



Habiba Bhourri

La régulation de la concurrence en France et en Tunisie à la lumière du droit européen

BHOURI, Habiba. *La régulation de la concurrence en France et en Tunisie à la lumière du droit européen [en ligne]*. Sous la direction de Messaoud SAOUDI. Thèse de doctorat : Droit. Lyon : Université Jean Moulin Lyon 3, 2023.

Disponible sur : <https://www.theses.fr/2023LYO30042>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »

Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N° d'ordre NNT : 2023LYO30042

THÈSE DE DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

Membre de l'université de Lyon

École doctorale n° 492 - Droit

Discipline : **Droit**

Soutenue publiquement le 12/12/2023, par

Habiba BHOURI

La régulation de la concurrence en France et en Tunisie à la lumière du droit européen

Laboratoire de recherche : **EDPL, Équipe de droit public de Lyon**

Directeur de thèse : **M. Messaoud SAOUDI**

Devant le jury composé de :

M. Messaoud SAOUDI

Maître de conférences HDR, université Jean Moulin Lyon 3. Directeur de thèse

M. Alexandre GUIGUE

Professeur des universités, université Savoie Mont Blanc, Chambéry. Président du jury

Mme Corinne DELON-DESMOULIN

Maîtresse de conférences HDR, université Rennes 2. Rapporteure

Mme Ninon FORSTER

Professeure des universités,
université Polytechnique Hauts-de-France, Valenciennes. Rapporteure

Mme Céline HUSSON-ROCHCONGAR

Maître de conférences HDR et Directrice de la recherche de l'INSP,
université de Picardie Jules Verne, Amiens. Examinatrice

M. Francesco MARTUCCI

Professeur des universités, université Paris Panthéon-Assas. Examineur

Remerciements

Le présent travail n'aurait pas pu aboutir sans la contribution de nombreuses personnes qui ont collaboré de près ou de loin à l'élaboration de cette thèse. J'ai été soutenue non seulement par des personnes qui ont toujours été là pour moi mais aussi par des rencontres qui se sont avérées comme un véritable soutien.

Je voudrais exprimer ma reconnaissance à mon directeur de thèse, Monsieur Messaoud SAOUDI, pour sa confiance et ses conseils indispensables à l'achèvement de ce travail. Sa disponibilité, sa confiance et ses encouragements ont été déterminants pour l'aboutissement de celui-ci. Je le remercie de ses conseils précieux qui m'ont guidé vers la bonne direction, de sa patience et sa tolérance.

Je tiens d'abord à adresser toute ma gratitude à mes parents Ibtissem TFIFHA et Nasser BHOURI ainsi que mes sœurs Myriam, Dana et Lina, qui par leur amour et leur tendresse, m'aident à construire mon avenir. Je tiens aussi à témoigner ma reconnaissance à Mohamed CHOUKANI pour ses encouragements. Toutes ces personnes ont toujours été ma source d'inspiration. Sans leur disponibilité sans borne et leur soutien sans faille, ce travail n'aurait pu voir le jour. J'espère donc que, par ce travail, je pourrais rendre à mes parents une partie de tout ce qu'ils m'ont donné, que ce soit sur le plan financier ou sur le plan moral durant toutes mes années d'études.

Cette thèse m'a prouvé encore quelle est la voie où je souhaite persévérer et répond toujours autant à mes ambitions professionnelles.

Abréviations

AA - Accord d'association

AAI - Autorité administrative indépendante

ACM - Autorité de contrôle de la micro finance

ACPR - Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

ADLC - Autorité de la concurrence

ALECA - Accord de libre-échange complet et approfondi

AMF - Autorité des marchés financiers

ARAF - Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires

ARCEP - Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse

ARCOM - Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique

ARCOM - Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique

ARJEL - Autorité de Régulation des Jeux en Ligne

BCE- Banque centrale européenne

BM - Banque mondiale

CECA - Communauté européenne du charbon et de l'acier

CECEI - Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement

CEE - Communauté économique européenne

CGA - Comité général des assurances

CGCT - Code général des collectivités territoriales

CII - Code d'incitations aux investissements

CJCE - Cour de justice de l'Union européenne

CMF - Conseil des marchés financiers

CNAM - Caisse Nationale d'Assurance Maladie

CNICM - Commission Nationale d'Investigation sur la Corruption et la Malversation

CNIL - Commission nationale de l'informatique et des libertés

CNUC - Commission Nationale de l'Urbanisme

COB - Commission des opérations de bourse

CODEFI - Comité d'examen des difficultés de financement des entreprises

COMESA- Common Market for Eastern and Southern Africa

CPIJ - Cour permanente de justice internationale

CRE - Commission de régulation de l'énergie.

CSA - Conseil supérieur de l'audiovisuel

DGCCRF - Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

DGCEE - Direction Générale de la Concurrence et des Enquêtes Économiques

ECON - Commission des affaires économiques et monétaires

EPCI - Établissement public industriel et commercial

EPNA - Établissement public non administratif

FMI - Fonds monétaire international

GAFA - Google, Amazon, Facebook, Apple

GMS - Grandes et moyennes surfaces

HADOPI - Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

HAICA - Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle

INT - Instance nationale des télécommunications

NRE - Nouvelles régulations économiques

OACA - Office public de l'aviation civile et des aéroports

OCDE - Organisation de coopération et de développement économique

OCEF - Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique

OMC - Organisation mondiale du commerce

PAS - Passage d'une économie orientée

PASM- Pays arabe sud méditerranéen

PIDCP - Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PME - Petites et moyennes entreprises

REC - Réseau européen de la concurrence

RGPD - Règlement Général sur la Protection des Données

SEBC - Système européen de banques centrales

SEML - Société d'économie mixte locale

SNIT - Société nationale immobilière de Tunisie

SONEDE - Société Nationale d'Exploitation et de Distribution des Eaux

STEG - Société Tunisienne de l'Électricité et du Gaz

STIR - Société tunisienne des industries de raffinage

SOFOMECA - Société De Fonderie et de Mécanique à la société de Mécanique

TECE - Traité établissant une constitution pour l'Europe ou « traité constitutionnel européen »

TFUE - Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TT - Tunisie Télécom

UE - Union européenne

UEM - Union économique et monétaire

UGTT - Union générale des travailleurs tunisiens

UTA - Union de transports aériens

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE :	9
PARTIE 1. LE CADRE JURIDIQUE DE LA REGULATION DE LA CONCURRENCE.	68
Chapitre 1. L'influence du droit européen de la concurrence sur le droit tunisien et le droit français	69
Section 1- Une législation nationale sur la concurrence sous influence international européenne : le cas tunisien	69
Section 2. L'adaptation nationale d'une législation européenne sur la concurrence : le cas français	97
Chapitre 2. Les modalités d'intervention de l'Etat dans le droit économique : étude comparative	113
Section1- L'omniprésence de l'Etat tunisien dans le droit économique avant et après la révolution	114
Section 2- L'intervention de l'Etat français : entre régulation et réglementation	155
Section 3- Un interventionnisme étatique durant la période de Covid-19 encadré par le droit européen	174
PARTIE 2- LE CADRE INSTITUTIONNEL ET OPERATIONNEL DE LA REGULATION DE LA CONCURRENCE	186
Chapitre 1. Le cadre institutionnel de la régulation de la concurrence	186
Section 1 : Les institutions publiques à vocation économique	187
Section 2- Les institutions d'organisation et d'accompagnement	205
Section 3- Les institutions régulatrices de la concurrence en France	209
Section 4- Les institutions régulatrices de la concurrence en Tunisie	232
Chapitre 2- le cadre opérationnel de la régulation de la concurrence	253
Section 1. La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : volet répressif de la régulation de la concurrence.	253
Section 1. 2. Le régime juridique des pratiques anticoncurrentielles	280
Section 2- Le contrôle des concentrations : volet préventif de la régulation de la concurrence.	319
Section 2- 1- Le régime juridique français des concentrations	319

Section 2- 2- Le régime juridique tunisien des concentrations	344
Section 3. Le contrôle des aides publiques	360
Section 3.1. Notion et diversité des aides publiques.....	360
Section 3.2. Portée de la notion complexe d'aide publique	371
Section 3.3. Cas du Service d'intérêt économique général (SIEG)	381
Section 3.4.- Le régime des aides publiques en situation d'urgence sanitaire (Covid-19)	395
Conclusion générale	402
Bibliographie	405

Introduction.

« La concurrence est comme une piste d'athlétisme elle stimule les performances, élève les standards, et pousse les participants à donner le meilleur d'eux-mêmes¹ ». Cette analogie implique que la régulation adéquate de la concurrence peut engendrer des conséquences bénéfiques, notamment en promouvant l'efficacité économique, en stimulant l'innovation et en améliorant le bien-être des consommateurs. Toutefois, la mise en place d'une régulation appropriée demeure impérative afin d'empêcher tout abus de position dominante, de garantir une concurrence loyale et de maintenir un équilibre sur le marché. Cette étude entreprend une analyse approfondie de la régulation de la concurrence en France et en Tunisie, éclairée par les principes du droit économique européen. La régulation de la concurrence se présente comme la direction méticuleuse de la symphonie économique nationale. En scrutant le paysage à travers le prisme du droit économique européen, explorons dans cette thèse les tonalités distinctes qui résonnent dans l'orchestration régulatoire de la France et de la Tunisie, deux protagonistes majeurs sur la scène concurrentielle mondiale.

En effet, la régulation de la concurrence constitue un pilier essentiel des systèmes économiques contemporains, visant à garantir une compétition loyale, à prévenir les abus de position dominante et à stimuler l'innovation. Cet équilibre délicat entre la liberté d'entreprendre et la nécessité de préserver un marché concurrentiel est particulièrement pertinent dans le contexte européen.

Dans cette analyse approfondie, nous examinerons les démarches adoptées par la France et la Tunisie en matière de régulation de la concurrence, mettant en évidence l'impact substantiel du droit économique européen sur ces deux juridictions. En scrutant les points de convergence et de divergence, notre objectif sera de dévoiler la manière dont ces nations ajustent et incorporent les normes européennes afin de favoriser des marchés compétitifs et dynamiques.

¹ L'économiste Paul Anthony Samuelson (1915-2009), reconnu comme l'une des figures majeures du XXe siècle dans le domaine. Il a été honoré d'un prix Nobel en 1970 pour son œuvre étendant son champ d'exploration de la théorie néo-classique aux révolutions qu'il a opérées dans le domaine du commerce international à travers le modèle HOS (Heckscher-Ohlin-Samuelson). C'est une théorie économique qui explique les motifs du commerce international en se basant sur les différences dans les dotations factorielles entre les pays.

Nous explorerons attentivement les subtilités juridiques qui sous-tendent ces deux systèmes, visant ainsi à favoriser la préservation d'une compétition équitable et efficiente.

L'exploration de la régulation du droit de la concurrence en France et en Tunisie, à la lumière du droit européen, s'articule autour de deux axes majeurs. Cette étude vise à démystifier les complexités entourant ces régulations, en plongeant d'abord dans le cadre juridique avant d'examiner en détail les dimensions institutionnelles et opérationnelles de la régulation de la concurrence dans ces deux pays.

Dans cette première sphère d'analyse, nous amorçons notre exploration par une réflexion préliminaire sur l'évolution des cadres juridiques vers une orientation spécifique à la régulation de la concurrence. En suivant cette trajectoire, l'étude se penche sur l'impact du droit européen sur les législations tunisienne et française. Cette plongée dans les subtilités des relations juridiques transfrontalières offre une base solide pour comprendre les nuances inhérentes à chaque contexte national. L'analyse se prolonge ensuite par une comparaison approfondie des modalités d'intervention de l'État dans le domaine économique. Cela permettra de dévoiler les spécificités et les convergences des approches réglementaires dans ces deux contextes distincts.

La deuxième phase de notre exploration se concentre sur les aspects institutionnels et opérationnels de la régulation de la concurrence. Nous débutons en sondant le paysage institutionnel qui façonne ces régulations, en mettant en lumière les structures dédiées et les mécanismes organisationnels clés. Cette plongée dans les organes de régulation offre un éclairage sur les acteurs clés et les dynamiques qui guident la formulation des politiques de concurrence. Nous approfondissons ensuite notre compréhension en analysant le cadre opérationnel, où les directives énoncées dans les textes juridiques prennent vie. Cette exploration pratique des mécanismes et des procédures permet de saisir la manière dont ces régulations s'inscrivent dans le quotidien économique des deux nations.

Cette étude ambitieuse s'efforce d'apporter une perspective holistique sur la régulation du droit de la concurrence en France et en Tunisie, ancrée dans les interactions complexes avec le droit européen.

I- Les fondements conceptuels et l'importance du rôle économique de l'État : une perspective européenne et internationale à travers l'étude comparative France-Tunisie

Nous amorçons notre étude avec la définition du cadre conceptuel (A), offrant une perspective claire sur les termes clés et l'importance du rôle économique de l'État. En parallèle, nous plongerons dans une analyse comparative de la régulation de la concurrence entre la France et la Tunisie (B), évoluant dans un cadre juridique européen et international. Ces deux axes constitueront le fondement essentiel de notre paragraphe, dévoilant les intrications entre le conceptuel et le pratique dans le contexte complexe de la régulation économique.

A- La définition du cadre conceptuel et l'importance du rôle économique de l'État

Cette étude débute par une justification approfondie des termes du sujet, offrant une clarté conceptuelle essentielle pour notre exploration. La pertinence de cette démarche est accentuée par la nécessaire compréhension de l'évolution du rôle économique de l'État. En examinant ces deux axes, nous visons à établir un fondement solide, éclairant les interconnexions entre le langage juridique et les transformations substantielles du rôle économique des États dans le contexte contemporain.

Justification des termes du sujet.

La concurrence au sens strict du terme peut être définie comme la rivalité entre plusieurs agents sur un même marché. Le droit de la concurrence peut se définir comme l'ensemble des règles relatives à la « compétition sur un marché dont la structure et le fonctionnement répondent aux conditions du jeu de la loi de l'offre et de la demande, d'une part entre offrant et d'autre part entre utilisateur ou consommateur de produits et de services qui y ont libre accès et dont les décisions ne sont pas déterminées par les contraintes ou des avantages juridiques particuliers »².

Le droit de la concurrence, outre qu'il est un droit transversal au croisement d'autres branches du droit (droit administratif des biens, droit public financier...) est souvent rattaché au droit public économique. L'ensemble des normes régissant le droit de la concurrence est intégré dans le domaine du droit public des affaires, illustrant ainsi le rôle prépondérant que

² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., Paris, PUF, 2014, p. 225.

l'État joue sur le plan économique, au-delà du rôle traditionnel des entreprises qui est étudié par le droit privé des affaires, également connu sous le nom de droit des affaires. On sait que le droit de la concurrence est un droit au fondement même de la construction de l'Union européenne (UE), puisque les bases de ce droit sont déjà présentes d'abord dans un secteur économique particulier et stratégique au sortir de la seconde guerre mondiale à travers le traité de Paris de 1951 créant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) puis élargi ensuite à l'ensemble du secteur économique avec le traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne (CEE) visant la reconstruction des pays européens. Ce traité communautaire prône une régulation de la concurrence pour constituer un marché commun devenu depuis le traité de Maastricht de 1992 un marché unique lui-même appelant une monnaie unique initiée par le traité d'Amsterdam de 1997 dans le cadre de l'Union économique et monétaire ou UEM. Une telle évolution normative et institutionnelle française et européenne n'est pas sans impact sur le droit économique tunisien qui entretient des liens juridiques avec le droit français et partant le droit de l'UE du fait des engagements européens de la France. Il s'agit alors de s'intéresser à la régulation de la concurrence par les droits français et tunisien à la lumière du droit économique européen. Pour ce faire il est utile de saisir le sens et la portée des termes « régulation de la concurrence ».

Comme le relève un auteur³, la concurrence est soit appréhendée comme un équilibre stable soit comme un processus instable. Souvent saisie comme un processus, on considère alors que si le marché est livré à lui-même cela conduit à la concentration et donc au blocage ou au contraire qu'il s'autorégule de lui-même. Toujours est-il que le processus de concurrence peut se trouver altérer soit par « le comportement des acteurs économiques soit par la structure même du marché »⁴. Ces règles visent ainsi alors soit à agir sur les comportements c'est-à-dire à prévenir et à sanctionner certains comportements contraires aux règles de la concurrence (politique publique de la concurrence), soit à agir sur la structure du marché en corrigeant les défaillances du marché voire à promouvoir la création de marchés plus concurrentiels comme l'envisage en particulier le droit européen de la concurrence (politique publique de régulation de la concurrence). Ne pouvant séparer ces deux dimensions d'action publique intrinsèquement liées, il nous paraît pertinent de les étudier à travers le prisme d'un droit de la régulation de la concurrence.

³ F. Marty, « Marchés, concurrence et réglementation », *Problèmes économiques*, février 2015, n°7, p.125.

⁴ *Ibid.*

La régulation est désormais saisie comme une nouvelle forme de l'intervention de l'État dans l'économie. Elle compromet la surveillance du fonctionnement économique afin de garantir le maintien d'un équilibre global. Dans cette optique, Didier TRUCHET invoque le terme de régulation lorsque des personnes publiques « interviennent dans le but d'organiser, de diriger ou de surveiller un marché ». Selon lui, la régulation garantira non seulement le fonctionnement efficace du marché mais aussi le comportement de ceux des opérateurs. Cela va au-delà de la simple supervision. L'objectif fondamental est d'assurer l'efficacité et l'équité de la concurrence sur le marché, en protégeant les intérêts des consommateurs »⁵. Ainsi, la régulation pourrait être envisagée comme une théorie relative aux nouvelles approches d'intervention gouvernementale lors de la libéralisation des marchés, visant à réduire les interventions directes de l'État dans le domaine économique.

Un sujet justifié par l'évolution du rôle économique de l'État.

« *Le droit de la concurrence vient de l'économie et non du droit* »⁶, laisse dire qu'à l'origine, la théorie de concurrence est une théorie économique. Elle a suscité par l'ordre spontané qu'elle génère un intérêt croissant dans la pensée et écrits de grands économistes. Certains auteurs ont fait du principe de concurrence le fer de lance grâce auquel l'économie politique a pu connaître son essor actuel⁷.

« Chacun sait qu'une situation de pur laisser-faire dans laquelle l'État serait un simple spectateur à distance respectueuse de l'activité économique n'a jamais existé et qu'un tel projet n'a d'ailleurs jamais été formulé même par les économistes les plus radicaux »⁸. Ceci implique une intervention récurrente de l'État dans le domaine économique. Tout d'abord, il est chargé d'établir un ordre économique et social particulier. En outre, il assume le rôle de soutien au développement économique et social, fonction adoptée par tous les gouvernements modernes. Enfin, il promeut la démocratie économique et sociale. L'État a toujours conservé un statut

⁵ D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, Paris, 2009, p. 364.

⁶ M.A. Frison-Roche Marie-Anne, « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, Sirey., 1996 disponible sur : < [Http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/93.pdf](http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/93.pdf)

⁷ « *John Stuart Mill énonçait que l'économie politique pouvait légitimement être considérée comme une science grâce au principe de concurrence. En effet, au XVIIIe siècle, les économistes entretenaient l'espoir d'avoir découvert, dans le domaine de l'organisation des efforts humains, des équivalents aux lois de la gravitation universelle. En s'appuyant sur la tendance des individus à chercher à surpasser leurs concurrents, ils s'efforçaient de démontrer que le prix d'une marchandise devait constamment "graviter" autour de son prix "naturel", c'est-à-dire son coût de production* », M. Glais, « Les fondements d'une politique de la concurrence », *Les cahiers français*, n°313, Mars-Avril 2003, p. 20.

⁸ P. Rosanvallon, *L'État en France, de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris, 1990, p. 199.

particulier, ancré dans l'histoire et le bon sens, ce qui rend sa définition entièrement satisfaisante complexe.

Avant d'aborder la manière dont l'État peut exercer son rôle de régulateur, il est approprié de considérer les diverses « figures de l'État » selon le contexte idéologique, économique et juridique du moment manifestant ainsi l'évolution des modalités d'intervention de l'État dans l'économie. Indubitablement, afin de saisir pleinement les évolutions du rôle de l'État dans le domaine économique, il est impératif de maîtriser les fondements idéologiques sous-jacents. Trois principales conceptions du rôle de l'État ont été avancées pour optimiser le fonctionnement de l'économie de marché.

La première conception concerne le modèle idéal d'un État gendarme, où l'intervention de l'État dans l'économie se limite aux activités relevant de la puissance publique souveraine. Qualifié de « observateur »⁹, voire de « minimal »¹⁰, cet État voit ses fonctions restreintes aux domaines régaliens tels que la police, la justice, la diplomatie et la défense. Comme le souligne de grands économistes tel que Adam SMITH, le « libéralisme économique », est marqué par la prédominance de la propriété privée des moyens de production, le libre-échange des relations commerciales, la régulation par le marché et l'État n'intervient que pour garantir l'intérêt général. Selon cette doctrine, il faut promouvoir « le laisser-faire et laisser passer »¹¹ selon la pensée des physiocrates avec à leur tête François Quesnay (1694-1774) qui a fortement inspiré les écrits d'Adam Smith (1723-1790). Pour la pensée physiocrate, l'économie est soumise à des lois naturelles à l'instar des lois physiques, lois applicables en tout temps et en tout lieu. L'universalité d'application de ces lois requiert que l'État respecte la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, en laissant les marchés s'autoréguler grâce à la main invisible, cela implique l'interdiction pour l'État d'intervenir dans les affaires économiques. Une telle approche des physiocrates s'oppose au courant mercantiliste de type colbertiste alors dominant à l'époque de la France du XVIII^e siècle. Dans le cadre de l'économie libérale, le rôle de l'État est davantage celui d'un arbitre que d'un acteur. L'idée centrale de l'école économique classique étant que l'ordre commercial et donc l'instauration d'un marché concurrentiel pour prospérer exige au préalable un ordre public assuré par l'État. Ce dernier devant donc se limiter à ses fonctions régaliennes d'ordre public interne (police et justice) et d'ordre public externe

⁹ G. Burdeau, *Le libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, p. 140.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ P. Ibanda-Kabaka, *L'intervention de l'État dans l'économie : du laisser-faire à la régulation*, Archives ouverte (HAL), 2016, pp.1-6.

(diplomatie et défense). L'État n'a pas à s'immiscer dans le domaine économique et social, domaine relevant de la seule sphère privée. Une telle vision se retrouve à la lecture de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) notamment en ses articles 12 (notion de force publique), 13 et 15 (ajoutant à cette dernière la notion d'administration au sens de puissance publique).

Par ailleurs, la concurrence pure et parfaite représente un modèle de marché où de nombreux offreurs¹², en grand nombre, n'ont aucune capacité individuelle à influencer les prix. Ils sont considérés comme des acteurs qui acceptent les prix tels qu'ils sont déterminés par les conditions du marché, et cette absence de « pouvoir sur les prix », que les économistes décrivent comme le concept de « *price taker* » ou preneur de prix, découle des hypothèses fondamentales sous-tendant le modèle de la concurrence pure et parfaite.

La seconde conception de l'intervention de l'État est que le dirigisme est accompli par des interventions économiques à travers la création de services publics et de monopoles d'État, ainsi que l'utilisation de réglementations et de la centralisation du pouvoir politique. En effet, avec la première guerre mondiale (1914-1918) et surtout la crise de 1929, le modèle libéral fondé sur le laisser-faire trouve ses limites en raison des lacunes qui apparaissent notamment du fait de la surproduction de biens et services ne trouvant pas preneurs ce qui a fait plonger les marchés boursiers en particulier la place financière américaine de Wall Street. La loi de Say selon laquelle « chaque offre crée sa propre demande »¹³ n'a pas fonctionné comme l'espéraient les classiques. Ainsi, pour faire face aux conséquences de la crise, John-Maynard KEYNES dans son livre intitulé *The General Theory of Employment, Interest and Money*¹⁴ a fermement défendu le pouvoir de l'implication de l'État dans l'économie et légitime leurs actions¹⁵. Il estime que les problèmes créés par la crise, tels que les diminutions globales de prix cumulées, la réduction de la production, et le chômage ont provoqué de nombreuses faiblesses qui ne peuvent être atténuées que par l'intervention de l'État.

Enfin, la troisième conception est inspirée depuis les années 1970 par le néo-libéralisme qui reconnaît la nécessité d'une intervention étatique pour établir et maintenir un cadre

¹² P. Salin, *La concurrence*, PUF, Paris, 1995, p.81-82.

¹³ J.-B. SAY, *Traité d'Économie politique*, Déterville, Paris, 1803, vol. I, p 53.

¹⁴ J-Maynard Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan, Royaume Unis, 1936.

¹⁵ Les principes de la théorie keynésienne reviennent avec la crise financière de 2008, sanitaire de 2020 et géopolitique avec la guerre en Ukraine depuis 2022 exprimée notamment à travers les plans de relance budgétaires nationaux et européen.

commercial qui exclut tout dirigisme et toute implication directe de l'État dans la production de biens et de services marchands, tout en se fondant essentiellement sur les mécanismes du marché. Les années 1970 ont été caractérisées par une exigence d'une intervention limitée de l'Etat et un désir de restituer un libéralisme économique. Une telle conception trouve dans le droit public économique contemporain une traduction. Ainsi, « Le Conseil constitutionnel français a établi que le régime concurrentiel constitue le régime économique constitutionnel standard de la société française et du marché. Selon cette conception, la promotion de l'intérêt général économique est généralement du ressort du marché et de la concurrence, plutôt que de l'État »¹⁶. C'est à travers cette dernière conception, que l'on parle d'État régulateur, où l'État a un rôle d'encadrement et de direction¹⁷.

B- Évolution juridique internationale : analyse comparée de la régulation de la concurrence entre la France et la Tunisie.

Dans le paysage complexe des relations internationales et des dynamiques économiques, cette étude se penche sur deux axes fondamentaux : d'une part, l'adaptation d'un État à un cadre juridique européen et/ou international, explorant les implications et les défis de cette évolution, et d'autre part, la régulation de la concurrence, point névralgique du droit économique, justifiant une étude comparative entre la France et la Tunisie. Cette démarche vise à dévoiler les intrications juridiques et économiques qui définissent le rôle de l'État dans un contexte globalisé.

Un État évoluant dans un cadre juridique européen et/ou international.

A l'échelle de l'Union européenne, la régulation économique s'impose comme une réponse appropriée aux lacunes d'un double modèle de rationalité. D'un côté, on retrouve c'est un modèle néolibéral opérant dans un marché caractérisé par une concurrence pleinement en place et autorégulée. Et d'autre coté, il incarne le modèle néo-wébérien illustrant un État ou une bureaucratie hiérarchique perçus comme rationnels et omnipotents. Ainsi, pour pallier ces

¹⁶ A. Njehi, *L'interventionnisme économique public. Étude de droit comparé franco-tunisien*, Thèse de droit, Lyon 2-Tunis EL-MANAR, 2018.

¹⁷ E. Cohen, « De l'État dirigiste à l'État régulateur », *Sciences humaines*, 2002, p. 11.

imperfections, a émergé la notion d'« État régulateur »¹⁸, parfois qualifié d'« État post-moderne »¹⁹.

C'est à partir d'une remise en cause de l'efficacité économique d'un État interventionniste que s'affirment de nouvelles formes d'action publique mieux informées, plus souples et plus concertées. Est alors évoqué un État stratège, soucieux d'impliquer les citoyens à l'élaboration des décisions administratives, sans toutefois dessaisir cet État de ses compétences et de ses prérogatives de puissance publique. Dans ce processus d'évolution, de nouveaux instruments juridiques relevant du "droit souple" ou *soft law* ont émergé en complément des règles de police administrative traditionnelles. Il convient de noter que, parallèlement au droit unilatéral et impératif (règlement, directive, décision), une dimension plus concertée et participative du droit a pris forme. Le droit de l'Union européenne (UE) renforce cette tendance vers une harmonisation souple des droits nationaux, comme en témoignent les actes non juridiquement contraignants tels que les recommandations et avis. Ainsi, un véritable corpus juridique des affaires au sein de l'Union européenne a pris forme, accordant une importance prédominante aux principes de libre circulation et de libre concurrence. Cette évolution dénote une approche plus flexible et coopérative de l'UE, cherchant à concilier les intérêts des États membres tout en promouvant l'unité et la cohérence dans le domaine du droit des affaires au sein de l'Union. Les principes fondamentaux de libre circulation et de libre concurrence sont ainsi érigés en éléments essentiels dans la construction d'un cadre juridique européen harmonieux.

De plus, une intensification des échanges entre les États membres (EM) de l'Union européenne (UE) a été favorisée et établie grâce à la mise en place d'un cadre juridique partagé pour la concurrence et l'ordre économique. À cet égard, comme l'a démontré la récente crise financière de 2008, les obstacles juridiques à une plus grande liberté d'action des États et de l'UE devraient être supprimés, tout en permettant d'organiser et de contrôler les flux de biens, de services et de marchandises. L'ouverture à la concurrence de secteurs économiques entiers tels que les transports, la poste, l'énergie et les communications électroniques a été gérée et réalisée de manière ordonnée. La réalisation du marché intérieur repose bien sur une combinaison de la concurrence économique et de la régulation étatique. Au fond, cette régulation européenne de la concurrence résulte de la conception ordolibérale allemande alors

¹⁸ J. Chevallier, « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, n°111, 2004, pp. 473-482.

¹⁹ J. Chevallier, *L'État post moderne*, éd. LGDJ, Paris, 2004.

dominante au sein de l'UE pour qui l'ordre concurrentiel appelle l'intervention de l'État au moyen de ses instruments juridiques prévus notamment par le droit public économique. Une telle conception germano-européenne est fondée sur les principes de stabilité monétaire et d'équilibre budgétaire garanties respectivement par la Banque centrale européenne (BCE) en matière de protection monétaire et la Commission européenne en matière de protection de la libre concurrence. Régulation monétaire et régulation économique vont de pair. On s'intéressera pour l'essentiel à la seconde.

Les droits français et tunisien de la concurrence et bien évidemment le droit européen semblent fonder leur source et portée sur le concept de régulation. L'État régulateur vise ainsi à assurer continuellement et constamment la libre concurrence. Cette dernière est un système économique où chacun dispose de la liberté d'exercer une activité, de produire et de vendre aux conditions qu'il souhaite et où l'État n'intervient que pour garantir le libre jeu des règles de l'économie (interdiction des abus de position dominante et des ententes notamment).

D'autres règles du droit de la concurrence visent à prévenir les pratiques trompeuses par lesquelles une entreprise tente de détourner la clientèle d'une autre. Ces pratiques incluent la création de confusion entre les produits respectifs des entreprises, l'exploitation des investissements ou de la notoriété d'une concurrente, le dénigrement de cette dernière, ainsi que toute tentative de perturber ou troubler le marché concurrentiel. On qualifie ces agissements de concurrence déloyale ("*unlauterer Wettbewerb*" en allemand ; "*unfair competition*" en anglais), auxquels peuvent être associées les réglementations anti-dumping adoptées notamment aux États-Unis ou dans le cadre de l'Union européenne. Les actes de concurrence déloyale sont interdits et passibles de sanctions diverses, indépendamment de leur impact direct sur le fonctionnement global du marché.

De manière réaliste, on peut considérer que le contenu et l'application des règles de droit visant à préserver la concurrence dépendent de la perception que le législateur, le juge ou l'administrateur ont des caractéristiques économiques de la concurrence qu'ils jugent nécessaires à préserver.

De plus, dans de nombreux pays industrialisés, notamment ceux membres de l'UE où la politique de la concurrence et le droit qui l'accompagne jouent un rôle essentiel, cette perception évolue actuellement vers une certaine uniformité. Aucun de ces systèmes juridiques ne vise véritablement à protéger la concurrence dite « pure et parfaite ».

En revanche, tous ces pays font référence au fonctionnement concret des marchés pour garantir leur "contestabilité". On entend par là que ces marchés offrent des opportunités d'entrée et de sortie, en éliminant notamment les obstacles à l'entrée (réglementations administratives, pratiques anticoncurrentielles, etc.) auxquels les concurrents potentiels pourraient être confrontés lorsqu'ils souhaitent pénétrer sur le marché en question.

La régulation de la concurrence, l'intérêt d'une étude juridique comparée France-Tunisie.

Cependant avant d'entamer cette comparaison des régulations de concurrence française et tunisienne, il convient toutefois de procéder à certaines vérifications pour s'assurer de la clarification des termes faisant l'objet de cette comparaison, afin d'éviter tous contresens ou d'erreurs méthodologiques par la suite. Il est nécessaire de rappeler les sources historiques et juridiques du droit de la concurrence pour mieux appréhender les objectifs poursuivis par ce droit.

On peut faire remonter les sources historiques et juridiques du droit de la concurrence à la Constitution grecque de Zénon de 483. Ainsi bien avant la loi américaine Sherman du 2 juillet 1890²⁰ la lutte contre toute forme de monopole et d'exclusivité d'un marché était présente dès l'antiquité. Par la suite, la notion de concurrence s'est développée à Athènes, où les autorités ont établi des lois pour interdire la spéculation. Elles ont imposé un contrôle sur la commercialisation des produits céréaliers ainsi que la réglementation des circuits de distribution.

La Constitution grecque de Zénon et avant elle la *Lex Julia* de Jules César établie à Rome 50 ans avant l'ère chrétienne, ont été mis en vigueur pour protéger le commerce de grains des augmentations artificielles de prix ; on peut également citer certaines règles du Moyen-âge et de l'Ancien régime poursuivant un objectif assez similaire²¹. La concurrence provient du

²⁰ En 1890, les États-Unis ont introduit le Sherman Antitrust Act, une mesure qui marque le début des efforts du gouvernement pour réprimer les pratiques anticoncurrentielles des entreprises, signalant ainsi l'émergence du droit moderne de la concurrence. Le nom de cette loi est associé au sénateur John Sherman de l'Ohio, qui s'est opposé à l'accroissement du pouvoir de certaines sociétés presque monopolistiques. Le terme « anti-trust » trouve son origine dans le fait que cette législation visait à contrer les actions d'un trust pétrolier, la Standard Oil, qui fonctionnait comme une entité de type trust plutôt que comme une société ayant des droits limités, comme c'était la norme à l'époque. De manière ironique, au moment où la Standard Oil a été démantelée, elle avait déjà été transformée en société, ce qui a réduit la pertinence du Sherman Antitrust Act pour les trusts. Plus tard, en 1914, cette loi a été complétée par le Clayton Antitrust Act.

²¹ M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, Paris, 2010. p. 11.

mot grec « concurrence » qui veut dire un groupe d'individus, qui entre en compétition dans le but de réaliser un objectif commun et partager le même bénéfice. Cet objectif et l'ambition de le réaliser se résument dans la maîtrise des parts du marché d'un côté et la maximisation du bénéfice, d'un autre côté, et ce, aux dépens des pratiques loyales et en usant des méthodes anticoncurrentielles de nature à éliminer les concurrents. Il résulte la nécessité d'établir des structures pour superviser ces pratiques déloyales et anticoncurrentielles. Ces structures diffèrent dans le temps et dans l'espace, d'un pays à un autre selon la vision d'intervention que les autorités jugent appropriées pour son encadrement de la vie économique.

De nos jours, il y a lieu de ne pas séparer la logique d'économie de marché (dont l'expression principale est la fameuse main invisible d'Adam Smith) de celle de la liberté de commerce. La concurrence peut être conçue comme un idéal à atteindre car elle est même bénéfique : c'est la conception d'Adam Smith. Pour ce qui est de la France, le concept économique de la concurrence est apparu au XVIII^e siècle dans le cadre de la propagation des principes de liberté économique résultant des idées provenant de la Révolution française, à savoir la période où ont été adoptés le décret d'Allarde du 2 et 17 mars 1791 et la loi Le Chapelier du 14 et 17 juin 1791. Ces textes insistent sur la nécessité d'organiser le nouvel ordre social issu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, à travers l'affirmation de certaines libertés économiques individuelles telle la liberté d'entreprendre, la liberté de production, de commercialisation. En effet, l'intérêt que porte la liberté économique est que c'est un stimulant en matière de compétitivité entre entrepreneurs individuels et permet de promouvoir l'équation qualité-prix. Il résultera en conséquence d'un gain de productivité dont bénéficie toute la collectivité ou société politique.

Par la suite, les premières législations antitrust américaines ont émergé comme une source majeure du droit de la concurrence, particulièrement influençant le droit européen de la concurrence. Ces premières mesures législatives, destinées à surveiller d'éventuels abus de la liberté du commerce et de l'industrie, sont couramment appelées lois antitrust, et elles ont vu le jour il y a plus d'un siècle.²².

Les États-Unis se positionnent en tant que précurseurs en ce qui concerne la politique de la concurrence. La politique antitrust a été initiée au niveau fédéral en juillet 1890 avec l'instauration du Sherman Act, qui demeure en vigueur jusqu'à nos jours. Cette législation,

²²V.B. Bellon, « Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis », *Revue d'économie industrielle*, 1993, n°63, p. 12.

traitant des ententes et de la position dominante, a émergé dans un contexte historique extrêmement spécifique : « la fin du XIXe siècle est en effet marqué sur le continent nord-américain par une forte concentration industrielle, donnant naissance à de véritables « géants » (appelés *trusts*) dans des secteurs tels que le pétrole, la sidérurgie, l'industrie électrique ou les chemins de fer²³». Ce phénomène de consolidation suscite des inquiétudes parmi les consommateurs et les petits producteurs américains, préoccupations exprimées par le sénateur SHERMAN qui y discerne une réelle menace pour la démocratie économique : « La conscience populaire est troublée par l'émergence de problèmes nouveaux qui menacent la stabilité de l'ordre social. Le plus sérieux d'entre eux est certainement celui qui découle de l'accroissement, en une seule génération, des inégalités de chances, de conditions sociales et de richesse par la faute de la concentration du capital au sein de vastes coalitions destinées à contrôler le commerce et l'industrie et à détruire la libre concurrence »²⁴.

Le *Sherman Act* n'a connu que peu d'application après son adoption, et ce n'est qu'avec les crises financières du début du XXe siècle (1902, puis 1907-1908), que les premiers grands trusts américains, comme la Standard Oil dirigés par John D. Rockefeller, a été nouvellement inquiété et même dissous pour abus de position dominante. Aux États-Unis après l'adoption du *Sherman Act*, a été promulgué en 1914 le *Clayton Act* et le *FTC Act (Federal Trade Commission)*. Ces trois législations constituent les fondements de la politique antitrust américaine, bien qu'elles aient fait l'objet de révisions au fil du temps (en particulier le Clayton Act).

Le droit antitrust américain se distingue en étant le premier à proposer « une vision globale du marché, reposant sur le principe de la liberté de la concurrence et mettant en place les outils nécessaires pour faire respecter ce principe »²⁵.

Les États-Unis ont été parmi les pionniers de l'intervention dans l'économie, ce qui en fait le berceau du droit de la concurrence. Le gouvernement américain a été contraint de réguler et de limiter les pratiques anticoncurrentielles des entreprises. Ils ont établi un ensemble de textes réglementaires dont notamment le *Sherman Act* du 2 juillet 1890 et la loi du 26 septembre

²³ B. Martinez, *L'impérative adaptation des politiques européennes et internationales en réponse à la concurrence du transport aérien*, Mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit et Management du Transport aérien, Aix Marseille Université, 2022.

²⁴ Cité par M. Glais, 1992, p.296.

²⁵ D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Paris, Lexisnexis, 2019 p. 11

1914 portant création du « *Federal trade commission* » qui est complété par le *Clayton Antitrust Act* de 1914.

Bien que le modèle américain en matière d'organisation de la concurrence ait été suivi par de nombreux pays, la Communauté européenne a instauré le règlement n° 17 du 6 février 1962 et a établi au sein de la commission de Bruxelles la Direction Générale de la Concurrence (DG IV) chargée de l'examen des pratiques anticoncurrentielles au sein des pays de la communauté. Il est important de noter que l'Allemagne, la Grande-Bretagne, la France, et même la Tunisie ont procédé à la création de leurs commissions spécifiques en matière de concurrence.

En France, la régulation des pratiques anticoncurrentielles a connu une évolution importante. Au début, elle était placée sous la responsabilité de la Commission Technique des Ententes, créée en vertu de l'ordonnance du 30 juin 1945. Cette Commission a subi plusieurs modifications au fil du temps et a finalement été abolie par l'ordonnance n°86-1246 du premier décembre 1986, qui portait sur la liberté des prix et la concurrence. Ensuite, en 1977, la Commission de la Concurrence a été instaurée en vertu de l'ordonnance du 19 juillet 1977 pour prendre en charge ces attributions. Cette nouvelle commission a vu ses compétences renforcées et est devenue le Conseil de la Concurrence en 1986. Ce Conseil disposait ainsi pour la première fois d'une attribution décisionnelle en sus de ses activités consultatives qu'il a consolidées.

La politique de la concurrence se réfère aux mesures prises pour supprimer ou du moins restreindre les agissements, qu'ils soient publics ou privés, qui ont pour objectif de restreindre la concurrence. Par ce biais une telle politique cherche à favoriser la croissance et le bien-être des citoyens²⁶. Dans le cadre de notre thèse, on expliquera et on approfondira les différentes politiques de concurrence que des pays comme la France et la Tunisie mettent en œuvre.

La concurrence incite les entreprises à constamment rechercher la meilleure combinaison de produits au prix le plus avantageux, sinon les consommateurs pourraient se tourner vers leurs concurrents. Dans un marché libre, le jeu concurrentiel entre les entreprises est indispensable, au profit des consommateurs. La concurrence entre les entreprises pousse ces dernières à élaborer des stratégies visant à maintenir ou à accroître leur part de marché et

²⁶ M Wise, « Droit et politique de la concurrence en France », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2005/1 (Vol. 7), pp. 7-91.

leurs bénéfiques. Cependant, elles doivent également se conformer aux réglementations établies par les autorités publiques en matière de concurrence. En effet, les pouvoirs publics ont la responsabilité de protéger l'intérêt général et les intérêts des consommateurs dans une économie de marché. Leurs actions s'appliquent aussi bien aux entreprises privées qu'aux services et aux entreprises publiques.

Selon IOANIS Lianos, l'objectif de la concurrence « devrait être de permettre aux agents/ménages de satisfaire ces préférences (révélées) à moindre coût pour eux. En supposant que les ménages soient les consommateurs et que les entreprises les producteurs/fournisseurs de biens et/ou services, l'objectif devrait être d'assurer le niveau maximum d'efficacité pour toutes ces catégories d'agents économiques. Elle devrait également inclure la possibilité pour les producteurs d'utiliser des processus de production qui atteignent les niveaux de production les plus élevés pour un ensemble donné d'intrants ou pour les consommateurs la possibilité de profiter de produits et de services innovants, ce que l'on appelle généralement l'efficacité dynamique »²⁷.

De manière classique, on peut distinguer deux principales perspectives générales sur la concurrence, auxquelles s'ajoutent deux approches économiques différentes. En règle générale, deux grandes écoles de pensée en économie contribuent à façonner la réflexion sur les objectifs à poursuivre dans le cadre de la politique de la concurrence. La première théorie, développée au sein de l'école de Harvard, privilégie une approche structuraliste de la politique de la concurrence, en mettant l'accent sur la préservation de la diversité économique en tant que pilier de l'efficacité économique. La seconde théorie, influencée par l'école de Chicago, accorde une importance accrue à la solidité du processus concurrentiel, préconisant ainsi une intervention minimale de la politique de la concurrence et de sa régulation. Il convient de souligner que cette différence découle principalement de la perception propre à chaque école concernant la notion de concurrence et son étendue.

Michel GLAIS, indique qu'il y a trois types de politique de concurrence. La première école structuraliste inspirée de l'école Harvard²⁸. On s'intéresse ici aux comportements, on

²⁷ I. Lianos, *Competition law*, Oxford, London, 2019, p.23_« *should be to enable the agents/ households to satisfy these (revealed) preferences at the lower cost for them. Assuming that households are consumers and the producer/supply, the objective should be to ensure the maximum level of efficiency for all these categories. It should also include the possibility for producers to use production processes that yield the highest output levels for a given set of inputs or for consumers the possibility to enjoy innovative products and services, what is usually referred to as dynamic efficiency*».

²⁸ J. K. Galbraith, *The affluent society*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1958, p.68.

s'inspire du modèle de concurrence pure et parfaite notamment au niveau de l'atomicité du marché qui évalue la « concurrentiabilité » du marché. Plus le marché est concentré, plus les opérateurs réalisent des profits importants. L'objectif consiste à combattre les conglomérats privés (les grandes entreprises) qui sont à l'origine de difficultés économiques et de crises financières. Par exemple, cela s'est produit aux États-Unis au XIXe siècle, où de grands trusts privés ont émergé et dominé des secteurs stratégiques tels que la sidérurgie. Ce modèle adhère à la philosophie "*small is beautiful*"²⁹, en ne prenant en compte que les structures de marché atomiques comme étant concurrentielles, ce qui mène à une efficacité économique optimale. Les autres structures de marché (monopole/oligopole) sont perçues comme étant moins optimales, car elles entraînent une diminution du bien-être des consommateurs. Dans ces secteurs autrefois monopolistiques, l'entrée de nouveaux opérateurs est rare, car leur nombre dépasse rarement 3 ou 4 dans les meilleurs cas. C'est la raison pour laquelle le nombre d'opérateurs dans ces secteurs a un impact significatif sur la concurrence, en raison de leur structure oligopolistique qui entrave toute forme de libre circulation efficace des biens et services.

La deuxième école connue sous le nom de l'École de Chicago³⁰, avance l'idée que la concentration économique, c'est-à-dire la centralisation des activités économiques, devrait être considérée comme une issue inhérente au processus concurrentiel³¹. En d'autres termes, chaque opérateur cherchera à attirer les clients de ses concurrents et à devenir économiquement puissant. Pour ce modèle, la concurrence ne dépend pas d'une forme spécifique de marché. Ce qui importe pour la compétitivité d'un marché, ce n'est pas le nombre d'entreprises qui y opèrent, mais plutôt la menace éventuelle d'entrée de nouveaux concurrents, c'est-à-dire la perspective de "concurrence potentielle". Selon ce modèle, l'élément décisif réside dans la possibilité qu'il existe pour de nouveaux acteurs de pénétrer sur le marché. Par conséquent, il ne serait pas indispensable que le marché soit constitué de multiples petites entreprises pour parvenir à des prix alignés sur les coûts marginaux ; il suffirait simplement de créer des conditions de concurrence effective sur le marché³².

²⁹ E. F. Schumacher, *Small is Beautiful, Economics as If People Mattered*, Blond & Briggs, London, 1973, p.3.

³⁰ F. Milton, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, p.79.

³¹ J-V. Overtveldt, *The Chicago school: how the university of Chicago assembled the thinkers who revolutionized economics and business*, Agate, Chicago 2007, p.432.

