

Conclusions



Alexandre Maitrot de la Motte

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil
Vice-Doyen de la Faculté de droit
Directeur de l'Équipe d'Accueil Marchés, Institutions, Libertés (EA 7382)

Sans en être le cœur, le droit de la concurrence constitue une partie importante de l'Accord d'association entre la Communauté européenne (devenue Union européenne) et la République de Tunisie. Comme de nombreux accords liant l'Union européenne et des États de la rive sud de la Méditerranée, cet Accord étend les règles européennes à des États qui ne sont pas (encore) membres de l'Union.

Souscrit en 1995, l'Accord d'association repose sur « l'importance des liens traditionnels existant entre la Communauté, ses États membres et la Tunisie et des valeurs qui leur sont communes ». Il indique « que la Communauté, les États membres et la Tunisie souhaitent renforcer ces liens et instaurer durablement des relations fondées sur la réciprocité, le partenariat et le co-développement ».

C'est dans ces buts que son article 36 encadre les pratiques anticoncurrentielles qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre les deux rives de la Méditerranée. Ceci tient, comme l'explique [le rapport introductif du Doyen Baccouche](#), à ce que le point de départ des auteurs de l'Accord est l'idée selon laquelle la concurrence possède des effets positifs. Il s'agirait d'une vertu, au point qu'en droit tunisien, « l'efficacité a été constituée ».

Bien entendu, l'Accord de 1995 n'est que la première pierre d'une longue construction. Actuellement, il fait en effet l'objet d'un cycle de négociations en vue de conclure un accord de libre-échange complet et approfondi : l'ALECA. Comme le rappelle l'argumentaire du présent colloque, ce nouvel accord, « tout en rénovant le cadre juridique relatif aux règles de concurrence, devrait prendre en considération les impératifs découlant de la transition démocratique ».

L'article 36 de l'Accord d'association se situe au sein de son Titre IV, intitulé « Paiements, capitaux, concurrence et autres dispositions économiques ». Il constitue le premier des six articles du chapitre II de ce Titre, lui-

même intitulé « concurrence et autres dispositions économiques ». Dans des termes très proches de ceux qui sont employés par le droit de l'Union, son 1. 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 ».

L'article 36 reprend ainsi les règles européennes relatives à la concurrence : interdiction des ententes ; interdiction des abus de position dominante ; interdiction des aides d'État qui menacent de fausser la concurrence. Il est complété par l'article 37, qui prévoit que « Les États membres et la Tunisie ajustent progressivement, sans préjudice des engagements pris au GATT, tous les monopoles d'État à caractère commercial ».

L'Accord d'association étend ainsi le droit européen de la concurrence à la Tunisie. Cette extension résulte non seulement des dispositions du texte qui viennent d'être citées, mais aussi des conditions dans lesquelles elles doivent être interprétées. Le paragraphe 2 de l'article 36 précise en effet que « 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 (...) ainsi que des règles relatives aux aides publiques, y compris le droit dérivé ».

Conclusions

Cette analyse est partagée par [Samuel Benisty](#). Ce dernier juge qu'un fonctionnement décentralisé est opportun. Dans le cas français, c'est précisément ce qui permet de conserver une certaine autonomie par rapport à l'Union européenne.

2° L'indépendance de l'autorité de la concurrence

Dans une intervention brillante, [Hatem Abbes](#) a insisté sur cette nécessité.

Si la concurrence suppose l'existence d'une politique, elle repose avant tout sur des organes. Il doit nécessairement s'agir d'autorités indépendantes.

De ce point de vue, [Hatem Abbes](#) considère que le conseil tunisien de la concurrence peut poser des difficultés. Celles-ci tiennent à son « statut bivalent » (fonction contentieuse et fonction consultative), au fait que ses avis sont « non conformes », et à son absence d'autonomie financière. En Tunisie, « le conseil de la concurrence est passé à côté de la révolution opérée par ailleurs ».

Celle-ci concerne par exemple les aspects matériels de la concurrence.

B- La mise en œuvre matérielle de la concurrence

En matière de concurrence, la révolution tunisienne est antérieure à l'Accord d'association de 1995. Le premier dispositif tunisien sur la concurrence date en effet de 1991.

Son adoption fut une révolution tant pour l'État que pour l'entreprise.

1° La mise en œuvre par l'État

Selon [Bassem Karray](#), l'État tunisien doit ne pas altérer la concurrence. C'est ce qui explique qu'il doit ne pas octroyer d'aides d'État au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

[Afef Hammami Marrekchi](#) partage cette opinion. Dans sa communication intitulée « État et droit de la concurrence », elle indique que « l'État devrait être en dehors de la sphère de la concurrence ».

