique et même politique de la région méditerranéenne ne peut véritablement s'accomplir sans la participation de toutes les parties prenantes dans le marché concurrentiel, dont l'entreprise constitue le premier acteur.