³² M. E. Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, Free Press, New York, 1990, p.225.

Cette thèse considère que la concentration économique découle du processus concurrentiel. Dans une logique d'efficacité productive, la concurrence libre permet aux entreprises d'optimiser leur production en combinant de manière optimale les facteurs de production afin de minimiser les coûts, améliorer la productivité et renforcer la performance de l'entreprise. On est face à un processus de sélection des entreprises les plus efficaces, voire à une "destruction créatrice" comme l'a mis en évidence l'économiste Joseph Schumpeter³³. Cela implique que dans le cadre du capitalisme, il est essentiel que les entreprises les plus performantes se concentrent tandis que les moins performantes disparaissent. Ainsi, toute tentative de régulation anticipée ou répressive de cette concentration économique et des actions qui en résultent pourrait potentiellement perturber le déroulement de la concurrence³⁴.

Dès lors, le rôle des politiques de concurrence doit se limiter à contrôler les comportements et les pratiques du marché sans trop se soucier d'intervenir dans sa structuration par des mesures punitives ou préventives. Actuellement, les instances chargées de la concurrence tendent à adopter une approche moins stricte entre ces deux visions. Leur approche du fonctionnement compétitif des marchés repose sur un pragmatisme qui considère la concurrence comme un moyen d'efficacité et de croissance économique, plutôt que comme une idéologie rigide à suivre. Cette perspective combine en réalité les éléments des deux modèles (Harvard et Chicago). Cette nouvelle approche permet de parvenir à un mode de fonctionnement visant à atteindre au moins l'une des formes d'efficacité productive et d'allocation dynamique de biens et de services.

La sélection du modèle dépend de divers éléments, parmi lesquels le niveau de progrès économique du pays, le degré de libéralisme économique en jeu et le degré d'intervention de l'État dans l'économie de marché³⁵. L'exemple américain illustre bien ces variations. La loi antitrust aux États-Unis a traversé différentes phases. « Une première vague d'enquêtes a été menée entre 1900 et 1914, conduisant notamment à la condamnation des sociétés "*American Tobacco*" et "*Standard Oil*" en 1911. La crise de 1920 et la Grande Dépression ont provoqué une période de ralentissement dans l'application des lois antitrust, notamment en raison de la suspension de ces lois entre 1933 et 1935 grâce au "*National Recovery Act*". Pendant cette

³³ Joseph Schumpeter, économiste autrichien du XXe siècle, est renommé pour son concept de "destruction créatrice", présenté dans son ouvrage "*Capitalisme, Socialisme et Démocratie*" (1942). Il a profondément influencé la théorie économique en explorant le rôle dynamique de l'entrepreneur dans l'innovation économique et le processus de développement économique.

³⁴ J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, Paris, p.106.

³⁵ J-C. Drouin, *Les grands économistes*, Presses universitaires de France, Paris, 2006, p.116.

période, dans l'affaire "*Appalachian Coals*" de 1933³⁶, les autorités antitrust ont toléré la pratique de concertation sur les prix entre concurrents, la jugeant raisonnable et non illégale. Une deuxième série d'enquêtes antitrust a vu le jour entre 1935 et le début des années cinquante, avec notamment l'affaire "*Alcoa*".³⁷ Par la suite, « une nouvelle série d'enquêtes antitrust a eu lieu dans les années 1960-1970, marquée par des enquêtes ciblant des grandes entreprises telles que Rank Xerox, IBM ou ATT, et conduisant notamment à l'anéantissement de cette dernière en 1984. Après une période de faible activité pendant les présidences de REAGAN et BUSH I, une troisième phase de l'application des lois antitrust a émergé dans les années 1990, sous l'administration Clinton. Cette période a été marquée par des poursuites significatives, notamment à l'encontre de Microsoft et de grands cartels internationaux tels que celui des vitamines en 1999 ³⁸». Ces lois antitrust ont conféré au gouvernement américain des pouvoirs considérables, lui permettant de démanteler des entreprises, d'interdire des fusions entre sociétés, et de prévenir les pratiques visant à réduire la concurrence sur le marché.

On remarque que ces fluctuations trouvent leur origine dans l'alternance politique entre les partis politiques républicain et démocrate. La vision politique de la concurrence occupe une place importante en invitant à adopter une certaine conception de la concurrence. Malgré la diversité de la politique de concurrence on pourra les classer selon trois finalités. Tout d'abord, la politique de concurrence peut être orientée vers la satisfaction en la rendant plus favorable au consommateur. L'accent est mis sur le bien-être du consommateur par rapport aux autres objectifs tels que l'efficacité productive ou dynamique. Cette orientation trouve son inspiration dans l'école de Harvard, qui préconise une lutte contre le pouvoir du marché en raison des préjudices qu'il peut causer aux consommateurs. Elle vise également à protéger les entreprises de petite taille, une idée qui est profondément ancrée dans le droit américain par le biais de la doctrine du "*little man*"³⁹. Les nations scandinaves tendent à adopter ce genre de politique de concurrence.

Ensuite, la politique de concurrence vise également à atteindre l'objectif de maximiser la richesse sociale, sans nécessairement considérer la répartition entre les producteurs et les

³⁶ H. Bouyad, « Politique de la concurrence entre théories et pragmatisme » *Economia HEM research center*, 2019, disponible sur : <http://economia.ma/fr/content/politique-de-la-concurrence-entre-th%C3%A9ories-et-pragmatisme-0>

³⁷ <https://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/debeir.pdf>

³⁸ E. Combe, *La politique de la concurrence*, Coll. Repères, La découverte, Paris, 2016, p.18.

³⁹ E. Ries, *How Today's Entrepreneurs Use Continuous Innovation to Create Radically Successful Businesses*, Currency Press, Australia, 2017, p.181.

consommateurs. Cet objectif est défendu par l'école de Chicago (dont s'inspire notamment les pays en voie de développement), école qui considère et encourage la robustesse du processus industriel et économique. Enfin, le troisième objectif prend en compte le bien-être de tous les agents économiques. Ici, on converge avec la théorie du droit de la régulation pour établir un équilibre général dans l'efficacité économique. Ici on cherche l'intérêt général et non l'intérêt du consommateur. La majorité des autorités de concurrence nationales optent pour une approche de politique de concurrence hybride, souvent appelée "*mix policy*", qui combine de manière pragmatique les divers objectifs évoqués précédemment. Ceci se voit d'une part, avec le principe de protéger les petites entreprises et garantir une certaine concurrence et faciliter les moyens d'entrée de nouveaux concurrents. Et d'autre part, le recours aux autorités de la concurrence dans l'analyse de notions telles que bilans, exonérations, exceptions, etc. illustre parfaitement le souci de l'équilibre en essayant de concilier les intérêts des consommateurs, les intérêts de l'efficacité économique, les intérêts de la collectivité sans conduire à l'élimination de la concurrence sur le marché.

C'est pour cette raison que les lois sur la concurrence prévoient une dérogation aux pratiques anticoncurrentielles, pour insister sur le côté pragmatique et réaliste au lieu d'une application stricte d'une de ces deux conceptions qui semble retenir une approche rigide des règles de droit de la concurrence. Le droit américain appréhende comme système l'ensemble des lois antitrust car il s'agit d'un ensemble perçu comme plus protecteur de la liberté de concurrence. Mais ce droit n'exclut pas parfois un régime juridique d'exception assez sévère applicable à certains secteurs économiques : secteur agricole, cartel d'exportation, intervention publique dans quelques domaines. Une telle approche américaine se retrouve à l'échelle européenne avec le règlement d'exemption (UE) n° 33/2010⁴⁰. Nous sommes en présence d'une situation de "*workable competition*"⁴¹, ce qui signifie une forme de concurrence fonctionnelle où l'efficacité prime, plutôt que d'être liée à une situation concurrentielle préétablie ou à une structure spécifique du marché.

Cependant, la concurrence comporte également des inconvénients, car elle peut engendrer sa propre destruction. En effet, le compétiteur le plus fort finit par l'emporter sur ses

⁴⁰ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32010R0330>

⁴¹ J. Clark, "Towards a concept of Workable competition", *American Economic Review*, Vol. 5, No. 3 (Jan., 1941), p. 312.

concurrents, lui permettant ainsi de dicter ses conditions tant aux autres entreprises qu'aux consommateurs. Pour Ernest Gellhorn⁴², dans son ouvrage intitulé *Antitrust Law and Economics*, « l'objectif des lois antitrust est d'assurer la compétitivité de l'économie en partant du principe que la concurrence permettra de satisfaire les désirs des consommateurs au prix le plus bas possible, tout en produisant des biens avec la moindre utilisation de ressources ». Il affirme également que du point de vue économique, « la concurrence maximise le bien-être des consommateurs en améliorant à la fois l'efficacité allocative (c'est-à-dire en orientant les ressources vers la production répondant le mieux aux besoins des consommateurs) et l'efficacité productive (c'est-à-dire en incitant les fournisseurs à utiliser les ressources de manière économique), tout en favorisant l'efficacité dynamique grâce à l'innovation ».

L'idée que la concurrence vise principalement à promouvoir l'efficacité économique est largement partagée par les économistes et les juristes spécialisés dans le droit antitrust. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de détailler le modèle de base de la micro-économie, selon lequel la concurrence et l'efficacité statique ou dynamique peuvent aller de pair sous certaines conditions, il est crucial de souligner que l'analyse économique nous montre également que l'efficacité économique et la concurrence peuvent être incompatibles dans certaines situations. Cela peut être dû au fait que la concurrence s'auto-détruit dans le cas de coûts décroissants, ou que même sans s'auto-détruire, elle ne génère pas les résultats escomptés (par exemple en cas d'externalités négatives).

L'une des problématiques auxquelles sont confrontées les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence ainsi que les concepteurs de ces droits, réside dans l'identification et le traitement des situations où le renforcement du pouvoir de marché (résultant, par exemple, de la mise en œuvre de pratiques horizontales anticoncurrentielles ou d'une opération de croissance externe) entraîne simultanément une diminution de l'intensité de la concurrence entre les offreurs et une amélioration de l'efficacité dynamique ou statique (par exemple, grâce à une réduction des coûts unitaires de production ou de distribution, ou à une plus grande efficacité de la recherche). Avant de considérer les conflits potentiels entre efficacité et concurrence dans la réglementation européenne concernant le contrôle des concentrations, il est important de se pencher d'abord sur les dispositions du traité européen concernant les ententes et les positions dominantes.

⁴² E. Gellhorn, *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Company, New York, 1984, p.54.

Les économistes considèrent que l'objectif du droit de la concurrence est de favoriser l'efficacité économique. Ainsi, en cas de conflit entre concurrence et efficacité, ils estiment qu'une moindre concurrence est préférable à une concurrence accrue. Cette idée n'est pas inconnue dans le droit européen et figure dans l'article 85 du TFUE. Aux termes du paragraphe 1 de cet article sont prohibés « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun ».

Par ailleurs, la recherche sur l'intervention économique publique franco-tunisienne trouve sa motivation dans la quête d'une meilleure appréhension du rôle joué par l'État au sein des économies de ces deux nations. L'objectif est de démystifier la transparence et l'efficacité des actions entreprises par les instances gouvernementales en vue du développement économique, d'éclairer les dynamiques entre l'État, les citoyens et les acteurs privés, ainsi que de favoriser l'instauration d'une gestion démocratique des affaires publiques à l'échelle nationale et locale. Notre thèse s'attache à offrir une perspective nouvelle et analytique sur les mutations systémiques qui ont pris place au sein de ces deux nations. Bien que de nombreuses recherches aient porté sur les réformes économiques pour passer d'une économie étatique à une économie de marché, l'évolution du rôle de l'État a été relativement négligée. Dans ce contexte, notre étude comparative du cadre juridique en Tunisie et en France a pour objectif d'explorer les similitudes entre ces deux pays sous différentes dimensions institutionnelles. C'est dans ce contexte que nous entreprenons une analyse comparative du cadre juridique tunisien et français, afin d'explorer leurs points communs sous divers angles institutionnels. La décision de comparer les cas français et tunisien est intentionnelle et guidée par une motivation précise. L'impact du droit français sur la législation tunisienne est profond, ancien et durable, étant donné leur histoire partagée et l'existence d'une période de protectorat avant l'accession à l'indépendance de la Tunisie en 1956. D'autre part, le droit tunisien a récemment adopté des éléments du droit des États membres de l'Union européenne, principalement via des accords commerciaux, avec une attention particulière portée au droit français. Dans cette optique, l'analyse des évolutions juridiques contemporaines en France peut fournir des perspectives significatives concernant l'interventionnisme économique public dans le contexte tunisien.

Le droit de l'Union Européenne, s'est peu à peu inspiré du modèle américain tout en se nourrissant de son propre modèle notamment l'ordolibéralisme économique allemand alors dominant. Les prémices de la politique européenne de concurrence se trouvent en effet dans la

pensée économique allemande ordolibérale⁴³. La caractéristique majeure de cette théorie économique est, pour paraphraser un auteur, que « la main invisible du marché ne peut se passer de la main visible de l'Etat »⁴⁴. En d'autres termes, l'intervention de l'État dans le domaine du droit public est essentielle pour maintenir une concurrence équitable. L'une des démonstrations légales de cette approche est « la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) en 1951, un accord entre six États qui est entré en vigueur en 1952 avec une durée initiale de cinquante ans. Cet accord, régi par l'article 65, interdit les ententes entre entreprises qui ont pour seul effet de restreindre la concurrence sur le marché commun⁴⁵ ». De manière similaire, l'article 66 du traité porte sur les abus de position dominante. En ce sens, le traité de la CECA forme, selon les mots mêmes de Jean Monnet, la « première loi antitrust européenne »⁴⁶. Ces propos s'éclairent lorsque l'on sait que ce « père fondateur de l'Europe » était un admirateur du modèle économique des Etats Unis d'Amérique et envisageait d'instituer le modèle dit des « Etats Unis d'Europe » !

Un tournant majeur dans la politique de la concurrence a été marqué par la création de la Communauté économique européenne (CEE) suite à la ratification du traité de Rome en 1957. Depuis ses débuts, cette politique a été solidement ancrée dans la vision de l'union douanière, reposant sur trois articles fondamentaux : l'article 85 traitant des ententes, l'article 86 abordant les abus de position dominante, ainsi que les articles 92 et 93 concernant les aides d'État. À la différence de la CECA, « la politique de la concurrence européenne ne comportait initialement aucun dispositif de contrôle préventif des concentrations. Il a fallu attendre 1990 pour que ce mécanisme voit le jour, avec l'entrée en vigueur du règlement CEE n°4064/89 du Conseil le 21 décembre 1989. Cette évolution découle de l'adoption préalable de l'acte unique européen (AUE) en 1986, qui a intégré la conception ordolibérale allemande de la politique de la concurrence, une conception qui demeure dominante jusqu'à nos jours ⁴⁷».

Sous l'impulsion du commissaire Mario Monti, les débuts des années 2000 ont été caractérisés par « une intensification de l'activité de la Commission européenne dans le

⁴³ W. EUCKEN, *Die Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern-Tübingen, (1ère éd.), 1952, Tübingen, Mohr Siebeck (7ème éd.), 2004, pp.22-25.

⁴⁴ L. Simula, « L'intervention publique », *Problèmes économiques*, février 2015, n°7, p. 110.

⁴⁵ E. Combe, *La politique de la concurrence*, La découverte, Paris, 2016, p.7.

⁴⁶ Le 10 août 1952, Jean Monnet ouvre à Luxembourg la séance ... Le Traité, qui est la *première loi anti-trust* de l'Europe.

⁴⁷ E. Combe, *op.cit.*, 2016, pp.7-8.

domaine de la concurrence ⁴⁸». Cette période a été marquée par la promulgation de plusieurs règlements, dont le règlement (CE) n°139/2004 du 20 janvier 2004 qui vise à moderniser le contrôle des concentrations entre entreprises. Parallèlement, des lignes directrices ont été établies. De plus, « une réforme institutionnelle substantielle a été entreprise à la suite de l'adoption du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil en date du 16 décembre 2002. Cette réforme comporte deux volets principaux, à savoir la suppression du système de notification préalable des ententes⁴⁹ ». Par la suite, il y a eu une décentralisation de la mise en œuvre de la politique de concurrence européenne au niveau des États membres, leur permettant d'appliquer directement les articles 101 et 102 du TFUE. Cette évolution a donné naissance au "Réseau européen de concurrence" (REC), une initiative réunissant la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence. Le but du REC est d'assurer la cohérence des décisions et la coordination entre ces différentes instances.

L'Europe a véritablement joué le rôle d'aiguillon dans la mise en place de politiques de la concurrence au sein de chaque État membre, en établissant des autorités spécialisées et indépendantes. Il est indéniable que, jusqu'aux années 1980, les préoccupations relatives à la concurrence occupaient une place relativement mineure dans l'ensemble des politiques économiques nationales. La réduction de l'importance accordée à la concurrence peut être attribuée à des motifs historiques et idéologiques. En effet, le concept de politique de la concurrence exige une acceptation des mécanismes du marché, une perspective qui ne concordait pas avec les valeurs traditionnelles de plusieurs pays européens, dont la France, lesquels privilégiaient une intervention directe de l'État, souvent qualifiée de "main visible" de l'État.

Les législations nationales relatives à la concurrence ont vu le jour relativement tardivement en Europe. Par exemple, en France, la création du Conseil de la concurrence, une autorité administrative indépendante, a été instaurée par l'ordonnance du premier décembre 1986, bien que plusieurs lois sur la concurrence aient déjà posé les fondations, notamment en 1953 et en 1977. Par ailleurs, « l'influence de l'Union européenne s'est également fait ressentir dans l'élaboration des politiques nationales de concurrence dans les anciens pays de l'Est, tels que la Pologne et la Hongrie, à partir de la fin des années 1990, suite à l'ouverture de

⁴⁸ *Ibid*, p.10.

⁴⁹ *Ibid*, p.10.

négociations en vue de leur adhésion à l'Union européenne ⁵⁰». Ces négociations ont inclus un important volet sur la politique de la concurrence : les pays candidats à l'élargissement devaient adopter un cadre législatif conforme à celui en vigueur au niveau européen et se donner les moyens de rendre cette politique effective.

L'Europe n'est pas à l'origine du droit de la concurrence, mais elle a néanmoins structuré et rationalisé ce droit à travers son projet de marché unique, basé sur les principes de libre concurrence et de libre circulation. Il y a lieu de rappeler avant toute chose la primauté du droit européen qui veut que les règles de droit européen forment la base de toutes les législations nationales qui concernent la concurrence. Les droits nationaux sont donc sous la dépendance du droit européen ; ceux-ci ne pouvant dès lors ni sanctionner ce que le droit communautaire valide, ni valider ce qu'il interdit. Au surplus, dès que les conditions d'application des règles de droit européen sont remplies, les cours et tribunaux nationaux devront obligatoirement appliquer ce droit, tout en décidant d'appliquer au surplus leur droit national. L'étude du droit européen de la concurrence est donc primordiale. L'apparition du droit de la concurrence en Europe date de la fin de la Seconde Guerre mondiale et a plusieurs origines. En outre et plus généralement, la mise en place d'un droit de la concurrence était une des conditions à respecter afin de se voir concéder les bénéfices du plan *Marshall*, aide économique et financière initiée par le président américain Harry Truman en faveur de l'Europe occidentale durant la période allant du premier avril 1948 au 30 juin 1952.

Jusqu'à aujourd'hui, les préoccupations concernant la politique de la concurrence ont eu peu d'impact dans les pays en développement, même si certains d'entre eux ont établi une législation à ce sujet. Par exemple, dans le cadre du Partenariat euro-méditerranéen instauré en 2008, la plupart des pays du Maghreb tels que l'Algérie, le Maroc et la Tunisie ont mis en place des lois sur la concurrence. Cependant, dans la réalité, l'application de ces textes demeure limitée.

Hedi NOUIRA, fervent défenseur de l'idéologie libérale, a assumé la fonction de Premier ministre de la Tunisie de 1970 à 1980. Au cours de son mandat, il a promu la démarche consistant à réduire l'intervention de l'État dans l'économie, en mettant particulièrement l'accent sur la revitalisation économique et la promotion du secteur privé, au détriment du progrès

⁵⁰ *Ibid*, p.14.

social, culturel et éducatif. Cette orientation a été concrétisée en 1982, lors de la mise en place du sixième plan de développement, qui préconisait la diminution de l'implication de l'État⁵¹.

En 1986, la Tunisie a souscrit au Programme d'Ajustement Structurel (PAS), initié par le Fonds Monétaire International (FMI) et conditionné par les prêts octroyés par la Banque Mondiale (BM). Cette étape a marqué l'amorce d'une période de libéralisation économique. Cinq ans plus tard, précisément le 17 juillet 1995 à Bruxelles, la Tunisie a paraphé un accord de libre-échange avec l'UE. Cet accord met en exergue l'importance accordée par les parties au respect des principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, notamment en ce qui concerne les droits de l'homme, les libertés politiques et économiques, qui sont les piliers essentiels de leur partenariat. De plus, il met en lumière les avancées considérables accomplies par la Tunisie et sa population pour permettre à l'économie tunisienne de s'intégrer pleinement dans l'économie mondiale. De plus, il met en avant l'engagement actif de la Tunisie dans la communauté des nations démocratiques. En d'autres termes, la Tunisie a travaillé de manière importante pour améliorer sa position économique sur la scène internationale et pour participer activement à la démocratie mondiale.

Par la suite, divers secteurs tels que les télécommunications, l'électricité, le gaz et le transport ont été soumis à l'ouverture de la concurrence. L'insertion de l'économie tunisienne dans l'économie mondiale s'est transformée en objectif économique central pour l'État tunisien, impliquant la mise en place de politiques libérales et l'ouverture de multiples secteurs à la concurrence. Toutefois, malgré cette ouverture au libre jeu de la concurrence et à l'économie de marché, le contexte économique semble ne pas réellement promouvoir le principe concurrentiel. Cette situation découle en grande partie d'un cadre réglementaire qui ne le favorise pas et qui repose davantage sur des contraintes d'accès. De plus, il est constaté que le développement économique ne profite pas de manière équitable à l'ensemble de la population tunisienne ni à tous les secteurs de l'économie. La prospérité des entreprises est principalement concentrée dans le nord du pays, tandis que certains secteurs, à l'exception de l'industrie textile, rencontrent des difficultés à maintenir leur activité sans le soutien de l'État et les subventions»⁵².

⁵¹ A. Njehi, *op cit.*, p.31.

⁵² A. Njehi, *op cit.*, p.32.

La crise des *subprimes* en 2008 a précarisé une économie fortement dépendante des marchés étrangers, entraînant des répercussions significatives sur les politiques économiques. Par la suite, la Révolution de 2011 a engendré des conséquences néfastes pour la stabilité et la croissance économique du pays. Conformément à un rapport publié en 2014 par la Banque mondiale sous le titre "La Révolution inachevée", plus de la moitié de l'économie tunisienne demeure soit fermée, soit soumise à des limitations d'accès. Cette situation est exacerbée par diverses réglementations et interventions gouvernementales qui engendrent des distorsions dans le développement du marché, créant ainsi des obstacles indésirables à la compétition et à la croissance économique.

Ce constat remonte semble-t-il à l'histoire du droit économique tunisien. En effet, la régulation de la concurrence en Tunisie paraît fortement influencée par le droit alors en vigueur sous le protectorat de 1881 à 1956 à savoir le droit français lui-même qui à son tour subira l'emprise du droit communautaire devenu droit de l'UE depuis 1992 avec le traité de Maastricht. Mais la notion même de la concurrence n'est pas nouvelle en droit tunisien du fait de la prégnance du droit musulman sur les institutions publiques et privées tunisiennes. Dans l'histoire musulmane et jusqu'à la période des Omeyyades (661-750), il existait la fonction de gouverneur du marché (*souk*) qui devait superviser et contrôler les échanges commerciaux dans les « *souks* ». Puis après, cette fonction a été transformée durant la période Abbasside (750-1258) à la fonction de comptable du marché dont sa mission est de contrôler les activités économiques. C'est-à-dire qu'il pouvait intervenir pour interdire les opérations de spéculation par la pratique des prix abusifs des produits de première nécessité ou de réguler les ententes entre commerçants sur la spéculation des produits alimentaires. En revanche, sa fonction ne lui permet pas d'intervenir dans la fixation des prix, il n'a qu'un rôle de régulateur.

II- Vers un droit de la régulation de la concurrence ?

Un tel droit s'inscrit dans la volonté étatique de libéraliser l'économie tout en régulant son développement afin de limiter les effets d'un potentiel dysfonctionnement d'un marché libre et concurrentiel.

A- Le choix de la libéralisation économique.

La libéralisation en tant qu'ouverture à d'autres acteurs économiques s'applique à toutes les activités comme un moyen de favoriser l'innovation, la qualité de service, des prix bas pour

les clients et de favoriser l'insertion dans la vie active. Ainsi, le choix de la libéralisation diffère pour les modèles français (A) et tunisien (B).

Le choix de la libéralisation du modèle français.

Pendant les Trente Glorieuses, l'État interventionniste a connu un succès remarquable comme par exemple le chômage était pratiquement inexistant, une diminution considérable des inégalités, la richesse du pays connaissait une croissance rapide, les finances de l'État étaient saines avec des budgets équilibrés, et l'endettement public était en déclin.⁵³ Toutefois, durant les années 1970, le modèle économique français basé sur le capitalisme d'État a connu une crise majeure. Cette crise est principalement attribuable à l'incapacité des gouvernements à s'adapter efficacement aux changements survenus dans l'économie mondiale. Plusieurs facteurs ont contribué à cette situation, notamment une planification basée sur des prévisions erronées, l'adoption de politiques industrielles reposant sur des investissements inadéquats, et la dégradation de certains piliers cruciaux de l'économie nationale. Dans l'ensemble, ce modèle de modernisation s'est avéré incapable de stimuler le développement du système économique et a même été perçu comme un obstacle au progrès économique et social de l'État.

De manière fréquente, les chercheurs spécialisés dans l'étude de l'État et de ses actions après la Seconde Guerre mondiale mettent en évidence l'importance cruciale attribuée à « la gestion du secteur public et à la planification dans la reconstruction nationale⁵⁴ ». Cette démarche visait à placer l'État au centre du processus, tout en considérant les acteurs et les régulateurs économiques comme des facteurs centraux. Toutefois, à mesure que la crise économique prenait de l'ampleur, les fondements de ces politiques keynésiennes furent contestés durant les années soixante-dix. Ultérieurement, et de manière quelque peu inattendue, leur abandon fut entériné sur le plan politique⁵⁵.

Ainsi, la crise a eu un impact sur le capitalisme d'État français, engageant une série d'échecs qui ont révélé les dysfonctionnements du gouvernement dans un contexte économique international. La planification s'est avérée fondée sur des prévisions inexactes, créant des déficits au sein de nombreuses entreprises, les rendant vulnérables aux acquisitions.

⁵³ F. Bottini, *L'État interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, Paris, 2012, p.72.

⁵⁴ A. Njehi, *op cit*, p 45.

⁵⁵ B. Gaïti, « L'érosion discrète de l'État-providence dans la France des années 1960. Retour sur les temporalités d'un « tournant néo-libéral » », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2014, p. 59.

Parallèlement, les relations au sein du monde du travail étaient marquées par de nombreux conflits, se traduisant par une multiplication significative des mouvements de grève⁵⁶.

Il semble que l'intervention de l'État dans l'économie présente plusieurs lacunes, notamment son incapacité à choisir de manière efficace les secteurs et les entreprises dynamiques, laissant ainsi le marché prendre en charge cette sélection de manière plus naturelle et efficiente. De plus, l'État est assidûment sujet à des doutes concernant la rationalité de ses choix, suggérant que de puissants groupes de pression pourraient influencer sa décision plutôt qu'une analyse objective. De plus, il s'efforce de fournir des explications claires pour appuyer son implication et de démontrer clairement que ses actions produiront de meilleurs résultats que de ne pas s'engager. Parallèlement, il est impossible d'attirer et de retenir les compétences et les expertises requises pour opérer efficacement dans un environnement concurrentiel. Enfin, il fait constamment face à des accusations selon lesquelles il privilégierait des gains politiques immédiats au détriment d'une approche orientée vers des solutions optimales à long terme⁵⁷. Enfin, du fait de sa complexité, l'État se trouve dans l'incapacité de réagir avec la vitesse requise aux évolutions qui impactent la définition d'une stratégie⁵⁸. Enfin, en raison de sa complexité, l'État se trouve dans l'incapacité de réagir avec la célérité requise aux évolutions qui impactent la définition d'une stratégie. Cette énumération des lacunes présumées de l'État en matière d'intervention s'avère notable, car elle semble fournir une justification à la réduction de l'emprise de l'État dans certaines sphères d'action.

En réaction à ces crises, le gouvernement de cohabitation de 1986, dirigé par le Premier ministre Jacques CHIRAC, a créé un nouveau système politique pour faire face aux défis. Bien qu'il ait fortement soutenu le néolibéralisme, le gouvernement n'a pas limité le rôle de l'État à ses fonctions traditionnelles, telles que la souveraineté nationale et la justice. Au lieu de cela, il a choisi de réorienter son action. Bien que le rôle de l'État dans la mobilisation de l'accumulation de capital et sa contribution à l'économie mondiale soient fondamentalement incontestables, son approche a évolué, notamment à travers les privatisations et les libéralisations. L'élection de J. CHIRAC à la présidence de la République en 1995, puis en 2002, a confié de nouvelles tâches et responsabilités au prochain gouvernement qu'il a nommé. Le gouvernement RAFFARIN, mis en place en 2002, a défini quatre axes majeurs dans son

⁵⁶ SH. Vivien Ann, B. Rachel, « Les beaux restes du capitalisme d'État à la française », *Critique internationale*, 2000 p. 167. JB. Racine, « Le droit économique au XXIe siècle Notions et enjeux », *LGDJ*, Paris, 2020.

⁵⁷ S. Nicinski, *Le droit public des affaires*, Lextenso, Paris, 2021, p.43.

⁵⁸ Voir L. Henry, *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, Paris, PUF, 1997, p. 35.

discours de politique générale⁵⁹. Tout d'abord, « il visait à recentrer l'État sur ses missions fondamentales et à rétablir l'autorité républicaine. Ensuite, il s'agissait de promouvoir le renouveau de la démocratie sociale et de stimuler la démocratie locale via la décentralisation. Le troisième axe consistait à valoriser la création sous ses aspects économiques, sociaux et culturels. Enfin, le gouvernement s'engageait à contribuer à une construction européenne plus humanisée ». ⁶⁰

En examinant ces facteurs, il devient évident que la crise ne pouvait pas être simplifiée en un simple déséquilibre à court terme, comme le suggèrent certains économistes. En réalité, elle a servi de catalyseur pour la restructuration et la transformation du système capitaliste mondial, engendrant ainsi une libéralisation de l'économie.

Dans la réalité, les dirigeants européens mettent en place des politiques visant principalement à la libéralisation et à l'ouverture de la concurrence des secteurs qui ne sont pas considérés comme appartenant aux domaines de compétence souveraine de l'État. Ces secteurs regroupent les entreprises de service public tels que l'énergie, et les services postaux, où les aspects économiques sont clairement discernables. Le traité fondateur de la Communauté économique européenne (CEE)⁶¹ exige à toutes les entreprises opérant dans le domaine économique de se conformer aux règles de concurrence, lesquelles jouent un rôle central dans l'établissement du marché unique. Ces règles sont fixées à l'article 37 de la CEE, qui impose la réforme des monopoles, et à l'article 90 du même traité, qui fait du droit de la concurrence une règle générale affectant le fonctionnement des intérêts économiques (SIEG).

Les directives européennes ont imposé à la France de réduire son secteur monopolistique, notamment dans les domaines de l'électricité⁶², du gaz, et du téléphone, en favorisant une plus grande ouverture à la concurrence. Le traité de Maastricht adopté le 7 février 1992 a renforcé cette orientation en établissant l'Union économique et monétaire (UEM)⁶³. Cette intégration de la France à l'UE a eu un impact profond sur le fondement de l'intervention de l'Etat. Le droit européen a mis en question les restrictions à la concurrence et

⁵⁹ Discours de politique générale du 3 juillet 2002 : www.gouvernement.fr/jean-pierre-raffarin.

⁶⁰ A. Njehi, *op cit*, p 65.

⁶¹ Le traité instituant la Communauté économique européenne aussi appelé traité de Rome, c'est un traité signé le 25 Mars 1957 à Rome entre 6 pays : L'Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg et Pays Bas.

⁶² Au moment, de l'écriture de cette thèse, le président français Macron tient à renationaliser EDF (capital détenu à 100 % par l'Etat).

⁶³ Le traité de Maastricht est entré en vigueur le 1er novembre 1993, instaurant ainsi une Union Européenne entre les 12 États membres de la Communauté européenne : Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal et Royaume-Uni.

les monopoles d'État au sein des États membres, en interdisant toute intervention publique qui pourrait déformer la concurrence ou entraver la libre circulation des biens et des services. Cette évolution légale a forcé la France à reconsidérer ses approches traditionnelles en matière d'intervention économique.

L'UE a renforcé le droit de la concurrence, a simplifié les réglementations sur les activités économiques et commerciales, a encouragé les investissements nationaux et étrangers, libéralisé les services publics, a privatisé les entreprises publiques et a mis fin aux monopoles contrôlés par l'État. Cette approche visait à créer un environnement économique plus ouvert et concurrentiel au sein de l'Union européenne. Ces mesures avaient pour objectif de réduire l'intervention de l'État dans l'économie en créant de nouvelles opportunités pour l'initiative privée. Au long des années 1970, la majorité des monopoles publics ont été progressivement éliminés, soit par des décisions prises par les autorités nationales, soit en suivant une période transitoire d'ouverture graduelle à la concurrence encouragée par la Commission européenne. Par exemple, la loi du 9 novembre 1981 a initié la fin du monopole de la radiodiffusion en déclarant que « la communication audiovisuelle est libre »⁶⁴. De manière similaire, la loi datée du 3 juillet 1970 a substitué le service des poudres par une société anonyme⁶⁵, tandis que le monopole des tabacs a été restreint le 27 décembre 1994.⁶⁶ La loi du 11 juillet 1985 a mis un terme au monopole des alcools en abolissant les activités du service des alcools.⁶⁷ Le monopole des allumettes, quant à lui, a été supprimé par la loi du 4 décembre 1972⁶⁸. Ces mesures ont été prises dans le cadre de l'ouverture à la concurrence et de la libéralisation des activités économiques.

Sous l'influence du droit européen, les services publics ont été ouverts à la concurrence, forçant ainsi leur soumission aux règles de la concurrence. Dans les années 1980, le mouvement de libéralisation du secteur des transports, y compris celui de l'espace aérien, a été initié, permettant ainsi à d'autres acteurs d'entrer en jeu dans ce domaine. En réponse à

⁶⁴ Loi n° 81-994 du 9 novembre 1981 portant dérogation au monopole d'État sur la radiodiffusion, *JORT*, 1981, p. 3070.

⁶⁵ Loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives, *JORF*, 1970, p. 6299.

⁶⁶ Loi n° 94-1135 du 27 décembre 1994 relative aux conditions de privatisation de la Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes, *JORF*, 1994, p.18534.

⁶⁷ Loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *JORF*, 1985, p. 7855.

⁶⁸ Loi n° 72-1069 du 4 décembre 1972 portant aménagement du monopole des allumettes, *JORF*, 1972 p.12555.

l'approbation par la Commission européenne de la fusion entre Air France et UTA,⁶⁹ la France s'est engagée à faciliter l'instauration de l'environnement concurrentiel sur les lignes aériennes, qu'elles soient nationales ou internationales, depuis son territoire. Cela a nécessité des réformes indispensables au niveau des réglementations aéroportuaires pour combler cette lacune de l'ouverture du secteur du transport aérien en matière de la concurrence.

En 1991, l'État a progressivement supprimé les restrictions imposées dans le secteur des transports terrestres, tout comme dans le secteur des transports maritimes en deux étapes : « d'abord en 1986, puis de manière complète en 1992 »⁷⁰. De plus, le monopole public dans le secteur postal a été restreint en 2008, avant d'être complètement éliminé⁷¹. L'objectif principal du marché postal est d'améliorer la qualité du service postal et d'améliorer les délais de traitement du courrier. Parallèlement, une étape décisive a été élançée sur l'abandon du régime de monopole représentatif pour les importations de pétrole grâce à l'adoption de la loi du 31 décembre 1992. Cette législation a introduit une libéralisation au sein de l'activité pétrolière en introduisant, notamment dans son article 1er, « une liberté élargie d'importation, d'exportation, de traitement, de stockage et de distribution du pétrole brut et des produits pétroliers. ⁷²».

Ainsi, dans le domaine des télécommunications, l'État a réduit du monopole public. Toutefois, il est important de noter que le secteur des télécommunications dispose d'un secteur juridique indépendant et est défini dans les règles de concurrence orienté vers l'ouverture. Cette évolution a été concrétisée par l'instauration d'un Code dédié à cette sphère d'activité, à savoir le Code des postes et des communications électroniques. L'objectif principal était de permettre au secteur privé de participer au marché des télécommunications, encourageant ainsi les opérateurs à investir conformément aux principes de l'économie de marché.

Pendant une longue période, le secteur audiovisuel français était contrôlé par un monopole national, avec une concurrence limitée aux stations périphériques. Toutefois, il est important de noter que ce secteur a été libéralisé grâce à la législation relative à la communication audiovisuelle promulguée le 29 juillet 1982. En parallèle, il est à souligner que les activités liées aux jeux d'argent étaient depuis longtemps

⁶⁹ Union de transports aériens.

⁷⁰ R-A. Jedidi, *Les exceptions à la liberté des prix en droit de la concurrence*, Mémoire, FDSPT, Tunis, 2009, p. 56.

⁷¹ La Loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et des télécommunications a créé une personne morale de droit public.

⁷² B. Dalaunay, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2015, p. 438

réglementées en France. Néanmoins, un changement majeur a eu lieu avec l'adoption de la loi sur l'ouverture à la concurrence et la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne le 12 mai 2010.

À la demande de la Communauté Européenne, la France a accepté de restructurer et de mettre fin aux monopoles d'État dans le secteur économique. Ces initiatives reposaient sur le concept d'intention de promouvoir l'initiative privée, considérée comme dynamique et efficace par opposition au secteur public, perçu comme manquant de qualité, inefficace et bureaucratique. Cependant, une analyse des finances publiques révèle un niveau élevé de déficit et de dette publique depuis les années 1970, ainsi qu'une part importante de la contribution budgétaire de l'État aux secteurs économiques libéralisés, comme indiqué dans les annexes au budget annuel de l'État. Certains qualifient ainsi l'État français d'État libéral-colbertiste mettent en évidence la forte présence de l'administration économique et financière de l'État, malgré le discours néo-libéral prédominant.

On souligne qu'en France, l'idée de l'intervention de l'État a été contesté en adhérant à la Communauté européenne. Ceci a conduit à une remise en question progressive de diverses formes d'intervention de l'État en faveur du libéralisme économique.⁷³ En revanche, en Tunisie, l'interventionnisme de l'État a été remis en question sous la pression des institutions financières internationales, visant à aider le pays à surmonter la crise.

Le choix de la libéralisation du modèle tunisien.

Après l'obtention de l'indépendance, l'économie tunisienne a adopté une approche de gouvernance centralisée. Cette stratégie comprenait « la mise en œuvre d'une planification impérative qui reposait sur un secteur public étendu et productif. Elle engageait également la fixation administrative des prix pour les biens échangés sur les marchés officiels, la régulation des normes salariales et des limitations sur les échanges de devises, soutenues par un taux de change fixe pour le dinar tunisien. De plus, le commerce extérieur était monopolisé par l'État, à l'exception des importations réalisées par le secteur privé, qui étaient financées, grâce aux ressources provenant du marché parallèle des devises⁷⁴».

En 1956, la centrale syndicale Union générale des travailleurs tunisiens (UGTT) qui regroupait l'ensemble de la classe ouvrière, va prôner un modèle d'économie interventionniste,

⁷³ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Lextenso, Paris, 2020, p. 38.

⁷⁴ A. Njehi, *op cit*, p.75.

fondée sur un plan de développement et sur la collectivisation des moyens de production. Le programme économique et social adopté en 1956 conteste le capitalisme mis en place par la puissance coloniale. Certains éléments de son modèle économique, seront retenus par le nouveau gouvernement. Une véritable « tunisification » des secteurs essentiels va être mis en place. Le gouvernement va nationaliser les chemins de fer, les compagnies de transports routier, distribution d'électricité, du gaz, de l'eau, l'exploitation des compagnies minières et la création de la banque centrale de Tunisie dont l'une des missions est d'accompagner le gouvernement dans sa politique économique nationaliste. Cette idéologie du développement national menée par l'Etat se concrétise aussi par la création de grandes entreprises publiques. En effet, le gouvernement ne se basait pas sur des stratégies économiques mais, d'une stratégie politique destinée à éliminer la présence étrangère.

Un changement économique incontestable a lieu en 1961 avec la nomination de AHMED BEN SALAH à la tête du secrétariat d'Etat aux finances qui marquera une ère de mise sous tutelle de l'économie par l'Etat, par la collectivisation des moyens de production et des terres agricoles, la création de coopératives de l'artisanat et du commerce, et la création massive d'entreprise publiques. Ce mouvement de collectivisation prendra fin en 1969, sur ordre du président Bourguiba.

HEDI NOUIRA qui a succédé AHMED BEN SALAH en 1970 marquant ainsi le début de la troisième phase de son histoire post indépendance. Il a entrepris des réformes visant à transformer l'économie « d'une économie administrée à une économie libéralisée ». Pour lui, l'Etat doit maintenir sa présence dans les secteurs essentiels grâce aux entreprises publiques, alors que les investissements privés doivent être encouragés notamment dans les industries manufacturières et dans le secteur touristique en tant que source potentielle de revenu national important.

Toutefois, malgré ces tentatives visant à émerger une forme de libéralisme, le régime économique tunisien demeure marqué par l'intervention étatique. L'Etat joue un rôle déterminant dans toutes les décisions économiques, et toutes restrictions et limitations sont devenues les règles. De nombreux secteurs sont d'accès interdit ou restreint, et les prix sont réglementées et les importations sont contrôlées. Les secteurs les plus appliqués sont sous l'emprise de l'Etat.

La libéralisation de l'économie a été perçue comme une nouvelle forme de l'intervention de l'Etat. Les idées libérales de HEDI NOUIRA s'implanteront très lentement.

Ce n'est qu'en 1982, que le sixième plan de développement économique et social préconisera officiellement le désengagement de l'Etat de l'économie. Les changements significatifs n'auront lieu que sous l'effet de plusieurs contraintes subies par l'Etat : récession économique, impossibilité de payer les dettes, chômage, diminution de l'investissement... C'est le début d'une quatrième période pour le régime économique tunisien.

En 1986, le PAS, imposé par le FMI est signé, en échange d'aides financières, dans le but de contraindre à des réformes profondes⁷⁵. Le but du FMI était d'adopter un ensemble de mesures visant à reformer les textes juridiques, sous risque de voir la situation économique se dégrader davantage.

L'Etat était contraint de créer et d'élaborer un ensemble de texte juridiques dans le cadre de la libéralisation économique concernant le prix, le commerce extérieur, la restructuration des entreprises publiques. Ce texte encourage de même certains secteurs, promeut les investissements, et simplifie la procédure d'entrée au marché. Cette politique d'ouverture permettra la relance de la croissance économique mais déstabilisera le tissu économique en le divisant entre secteurs concurrentiels et secteurs en difficultés par un processus d'ouverture. Le PAS sur le modèle du FMI va s'instaurer et perdurer avec l'accession au pouvoir du Président BEN ALI de 1987 jusqu'à la Révolution de 2011.

À la fin des années 1970, le modèle économique basé sur une approche dirigiste a subi un échec majeur. Selon les spécialistes du FMI et de la Banque mondiale⁷⁶ cet échec découle de la mise en œuvre de politiques économiques ayant eu des conséquences sévères sur l'économie nationale.⁷⁷ Ces politiques englobaient des actions discrétionnaires internes, comprenant des régulations de prix administrés, des subventions, et une surestimation du taux de change, en plus de barrières au libre-échange, telles que des prêts, des restrictions de crédit et des contrôles des changes. Ces initiatives ont provoqué des déséquilibres entre la demande et l'offre, ainsi qu'une prédominance excessive de l'État, engendrant des phénomènes d'exclusion et des déficits financiers.

⁷⁵ La loi du 1^{er} aout 1987 est une mise en œuvre du programme PAS et envisage la restructuration des entreprises publiques.

⁷⁶ Banque mondiale, « Tunisie : Intégration mondial et développement durable. Choix stratégique pour le 21^e siècle ». Étude économique de la Banque mondiale, 1996, p. 10.

⁷⁷ C. Berthomieu, A. Chaabane, *La restauration du rôle de l'État dans la croissance et le développement économiques*, Publisud, Paris, Éditions 2004, p. 236.

Face à ce contexte, l'État tunisien s'est retrouvé confronté à une crise économique, politique et sociale majeure, entraînant une diminution de son rôle au sein de l'économie. Afin de surmonter ces défis, la Tunisie a opté pour un désengagement étatique, sous l'influence des institutions financières internationales.

La problématique de l'intervention de l'État a été remise en question lors d'une crise économique et financière de grande envergure dans l'histoire de la Tunisie. Cette crise, causée par divers facteurs anciens et contemporains tant internes qu'externes a mis en lumière des problèmes qui existaient déjà, bien qu'ils n'aient pas été clairement visibles auparavant.⁷⁸ .

Il a fallu attendre l'année 1986 pour que le gouvernement tunisien reconnaisse officiellement la réalité de la crise économique dans le pays. La situation s'est amplifiée lorsque le gouvernement a exposé son plan de redressement économique à la Chambre des députés le 19 août de cette année-là.⁷⁹ La démission du gouvernement NOUIRA en février 1980 a marqué le début d'une phase où la situation économique et financière s'est rapidement détériorée. En d'autres termes, la démission du gouvernement a coïncidé avec le début d'une période de crise économique et financière.⁸⁰ . Bien que la Tunisie ait enregistré une croissance économique dans les années 1970, cette croissance s'est accompagnée d'une augmentation de la dépendance du pays vis-à-vis de l'étranger. À partir de 1982, la situation économique s'est rapidement détériorée, atteignant un niveau alarmant.

La crise a engendré une considérable augmentation du niveau d'endettement externe de l'économie, lorsque les taux d'intérêt ont commencé à augmenter au début des années 1990. Entre 1977 et 1986, le montant de la dette extérieure a enregistré une croissance à un rythme moyen annuel de 22 %. Parallèlement, le niveau d'endettement ainsi que le fardeau de la dette ont également connu une ascension rapide, avec des taux de croissance respectifs de 38 % et 12,1 % entre 1977 et 1982. L'accroissement de l'endettement et sa progression rapide ont joué un rôle central dans l'aggravation de la situation financière extérieur tunisien.