Ceci étant, il ne faut pas en déduire que l'État n'est pas affecté par le développement du droit de la concurrence. En Tunisie, le cadre juridique en témoigne : qu'il

Comme l'indique [le rapport introductif du Doyen Baccouche](#), le champ du droit européen de la concurrence a ainsi été étendu à la Tunisie. [Dans l'argumentaire du présent colloque](#), les organisateurs ont pour leur part indiqué que « le renvoi fait par l'article 36 au droit européen de la concurrence est un exemple édifiant de l'absence d'une norme multilatérale. Cet article fait du droit européen une norme de référence pour le droit tunisien. D'ailleurs, l'article 52 du même accord crée une dynamique d'harmonisation fondée sur une approche centripète en vertu de laquelle le droit tunisien doit se rapprocher du modèle européen ».

Faut-il leur donner raison ? Au regard du droit européen primaire et dérivé, comment le droit tunisien de la concurrence pourra-t-il évoluer ? Pour répondre à ces questions, il conviendra de s'intéresser aux modalités de la concurrence (I), puis aux difficultés de la concurrence (II).

I- L'ACCORD D'ASSOCIATION ET LES MODALITÉS DE LA CONCURRENCE

Traiter la question des modalités de la concurrence implique de s'intéresser aux aspects institutionnels du droit de la concurrence, puis à ses aspects matériels.

A- La mise en œuvre institutionnelle de la concurrence

Il faut d'emblée relever, avec [Bassem Karray](#), que la concurrence n'est pas seulement constituée de règles, mais qu'elle correspond également à une culture. Il en résulte la nécessaire existence d'une autorité de contrôle. Dans le cas tunisien, nombreux sont ceux qui considèrent qu'elle devrait être décentralisée et indépendante.

1° La décentralisation de l'autorité de la concurrence

Selon [Bassem Karray](#), le respect du droit de la concurrence ne peut pas reposer sur une autorité fonctionnant de manière centralisée. À cet effet, il faut relever, à titre comparatif, qu'en droit de l'Union européenne, toutes les questions relatives à la concurrence ne sont pas systématiquement renvoyées à la Commission européenne.

Aussi [Bassem Karray](#) regrette-t-il qu'en Tunisie, la régulation reste trop fondée sur la répression et la centralisation. Une externalisation d'une autorité de la concurrence indépendante semble ainsi souhaitable.

Conclusions

s'agisse du décret de 2014 sur les marchés publics, ou, déjà, de loi de 2005 sur les partenariats public-privé, l'Etat connaît en Tunisie une mutation importante.

Comme en France et dans les autres États de l'Union européenne, cette mutation conduit à distinguer l'État régulateur et l'État opérateur. En d'autres termes, l'État peut jouer le rôle d'une entreprise.

2° La mise en œuvre par l'entreprise

Lorsque l'entreprise est soumise au droit de la concurrence, elle doit respecter l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Selon Saoussen Jammoussi, la soumission de l'entreprise au droit de la concurrence implique également l'absence d'état de dépendance. Par ailleurs, les pratiques de prix doivent être contrôlées.

Si l'Etat et l'entreprise doivent ainsi s'adapter, il leur revient toutefois de ne pas appliquer « béatement » le droit de la concurrence (Sylvaine Poillot-Peruzzetto). Sont ainsi posées, par exemple, la question de la délation et celle des anti-valeurs.

Par rapport à une politique de non-concurrence, le choix d'une politique de concurrence est en effet porteur de valeurs : des valeurs politiques et des valeurs sociétales.

Parmi d'autres questions, l'étude de ces valeurs montre que si elle semble vertueuse au premier abord, la concurrence peut poser des difficultés.

II- L'ACCORD D'ASSOCIATION ET LES DIFFICULTÉS DE LA CONCURRENCE

Ces difficultés sont d'ordre matériel et intellectuel.

A- Les difficultés matérielles de la concurrence

En Tunisie, le développement de la concurrence se heurte à deux difficultés matérielles, qui sont le faible niveau des investissements et le développement du secteur informel.

1° Le niveau des investissements

Au regard de l'insuffisance des investissements, dont le [Doyen Baccouche](#) indique qu'il s'agit du « *maillon faible* », une modernisation du droit de la concurrence est nécessaire. Sans doute le renvoi au droit de l'Union européenne auquel procède l'Accord d'association fait-il de cette modernisation un objectif sous-jacent. Concrètement, le droit tunisien pourrait, dans ce but et par ce moyen, promouvoir les transactions, les pro-

grammes de clémence et les immunités. Selon [Bassem Karray](#), il faut « *injecter des moyens alternatifs* ».

Comme l'a en effet indiqué [Nicolas Ligneul](#), aucune politique de développement ne peut pas être envisagée sans investissements. Ces derniers sont doublement nécessaires : pour la Tunisie, qui a besoin d'investissements ; et, pour les Européens, qui ont intérêt à investir en Tunisie.