De surcroît, ces chiffres reflètent les nombreux défis du secteur public, marqué par des décisions d'investissement irrationnelles, des modèles de financement souvent inadaptés pour

⁷⁸ K. Ben Massoued, *Le désengagement de l'État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 33.

⁷⁹ K. Ben Massoued, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁰ H Ben Hammouda, N. Oulmane, M. Sadni Jallab, *Crise... Naufrage des économistes ? Enquête sur une discipline en plein questionnement*, de Boeck, Bruxelles, 2010, p. 53.

les besoins réels du pays, ainsi que des contraintes liées à l'autofinancement et à l'endettement. Une politique tarifaire peu flexible et mal adapté a été constatée. Une gestion inefficace s'est manifestée par la prédominance de la bureaucratie, de l'inefficacité et de la rigidité dans les procédures. Des effectifs pléthoriques a engendré des coûts excessifs et une sous-utilisation des ressources, ce qui a entraîné des déficits persistants, une baisse des cash-flows⁸¹ et une augmentation des besoins en subventions. Le système de supervision contraignant et complexe a contribué à la dispersion des responsabilités, aggravée par l'absence de mécanismes d'évaluation des performances et un dispositif de sanctions peu efficace ⁸² .

Cependant, malgré les efforts déployés pour mettre en place cette nouvelle politique économique interventionniste, de nombreuses problématiques persistent, telles que l'accentuation du chômage, la diminution du pouvoir d'achat des employés, le déclin des investissements, la baisse de la productivité du travail et les difficultés dans les échanges internationaux. Tous ces éléments témoignent une situation où l'État tunisien s'est trouvé en crise.⁸³ Dans le cadre de son Rapport économique portant sur la mise en œuvre du VIème plan (1982-1986), la Banque mondiale exprime des préoccupations spécifiques. Elle met en avant « la rapide expansion des dépenses de compensation, soulevant ainsi des interrogations quant à leur pertinence tant sur le plan économique que social. En effet, cette expansion s'accompagne d'un coût budgétaire élevé par rapport aux avantages monétaires apportés aux ménages à faibles revenus »⁸⁴. En plus de cette situation économique précaire, le contexte politique instable constituait un obstacle majeur à la formulation et à la mise en œuvre de toute stratégie économique à long terme.

Sous le régime du Président BOURGUIBA, la liberté politique était fortement restreinte, et la société civile n'avait pas la possibilité de s'épanouir et n'avait que peu de manœuvre. Cela a conduit, dès les 1970, à l'émergence de groupes d'opposition cherchant à défendre leurs revendications sociales et économiques. Des affrontements se sont déclenchés, notamment dans la région de Gafsa en 1980, les forces gouvernementales et des insurgés armés

⁸¹ Le « Cash-Flow ou flux de trésorerie est l'augmentation ou la diminution du montant de liquidité dont dispose une entreprise. Ce terme est utilisé pour décrire le montant d'argent (monnaie) qui est généré ou consommé au cours d'une période donnée » disponible sur <https://www.affacturage.fr/definition/cash-flow/>

⁸² M. Ben Letaief, « La signification de la restructuration des entreprises publiques », *Actes de colloque La restauration des entreprises publiques*, 1990, FDSPT, Tunis, p. 13.

⁸³ B-R. Mahmoud, « Fondements et contenu des restructurations face à la crise économique en Tunisie. Une analyse critique », *État et Développement au Maghreb*, 2000, pp.150-151.

⁸⁴ A. Guelmami, *La politique sociale en Tunisie de 1881 à nos jours*, L'Harmattan, Paris,1996, p. 171.

dont certains étaient des Tunisiens vivant à l'étranger, avec le soutien de partis étrangers. Cette instabilité a favorisé l'émergence des mouvements islamistes, qui ont orchestré des protestations et des troubles, mettant en péril la stabilité du pays et le rapprochant d'un conflit civil.

Malgré les circonstances difficiles, l'économie tunisienne a réussi à maintenir sa stabilité grâce aux revenus provenant du secteur pétrolier. Cette contribution s'est avérée essentielle, particulièrement à partir de 1973, et a atteint son sommet entre 1979 et 1985. Pendant cette période, la combinaison d'une hausse considérable des prix du pétrole et d'une augmentation significative de la production a transformé cette source de revenus en une ressource majeure pour l'État. L'importance de cette manne pétrolière était d'autant plus cruciale que le pays faisait face à un déficit croissant dans sa balance des paiements, nécessitant des injections financières additionnelles ⁸⁵.

Les défis économiques auxquels fait face l'État tunisien représentent sans aucun doute une entreprise de grande envergure. Ce défi se manifeste d'abord pour le peuple tunisien, qui fait face à la pauvreté engendrée par un chômage structurel, entraînant une détérioration continue du niveau de vie de la population. Ensuite, c'est un défi pour le gouvernement tunisien, qui assume un fardeau lourd et est responsable du destin du pays. Enfin, c'est un défi pour les théories économiques classiques ou libérales de la croissance⁸⁶. Face à cette crise, les pouvoirs publics pourraient envisager de recourir à une solution en faisant appel à l'intervention des institutions financières internationales.

Vers la fin du premier semestre de 1986, le déficit financier de l'État tunisien devenait de plus en plus préoccupant. Les déficits chroniques des institutions publiques, exerçant une forte pression sur les finances publiques, ont placé le pays dans une situation critique et l'ont amené à signer un accord financier avec le FMI. Ces accords visent à organiser les réformes structurelles de l'économie tunisienne.

L'État se trouvait contraint de solliciter les possibilités offertes par le FMI ainsi qu'aux prêts de la Banque mondiale. Les conséquences des négociations avec ces deux institutions étaient déjà prévisibles⁸⁷. Face à un gouvernement affaibli par des conflits internes, en proie à

⁸⁵ K. Ben Massoued, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁶ M. Guen, *La Tunisie indépendante face à son économie*, PUF, Paris, 1961, p. 51.

⁸⁷ M. Midoun, « La privatisation des entreprises publiques : le cas de la Tunisie », *Vues Économiques*, 1993, p. 56.

des troubles sociaux et syndicaux, à un effondrement économique et à une grave crise financière, le secteur tunisien se retrouve dans une situation favorable aux négociations gouvernementales. La situation politique et économique appelle souvent une décision contrainte plutôt qu'une négociation véritablement libre.

Nous examinerons, dans le chapitre suivant les événements historiques, et les justifications raisonnables pour expliquer le désengagement de l'État progressif et l'instauration du droit de la concurrence.

B- La régulation étatique de la concurrence.

La régulation de la concurrence intervient pour limiter le pouvoir de marché des entreprises. Il s'agit de concilier les objectifs de l'entreprise avec les intérêts collectifs. Cette tâche est rendue plus difficile par l'asymétrie d'information entre le régulateur et les régulés, qui sont par nature plus conscients de leur situation. Toutefois, en pratique le modèle français (A) n'adopte pas la même conception que le modèle tunisien (B).

La régulation étatique de la concurrence : le modèle Français.

Selon Jacques CHEVALLIER, le terme "État régulateur" peut englober plusieurs significations. D'une part, « il peut être vu comme un principe de cohésion sociale, visant à assurer la stabilité et l'équilibre dans la société. D'autre part, il peut être considéré comme un acteur central du développement social, jouant le rôle de l'État-providence. En outre, il peut être perçu comme un arbitre du jeu économique, se détachant de l'idée d'un État producteur de biens et de services. Enfin, il peut représenter un nouveau modèle d'État, où la logique de la régulation influence divers aspects de son fonctionnement⁸⁸ ».

Ces différentes significations sont considérées comme reliées et complémentaires. Cependant, il est essentiel de souligner que redéfinir le rôle de l'État en tant que « régulateur » ne signifie pas un retour à l'État libéral. Il s'agit plutôt, d'une évolution de l'action de l'État, où il intervient afin de garantir le bon déroulement de l'économie et de la société, mais sans abandonner son rôle dans la fourniture de services publics et le soutien aux citoyens dans le cadre d'une perspective de bien-être social⁸⁹.

⁸⁸ J. Chevallier « L'état régulateur » *Revue française d'administration publique* 2004/3 (n°111), pp. 473-482.

⁸⁹ Les économistes du XVIIIe siècle ont passionnément discuté la question de la libéralisation du commerce des grains : A. Bernard, « la guerre des farines », in F. Collart-Dutilleul, F. Riem (dir), *Droit fondamentaux, ordre public et libertés économique*, LGDJ, Paris, 2013.

La régulation revêt une importance cruciale pour parvenir à un équilibre entre la libre concurrence et les orientations gouvernementales. D'après Nicole DECOOPMAN, « la régulation suppose l'atteinte d'un équilibre entre les divers intérêts et acteurs opérant dans le secteur économique. Cet équilibre, qui par nature instable, requiert la mise en œuvre de divers mécanismes d'intervention, certains étant plus contraignants que d'autres. La régulation sollicite également une expertise technique et une capacité de réaction qui ne sont pas forcément présentes au sein du gouvernement ou du système judiciaire, car ils ne sont pas directement liés aux milieux économiques. L'activité de régulation repose donc sur deux piliers principaux. Tout d'abord, il nécessite une capacité d'influence, qui peut être plus facilement exercée lorsque les régulateurs entretiennent une proximité avec le secteur qu'ils régulent. Ensuite, il implique une multiplication des pouvoirs et des responsabilités. Cette caractéristique se retrouve souvent chez les autorités administratives indépendantes chargées de fonctions de régulation économique. Ces organismes sont dotés de divers pouvoirs pour superviser et contrôler les activités des acteurs économiques en vue de garantir un fonctionnement équilibré et équitable du marché »⁹⁰.

Sophie NICINCKI met en évidence que la nouvelle approche de la régulation économique redéfinit les interactions entre l'État et le marché. Selon son point de vue, cette régulation « vise spécifiquement à permettre à l'État de protéger, garantir et maintenir la stabilité du jeu libre sur le marché économique. L'intervention de l'État dans la régulation économique se manifeste en plusieurs étapes. Tout d'abord, en amont du processus économique, l'État organise et structure les marchés sensibles afin de prévenir d'éventuelles infractions aux lois du marché. Il met en place des règles et des cadres pour assurer un fonctionnement équitable et concurrentiel du marché. Ensuite, l'État intervient pour contrôler la structure du marché et réguler l'accès à celui-ci. Il veille à ce que les acteurs économiques puissent entrer et produire sur le marché de manière équitable, sans pratiques discriminatoires ou monopolistiques. Enfin, dans le cadre de cette régulation économique, l'État met en place un système de sanctions pour les opérateurs qui enfreignent les règles de la concurrence⁹¹ ». Ces sanctions visent à dissuader les comportements anticoncurrentiels et à maintenir un environnement économique équitable pour tous les acteurs.

⁹⁰ N. Decoopman, « Peut-on clarifier le désordre », in, Decoopman (N), *Le désordre des autorités administratives indépendantes, l'exemple du secteur économique et financier*, Paris, PUF, 2002, p. 21.

⁹¹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, op. cit, p. 42.

En résumé, la nouvelle régulation économique repose sur l'intervention proactive de l'État pour organiser, surveiller et sanctionner les acteurs économiques dans le but de maintenir un marché concurrentiel et équilibré.

La régulation introduit une nouvelle approche dans le domaine juridique. Le droit de la régulation se distingue du droit de la réglementation traditionnelle par sa capacité à s'adapter aux situations concrètes, à se rapprocher des individus et à s'ajuster aux contextes sociaux qu'il cherche à régir. Ce type de droit est qualifié de "souple" ou "mou" (soft law) car il est formulé en termes d'objectifs, de directives et de recommandations, et repose davantage sur la dissuasion que sur la répression. En opposition, on trouve le droit "rigide" ou "dur" (hard law) qui insiste sur son caractère contraignant et répressif⁹². Le droit de la régulation, par sa souplesse, peut rendre les frontières du droit plus floues. En effet, il nécessite l'utilisation d'une variété de moyens d'action, certains relevant du domaine juridique et d'autres non. Ainsi, le droit de la régulation adopte une approche souple et adaptative, privilégiant les objectifs, les directives et la dissuasion plutôt que la coercition. Cette approche permet de mieux s'adapter aux réalités spécifiques des situations et des sociétés régies, mais elle peut également rendre les contours du droit moins rigides et plus flexibles.⁹³

Par conséquent, la régulation met l'accent sur le pragmatisme du droit, orienté par le souci d'efficacité. Elle conduit finalement à considérer le droit comme un simple outil de gestion, dont la légitimité repose essentiellement sur son efficacité. Cette approche favorise l'adoption progressive du droit pour encadrer les actions des acteurs sociaux, en utilisant des règles adaptables pour guider leur conduite et promouvoir leur auto-discipline, avant de recourir éventuellement à des normes contraignantes.

La régulation est souvent appréhendée d'un point de vue fonctionnel, en laissant de côté son aspect organisationnel. En conséquence, les organismes de régulation peuvent être autonomes ou affiliés à des ministères. Leur rôle est essentiel dans l'établissement de règles destinées à encadrer les activités économiques et à définir les équilibres souhaités.⁹⁴ Ces

⁹² <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-saviez-vous/article/quest-ce-que-le-droit-souple/h/96b209b064f20527f81ad3ef2372d48f.html>

⁹³ J. Chevallier « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, p. 834.

⁹⁴ N. Decoopman, « Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier », Mélanges, *Les frontières du droit*, Paris, PUF, 2014.

instances fonctionnent en tant qu'outils de l'État, offrant à l'exécutif la possibilité de s'immiscer dans l'économie.

Ces autorités de régulation disposent d'une variété d'outils à leur disposition, notamment une analyse approfondie des dynamiques économiques du marché, une évaluation détaillée une analyse détaillée des coûts des opérateurs et des outils juridiques pour garantir une concurrence loyale. Ces instruments englobent la résolution des différends, l'approbation des moyens techniques et financières, ainsi que la mise en place de sanctions en cas de violation des lois.

Cependant, certains estiment que la particularité fondamentale des autorités de régulation indépendantes repose sur son double rôle, à la fois normatif (établissement de règles) et contentieux (prise de décisions sur des litiges). Selon ces analystes, ces autorités se différencient des autres instances administratives indépendantes, qui peuvent avoir des compétences plus restreintes et dont l'influence est limitée.

La régulation se différencie de la réglementation de manière fondamentale. Tandis que la régulation incarne une approche contemporaine de l'intervention publique, la réglementation constitue une méthode plus classique, marquée par une implication directe de l'État dans l'économie et une orientation répressive. La réglementation entraîne souvent une limitation de la concurrence et l'établissement de droits exclusifs ou de monopoles.

D'un côté, la régulation agit de manière préventive, en cherchant à anticiper les problèmes et à établir un équilibre entre les acteurs économiques, sans s'immiscer directement dans leurs activités. Elle vise à promouvoir une concurrence saine et à prévenir les dérives potentielles du marché⁹⁵.

D'un autre côté, la réglementation implique l'adoption de normes juridiques unilatérales couvrant différents aspects, ainsi que la limitation des activités des entreprises sur certains marchés. Cela peut se traduire par l'émission de droits exclusifs ou spéciaux accordés à certaines entreprises, créant ainsi des entraves à la concurrence.

En somme, la régulation favorise une approche proactive et équilibrée, tandis que la réglementation se concentre davantage sur le contrôle et les restrictions, limitant ainsi la libre concurrence.

⁹⁵ J-PH. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, Paris, 2018, p. 185.

La politique de concurrence surveille que les règles de jeu sont respectées. Quant aux autorités de régulation elles s'assurent que les activités sont conformes à des pratiques des entreprises avec les règles de concurrence, la notion de régulation est somme toute nouvelle dans la science juridique.

La régulation, permet une l'intervention étatique légitime pour surveiller indirectement les activités des entreprises. Selon M.A FRISON-ROCHE, « la régulation juridique vise principalement à établir un environnement concurrentiel. Les organismes de régulation sectoriels exerceraient une influence en aval pour promouvoir la concurrence, tandis que les autorités horizontales agiraient en amont en utilisant divers pouvoirs attribués dans le but de façonner la concurrence ».

Le « Droit de régulation vise à établir un nouveau lien entre le droit et l'économie, combinant à la fois une dimension organisationnelle et contraignante, tout en se détachant de la nécessité d'une intervention directe de l'État et de son appareil administratif ». ⁹⁶

Il convient de bien comprendre la distinction entre la régulation et la réglementation, car le mot anglais "*regulation*" est souvent confondu avec le terme français "réglementation". Heureusement, la traduction française est plus précise et permet de distinguer clairement les deux concepts.

En réalité, la régulation et la réglementation ne sont pas identiques. La régulation est un processus plus large et complexe, tandis que la réglementation n'est qu'un outil parmi d'autres utilisés dans le cadre de la régulation. Cette nuance de vocabulaire reflète l'évolution de l'organisation économique en France, passant d'un système où certains secteurs étaient strictement réglementés à un système où ces secteurs sont régulés de manière plus souple et équilibrée ⁹⁷.

Le droit de la régulation est une branche juridique qui englobe l'ensemble des règles et des dispositifs utilisés pour réguler des secteurs qui ne peuvent parvenir à un équilibre naturel. Ces secteurs peuvent impliquer la finance, l'énergie, l'audiovisuel, les télécommunications, etc. Bien que chaque secteur ait ses particularités, ils partagent des règles, des procédures et des institutions communes, ce qui a donné naissance au droit de la régulation.

⁹⁶ M.A. Frison-Roche, « Le droit de régulation », *Dalloz, chron*, 2001 pp. 610-616.

⁹⁷ *Ibid.*

La question fondamentale est de savoir si un tel droit de la régulation est réellement identifiable. Pour y répondre, il est important de ne plus se limiter à la classification des règles en droit public ou privé. De même, plutôt que de critiquer systématiquement le cumul des pouvoirs des autorités de régulation, il serait plus constructif de comprendre les solutions mises en place et les efforts déployés dans ce domaine. Cela permettrait d'appréhender de manière plus nuancée le fonctionnement du droit de la régulation dans différents secteurs⁹⁸.

Le droit de régulation se différencie du droit de la concurrence par le fait qu'il cherche à maintenir simplement cette dernière en l'état. Par exemple, en 1997, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a pour objectif de créer un marché concurrentiel en favorisant l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché, tandis que le Conseil de la concurrence joue un rôle beaucoup plus passif en sanctionnant les comportements dommageables au marché sans contribuer directement à son développement.

Dans certains secteurs économiques, l'État peut intervenir en prenant en charge le fonctionnement du secteur par le biais de monopoles publics, dans l'intérêt général. La distinction entre droit public et droit de la régulation se manifeste non seulement par le principe du libre fonctionnement du marché concurrentiel, relevant de la puissance publique, mais aussi par l'inclusion du principe de libre concurrence qui s'appuie sur des autorités indépendantes du pouvoir exécutif et vise à structurer les secteurs.

De ce fait, le domaine juridique de la régulation se situe à la convergence du droit privé et du droit public, impliquant l'établissement d'un ensemble de règles ainsi que la création d'une autorité de régulation visant à maintenir un équilibre entre la favorisation de la concurrence et la prévention des pratiques abusives.

Le droit de régulation de la concurrence se différencie fondamentalement du droit de la concurrence. En effet, alors que ce dernier vise principalement à lutter contre les obstacles entravant l'entrée de concurrents sur les marchés, le droit de régulation se concentre sur le maintien des équilibres dans des secteurs spécifiques au fil du temps. Ce maintien des équilibres est essentiel pour consolider la pérennité, et le développement des secteurs régulés.

⁹⁸ *Ibid.*

Le droit de la régulation a pour ambition de maîtriser le temps en maintenant des équilibres souvent instables. Ce maintien est rendu possible par la conception d'institutions régulatrices dotées de pouvoirs réglementaires. Par exemple, les autorités de régulation des marchés bancaires, financiers et des assurances contrôlent les opérateurs agréés et ont le pouvoir d'intervenir sur le marché, voire de retirer l'agrément des opérateurs si nécessaire.

L'autorité de régulation a donc pour rôle de construire et de préserver les équilibres dans les secteurs qui en ont besoin, en se basant sur le cadre défini par la loi. On observe que le système juridique intègre désormais un droit de la régulation, car le législateur a progressivement mis en place des autorités de régulation, souvent désignées explicitement comme telles. Ces autorités interviennent dans les secteurs partiellement ouverts à la concurrence mais également soumis à d'autres exigences, pour assurer un équilibre global et maintenir la stabilité des marchés concernés.

La mise en œuvre de la politique de la concurrence est principalement confiée par des organismes spécialisés, agissant dans l'intérêt d'assurer l'ordre économique public. En France, cette mission est dévolue à l'Autorité de la concurrence, qui a succédé le Conseil de la concurrence en 2009. Elle est considérée comme autorité administrative indépendante, et se voit attribuer des pouvoirs étendus d'enquête, d'instruction et de prise de décision concernant les pratiques anticoncurrentielles. Elle est également chargée de contrôler les opérations de concentration dans le marché.

Les décisions prises par l'Autorité de la concurrence peuvent être contestées devant la Cour d'appel de Paris, et il est même possible de porter le litige en cassation. Par ailleurs, l'Autorité peut émettre des avis sur des questions d'intérêt général, souvent à la demande du gouvernement. Son rôle est donc de veiller à la bonne application des règles de concurrence et à l'équilibre des marchés économiques pour le bénéfice de l'économie et des consommateurs.

Les autorités de la concurrence exercent des fonctions préventives notamment lorsqu'elles agissent avant qu'une pratique ne soit mise en œuvre. Tel est le cas lorsque des entreprises souhaitent fusionner.

Le but de cette analyse comparative entre le droit français et tunisien est d'examiner les implications de l'interventionnisme économique dans les deux pays. Malgré leurs différences géographiques et culturelles, la France et la Tunisie présentent certains éléments partagés, qui seront examinés dans cette étude. En particulier, les deux pays ont opté pour un système

juridique de nature romano-civiliste, marqué par la présence de deux ordres de juridiction distincts, montrant une certaine réticence à la libéralisation des secteurs économiques.

À la fois en France et en Tunisie, la transition d'un modèle étatique interventionniste à un modèle étatique régulateur s'est opérée au début des années 1980. Cette évolution a été déclenchée par les problèmes inhérents à l'État interventionniste en crise, et a engendré l'émergence d'un nouveau paradigme, à savoir l'État régulateur.⁹⁹. Cette nouvelle conception d'État se démarque par sa propension à promouvoir la concurrence et à favoriser l'économie de marché. Son rôle essentiel consiste à établir et à maintenir un cadre favorable aux échanges commerciaux, en évitant toute ingérence directe dans la production de biens et de services, laissant cette responsabilité à l'autorégulation du marché.¹⁰⁰.

Ainsi, la nouvelle politique économique, sous l'influence de l'État régulateur, cherche à diminuer l'implication directe de l'État et à encourager un marché où les activités gouvernementales doivent se conformer aux règles de la concurrence. Cela reflète un changement majeur dans le rôle de l'État dans l'économie. En d'autres termes, l'État conserve son rôle de législateur, toutefois, l'autorité pour veiller à l'application de ces règles est progressivement déléguée à des autorités indépendantes. Cela vise à garantir l'impartialité de l'administration et à protéger cette dernière de toute ingérence étatique. L'État n'a donc pas disparu, mais il a redéfini son rôle, privilégiant désormais l'impulsion et la supervision plutôt que l'intervention directe dans l'économie.

La question de la "régulation" et l'allègement de l'idée de l'intervention étatique jouent un rôle essentiel. Dans les années 1980, le modèle de l'État keynésien connaît un déclin mondial en raison du ralentissement de la croissance économique et de l'ouverture des marchés. L'arrivée de la gauche au pouvoir en France en 1981 n'a pas stoppé le mouvement vers une libéralisation de l'économie, comme en témoigne la réforme bancaire de 1984. Cependant, les

⁹⁹ Dans une déclaration faite depuis Toulon à l'automne 2008, le Président de la République Nicolas Sarkozy a souligné que l'économie de marché doit être régulé. Il a souligné qu'elle ne doit pas être une "loi de la jungle" avec des profits excessifs pour quelques-uns et des sacrifices pour tous les autres. Au contraire, l'économie de marché repose sur la concurrence qui permet de réduire les prix, d'éliminer les rentes et de profiter à tous les consommateurs. Le Président a également mis en évidence que le capitalisme ne devrait pas accorder une primauté excessive aux spéculateurs. L'économie de marché se distingue par la fixation des prix par le marché, par opposition à une économie où les autorités publiques déterminent les prix. En mettant l'accent sur la régulation du marché, il a mis en avant l'idée que l'économie de marché doit servir l'intérêt général et bénéficier à l'ensemble de la société.

¹⁰⁰ J. Brouillet, « Vers un État régulateur ? », *Revue Projet*, 2010, pp. 21-22.

facteurs politiques et l'évolution sociétale qui avait prévalu entre 1945 et 1980 ne doivent pas être négligés. La conception du rôle de l'État dans l'économie est aujourd'hui beaucoup plus politisée, avec des demandes de nationalisations et de dirigisme véritable émanant des partis de gauche, tandis que les partis de droite tendent à soutenir un libéralisme encadré, comme en témoignent les lois de privatisation mises en œuvre de 1986 à 1993.

L'Europe a été construite sur des principes libéraux solides, qui se sont peu à peu opposés à certaines formes d'interventionnisme étatique. La politique économique n'est pas une compétence exclusive de l'UE. L'article 120 du TFUE prévoit simplement « que les États membres mènent leur politique économique en vue de contribuer aux objectifs de l'Union. Cependant, la référence à une économie de marché où la concurrence est libre est clairement établie. Parmi les compétences partagées entre l'UE et les États, on retrouve la « cohésion économique, sociale et territoriale »¹⁰¹. Cependant, cette référence ne permet pas à l'UE de jouer un rôle directeur dans l'économie. Seule la règle de concurrence relève des compétences exclusives de l'Union. Les traités fondateurs établissent principalement des libertés économiques visant à assurer un marché commun, et c'est surtout par l'interprétation imposée par la CJUE concernant l'exercice de ces libertés que l'Union exerce une contrainte libérale sur les mesures de politique économique prises par les États.

À partir du milieu des années 1980, le concept d'« interventionnisme libéral » émerge pour décrire une approche qui vise à concilier les deux visions antérieures du rôle de l'État. Celui-ci est désormais considéré comme un garant du libre jeu du marché plutôt que comme un acteur direct de sa direction. Cette nouvelle approche réaffirme en fait les principes originaux du libéralisme, qui n'ont jamais complètement exclu la possibilité d'une intervention de l'État. Cependant, il est plus courant d'utiliser le terme "État régulateur" pour décrire cette approche, car elle met l'accent sur le rôle de l'État dans l'établissement de règles et de mécanismes pour garantir un fonctionnement équilibré du marché.

Le rôle de l'État régulateur comporte plusieurs objectifs, dont le contrôle du respect de la liberté de la concurrence et la réinstallation de l'équilibre des pouvoirs, soit par des interventions préventives, soit par la mise en place de mécanismes répressifs. En amont du processus économique, l'État régulateur organise et encadre les marchés pour prévenir les

¹⁰¹ Article 4 TFUE.

comportements anti-concurrentiels et protéger le bon fonctionnement du marché. Il participe également dans la l'organisation des marchés et contrôle leur accès et leur fonctionnement. De plus, l'État régulateur met en place des mesures de soutien ciblées pour certains marchés ou acteurs. En aval, l'État régulateur intervient pour rétablir l'équilibre en utilisant des mesures préventives ou répressives, visant à contrôler et corriger les dérives anticoncurrentielles et les déséquilibres susceptibles de se produire dans les secteurs régulés.

Certains analysent que cette nouvelle notion signifie un recul de l'État. A l'analyse, l'État organise un redéploiement de ses prérogatives. Autrement dit c'est un contrôle confié à diverses entités qui ne sont pas rattachées hiérarchiquement à l'État.

L'État régulateur s'installe dans un cadre juridique de plus en plus clair. La doctrine politique française des années 1980 du « ni privatisation, ni nationalisation » vise à offrir la même stabilité du secteur public. Plus récemment, le Conseil d'État, a été conduit à définir la légalité de l'intervention de l'opérateur public en lui attribuant une place complémentaire et non plus subsidiaire par rapport aux opérateurs privés dans le célèbre arrêt du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Le juge administratif suprême rappelle ainsi que toute intervention économique de la puissance publique est soumise au respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie (s'appliquant ici à un marché économique relevant de leur champ de compétence tout en poursuivant un intérêt public pouvant résulter notamment de la carence de l'initiative privée) et aussi soumise au respect du droit de la concurrence (les modalités de l'action publique ne devant pas fausser le libre jeu de la concurrence).

L'État régulateur ainsi que le droit qu'il produit doit être appréhendé à l'aide de nouveaux outils. Premièrement, le droit doit définir clairement les domaines d'intervention de l'État, en précisant ses prérogatives en ce qui concerne l'accès au marché, la structuration, le fonctionnement, ainsi que les devoirs de soutien et de préservation de la concurrence. Deuxièmement, le droit doit établir et contrôler les motifs qui justifieront les actions de l'État dans le cadre de la régulation économique. Troisièmement, le droit doit assurer la cohérence entre les objectifs poursuivis par l'État et les mesures concrètes mises en œuvre pour les atteindre. Cette approche est fondamentale pour garantir une régulation efficace et équilibrée des différents secteurs économiques.

Le droit de la régulation peut être exprimé comme une certaine intervention indirecte de l'État, car c'est une sorte de police administrative exercée par l'État sur des secteurs mis

sous surveillance (notamment dans des secteurs historiquement monopolistiques)¹⁰². On peut dire que le droit de la régulation constitue donc, comme un ensemble des techniques juridiques par lesquelles des défaillances de marché relevées sont remédiées. Autrement dit, si le fonctionnement naturel de l'offre et de la demande ne s'opère pas, alors une régulation peut se mettre en place, soit en amont de l'action publique économique (*ex ante*) soit en aval de cette action (*ex post*).

Le droit de la régulation est considéré comme la gestion des défaillances techniques des marchés. Ce droit apparaît ainsi comme un droit exemplaire car on retrouve un régulateur indépendant à la fois impartial et compétent sur le secteur dont il prend en charge le fonctionnement. Pourtant, aujourd'hui, ce droit montre ses limites.

Cette détérioration de ce droit est sans doute due à cause de la mondialisation, mais aussi parce que la conception classique du service public justifiait une organisation économique nationale qui engendre des rentes inévitables et la collusion, voire la corruption et les conflits d'intérêts¹⁰³. Pour pallier ces limites, émerge alors la notion de "compliance" appelée parfois aussi « conformité » en français qui se réfère à la capacité d'une entreprise d'agir en conformité avec la loi et avec ses règlements internes. Elle vise à détecter, à sanctionner, mais aussi à prévenir les infractions qui pourraient être commises au sein de l'entreprise.

Il est ainsi envisagé que le droit de la conformité remplace le droit de la réglementation. M.A. Frison Roche, considère le droit de la conformité comme « une nouvelle branche en cours de développement... Qui consiste à considérer qu'il est de la responsabilité des entreprises de démontrer en permanence et de manière proactive leur conformité au droit... On pourrait le définir comme l'obligation ou la volonté propre de certaines entreprises de réaliser des objectifs ambitieux qui dépassent la simple performance économique et financière ».

L'idée de ce droit de compliance juridique implique le respect de la règle qui ordonne ou réprime un comportement qui ne va pas obligatoirement à l'encontre des intérêts de la société. L'entreprise a donc « intérêt à se « conformer » au droit d'elle-même, et s'empêcher elle-même *ex ante* toute violation, ou à les sanctionner en son sein¹⁰⁴ ». Cette aptitude, à s'empêcher est le but de la compliance. Afin d'y parvenir, l'entreprise envisage d'établir des règles supplémentaires à celles énoncées dans les normes publiques, en incluant divers

¹⁰² A. Delion, *Notion de régulation et droit économique*, Annales de la régulation Volume 1, 2006, p.8.

¹⁰³ Loi Sapin 2, Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

¹⁰⁴ M.A Frison-Roche, « *Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance* », *Journal of Regulation & Compliance*, avril 2017.

documents internes tels que des chartes et des programmes. Cette initiative peut être perçue comme une stratégie de mise en place d'un "code de conduite" établi par les entreprises, nécessitant une certaine prévention et vigilance de la part de ceux qui la représentent qu'ils soient employés ou fournisseurs.

L'objectif est de déplacer un droit qui, dans le modèle traditionnel, n'est que rarement activé en réaction à une violation (*ex post*)¹⁰⁵ vers un contrôle préalable (*ex ante*) où l'entreprise assume activement sa conformité à un droit dont les prescriptions ne sont pas substantiellement modifiées".

Grâce à cette évolution, les deux parties sont satisfaites. D'une part, ce sont les entreprises qui prennent en charge les coûts ; d'autre part les autorités publiques s'assurent quant à elles que les règles adoptées sont efficaces dans leur mise œuvre concrète¹⁰⁶. Dans ce cas, on ne parle pas d'asymétrie d'information¹⁰⁷, car le droit de *compliance* met sur un pied d'égalité l'entreprise, grâce à l'introduction des procédures internes résultant du respect des obligations légales ou de l'application de principes de précaution pour éviter les infractions (*ex ante*). En d'autres termes, il n'est pas question de règle de non-prohibition (qui n'est pas illégale), mais l'objectif est d'éviter une sanction immédiate une fois l'acte commis. Par exemple, l'entente en soi n'est pas interdite, mais elle est punie une fois qu'il y a une utilisation abusive.

D'autre part, les entreprises peuvent également bénéficier de certains privilèges, particulièrement en s'engageant à faire respecter ce droit, afin de préserver leur relation avec les tiers et notamment pour combattre la corruption et le blanchiment d'argent.

Effectivement, bien que le contrôle de régulation *ex post* effectué par les autorités publiques allège la charge, cela diminue l'efficacité. Par conséquent, le droit de *compliance* permet à l'entreprise de surveiller *ex ante* la conformité de son comportement aux règles de la concurrence, ce qui a valu le soutien des autorités publiques. Les autorités françaises et européennes encouragent ce droit car il constitue une alternative pour renforcer l'application

¹⁰⁵ M.A Frison-Roche, « Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance », *Journal of Regulation & Compliance*, avril 2017.

¹⁰⁶ Le droit étant donc plus que jamais positif.

¹⁰⁷ Lorsqu'un secteur qui était auparavant dominé par un monopole s'ouvre à la concurrence, une asymétrie d'information se crée. Cette situation peut temporairement affecter les opérateurs historiques ainsi que les nouveaux venus qui cherchent à entrer sur le marché. Les marchés concurrentiels fonctionnent de manière optimale lorsque les opérateurs sont en relation symétrique, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de barrières structurelles qui les empêchent de développer leur pouvoir ou de participer pleinement au marché.

des règles. L'objectif est de garantir le respect des règles de la concurrence en interne en favorisant leur conformité.

Par conséquent, la participation des entreprises est devenue un élément clé de la concurrence, en plus de l'intervention étatique et des autorités publiques. Les entreprises sont désormais des acteurs du droit de la concurrence, grâce à des programmes de conformité qui ont pour mission de garantir la transparence et l'applicabilité du droit, tout en rendant l'entreprise plus proactive. Ces programmes veillent à ce que les objectifs soient atteints et contribuent à la prévention des ententes et des abus de positions dominantes. L'objectif principal des programmes de conformité est de renforcer l'efficacité du droit de la concurrence, en évitant la réalisation de pratiques illégales. En outre, ils visent à renforcer l'ambition du droit de la concurrence, en incluant des mesures de conformité liées au pouvoir et à la volonté des entreprises, à la lutte contre la corruption et au changement climatique.

Dans le but de souligner l'importance d'un programme de conformité en matière de concurrence et de respect des lois, l'Autorité de la concurrence publie un ensemble de principes directeurs dix ans après la publication de son document-cadre du 10 février 2012. Le but de ces principes est de promouvoir l'efficacité de ces programmes¹⁰⁸.

La politique de la Commission européenne reste inchangée, comme indiqué dans sa Communication *Compliance Matters* en date du 8 février 2013. Elle encourage les entreprises à adopter une attitude concurrentielle plutôt que de sanctionner les violations. Dans ce cadre, le programme de compliance comprend des mécanismes de signalement, qui sont protégés en vertu de la Directive européenne du 12 octobre 2019¹⁰⁹.

La régulation étatique de la concurrence : le modèle tunisien.

Le phénomène de mondialisation a profondément affecté le rôle traditionnel de l'État. Le modèle d'État providence, dans lequel l'État joue un rôle prépondérant dans les affaires économiques et sociales, a été remis en question. La mondialisation a engendré une demande croissante de sécurité, de solidarité et de décentralisation, en raison des effets déstabilisateurs

¹⁰⁸ Autorité de la concurrence, Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/202205/Conformite_nouveau%20doc-cadre%20ADLC.pdf

¹⁰⁹ M. A. Frison-Roche, *Programme de mise en conformité (Compliance)*, *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. n° 12345.

qu'elle a engendrés. Pour s'adapter à cette nouvelle réalité, de nombreux États, dont la Tunisie, ont cherché à se repositionner en adoptant un nouveau modèle : celui de l'État régulateur¹¹⁰.

En Tunisie, d'importants changements ont été opérés dans le domaine économique et social. L'État n'est plus le seul acteur intervenant dans tous les secteurs. Un programme de redressement économique et social a été mis en place en 1986, marquant un abandon progressif des politiques dirigistes au profit d'un modèle plus libéral. Cette transformation a touché de nombreux secteurs d'activité, notamment le secteur financier, le secteur économique (transport, énergie), le secteur social (santé) et la réglementation des investissements¹¹¹, avec la suppression de certaines contraintes administratives et réglementaires. L'objectif était de favoriser la compétitivité et l'efficacité économique tout en laissant davantage de place à l'initiative privée.

Le programme d'ajustement structurel, bien qu'important, n'est pas le seul élément qui a influencé le changement du rôle de l'État. Les accords économiques conclus avec divers partenaires, notamment l'Accord de libre-échange complet et approfondi (ALECA), ont également joué un rôle majeur dans cette évolution. De plus, la crise financière et économique mondiale survenue en 2008 a agi comme un catalyseur, exacerbant les tensions et les défis auxquels l'État tunisien a dû faire face. Cette conjoncture de crise a suscité des interrogations sur la pertinence et l'efficacité du modèle d'intervention de l'État.

Face à ces défis, il est devenu nécessaire de repenser le rôle de l'État et de préciser le concept d'État régulateur tel que défini par le législateur tunisien. L'idée d'un État régulateur émerge comme une alternative face aux contraintes imposées par les changements économiques et aux nouvelles réalités du contexte mondial. L'État régulateur est appelé à exercer un contrôle stratégique sur les activités économiques, à établir un cadre normatif, et à favoriser un environnement favorable aux entreprises et à la concurrence. Cette redéfinition vise à optimiser les ressources disponibles, à stimuler le développement économique et social, et à renforcer l'efficacité de l'action publique dans un contexte de mondialisation et d'interdépendance des économies.

¹¹⁰ S. Dabbou-Ben Ayed, « L'Etat régulateur : les spécificités du cas tunisien », *Revue tunisienne d'administration publique (RTAP)*, CERA, Tunis, 2011, p.31.

¹¹¹ H. Alaya, *Les nouvelles règles du jeu économique en Tunisie*, centre de publication universitaire, 1999, p.561

À l'origine, le régulateur était un appareil permettant de proportionner le débit de la machine à vapeur en régularisant sa vitesse. Ce régulateur¹¹² « centrifuge faisait la police de la machine » c'est-à-dire qu'il maintenait l'ordre et le bon fonctionnement de la machine comme la police le fait de la société »¹¹³. On se demande alors si cette définition de l'État régulateur peut s'appliquer à l'État tunisien.

L'État tunisien a cherché à modifier sa vision de l'État et d'abandonner cette notion d'interventionnisme étatique en encourageant l'initiative privée. L'État ne détiendra plus le monopole sur certaines activités. Ceci montre la volonté de l'État de gouverner autrement. On le voit aussi dans le cas de l'obligation et le respect des procédures d'appel d'offres. Cette nouvelle conception donne l'opportunité à d'autres acteurs/ investisseurs la distribution des concessions, sachant qu'elle était réservée et attribuée *intuitu personae*.

Le changement vers un État régulateur implique que l'État abandonne une partie de son rôle traditionnel et facilite l'accès au marché à d'autres acteurs, notamment des opérateurs privés, dans le cadre de conditions de transparence et d'égalité. Ce processus de désengagement de l'État dans certains secteurs, comme les télécommunications, permet à des opérateurs privés d'intervenir et de participer à la dynamisation de ces marchés.

Une autre manifestation de cette volonté de transition vers un État régulateur est la préférence donnée par l'État pour un régime de déclaration plutôt qu'un régime d'autorisation. Cela se matérialise par la mise en place de procédures simples, telles que la conclusion et la signature de cahiers des charges, qui facilitent les démarches administratives. Cette simplification des processus administratifs se traduit par une plus grande accessibilité de l'administration grâce à l'instauration de guichets uniques.

Par ailleurs, on observe une tendance à la déconcentration de la gestion des affaires publiques économiques et sociales, marquée par une décentralisation de certaines compétences. De nouveaux organismes ont ainsi vu le jour, tels que les conseils ruraux, les comités de quartier et les conseils locaux de développement. Ces instances visent à rapprocher l'administration des citoyens en les consultant sur les décisions économiques et sociales qui les concernent. Cette démarche participative permet d'impliquer davantage les acteurs locaux dans la prise de

¹¹² Créée par J. Watt, le régulateur a été installé sur toutes les locomotives.

¹¹³ S. Dabbou-Ben Ayed, "L'État régulateur : les spécificités du cas tunisien" *Revue tunisienne d'administration publique (RTAP)*, CERA, Tunis, 2011, p. 31.

décisions, favorisant ainsi une approche plus inclusive et adaptée aux spécificités des différentes régions.¹¹⁴.

Mais l'État reste toutefois présent et régule le marché mais a adapté d'autres moyens de contrôle. Mis à part les moyens classiques découlant du pouvoir hiérarchique et les contrôle de tutelle, est créé le recours à l'audit¹¹⁵. L'État pourra contrôler l'agissement de certaines entreprises publiques comme privées. Ces procédés attestent la volonté de l'État d'assurer le bon fonctionnement des marchés.

Ainsi, ce nouveau modèle d'organisation étatique fait appel à des nouvelles institutions dont les modalités d'action s'opposent au monopole jusque-là dominant de la régulation étatique. Désormais, d'autres institutions partagent cette fonction de régulation.

Ces autorités de régulation ont acquis peu à peu des compétences en matière de prise décision, de contrôle et de sanction.

Les autorités tunisiennes de régulation ont été créées en 1991 tel le conseil de concurrence, qui est l'organe chargé de veiller au respect des règles de la libre concurrence et la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles¹¹⁶.

Le passage vers un modèle de régulation appelle la création d'autres autorités pour prendre en charge d'autres activités. Sont ainsi créés, par la loi N° 94-117 du 14 Novembre 1994 portant sur la réorganisation du marché financier, le conseil du marché financier puis la commission bancaire, deux autorités de régulation des établissements publics ou privés intervenant dans ces domaines sensibles.

Le Conseil du Marché Financier a pour mission de garantir la sécurité des investissements sur les marchés et les titres financiers, tout en assurant une surveillance constante de la Bourse des valeurs mobilières, des intermédiaires et des sociétés en dépôt.¹¹⁷

¹¹⁴ S. Dabbou-Ben Ayed, "L'Etat régulateur : les spécificités du cas tunisien" *Revue tunisienne d'administration publique (RTAP)*, CERA, Tunis, 2011, pp. 31-53.

¹¹⁵ Décret n 2002-2197 du 7 octobre 2002 relatif aux modalités d'exercice de la tutelle sur les entreprises publiques à l'approbation de leurs actes de gestion a la représentation des participants publics dans leurs organes de gestion et de délibération et a la fixation des obligations mises à leur charge.

¹¹⁶ L. Chaalali « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes" *La régulation Tunis* », *Revue tunisienne d'administration publique (RTAP)*, CERA, Tunis, 2019, pp.332-335.

¹¹⁷ Article 23 de la loi n 94-117 du 14 novembre 1994.

(...) tandis que la Commission bancaire est compétente pour prononcer des sanctions¹¹⁸ importantes¹¹⁹ ».

Avec la démonopolisation du secteur de télécommunications l'instance nationale de télécommunications a été créée. Elle est chargée de diverses missions et à d'importants rôles en matière d'investigation et d'enquête pour tous les litiges relatifs à l'installation et l'exploitation des réseaux.

Il y a enfin l'instance nationale de production des données à caractère personnel et l'agence nationale de la sécurité informatique qui ont un rôle important dans la sécurité des systèmes d'information.

Ces éléments sont la preuve d'un État qui intervient différemment au modèle traditionnel et agit en collaboration avec d'autres acteurs avec des réels pouvoirs par exemple le pouvoir de sanction ou de décision.

Mais l'État tunisien a adopté un autre instrument institutionnel d'interventionnisme économique avec la création de structures spécifiques : les agences.

D'origine américaine et largement répliquée en Europe du Nord, les agences apparaissent en principe comme la préfiguration d'une administration nouvelle émancipée du carcan bureaucratique. Elles constituent un nouveau modèle de gestion qui vise l'amélioration des performances administratives. Les agences sont considérées comme la condition et la garantie de l'efficacité de la gestion publique. On assiste en Tunisie ces dernières décennies à la multiplication d'agences intervenant sur différents secteurs : Agence des ports et des installations de pêche¹²⁰, Agence tunisienne de solidarité¹²¹, Agence nationale de protection de l'environnement¹²²...

Certes, le gouvernement tunisien semble avoir renoncé aux modèles traditionnels d'intervention étatique en matière économique et sociale. Mais cela ne constitue qu'une apparence, car l'État tunisien continue de jouer un rôle crucial et les modifications apportées

¹¹⁸ Article 27 alinéa 5 et 7 de la loi n 94-25 du 7 février 1994.

¹¹⁹ S. Dabbou-Ben Ayed, « L'État régulateur : les spécificités du cas tunisien », *Revue tunisienne d'administration publique (RTAP)*, CERA, Tunis, 2011, pp.31-53.

¹²⁰ Loi 92-32 du 7 avril 1992 portant création de l'agence et des installations de pêche.

¹²¹ Décret n 2006-1996 du 17 juillet 2006 relatif à l'organisation administrative et financière et aux modalités de fonctionnement de l'agence tunisienne de solidarité.

¹²² Loi n 92-115 du 30 novembre 1992 modifiant la loi n 88-91 du 2 août 1988 portant création d'une agence nationale de protection de l'environnement.

sont purement superficielles. En effet, cette situation s'explique principalement par deux raisons. Premièrement, l'État a tendance à maintenir ses anciennes habitudes centralisatrices. Deuxièmement, son intervention et son implication dans divers domaines, notamment économiques et sociaux, contribuent à forger l'image d'un État omniprésent, tout-puissant et protecteur, autrement dit, un État-Providence.

Les habitudes de l'État restent inchangées et les mutations sont très superficielles. On pourra qualifier cela comme étant « une manifestation différente de la présence de l'État ¹²³».

L'État tunisien conserve toujours un droit de regard sur les domaines économiques et sociaux en établissant un mode d'action organisé. On peut citer, par exemple, le système de contrats d'adhésion pour des partenariats superficiels ou la mainmise de l'autorité délégataire sur le marché. Ces exemples représentent une signature distincte de l'État tunisien¹²⁴. Parfois la puissance publique impose des clauses type aux parties à un contrat au point où la doctrine le qualifie de « contrat à effet réglementaire ¹²⁵». Elle peut aussi intervenir pour un contrôle de gestion par exemple pour les contrats de programme où les entreprises ne retrouvent leur autonomie que sur le plan commercial et financier¹²⁶.

L'État demeure non seulement présent à travers les modes d'action, mais maintient également son modèle classique de contrôle qui demeure à la fois onéreux et contraignant, et parfois complexe et diversifié. Malgré la création de nouvelles organisations, de nombreuses incertitudes surgissent quant à leur réelle indépendance et efficacité. L'État utilise souvent des agences, qui sont des organisations publiques, pour intervenir dans différents domaines, grâce à des statuts spécifiques comme les EPA (établissements publics administratifs) ou les EPIC (les établissements publics industriels et commerciaux).

Cela s'applique autant les autorités de régulation, qui relèvent à l'autorité des pouvoirs publics. Ces entités ne jouissent pas d'une véritable autonomie. Leur indépendance est relative et bien qu'elles soient dégagées de la structure hiérarchique traditionnelle, elles ne jouissent

¹²³ S. Dabbou-Ben Ayed, « L'État régulateur : les spécificités du cas tunisien », *Revue tunisienne d'administration publique (RTAP)*, 2019, CERA, Tunis, pp.31-53.

¹²⁴ Par exemple dans le secteur d'électricité le décret 2002-1318 du 3 juin 2002, JORT 7 juin 2002 précise que *l'électricité produite ne pourra être vendue qu'à la société nationale STEG chargée de la redistribuer.*

¹²⁵ M. Jenayah, « contrats publics et hiérarchie des normes en droit tunisien » *Globalisation et contrats public au Maghreb*, Centre de Publication Universitaire (CPU), Tunis, 2010, pp. 83-97.

¹²⁶ H. Ben Salah, « les entreprises publiques et la contractualisation » in H. Ben Salah et A. Aouij Mrad (dir.), *le droit des entreprises publiques*, Association de droit administrative, Actes de colloque de 2005, Tunis, p.141.

pas d'une liberté d'action totale. De plus, la plupart de ces organismes reçoivent des subventions de l'État, et dans certains cas, leur budget est lié à celui de l'État.¹²⁷ Par exemple, l'instance de protection des données à caractère personnel voit son budget rattaché à celui des droits de l'homme.

Actuellement, la Tunisie traverse une grave crise économique, sociale et financière. Cette crise est véritablement existentielle car elle touche aussi bien l'État et les entreprises que les citoyens. Elle est causée par l'endettement excessif et la désorganisation générale de la vie quotidienne des citoyens depuis la révolution de 2011. Ainsi, malgré les mesures progressistes de la nouvelle Constitution de 2014 qui apparaît comme un modèle comparé aux autres constitutions arabes, on ne peut s'empêcher de constater que le terme "économie" ne figure pas dans ses dispositions ni d'ailleurs dans son préambule¹²⁸. La même lacune de la part du constituant se retrouve dans la Constitution de 2022 où l'objectif recherché semble purement politique celui de renforcer le pouvoir exécutif au détriment du pouvoir législatif.

De nos jours, le gouvernement tunisien est confronté à divers défis, notamment une structure complexe et difficilement accessible pour les citoyens. Les dysfonctionnements dans l'administration et les crises persistante depuis plusieurs années mettent en évidence la nécessité d'un réajustement du rôle de l'État. Face à la mondialisation et les évolutions, de nouvelles attentes se manifestent à l'égard de l'État. Cela incite les acteurs économiques à élaborer des solutions pratiques pour remédier aux lacunes du système politique, améliorer la gouvernance, renforcer l'efficacité économique de l'État et mettre en œuvre les réformes requises. Il est crucial de réexaminer le mode de fonctionnement de l'État afin qu'il puisse plus efficacement satisfaire les besoins et les désirs des citoyens, tout en favorisant le développement et le progrès du pays.

Ainsi, les attentes envers l'État tunisien sont multiples. Les citoyens et les entreprises souhaitent que l'État joue un rôle de planificateur stratégique pour l'avenir, en réduisant les incertitudes et en anticipant les défis à venir. Cependant, la ressource publique est limitée, et la

¹²⁷ Article 13 du décret n 2003-922 du 21 avril 2003 fixant l'organisation administrative et financière et les modalités de fonctionnement de l'instance nationale des télécommunications.

¹²⁸ R. Ben Achour, « La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Revue française de droit constitutionnel*, numéros 100, volume 4, 2014, pp 783-801.

Tunisie fait face à des enjeux importants tels que l'amélioration de la chaîne de valeur, la transformation numérique et la concurrence internationale encouragée par les stratégies industrielles d'autres pays.

Dans ce contexte, il est essentiel que l'État se positionne en tant qu'acteur réactif, capable de repérer les opportunités, d'identifier les secteurs porteurs pour l'avenir et de tisser des partenariats solides. Pour remplir efficacement ces missions, l'État doit jouer un rôle de surveillance, d'intelligence économique, d'évaluation et de prospective. Il doit également coordonner les initiatives privées afin de stimuler le développement économique du pays. Un autre aspect important de l'État régulateur est sa capacité à être un arbitre impartial, en établissant des règles équitables pour tous les acteurs économiques. Il doit également assurer la mise en œuvre de ces règles et sanctionner les éventuels manquements pour garantir un environnement concurrentiel sain.

Dans ce cadre, l'accroissement de l'impact du droit européen sur la législation tunisienne illustre l'un des défis majeurs auxquels l'État doit faire front. Il est nécessaire de s'adapter et d'harmoniser les règles et les normes avec celles de l'Union européenne pour faciliter les échanges commerciaux et renforcer les partenariats internationaux.

En somme, la Tunisie a besoin d'un État fort, réactif et régulateur pour faire face aux défis économiques actuels et à venir. En opérant comme un stratège, un régulateur et un médiateur, l'État peut efficacement aider à améliorer l'économie nationale et à faire progresser le pays, surtout dans un contexte de compétition mondiale.

La sélection des systèmes juridiques français et tunisien repose principalement sur l'impact significatif exercé par la France depuis l'époque du protectorat, établissant ainsi un lien historique marquant. De plus, ces deux nations partagent un intérêt commun pour l'extension de leur influence dans les activités économiques à l'échelle mondiale. En outre, ils présentent des similitudes dans leur structure juridique et institutionnelle. Leur assujettissement à la réglementation du droit européen, en particulier dans le domaine du droit de la concurrence, contribue à renforcer leur alignement en matière législative et réglementaire.

Toutefois, l'objectif central de cette étude ne se résume pas à comparer simplement les similarités et les convergences entre les deux systèmes juridiques. En effet, notre démarche de recherche vise à élaborer des solutions juridiques appropriées pour aborder les enjeux relatifs

à l'intervention étatique dans l'économie. Par conséquent, une approche plus holistique, qui englobe l'examen du modèle français dans son contexte politique et économique, s'avère indispensable pour entreprendre des réformes législatives et institutionnelles en Tunisie. Les expériences riches et variées du droit français sur les plans politique et économique peuvent contribuer à remodeler le modèle économique tunisien, en l'adaptant à l'ouverture globale de la mondialisation et à la consolidation des principes de l'État de droit.

Alors que les législations économiques tunisiennes sont influencées par les orientations politiques de l'Union européenne, l'approche comparative que nous adoptons offre une perspective à deux dimensions. D'une part, l'analyse approfondie du système économique européen, notamment en France, apportera une perspective globale qui pourra enrichir les initiatives de réforme en Tunisie. D'autre part, la France pourrait envisager d'adopter certains dispositifs spécifiques présents dans les modèles juridiques tunisiens. Même si l'échange d'idées et d'expériences ne garantit pas systématiquement une solution optimale, il permettra néanmoins d'identifier des approches mieux adaptées aux contextes socio-économiques respectifs des deux pays. Une démarche similaire à celle envisagée dans le premier accord international du GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*)¹²⁹ signé le 30 octobre 1947, qui visait à promouvoir l'ouverture des activités économiques à la compétition internationale. La Tunisie est devenue membre du GATT le 29 août 1990 et a ensuite rejoint l'Organisation mondiale du commerce (OMC) le 29 mars 1995, suite à l'accord de Marrakech du 14 avril 1994 qui a établi l'OMC.

En France, "l'adoption de l'ouverture à la concurrence et à l'économie de marché s'est présentée comme une décision politique nationale spontanée, marquée par la réforme des monopoles publics¹³⁰». En Tunisie, au contraire, le processus de libéralisation a été instauré sous la pression des principales institutions financières internationales, celles-ci étant les principaux soutiens d'une économie en difficulté. La Tunisie s'est vue contrainte d'adopter certaines directives pour s'ajuster aux impératifs de compétitivité sur les marchés mondiaux, ce qui a engendré l'instauration de mécanismes plus souples et transparents. L'analyse du cas tunisien s'avère particulièrement intrigante, mettant en lumière l'influence juridique subie par certains pays dans leur cadre économique et normatif au moment de préparer leur association ou leur adhésion à l'Union européenne. Cette évolution peut être observée à travers l'analyse

¹²⁹ L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

¹³⁰ A. Njehi, *op cit*, p.35.

du cadre juridique (**Partie I**) et du cadre institutionnel et opérationnel de la régulation de la concurrence (**Partie II**).

Partie 1. Le cadre juridique de la régulation de la concurrence.

L'étude du droit économique, en particulier en ce qui concerne la concurrence, nous plonge dans un panorama complexe où les frontières nationales s'effacent devant les impératifs d'harmonisation et d'interaction internationale. Les chapitres à venir de cette analyse approfondie se consacreront à deux aspects cruciaux : l'influence directe du droit européen de la concurrence sur les ordres juridiques tunisien et français, ainsi que l'examen comparatif des modalités d'intervention de l'État dans le droit économique.

Lorsque l'on explore les méandres du droit économique, deux axes d'analyse captivants se dessinent, formant la trame de notre étude approfondie. Le premier fil conducteur de notre enquête se dévoile à travers le prisme de l'influence directe du droit européen de la concurrence sur les ordres juridiques tunisien et français. Comment les normes émanant de l'Union européenne ont-elles imprégné et modifié les fondements de ces systèmes nationaux ? Cette question complexe constituera le cœur du premier volet de notre exploration (**Chapitre 1**).

Le second volet de notre étude, tout aussi intrigant, porte sur les modalités d'intervention de l'État dans le droit économique. En nous penchant sur les pratiques de la France et de la Tunisie, nous cherchons à dénouer les fils de l'action gouvernementale dans le tissu économique. Quelles stratégies, quelles régulations et quels instruments sont mobilisés par l'État pour façonner l'économie, et comment ces approches se comparent-elles entre ces deux nations aux contextes culturels et économiques distincts ? (**Chapitre 2**)

À travers ces chapitres, notre exploration vise à dévoiler les dynamiques subtiles et les interactions complexes qui sous-tendent ces deux facettes essentielles du droit économique, éclairant ainsi les connexions entre l'Union européenne, la Tunisie, et la France dans le contexte de la concurrence et de l'intervention étatique.

Chapitre 1. L'influence du droit européen de la concurrence sur le droit tunisien et le droit français.

La législation tunisienne sont principalement façonnées par les exigences de ses bailleurs de fonds et les règles du droit économique international, et prend en compte une influence du droit européen en raison de ses liens économiques avec l'Union européenne (**section 1**). Quant à la législation française, elle semble davantage soumise au droit européen de la concurrence en tant qu'État membre de l'UE (**section 2**).

Section 1- Une législation nationale sur la concurrence sous influence internationale : le cas tunisien.

En Tunisie, la décision d'introduire le droit de la concurrence n'est pas principalement motivée par une influence européenne. En réalité, les incitations à adopter cette législation proviennent principalement d'organisations internationales comme le FMI et la Banque mondiale, ainsi que d'organismes régionaux comme l'OPEP et la Ligue arabe. Ces incitations sont souvent liées à un soutien financier pour accompagner les réformes économiques du pays.

Cependant, il est important de noter que l'influence européenne se traduit par le choix du modèle européen plutôt que du modèle anglo-saxon pour structurer le droit de la concurrence en Tunisie. Même si l'influence européenne n'a pas été la principale raison de l'adoption des lois antitrust, elle a néanmoins eu un impact sur les lois et les concepts mis en œuvre dans le droit tunisien de la concurrence. Ainsi, l'adoption du droit de la concurrence en Tunisie s'est effectuée en s'appuyant sur des références européennes, ce qui a contribué à façonner le modèle choisi pour réguler les pratiques concurrentielles dans le pays.

§1 – Une élaboration du droit de la concurrence sous influence économique interne.

La Tunisie a élaboré sa législation sur la concurrence sans être guidée par les normes européennes. L'adoption de ces lois découle, dans un premier temps, de l'engagement pris envers la Banque mondiale lors de la mise en œuvre des réformes économiques dans les années 1980 (I). Par la suite, cet engagement a été renforcé par une demande locale croissante en faveur d'une réglementation sur la concurrence (II).

I-Une décision favorisée par le contexte de réformes économiques.

Pour appréhender les origines de l'adoption de la législation antitrust en Tunisie, il est primordial de revenir tout d'abord sur la nature des réformes économiques entreprises (A). Par la suite, il sera possible de mettre en lumière la connexion entre ces réformes et la possible instauration d'une législation relative à la concurrence (B).

A-La mise en place de différentes réformes économiques.

Dans les années 1980, l'économie tunisienne fonctionnait selon un modèle économique similaire à une économie planifiée, marqué par un interventionnisme prononcé c'est la régulation des prix et des marchés d'échanges de biens et de services. Cette approche comprenait un monopole étatique, des contrôles stricts sur les investissements étrangers et les échanges économiques.¹³¹

Cependant, cette structure économique a engendré de nombreuses difficultés, conduisant à une sévère crise et à des enjeux structurels majeurs. Face à ces défis, la Tunisie, ainsi que d'autres pays arabe du Sud de la méditerrané (PASM), ont demandé un soutien financier et la restructuration de leur dette auprès du FMI et de la Banque mondiale.

Les demandes d'aide financière ont été acceptées sous certaines conditions, notamment la mise en œuvre de profondes réformes économiques, généralement sous forme de programmes d'ajustement structurel. Ces programmes impliquaient la nécessité de libéraliser les prix et les échanges, ainsi que de privatiser les entreprises publiques. Le processus de réformes a été amorcé en premier lieu par le Maroc en 1983, sous un contrôle et examen du FMI et de la Banque mondiale. Par la suite, la Tunisie a emboîté le pas en introduisant des réformes similaires à partir de 1986. Ces mesures ont représenté un tournant majeur dans l'orientation économique du pays, évoluant d'une économie sous planification vers une économie davantage ouverte et tournée vers le marché.

L'objectif de la réforme économique, dans le cadre des programmes d'ajustement structurel, visait principalement à réaliser plusieurs changements importants. En premier lieu, il y avait la privatisation et la fin de certains monopoles publics. Chaque pays du PASM a mis en place un cadre législatif pour organiser ces opérations. En Tunisie, la loi numéro 89-9 du 1er février 1989 relative aux participations, entreprises et établissements publics a établi le

¹³¹ Le pays sort d'une période du protectorat, après la guerre et il faut une reconstruction de l'État.

cadre réglementaire du programme de privatisation. Ce programme a conduit à plus de 94 opérations de privatisation entre 1988 et 2008, reflétant ainsi une évolution graduelle de l'État vers une ouverture des marchés, à la fois au niveau national et international, en retirant progressivement son intervention ¹³².

En deuxième lieu, il y avait la libéralisation des prix, un engagement significatif pris par la Tunisie. Cette dernière, s'est engagé à la libéralisation de l'ensemble des produits en 1991, à l'exception de quelques rares produits de base qui ont continué à bénéficier de protections tarifaires¹³³. De plus, la libéralisation des importations était un autre aspect de la réforme économique. Le gouvernement tunisien s'était engagé dès 1987 à supprimer toutes les restrictions quantitatives à l'importation avant la fin de 1990, sauf pour un nombre limité d'industries naissantes qui pourraient bénéficier d'une protection temporaire dans des circonstances exceptionnelles. Au niveau des restrictions tarifaires, un taux de protection uniforme d'environ 25% a été mis en place dans le cadre du Programme d'Ajustement Structurel¹³⁴.

En troisième lieu, un aspect majeur était la libéralisation de l'investissement. Cela s'est concrétisé par l'adoption d'une nouvelle loi sur les investissements en 1987. Cette réforme visait à éliminer les licences et les contrôles préalables liés aux investissements. La nouvelle loi visait à appliquer une approche uniforme et non discriminatoire lors de l'évaluation des projets d'investissement dans tous les secteurs¹³⁵. Le but fondamental de ces réformes était de renforcer l'efficacité des entreprises nationales en les exposant davantage à la concurrence internationale et de réduire l'influence de l'État dans les affaires économiques.

Le désengagement de l'État en Tunisie, qui visait à réduire son rôle et à libéraliser l'économie, est en grande partie lié à la détérioration des finances publiques du pays, surtout depuis le milieu des années 1980. À cette époque, l'État tunisien faisait face à des déficits

¹³² L'Égypte a mis en œuvre une approche progressive de la libéralisation des prix dans certains secteurs, notamment dans l'énergie et l'agriculture. Cela signifie que l'Égypte a adopté une approche graduelle dans le processus de libéralisation des prix, plutôt que d'opérer des changements brusques. Dans ces secteurs spécifiques, les prix ont été progressivement ajustés pour refléter davantage les mécanismes du marché, permettant ainsi une plus grande implication du secteur privé et une réduction de l'intervention de l'État dans la fixation des prix.

¹³³ « *To pose out all quantitative restrictions an import before the end of 1990 except for a limited number of infant industries which might receive quantitative protection not exceeding three years in exceptional circumstances* ». I. Lianos, *Competition Law: Analysis, Cases, & Materials*, Oxford, 2020, p.45.

¹³⁴ World Bank, Tunisia- Agricultural sector Adjustment Project, *op.cit.*, p.12.

¹³⁵ World Bank, Tunisia- Agricultural sector Adjustment Project, *op.cit.*, p.24.

structurels persistants dans le secteur public, ce qui exerçait une pression financière considérable sur le budget de l'État.

En 1986, la situation de l'insolvabilité de l'État était devenue préoccupante, poussant la Tunisie à conclure des accords de prêts avec le FMI dans le cadre du réajustement structurel de son économie. Pour faire face à la crise financière, le gouvernement tunisien a été contraint de faire appel aux facilités proposées par le FMI et de solliciter des prêts de la Banque mondiale. Cette situation de dépendance envers les institutions financières internationales a limité la marge de manœuvre de l'État dans la prise de décisions économiques et a favorisé un désengagement progressif¹³⁶.

En outre, les conditions politiques et économiques de cette période ne favorisaient pas des négociations autonomes¹³⁷. Le régime était affaibli par des conflits internes, des émeutes populaires et une crise syndicale, ce qui rendait difficile pour le gouvernement de négocier avec une position de force. Par conséquent, le désengagement de l'État semblait plus être un choix imposé par les circonstances plutôt qu'un choix négocié basé sur des justifications rationnelles.

Dans l'ensemble, les difficultés financières et les pressions internationales ont conduit la Tunisie à réduire progressivement son rôle économique et à entreprendre des réformes de libéralisation, avec pour objectif de rétablir l'équilibre économique et de stimuler la croissance.

Lors de la présentation de son plan de redressement économique à la Chambre des députés, le gouvernement dirigé par Mohamed MZALI (1980-1986) a principalement mis l'accent sur un retrait et un désengagement, particulièrement sur les plans économique et financier¹³⁸ ». L'accroissement des dépenses publiques et la diminution des recettes représentaient une contrainte forte sur le budget de l'État.

Cependant, aucun fondement idéologique ou politique n'a été présenté pour justifier ce choix. Le désengagement n'a pas été provoqué par un changement politique majeur ou un renversement de majorité au sein du gouvernement. Il a été contraint par « des entités internationales, mais les autorités publiques n'ont pas été en mesure de le présenter comme

¹³⁶ M. Midoun, « La privatisation des entreprises publiques : le cas de la Tunisie », *Vues Économiques*, 1993, p. 56.

¹³⁷ I. Harik, « Privatisation et développement en Tunisie », *Machrek-Maghreb*, 1990, p. 5.

¹³⁸ A.Njehi, *op cit*, p.73.

tel »¹³⁹. Le retrait d'intervention étatique a été « l'une des pierres angulaires du plan d'ajustement structurel mis en place en Tunisie en 1986 »¹⁴⁰. Malgré une apparence de négociation, il a en réalité été imposé, marquant ainsi l'entrée de la Tunisie sous l'influence des institutions de Bretton Woods,¹⁴¹ largement prépondérées par les pays de l'OCDE, notamment les États-Unis.

Le plan d'ajustement structurel a entraîné des réformes qui ont transformé le modèle économique tunisien passant d'une économie administrée où le secteur public occupait une position dominante, à une économie de marché axée sur le secteur privé et ouverte à l'international¹⁴². Cette adaptation a conduit au déclin de l'interventionnisme de l'État en réorganisant toute corrélation entre le gouvernement et l'économie. Dans ce contexte, le secteur public a vu son rôle dans l'économie se réduire progressivement, allant même jusqu'à déléguer la gestion de certaines activités économiques au secteur privé. Le PAS¹⁴³ englobe un ensemble d'actions et de mesures structurelles visant à établir des relations économiques et sociales qui s'adaptent au système de l'économie mondiale.

Ces mesures ont pour objectif de réduire les déficits publics et la dette extérieure en diminuant les subventions accordées aux entreprises, ce qui permettrait d'atteindre un équilibre budgétaire. Dans cette perspective, des actions telles que la diminution des dépenses publiques, la libéralisation des échanges internationaux et l'incitation de la compétitivité de l'économie nationale ont également été mises en œuvre.

D'après Jurgen HABERMAS, le PAS implique « une transition significative de l'économie orientée vers la demande vers une économie orientée vers l'offre. Cette évolution engendre des changements majeurs, notamment le démantèlement de l'État social en tant que résultat direct d'une politique économique qui privilégie l'offre. Cette approche s'attache à déréguler les marchés, à réduire les subventions gouvernementales, et à encourager un environnement propice à l'investissement. Dans ce contexte, une lutte contre l'inflation est

¹³⁹ A. Aouij Mrad, « Le champ d'application de la restructuration des entreprises publiques », *Actes de colloque La restructuration des entreprises publiques, op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁰ A.Njehi, *op. cit.*, p.73.

¹⁴¹ Accord organisant le système monétaire mondiale.

¹⁴² F. Moussa, « Le plan de mise à niveau de l'administration en Tunisie, un agenda 21 pour l'administration », *op. cit.*, p. 732.

¹⁴³ Programme d'ajustement structurel (PAS).

entreprise, les impôts directs sont diminués, et la privatisation des entreprises publiques est encouragée, tout en prenant en compte d'autres mesures analogues »¹⁴⁴.

Ce programme avait pour essence deux objectifs primordiaux. Au niveau macro-économique, il avait pour but de corriger les déséquilibres majeurs tels que le déficit public et celui de la balance des paiements en réduisant la demande globale. Parallèlement, au niveau structurel, il cherchait à renforcer les mécanismes du marché en remettant en question le rôle prépondérant de l'État. Cette orientation s'est traduite par la libéralisation des échanges commerciaux, tant nationaux qu'étrangers, ainsi que par l'ouverture à l'investissement étranger. Cela s'accompagne également des ajustements de prix qui ont été apportés au système bancaire. Les effets de « ce programme ont été tangibles, notamment dans la réduction des dépenses budgétaires, qui sont passées de 37,3 % du PIB en 1986 à 29,9 % en 1993 »¹⁴⁵.

Dans un premier temps, en ce qui concerne la libéralisation des prix, la Banque mondiale a mis en exergue les avancées significatives enregistrées dans la diminution des contrôles exercés sur les prix de production et de distribution, aussi bien dans le secteur agricole que manufacturier. Vers la fin de l'année 1994, « seulement 13 % des prix agricoles et industriels étaient encore réglementés au niveau de la production, et 30 % au niveau de la distribution »¹⁴⁶.

Suite à cela, cette initiative a favorisé la libéralisation des échanges en instaurant la convertibilité courante de la monnaie tunisienne, le dinar tunisien, en janvier 1993, « ce qui a permis les transferts de paiements à l'étranger et a stimulé la privatisation »¹⁴⁷. Une loi additionnelle visant à promouvoir les investissements a été entérinée par la Chambre des Députés le 21 décembre 1993.

Enfin, le programme a permis de maîtriser la masse salariale en réduisant le salaire minimum en termes réels, de 14 % en milieu urbain et de 10 % en milieu rural, entre 1986 et 1991. Cette orientation économique semble emprunter la trajectoire similaire à celle de la France, notamment en ce qui concerne la privatisation réalisée entre 1986 et 1993. Cette

¹⁴⁴ H. Jurgen, « *Après l'Etat nation. Une nouvelle constellation politique* », Paris, Fayard, 2000, p.29.

¹⁴⁵ Banque mondiale, « *Tunisie : Intégration mondial et développement durable. Choix stratégique pour le 21e siècle* ». Étude économique de la Banque mondiale, 1996, p. 10.

¹⁴⁶ Banque mondiale, « *Tunisie : Intégration mondial et développement durable. Choix stratégique pour le 21e siècle* ». Étude économique de la Banque mondiale, 1996, p. 78.

¹⁴⁷ Banque mondiale, « *Tunisie : Intégration mondial et développement durable. Choix stratégique pour le 21e siècle* ». Étude économique de la Banque mondiale, 1996, p. 64.

démarche visait à s'aligner sur les principes européens de libre circulation et de libre concurrence, ainsi que sur les critères de convergence budgétaire nécessaires pour adhérer à l'Union économique et monétaire (UEM). Cela a été institué par le traité de Maastricht en 1992 et confirmé par le traité d'Amsterdam en 1997.

Suite à ces changements, de nombreuses lois ont été promulguées et des modifications significatives ont été apportées. Par exemple, dans le secteur des investissements, deux principes clés ont été mis en avant. D'abord, la libéralisation des projets répétitifs en abolissant l'agrément préalable et les avantages accordés. Ensuite, l'octroi d'avantages spécifiques aux projets ayant un impact sur les exportations ou ceux situés dans les régions défavorisées.

La libéralisation économique a eu un impact sur certains monopoles publics, comme celui de l'office national de l'huile. Précédemment, cette entité possédait l'exclusivité sur divers aspects de l'industrie de l'huile. Elle avait pour charge l'acquisition des huiles d'olive à la source, leur exportation et l'importation des huiles végétales comestibles. De plus, il contrôlait la vente en gros sur le marché intérieur des huiles d'olive. Avec les réformes mises en place, l'office national de l'huile¹⁴⁸ a vu sa situation de monopole diminuer. Cela signifie qu'il a dû partager le marché avec d'autres acteurs, notamment des opérateurs privés. Désormais, l'industrie de l'huile¹⁴⁹ n'est plus soumise à un monopole absolu. En d'autres termes, d'autres entreprises privées peuvent désormais y entrer. Cette évolution a ouvert de nouvelles perspectives aux entreprises privées et a renforcé la concurrence sur le marché.

Concernant la Pharmacie Centrale de Tunisie, les changements opérés ont touché le monopole de production et de préparation des médicaments¹⁵⁰, bien que le monopole d'importation ait été maintenu. Après la suppression du monopole public sur la fabrication et la préparation des médicaments, diverses entreprises privées ont profité de l'occasion pour entrer dans l'industrie pharmaceutique à partir de 1989. Cela s'est produit aux côtés de la société anonyme SIPHAT¹⁵¹, dont l'État détient 99 % du capital, et qui assurait l'intérimaire de la Pharmacie Centrale.

¹⁴⁸ L'article 2 du décret-loi du 16 octobre 1970, portant réorganisation de l'ONH.

¹⁴⁹ Conseil de concurrence, affaire n 2/2001 du 19 décembre 2002-Office de l'huile.

¹⁵⁰ Loi n°90-105 du 26 novembre 1990 relative à la pharmacie centrale de Tunisie, JORT, 1990, p. 182.

¹⁵¹ La SIPHAT est une société anonyme créée en 1989 par une transformation de l'unité industrielle de la pharmacie centrale, faisant suite à la dissociation entre les activités industrielle et commerciale de cet établissement public.

Quant à la Société Tunisienne de l'Électricité et du Gaz (STEG)¹⁵², l'ouverture à la concurrence pour les acteurs privés s'est faite avec prudence. En 1997, en réaction à la revendication de privatisation dans le secteur des télécommunications et afin de se conformer aux avancées mondiales des nouvelles technologies de l'information, l'État a introduit le code des télécommunications. Ce code était en harmonie avec les normes de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La libéralisation des télécommunications avait pour objectif de favoriser l'arrivée d'entreprises privées sur le marché, instaurant ainsi un climat de concurrence. L'objectif était de stimuler la concurrence entre les opérateurs et de favoriser leur engagement dans ce secteur en respectant les principes et les règles de fonctionnement propres à l'économie de marché. En donnant la possibilité aux entreprises privées de participer à ce marché, on espérait améliorer l'efficacité, l'innovation et les services offerts aux consommateurs, tout en faisant évoluer le secteur vers une meilleure adaptation aux évolutions technologiques et aux demandes du marché.

Au cours des dernières années, la Tunisie a progressivement libéralisé plusieurs secteurs de son économie, notamment les télécommunications et le transport. Avant 2002, Tunisie Télécom détenait un monopole public sur tous les services de télécommunications. Néanmoins, à mesure que le secteur des télécommunications s'est ouvert progressivement, deux entreprises privées, Ooredoo (anciennement Tunisiana) et Orange, ont obtenu l'autorisation d'opérer sur le marché en offrant des services de téléphonie mobile.

De manière similaire, dans le domaine du transport aérien, l'émergence de deux compagnies aériennes privées a introduit une concurrence directe à la compagnie nationale Tunisair. Ces nouvelles entreprises ont vu le jour grâce à des opérations de fusion-acquisition, visant à augmenter la compétitivité et l'efficacité au sein de ce secteur. En parallèle, les aéroports de Monastir et d'Enfidha, qui étaient auparavant gérés uniquement par l'office public de l'aviation civile et des aéroports (OACA), ont maintenant ouvert leurs portes à une société étrangère, introduisant ainsi de la concurrence dans leur exploitation.

Cela dit, l'ouverture à la concurrence s'est également étendue au secteur du transport routier. À partir de 1989, les activités de transport de marchandises par voie routière ont été progressivement libéralisées, mettant ainsi un terme au monopole public qui prévalait auparavant. Ces mesures ont été prises dans le but de favoriser la concurrence, de stimuler les

¹⁵² Société Tunisienne de l'Électricité et du Gaz.

investissements privés et d'améliorer à la fois l'efficacité et la qualité des services offerts aux consommateurs. En mettant en place cette concurrence dans ces secteurs, la Tunisie aspire à encourager le développement économique tout en offrant davantage de choix aux citoyens et aux entreprises.

De plus, l'État a pris des mesures pour libéraliser le secteur audiovisuel, en permettant aux acteurs privés de devenir propriétaires de stations de radio ou de télévision. Cependant, contrairement à la France, le secteur postal en Tunisie demeure encore sous monopole public. La libéralisation de ce secteur pourrait être une mesure avantageuse pour l'économie tunisienne. En démantelant ce monopole, on pourrait créer davantage de richesses et d'emplois, tout en favorisant l'émergence de nouveaux acteurs dynamiques proposant des services de meilleure qualité.

En plus des facteurs internes et externes remettant en question l'interventionnisme de l'État, il y a d'autres facteurs importants à considérer. Ces deux pays étudiés connaissent une forme d'interventionnisme économique local, en plus de l'interventionnisme étatique plus traditionnel. Ces facteurs peuvent influencer la façon dont les politiques économiques sont mises en œuvre et sur les possibilités de libéralisation de certains secteurs.

B. Le soutien du droit de la concurrence aux différentes réformes économiques.

Les économies en période de transition ont été au centre d'une discussion concernant la pertinence d'instaurer un droit de la concurrence pour guider les réformes économiques en progression. Ce sujet a été l'objet de controverses théoriques entre deux camps : ceux qui soutiennent que le droit de la concurrence devrait jouer un rôle central dans les réformes, et ceux qui y sont réticents voire opposés.

De nombreux arguments soutiennent l'idée de mettre en place une législation sur la concurrence. Tout d'abord, l'absence d'une telle règle est considérée comme dangereuse dans certains cas. Par exemple, lorsqu'une autorité nationale privatise une entreprise publique en la vendant à un opérateur privé, il y a un risque que l'entreprise conserve sa position dominante sans être restructurée en plusieurs entités concurrentes. Cette situation peut entraîner la perte des économies d'échelle. C'est pour cette raison qu'un cadre juridique de la concurrence devient crucial dans cette situation, car il facilitera une restructuration logique de l'entreprise publique. L'autorité de la concurrence évaluera ce processus en examinant les pratiques concurrentielles,

en prenant en compte les avantages d'efficacité, y compris les économies d'échelle, ainsi que les éventuels effets anticoncurrentiels résultant de la privatisation¹⁵³.

Concernant la deuxième situation, lorsqu'une privatisation a lieu, il existe un risque accru de voir se développer des monopoles privés. Le domaine de la concurrence entre en jeu pour résoudre cette situation en supervisant le processus de privatisation et en garantissant qu'il ne génère pas de pratiques anticoncurrentielles.

En outre, dans certaines industries comme le secteur bancaire, l'établissement d'un monopole privé plutôt qu'un monopole public peut représenter un défi pour les nouveaux acteurs qui cherchent à entrer sur le marché. Le système de crédit en Tunisie est particulièrement strict et complexe, et tout crédit dépassant un certain montant doit être approuvé au préalable par la banque centrale. Un droit de la concurrence efficace pourrait contribuer à ouvrir davantage le secteur bancaire à la concurrence et permettre ainsi aux nouveaux acteurs de s'implanter plus facilement sur le marché.

La complexité financière constitue un problème majeur pour les nouveaux opérateurs dans les économies en transition. Ces opérateurs ont besoin d'investissements importants pour développer l'infrastructure industrielle étant donné le sous-développement initial. Cela avantage les grands opérateurs qui ont un accès privilégié aux ressources financières, mais limite l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché, créant ainsi un risque de monopole privé.

Pour faire face à cette situation, il devient essentiel d'intégrer un cadre juridique de concurrence pour accompagner cette période de changement. Ces nations ont longtemps fonctionné dans un environnement de coopération et de régulation tarifaire, ce qui peut engendrer des ententes artificielles entre concurrents au cours du processus de libéralisation. L'introduction et l'application du droit de la concurrence sont donc essentielles pour dissuader de telles pratiques et garantir les objectifs recherchés par la libéralisation des prix. En favorisant une concurrence saine et équitable, le droit de la concurrence permettra également aux petits

¹⁵³ Shelton, "Regulatory reform, démonopolisation and privatization: how to ensure consistency with competition", *OECD journal of competition law and policy*, Vol. 1.1999 p. 15.

opérateurs d'avoir une réelle opportunité de participer aux investissements et aux privatisations, dynamisant ainsi l'entrée sur le marché.¹⁵⁴

L'introduction d'un droit de la concurrence après les réformes économiques s'appuie souvent sur un argument majeur : la mise en place d'une phase de transition. Cette étape vise à préparer les acteurs économiques à faire face à la concurrence une fois la transition effectuée. À ce sujet, Joseph E. STIGLITZ observe que de nombreux pays ont suivi une approche caractérisée par la devise « *privatize now, regulate later* »¹⁵⁵.

Il nous paraît important d'établir un véritable cadre juridique de la concurrence et de le mettre en place en parallèle avec les autres mesures de réformes économiques. Bien que les pays du sud de la Méditerranée reconnaissent tous les bénéfices d'une stratégie de réformes économiques associée à un droit de la concurrence robuste, seule la Tunisie a opté pour cette démarche. Malgré des circonstances réformistes semblables, les autres nations du sud de la Méditerranée ont omis d'inclure l'adoption d'un cadre de la concurrence dans leur éventail de mesures de réforme économique.

II. L'émergence du cadre juridique de la concurrence.

Pour saisir l'émergence d'une telle législation, on peut distinguer la période avant (A) et après l'année 2015 (B).

A- Avant la loi relative à la concurrence de 2015 :

La Tunisie semble le pays du Maghreb précurseur quant à l'affirmation du principe de concurrence. Ainsi, le célèbre savant Ibn Khaldoun dans son ouvrage les *Prolégomènes (Al Muqaddima)*¹⁵⁶ publié en 1377 évoquait déjà le principe de concurrence. Il affirme que « Les citoyens, du fait de leur proximité, peuvent exercer des activités commerciales et la concurrence entre eux est bénéfique pour leur bien-être. Cependant, si le souverain, en vertu de la loi, entre en concurrence en raison de son poids économique supérieur, il pourrait exclure

¹⁵⁴ W.E. Koviatic, "Competition policy, economic development and the transition to free markets in the third world: the case of Zimbabwe", *Antitrust law journal*, Vol.61 n 1, 1992, p.260.

¹⁵⁵ E. Eduardo, F. Ronald, G. Alexander, "Privatizing Highways in Latin America: Is It Possible to Fix What Went Wrong", *Center Discussion Papers* 28456, *Yale University*, Economic Growth Center, 2003, pp. 129-164.

¹⁵⁶ Certains penseurs modernes considèrent cette préface comme le premier ouvrage traitant de la philosophie de l'histoire ou, parmi les sciences sociales, de la sociologie, de la démographie, de l'historiographie ainsi que de l'histoire culturelle, ou comme l'un des précurseurs de l'économie moderne dans les temps anciens: L'ouvrage traite également de la théologie islamique, des sciences naturelles, de la biologie et de la chimie. Ibn Khaldoun a écrit son ouvrage en 1377 comme préface à son premier livre sur l'histoire universelle.

tous les autres acteurs du marché. Cela priverait alors les citoyens de la possibilité de répondre à leurs besoins, entraînant un déséquilibre social ».

Par la suite, le législateur tunisien a senti l'importance que joue la concurrence dans l'économie. C'est pour cette raison que le législateur a instauré dans le Code des obligations et des contrats de 1906 deux articles, l'article 90 et 92 relatifs à la pratique de la concurrence déloyale. Toutefois, ces articles ne définissent pas ce qu'on entend par concurrence déloyale alors que la définition revêtait toute son importance.

Au début des années 1970, le législateur tunisien a connu des entraves dans l'organisation du jeu de la concurrence, il a donc mis en vigueur la loi du 19 mai 1970 relative à la fixation des régimes des prix¹⁵⁷. Malheureusement, il n'a pas prévu le rôle de la concurrence dans la fixation des prix, il s'est limité à certaines activités d'une importance relative.

Le législateur a rapidement pris une attitude libérale, marquant la rupture avec les politiques d'interventionnisme et de réglementation des prix. Cette approche a été concrétisée par l'adoption de la loi 64-91 du 29 juillet 1991, relative à la concurrence et aux prix et abrogeant la loi de 1970. Cette loi est considérée comme fondatrice d'une nouvelle régulation de l'économie tunisienne, car elle introduit la liberté d'entreprendre et du commerce, interdit certaines pratiques anticoncurrentielles et crée une commission de la concurrence afin d'appliquer les règles.

Ainsi, dès 1991, la législation tunisienne en matière de concurrence a été mise en place avant même la conclusion de l'Accord euro-méditerranéen de 1998 entre la Tunisie et l'Union européenne¹⁵⁸. À cette époque, la Tunisie avait pris des engagements majeurs en matière de régulation et de politique de la concurrence¹⁵⁹. L'objectif de ces engagements était de réaliser la libéralisation des prix pour la quasi-totalité des produits entre 1989 et 1991, tout en visant à éviter la formation d'accords monopolistiques. Le but sous-jacent était de mettre en œuvre un cadre solide de la concurrence pour le pays.

¹⁵⁷ Loi n 70-26 du 19 mai 1970 relative aux modalités de fixation des prix et à la répression des infractions en matière économique, *JORT*, 1970, p.617.

¹⁵⁸ Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la communauté européenne et ses Etats membres, d'une part et la république tunisienne, d'autre part Le Journal officiel de l'Union européenne (JOCE) L 97, 30 mars 1998, p. 2.

¹⁵⁹ Republic of Tunisia, letter of economic development Policy, *op.cit*, p. 5.

Cependant, la Tunisie a choisi d'instaurer une législation sur la concurrence en raison de son "insatisfaction" à l'égard de la situation actuelle, comme le met en évidence R. ROSE. Cette prise de conscience a mis en lumière l'importance d'un cadre de droit de la concurrence pour accompagner les réformes économiques en cours. Par conséquent, la nécessité d'établir une réglementation en matière de concurrence s'est manifestée lorsque le pays a identifié les insuffisances de son programme économique en cours.

L'argumentaire justifiant l'adoption de la loi tunisienne de 1991 sur la liberté des prix et la concurrence met en évidence cette réalité de manière explicite.

L'ancien modèle économique retenu pour la Tunisie, qui se caractérisait par la fixation des prix et une intervention directe de l'État, s'est révélé inadéquat. L'ingérence excessive de l'État dans la fixation des prix a contrecarré l'objectif premier de développer l'investissement et d'améliorer l'efficacité économique. Cette réalité a mis en évidence les faiblesses du système en place.

Ainsi, l'introduction du droit de la concurrence en Tunisie a été une réponse directe aux insuffisances du modèle économique existant, plutôt qu'un choix stratégique basé sur des raisons symboliques visant à renforcer la légitimité du pays auprès des instances internationales. L'objectif était de transformer le modèle économique pour créer un environnement concurrentiel plus dynamique, propice aux investissements et à l'efficacité économique.

La loi n°64-91 du 29 juillet 1991 introduit trois nouveautés, dont la première concerne le principe de la libre concurrence. Pour la première fois dans le droit tunisien, le principe de la libre concurrence est explicitement énoncé à l'article 2 de la loi susmentionnée, stipulant que « les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». Le législateur tunisien prend clairement position en faveur de la liberté des prix, ce qui marque une rupture décisive avec l'ancienne loi de 1970. Cette ancienne loi confiait à l'autorité administrative le pouvoir de fixer les prix, ne permettant la liberté des prix que dans des situations rares. La Tunisie suit une approche législative similaire à celle de la France en mettant en avant le principe fondamental de la liberté du commerce et de l'industrie, principe consacré comme ayant une valeur constitutionnelle.

Cependant, conscient des risques de conséquences néfastes liées à la liberté de concurrence, le législateur tunisien prévoit d'encadrer ce principe en définissant certaines

limites. Il envisage que les prix de certains produits et services jugés essentiels pourront être fixés par décret chaque fois que les circonstances économiques et sociales l'exigent. Ainsi, la liberté de concurrence est encadrée pour éviter d'éventuels abus et garantir le respect des besoins essentiels de la population. Par conséquent, plusieurs secteurs économiques échappent à l'application de l'article 2 de la loi de 1991 et demeurent soumis à une fixation autoritaire des prix. Cela inclut certains produits agricoles tels que le blé et l'huile, ainsi que les tarifs des officiers publics, ministériels et de certaines professions libérales. De plus, les montants des loyers de certains immeubles ne peuvent être augmentés que dans les limites prévues par la loi.

La deuxième innovation introduite par la loi de 1991 concerne la régulation des pratiques anticoncurrentielles, qui désignent les pratiques visant à entraver, restreindre ou fausser la concurrence. Cela inclut principalement les abus de position dominante, les ententes et les contrôles de distribution contrôlée. L'article 5 de cette loi interdit les actions concertées, qu'elles soient explicites ou implicites, qui entravent la libre concurrence. Il énumère également une série d'exemples de pratiques prohibées, tels que l'obstruction de la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence, la limitation de l'accès au marché, le contrôle de la production, des investissements ou du progrès technique, ainsi que le partage de marchés. Il est important de noter que cette liste n'est pas exhaustive, et les décisions du Conseil de la concurrence éclaireront les modalités d'application de cette législation.

La loi de 1991 prévoit également une troisième innovation majeure, qui consiste en la création d'un organe spécialisé dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, connu sous le nom de Commission de la Concurrence. Grâce à cette avancée significative, la Tunisie a fait un pas considérable et acquis une expérience plus approfondie en matière de droit de la concurrence, se distinguant ainsi des autres pays arabes du sud méditerranéen (PASM) qui sont pour la plupart en transition économique.

Le législateur a ainsi accordé à cette Commission toutes les garanties d'indépendance et de neutralité, la transformant en une autorité autonome chargée d'examiner et de sanctionner les atteintes à la liberté. Suivant la loi de 1991, la Commission détient deux pouvoirs : un pouvoir décisionnel et un pouvoir consultatif. En d'autres termes, la commission assume deux rôles majeurs. Premièrement, elle assume la responsabilité d'évaluer les plaintes relatives aux pratiques anticoncurrentielles, telles que définies dans les articles 5 et 6 de la loi, englobant les ententes et les abus de position dominante. En parallèle, elle détient d'un pouvoir consultatif

lorsqu'elle est sollicitée par le ministre de l'Économie nationale concernant les projets de textes réglementaires susceptible d'affecter la concurrence sur le marché.

Alors que la Tunisie a opté pour l'inclusion d'un cadre de droit de la concurrence au sein de ses réformes économiques, les autres pays ont plutôt choisi de mettre en place ces réformes indépendamment d'un dispositif réglementaire visant à promouvoir et renforcer la concurrence. Cette disparité au sein des PASM est étroitement liée à la présence ou à l'absence d'une insatisfaction interne. Ce facteur revêt donc une importance cruciale pour appréhender la transformation de l'ordre juridique tunisien vers l'adoption d'un régime de droit de la concurrence.