La suppression des obstacles aux investissements doit par suite être sérieusement engagée. De même, il convient de favoriser les transferts de technologie, et ce d'autant plus que, comme le remarque Nicolas Ligneul, l'Organisation Mondiale du Commerce ne s'intéresse pas à la question.

2° Le secteur informel

Le secteur informel constitue une seconde difficulté, mise en exergue par le [Doyen Baccouche](#) : « *La Révolution a entraîné un affaiblissement de l'Etat, et a permis le développement du secteur informel* » ; « *Notamment, les entreprises organisées et transparentes supportent la charge, avec leurs salariés. Il s'en suit une concurrence déloyale* ».

Dans une intervention jugée « éloquente » par Bassem Karray, [Afef Hammami Marrekchi](#) a également insisté sur le problème du secteur informel, en indiquant qu'il fausse d'autant plus le jeu compétitif qu'il semble être toléré.

Le secteur informel pose par ailleurs des difficultés dans la compétition internationale, identifiées par le [Doyen Baccouche](#) et Sylvaine Poillot-Peruzzetto.

Celles-ci se doublent de difficultés intellectuelles.

B- Les difficultés intellectuelles de la concurrence

Dans le contexte de l'Accord d'association et, plus généralement, dans le cadre de la mondialisation, la concurrence met en évidence deux questions difficiles.

La première est de savoir s'il faut des règles de droit. La seconde est celle de la souveraineté.

1° Les difficultés relatives à la nécessité des règles de droit

Lors des débats suscités par les différentes interventions, la question de savoir s'il faut des règles de droit a été sérieusement discutée.

Conclusions

Sans doute la Tunisie et l'Union européenne sont-elles aujourd'hui au milieu du gué.

Dans une brillante « *réflexion juridique* », [Samuel Benisty](#) a rappelé que le droit français s'est jadis trouvé dans la même situation que le droit tunisien aujourd'hui. Par suite, le droit tunisien ne sera pas éternellement inféodé au droit de l'Union européenne.

Mais cette absence d'inféodation ne signifie pas l'absence de coopération. Dans ce cadre, si la Tunisie doit continuer à entreprendre des réformes, l'Union européenne doit pour sa part amplifier sa politique de voisinage et faire en sorte que la notion d'« *Espace de prospérité partagée* » devienne une réalité. Puisse le futur accord de libre-échange complet et approfondi (ALECA) y parvenir.

En leur faveur, [Saoussen Jammoussi](#) considère que les juristes doivent chercher la perfection des textes juridiques. Pour sa part, [Bassem Karray](#) estime qu'il ne peut pas y avoir de compétition sans règle. Régulée, la concurrence doit être au service du libre-échange pour permettre, à terme, la constitution d'un marché intérieur. Ceci implique une convergence normative.

La logique économique l'emporte néanmoins très souvent sur la logique juridique. Pour le [Doyen Baccouche](#), il faut se méfier du juridisme : « *L'investissement ne se décrète pas. Ce n'est pas par les textes qu'on favorise l'investissement* ».

Allant plus loin, Imed Frikha met en garde contre les risques de complication, et considère que « *l'investissement ne dépend pas du droit* ».

Enfin, [Rafik Rabia](#) identifie d'autres limites aux règles de droit : elles tiennent aux voies d'exécution. Il est en effet difficile, pour les autorités de concurrence européennes, d'enquêter en dehors de l'Union européenne. Ceci étant, il est arrivé que la Commission intervînt en dehors de l'Union européenne, notamment dans le secteur des concentrations. Ceci pose le problème de la souveraineté.

2° La question de la souveraineté

Étudiant « l'alchimie », et rappelant les difficultés rencontrées par le Roi Midas, [Nicolas Ligneul](#) considère qu'en Tunisie, les rapports complexes à la souveraineté « *sont bouleversés par l'Accord d'association* ». En écho, [Rafik Rabia](#) mentionne « *l'obsession de la souveraineté* ».

Analysant l'une de ses composantes, [Nathan Obame](#) indique que la question des compétences apparaît comme majeure, qu'il s'agisse des compétences internes ou des compétences externes.

Le [Doyen Baccouche](#) considère, enfin, que « *l'article 36 de l'Accord d'association bouscule la souveraineté* ». Selon lui, la question se pose de savoir si cet Accord n'est pas un « *contrat d'adhésion* ».

La réponse à cette question essentielle dépend du but poursuivi.

Dans l'hypothèse dans laquelle l'Union européenne entendrait imposer unilatéralement son modèle, sa démarche ne pourrait qu'être critiquée. À l'inverse, dans l'hypothèse dans laquelle l'objectif serait – comme l'espère Sylvaine Poillot-Peruzzetto –, de promouvoir la paix, sa démarche ne pourrait qu'être approuvée.