La loi n°42-95 du 24 avril 1995¹⁶⁰, représente une étape importante dans la préparation de la Tunisie à ouvrir son économie interne à la concurrence internationale, notamment vis-à-vis des produits européens. Cette législation introduit plusieurs innovations, parmi lesquelles deux sont particulièrement notables¹⁶¹. En premier lieu, l'appellation de l'autorité de régulation est modifiée pour devenir le Conseil de la concurrence. Ce changement de dénomination reflète probablement une volonté de renforcer le rôle et la portée de cette institution dans la promotion de la concurrence sur le marché tunisien. Ensuite, la loi instaure un mécanisme de contrôle préalable des concentrations. Cela implique que certaines fusions entre entreprises doivent être évaluées par le Conseil de la concurrence avant d'être effectuées. L'objectif de cette mesure est de prévenir les pratiques anticoncurrentielles résultant de fusions ou d'acquisitions susceptibles de porter atteinte à la libre concurrence sur le marché.

Le champ d'intervention du Conseil de concurrence est également élargi pour inclure la possibilité d'être consulté par le ministère du commerce dans certains cas de concentration. Cela montre combien l'expertise du Conseil est considérée comme cruciale dans les domaines de la concurrence et de la régulation économique. D'autres nouveautés s'ajoutent à cette loi, telle que, l'augmentation du nombre de magistrats en vertu de l'article 10 de la loi susvisée, où le nombre passe de trois à quatre magistrats. L'affectation du président et de ces deux vice-présidents à plein temps, la possibilité de récusation des membres du conseil. Toutefois,

¹⁶⁰ Loi n°95-42 du 24 avril 1995, modifiant et complétant la loi n°91-64 du 24 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix (*JORT* n°35 du 2 mai 1995 p.976) : voir travaux préparatoires de délibérations de la chambre des députés n°35 du 18 avril 1995.

¹⁶¹ M. Baatour, « Le droit de la Concurrence tunisien : Doit-il être réformé ? » *European Documentation and Research* Centre vol. IV, 2003 pp.355-382. 14. Disponible sur : http://aei.pitt.edu/1653/1/Mounir_Baatour.pdf

l'interdiction des accords de représentation commerciale et des concessions exclusifs, restent toujours interdites.

En somme, la loi de 1995 vise à renforcer le rôle de l'autorité de la concurrence en tant qu'instrument clé pour promouvoir un environnement concurrentiel sain et équitable en Tunisie. En introduisant ces innovations, le législateur cherche à préparer le pays à faire face aux défis et aux opportunités liés à l'ouverture de son économie aux échanges internationaux et à renforcer sa compétitivité sur le marché mondial. Néanmoins, la loi a révélé quelques lacunes du droit de concurrence alors existant. C'est pour cette raison que la loi du 10 mai 1999¹⁶² a tenté de les combler. Plusieurs ajouts significatifs ont été apportés. L'un des points importants de cette réforme concerne le pouvoir du ministre du commerce. Désormais, après avoir pris en compte l'avis du Conseil de la concurrence, il peut autoriser, dans des cas exceptionnels, la conclusion de contrats de concession et de représentation commerciale exclusive, comme stipulé à l'article 2, paragraphe 2¹⁶³. De plus, pour la première fois, la notion de dépendance économique a été introduite par le biais de l'article 5 alinéa 3. Ces réformes visaient à renforcer le fonctionnement du Conseil de la concurrence et à mieux encadrer les pratiques anticoncurrentielles dans le pays.

L'article 9 représente une avancée importante en permettant aux institutions telles que les associations professionnelles, les syndicats, les groupements de consommateurs et les entreprises agricoles et commerciales de demander l'avis du Conseil de la concurrence auprès du ministre du Commerce. Cette mesure revêt une grande importance car elle est en conformité avec les lois européennes dans ce domaine.

Le législateur tunisien s'efforce de combler le vide juridique en s'inspirant notamment du droit européen, et plus précisément du droit français. Un cas pratique illustrant ce point se trouve dans l'article 1 de la loi de 1999. Il autorise l'autorité compétente à lancer une enquête dans deux circonstances : soit lorsque l'une des parties retire sa demande, soit lorsque l'enquête met en évidence des pratiques anticoncurrentielles sur un marché étroitement lié à celui qui est concerné par la demande initiale.

¹⁶² *JORT* n° 39 du 14 mai 1999 p. 703 (voir délibération de la chambre des députés n°34 du 20 avril 1999).

¹⁶³ Arrêt du Conseil de concurrence n°1/99 du 8 avril 1999, affaire « Société de plastique Bounwes ».

B- Après la loi relative à la concurrence de 2015.

Depuis les élections démocratiques de 2014, le Gouvernement de Mehdi JOMAA (2014-2015) a entrepris de moderniser l'économie en adoptant de nouvelles lois. En réponse aux exigences du FMI et aux besoins du pays, la réforme du droit de la concurrence a été adoptée par le Parlement lors d'une session extraordinaire en septembre 2015. D'autres lois ont également été votées en 2016 pour réguler le secteur bancaire et aborder les problèmes des entreprises en difficulté. Cependant, la situation politique fragile, accentuée par le terrorisme et les revendications sociales constantes de la population, rend la tâche du gouvernement particulièrement difficile.

A cette époque, le ministre du Commerce, Ridha LAHOUEL, a été perçu comme le principal acteur dans la lutte contre la contrebande et le commerce parallèle. Lorsqu'il a été questionné par les membres de la Commission parlementaire, il a partagé ses préoccupations au sujet de la situation de la concurrence en Tunisie, en soulignant que « tout le système fonctionne mal et que le principe de l'offre et de la demande est inexistant ». Ces déclarations reflètent les défis auxquels le pays est confronté dans le domaine de la concurrence économique.

La loi du 15 septembre 2015¹⁶⁴, ne manquera pas de générer des discussions. Lorsque le Gouvernement a présenté le projet de loi sur la concurrence, il visait à renforcer les pouvoirs du ministre du Commerce et à durcir les sanctions contre les infractions aux règles de concurrence. Cependant, ce projet de loi n'a pas été bien accueilli par les organisations professionnelles, les syndicats et les députés, car il n'a pas répondu à leurs attentes. Ils ont donc proposé de nombreux amendements pour combler les lacunes législatives, en particulier en ce qui concerne la prévention et le renforcement du rôle du Conseil de la Concurrence. Actuellement, ce dernier reste une autorité hybride avec un pouvoir consultatif relativement faible et un pouvoir juridictionnel peu mis en œuvre.

Afin de saisir pleinement les discussions et les enjeux liés à la législation sur la concurrence en Tunisie, il est important de revenir sur l'histoire de cette loi, son contenu et ses objectifs. Avant d'analyser la réforme législative de 2015, il est important de se concentrer sur

¹⁶⁴ Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix.

les questions débattues par les praticiens, les universitaires et les élus concernant la législation sur la concurrence en Tunisie. En d'autres termes, il convient d'identifier les lacunes du texte actuellement en vigueur.

Le principal reproche adressé à la version actuelle du texte concerne le renforcement des compétences du Conseil de la Concurrence tunisien. Malgré une évolution du statut du Conseil en termes d'autonomie administrative et financière, certaines lacunes demeurent. Lors de son audition devant la Commission de l'agriculture, de la sécurité alimentaire et du commerce, le Président du Conseil de la Concurrence, Habib JABALLAH,¹⁶⁵, a insisté sur le fait que la loi ne spécifiait pas de manière précise les compétences juridiques du Conseil.

Actuellement, le Conseil ne traite que des affaires relatives aux pratiques anticoncurrentielles conformément à l'article 5 de la loi et donne des avis sur les demandes de consultation. Les situations impliquant des pratiques anticoncurrentielles qui n'ont pas d'impact sur la structure du marché, mais plutôt sur les relations privées entre entreprises, sont renvoyées aux tribunaux judiciaires pour jugement. En outre, même si la décision du Conseil de la concurrence peut être contestée devant le Tribunal administratif, le Conseil lui-même n'est pas compétent pour contester sa propre décision en appel. Par conséquent, le Conseil se retrouve privé de ses attributions judiciaires, car ses décisions n'ont pas de force contraignante définitive. La possibilité de faire appel est souvent considérée comme une condition essentielle pour qu'une juridiction soit efficace et juste.

Une question fréquemment posée concerne la constitution du Conseil de la Concurrence. Lors de son audition devant la Commission chargée de l'examen du projet de loi, l'UTICA a plaidé en faveur de l'augmentation du nombre d'experts, tandis que l'Organisation de Protection du Consommateur a exprimé son souhait d'avoir une représentation au sein du Conseil.

Une autre question qui suscite souvent des débats concerne le rôle du ministère du Commerce, à la fois par le biais du ministre lui-même et de sa Direction Générale de la Concurrence et des Enquêtes Économiques (DGCEE). Leurs avantages sont multiples et dispersés dans le texte de loi, ce qui rend difficile de saisir clairement leur nature et leur portée. Selon le site web du ministère du Commerce, leur rôle consiste à « mettre en œuvre la politique

¹⁶⁵ Le 3 avril 2015, le Président du Conseil de la Concurrence, Habib JABALLAH, a été entendu par la Commission de l'agriculture, de la sécurité alimentaire, du commerce et des services liés de l'Assemblée des Représentants du Peuple.

de la concurrence par le biais de missions de surveillance du marché, de contrôle des concentrations, de promotion de la concurrence, et de contrôle des pratiques anticoncurrentielles ¹⁶⁶».

En synthèse, une critique majeure adressée à la loi n°91-64 du 27 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix réside dans son manque de clarté quant à la coordination et aux relations entre les différents acteurs impliqués dans le processus de régulation et de contrôle de la concurrence. Les attributions et les responsabilités du ministère du Commerce, du Conseil de la Concurrence et du Tribunal Administratif ne sont pas explicitement définies par la loi. De plus, des acteurs tels que le Pôle Financier du Tribunal de Grande Instance de Tunis ne sont pas mentionnés, ce qui soulève des interrogations quant à leur fonction au sein du système de concurrence.

Le projet de loi, introduit devant l'Assemblée Nationale Constituante en août 2013 et étudié par la commission de l'agriculture, de la sécurité alimentaire, du commerce et des services connexes en avril 2015, a pour objectif principal de s'attaquer à la contrebande et au commerce parallèle. Néanmoins, il est regrettable de constater que de nombreuses opportunités de modifications en vue d'une réforme plus en profondeur de la loi ont été laissées de côté au profit des priorités gouvernementales, qui sont légitimes mais restreintes dans leur portée réformatrice.

Le projet de loi de 2015 présente deux axes majeurs de réforme. Tout d'abord, il vise à accroître les compétences du ministre en ce qui concerne « la sélection des secteurs désormais tenus de fournir des factures¹⁶⁷ ». De plus, le gouvernement propose des mesures visant à mieux réguler « l'utilisation et la production de produits subventionnés¹⁶⁸ », à assurer l'exécution des décisions du Conseil de la Concurrence (article 35) et « à mettre en place des sanctions administratives pour prendre des décisions concernant la confiscation des biens saisis »¹⁶⁹. Ces mesures visent à renforcer la capacité du ministre à agir contre les pratiques anticoncurrentielles, les abus et les infractions liées à la concurrence sur le marché.

Cependant, malgré ces aspects positifs, ce projet de loi ne semble pas aborder certains points essentiels qui pourraient permettre une réforme plus globale et approfondie du droit de

¹⁶⁶ <https://commerce.gov.tn/>

¹⁶⁷ Article 22 du projet de la loi de 2015

¹⁶⁸ Article 33 bis du projet de la loi de 2015

¹⁶⁹ Article 40 du projet de la loi de 2015

la concurrence en Tunisie. Plusieurs problématiques juridiques, ne semblent pas avoir été résolues de manière satisfaisante dans la version actuelle du projet de loi, notamment les questions en suspens concernant les compétences du Conseil de la concurrence. Il reste donc des interrogations quant à l'efficacité globale de ce projet de loi pour améliorer la concurrence sur le marché tunisien et renforcer les principes de libre concurrence et d'égalité des chances entre les acteurs économiques.

Au sein de cette réforme, une considération spéciale a été octroyée à l'amélioration du rôle des agents de contrôle économique relevant du Ministère du Commerce, en leur accordant de nouvelles compétences liées aux perquisitions, à la mise sous scellés et à la saisie. Ces dispositions sont assorties de sanctions rigoureuses à l'encontre de toute personne qui tente d'entraver leur mission ou de nuire à leur sécurité physique.

Par ailleurs, une approche plus sévère a été adoptée en matière de sanctions : le principe de réduction des peines a été écarté, ce qui a entraîné un doublement des amendes et des peines d'emprisonnement. Néanmoins, pour maintenir un équilibre, un mécanisme de conciliation a été introduit (article 59) pour les cas de non-conformité aux règles sur la concurrence déloyale et la transparence des prix, à l'exception des infractions prévues à l'article 5.

Deux changements importants ont été intégrés à cette proposition législative. En premier lieu, elle intensifie les responsabilités des acteurs professionnels en matière de délivrance de factures lors du transport de marchandises. Ensuite, elle anticipe un renforcement des procédures de contrôle et du cadre de sanctions associé à l'usage abusif de produits subventionnés.

Ces ajustements visent à accroître l'efficacité des mécanismes de contrôle et de sanctions en matière de concurrence, afin de garantir un environnement commercial équitable et transparent et de décourager les pratiques anticoncurrentielles.

Ce projet de loi offrait une opportunité de combler les lacunes persistantes, notamment en plaçant le Conseil de la concurrence au cœur de la politique de concurrence. Malheureusement, cette possibilité a été ignorée, laissant le Conseil en dehors des améliorations apportées par cette proposition législative. Malgré l'importance accordée à la lutte contre le commerce parallèle et la contrebande, l'approche fortement répressive met en retrait l'aspect institutionnel crucial nécessaire pour instaurer une réglementation

concurrentielle efficace. Une véritable instance administrative indépendante aurait pu se révéler un pivot essentiel de ce dispositif.

En ce qui concerne les propositions formulées, bien qu'elles ne soient pas qualifiées de "risquées", elles se révèlent souvent superficielles et dénuées de profondeur. En contraste, les idées avancées par les organisations professionnelles, syndicales et de consommateurs apparaissent plus audacieuses et innovantes, chacune affichant clairement son soutien à un groupe spécifique. Néanmoins, les députés disposent désormais d'une gamme variée de propositions pour aborder sereinement et de manière réfléchie la question de la concurrence lors de l'élaboration de la législation.

Depuis le 25 juillet 2021, la Tunisie est confrontée à une grave crise économique, marquée par des mesures "exceptionnelles" imposées par le président de la République KAIS SAID. Ces mesures comprennent la suspension des pouvoirs du Parlement, l'émission de lois par décrets présidentiels, le limogeage du Premier Ministre, et la formation d'un nouveau gouvernement. La lutte contre ces pratiques doit persévérer sans relâche, tout en respectant bien évidemment la loi en vigueur.

L'économie tunisienne était déjà fragilisée, en particulier après la pandémie de Covid-19. Le président a exprimé son opposition envers certains partis politiques, mais surtout contre les spéculateurs qui profitent des prix des denrées alimentaires et des biens de première nécessité, ainsi que ceux qui détiennent des monopoles. Son discours est sans équivoque : "Je veux mener une lutte sans merci contre ces spéculateurs qui cherchent à affamer les Tunisiens et à perturber la paix sociale. La lutte contre ces pratiques doit se poursuivre sans relâche, bien entendu, dans le respect de la loi. Un décret présidentiel relatif aux circuits de distribution sera prochainement établi pour définir les objectifs de la lutte contre la spéculation et la monopolisation."¹⁷⁰».

Le 27 janvier 2022, le président de la République, KAIS SAIED, a annoncé son intention de promulguer un décret visant à combattre les monopoles, les spéculateurs et ceux qui agissent en coulisse. Il a également mandaté le ministre du Commerce pour superviser le marché et prendre toutes les mesures nécessaires, en particulier en ce qui concerne les produits

¹⁷⁰ <https://www.aa.com.tr/fr/afrique/tunisie-sa%C3%AFed-appelle-%C3%A0-une-guerre-contre-les-sp%C3%A9culateurs/2528932>

de base et l'huile. Malgré cela, les prix ont continué d'augmenter, notamment lors de la crise du pain où le prix a augmenté sans susciter une réaction ferme des autorités compétentes.

Le décret 2022-14, en vigueur depuis le 21 mars 2022, a été adopté pour lutter contre la monopolisation du marché. Face à la pénurie d'aliments de base causée par la guerre en Ukraine déclenchée par la Russie le 24 février 2022, certaines entreprises ont artificiellement créé une rareté de produits de consommation courante en augmentant leurs stocks pour inciter à une hausse des prix. De plus, elles ont diffusé de fausses informations pour déstabiliser le marché et contraindre les consommateurs à se tourner vers les grandes enseignes pour leurs achats, entraînant une hausse généralisée des prix, c'est-à-dire de l'inflation. Ce décret prévoit des sanctions pour toute diffusion délibérée de fausses informations.

Cependant, ce décret soulève un problème, car il menace la liberté d'expression. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), auquel la Tunisie est signataire, garantit le droit à la liberté d'expression en vertu de l'article 19. Même si le gouvernement a le droit de restreindre cette liberté pour protéger l'intérêt public, ces limites ne doivent pas être clairement définies dans des lois spécifiques. Cela permet aux individus de savoir comment adapter leur comportement en conséquence.

§2- Une élaboration du droit de la concurrence sous influence juridique externe.

La non-ingérence européenne est évidente lors de l'adoption d'une législation sur la concurrence en Tunisie, mais cela se limite à la décision d'implémenter de telles lois (I). Cependant, au moment de concevoir la définition de cette nouvelle discipline dans le droit tunisien, le modèle européen exerce une influence considérable (II).

I- Les textes européens de la concurrence comme source d'inspiration.

Deux ensembles de facteurs motivent le législateur tunisien à s'inspirer de l'expérience européenne. Les premiers sont liés à des considérations externes au modèle européen (A), tandis que les seconds sont inhérents à ce modèle (B).

A- Les raisons extrinsèques.

La Tunisie semble dépourvue d'une culture en matière de concurrence, une lacune qui transparait dans les mentalités de tous les acteurs, qu'ils appartiennent à l'administration ou qu'ils opèrent sur le marché. Ainsi, le recours au droit comparé, notamment en adoptant un modèle éprouvé, apparaît comme un moyen de calmer ces inquiétudes. Le fait de s'inspirer

d'un modèle américain ou européen du droit de concurrence paraît plus sûr et constitue une garantie face à l'incertitude économique de se lancer dans une aventure risquée et incertaine. Cette observation a été validée par l'étude de M. BEN FRAJ, ancien membre de la Commission de la concurrence tunisienne, qui confirme que l'utilisation aux expériences étrangères était justifiée par l'absence d'une réelle tradition de concurrence en Tunisie¹⁷¹.

De plus adopter son propre modèle de droit de concurrence va s'avérer risqué, coûteux et même très long au niveau du processus. De même, il favorisera une approche de type « essais et erreurs ». Cette théorie comporte un risque substantiel d'incompatibilité, surtout si l'on considère le déficit d'expertise en matière de concurrence en Tunisie. Dans cette perspective, la comparaison des options présentées par les modèles étrangers émerge comme une option moins périlleuse. Car adopter une innovation juridique peut dans certains cas conduire à une insécurité juridique et peut affecter l'attractivité économique du pays.¹⁷²

Il faut avouer que les modèles de concurrence européen ou américain ont démontré leur succès, donc c'est une raison de plus pour que la Tunisie subisse leur influence.

B- Les raisons intrinsèques.

La Tunisie avait une pluralité de solutions à choisir le modèle de droit comparé pour introduire une législation de la concurrence. Le modèle américain et européen était le plus attrayant¹⁷³. En analysant la loi tunisienne de 1991, on remarque une forte influence européenne notamment selon la voie empruntée par la France avec l'ordonnance de 1986.

La Tunisie n'était pas tenue d'adopter une loi sur la concurrence, et encore moins de s'inspirer du modèle européen. Le choix n'a jamais été accompagné d'un caractère contraignant ou persuasif. Cela témoigne l'évolution progressive de la prise de conscience en Tunisie quant

¹⁷¹ R. Jaidane, « *L'influence du droit communautaire* », thèse de droit public, Université de Nice, 2002, p.57.

¹⁷² Récemment au Mexique, la Secretaría de Economía avait entrepris une initiative législative novatrice en s'inspirant des modèles européen et américain. Dans cette optique, le concept de "barrière à la concurrence" a été présenté, considérant que l'établissement de telles barrières constitue une infraction au droit de la concurrence. Cependant, cette évolution a suscité des critiques sévères, principalement en raison de son impact négatif sur les choix d'investissement des divers acteurs économiques.

¹⁷³ Dans le domaine en question, la doctrine est largement unanime à considérer que les modèles américain et européen jouent un rôle prédominant à l'échelle internationale. Voir : L. Idot, « Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence », *Revue Concurrences* N° 4-2012, Art. n° 49321, novembre 2012, p. 9. – Voir aussi :D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, London, 1998, p.2.

à l'importance du droit de la concurrence. Le pays cherche à tirer parti de l'expertise et du soutien des institutions européennes spécialisées dans ce domaine.

On peut se demander quelles sont les motivations derrière la décision tunisienne d'opter pour le modèle européen, d'autant plus qu'il n'existe aucune obligation d'être influencé par ce modèle, même en tenant compte du droit français. La Tunisie n'était pas contrainte d'instaurer une législation sur la concurrence, et encore moins d'opter pour le modèle européen.

Plusieurs raisons expliquent ce choix. Tout d'abord, l'UE a constamment été le principal partenaire commercial de la Tunisie, et elle est également la principale source d'investissement direct étranger dans le pays¹⁷⁴. De plus, la Tunisie et la France partagent une longue tradition juridique historique, remontant même à l'époque du protectorat. En effet, la politique de réglementation des prix mise en place en Tunisie en vertu de la loi 70-26 de mai 1970 trouve son origine dans l'héritage français de l'époque du protectorat.

En résumé, la Tunisie a clairement privilégié le modèle européen lors de l'élaboration de sa législation sur la concurrence, comme indiqué précédemment. Initialement, cette possibilité s'est ouverte dans le pays par sa volonté de renforcer son cadre juridique en tirant parti des expériences comparées. La prééminence du modèle européen est ensuite renforcée par deux ensembles de facteurs. D'une part, les liens économiques et historiques entre l'Union européenne et la Tunisie encouragent l'adoption du modèle européen. D'autre part, la constatation que le régime européen s'adapte mieux au contexte tunisien, ainsi qu'aux pays arabes en général, justifie son adoption par rapport au modèle américain.

En Tunisie non seulement il y a une influence européenne mais il y a aussi une conformité et des recommandations américaines¹⁷⁵.

II- Droit de concurrence et accord ALECA.

L'Accord de libre-échange complet et approfondi Tunisie – Union européenne (ALECA) constitue depuis 2012 un instrument d'intégration de l'économie tunisienne dans le marché intérieur de l'UE. Cette intégration garantit la croissance et la stabilité des rapports économiques. Au-delà des échanges commerciaux, l'ALECA induit un modèle économique en Tunisie notamment pour l'harmonisation des cadres juridiques en matière de concurrence (A).

¹⁷⁴ UNCTAD, Investment country profiles Tunisia, février 2012, p. 7.

¹⁷⁵ Voir les recommandations américaines (voir article sur OCDE 2019).

L'accord d'association entre la Tunisie et l'UE ayant pour but de dicter les normes qui doivent être adopter sur le marché mondial (B).

A. Les implications juridiques du droit de la concurrence dans le cadre de l'Accord d'association entre la Tunisie et l'Union européenne et ses États membres.

Le partenariat privilégié Tunisie-UE s'est installé dans un contexte international et régional à la fois laborieux et opposé parfois, cependant, il ne faut pas nier que l'histoire de ces deux parties géographiquement voisine reste très ancienne. En effet, la Tunisie s'entrepris un mouvement de libéralisation et d'ajustement tendant à établir les mécanismes du libre marché, la liberté du commerce extérieur, à encourager l'investissement privé et à activer le processus de privatisation des entreprises publiques. Une telle intégration dans l'économie mondiale doit s'opérer avec un partenaire fiable capable d'assurer le soutien et la bienveillance d'une telle transition. En effet, étant donné que la Communauté européenne représente le premier partenaire de la Tunisie depuis 1969 avec la conclusion d'un accord de coopération commerciale, l'option européenne s'avère le moyen le plus adéquat pour l'économie tunisienne.

Cette coopération s'est renforcée par la signature de l'accord de 1995 qui a constitué un cadre très étendu régissant les relations bilatérales entre l'UE et la Tunisie. Cet accord a sans doute des répercussions sur l'économie tunisienne en termes de nouvelles opportunités qu'il importe de saisir et de contraintes qu'il est primordial d'aplanir. En effet, ces entreprises signataires auront des relations directes avec les entreprises européennes, ce qui leur offrira l'opportunité de profiter des avantages de l'échange et de la collaboration avec ces partenaires. Ceci supposera un changement des valeurs, des manières de faire et des résultats escomptés. Cela va se refléter au niveau du management des entreprises tunisiennes. Le droit de concurrence était le cœur de ce partenariat. L'État tunisien avait déjà adopté en 1991 le droit de concurrence sous l'exigence du FMI. Distinctement, l'État tunisien a déjà opté d'un texte juridique relatif à la concurrence en 1991, promulgué dans le cadre d'un train de mesures exigé par le FMI. Cet accord, entré en vigueur en juillet 1998, a été accompagné d'un programme de mise à niveau, instaurant ainsi, une zone de libre-échange et donc une suppression de tarif douanier simplement pour les produits industriels manufactures. Elles sont donc exportées vers l'UE à droits de douane nuls. L'application de la réduction graduelle des tarifs douaniers en vertu de cet accord a eu lieu sur une période de 12 ans, de 1996 à 2008.

Pendant cette période, 3500 entreprises ont bénéficié de mesures de soutien. Ces mesures avaient pour double objectif d'améliorer la qualité de leur production et de les aider à concurrencer les entreprises européennes. Sans cette mise à niveau, plusieurs centaines d'entreprises, plutôt de petite taille, auraient disparu, car elles ne pouvaient pas résister à la concurrence. On considère donc, que l'accord d'association de 1995 est la pierre fondatrice du cadre juridique de partenariat dans les domaines politiques, économiques, sociaux, scientifiques et culturels. Et que cet accord d'association a été enveloppé dans le « cadre de politique extérieure européenne connue sous l'appellation « politique de voisinage » »¹⁷⁶

Cet accord avait suscité plusieurs problèmes, et on pourra citer à titre d'exemple l'article 36 de cet Accord de partenariat de 1995, où il dispose que les règles de la concurrence relevant d'ordres juridiques différents seront appliquées par le droit de l'UE. Par cet article, la Tunisie a dû accepter, en vertu d'un traité, une concession de mise à l'écart de son droit au profit du droit communautaire de la concurrence¹⁷⁷. Le problème c'est qu'il y a un grand écart entre le développement des entreprises en Tunisie et l'Union Européenne, même si on se félicite de l'alignement du droit tunisien sur celui de l'Union Européenne, en ce que cet alignement apporte comme modernisation.

Au niveau national, s'ajoute d'autres problèmes par exemple les importations illégales des produits notamment de la Chine viennent fausser les règles de concurrence. S'ajoute à ceci, la corruption et le favoritisme qui se sont érigés en système. Le contexte consécutif à la révolution, caractérisé par l'affaiblissement de l'autorité de l'État et l'impunité, va favoriser le développement du secteur informel et le commerce dit parallèle qui se pratique à grande échelle et en dehors de toute fiscalisation. Même après la révolution de 2011 en Tunisie, l'Union européenne n'a pas cessé d'augmenter son assistance au pays pour accompagner sa transition démocratique. La Tunisie en novembre 2012 a, depuis, décroché « le statut de partenaire privilégié » de l'UE formalisé par l'accord bilatéral ALECA, accord visant à réaliser un espace économique commun (EEC). L'Union européenne a toujours été le premier associé commercial en Tunisie. Les chiffres le montrent déjà, car 63.4% des échanges commerciaux

¹⁷⁶ B. Karray, « Quelles règles de concurrence dans le futur ALECA », E-colloque, *Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie*, 2017.

¹⁷⁷ N. Baccouche, « Quelles règles de concurrence dans le futur ALECA », E-colloque, *droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie*, 2017.

de la Tunisie sont avec l'UE¹⁷⁸ . Mais ceci n'empêche pas que de nombreux problèmes persistent en Tunisie : nourrissant un désordre économique et social considérable favorisant l'explosion du secteur informel, la corruption et le chômage.

En 2016, de nouvelles négociations s'ouvrent sur les rapports de partenariat entre UE et Tunisie afin d'approfondir les domaines existant d'une part et d'élargir, d'autre part, à de nouveaux secteurs en ajoutant d'autres dispositions. De plus, l'une des modifications est l'implication de la société civile tunisienne. En effet, auparavant l'offre européenne de 1995 était discutée uniquement entre les délégations officielles des deux parties. En 2016, l'implication de la société civile est devenue essentielle. D'ailleurs, le Parlement européen a reconnu, dans sa résolution du 25 février 2016 sur l'ouverture de négociations pour un accord de libre-échange entre l'UE et la Tunisie, « l'impératif d'impliquer la société civile tunisienne dans les négociations en cours ».

La Tunisie a fait des efforts considérables, notamment pendant une période économiquement difficile. Elle a stimulé son économie à l'échelle régionale grâce à l'ALECA et au niveau national en adoptant plusieurs lois importantes. Ces lois concernent des domaines tels que l'indépendance de la banque centrale, la concurrence et les prix en 2015, les partenariats public-privé en novembre 2015, ainsi que les incitations à l'investissement en septembre 2016...

Les négociations pour un futur Accord de libre-échange complet et approfondi (ALECA) couvrent plusieurs sujets économiques dont notamment la politique de concurrence affirmant son importance. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, organisation paneuropéenne de promotion des droits de l'homme et de l'Etat de droit, a adopté, le 10 novembre 2021, un nouveau Partenariat de Voisinage avec la Tunisie pour la période 2022-2025. Cette adoption fait suite au succès de la mise en œuvre des priorités de coopération bilatérale établies depuis 2012, ainsi qu'à un dialogue efficace avec les autorités tunisiennes.

Dans le cadre d'une coopération politique renforcée, le Partenariat de Voisinage met en avant des objectifs et des priorités visant à soutenir les réformes démocratiques et la bonne

¹⁷⁸ En 2015, les exportations vers l'UE ont représenté 74,5% du total des exportations tunisiennes et 55,7 % du total des importations. La France, l'Italie et l'Allemagne absorbent à elles seules 78,1% des exportations tunisiennes vers l'UE et 58,2% du total des exportations tunisiennes.

gouvernance. Il accorde une attention particulière à des domaines cruciaux tels que la lutte contre la corruption, le respect des droits de l'homme et le maintien de l'État de droit dans le pays.

B. Le rapport entre le droit de la concurrence de l'Union européenne et le droit international.

Avec l'échange commercial au niveau international et la mondialisation, le droit international de la concurrence est devenu un but à atteindre, notamment que les accords de l'OMC n'ont pas consacré une place particulière pour ce droit. Le risque des comportements anticoncurrentiels et le fait de fausser les règles de la concurrence, augmentent de jour en jour. Une régulation internationale de la concurrence semble opportune.

Afin d'atténuer le silence de régulation internationale, l'Union Européenne a pris l'initiative de signer avec les pays tiers de l'Union européenne, un accord d'association. Il s'agit de textes juridiques relatifs aux relations commerciales, et traite notamment du droit de la concurrence, qui adopte une certaine application extraterritoriale de son droit. Cet accord pourra être la cause de l'influence de textes nationaux comme c'est le cas de la Tunisie qui a subi plusieurs réformes notamment en droit de la concurrence.

La Cour permanente de justice internationale (CPJI) a été sollicitée pour examiner l'application extraterritoriale dans l'affaire Lotus,¹⁷⁹ mais il convient de noter que cela concerne principalement l'extraterritorialité en droit pénal. En matière de concurrence, la théorie de l'effet est couramment utilisée.¹⁸⁰ Cela signifie « qu'une entreprise située en dehors de l'UE peut faire l'objet de sanctions si ses actions ont un impact sur le marché intérieur de l'UE.¹⁸¹ ».

Dans l'accord d'association, un élément essentiel est l'article 32, qui traite de la concurrence. Cet article dispose que : « Toute pratique contraire au présent article (sur la concurrence) 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 (101, 102 et 107 TFUE)

¹⁷⁹ CPJI, 7 septembre 1927, Lotus, Rec, Serie A, n° 10.

¹⁸⁰ CJCE, 29 Novembre 1971, Beguelin import co. c/ SAGL import/export.

¹⁸¹ R. Rabia, « Le rapport entre le droit de la concurrence de l'Union européenne et le droit international », - colloque, *droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie*, 2017.

... ». ¹⁸² Le but est donc d'assurer que toutes les parties respectent les mêmes règles en matière de concurrence dans cet accord. Ainsi, l'interprétation donnée par le CJUE prime donc sur les juridictions tunisiennes.

Toutefois, concernant les opérations de concentration, l'accord reste silencieux à ce sujet et peut avoir « des éléments d'extranéité et étendre leurs effets à des marchés extérieurs hors compétence de l'autorité normative. Le contrôle est donc limité par le principe du droit public international de la non-ingérence. » ¹⁸³

Le juge tunisien va agir de deux façons : il applique ses interprétations au sens du droit tunisien pour les usages nationaux. Ensuite, il applique les dispositions européennes lorsque les pratiques affectent les échanges entre l'UE et la Tunisie. L'avantage de cet accord, c'est que les pays tiers de l'UE pourront être influencés de leurs textes législatifs. Par exemple, la Tunisie a adopté la pratique d'abus de dépendance économique comme pratique anticoncurrentielle. Toutefois, cet accord peut écarter leur législation nationale au profit de l'UE.

Cependant, il faut admettre qu'en l'absence de l'initiative privée de droit international de concurrence permettant d'harmoniser les législations, cet accord d'association a le mérite de créer un espace commun capable d'uniformiser le droit de concurrence.

Section 2- L'adaptation nationale d'une législation européenne sur la concurrence : le cas français.

Le droit de la concurrence européen, et notamment français, énonce un ensemble de règles et de normes juridiques pour rendre effective et favoriser la concurrence entre les acteurs du marché (I). Cependant, le droit européen de la concurrence n'est pas créé *ex nihilo*, il s'inspire en effet du droit américain, notamment du *Sherman Act* de 1890 sur les contrats et les monopoles et du *Clayton Act* de 1914 (II) sur les fusions entre entreprises.

I. Implication d'une Réforme Juridique en Matière de droit de Concurrence :

Les pouvoirs publics peuvent intervenir dans l'économie pour améliorer et réguler le fonctionnement des marchés afin que le marché puisse fonctionner efficacement. L'État et

¹⁸² Article 32 paragraphe 2 des accords de l'association.

¹⁸³ R. Rabia, « Le rapport entre le droit de la concurrence de l'Union européenne et le droit international », - colloque, *Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie*, 2017.

le marché apparaissent complémentaires (A). C'est pour cette raison qu'une série de réformes a été mis en vigueur par l'État (B).

A- Le rôle majeur de l'État français dans la réforme du droit de la concurrence.

L'Ancien Régime était manifesté par un corporatisme, à savoir, autorisé à édicter les règlements particuliers par lesquels la profession s'auto-administre. Plus tard, en 1791, la constituante va marquer la fin de ce système par l'élaboration de deux textes : la loi Le Chapelier du 14 Juin 1791 et l'affirmation de la liberté économique par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars. En référence à ces deux textes juridiques, le dirigisme est dominant dans l'économie française, notamment après la crise de 1930. C'est ce que confirme le Conseil d'État dans la l'arrêt Daudignac, prononcé le 22 juin 1951. Le paradigme économique en vigueur considérait le dirigisme étatique comme l'approche prééminente pour engendrer et structurer la croissance économique. Cependant, la France s'est engagée résolument à mettre un terme à l'orientation planifiée de l'économie, qui avait engendré des manifestations corporatistes à la suite de la Seconde Guerre mondiale. Cette intention s'est concrétisée par de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 portant sur la régulation des prix, marquant ainsi un premier pas en vue de contrecarrer les ententes horizontales. Cette visée de répression du corporatisme s'est perpétuée avec l'adoption de la loi n°52-835 du 18 juillet 1952, qui a élargi l'éventail des pratiques anticoncurrentielles déjà énoncées dans l'ordonnance de 1945.

Plus tard après, le libéralisme commence à se créer, sous l'influence de la théorie économique d'Adam Smith et le fameux principe de la main invisible du marché.

Toutefois, le marché a besoin d'être protégé contre des comportements nocifs. L'article 419 de l'ancien Code pénal de 1810, avait déjà anticipé et avait prohibé en réprimant les coalitions qui tendent à fausser le jeu de la concurrence, ainsi que les « accaparements de denrées destinés faire augmenter les prix ». De ce fait, la sanction du refus de vente trouve ici son origine.

En 1945, les services publics se sont développés ; et l'Etat s'insère dans la plupart des secteurs, un certain nombre d'entreprises sont nationalisées. L'économie française est désormais, réglementée par l'ordonnance du 30 juin 1945. Le but était donc, d'installer une réglementation des prix où le texte autorise le gouvernement le droit d'édicter, par voie

d'arrêtés, des dispositions contraignantes en matière de prix. Pendant quarante ans ont ainsi alterné des mesures autoritaires de fixation des prix (taxation, blocage) et des mécanismes plus souples tendant à mettre en œuvre une politique concertée des prix avec les partenaires économiques (contrats anti- hausse ; engagements de modération). La liberté des prix est parfois accordée dans certains secteurs, mais elle est précaire car elle peut toujours être remise en cause par une disposition réglementaire¹⁸⁴. On remarque donc une certaine complémentarité de l'Etat et du marché.

En outre, depuis l'ordonnance de 1986, le contexte économique et juridique, aussi bien au niveau national qu'europpéen, a subi des transformations significatives. Le processus de libéralisation des échanges internationaux ainsi que l'expansion continue de l'Union européenne ont donné lieu à une intensification notable de la concurrence internationale sur les marchés nationaux. Dans ce nouveau contexte marqué par la prééminence de l'économie de marché, la révocation de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945, qui mettait en place une régulation administrative des prix, est désormais justifiée. Cette dynamique a ouvert la voie aux réformes du droit de la concurrence, commençant tout d'abord par la loi n°85-1408 du 31 décembre 1985¹⁸⁵, puis par l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986. Ces mesures marquent un tournant vers l'évolution vers un cadre libéral.

La politique de concurrence a constamment joué un rôle fondamental au sein des politiques publiques, garantissant aux consommateurs le bon fonctionnement du marché et que les opérateurs ne pourront pas abuser de leur pouvoir de marché ou en mettant en œuvre des comportements collusifs. De plus, grâce au contrôle de concentrations, les mesures publiques peuvent empêcher la formation de structures de marché qui présentent des risques pour la concurrence, pénalisant ceux qui devraient en être les premiers bénéficiaires. Entreprise cliente ou utilisateur final. L'État utilise le droit de la concurrence comme un outil de régulation et de protection du bien-être économique, notamment en temps de crise. On cite à titre d'exemple l'ordonnance de 1986 qui est le cœur de tout évolution du droit de la concurrence. En 2007, la Commission pour la Libération de la Croissance Française, également connue sous le nom de "Commission Attali", a formulé plusieurs propositions de réforme dans le domaine de la concurrence. Ces propositions avaient pour objectif d'améliorer l'efficacité des mécanismes et de clarifier la gouvernance. Elles comprenaient la réduction du nombre de

¹⁸⁴ **M. Malaurie-Vignal**, *Droit de la concurrence interne et européen*, LGDJ, Paris, 2019.

¹⁸⁵ Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant sur l'amélioration de la concurrence *JORF* du 31 décembre 1985.

professions réglementées, la suppression des obstacles à la concurrence dans le secteur de la grande distribution, ainsi que la refonte des institutions responsables de la mise en œuvre de la politique de la concurrence.

B-L 'évolution progressive des réformes du droit de la concurrence.

Depuis la promulgation de l'ordonnance de 1986, d'autres changements législatifs ont été mis en œuvre dans le domaine du droit de la concurrence. Pour illustrer, l'Autorité de la concurrence, anciennement connue sous le nom de "Conseil de la concurrence", a étendu son champ d'action et a également ajusté ses procédures.

Ces ajustements concernent principalement la structure et sont le résultat de la loi n°92-1282 du 11 décembre 1992, qui visait à renforcer le rôle de l'Autorité de la concurrence. Cette loi habilite le Conseil, en se fondant sur les articles 85 à 87 du Traité de Rome, à sanctionner toute conduite impliquant des positions dominantes et des ententes. De même, la loi Galland du 1er juillet 1996 a élargi les compétences contentieuses du Conseil de la concurrence pour englober les prix jugés abusivement bas.

Par la suite, la loi relative aux nouvelles régulations économiques (désignée sous le nom de NRE) du 15 mai 2001 est promulguée, introduisant diverses réformes procédurales en faveur du Conseil de la concurrence. Cette législation confère au Conseil la faculté de conclure des accords transactionnels avec les entreprises sanctionnées, d'utiliser des procédures de clémence et de mettre en place des mesures alternatives à la sanction. En effet, les procédures de négociation dans le domaine du droit de la concurrence, comme la non-contestation des griefs ou les transactions, ainsi que les options offertes aux entreprises, telles que le programme de clémence, visent à simplifier l'application du droit de la concurrence. Ces dispositions sont particulièrement utiles dans les cas de preuves insuffisantes ou de comportements de pratiques anticoncurrentielles dissimulés.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 instaure une nouvelle innovation qui est l'introduction d'un guichet unique en matière de concurrence. Ensuite, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 relative à la croissance, à l'activité et à l'égalité des chances économiques¹⁸⁶, a notablement élargi les compétences de l'Autorité de la concurrence. Elle a étendu à l'ensemble du territoire national la capacité de l'ADLC à émettre des injonctions, qui était auparavant

¹⁸⁶ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques *JORF* n°0181 du 7 août 2015 Appelle aussi loi Macron, définitivement été adoptée le 10 juillet 2015.

limitée aux départements et collectivités d'outre-mer. Cette extension s'applique aux entreprises ou groupes d'entreprises opérant dans le secteur du commerce de détail et détenant une position dominante, lorsque leurs prix ou marges suscitent des inquiétudes en matière de concurrence. Parallèlement, la loi dite "MACRON" a instauré une procédure de pré-notification à l'Autorité de la concurrence (ADLC) pour « les accords relatifs au regroupement à l'achat, au référencement de produits ou à la vente de services aux fournisseurs »¹⁸⁷. Cependant, ces accords échappent en grande partie au contrôle des opérations de concentration et ne sont donc pas soumis à un examen préalable par l'ADLC.

Une autre réforme visant à renforcer et à modifier les procédures liées à la concurrence est incarnée par la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, également connue sous le nom de Loi PACTE.¹⁸⁸ Dans cette optique, le législateur a octroyé à l'Autorité de la concurrence un nouveau pouvoir dans le cadre des enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles, en vertu du nouvel article L. 450-3-3 du code de commerce. Ce pouvoir permet à l'ADLC d'accéder aux données de connexion des opérateurs téléphoniques, mais seulement dans des conditions strictement définies. Le décret numéro 2019-1247 du 28 novembre 2019 complète cette réforme en apportant des précisions quant à la procédure de communication des données de connexion.

La directive européenne récente n° (UE) 2019/1¹⁸⁹, désignée sous le terme ECN+, élargit de manière significative les compétences de l'Autorité de la concurrence (ADLC). Cette directive vise à améliorer les ressources de l'ADLC en les allouant de manière plus ciblée aux affaires considérées comme prioritaires selon le critère d'opportunité des poursuites. Une nouveauté importante réside dans la capacité de l'ADLC à déclencher de sa propre initiative des mesures conservatoires, ce qui s'avère particulièrement bénéfique pour faire face aux défis complexes de l'économie numérique. Sur le plan des sanctions, la directive instaure un plafond uniforme pour toutes les entreprises, éliminant ainsi le seuil de 3 millions d'euros qui était autrefois applicable aux « organismes » ou « aux associations d'entreprises », comme les

¹⁸⁷ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n°0181 du 7 août 2015.

¹⁸⁸ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises *JORF* n°0119 du 23 mai 2019.

¹⁸⁹ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

syndicats ou les ordres professionnels. A présent, ces entités peuvent faire l'objet de sanctions en fonction des ressources totales de leurs membres.

Désormais, le droit de la concurrence est en évolution mesurée grâce aux adaptations législatives et aux lignes directrices émises par les autorités de la concurrence, ainsi qu'à l'action de la Commission européenne via la Direction générale de la concurrence. De plus, ces règles permettent désormais de sanctionner les organisations en fonction des ressources de leurs membres.

II. L'influence du droit antitrust américain sur le droit de la concurrence en France.

La stratégie de concurrence au niveau européen s'appuie sur les analyses conceptuelles des écoles de pensée américaines les plus influentes ainsi que sur les pratiques concrètes observées dans différents États européens tels que l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni (A). Cette stratégie s'est édifiée progressivement et s'est enrichie au fil de l'évolution de la construction européenne (B).

A- Une influence du droit antitrust américain.

Sur le plan historique, il est indéniable que le droit de la concurrence en Europe, et plus particulièrement en France, s'est inspiré des principes et des méthodes du droit antitrust américain. Celui-ci a été introduit aux États-Unis avec le célèbre *Sherman Act* de 1890, qui sanctionnait les ententes et les abus de position dominante pour lutter contre les pratiques monopolistiques de la *Standard Oil*. Ce texte a été complété par le *Clayton Act* de 1914, qui a introduit le concept de contrôle des concentrations.

Sous l'influence du droit américain et suite aux bouleversements provoqués par la crise de 1930, le libéralisme a progressivement cédé la place à un interventionnisme étatique croissant. De nombreux économistes ont alors défendu les idées de l'économiste britannique Keynes, dont les théories ont exercé une forte influence en France et en Europe. La pénurie causée par la crise et la guerre a été la principale raison justifiant la mise en place d'une administration économique.

Cependant, au fil du temps, des disparités apparaissent entre le système juridique de la concurrence européen et américain. Chacun de ces deux modèles adopte une approche économique distincte concernant le droit de la concurrence. De plus, des divergences se

manifestent également entre l'interdiction *per se* et *Rule of Reason* (la règle de la raison), qui traite les cas spécifiques en fonction de leur contexte économique.

Actuellement, malgré la primauté du droit antitrust américain en matière de régulation de la concurrence, on constate que l'influence européenne s'accroît dans plusieurs pays qui considèrent le modèle européen comme une référence à adopter.

Pour comprendre cette situation, nous allons d'abord expliquer comment le droit antitrust américain (a) diffère du droit de la concurrence européen (b). Ensuite, nous verrons pourquoi de nombreux pays considèrent le modèle européen comme plus favorable (c).

a- Le modèle américain.

Aux États-Unis, la stratégie de la concurrence s'appuie sur deux courants principaux qui offrent des perspectives pertinentes sur la formulation de la politique concurrentielle. Ce sont les travaux issus de l'École de Harvard puis celui de Chicago. Leur influence dans la jurisprudence américaine sont indiscutables.

L'École Harvard, est un courant structuraliste, qui a un impact considérable sur le plan de la politique de la concurrence aux États-Unis. En effet, en appliquant le concept de cette école pour traiter un cas, les autorités concurrentielles américaines s'appuyaient sur le fameux paradigme SCP : Structure, Conduite, Performance (une méthodologie élaborée notamment par BAIN en 1951). Dans cette situation, la structure du marché conditionnera la concurrence. Donc, lorsque le pouvoir du marché augmente avec le degré de concentration du marché, la concentration du marché augmente et les risques des pratiques anticoncurrentielles seront élevés. L'École d'Harvard défend ainsi la revendication d'une intervention structurelle des autorités publiques par le biais de la mise en place de la politique de concurrence. Selon BENZONI, ce modèle « a fourni incidemment des arguments en faveur d'un renforcement de la politique de la concurrence américaine et justifiera *a posteriori* les nombreuses agences fédérales de contrôle instaurées dans les secteurs les plus divers »¹⁹⁰. Cette conception a longtemps été remise en question par l'école de Chicago. Mais depuis le début des années 1970, et surtout depuis la présidence de Ronald Reagan, on observe le développement d'une thèse alternative.

¹⁹⁰ L. Benzoni, « Industrial Organization, Industrial Economics : Les Développements d'une Discipline. », *Traité d'économie industrielle* sous la direction de R. Arena et alii., Economica, Paris, 1995. pp.133-159.

Pour les auteurs de l'école de Chicago, le concept est inversé. Ce sont les comportements des entreprises et les performances qui conditionnent la concurrence. En d'autres termes, les entreprises qui proposent des produits de meilleure qualité que leurs concurrents peuvent conquérir de nouveaux clients et occuper une position dominante. Dès lors, seules les situations dans lesquelles une position dominante persiste peuvent faire l'objet de mesures de la part des autorités concurrentielles. En revanche, lorsque le monopole d'une entreprise se révèle temporaire, elle est considérée comme appartenant à la dynamique même de la concurrence. En conséquence, l'école dite comportementaliste, opte pour une position principalement souple relative aux divers types de fusions (verticales, horizontales ou conglomérales), où les autorités concurrentielles examinent au seul critère de l'efficacité économique.

Depuis près d'un siècle, le *Sherman Act* et le *Clayton Act*, en proscrivant certaines pratiques restrictives ou monopolistiques, se dressent en tant que fondements définitifs de la politique antitrust américaine. Leur influence prépondérante s'est également étendue à la politique de concurrence européenne, notamment aux articles 85 et 86 du traité CEE ainsi qu'au règlement sur les concentrations. Des arrêts judiciaires d'une grande portée ont été prononcés en vertu des articles 1 et 2 du *Sherman Act*, parmi lesquels figurent les célèbres affaires de l'ALCOA (*Aluminium Company of America*) en 1945 et d'IBM (*International Business Machines*) en 1969. Toutefois, aux États-Unis, afin de soutenir le développement industriel, les tribunaux ont mis en place un cadre juridique tenant compte des aspects économiques. Cela se manifeste à travers l'adoption du principe de "*rule of reason*" (la règle de raison) sous le *Sherman Act*. Cette approche vise à éviter une évaluation trop sévère des accords favorables à la concurrence.¹⁹¹

En ce sens, Vogel avance l'idée que l'application combinée des lois sur les accords et les fusions remet en question la réalité de la préférence accordée à la concentration économique aux États-Unis¹⁹². Pour modérer la sévérité du *Sherman Act*, les juridictions américaines ont instauré la "*rule of reason*", qui vise à équilibrer les effets pro-concurrentiels et anticoncurrentiels d'une entreprise en utilisant une méthode appelée "méthode du bilan concurrentiel". Si le bilan penche en faveur de la concurrence, alors la pratique est considérée

¹⁹¹ *U.S. Supreme Court, Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).*

¹⁹² L. Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique, Études comparatives*, Economica, Paris, 1988, p. 427.

comme raisonnable et autorisée. Cette règle est généralement appliquée en référence à la Section 1 et à la Section 2 du *Sherman Act*. Il est donc fréquent que certains auteurs assimilent la Section 2 du *Sherman Act* à l'article 102 du TFUE.

Dès lors, il convient d'examiner la possibilité d'introduire cette approche dans le droit européen de la concurrence, car l'article 102 TFUE établit également un principe d'interdiction sans inclure de principe d'exception similaire à l'article 101 TFUE. Dans cette perspective, du moins en théorie, la "*rule of reason*" semble justifiée. Cependant, sa mise en œuvre s'avère plus complexe car elle exige deux conditions cumulatives : d'une part, une analyse centrée sur les effets d'une pratique ¹⁹³ ; d'autre part, la prise en compte des effets pro-concurrentiels de cette même pratique. En d'autres termes, pour que la théorie de "*rule of reason*" s'applique, une entreprise doit démontrer qu'elle prend en considération les effets favorables à la concurrence. Cela montre que le droit européen de la concurrence accuse un retard par rapport au droit américain dans ce domaine. Par conséquent, il semble initialement compliqué d'appliquer cette règle dans le contexte européen.

b- Le droit de concurrence européen.

Le droit de la concurrence trouve ses racines dans les idées du libéralisme économique du XVIIIe siècle, qui sont apparues en Angleterre et en France. Ces principes s'inspirent des idées des Lumières, des physiocrates, ainsi que des concepts de liberté du commerce et de l'industrie qui ont émergé durant la Révolution française. Bien que ses fondements soient enracinés dans cette période historique, il est généralement admis que le droit de la concurrence prend véritablement forme aux États-Unis, notamment avec l'adoption du *Sherman Act* en 1890, auquel s'ajoute le *Clayton Act* en 1914. Ce dernier introduit le contrôle des concentrations pour prévenir une réduction significative de la concurrence et lutter contre les discriminations de prix. Par la suite, le *Clayton Act* a été amendé par le *Celler-Kefauver Act* en 1950, élargissant le contrôle des concentrations aux fusions verticales et conglomérales.

Le *Sherman Act* est considéré comme une pièce maîtresse de l'édifice du droit de la concurrence, et pose ainsi, les fondements du système européen. Cependant, le droit de la concurrence en Europe a connu des évolutions au fil du temps, adaptant ses règles et principes en fonction des besoins et des changements dans l'environnement économique.

¹⁹³ Généralement la Commission européenne ne se concentrait que sur une analyse formelle.

Le fondement du droit européen de la concurrence provient principalement des théories élaborées par l'école ordo-libérale de Fribourg-en-Brisgau, qui ont par la suite été influencées par les idées de l'école de Harvard. L'école ordo-libérale de Fribourg-en-Brisgau prône l'idée selon laquelle l'État doit créer un cadre réglementaire favorisant une concurrence libre et non faussée entre les acteurs économiques. En d'autres termes, cette approche encourage l'intervention publique par le biais de règles et de régulations visant à préserver l'indépendance du marché. Elle accorde une grande importance à la protection constitutionnelle de la liberté économique et préconise la mise en place d'autorités judiciaires indépendantes pour garantir le respect de ces principes.

Il convient de noter que l'évolution d'un véritable droit de la concurrence en Europe a pris du temps. Bien que des idées libérales aient émergé aux XVIII^e et XIX^e siècles, l'interventionnisme a largement dominé. Entre les deux guerres, sous l'influence notamment des théories de Keynes, on a assisté à la nationalisation de plusieurs entreprises et à l'instauration de réglementations des prix, telles que l'ordonnance du 13 juin 1945. Les premières règles de droit de la concurrence ont commencé à voir le jour en 1950, bien que leur présence restât encore limitée en France¹⁹⁴. En effet, le premier texte fut introduit en 1953 par décret, et ultérieurement modifié par un décret de 1958 pour être intégré dans le code pénal. Ces règles avaient pour objectif de sanctionner pénalement le refus de vente entre professionnels et d'interdire les coalitions entre entreprises. Toutefois, à cette époque, le droit de la concurrence en Europe demeurait encore très restreint.

Au sein des États membres, le droit communautaire joue un rôle essentiel dans la formulation des normes de concurrence. Dès l'origine, des règles étaient en place, notamment à travers les dispositions du traité CECA qui traitaient des ententes, des abus de position dominante et des concentrations. Ce traité incluait même une surveillance des comportements des États pour prévenir toute altération de la concurrence. Le traité de Rome, pour sa part, établit les règles concernant les ententes et les abus de position dominante, ainsi que le contrôle des aides d'État et des comportements des États et des entreprises publiques, même si les règles relatives aux concentrations n'étaient pas incluses.

Dans les années 1970, l'école de Chicago a exercé une influence significative en remettant en question le rôle de l'État dans l'économie. Cependant, ce n'est qu'en 1986 que la

¹⁹⁴ B. Chenot, *Les entreprises nationalisées*, Presses universitaires de France, Paris, 1956, p.63.

France a adopté son premier texte majeur en matière de concurrence, l'ordonnance de 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, qui abroge l'ordonnance de 1945 sur la régulation. Ce texte cherche à établir un équilibre entre l'affaiblissement du dirigisme étatique (en favorisant la liberté des prix, par exemple) et un certain interventionnisme, principalement dans le contrôle des concentrations. L'idée fondamentale derrière cette approche est celle de la régulation, qui vise à harmoniser les principes de la concurrence avec l'intérêt général. Cela se traduit par une intervention en amont pour créer des conditions de concurrence favorables, tout en limitant l'intervention de l'État. Cette même idée se retrouve également dans le domaine du droit de la concurrence.

La citation « la concurrence n'améliore pas la concurrence. Cela signifie que la concurrence, selon cette opinion critique, peut souvent conduire à des situations où une seule entreprise domine, abuse de son pouvoir économique et se livre à des comportements répréhensibles tels que la fraude et l'exploitation injuste, au lieu de favoriser une véritable concurrence. Cela met en évidence une réflexion qui met en doute l'efficacité et les bienfaits absolus de la concurrence dans certains contextes économiques¹⁹⁵.

L'article 3, paragraphe 1, du traité de Rome énonce la nécessité de mettre en place un « régime garantissant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun ». Certains considèrent cela comme une manifestation du libéralisme de stratégie, car la concurrence est envisagée comme un moyen pour établir un marché commun prospère.

De plus, dans le traité de Maastricht, l'article 4, paragraphe 1, du TUE (Traité sur l'Union Européenne) mentionne le « principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre », ce qui reflète un libéralisme de conviction. La libre concurrence est ainsi présentée comme un principe fondateur de l'Union européenne. Cela a suscité des débats lors de la proposition d'adoption du TECE (Traité établissant une Constitution pour l'Europe), qui réaffirmait le même principe de libre concurrence. Certains se sont alors interrogés sur la question de savoir si l'Europe devait se limiter à être uniquement libérale ou si elle devait également intégrer des aspects sociaux dans sa vision et son fonctionnement.

Dans le traité de Lisbonne de 2007, la mention de la concurrence ne figure plus parmi les objectifs de l'Union européenne. Au lieu de cela, on parle désormais d'une "économie sociale

¹⁹⁵ B. Maris, *Antimanuel d'économie*, Bréal, Paris, Tome 1, 2020, p.256.

de marché hautement compétitive". Cependant, la formule de la concurrence "libre et non faussée" n'est pas complètement abandonnée, car elle est encore présente à l'article 119 du TFUE concernant la conduite économique de l'UE, ainsi que dans le protocole n°6 annexé au traité, qui traite du marché intérieur et de la concurrence. Ainsi, la finalité de ces changements n'est pas de mettre en lumière la concurrence comme un objectif principal, mais plutôt un instrument utilisé pour atteindre les autres objectifs de l'Union européenne. Cela implique une attention plus marquée sur l'aspect économique au lieu de se concentrer uniquement sur la concurrence, ce qui conduit à prendre en considération d'autres facteurs dans la formulation des politiques européennes. En d'autres termes, la concurrence est perçue comme un outil au service des objectifs économiques plus larges de l'Union européenne, plutôt que comme un objectif en soi.

Dans l'arrêt CJCE du 25 octobre 1977, *Metro c. Commission*, la Cour de Justice de l'Union européenne évoque le concept de « concurrence praticable ». Cela signifie qu'une « dose de concurrence est considérée comme nécessaire pour respecter les exigences fondamentales et atteindre les objectifs du traité¹⁹⁶ ». Ainsi, la concurrence peut varier en fonction des circonstances. Cette approche représente un changement vers une politique de la concurrence plutôt qu'un simple cadre juridique. En effet, les autorités européennes adaptent les règles de concurrence pour réaliser leurs objectifs, tout en cherchant à équilibrer divers intérêts, tels que favoriser une concurrence juste et encourager le développement durable.

Deux éléments sont à souligner dans cette perspective. D'une part, les pouvoirs étendus de la Commission européenne en matière de concurrence lui permettent de moduler son action et l'application des règles de concurrence, tout en étant soumise au contrôle du juge. Cette souplesse vise toujours à trouver un équilibre entre des objectifs divers. D'autre part, une source essentielle du droit de la concurrence réside dans le "droit dérivé hors nomenclature", c'est-à-dire des instruments non prévus directement par le traité, tels que les communications, lignes directrices, etc., relevant de la *soft law*. Ces instruments ont une place significative dans le domaine du droit de la concurrence. En résumé, la notion de "concurrence praticable" souligne la flexibilité dans l'application des règles de concurrence pour atteindre différents buts. Les pouvoirs majeurs de la Commission européenne et l'impact du droit dérivé paraissent primordiaux pour façonner cette approche de politique de la concurrence.

¹⁹⁶ CJCE du 25 octobre 1977, *Metro c. Commission*.

B-Une préférence du modèle de droit de concurrence européen sur le modèle antitrust américain.

Malgré l'influence exercée par les États-Unis sur l'Europe dans le domaine de la concurrence, la Commission européenne et les autorités américaines ont des perspectives divergentes quant à l'approche et à la conception des pratiques anticoncurrentielles. Cependant, selon notre analyse, la différence fondamentale entre les systèmes européens et américains réside davantage dans leur approche procédurale.

Prenons l'exemple des contrôles de concentration : en Europe, les procédures sont de nature administrative, et la Commission européenne détient des pouvoirs exclusifs pour approuver ou interdire les transactions atteignant un certain seuil de chiffre d'affaires. En revanche, aux États-Unis, le système est très différent car il repose principalement sur des tribunaux et des procédures judiciaires. Les autorités américaines disposent de pouvoirs non exclusifs et doivent engager des poursuites devant un tribunal fédéral pour contester les transactions qu'ils considèrent comme anticoncurrentielles. Même s'ils ont des similitudes, les différences procédurales importantes entre les approches européenne et américaine en matière de contrôle des concentrations reflètent une manière significativement distincte de traiter et de réglementer ces pratiques dans chaque juridiction.

Dans le droit européen, le seuil minimal du chiffre d'affaires est un facteur clé qui influence sur les compétences de la Commission. Les opérations excédant ce seuil ne pourront pas être effectuées sans l'approbation explicite ou implicite de la Commission européenne. En revanche, aux États-Unis, les seuils établis par la loi *Hard-Scott-Rodino* n'entraînent que des obligations de déclaration aux autorités fédérales, auprès du *Department of Justice et la Federal Trade Commission*. Une fois ces seuils atteints, les parties ne peuvent pas finaliser la transaction pendant un certain temps, permettant aux autorités fédérales de se prononcer sur d'éventuels litiges.

En Europe, une fois le seuil atteint, les compétences exclusives de la Commission limitent les possibilités pour les particuliers (clients ou concurrents) de contester les opérations, car elles sont soumises aux procédures administratives européennes et aux délais établis. Aux États-Unis, le "*Clayton Act*" interdit généralement les activités de fusion ou d'acquisition qui pourraient sérieusement nuire à la concurrence ou conduire à la création de monopoles. La loi permet aux individus et aux autorités fédérales de mettre en place des initiatives préventives

pour protéger la concurrence. Ainsi, même si une fusion ne répond pas aux critères habituels de déclaration en raison de son impact financier plus faible, elle peut toujours faire l'objet d'un examen et d'une intervention si elle est considérée comme préjudiciable à la concurrence ou à l'économie en général. Les distinctions entre les approches européenne et américaine, notamment en ce qui concerne les seuils de chiffre d'affaires et les pouvoirs des autorités de concurrence, illustrent des méthodes et des approches distinctes en matière de contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles. Chacun de ces systèmes établit des procédures et des mécanismes particuliers pour garantir une concurrence équitable et prévenir les comportements anticoncurrentiels.

En principe, la Commission européenne dispose d'un délai de cinq mois pour prendre une décision une fois l'opération notifiée. En revanche, aux États-Unis, la période pendant laquelle une partie est interdite de réaliser des transactions soumises aux normes de déclaration est, dans la plupart des cas, de 30 jours (sauf pour certains cas avec des périodes prolongées ou raccourcies). Cependant, aux États-Unis, le droit d'intenter une action en justice est normalement indéfini.

En outre, dans le CPI Chronicle d'octobre 2019, Greg WERDEN et Luke FROEB recensent dix distinctions entre les approches européennes et américaines en ce qui concerne l'application des règles relatives au comportement des entreprises uniques. Ces différences fondamentales éclairent la manière dont l'Europe se distingue systématiquement des États-Unis, ayant ainsi un impact sur la mise en œuvre des lois visant les géants de la technologie. WERDEN & FROEB soulignent les "différences bien ancrées" dans l'approche adoptée par chaque juridiction envers le comportement des entreprises uniques. Dans le cadre de cette thèse, nous mentionnerons quelques exemples tirés de leur article pour étayer ces divergences.

Werden & Froeb avancent que le système européen est fortement influencé par des considérations politiques. Selon eux, la structure décisionnelle au sein de l'Europe semble être conçue de manière à accorder une importance prépondérante à la politique plutôt qu'aux aspects techniques. En fin de compte, c'est la Commission européenne qui met en œuvre les mesures, conformément aux recommandations de son commissaire à la concurrence, qui s'engage à agir de manière impartiale. Les autres commissaires ont rarement une influence sur les recommandations du commissaire à la concurrence. Ces recommandations sont basées sur le travail et les contributions de la direction de la concurrence au sein de la DG Concurrence, ainsi

que sur l'examen d'un cabinet composé en partie de hauts fonctionnaires spécialisés en matière de concurrence au sein de la DG Concurrence.

Il est toutefois reconnu que le commissaire à la concurrence, assimilable au responsable d'une agence antitrust, peut être un acteur politique, ce qui est le cas actuellement. De plus, formellement, les décisions d'exécution sont prises par un collège de commissaires politiquement nommés, qui détiennent différents portefeuilles et agendas. Cette situation est différente de celle des autres pays membres, où la plupart des dirigeants de la concurrence ne sont pas dépendant de l'État, même si les chefs des autorités et les commissaires nomment parfois des dirigeants politiques sans expertise technique en matière de concurrence. Il est essentiel de noter que cette situation, bien qu'elle puisse être insatisfaisante, ne se limite pas aux marchés impliquant la conduite ou la technologie d'une seule entreprise. Elle s'applique à tous les domaines, y compris au contrôle des concentrations. En réalité, les commissaires à la concurrence ont souvent manifesté une inclination à défendre des intérêts nationaux ou locaux. Un exemple récent est la décision de la Commission européenne en 2019, sur recommandation de la commissaire VESTAGER, de bloquer la fusion Siemens/Alstom malgré l'opposition des deux poids lourds nationaux de l'UE, la France et l'Allemagne. Cette illustration met en évidence comment les considérations politiques peuvent influencer les décisions en matière de concurrence au niveau européen, malgré la présence de mécanismes formels visant à assurer l'impartialité.

Compte tenu de l'histoire des agences fédérales chargées de l'application de la loi aux États-Unis, il est important de comprendre que l'idéologie politique peut influencer le processus de prise de décisions concurrentielles, tant aux États-Unis qu'en Europe. Néanmoins, il n'existe pas de preuves solides étayant l'idée d'un effet systématique de la politisation sur les résultats des affaires antitrust dans l'UE. Par ailleurs, il est important de noter que de nombreux décideurs au sein des agences antitrust possèdent une solide expérience dans ce domaine, ce qui contribue à assurer un examen objectif et équilibré des questions de concurrence.

WERDEN & FROEB avancent un autre exemple en affirmant que le système européen a été conçu dans une optique de régulation plutôt que d'application stricte de la loi. En effet, contrairement aux interdictions antitrust américaines, les interdictions de l'UE sont formulées de manière générale en termes de structure fondamentale. Prenons par exemple l'article 102 du TFUE, qui interdit « tout abus par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante dans le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ». Bien que l'article 102 TFUE

énumère quatre exemples d'abus, la jurisprudence de l'UE est catégorique : cette liste est simplement indicative. L'essentiel est de déterminer si le comportement en question constitue un abus de position dominante, indépendamment de son adéquation avec l'une des quatre catégories d'abus énumérées.

En comparaison, l'article 2 du *Sherman Act* interdit toute « monopolisation, tentative de monopolisation, ou complot ou association en vue de monopoliser ». Si l'on examine l'interdiction de "tout abus de position dominante" par rapport à celle de "monopolisation, tentative de monopolisation, ou complot ou association en vue de monopoliser", on constate que les interdictions présentent une similarité dans leur formulation générale. Par conséquent, l'approche européenne en matière d'antitrust est davantage orientée vers la régulation, et les interdictions antitrust de l'UE sont formulées de manière générale en termes de structure fondamentale, contrairement aux interdictions spécifiques énoncées par le *Sherman Act* américain. Cependant, malgré ces différences de formulation, les deux systèmes visent finalement à promouvoir la concurrence et à prévenir les abus de position dominante sur les marchés.

Dans le droit de l'Union européenne, les notions centrales à prendre en considération sont les "abus" et la "position dominante", tandis qu'aux États-Unis, le critère déterminant est la notion de "monopoliser". Cependant, malgré cette divergence conceptuelle, la manière dont les tribunaux américains et européens ont interprété et appliqué les interdictions antitrust présente des similitudes méthodologiques des deux côtés de l'Atlantique. En effet, dans les deux systèmes, les tribunaux adoptent une approche globale et flexible, en prenant en considération les politiques et les théories économiques actuelles tout en examinant attentivement les faits particuliers de chaque affaire soumise par les avocats.

Néanmoins, il est important de souligner que les jurisprudences américaine et européenne diffèrent sur certaines problématiques particulières. Un exemple en est la question des prix d'éviction et de la compression des marges. Aux États-Unis, pour obtenir gain de cause dans une action en justice, le demandeur doit démontrer que l'abus est intentionnellement planifié dans le but d'éliminer un concurrent. En revanche, dans l'UE, la récupération des pertes est prise en compte comme un facteur pertinent lors de l'évaluation d'une stratégie prédatrice, mais cela ne constitue pas un élément central de l'infraction en soi. De plus, aux États-Unis, la compression des marges n'est pas considérée comme une infraction autonome, tandis qu'elle peut l'être dans l'UE, sous certaines conditions spécifiques. En conclusion, bien que les critères

et les concepts utilisés par le droit de l'UE et le droit américain diffèrent, ils partagent une approche générale similaire dans l'interprétation et l'application des interdictions antitrust. Cette approche souple leur permet de s'adapter aux évolutions économiques tout en poursuivant l'objectif commun de promouvoir une concurrence équitable et de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles.

Les divergences observées entre les législations antitrust américaine et le droit de la concurrence de l'UE ne soutiennent pas nécessairement l'idée que l'une serait conçue comme une "application de la loi" et l'autre comme une "régulation". Au contraire, ces différences reflètent plutôt des conceptions distinctes.

Il est intéressant de souligner qu'à l'origine, dans l'un des projets de traité de Rome, la section sur la concurrence débutait avec une interdiction générale de discrimination basée sur la nationalité. Cependant cette interdiction a été levée à la demande de la délégation allemande, avec le consentement des autres délégations, car il a été considéré qu'une telle discrimination n'était pas liée au droit de la concurrence.

Il en découle que ces choix de rédaction illustrent des perceptions différentes quant à la portée et à l'objectif du droit de la concurrence, tant aux États-Unis qu'en Europe. Chaque système adopte une approche particulière en fonction de ses principes et de sa culture juridique. Cependant, on peut noter que certains pays, comme la Tunisie, montrent une préférence pour le modèle européen plutôt que le modèle américain en matière de droit de la concurrence. Cette tendance peut s'expliquer par des considérations politiques, économiques ou culturelles spécifiques à chaque nation.

Chapitre 2- Les modalités d'intervention de l'Etat dans le droit économique : étude comparative.

Après une analyse de l'historique de l'intervention étatique en matière de régulation du droit de la concurrence, et en discutant de l'influence du droit de la concurrence tunisien par le droit européen, notamment le droit français, il est désormais nécessaire de répondre à la question de la modalité et du degré d'intervention de l'État en pratique pour réguler la concurrence.

Contrairement à la forte présence de l'État tunisien dans le domaine économique, comme décrit dans **la section 1**, le modèle français privilégie davantage une approche de régulation économique, comme expliqué dans **la section 2**. De nombreux débats ont eu lieu concernant le niveau et les modalités de l'intervention de l'État dans l'économie. Cette thèse vise à comparer les différentes formes d'intervention étatique, allant des mesures maximales visant à corriger les défaillances du marché à celles visant à lutter contre les monopoles ou les ententes illégales entre entreprises.

Face aux défaillances du marché, l'État peut mettre en place diverses mesures, telles que la lutte contre les monopoles ou les ententes illicites entre entreprises. Il peut également procéder à la démonopolisation de secteurs historiquement dominés par des monopoles, tels que l'énergie, les télécommunications, les autoroutes, etc. De plus, il peut mettre en œuvre des politiques de l'offre, comme la réduction du coût du travail ou l'amélioration du niveau d'éducation, ainsi que des politiques de la demande, comme des ajustements des taxes fiscales, des impôts ou des aides sociales, dans le but de favoriser la croissance économique à court ou à long terme.

Section1- L'omniprésence de l'Etat tunisien dans le droit économique avant et après la révolution.

Pour l'État tunisien l'omniprésence de l'État se manifeste à travers une forme de « libéralisme contrôlé » (§ 1). L'intervention peut se manifester aussi à travers la nationalisation des entreprises publiques (§ 2).

§1- Libéralisme contrôlé et régulation.

Historiquement, l'État tunisien a investi et participé à la gouvernance de sociétés pour réguler ou sauver des activités, grâce à une certaine libéralisation contrôlée (I). Mais depuis la révolution de 2011, et sous la pression internationale l'État actionnaire entend plutôt protéger l'industrie nationale et favoriser l'innovation par la privatisation (II).

I- Le libéralisme réformiste ou comment perpétuer l'État tunisien.

Les tentatives d'évolution et des réformes des modalités de régulation sur l'économie tunisienne ne cessent de continuer (A). Toutefois, la demande d'État demeure puissante malgré les pressions à la libéralisation et tend vers un libéralisme « contrôlé » (B).

A- Le libéralisme réformiste.

« Le libéralisme ou le néo-libéralisme ne représente pas nécessairement un retrait de l'État ni la fin de l'interventionnisme, mais plutôt une réorganisation des méthodes d'exercice du pouvoir »¹⁹⁷. La Tunisie a toujours été enclin à un esprit réformiste orienté vers l'étatisme depuis son histoire. Ce courant politique et intellectuel a vu le jour au XIXe siècle dans l'Empire Ottoman grâce à l'adoption d'un ensemble de réformes politiques, juridiques, militaires, éducatives et administratives¹⁹⁸. Progressivement, le réformisme a été réinterprété en Tunisie, mettant en avant l'idée de "bon gouvernement". Cela implique que l'État doit exercer un gouvernement modéré tout en s'engageant sur la scène internationale, tout en veillant à préserver les caractéristiques spécifiques du pays. En d'autres termes, cela privilégie l'intervention de l'État pour façonner et contrôler la société.¹⁹⁹.

Malgré l'adoption de plusieurs réformes considérées comme néolibérales²⁰⁰, la Tunisie a sa propre vision. L'idée est que l'État prévoit, organise et contrôle, mais pas de manière autoritaire, ni en tendant vers un pouvoir central cherchant à surveiller, punir et favoriser. Au contraire, cette vision se caractérise par une demande d'intervention et de protection de l'État, même si certains critiquent les procédures et remettent en cause la lourdeur des interventions. Le slogan français du XVIIIe siècle, "laissez-nous faire, protégez-nous beaucoup", sollicité aux autorités administratives, correspond parfaitement à cette approche.

Le Pacte fondamental de 1857, qui énonce les droits des sujets du bey²⁰¹ et de tous les habitants vivant dans le « Beylicat de Tunis²⁰² représente une réforme révolutionnaire. Il proclame l'égalité de tous les habitants devant la loi et l'impôt, instaure la liberté de culte et de commerce.

¹⁹⁷ B. Hibou, « Le libéralisme réformiste, ou comment perpétuer l'étatisme tunisien », *L'Économie politique* 2006, p.9.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ B. Hibou, *La force de l'obéissance. Economie politique de la répression en Tunisie*, la Découverte, Paris 2006.

²⁰⁰ Négocié dès 1986, le premier programme d'ajustement structurel (PAS) en Tunisie date de 1987. Très rapidement le PAS est remplacé par des facilités et surtout par des programmes d'ajustement sectoriels, mais la philosophie des uns et des autres reste la même.

²⁰¹ Représentait à l'époque, comme le gouverneur de Tunis.

²⁰² Parfois appelé royaume de Tunis par des sources occidentales anciennes est le régime politique de facto de la Tunisie du 15 juillet 1705 au 12 mai 1881. Il est instauré par Hussein Ier Bey après sa victoire sur les deys et la fondation de la dynastie des Husseinites.

Cela a conduit à l'émergence progressive de nouvelles formes de protection, de redistribution et de sécurité. Au XX^e siècle, des mesures telles que le traitement social du chômage, la solidarité obligatoire et des subventions accordées à certaines catégories de personnes ou à certains produits ont été mises en place²⁰³.

En 2004, les dépenses liées à la fonction publique représentaient encore environ 40% des revenus de l'État et plus de 12% du produit intérieur brut (PIB), tandis que l'endettement public extérieur atteignait plus de 61% du PIB. Ces chiffres peuvent être interprétés de deux manières. D'un point de vue économique, ils pourraient refléter un échec de la désétatisation. Cependant, d'un point de vue politique, ils pourraient être perçus comme révélateurs des modes de gouvernance où l'État occupe une place centrale.

Les tentatives d'évolution des modalités de régulation sur l'économie tunisienne ne cessent de continuer. Toutefois, la demande d'État demeure puissante malgré les pressions à la libéralisation.

Les responsables tunisiens étaient satisfaits des améliorations apportées à la population. Parmi les exemples, on peut noter une croissance économique atteignant 5%, accompagnée d'un véritable développement du pays. De plus, la classe moyenne a augmenté en taille, et un grand nombre de familles sont devenues propriétaires de leur logement.

Ce réaménagement de l'interventionnisme repose sur un discours récurrent qui insiste sur le rôle de l'État dans la prévention des incertitudes et des risques dangereux. Leur objectif principal est de répondre aux préoccupations de la société, tout en octroyant une importance particulière à l'aspect économique dans la mesure où il est lié aux considérations sociales. Ce positionnement est clairement exprimé à travers des termes tels que "libéralisme social", "économie sociale de marché" ou encore "liberté sous surveillance"²⁰⁴.

Cependant, ce discours présente plusieurs inconvénients pour différentes parties prenantes. En revendiquant fermement la légitimité des efforts "sociaux" au sein du libéralisme,

²⁰³ Pour illustrer, en 2004, le prix du litre de diesel demeurait à 30 centimes d'euros et celui du sans plomb à 50 centimes d'euros, en dépit de la hausse des prix sur le marché international. En cette année, les subventions gouvernementales ont atteint 580 millions de dinars tunisiens, soit l'équivalent de 1.7% du PIB. Cette situation a conduit à ce que les consommateurs n'aient assumé que 20% du coût réel de l'essence.

²⁰⁴ Expression entendue plusieurs fois lors de mes entretiens à Tunis avec des officiels de différents ministères et agence publique, ce qui laisse penser qu'elle fait partie du discours véhiculé par le rassemblement constitutionnel démocratique (RCD).

il entraîne des lenteurs dans le processus de privatisation et ralentit la libéralisation du commerce extérieur.

Pendant la transition de l'interventionnisme étatique vers la libéralisation, tout en tenant compte du droit de la concurrence, il aurait été envisageable de prévoir des ajustements visant à réduire les interventions étatiques, surtout celles marquées par un certain degré de discrétion. Cependant, suite à mes entretiens en Tunisie, il est intéressant de noter que de nombreux entrepreneurs ont exprimé l'opinion selon laquelle l'interventionnisme s'est révélé plus perturbant que même ce qui était observé dans les années 1960. Certains le considèrent même comme plus gênant que le contrôle plus typique qui prévalait durant les années 1970 et 1980, période marquée par le libéralisme économique.

D'importants changements ont été observés. Auparavant, l'administration détenait un pouvoir absolu pour accorder ou refuser des autorisations, tout en ayant le contrôle total sur la définition et les exigences du cahier des charges.

« Comme dans le sport, la concurrence est un stimulant qui incite les entreprises à se dépasser, favorisant ainsi l'innovation, la diversité de l'offre et des prix attractifs pour les consommateurs comme pour les entreprises. »²⁰⁵ La libre concurrence incite les entreprises à innover en permanence et améliorer leur productivité afin d'attirer les consommateurs.

Il est bien établi depuis longtemps que les entités publiques ont divers moyens d'intervenir dans le secteur industriel et commercial. Elles peuvent opter pour la création d'entreprises publiques locales ou de sociétés d'économie mixte, ou encore assumer directement la gestion des activités économiques.

Dans ses principes, le Traité de Rome appelle notamment à « un haut degré de compétitivité ²⁰⁶» et prévoit « une politique économique... conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre²⁰⁷ ». Au niveau constitutionnel en France, la liberté d'exercer une activité entrepreneuriale a été officiellement

²⁰⁵ Autorité de concurrence, les vertus de la concurrence, disponible sur : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/les-vertus-de-la-concurrence>

²⁰⁶ Article 2 du Traité de Rome

²⁰⁷ Article 4 du Traité de Rome

reconnue.²⁰⁸ Elle implique « la liberté du commerce et de l'industrie, reconnue avant elle²⁰⁹ et, dans le prolongement de celle-ci, la liberté de concurrence »²¹⁰, dont le Conseil d'Etat a fait application²¹¹, bien avant qu'il l'ait exprimée comme découlant de l'ordonnance du 1er décembre 1986²¹².

Toutefois, la régulation des prix en Tunisie s'est manifestée sous une forme stricte et contraignante. Durant la période de la Deuxième Guerre mondiale, des mesures rigoureuses ont été adoptées pour lutter contre le marché noir et l'inflation progressive. Cela comprenait le gel des prix et des tarifs, ainsi que la mise en place de règlements et d'obstacles réglementaires qui entravaient l'accès aux marchés. Par conséquent, la concurrence a subi des limitations significatives. Après la Seconde Guerre mondiale et en réponse à la forte augmentation des prix des produits alimentaires, Lamine BEY a pris l'initiative de créer une Caisse de compensation dans le but de protéger le pouvoir d'achat limité de la population et de garantir un accès à une alimentation équilibrée. La responsabilité de la gestion de cette Caisse a été confiée au ministère de l'Économie nationale. À la suite de l'indépendance de la Tunisie, la réglementation a adopté un modèle de régulation strict, autoritaire et contraignant.

Ce schéma réglementaire n'est pas surprenant, car pendant la première décennie de développement (1960-1970), la majorité des prix étaient gelés, et ce gel a persisté jusqu'à la fin de 1980, avec une fixation autoritaire des prix. Jusqu'à la fin des années quatre-vingts, la quasi-totalité des prix étaient fixés de manière autoritaire. La loi du 19 juin 1959 a institué un système de gel des prix des produits et services qu'ils avaient atteints antérieurement. Cependant, les textes en vigueur se sont avérés inadaptés aux besoins économiques contemporains, entraînant la mise en place de mesures additionnelles, telles que l'établissement de prix pour certains produits de consommation courante, comme le sucre et l'huile.

La loi adoptée le 26 mai 1970, qui traite de la méthodologie pour établir les prix et des sanctions en cas d'infractions, a réintroduit un système autoritaire pour déterminer les prix.

²⁰⁸ C.C. N°81-132 DC 16 janvier 1982, Rec.18 ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, par L. Favoreu et L. Philip, 10ème éd., 1999, p.463.

²⁰⁹ Par exemple C.E. Ass. 22 juin 1951, Daudiniac, Rec.362 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 2009, p.458.

²¹⁰ P. Devolve, *Les entreprises publiques et le droit de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2021.

²¹¹ Par exemple C.E. Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec.583 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 2009, p.276.

²¹² C.E. 1er avril 1998, Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée, Rec. 115.

Selon cette loi, la norme était la fixation des prix imposée par les autorités, avec la possibilité d'accorder certaines exceptions pour une fixation libre. Dans le cadre de cette législation, les tarifs appliqués aux biens et services étaient étroitement régulés et soumis à diverses formes de régulation, supervisées par l'administration. Les méthodes employées variaient, allant de l'imposition des prix par les autorités administratives (à travers des mécanismes tel que celui de la taxation et/ou de l'homologation) a laissé aux entreprises la liberté de déterminer leurs propres tarifs. Dans ces situations, les entreprises pouvaient fixer leurs prix, mais elles étaient tenues de notifier au moins au ministre de l'Économie leurs décisions tarifaires, voire d'obtenir son approbation. En bref, cette législation a mis en place un système complexe dans lequel les autorités publiques régulaient de manière stricte les prix des biens et des services en utilisant diverses méthodes, allant de l'autoritarisme à des approches plus flexibles. Le ministère de l'Économie jouait un rôle clé dans l'approbation ou la notification des tarifs établis par les entreprises.

Sur le plan juridique, le système de contrôle des prix mentionné a été fortement marqué par l'active implication de l'administration. Cette intervention administrative a été centrale, se manifestant à travers des mécanismes tels que la taxation et l'homologation. Les autorités publiques ont employé ces mécanismes dans le but de concrétiser des décisions politiques, économiques et sociales particulières. L'objectif sous-jacent était de parvenir à un équilibre complexe, même si parfois difficile à atteindre voire contradictoire, entre les intérêts divergents des producteurs et des consommateurs. Dans cette démarche, le pouvoir administratif a été employé pour déterminer les prix des biens et services, reflétant les priorités et les objectifs gouvernementaux à la fois en termes économiques et sociaux.

Vers la fin des années 1970, une situation économique prévalait en Tunisie où plus de la moitié de son activité économique était englobée dans des secteurs restreints en termes d'accès. Ces restrictions avaient des motivations variées, allant de la protection des entreprises tunisiennes contre la concurrence étrangère à la sauvegarde de secteurs émergents, en passant par la gestion des prix de consommation pour contenir l'inflation. Cette approche s'inscrivait dans le concept d' « ordre public de protection », ayant pour intention de préserver le marché en limitant des activités considérées comme indésirables ou sensibles, tout en le régulant pour éviter des déséquilibres. Toutefois, il convient de reconnaître que cette approche pouvait également induire des conséquences indésirables, parfois contraires à l'objectif visé.

À l'heure actuelle, l'État exerce un contrôle direct sur les tarifs de produits et services essentiels tels que le transport ou les produits alimentaire comme le pain, l'huile, la semoule, tandis que la liberté de fixation des prix est considérée comme une situation exceptionnelle. En résumé, il est indiscutable que la régulation en Tunisie conserve sa pertinence, en mettant en place des mesures obligatoires qui ont un impact global et objectif. Même dans les économies libéralisées, de nombreuses dispositions légales ou réglementaires peuvent inciter les comportements abusifs ou répressifs de la part des entreprises.

Les entreprises publiques occupent un rôle central dans les politiques d'intervention de l'État dans l'économie. Malgré les critiques formulées à leur égard, les interventions gouvernementales demeurent fréquentes et touchent divers secteurs économiques.

Ces entités étaient incontournables pour le développement économique du pays au cours des années 1960 et 1970. Cependant, au fil du temps, elles sont devenues un fardeau pour l'État et pour les finances publiques. Les problèmes cumulés de gestion et de mauvais fonctionnement ont conduit à des déficits chroniques pour la plupart de ces entreprises, suscitant ainsi périodiquement la question de leur privatisation.²¹³

Les entreprises publiques en Tunisie ont des origines qui remontent à la période du protectorat, où certaines entités présentaient déjà des caractéristiques similaires, même si elles n'étaient pas explicitement désignées comme des entreprises publiques.²¹⁴ À partir de l'indépendance en 1956, sous l'effet combiné du manque d'initiative privée et des besoins pressants de construire une économie nationale, les entreprises publiques ont gagné en importance, avec une multiplication rapide de leur création.²¹⁵ L'État tunisien avait alors décidé d'investir dans des domaines qu'il considérait comme stratégiques, et la période de fort interventionnisme économique des années 1960 a grandement encouragé cette approche. Même la tendance libérale des années 1970, marquée par l'ascension du Premier ministre HEDI NOUIRA, n'a pas stoppé la création d'entreprises publiques. Cependant, cet excès d'interventionnisme a rapidement mis en lumière des problèmes de dysfonctionnement²¹⁶.

²¹³ République Tunisienne, *Le livre blanc, Rapport de synthèse sur la réforme des entreprises publiques*, Présidence du gouvernement, Tunis, mars 2018, p.56.

²¹⁴ Par exemple la société Tunisair, créée en 1948 par la société Air France, l'Etat tunisien et quelques privés avec un capital en majorité totalité français.

²¹⁵ Par exemple la société tunisienne de banque avec le décret beylical du 21 décembre 1956.

²¹⁶ Les entreprises atteindront le taux de 46% des investissements publics en 1977.

En 1985, un moment clé a marqué un changement majeur dans l'approche à l'égard des entreprises publiques, avec l'introduction d'une loi visant à réprimer les erreurs commises dans leur gestion²¹⁷. Cette initiative a été suivie de la loi 87-47 du 1er août 1987 concernant leur réorganisation. Ce texte engendre un changement déterminant dans la façon dont les entreprises publiques sont envisagées dans le fonctionnement de l'économie. Il matérialise une des recommandations du programme d'ajustement structurel de 1986 en formalisant leur restructuration et en établissant les bases légales de leur privatisation. Cependant, cette loi n'a pas réussi à réduire le nombre excessif de ces entités, qui ont continué à opérer dans tous les secteurs de l'activité économique, la plupart du temps à l'échelle nationale et parfois même en tant que monopoles.

La prédominance marquée des entreprises publiques témoigne de l'ampleur de l'influence exercée par l'État tunisien sur l'économie, suscitant de manière persistante des interrogations quant à la possibilité d'une intervention étatique excessive. À la fin des années 1980, cette question s'est avérée cruciale, avec une réponse positive qui semblait évidente, surtout en raison des résultats peu satisfaisants de ces entités²¹⁸. Cela a conduit à l'adoption de la loi 89-9 en février 1989 et au lancement d'une politique visant à assainir, restructurer et privatiser.

Par conséquent, bien qu'elles aient été créées pour combler les lacunes du secteur privé et contribuer au développement national, les entreprises publiques se sont retrouvées dans une position critique et critiquée, contribuant à la crise et au ralentissement économique. Au fil du temps, en raison de leur mauvaise gestion et de leur manque de compétitivité, ces entreprises sont devenues un fardeau financier pour les décideurs politiques, surtout dans un environnement de plus en plus ouvert où des acteurs privés ont investi dans des secteurs essentiels.

La persistance du déficit au sein des entreprises publiques est structurelle, et certaines de ces entreprises sont plus touchées que d'autres²¹⁹. Pour certaines d'entre elles, ce déficit

²¹⁷ Il s'agit d'une série de lois ayant pour cause la mauvaise gestion du secteur public économique. Le 20 juillet 1985, trois lois sont promulguées relatives respectivement aux obligations mises à la charge des entreprises publiques (loi 82-72) à leur marches (loi 85-73) et la création d'une cour de discipline financière (loi 85-74).

²¹⁸ Les résultats économiques mitigés des entreprises publiques peuvent être en grande partie attribués au rôle social qu'elles sont contraintes de remplir et à leur subordination aux directives gouvernementales, ce qui en fait l'outil de mise en œuvre de la politique économique.

²¹⁹ D'après EY, l'un des acteurs principaux dans le domaine de l'Audit au niveau mondial en 2018, il a été observé que fin 2017, 11 entreprises publiques, comprenant la STB, Tunisair, Transtu, STEG et le groupe chimique,

s'accompagne d'une diminution de leurs fonds propres et d'une augmentation des charges salariales depuis 2011. Des entreprises telles que la « société nationale de distribution des pétroles, le groupe chimique de Tunisie, la Régie Nationale des Tabacs et des allumettes, la compagnie des phosphates de Gafsa » ont particulièrement été affectées par l'augmentation des dépenses liées aux salaires²²⁰».

La cause de ce déficit est claire : le rôle des entreprises publiques n'est plus clairement défini, car l'État ne possède pas une vision globale de la contribution de son secteur économique public. De plus, la montée en puissance des syndicats depuis 2011, associée à des revendications émanant de mouvements contestataires ainsi qu'à des recrutements non nécessaires et à des augmentations salariales injustifiées, a contribué à aggraver une situation déjà critique.

La question persistante de la privatisation des entreprises publiques découle en grande partie de leur nombre excessivement élevé. Vue comme une démarche graduelle et limitée de réduction de l'engagement de l'État dans un secteur spécifique, la décision de procéder à la privatisation et les différentes approches adoptées relèvent en fin de compte de choix fortement influencés par des considérations politiques. Actuellement, cette mesure semble inévitable : à une époque où le rôle de l'État est largement médiatisé et où ses interventions dans le domaine économique sont scrutées, il devient difficile de justifier le maintien d'un grand nombre d'entreprises en difficulté. Dans ce contexte, le droit public de l'économie est appelé à jouer un rôle de soutien et d'accompagnement pour faciliter ce processus de désengagement.

B- *Le libéralisme « contrôlé » : un commerce extérieur fortement contrôlé.*

La régulation économique de la concurrence revêt un rôle primordial pour garantir le bon fonctionnement de l'économie, et « il serait une erreur de considérer qu'il existe une contradiction entre l'intervention de l'État dans l'économie et les principes du libéralisme ²²¹ ».

L'État conserve une influence significative, notamment en ce qui concerne l'autorisation, la restriction et la régulation de certaines actions, ainsi que la promotion et la

représentaient à elles seules 78% de l'ensemble des résultats négatifs. La direction générale chargée du suivi de la productivité au sein des établissements et entreprises publiques constate que parmi ces entreprises, 22 d'entre elles présentent des capitaux propres négatifs et connaissent une augmentation de leur masse salariale.

²²⁰ Disponible sur : <https://fr.allafrica.com/stories/202203290564.html>

²²¹ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, Paris, 1971.

protection de secteurs particuliers. Ces actions ciblées ont pour objectif de répondre aux besoins de certaines industries. L'État a toujours soutenu activement les petites et moyennes entreprises (PME), y compris la création de fonds pour aider à financer leur restructuration²²², Cela se produit surtout lorsque ces entreprises subissent une baisse de leur chiffre d'affaires ou font face à des difficultés de paiement bancaire.²²³.

La libéralisation, recherchée principalement en raison de pressions internationales, mais assortie de conditions, est orchestrée par l'État qui détermine de manière autonome les domaines et les opérations qui en profiteront.²²⁴

Dans le contexte de l'évolution politique et économique du pays, l'accès à certaines activités s'est progressivement simplifié par la suppression de certaines autorisations, qui ont été remplacées par des conditions énoncées dans des cahiers des charges. Bien que la volonté de libéralisation soit générale, on peut observer différentes évolutions dans ce processus. Par exemple, en 2014, une administration a été mise en place pour simplifier les procédures en établissant une liste des activités nécessitant une autorisation²²⁵. Cette approche a continué à évoluer en 2016 avec l'introduction d'une loi sur les investissements, laquelle insiste sur la nécessité de simplifier les procédures²²⁶. Finalement, le décret numéro 2018-417 du 11 mai 2018 représente une avancée significative en matière de libéralisation et de simplification des démarches administratives.

Bien que le libéralisme soit soumis à une certaine forme de contrôle, l'État poursuit l'objectif de dynamiser l'économie, en particulier le secteur des entreprises, en encourageant l'émergence de nouvelles activités, comme en témoigne la loi dédiée aux entreprises innovantes ou aux Start-up²²⁷. L'État montre un vif intérêt pour ces initiatives et facilite leur développement en mettant en place des mesures incitatives. Par exemple, il propose aux

²²² La loi n° 2017-66 du 18 décembre 2017 relative à la loi de finances de l'année 2018, article 14, ainsi que le décret gouvernemental n° 2018-324 en date du 29 mars 2018 définissant les procédures d'organisation et de fonctionnement de la ligne de dotation pour le soutien à la restructuration financière des petites et moyennes entreprises, et déterminant les modalités et les approches de son intervention.

²²³ Créer par la loi de finance pour l'année 2018, cette ligne de dotation a été organisée par le décret gouvernemental 2018-324 du 29 mars 2018.

²²⁴ A. Aouij Mrad, *Droit public de l'économie*, Edition Latrach, Tunis, 2019, p.43.

²²⁵ Décret n° 2014-3484 du 18 septembre 2014 relatif a la mise en place d'un processus participatif pour la simplification des procédures administratives régissant les activités économiques pour cinq départements ministériels.

²²⁶ Article 4 de la loi sur l'investissement.

²²⁷ Loi n° 2018-52 du 29 octobre 2018 dont les décrets d'application ont été publiés en octobre 2018.

fondateurs une aide financière initiale pendant une année et offre une exonération d'impôt sur les sociétés pouvant s'étendre sur une période pouvant atteindre 8 ans.

La loi 2005-15 du 16 février 2005 a introduit des mesures encourageantes et des réformes substantielles en faveur des petits métiers et de l'artisanat. Les conditions pour s'établir ont été notablement simplifiées. Même l'absence de qualifications formelles peut être compensée par la réussite d'un test, et la nécessité d'un local professionnel peut être remplacée par un lieu de résidence. Par ailleurs, cette loi a institué des zones et des incubateurs destinés à accueillir diverses activités artisanales pour une durée définie.

La loi 2009-69 du 29 août 2009, concernant le commerce de distribution, a énoncé le principe de la liberté d'installation au moyen d'un ensemble de règles approuvées par le ministre en charge du commerce. Ces règles définissent les conditions techniques à respecter pour exercer l'activité.

Malgré la libéralisation progressive de l'accès au marché pour de nombreux secteurs au fil des années, l'État maintient son rôle de supervision. Son rôle est surtout notable dans le domaine de la régulation, comme en témoigne l'obligation d'obtenir des autorisations pour certaines activités et la mise en place de contrôles.

Le contexte légal qui régit les échanges commerciaux internationaux en Tunisie, que ce soit pour les importations ou les exportations, est marqué par une forme « d'autoritarisme et de contrôle ²²⁸ ». Les lois en vigueur ne prônent pas une libéralisation totale du secteur, mais plutôt elles établissent une distinction entre les produits qui peuvent être librement importés ou exportés et ceux qui sont soumis à des restrictions. Par exemple, en se basant sur l'article 2 de la loi de 1994, « les importations et les exportations de produits sont libres à l'exception des produits assujettis aux restrictions prévues par la loi ». Néanmoins, dans la pratique, l'administration publique continue d'exercer son influence, même sur les produits qui ne sont pas expressément restreints par la loi, en exigeant soit un certificat pour certains produits, soit une autorisation pour d'autres. En outre, cette autorité peut également se manifester par le biais de multiples contrôles techniques et d'autres conditions imposées conformément à la loi²²⁹.

²²⁸ A. Aouij Mrad, *Droit public de l'économie*, Edition Latrach, Tunis, 2019 p.54.

²²⁹ On cite l'exemple du décret n° 2005-2177 du 9 août fixant les conditions de commercialisation des huiles alimentaires.

Depuis les débuts des années 1990, il est clairement observable que les préoccupations liées à l'interventionnisme ont pris de l'ampleur. Les processus de libéralisation, les privatisations, les investissements et les réformes économiques orientées vers le libéralisme sont interprétés à travers un prisme de perte de souveraineté. Cette préoccupation trouve ses racines dans le contexte du réformisme, soulignant que l'histoire de la Tunisie est marquée par des enjeux liés à la dette et à la dépendance financière du pays. Paradoxalement, alors que l'économie tunisienne s'ouvre sur l'Europe et le reste du monde, certaines formes de fermeture et de préférences nationales, souvent implicites, se manifestent, traduisant ainsi un sentiment de patriotisme économique.

La libéralisation du commerce extérieur fait l'objet de négociations approfondies, non seulement avec les institutions financières internationales et les organisations mondiales, mais aussi avec les divers acteurs économiques internes de la Tunisie. La décision de se positionner en tant que membre exemplaire de l'OMC et, plus spécifiquement, du partenariat euro-méditerranéen, ne devrait pas compromettre les intérêts des acteurs économiques locaux. Ces intérêts sont pris en considération par le biais de deux principaux mécanismes. D'abord, l'accord d'association inclut des mécanismes temporaires de sauvegarde. Ensuite, l'article 28 de l'accord « autorise des interdictions et des restrictions pour diverses raisons, notamment la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé humaine et animale, ainsi que la préservation de la vie ».²³⁰

L'entité gouvernementale en Tunisie assure la supervision administrative de toutes les importations. Cette approche est particulièrement encline à favoriser le recours au protectionnisme, d'autant plus que l'administration impose actuellement une demande considérable d'informations avant d'accorder son autorisation. Elle exige notamment un enregistrement détaillé de tous les détails liés à l'emballage, les garanties financières du fabricant, ainsi qu'une certification attestant de la conformité aux normes requises par les autorités tunisiennes. De plus, elle demande également la spécification précise de la composition du produit, y compris les formulations pour les produits industriels.

Il existe une variété de méthodes d'intervention. La banque centrale émet des instructions verbales aux banques et aux organismes publics pour limiter les importations, ce qui se traduit par une augmentation des formalités douanières. De manière générale, les

²³⁰ Une étude approfondie de ces dispositions est présentée par N. Baccouche, *Les implications de l'accord d'association sur le droit fiscal et douanier*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2000 pp.5-27.

exportations sont autorisées, mais elles doivent être enregistrées par l'intermédiaire d'un organisme agréé.

La priorité donnée au protectionnisme national et à la sauvegarde de l'indépendance explique en grande partie pourquoi certaines lois nationales sont en contradiction avec les engagements internationaux pris par le gouvernement tunisien.

Malgré la conclusion de l'accord entre la Tunisie et l'UE, il est évident que des décisions juridiques et des réglementations reflètent une attitude défavorable envers les étrangers. Quelques exemples illustrent cette tendance. L'acquisition de biens immobiliers par des investisseurs étrangers nécessite une autorisation préalable de l'autorité, qui examine ces demandes de permis avec attention. Les entreprises étrangères ne sont autorisées à embaucher que quatre expatriés. Pour transférer des fonds étrangers hors de Tunisie, une autorisation préalable est exigée, ce qui peut s'avérer compliqué, voire fastidieux, en raison de la bureaucratie. De plus, conformément à la législation en vigueur, il est requis de résider dans le pays pendant au moins deux années avant d'être éligible à la nomination en tant que directeur général d'une entreprise. Cependant, en pratique, les procédures pour obtenir un permis de séjour et renouveler annuellement la carte de séjour ne sont pas facilitées.

On commence à saisir le sens du nationalisme : il ne se limite pas à une simple idéologie, mais il reflète la préoccupation du pouvoir central de ne pas perdre le contrôle sur l'économie et d'éviter de gérer les instabilités qui pourraient en découler. L'utilisation disciplinaire du nationalisme, comme astucieusement désignée par HELE BEJI sous le terme de « nationalisme »²³¹, ne se cantonne donc pas aux sphères des idées. Selon Max Weber, le nationalisme peut être orienté vers des objectifs économiques, permettant ainsi au pouvoir central de surveiller et de réguler les activités économiques et les comportements. En d'autres termes, cette utilisation du nationalisme implique que les autorités peuvent exploiter la notion de patriotisme économique pour légitimer leur surveillance étroite des différentes activités économiques et du comportement des acteurs économiques impliqués. Cette démarche leur permet de conserver leur suprématie et leur emprise sur l'économie nationale, cela montre comment les aspects idéologiques et politiques du nationalisme peuvent être liés aux considérations économiques et aux mécanismes de contrôle.

²³¹ H. Beji, *Désenchantement national*, Maspero, 1982, p.157.

Les entreprises de services résidentielles qui ne sont pas principalement axées sur l'exportation font face à des restrictions en ce qui concerne la direction exercée par des actionnaires étrangers possédant une majorité des parts. Cette situation peut entraîner des limitations dans les opérations des grandes sociétés internationales. Un exemple concret est fourni par Allianz, qui avait initialement détenu une participation de 36% dans la société locale Astree, mais a réussi à augmenter cette participation à 42% pour acquérir le statut de majoritaire. Par conséquent, en 2004, Allianz a choisi de se retirer de la Tunisie et de céder ses parts à des investisseurs locaux et étrangers qui avaient opté pour la stratégie du « *sleeping partner* » ou « partenaire dormant », une approche appréciée par les Tunisiens. D'une manière générale, un mécanisme d'approbation préalable demeure en place pour diverses activités, surtout lorsque la participation étrangère dans le capital dépasse le seuil de 50%. Les investisseurs étrangers potentiels doivent obtenir l'aval préliminaire de la Commission supérieure des investissements.²³²

Toutefois, ces mesures protectionnistes ne sont pas uniquement le résultat de décisions administratives. L'épisode colonial a instauré le caractère défensif du nationalisme tunisien et de la préférence nationale qui exprime la volonté de bâtir un État-nation économiquement indépendant et de mettre en place un pacte de sécurité. Cela reflète et renforce la tendance générale des tunisiens, qui ne s'opposent pas en principe à l'adoption de principes libéraux ou à l'engagement dans la mondialisation en général. Toutefois, leurs inquiétudes se concentrent davantage sur la possibilité d'une atteinte à la souveraineté nationale, qu'elle soit réelle ou simplement perçue. Cette préoccupation sous-tend leur attitude collective.

Malgré la libéralisation en cours, la philosophie de l'étatisme demeure intacte. Cette évolution ne signifie pas une absence totale de régulation, mais plutôt l'instauration de nouvelles normes et procédures visant à superviser, contrôler, classifier et restreindre les activités économiques. Toutefois, si l'on considère la libéralisation non seulement comme un moyen de promouvoir la liberté, la compétitivité, la rentabilité et l'ouverture économique, mais aussi comme un moyen de rééquilibrer les dynamiques de pouvoir dans un contexte économique redéfini, alors on peut affirmer que les réformes libérales ont été couronnées de succès.

²³² Décret 94-492 modifié par le décret 97-503 du 14 mars 1997 publié au *JORT* n24 du 25 mars 1997.

En Tunisie, on peut constater une mise en œuvre de « réformes libérales sans que cela ne s'accompagne d'une adhésion aux principes libéraux de gouvernance ». ²³³

II- Vers une tentative de régulation de la concurrence après la révolution de 2011...

Dans le cadre d'harmonisation du cadre juridique entre l'UE et la Tunisie, l'État était tenu de réviser sa politique et sa législation en matière de concurrence, car la crédibilité économique et politique de la Tunisie en dépendait (A).

A- Etat et droit de la concurrence à l'épreuve de l'accord d'association.

L'ouverture de la Tunisie vers l'internationale a engendré de nouvelles responsabilités pour l'État, notamment celles qui résultent de l'accord d'association nouvellement établi. En effet, l'État assume un rôle de régulateur et d'arbitre de la concurrence, un rôle en constante évolution, tout en étant acteur dans le domaine. Plusieurs raisons justifient cette intervention de l'État, et ses manifestations sont diverses.

La relation entre l'État et la concurrence n'a pas toujours été aisée et pouvait sembler paradoxale à certains moments, comme une association allant à l'encontre de la nature des choses. Ainsi, l'État s'engage de plus en plus dans le contexte concurrentiel, jouant un rôle de plus en plus central dans les discussions relatives à la concurrence. ²³⁴

Le rôle de l'État a évolué et adopté diverses manifestations. Premièrement, il s'agit des institutions chargées de garantir l'application adéquate des décisions en matière de politiques économiques. Deuxièmement, il englobe les biens et services soustraits à la liberté tarifaire, où la fixation des prix est prédéterminée. Troisièmement, il concerne les entreprises publiques. Enfin, il englobe l'instauration d'un cadre législatif pour la politique de concurrence. L'évolution du contexte international et communautaire, ainsi que les contraintes internes liées aux principes de libre-échange et de concurrence, ont entraîné une transformation du droit tunisien en matière de concurrence.

Au cours des années 1990, d'importantes modifications normatives ont eu lieu en Tunisie, principalement dans les domaines économiques et financiers. Ces évolutions ont été

²³³ M. Foucault, *Sécurité, territoire et population*, collection « Hautes Etudes » Gallimard-Seuil, Paris, 2004.

²³⁴ A. Hamami Marakchi, « État et droit de la concurrence à l'épreuve de l'Accord d'Association », *E-colloque, Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie*, 2018.

enclenchées par l'adoption de lois telles que celle concernant la distribution commerciale en date du 1er juillet 1991, ainsi que la loi relative à la publicité commerciale et aux méthodes de vente du 12 mai 1998. Cependant, la loi la plus significative de cette période demeure la loi numéro 91-64 concernant la concurrence et les prix. Cette loi promulguée en 1991 a établi le principe de la liberté des tarifs et a défini les régulations visant à promouvoir la transparence et le fonctionnement optimal du marché, tout en interdisant tout comportement nuisible à la saine concurrence.

Sous l'influence des dynamiques internationales et régionales, les textes de législation sur la concurrence en Tunisie ont progressivement évolué grâce à une série de réformes successives intervenues en 1993, 1995, 1999, 2003 et 2005. Ces réformes ont été façonnées par le contexte international et régional en mutation, et visaient à adapter la Tunisie à ce nouvel environnement.

En 1995, par exemple, la signature de l'Accord d'Association entre la Tunisie et la Communauté européenne a joué un rôle crucial. L'article 52 de cet accord reflète l'idée d'harmonisation et illustre le lien entre ces influences. Cette dynamique d'influence a pris diverses formes et a été observée dans différents domaines, dont celui de la concurrence. En s'ouvrant davantage à l'internationalisation, la Tunisie a dû répondre à de nouvelles exigences et priorités découlant de cet accord. Celui-ci a interdit certaines pratiques et a établi un contrôle sur les aides d'État susceptibles de perturber les échanges commerciaux entre la Tunisie et l'Union européenne.

Ce traité met en évidence l'alignement progressif du cadre juridique entre l'Union européenne (UE) et la Tunisie, en particulier en ce qui concerne la réglementation de la concurrence. Cette harmonisation est perçue comme un élément crucial pour l'intégration économique entre les deux parties. Dans cette perspective, il incombait à l'État de revoir sa politique et sa législation relatives à la concurrence, car la crédibilité économique et politique de la Tunisie en dépendait. Cela a conduit à une évolution graduelle de la législation nationale relative à la concurrence, engendrant ainsi une refonte de la politique et de la régulation en matière de concurrence supervisées par l'État.

Ces réformes ont touché divers aspects de la loi de 1991, notamment en ce qui concerne la transparence, le renforcement des droits de la défense, la composition du conseil de la concurrence, son autonomie, les procédures de saisine et le double degré de juridiction. Cette

évolution du droit de la concurrence a été influencée non seulement par les évolutions du cadre normatif global, mais également par les éléments spécifiquement liés à la concurrence.

Plusieurs éléments ont contribué à cette transformation, parmi lesquels la Constitution de janvier 2014 occupe une place importante. Bien qu'elle n'ait pas explicitement énoncé la liberté du commerce et de l'industrie, elle a introduit de nouveaux principes constitutionnels tels que la bonne gouvernance, la transparence et des droits économiques fondamentaux. De plus, des textes législatifs tels que le décret de 2014 sur les marchés publics, la loi de 2015 sur le partenariat public-privé (PPP) ainsi que les lois de 2000 sur la propriété industrielle ont également influencé cette évolution. La nouvelle loi du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation de la concurrence a marqué un changement significatif en introduisant de nouveaux principes liés à l'équilibre du marché, à l'efficacité économique, au bien-être des consommateurs et à la gestion responsable des fonds publics.

Actuellement, les discussions en cours entre l'Union européenne (UE) et la Tunisie concernant un Accord de Libre-échange complet et approfondi (ALECA) marquent une avancée significative vers une intégration plus poussée. Cette étape serait subordonnée, selon les termes du projet de l'accord, à une harmonisation plus étroite des deux cadres législatifs, en particulier en ce qui concerne le domaine de la concurrence.

Face à ces développements, l'État adopte une approche double, en ajustant la législation sur la concurrence tout en se conformant aux exigences de l'accord. D'une part, il promeut la logique de la concurrence tout en exerçant un rôle de régulateur en tant qu'arbitre, un rôle qui évolue au fil du temps. D'autre part, l'État se positionne en tant qu'acteur sur le marché, un rôle également en constante évolution. Discerner ces deux rôles s'avère une tâche complexe.

B- État et droit de la régulation : la justification de l'intervention de l'État.

Même si la liberté de commerce et la régulation peuvent sembler à première vue incompatibles, cette dernière joue un rôle crucial dans la préservation de la concurrence, qui à son tour assure la libre concurrence. En réalité, le marché nécessite une structure et une protection légale pour éviter que la concurrence excessive ne mène à sa propre détérioration. Lorsque les abus de la liberté juridique risquent de la détruire, c'est le droit de la concurrence qui intervient pour la sauvegarder.

Face aux dynamiques du marché, il est tout à fait naturel que l'État établisse des règles en tant qu'arbitre, comme c'est le cas dans tout jeu. En exerçant une forme de supervision du

marché, l'État garantit le maintien de la concurrence, en intervenant pour équilibrer et corriger un marché défaillant ou en dérapage.

Dans ce rôle, l'État renoue avec son rôle de puissance publique, légitimé par sa fonction traditionnelle de protecteur principal de l'intérêt collectif qu'il cherche à préserver. Le rôle régulateur défendu par l'État s'adapte parfaitement au contexte de l'accord d'association, qui sollicite l'État de reconsidère son rôle tout en s'adaptant aux principes de subsidiarité politique et d'autonomie juridique des acteurs économiques opérant dans le domaine de la concurrence.

Désormais, il est impératif que l'État surveille la gestion rationnelle des fonds publics conformément aux nouveaux principes concurrentiels, tels que la liberté du marché, la transparence, la sécurité juridique et une gouvernance exemplaire. Ce changement majeur se matérialise clairement par le biais de la loi de 2015 sur la concurrence et les prix, qui a revu le cadre légal national relatif à la concurrence. La loi réitère les fondements d'efficacité économique en harmonie avec le bien-être des consommateurs.

L'État régulateur affiche ses nouveaux objectifs dans d'autres textes juridiques liés au droit de la concurrence, qui ont eux aussi subi des réformes profondes. Cela s'illustre notamment dans le cadre législatif renouvelé concernant les contrats publics, désormais axé sur la préservation de l'environnement, la bonne gouvernance et même le développement durable²³⁵.

L'intervention de l'État prend diverses formes et implique plusieurs mécanismes. L'intégration du droit de la concurrence dans le cadre juridique administratif réclame que les autorités publiques veillent à l'équité entre les concurrents tout en cherchant à optimiser l'utilisation de leurs ressources.

Il convient également de souligner l'importance des mécanismes de surveillance pour toutes les opérations de "concentration économique", nécessitant l'aval du ministre en charge du commerce selon les lois régissant la concurrence. Cependant, le Conseil de la concurrence se distingue en tant qu'instance de régulation, mettant en évidence de manière évidente le rôle d'arbitre joué par l'État, et il est même considéré comme un catalyseur du développement économique.

²³⁵ Loi n°2015-49 du 27 novembre 2015 relative aux contrats de partenariat public-privé.

La loi tunisienne le définit en tant qu'autorité autonome ayant la compétence pour traiter des pratiques anticoncurrentielles, ce qui le distingue initialement de l'État. Cependant, il est à noter que la même loi établit que son financement est rattaché au ministère du commerce.

Alors que le Conseil constitutionnel tunisien n'a pas spécifié le statut juridique du Conseil lors de sa création., la doctrine ne l'a pas catégorisé comme une autorité administrative indépendante (AAI), mais plutôt comme un organe judiciaire. De la même manière, le Conseil s'est auto-qualifié en tant qu'organe judiciaire spécialisé dans les contentieux liés à la concurrence. Le statut juridique du Conseil de la concurrence et son autonomie relative sont affirmés par la loi de 2015, qui le distingue clairement des autorités de régulation à travers plusieurs dispositions, engendrant ainsi une certaine ambivalence.

Cependant, le projet de l'ALECA avance l'idée de créer une autorité de régulation indépendante, ce choix témoigne en lui-même de la reconnaissance du pouvoir prépondérant de l'État. Cette prédominance de l'État se manifeste à plusieurs égards, car les décisions prises par le conseil peuvent faire l'objet d'appel et de cassation devant le Tribunal administratif. Cette affiliation à un ordre juridique restreint en quelque sorte le rôle « régulateur » du conseil, limitant ainsi les garanties inhérentes à la pratique de la régulation.

Dans cette optique, le Conseil constitutionnel tunisien a reconnu les avantages fiscaux comme une visée constitutionnelle visant à encourager la croissance économique et à améliorer le bien-être social. En ce qui concerne le droit communautaire et l'accord d'association, les aides d'État sont fondamentalement proscrites en raison de leur incompatibilité avec les principes de concurrence et du « marché commun ». L'accord d'association intègre un article spécifique évoquant ce principe ainsi que les exceptions qui lui sont associées. En conséquence de la signature de l'accord d'association, un plan d'action a été adopté en 2005 dans le but de « mettre en œuvre les engagements pris en matière d'aides d'État ». Cette démarche était jugée incontournable pour garantir l'adhésion du pays à l'espace économique euro-méditerranéen tout en limitant les retombées économiques négatives.

Cependant, en l'absence d'un contrôle des aides d'État et d'une communication insuffisante entre les parties, des problèmes sont survenus dans la mise en œuvre. C'est pourquoi le projet de l'ALECA a été réévalué pour mettre l'accent sur les subventions gouvernementales, en proposant une réglementation spécifique pour les encadrer de manière plus stricte. Néanmoins, le projet précise que le conseil d'association tient compte de la situation économique de la Tunisie. Cette disposition a été mise en place en raison des

disparités socioéconomiques et fiscales, et elle est en cohérence avec les orientations du pays qui lie les avantages fiscaux à sa stratégie visant à encourager les investissements et à renforcer l'attractivité du pays.

En outre, le Code d'incitations aux investissements (CII), qui a été modifié plus de quinze fois sans parvenir à atteindre les résultats escomptés, a récemment été abrogé par une nouvelle loi d'investissement en 2017. Cette nouvelle loi prévoit deux types d'aides : des primes pour le développement durable et des avantages fiscaux attribués conformément au texte pour des projets d'intérêt national, dont la liste sera établie par décret.

Le domaine du droit de la concurrence joue un rôle encourageant dans le développement des libertés économiques, même dans les secteurs publics. Malgré les éventuelles contradictions avec les principes traditionnels du service public, l'État est désormais assujéti aux mêmes règles de concurrence que les acteurs privés. Cette évolution s'explique par des raisons économiques et sociales. Désormais, l'État doit se conformer aux règles de la concurrence.

En réalité, la modification de la notion d'intérêt général, qui justifie une intervention dans un marché concurrentiel, ne se limite plus à une simple absence d'initiative privée. Cette transformation tire principalement ses origines des raisons juridiques, résultant à la fois du cadre législatif tunisien et des exigences imposées par l'Accord d'Association. À l'échelle nationale, la loi antérieure de 1991, qui était rédigée de manière ambiguë, ne développe pas clairement que les entités publiques étaient soumises à la concurrence. C'est uniquement au travers d'une circulaire (dont la validité est incertaine) que l'idée que les entités publiques devraient adhérer aux principes de la concurrence était explicitement formulée.

Dans cette nouvelle perspective, le Conseil de la concurrence a été amené à clarifier que les entités publiques, y compris l'État, sont dorénavant tenues aux mêmes règles de concurrence et de fixation des prix que les acteurs privés. De plus, elles sont également assujétiées au contrôle du Conseil de la concurrence lorsque leurs activités comprennent des éléments économiques tels que la production, la distribution ou la prestation de services.

Inspiré par le droit de l'Union européenne, le droit de la concurrence a eu un double effet : d'une part, normaliser les interventions publiques, et d'autre part, mieux définir leurs spécificités essentielles.

Différents ajustements sont à disposition de l'État en tant qu'acteur sur le marché, ouvrant la voie à divers avantages. Par exemple, les entreprises du secteur public peuvent intervenir sur le marché avec des prérogatives et des capacités d'action plus étendues que celles des entreprises privées qui exercent des activités similaires.

Cela s'applique de la même manière au principe de non-concurrence pour des raisons d'intérêt public, qui explique l'octroi d'aides publiques aux entreprises relevant du secteur public.

Les entreprises publiques qui œuvrent dans des domaines sociaux, comme les services sociaux ou les organisations à vocation solidaire, doivent également se conformer aux règles de la concurrence. Cependant, ces règles tiennent compte des spécificités de ces entreprises et de leur contribution à l'économie sociale ou solidaire.

§2 - Le contrôle à travers les entreprises publiques : le double visage des entreprises publiques.

La forte présence des entreprises publiques reflète le poids de l'État tunisien dans l'économie et pose la question de savoir s'il n'abuse pas de son intervention dans l'économie. Ainsi, les entreprises publiques sont entre les mains des pouvoirs public ce qui révèle le poids de l'État depuis leur identification et dans leur organisation (I). L'ampleur des contrôles qui pèsent sur ces entités est l'ultime démonstration du double visage de ces entreprises (II).

I- Identification des entreprises publiques.

Dotée de véritable fonction économique, l'entreprise publique reste soumise à un pouvoir prépondérant des autorités publiques. Nous regroupons l'étude de ces formes d'entreprises publique selon leur personnalité juridique : l'établissement public (A) et la société (B).

A- L'établissement public.

L'entreprise publique est une entité juridique qui possède sa propre personnalité légale, ainsi que des organes disposant d'autorités décisionnelles et de responsabilités financières distinctes. Cette personnalité juridique lui confère la capacité d'agir en son propre nom, d'entreprendre et de réaliser des actions. Exerçant une fonction économique effective, l'entreprise publique gère constamment une activité de production de biens ou de services

qu'elle commercialise auprès de ses utilisateurs à un prix donné, tout en restant soumise à l'autorité prépondérante des instances publiques.

Les textes juridiques ne définissent pas non plus l'entreprise publique mais énumèrent les différentes catégories d'organismes que l'expression recouvre. Ainsi l'article 8 de la loi 89-9 du 1^{er} février 1989 relative aux « participations, entreprises et établissements publics » énumère 3 formes d'entreprises publiques.

On retrouve d'abord « les établissements publics à caractère non administratif » qui sont énumérés sur une liste fixée par décret. On retrouve ensuite les entreprises dont la totalité du capital est détenue soit par des entités juridiques publiques telles que l'État, les collectivités locales, ou des établissements publics, soit par des entités juridiques privées, à condition que la part de propriété publique soit supérieure à 50%.

L'établissement public est « une personne morale de droit public disposant de l'autonomie administrative et financière ²³⁶ ». Les établissements publics constituant des entreprises publiques sont les établissements publics non administratifs (EPNA) répertoriés dans une liste définie par un décret émanant de la présidence du gouvernement.

L'EPNA constitue la variante de l'établissement public industriel et commercial (EPIC) en droit tunisien, l'expression « non administratif » signifiant que l'activité gérée par l'établissement n'est pas purement administrative. Il s'agirait d'une activité industrielle et commerciale gérée dans des conditions proches de celles des particuliers et de ce fait partiellement soumis au droit privé.

L'avantage essentiel de la formule EPNA comme auparavant de la formule EPIC serait l'évitement des lourdeurs de la comptabilité publique par la soumission de l'établissement à la comptabilité commerciale. La majorité des grandes entreprises publiques tunisiennes ayant un poids conséquent dans l'économie sont gérées sous formes d'EPNA par exemple la société

²³⁶ Y. Broussolle, *Fiches d'introduction au droit public*, Ellipse, Paris, 2019, pp.261-265.

tunisienne d'électricité et du gaz (STEG), société nationale d'exploitation et de distribution des eaux (SONEDE)...

B - Les sociétés.

La structure juridique choisie pour une entreprise publique a de nombreuses implications sur son cadre réglementaire. La forme sociétaire intègre un nombre important de règles du droit des sociétés commerciales. Il s'agit de l'enregistrement au registre du commerce de la composition et des règles de fonctionnement de l'assemblée générale et du conseil d'administration, des droits des actionnaires...

La législation tunisienne détermine la notion de société à travers les dispositions du code des obligations et des contrats ainsi que celles du code des sociétés commerciales. Selon le premier, une société est un contrat par « lequel deux ou plusieurs individus unissent leurs biens ou leurs efforts, voire les deux simultanément, dans le but de partager les avantages pouvant en découler »²³⁷. Quant au second code, il définit la société comme « l'association d'apports en vue non seulement de partager les profits issus de cette association, mais aussi dans le but de tirer profit de l'économie qui peut résulter de l'activité sociale »²³⁸.

La forme juridique de la société anonyme, également appelée "société par actions dotée de personnalité morale" en vertu de l'article 160 du Code des sociétés commerciales (CSC), est généralement considérée comme la plus adaptée aux besoins financiers des entreprises publiques. Cette sélection présente divers avantages. Tout d'abord, elle offre une grande souplesse dans la gestion des actions de la société. De plus, elle facilite l'accès de l'entreprise aux marchés financiers en divisant son capital en actions. De plus, elle limite la responsabilité des actionnaires et favorise une prise de décision démocratique par les dirigeants.

Selon la répartition du capital de ces entreprises, elles peuvent être soit des sociétés privées dont l'État détient la totalité du capital,²³⁹ soit des sociétés à capitaux mixtes, mais avec une majorité de participation publique ²⁴⁰.

²³⁷ Article 1249 du code des sociétés commerciales

²³⁸ Article 2 de loi 89-9 du 01 février 1989, relative aux participations et entreprises publiques.

²³⁹ Article 8 alinéa 2 de la loi du 1er février 1989 relative aux participations et entreprises publiques

²⁴⁰ Article 8 alinéa 3 de la même loi du 1er février 1989 relative aux participations et entreprises publiques

1- La société à capital entièrement étatique, société nationale.

Son capital est à 100% étatique ce qui fait d'elle une « société très étatisée qui déroge fondamentalement au droit commun des sociétés ²⁴¹». Le seul actionnaire de ces sociétés anonymes est l'Etat qui place des capitaux pour le fonctionnement d'une activité économique, cherchant à bénéficier de la souplesse de gestion du droit des sociétés. Mais l'Etat est un actionnaire particulier, qui ne peut se comporter comme un actionnaire habituel et sa présence exclusive au capital social entraînera forcément des dérogations au droit des sociétés, notamment sur sa structure organisationnelle. Hormis sa forme juridique de droit privé puisqu'il s'agit d'une société anonyme la société à capital entièrement étatique ressemble davantage à un établissement public.

Les entreprises publiques tunisiennes répondant à cette forme juridique sont rares. La plus connue d'entre elles est la société nationale immobilière de Tunisie (SNIT) chargée d'une mission de promotion immobilière et qui est elle-même actionnaire dans ses trois sociétés filiales (SNIT nord, SNIT Sud et SNIT centre) à laquelle s'ajoute la société tunisienne des industries de raffinage (STIR).

2- La société à capital majoritairement public, entreprise à participation publique.

Il s'agit de sociétés dans lesquelles figure une participation publique au capital. Ces sociétés d'économie mixte ne sont pas une création récente. Elles ont toujours constitué un moyen de prédilection pour l'Etat et les personnes publiques, pour intervenir au moyen de leurs participations au capital social, dans des secteurs économiques. Elles constituent de véritables instruments de politique économique, une instrumentalisation de la société anonyme dont le régime juridique se trouve déformé. La loi 89-9 du 01 février 1989, relative aux participations et entreprises publiques les déclare prioritairement visées par la restructuration et la privatisation.

La société à participations publiques se distingue de la société nationale à capital entièrement détenu par l'État par deux aspects essentiels. D'une part, elle permet la participation d'autres entités juridiques de droit public en plus de l'État lui-même en tant qu'actionnaires. D'autre part, elle présente une diversité de sources de financement, avec une partie du capital provenant du secteur public et une autre du secteur privé.

²⁴¹ A. Mestre, *les services publics de l'administration tunisienne*, CREA, Tunis ENA, 1977 p.150.

i- La participation publique : seuil, utilité.

L'article 8 de la loi 89-9 du 1er février 1989, concernant les participations et entreprises publiques, adopte une vision large des participations publiques. En vertu de cette vision, l'État n'est pas le seul acteur à détenir des parts, car les collectivités locales, les établissements publics, et même les sociétés nationales à capital exclusivement détenu par l'État peuvent également en être actionnaires. Le législateur élargit le champ des sociétés à participation publique. C'est-à-dire toute entité comportant un certain seuil d'argent ou de biens d'origine publique sont considérées soumises au contrôle de l'Etat.

Toutefois, toute société comportant des participations publiques ne constitue pas automatiquement une entreprise publique. Ainsi, pour pouvoir qualifier une entreprise publique le seuil de participation doit être fixé à plus de 50% du capital sociétaire selon la loi susvisée. Lorsque l'entreprise est en dessous de ce seuil elle sera moins contrôlée par l'Etat avec moins de contraintes à l'égard du secteur public.

La modification du seuil à 50% a été instaurée par la loi du 1er février 1989. Auparavant, il suffisait que les capitaux dépassent 34% pour qu'une entreprise soit classifiée comme publique.²⁴² Ainsi, la loi de 1989, qui s'inscrit dans un contexte de désengagement de l'État, a relevé ce seuil dans le but de réduire le nombre d'entreprises à participation publique considérées comme entreprises publiques. Cette mesure visait à faciliter leur assainissement et leur restructuration. En réduisant le cercle des entreprises publiques, il était plus aisé de cibler celles qui pouvaient être cédées au secteur privé. Les entreprises présentant une part minoritaire de capitaux publics étaient les premières à être sujettes à la restructuration voire à la cession. Une sous-catégorisation des entreprises à capitaux mixtes pouvait être effectuée en fonction du niveau des participations publiques dans leur capital : moins de 33%, de 34% à 50%, et plus de 50%.

Bien que toutes les situations relèvent de l'économie mixte, il existe une gradation dans l'intensité de la présence publique au sein des sociétés à « économie publique dominante ²⁴³». Dans les deux premiers cas, il s'agit de sociétés davantage orientées vers une nature privée et

²⁴² Pour les banques et les sociétés d'assurance, le taux de 34% persiste jusque 2001. Ainsi, le changement du critère à 50% avait réduit le nombre des banques et compagnies d'assurances constituant des entreprises véritablement publiques.

²⁴³ H. Ayadi, *Les entreprises publiques et les offices en Tunisie*, Thèse de doctorat de droit, faculté de droit et des sciences économiques de Tunis 1968, p.204.

plus soumises aux contrôles du code des sociétés commerciales. L'État ne jouera un rôle dominant que lorsque les participations privées s'affaiblissent. Pour le dernier cas, les sociétés à participations publiques sont soumises à des contrôles renforcés exercés par des personnes publiques « actionnaires », plus marquées par les contraintes de la puissance publique. Exemple de sociétés à participation majoritairement publique : Tunisair, société tunisienne des banques, société des ciments Bizerte (99.36% de capitaux étatiques)

En prenant l'exemple de la société les ciments de Bizerte constituée en 1952, elle est « placée sous la tutelle du ministère de l'industrie et du commerce²⁴⁴ ». Depuis son introduction en Bourse en 2009, son capital a été ouvert à l'épargne publique. L'Etat détient désormais 99.77% et les autres actionnaires 0.23%.

ii- Nature des participations publiques.

Les participations détenues par le secteur public peuvent prendre diverses configurations, et leur incorporation dans le capital d'une entreprise suit un processus déterminé. Lorsqu'une entité publique décide de souscrire au capital d'une société, quelle que soit la somme impliquée, cela constitue une dépense budgétaire qui requiert l'autorisation légale. Conformément à l'article 67 du code de la comptabilité, il est stipulé que « toute participation au capital d'une société, sous forme de contribution monétaire ou en nature, de la part de l'État ou d'un organisme public, ne peut être réalisée qu'à l'intérieur des limites fixées par l'autorisation accordée par la loi de finances ». Par ailleurs, cette implication financière de l'État ne doit pas dépasser un seuil préalablement défini par la loi de finances annuelle.

En ce qui concerne les sociétés anonymes, les contributions de la part des entités publiques peuvent prendre deux formes distinctes : il peut s'agir de contributions en espèces ou de contributions en nature.

L'apport en numéraire est la forme la plus classique de participation publique. Il s'agit d'une somme d'argent qui sera rémunérée par des parts ou des actions, en proportion de leur valeur. L'article 165 du code de société commerciale dispose que « l'apporteur en numéraires doit verser au moins le quart du montant des actions souscrites par lui » et la libéralisation intégrale des actions en numéraire doit intervenir dans un délai maximum de 5 ans à compter de la date de la constitution définitive de la société. Il n'existe aucune dérogation à cette règle.

²⁴⁴ <https://www.ilboursa.com/docs/LCB%20ef%20juin%202020.pdf>

Seul l'apport que la personne publique effectue au capital d'une société déjà constituée est considérée comme tel.

La personne relevant du secteur public devra obtenir une autorisation préalable pour souscrire au capital. Dans le cas où cette souscription émane de l'État, l'approbation de souscription requiert l'avis du ministère des finances, qui vérifiera que le montant de la contribution reste en adéquation avec les limites définies par la loi de finances. Les actions qui seront allouées seront nécessairement nominatives, du fait de leur dématérialisation en accord avec les dispositions de l'article 2 de la loi 2000-35 du 21 mars 2000 concernant la dématérialisation des titres.

La participation du secteur public peut également revêtir la forme d'une contribution en nature, consistant en l'apport à l'entreprise de biens mobiliers (tels que des marques ou des brevets) ou immobiliers.

Pour l'État et les collectivités locales, il convient de faire une distinction en fonction de la nature des biens concernés, à savoir s'ils appartiennent à leur domaine public ou privé. Si les biens relèvent de leur domaine public, l'apport ne peut être qu'en jouissance ; en revanche, s'il s'agit de biens appartenant à leur domaine privé, la contribution est réalisée en pleine propriété.

La problématique réside dans l'évaluation des contributions en nature. En effet, l'article 173 du code des sociétés commerciales stipule que « lorsqu'il y a des apports en nature lors de la formation de la société, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par ordonnance du président du tribunal de première instance au siège social ». Ils sont choisis parmi les experts judiciaires à la demande des fondateurs, afin d'évaluer les contributions en nature. En pratique, pour évaluer les participations publiques dans les entreprises, il est attendu que cette tâche soit confiée à une Commission spéciale créée par les autorités gouvernementales. Cependant, jusqu'à présent, ces commissions n'ont pas été pleinement fonctionnelles, sauf dans les situations concernant les banques.

II- Le double visage des entreprises publiques.

De manière intrinsèque, les entreprises publiques opèrent au sein des secteurs économiques impliquant des transactions d'achat et de vente, ce qui nécessite des interventions régulières sur les marchés ainsi que des ajustements en conséquence. Dans certains cas, ces entreprises évoluent même dans des environnements compétitifs qui requièrent des règles de fonctionnement flexibles pour éviter de les désavantager par rapport aux entreprises privées.

Cependant, il est évident que dans l'ensemble, les réglementations juridiques appliquées aux entreprises publiques sont inappropriées, malgré quelques efforts isolés pour prendre en compte l'évolution du paysage des affaires.

La présence substantielle de l'État au sein de ces entités économiques constitue un facteur constant. Cela se manifeste en particulier à travers les multiples et paralysantes procédures de contrôle. Selon l'article 7 de la loi 89-9, il est stipulé que « sont soumises au contrôle général des inspections départementales, les sociétés... ayant recours directement au soutien financier de l'État sous forme de participations en capital, de subventions, de prêts, d'avances ou de garanties ».

Cette disposition de la loi 89-9 préfigure la complexité et la rigueur des vérifications imposées aux entreprises publiques, des contrôles qui se superposent et se morcellent. Bien que ces entreprises puissent bénéficier de subventions et d'aides variées, la multiplicité des contrôles crée un réseau contraignant pour elles. Cela les plonge dans une dynamique de soumission et de désengagement, ce qui entrave leur fonctionnement et les rend inefficaces. L'entreprise, excessivement contrôlée, voit sa rentabilité diminuée et obtient de mauvais résultats qui exigent ensuite des renflouements financiers de la part de l'État. Les aides publiques, loin d'être bénéfiques, deviennent un fardeau pour l'entreprise publique, la désavantageant dans la compétition.

L'entreprise publique apparaît ainsi enserrée dans des contrôles multiples, qui entravent son fonctionnement et parfois même sa productivité (A). Ces contraintes justifiées par l'intérêt général poursuivi et par l'utilisation d'apports et de biens publics, apparaissent aujourd'hui excessifs et rendent difficile leur soumission aux règles de la concurrence obligeant à une réflexion pour une réforme de long terme (B).

A- L'inévitable soumission aux contrôles publics.

Pour s'en tenir à l'essentiel des contrôles pesant sur les entreprises publiques, cette thèse traitera de ceux exercés par le gouvernement (1), le contrôleur d'État (2), les juridictions financières (3) et les reviseurs comptables (4).

1- Les contrôles gouvernementaux.

Le ministère de tutelle dispose d'un contrôle notamment sur l'activité de l'entreprise publique. Le décret 2002-2197 du 7 octobre 2002 relatif aux modalités d'exercice de la tutelle

sur les entreprises publiques, à l'approbation de leurs actes de gestion, a élargi les domaines les domaines relevant directement de la compétence du ministre de tutelle.

Le ministre de tutelle détermine les objectifs à atteindre par les entreprises publiques placées sous sa tutelle. Il dirige les actions de l'entreprise publique en précisant les données et les indicateurs qu'elle doit lui fournir²⁴⁵. Il surveille également la gestion de l'entreprise publique pour garantir qu'elle « respecte les lois et règlements, soit cohérente par rapport aux orientations générales de l'État et conforme aux règles de gouvernance appropriées²⁴⁶ ». Cela compromet des actions importantes dans la vie de l'entreprise, comme le budget, les comptes financiers et les salaires. De telles actions doivent obtenir l'accord préalable d'autorités de tutelle spécifiques en fonction du secteur de l'entreprise. Cette règle est prévue par le décret 2002-2197, qui régule la surveillance des entreprises publiques.

A l'exception du contrôle périodique et indirect exercé par le mandataire spécial siégeant à l'assemblée générale et le contrôle permanent exercé par le contrôleur de l'Etat, la présidence du gouvernement est chargée de surveiller l'efficacité du fonctionnement des entreprises publiques. Cette surveillance vise à coordonner le suivi des performances des établissements et entreprises publics. Cela comprend l'évaluation de leurs performances, la création de rapports, la gestion de données, la nomination de représentants spéciaux pour les réunions générales et la surveillance de leurs actions.

La présidence du gouvernement dispose également du corps de contrôle général des services publics, chargé de concrétiser les principes de la bonne gestion publique et la préservation des deniers publics pour toute entité bénéficiant d'une aide ou d'une participation publique. Sa mission globale consiste en l'investigation, l'évaluation des programmes nationaux et des politiques publiques, ainsi que l'audit de l'efficacité. Les inspections ministérielles, les services du contrôle général du ministre des Finances et du contrôle général du ministre des domaines de l'État et des affaires foncières lui communiquent leurs rapports ²⁴⁷.

²⁴⁵ Le décret n° 2002-2200 du 7 octobre 2002 désigne les autorités de tutelle sur toutes les entreprises publiques selon leur secteur d'activité.

²⁴⁶ Article 3 alinéa 1 du décret 2002-2197 relatif aux modalités d'exercice de la tutelle sur les entreprises publiques.

²⁴⁷ Le décret n° 2002-97 a augmenté les domaines relevant directement de la compétence du ministère de tutelle. Le rôle de ces directions est sûrement complété sur place par les contrôlés exerce par les inspections ministérielles.

2- Le contrôleur d'Etat.

Le contrôleur d'État est affecté de façon permanente à l'intérieur de l'entreprise publique, mais il n'est pas un membre de son personnel. Il est issu et appartient à un corps qui est affilié à la présidence du gouvernement, et il est responsable de vérifier que l'entreprise publique est bien gérée. Cette bonne gestion doit suivre des normes de conformité et de loyauté envers la politique économique de l'État, plutôt que des critères d'efficacité et de concurrence avec le secteur privé.

Le rôle du contrôleur d'État est double : premièrement, il doit soutenir la politique de l'État au sein de l'entreprise et tenir le gouvernement informé de l'évolution de sa situation. Sa principale responsabilité réside dans la supervision de la mise en œuvre des décisions prises par la tutelle, la gestion des projets d'investissement et le suivi du recouvrement des dettes de l'entreprise.

En parallèle, le contrôle d'État implique de s'assurer que la gestion de l'entreprise publique est conforme à la législation en vigueur, ainsi que de vérifier si ses accords et contrats respectent également la loi. Dans le domaine des marchés publics, il examine non seulement la conformité aux procédures, mais également la pertinence de ces marchés par rapport aux besoins réels de l'entreprise. Pour ce faire, il participe aux réunions de la Commission des marchés et aux séances d'ouverture des plis.

Il assiste aux réunions du Conseil d'administration et donne son avis sur les questions ayant forme de sociétés. Il assiste également aux assemblées générales, tant ordinaires qu'extraordinaires. Il peut demander communication de tous documents qui lui semblent utiles, examiner les écritures du bilan et des comptes de l'entreprise.

3- Les contrôles des juridictions financières.

Deux instances judiciaires financières sont chargées de traiter les affaires liées aux entreprises publiques : la Cour des Comptes et la Cour de Discipline Financière. Toutefois, seule la seconde exerce un contrôle juridictionnel effectif.

La compétence de la Cour des Comptes vis-à-vis des entreprises publiques relève principalement de la sphère administrative. En effet, sa compétence judiciaire s'étend uniquement aux litiges impliquant l'État, les collectivités locales et les institutions publiques dont le budget est rattaché à celui de l'État par ordonnance. Étant donné que les entreprises

publiques ayant une comptabilité commerciale ne sont pas tenues de nommer des comptables publics, la Cour des Comptes n'est pas autorisée à exercer un contrôle judiciaire sur ces entités. Cependant, elle est « habilitée à mener des vérifications comptables et de gestion sur toutes les entités, quelle que soit leur dénomination, dans lesquelles l'État et les collectivités locales ont des participations en capital ²⁴⁸», en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la loi 68-8, modifiée en 2008.

Plusieurs approches peuvent être adoptées pour réaliser ce contrôle administratif. Une méthode fréquemment employée consiste en une inspection sur les lieux, généralement initiée par la Cour des Comptes à la suite d'une auto-saisine. Dans cette optique, les documents comptables et financiers de la société, tels que les procès-verbaux du conseil d'administration et de l'assemblée générale, sont examinés. Les rapports émis par les contrôleurs financiers et les commissaires aux comptes sont également passés en revue. Si des problèmes sérieux se manifestent au sein de l'entreprise, une inspection sur place peut être lancée sur la base d'une saisine venant du chef de l'État ou du chef du gouvernement.

Un exemple concret de cette procédure peut être observé dans le cas de la société Tunisie Autoroutes. Cette entreprise n'a pas été en mesure en 2019 d'assurer le suivi adéquat de l'avancement des travaux de construction des stations. Cette négligence a causé un retard de 12 mois par rapport aux délais prévus dans le contrat initial, entraînant ainsi une perte financière évaluée à 1968 millions de dinars.

De plus, le trente-et-unième rapport publié par la Cour des Comptes en décembre 2018 met en évidence un grand nombre de dysfonctionnements. Élaboré à partir de plusieurs missions d'audit, ce rapport s'est particulièrement penché sur la compagnie Tunisair. Les conclusions ont révélé de multiples erreurs de gestion ainsi que des infractions à la loi pénale dans certains cas.

La Cour de discipline financière est l'autorité juridictionnelle des entreprises publiques. À l'origine, la Cour de discipline budgétaire a été créée en 1970 en réponse à l'établissement du principe de responsabilité des gestionnaires des deniers publics. En 1985, elle a été substituée par la Cour de discipline financière, dont la mission est de définir les fautes de

²⁴⁸ Article 3, paragraphe 2, de la loi 68-8, modifiée en 2008.

gestion préjudiciables aux intérêts de l'État, des établissements publics administratifs et des entreprises publiques.

La Cour de discipline financière peut être saisie par certains membres du gouvernement, par le Parlement ou par le premier président de la Cour des comptes. Elle prononce uniquement des sanctions pécuniaires qui peuvent aller jusqu'à douze mensualités de salaire.

4- le contrôle des commissaires aux comptes et des auditeurs.

Les entreprises gérées sous forme de société anonyme sont soumises à des contrôles supplémentaires. Elles sont tenues de nommer un commissaire aux comptes responsable de surveiller leur gestion et de certifier leurs comptes annuels. Les sociétés anonymes doivent également établir un comité permanent d'audit, qui « garantit la mise en place d'un système de contrôle interne performant pour promouvoir l'efficacité, l'efficience, la protection des actifs de la société, la fiabilité des informations financières et le respect des dispositions » conformément à l'article 256 bis du Code des sociétés commerciales (CSC).

Le commissaire aux comptes est désigné par l'assemblée générale pour 3 ans parmi les experts comptables inscrits au tableau de l'ordre²⁴⁹. Il a pour rôle de contrôler la régularité des écritures comptables des sociétés et la véracité de leurs constatations au regard des documents financiers et comptables. « Le Commissaire aux comptes vérifie, sous sa responsabilité, la régularité des états financiers de la société et leur sincérité » sur le fondement de l'article 258 du CSC.

Les établissements publics non administratifs et les entreprises où l'État est le seul actionnaire sont soumis à un contrôle comptable réalisé par un auditeur. Sa mission est semblable à celle des commissaires aux comptes, c'est-à-dire vérifier que les opérations financières de l'entreprise publique sont conformes aux normes comptables en vigueur.

Il dispose de pouvoirs d'investigation importants par exemple il vérifie la caisse, le portefeuille, les valeurs de la société ou de l'établissement, contrôle la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans, l'exactitude des informations données sur les comptes. Il a accès à l'ensemble des documents comptables de la société ou de l'établissement et assiste aux réunions du Conseil d'administration.

²⁴⁹ Article 260 du Code des sociétés commerciales.

Les auditeurs établissent un rapport annuel qui est rendu public lors de l'assemblée générale et communiqué à la Banque centrale de Tunisie. Le suivi des recommandations énoncées dans ce rapport annuel est effectué par le Conseil du comité de contrôle d'État, qui est rattaché à la Présidence du Gouvernement. Cela se fait par le biais de la Commission d'audit des comptes des entreprises publiques, conformément aux dispositions du décret 2013-5093 du 22 novembre 2013 qui régit le Comité de contrôle d'État attaché à la Présidence du Gouvernement et établit le statut de ses membres.

Par ailleurs, la loi 2005-96 du 18 octobre 2005, qui vise à renforcer la sécurité des relations financières, a apporté des modifications à certains articles du Code des sociétés commerciales. Ces modifications ont renforcé les pouvoirs de contrôle du commissaire aux comptes sur les états financiers des sociétés anonymes et ont introduit des exigences accrues en matière de transparence. Les sociétés sont également tenues à fournir un certain nombre d'informations au Conseil du marché financiers et à la bourse des valeurs mobilière concernant la tenue d'assemblées générales, les indicateurs d'activités de l'entreprise comme elles doivent publier leurs états financiers.

B- La difficile soumission aux contraintes de la concurrence.

Bien que les entreprises publiques tunisiennes devraient être efficaces et rentables, elles continuent de fonctionner avec une perte financière et ont seulement une fonction sociale. L'État doit adopter une nouvelle stratégie envers elles et changer son comportement de puissance publique en devenant plus stratégique et actionnaire, mais il y a encore des obstacles à ces changements, en particulier la persistance des monopoles (1), qui semblent aller à l'encontre de la nécessité de reconsidérer le rôle des entreprises publiques aujourd'hui (2).

1. Des entreprises publiques en situation de monopole et/ou de quasi-monopole.

Le monopole se définit comme « un régime de droit ou une situation de fait ayant pour objet ou pour résultat de soustraire à toute concurrence sur un marché donnée une entreprise privée ou un organe ou un établissement public ²⁵⁰». Les monopoles présentent des similitudes en termes d'impacts économiques. Ils limitent l'accès à certaines activités commerciales, ce qui modifie la structure du marché. Ils renforcent également le rôle de l'État dans le jeu

²⁵⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018.

économique, étant donné que c'est l'État lui-même qui les établit et les maintient. De plus, les monopoles sont souvent associés à des droits exclusifs, c'est-à-dire des « droits accordés par une autorité publique, réservant à un acteur économique le privilège de fournir un service ou une activité particulière »²⁵¹.

En Tunisie, les monopoles des entreprises publiques sont une réalité, principalement créés par des dispositions légales. Contrairement à la France, où les seuls monopoles qui subsistent sont considérés comme des positions dominantes, grâce aux règles de l'Union européenne qui les prohibent. En Tunisie, les monopoles détenus par des entreprises publiques témoignent de la pérennité du contrôle exercé par l'État donc le secteur public sur divers secteurs de l'économie.

En parallèle de la catégorie traditionnelle qui génère des revenus fiscaux à travers les monopoles fiscaux (comme le tabac et les allumettes)²⁵², plusieurs monopoles sont issus de circonstances historiques auxquelles l'État a du mal à mettre fin. Un exemple en est le monopole global de l'Office du Commerce de la Tunisie en ce qui concerne l'importation et la distribution de produits, qui revêt une importance cruciale dans la politique économique commerciale du pays.²⁵³.

Cependant, le paysage économique en Tunisie ne repose pas sur des principes de concurrence. Selon cette évaluation, ce cadre ne stimule ni la croissance ni la création d'emplois pour les entreprises les plus performantes. La principale raison qui explique le maintien de la situation actuelle réside dans l'absence de concurrence sur le marché. Les entreprises les plus performantes ont l'opportunité de croître, tandis que les moins efficaces sont mises de côté, libérant ainsi des ressources pouvant être réaffectées à des activités plus productives. Cette configuration résulte en grande partie d'un cadre réglementaire qui ne promeut pas la concurrence, mais plutôt se fonde sur des limitations d'accès et sur le rôle prédominant des entreprises publiques dans l'économie. Cette structuration prédispose à des distorsions de

²⁵¹ S. Nicinski, « les droits exclusifs », *Revue française de droit administratif*, mai/juin, 2018, p.479.

²⁵² Régie nationale des tabacs et des allumettes (RNTA), manufacture des tabacs de Kairouan. Depuis 1870, l'État tunisien détient le monopole de l'exploitation directe du tabac puis de la poudre puis des allumettes.

²⁵³ L'Office du Commerce de Tunisie, établi par le décret-loi 62-6 du 3 avril 1962, a une mission stratégique essentielle. Il détient le monopole de l'importation de certains produits de première nécessité sujets à des variations de prix, tels que le sucre, le riz, le café et le thé. De plus, l'office assure le contrôle technique des produits agricoles destinés à l'exportation. Son intervention constitue une composante de l'ordre économique public du pays, et elle contribue à maintenir un certain équilibre social en garantissant une justice minimale que les autorités publiques s'efforcent de préserver.

concurrence, car les entreprises publiques bénéficient d'avantages inéquitables soutenus par l'État.

Il est également crucial de noter que la présence de monopoles et d'oligopoles (résultant des obstacles à la concurrence) fait augmenter les coûts pour le reste de l'économie, entraînant une réduction des avantages potentiels tels que la création d'emplois, l'investissement et l'amélioration de la productivité. Ainsi, lever les barrières à l'entrée favorise directement la croissance de l'emploi. En Tunisie, en effet, la création d'emplois dépend en grande partie de l'émergence de nouvelles entreprises, c'est-à-dire de leur entrée sur le marché. De ce fait, les entraves à l'entrée constituent un obstacle à la création d'emplois.

2-Le degré d'ouverture des marchés tunisiens.

Vers la fin des années 1990, l'économie tunisienne a commencé à éprouver des problèmes croissants, et sa performance est demeurée insatisfaisante. En effet, nous allons observer par la suite que plus de la moitié de l'économie tunisienne était isolée ou confrontée à des obstacles pour être accessible. De plus, de nombreuses règles et actions du gouvernement entravaient le développement du marché, créant des effets non désirables voire des effets pervers.

Il est important de noter que les fonctionnements des marchés en Tunisie ne sont pas optimaux, ce qui peut être attribué à plusieurs raisons. Les activités du secteur privé tunisien sont limitées par des contraintes générales sur le nombre d'entreprises et par la prévalence de monopoles légaux, en particulier pour les investisseurs étrangers, ce qui affecte négativement la concurrence. Dans divers secteurs, la présence de monopoles légaux, notamment dans le secteur public, et la présence de réglementations excessives empêchent l'émergence de nouvelles entreprises et la croissance des entreprises existantes. Par conséquent, cela décourage les investisseurs locaux et étrangers, limitant ainsi la croissance économique et la création d'emplois.

Environ la moitié de l'économie tunisienne se trouve confrontée à des entraves réglementaires. Cette situation se manifeste à travers des instruments tels que le Code d'incitation aux investissements, la Loi sur la Concurrence, ainsi que des réglementations spécifiques opérantes dans divers secteurs comme les télécommunications et les services professionnels. Ces dispositions et règles établissent des limitations explicites sur la

concurrence en restreignant le nombre d'acteurs sur certains marchés. Par exemple, des domaines comme l'approvisionnement en eau, la fourniture d'électricité et le transport sont assujettis à des monopoles légaux ou sous le contrôle de l'État.

Prenons l'exemple des marchés des transports et des services de télécommunication pour illustrer cette situation. Dans ces domaines, la participation du secteur privé reste limitée par rapport à d'autres pays similaires. Le secteur des télécommunications en particulier se caractérise par une faible concurrence, principalement en raison des restrictions d'accès et un manque de réglementations qui n'encouragent pas la rivalité entre les entreprises déjà présentes. Cette conjoncture engendre des coûts élevés pour les acteurs économiques et les consommateurs tunisiens. Un exemple en est l'opérateur public Tunisie Télécom, qui détient le monopole des communications par ligne téléphonique fixe et bénéficie d'une exclusivité pour les prestations de communication liées à ces lignes. De plus, Tunisie Télécom détient la totalité des câbles sous-marins internationaux et exerce pratiquement un monopole dans le domaine de la location de lignes, qu'elles soient de portée nationale ou internationale. Actuellement, deux autres opérateurs privés, Ooredoo et Orange, opèrent dans ce secteur en concurrence avec Tunisie Télécom. En contraste, dans les nations d'Europe de l'Est, on enregistre en moyenne une dizaine d'opérateurs de communications internationales ayant la maîtrise de leurs propres infrastructures.

De surcroît, dans le domaine des communications internationales, chaque opérateur se limite à fournir ses services uniquement à ses propres abonnés. En d'autres termes, il est à noter qu'Ooredoo est restreint dans sa capacité d'étendre ses services de communication internationale aux souscripteurs d'Orange, et réciproquement pour Tunisie Télécom. La déficience de la concurrence dans la majorité des secteurs du marché des télécommunications engendre des tarifs disproportionnés pour les consommateurs tunisiens, portant ainsi atteinte à la compétitivité des entreprises nationales. Même en l'absence de possibilité d'augmenter le nombre de fournisseurs, il demeure crucial de réguler ces marchés pour encourager une certaine forme de concurrence, même limitée. Par exemple, entre les trois fournisseurs de téléphonie mobile. Cette régulation vise à éliminer les profits oligopolistiques réalisés aux dépens des consommateurs, des entreprises et de l'économie dans son ensemble.

Dans le domaine du commerce de détail, les conditions de concurrence sur le marché sont également perturbées par des réglementations restrictives. Ce secteur présente une dualité avec de nombreux petits commerces et trois grandes surfaces qui détiennent ensemble près de

16 % de la part de marché. Ces grandes enseignes se concentrent principalement sur la vente de produits alimentaires, ce qui représente environ 62 % de leurs ventes.²⁵⁴ Elles parviennent à proposer des prix en moyenne 10 à 15 % moins élevés que les autres magasins en raison des économies d'échelle qu'elles réalisent.²⁵⁵ Dans le but de préservation d'un « équilibre adéquat entre les grandes surfaces et les petits commerçants, la réglementation prévoit la nécessité d'obtenir une autorisation supplémentaire de la part de la Commission Nationale de l'Urbanisme (CNUC) pour l'établissement de grandes surfaces ou d'hypermarchés excédant 1500 m², ainsi que pour la création de centres commerciaux dépassant 3000 m² ²⁵⁶». Les investisseurs étrangers doivent également se conformer à des exigences administratives supplémentaires, comme la carte de commerçant. Bien que la mission du CNUC soit de garantir le respect des dispositions légales en matière d'urbanisme, la procédure pour obtenir cette approbation s'avère excessivement complexe et crée des obstacles inutiles à l'accès. Il advient parfois que les producteurs soient en mesure de commercialiser leurs produits, cependant, cette action nécessite préalablement l'obtention de l'approbation du Ministère du Commerce. De surcroît, certains produits agricoles importés ne peuvent être mis en vente que par les organismes publics, aussi désignés sous le terme "Offices", à des tarifs régulés. À l'encontre des standards internationaux avancés en matière de concurrence, la Tunisie impose des entraves substantielles à la compétition dans les domaines des services professionnels.

En Tunisie, les secteurs tels que « le gaz, l'électricité, le transport ferroviaire, le transport aérien et les services de télécommunication fixes sont en grande partie sous la tutelle d'entreprises publiques, détenant entre 50 % et 100 % de leurs parts de marché respectives ²⁵⁷». Par ailleurs, diverses entreprises publiques détiennent le monopole de la production, de l'importation et de la distribution de produits essentiels tels que les céréales, l'huile, la viande et le sucre. Il convient de souligner que la détention de la propriété de ces entreprises par l'État ne constitue pas en soi l'élément central de la problématique. L'élément essentiel pour assurer le bon fonctionnement des marchés est que ces entreprises opèrent de manière efficiente et

²⁵⁴https://www.banquemonde.org/content/dam/Worldbank/document/MNA/tunisia_report/the_unfinished_revolution_fre_chap2.pdf.

²⁵⁵ M. Boughzala, « Background note for the Development. Policy Review : Le commerce en détail en Tunisie », OCDE, *Mimeo*, Avril, 2013.

²⁵⁶ World bank, « The Unfinished Revolution Bringing Opportunity, Good Jobs and Greater Wealth To All Tunisians », *Development Policy review*, 2014.

²⁵⁷ A. Njehi, « L'interventionnisme économique public. Étude de droit comparé franco-tunisien », Thèse de droit, Lyon 2-Tunis EL-MANAR, 2018.

respectent des normes de gouvernance d'entreprise appropriées. Il est crucial qu'elles soient indépendantes du gouvernement et de l'administration publique.

Dans certains domaines où la justification de la participation de l'État peut être remise en question, son intervention est également présente. Des entreprises dans divers sous-secteurs de production et de service tels que l'hôtellerie, la restauration et d'autres activités commerciales sont sous la tutelle de l'État. De plus, douze entreprises publiques opèrent dans le secteur immobilier. La prédominance des entreprises publiques dans ces domaines contredit les normes internationales et ne repose pas sur une logique économique solide.

Le secteur des transports est également fortement influencé par les entreprises publiques en Tunisie. Deux grandes entreprises publiques gèrent les services de transport maritime et les opérations portuaires. Dans le domaine du transport aérien, la compagnie nationale Tunisair joue un rôle central en couvrant diverses fonctions telles que le transport de passagers, le fret et la manutention à l'aéroport. Cependant, le cadre réglementaire qui protège Tunisair limite la concurrence, empêchant ainsi d'autres compagnies aériennes de proposer des alternatives viables en termes de transport. Cette situation entraîne des tarifs élevés et une qualité de service moindre pour les consommateurs tunisiens. Ces circonstances ont également des conséquences néfastes sur plusieurs secteurs économiques.

En Tunisie, il est fréquent que les entreprises publiques bénéficient de traitements préférentiels sous différentes formes, tels que des « Aides de l'État²⁵⁸ ». Cependant, cela ne garantit pas une équité des conditions pour l'ensemble des participants du marché, engendrant ainsi des distorsions et des préjudices économiques. L'objectif de l'État tunisien en fournissant ces avantages aux entreprises publiques en difficulté, aux dépens du budget de l'État, est de les soutenir.²⁵⁹ Néanmoins, il est essentiel que l'État veille à instaurer des principes de neutralité concurrentielle en contrepartie. Par conséquent, le contrôle de ces aides étatiques est considéré comme crucial, car il permet de prévenir toute partialité et de promouvoir une concurrence équitable entre les entreprises publiques et privées.

²⁵⁸ Les mesures de soutien gouvernemental peuvent revêtir différentes modalités, comprenant des injections de capitaux, des garanties financières pour les entreprises publiques en situation difficile, ainsi que des prêts à des taux avantageux émanant de banques publiques ou directement de l'État.

²⁵⁹ Dans le contexte de la neutralité concurrentielle, il est essentiel que toutes les entités opérant sur un marché économique soient soumises à des conditions de concurrence égales, sans bénéficier d'avantages ou de désavantages compétitifs injustifiés.

Un exemple éclairant dans ce contexte est le Brésil, où « la Constitution interdit explicitement l'octroi d'avantages fiscaux exclusifs aux entreprises publiques, à moins que les entreprises privées ne puissent également en bénéficier ²⁶⁰».

L'expansion de la réglementation des prix et d'autres paramètres économiques accroît les risques et entrave la compétitivité des entreprises en Tunisie. À travers tout le pays, un éventail de produits alimentaires et non-alimentaires ainsi que des services sont sujets à la régulation des prix à toutes les étapes de leur production et distribution. De plus, l'État régule les marges de profit pour divers produits. Une étude menée sous l'égide de la CNUCED a mis en évidence que l'économie tunisienne ne favorise pas la libre concurrence et que des améliorations dans ce domaine ne sont pas encore apparentes.²⁶¹ Les offices de commercialisation des produits agricoles ont également un rôle dans les transactions des marchés, ce qui limite la production locale et les opportunités d'investissement. Plusieurs entités publiques interviennent dans le secteur agricole, « possédant des positions monopolistiques sur le marché de l'importation et de l'exportation de biens essentiels tels que le pain, les céréales, le couscous, les pâtes, les huiles et le lait UHT. Par exemple, l'Office du Commerce détient exclusivement le monopole des importations de sucre, de café et de pommes de terre, tandis que l'Office National des Huiles assure la gestion des opérations d'import-export d'huiles, principalement non-raffinées ²⁶²». Même si l'exclusivité de l'exportation d'huile d'olive ne leur appartient pas, ils influencent les marchés par le biais de mécanismes tels que la régulation des marchés et l'octroi de certificats de qualité aux exportateurs privés. Par conséquent, une décision gouvernementale unilatérale visant à réduire les interventions ou les opérations des offices sur les marchés enverrait un signal positif aux investisseurs privés, ce qui pourrait réduire ces interventions.

En somme, les marchés en Tunisie sont définis par diverses entraves à la concurrence, résultant d'une combinaison de réglementations restrictives, de monopoles publics légaux, de préférences envers les entreprises publiques et d'une régulation des prix étendue. Par conséquent, cet ensemble crée un environnement peu favorable où les entreprises ne peuvent rivaliser ni développer leur potentiel productif ni améliorer la qualité de leurs services. Ainsi,

²⁶⁰ World bank, « The Unfinished Revolution Bringing Opportunity, Good Jobs and Greater Wealth To All Tunisians », *Development Policy review*, 2014.

²⁶¹ Rapport CNUCED 2018.

²⁶² World bank, *op. cit.*, 2014.

ces barrières à la concurrence ont une influence significative sur les lacunes du modèle économique tunisien.

3-Recommandation juridique de l'inefficacité de la politique de Concurrence tunisienne face aux distorsions du marché.

La législation sur la concurrence en Tunisie n'atteint pas son efficacité souhaitée, car elle implique la régulation des prix pour une vaste gamme de produits et services, allant au-delà des normes observées dans d'autres pays. De plus, les monopoles légaux échappent à cette régulation, ce qui entrave la concurrence dans des domaines critiques tels que les intrants agroalimentaires et les matériaux pour les activités minières et de construction.²⁶³.

Pour établir un environnement concurrentiel au sein des marchés et entreprises en Tunisie, trois recommandations majeures de réforme doivent être adoptées. Ces mesures ciblent spécifiquement la levée des obstacles à l'entrée sur le marché, l'amélioration de la gouvernance des entreprises publiques et le renforcement du cadre juridique de la concurrence.

En premier lieu, il devient impératif de démanteler la majorité des entraves à l'accès et à la compétition au sein de divers secteurs, dans le but d'améliorer les performances économiques de la nation. Une proportion significative de l'économie tunisienne se heurte à des limitations d'accès au marché, touchant spécifiquement les domaines de services d'infrastructure tels que les télécommunications, le transport, la vente etc. Ces restrictions ont un impact sur la compétitivité globale de l'économie, ainsi que sur des secteurs à fort potentiel de croissance comme la santé et l'éducation. À l'heure actuelle, ces entraves découlent de diverses législations, dont le Code d'Incitation aux Investissements, le Code du Commerce et les réglementations spécifiques aux différents services, tout en étant également admises en vertu de la Loi sur la Concurrence.

En second lieu, il est tout aussi crucial de réformer la gouvernance des entreprises d'État et de gérer de manière plus efficace les aides d'État. Il convient de mettre en évidence que l'optimisation de l'efficacité des marchés n'entraîne pas automatiquement la privatisation des entités publiques. Cependant, il est essentiel que la gouvernance des entreprises publiques leur permette de rivaliser de manière équitable avec les entreprises privées, tout en garantissant des

²⁶³ De manière générale, les monopoles naturels, comme ceux qui régissent la distribution de gaz ou d'électricité, engendrent un éventuel conflit entre l'efficacité des coûts et la concurrence, car l'augmentation du nombre de concurrents peut entraîner une diminution des économies d'échelle.

opportunités équitables par rapport aux autres acteurs privés du marché. Cela nécessite également la mise en place d'une réglementation globale en ce qui concerne les aides d'État, visant à garantir des conditions de concurrence justes pour toutes les entreprises et d'éviter toute utilisation abusive de fonds publics pour perturber la concurrence. Cela vise à encourager l'entrée de nouveaux investisseurs sur le marché.

Par ailleurs, il est important d'envisager la diminution de l'implication directe de l'État dans certains secteurs, en particulier dans les marchés concurrentiels où la présence de l'État n'est pas clairement justifiée. Ces secteurs incluent « notamment les industries manufacturières, le transport, le tourisme, les loisirs et le secteur immobilier ²⁶⁴».

Il est conseillé de mettre l'accent sur les réformes visant à réduire l'intervention de l'État dans les entreprises publiques et autres opérations, surtout dans les secteurs où la concurrence est en jeu. Pour instaurer une législation concurrentielle plus efficace, il est nécessaire de renforcer les règles contre les pratiques anticoncurrentielles. Cela peut être accompli en adoptant les meilleures pratiques en matière de surveillance des aides d'État et en réduisant le degré de restrictions imposées par la réglementation des marchés de biens. Il est nécessaire de garantir une impartialité en matière de concurrence, tant entre les entités publiques et privées qu'entre diverses entreprises privées. Ces réformes visent également à créer un environnement commercial plus transparent et prévisible.

Les réformes devraient essentiellement se concentrer sur la réduction de l'intervention étatique dans les entreprises publiques et d'autres opérations, notamment dans les secteurs où la concurrence est présente. Cette approche permettrait également une utilisation plus efficace des fonds publics pour atteindre d'autres objectifs politiques. De plus, cette action mettrait fin à la discrimination entre les investisseurs nationaux et étrangers, en particulier dans les domaines où les restrictions réglementaires créent une concurrence inégale. Par conséquent, il revêt une importance capitale de favoriser la concurrence et l'efficacité en assouplissant la réglementation contraignante des marchés de biens et en mettant en place une supervision réglementaire appropriée dans les secteurs essentiels.

D'autre part, le Conseil de la Concurrence pourrait également jouer un rôle dans la prévention de l'utilisation de pratiques anticoncurrentielles en sensibilisant les organismes de

²⁶⁴ World bank, « The Unfinished Revolution Bringing Opportunity, Good Jobs and Greater Wealth To All Tunisians », *Development Policy review*, 2014.

régulation sectorielle aux distorsions résultant de certaines dispositions réglementaires spécifiques. Une collaboration étroite avec ces organismes serait essentielle pour mieux contrer les réglementations contraires à la concurrence.

Il est essentiel de promouvoir l'ouverture de l'économie en établissant des conditions équitables pour accueillir de nouveaux investisseurs et permettre aux entreprises les plus performantes et innovantes de prospérer. Ce processus stimulerait l'activité économique et la création d'emplois. Il convient de souligner que cette ouverture ne sous-entend pas automatiquement la privatisation des entreprises publiques.

En résumé, il convient de souligner que la discussion ne se concentre pas sur la réduction du rôle de l'État, mais plutôt sur la nécessité de le redéfinir en faveur du soutien au secteur privé. Le défi consiste à évoluer d'un modèle d'« État paternaliste », qui peut entraver l'efficacité économique, vers un système qui équilibre les règles du jeu pour encourager l'initiative privée à travers tout le pays et à offrir des opportunités économiques à tous les citoyens tunisiens.

Section 2- L'intervention de l'Etat français : entre régulation et réglementation.

L'intervention de l'opérateur public sur le marché pose la question de leur régularité, de la licéité de leur comportement. Ainsi seront examinés le principe de l'intervention de l'opérateur public (§1) puis leurs modalités de leurs interventions à travers leurs comportements sur le marché (§2).

§1- L'Intervention concurrentielle de l'État en France et sa mise en œuvre.

En plus de l'interprétation faite de la liberté du commerce et de l'industrie, d'autres sources juridiques sont susceptibles de fonder l'intervention d'un opérateur public (1). Cependant ces sources sont d'un maniement délicat dans la mesure où elles permettent à l'administration d'organiser certaines activités sans nécessairement impliquer une exploitation par un opérateur public (2).

I- L'intervention concurrentielle de l'État.

L'article L 410-2 alinéa 1 du code de commerce consacre la liberté de concurrence en insistant sur son corollaire la liberté des prix : « sauf si la loi en dispose autrement, les prix des

biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de libre concurrence ».

La liberté de la concurrence implique que toute personne est autorisée à mener une activité économique, en respectant les obligations énoncées par le statut commercial ou par les lois régissant l'économie. Ce principe a été formellement établi en France dès la révolution par le décret d'Allarde du 2 mars 1791 abolissant les corporations, et au sein de l'Union Européenne par les règles de concurrence qui visent à maintenir la concurrence sur les marchés. Cependant, appliquer ce principe devient compliqué lorsque cela concerne l'État, ainsi que les entités associées à l'État telles que les collectivités publiques, les établissements publics, ou même les entreprises privées agissant pour des missions de service public.

Autrefois, la liberté de concurrence s'interprétait comme une absence de concurrence entre le secteur public et secteur privé. Le Conseil d'Etat par un arrêt célèbre avait affirmé que « la liberté d'exercer une activité professionnelle, et celle de l'exercer dans un système de libre concurrence, ce qui exclut que toute personne publique puisse en fausser les règles par sa participation directe »²⁶⁵. En effet, le principe était que l'État ne peut concurrencer des activités économiques exercées par des entreprises privées. En conséquence les établissements publics qu'il soit administratifs, industriels ou commerciaux sont soumis au principe de spécialité par rapport à leur objet statutaire. Bien que des assouplissements aient été autorisés par les tribunaux administratifs.²⁶⁶

Les autorités locales possèdent la capacité d'établir des services publics dans le but de répondre aux besoins de la population, même si cela peut potentiellement entrer en concurrence avec les entreprises privées. Jusqu'en 1930, l'implication des collectivités locales dans ces domaines restait rare, les activités industrielles étant principalement réservées à l'initiative privée. Toutefois, au cours du 20^e siècle, la jurisprudence a assoupli ses exigences, permettant ainsi une plus grande intervention des collectivités locales dans les affaires économiques. Cette tendance a été renforcée par le législateur lors des réformes de la décentralisation. Par conséquent, les entreprises publiques ont le droit non seulement de fournir des services publics, mais également de participer aux activités économiques, dans le respect de la liberté d'entreprise et d'industrie.

²⁶⁵ CE, 6 mars 1914, Syndicats de la boucherie, Lebon, 1914, 308.

²⁶⁶ CE, 1^{er} avril 1998, UHP, 1998, N° 72973, publié au recueil Lebon.

Néanmoins, pour opérer sur le marché, ces entités doivent agir dans le cadre de leurs prérogatives et démontrer une justification basée sur l'intérêt général. Cette justification découle de divers motifs :

Lorsqu'il y a une absence d'initiative privée dans un secteur donné, par exemple dans les boucheries, les théâtres, les cafés ou les services de téléassistance.

Lorsque ces activités sont liées aux attributions légales de la collectivité. Par exemple, la création d'une piscine municipale peut être justifiée si la commune a pour mission de garantir l'hygiène publique.

En réalité, l'initiative locale est rarement contestée et exceptionnellement récusée par le juge administratif. Cependant, il lui arrive d'annuler une décision de conseil municipal créant une société d'économie mixte qui ne répondait pas à une activité d'intérêt général.²⁶⁷

L'intervention du secteur public est reconnue, à condition de respecter les règles établis pour promouvoir l'intérêt général. Le Conseil d'État a souligné que le principe de liberté du commerce et de l'industrie ne s'oppose pas automatiquement à ce qu'un établissement public puisse se porter candidat pour gérer un service public ou gagner un marché public.²⁶⁸ Ces approches sont en harmonie avec la perspective du droit européen qui valorise la neutralité envers la propriété privée ou publique, comme énoncé dans l'article 106 du TFUE.

Pendant l'Ancien Régime, l'objectif était d'instaurer une certaine liberté dans la détermination des prix. Cependant, les corporations avaient le pouvoir de réguler les prix des produits, avec un seuil minimum établi par l'autorité royale. La loi française du 19 et 22 juillet 1791 a conféré aux maires le pouvoir de réglementer les prix des produits de première nécessité. Cette autorité a été élargie aux préfets en 1933 et 1935, mais l'intervention la plus notable dans le domaine des prix s'est produite pendant le régime de Vichy. La loi du 21 octobre 1940 a institué une Charte et un Code des prix, qui ont été incorporés dans l'ordonnance française du 30 juin 1945. Cette ordonnance a établi que les décisions relatives aux prix de tous les produits étaient prises par l'État. Il est évident que la portée de cette réglementation est très large, s'appliquant à tous les produits, services et acteurs de l'économie. Conformément à l'article 16 de ladite ordonnance, que les tarifs de tous les produits et services demeuraient inchangés par

²⁶⁷ CE, 10 octobre 1994, N° 141877 146693 Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

²⁶⁸ CE, 10 octobre 1994, N° 141877 146693 Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

rapport à ceux en vigueur au 1er septembre 1939, ou les ajustaient en fonction des décisions prises après cette date. Pour les entreprises n'ayant pas commercialisé ces biens ou services à cette époque, leurs prix seraient alignés sur ceux pratiqués par des entreprises similaires pour des biens ou services comparables.

L'ordonnance avait introduit une modification substantielle en matière de liberté tarifaire. Son fondement reposait sur la fixation des prix à leur niveau préexistant avant la période de guerre. Toute augmentation des prix ne pouvait être effectuée qu'avec l'approbation du ministre en charge des affaires économiques. De ce fait, les tarifs appliqués aux biens et services étaient établis directement par les autorités gouvernementales. Pour donner un exemple concret, le gouvernement pouvait réguler les prix dans divers domaines, comme les transports locaux, les frais de scolarité, les billets de spectacle, la collecte des déchets, les garderies pour enfants et les frais liés aux documents administratifs.

La décision du gouvernement de maintenir en place l'appareil de contrôle opérationnel durant le gouvernement de Vichy était motivée par des considérations urgentes liées à la situation en cours. Cette mesure s'inscrivait également dans la vision plus vaste exprimée par le Général de Gaulle, qui visait à éviter une refonte radicale de la plupart des fonctionnaires de l'État. Ces fonctionnaires avaient principalement œuvré pour servir au mieux l'intérêt public pendant les années difficiles de l'occupation et de l'usurpation. Ainsi, cette décision reflétait la volonté de reconnaître et de valoriser leur engagement envers la chose publique dans des circonstances complexes.

L'évolution des méthodes de régulation des prix en France s'est adaptée aux changements économiques et aux orientations du droit européen. Au départ, les procédés rigides d'encadrement des prix étaient de moins en moins appropriés pour l'économie nationale, en partie parce que le droit européen préconisait une approche moins contraignante dans ce domaine. En réponse, l'administration centrale a opté pour une approche économique plus concertée. Le gouvernement a progressivement évolué vers la contractualisation pour réguler les prix. Les représentants des secteurs concernés ont été sollicités pour signer des accords de stabilité, visant à permettre aux entreprises de fixer les prix de leurs produits avec une certaine souplesse, tout en maintenant une moyenne globale des prix pratiqués. De plus, l'État a introduit des contrats de programme qui ont permis la libéralisation des prix dans les branches professionnelles concernées. À travers ces contrats, l'État intervenait de manière discrétionnaire par le biais d'actes unilatéraux, bien que cela ait été sujet à des questions

juridiques en raison du principe de l'interdiction pour l'administration de recourir à des contrats dans des domaines relevant de mesures de police.

Contrairement à la France, qui cherchait à libéraliser les prix, l'économie tunisienne était soumise à une réglementation stricte et contraignante jusqu'aux années 1990, ce qui entravait la concurrence et limitait la liberté des prix.

Tous récemment, en juillet 2022, Le ministère français de l'Economie a dévoilé le plan de l'Etat pour prendre le contrôle à 100 % d'EDF. En effet, 9,7 milliards d'euros vont être mobilisés pour racheter les 15,9 % de parts restantes. En effet, le but de cette renationalisation est d'aider l'entreprise publique en difficultés face au défi de renouvellement et/ou maintenance technique des centrales nucléaires. Cette initiative vise à fournir à l'entreprise « les ressources nécessaires pour accélérer la réalisation de son nouveau programme nucléaire », comme l'a expliqué le ministre de l'économie Bruno Le Maire²⁶⁹. Ainsi, la prise de contrôle totale d'EDF a été mal accueillie par les syndicats de l'entreprise d'énergie. "La restructuration proposée par Macron lorsqu'il était ministre suscite des craintes de voir le retour d'Hercule sous une forme dissimulée ».

II - Application des règles de la concurrence aux autorités publiques.

On semble assister à une évolution jurisprudentielle depuis la remise en en cause de l'interdiction de l'initiative publique d'entraver l'initiative privée.

A- La remise en cause de l'interdiction de l'initiative publique d'entraver l'initiative privée.

Le principe de liberté de commerce et de l'industrie assure l'interdiction de toute entrave des activités économiques à travers plusieurs textes juridiques. Ce principe pose aussi une double signification car il couvre aussi l'interdiction de l'initiative publique ou autorité publique de concurrencer l'initiative privée afin de ne pas fausser le marché concurrentiel. On parle alors du principe de non-concurrence des activités privées par l'initiative publique.

Les arrêts du Conseil d'État Daudignac de 1951 et Territoire de la Polynésie française de 1988 ont consacré comme principe général du droit, la liberté du commerce et de l'industrie,

²⁶⁹ Interview de M. Bruno Le Maire, ministre de l'Economie, des Finances et de la souveraineté industrielle et numérique, concernant la renationalisation d'EDF, 13 juillet 2022 disponible sur <https://www.vie-publique.fr/discours/285692-bruno-le-maire-07072022-politique-economique>

en lui reconnaissant une « valeur constitutionnelle qui reste implicite²⁷⁰ ». Dans l'ouvrage de SOPHIE NICINSKI, ce principe conserve une valeur « infra-législative » et affirme que « le législateur conserve donc la faculté de l'écarter, pour fonder la régularité de l'intervention publique sur le marché, ou aux contraires d'en réaffirmer les effets »²⁷¹ .

1- Évolution jurisprudentielle.

Les juges du Conseil d'Etat avaient toujours admis que les activités économiques sont maintenues en priorité par le secteur privé et que le secteur public applique le principe de non-concurrence et qu'il ne pourra intervenir sur le marché concurrentiel qu'à titre subsidiaire. Le juge administratif dans l'arrêt Casanova de 1901, donne une interprétation restrictive dans l'appréciation de l'intervention publique. Il admet que la création d'activités économique par les personnes publiques est soumise à des conditions exceptionnelles. « Si les conseils municipaux peuvent dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto, où exerçaient deux médecins²⁷² ».

Ainsi, le rapport annuel du Conseil d'État de 2002 concernant la concurrence et les entités publiques précise que « Le concept de liberté commerciale et industrielle a toujours été interprété comme étant exclusivement lié à l'initiative privée et visant à la protéger. ²⁷³».

Toutefois, l'arrêt de section du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, le Conseil d'État a modifié cette approche, considérant que les décrets de 1926 avaient ouvert la voie à une intervention économique plus large des collectivités locales.²⁷⁴ Selon cette nouvelle interprétation, le juge administratif a reconnu que « les entreprises à caractère commercial restaient normalement du domaine de l'initiative privée.

²⁷⁰ L. Volpi, « liberté de commerce et libre concurrence : le contrôle du juge administratif des interventions des personnes publique, » *Village de la justice*, 2015.

²⁷¹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, Paris, 2020.

²⁷² CE, 29 mars 1901, Casanova.

²⁷³ Rapport annuel CE sur collectivité publique et concurrence, 2002.

²⁷⁴ On parle de Deux décret-loi de 1926 : le décret du 28 décembre 1926 « les communes et les syndicats de communes peuvent être autorisés à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commerciales ». Sont considérées comme industrielles et commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées par une application de la loi 2-17 mars 1926. L'exposé des motifs du décret du 5 novembre 1926 est très clair quant à la volonté politique de l'époque (après-guerre) de voir ses municipalités assurer un rôle majeur dans la « création et la direction de tous les services publics destinés à assurer la vie économique et sociale de la cité ».

Cependant, les conseils municipaux pouvaient les considérer comme des services publics communaux dans des circonstances spécifiques, lorsqu'il existait des raisons d'intérêt public, en tenant compte du contexte temporel et géographique ». C'est donc, en l'absence de circonstance particulière que l'intervention publique devient irrégulière. On remarque qu'avec ce revirement jurisprudentiel on passe de « circonstances exceptionnelles » de l'arrêt Casanova à des circonstances justifiant la création de services publics deviennent « circonstance particulière ». Toutefois, cette dernière ne pourra être applicable afin de justifier sa régularité à l'intervention publique que lorsque deux conditions cumulatives sont remplies.

2- Les deux conditions cumulatives.

L'arrêt de section du 30 mai 1930, chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, pose deux conditions cumulatives pour justifier la régularité de l'intervention publique dans l'exercice d'une activité économique.

2.1- L'intérêt public.

L'existence du critère de l'intérêt public a toujours été présente dans certain domaine et a donné lieu à des décisions contestables. Le Conseil d'Etat avait au départ agi sur des activités liées à l'ordre public et a donné une jurisprudence favorable à l'intervention des autorités publiques dans les activités liées par exemple à l'hygiène comme des bains-douches ou des lavoirs²⁷⁵. Les juges ont également admis la possibilité d'interventions dans les « activités de première nécessité ». Par exemple, dans l'arrêt Chouard de 1935, le juge administratif a validé la création de sociétés immobilières chargées de la construction et de l'exploitation d'immeubles pour faire face à la crise du logement²⁷⁶ ».

L'intérêt public s'étend brique par brique aux activités artistiques, sportives et culturelles, notamment dans les arrêts Leoni de 1944²⁷⁷, Sté UGC-Ciné-Cité²⁷⁸...

Ainsi, le principe de la liberté de commerce et d'industrie, qui vise à limiter l'intervention économique publique en faveur des acteurs privés, a été nuancé.

²⁷⁵ CE, 2 Février, 1906, chambre syndicale des propriétaires de bain de Paris.

²⁷⁶ CE, 22 novembre 1935, Chouard.

²⁷⁷ CE, 21 janvier 1944, Leoni.

²⁷⁸ Ce, 5 octobre 2007, Sté UGC-Ciné-Cité.

En particulier, dans l'arrêt *Association pour la promotion de l'image et autres*, le juge administratif a reconnu « la légitimité de l'administration à exercer une activité économique, même si cela affectait partiellement la clientèle des acteurs privés, à condition que cette activité soit accessoire à un service public ²⁷⁹ ». Cette évolution a renforcé la légitimité de l'intervention publique dans certaines situations et a conduit à une application plus souple du principe de liberté du commerce et de l'industrie, comme en témoigne l'arrêt du Conseil d'État de 2006 dans l'affaire *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Cet arrêt, qui sera examiné plus en détail, a engendré des modifications significatives des critères traditionnels établis dans l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*.

2.2- Critère de la « carence de l'initiative privée ».

La seconde condition présentée dans l'arrêt chambre syndicale du commerce en détail de Nevers est que « les conseillers municipaux ne peuvent ériger des entreprises.... Que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu » ceci se résume donc à une « carence de l'initiative privée ».

Cette condition a été interprétée de manière très souple par le Conseil d'Etat. Cependant, l'arrêt *Ville de Nanterre* de 1964 a marqué un tournant en permettant au juge administratif d'évaluer « la carence d'initiative privée, en se basant sur le nombre d'entreprises privées et la qualité de leurs services »²⁸⁰.

L'insuffisance qualitative inclut assez rapidement les difficultés liées au niveau des tarifs pratiqués par les opérateurs privés. Si certaines catégories de la population sont exclues de l'accès aux prestations compte tenu de leurs revenus modestes, le juge administratif considère alors qu'il y a carence de l'initiative privée et qu'il revient à l'administration de satisfaire la demande non solvable. Dans l'arrêt CE, 20 octobre 1965, *Grimes et syndicats des médecins libres patentés de Madagascar* le juge administratif admet la légalité du fonctionnement d'un hôpital militaire permettant aux médecins d'examiner des « malades externes » en raison d'insuffisance quantitative de médecins à Madagascar.

²⁷⁹ Conseil d'État, Assemblée, 26/10/2011, 317827, Publié au recueil Lebon, *Association pour la promotion de l'image et autres*.

²⁸⁰ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, Paris, 2020.

2.3- L'élargissement de la condition de l'intérêt public.

L'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie concerne en premier lieu les collectivités territoriales et en particulier les communes. Mais les initiatives économiques de l'Etat sont également soumises aux restrictions imposées. L'opérateur public ne bénéficie d'aucun privilège d'intervention sur le marché et doit respecter les règles afin de garantir un marché concurrentiel.

Les sociétés d'économie mixte locales (SEML) sont aussi soumises à restrictions imposées par le principe de liberté de commerce et de l'industrie. Le Conseil d'État, dans l'arrêt du 5 juillet 2010, syndicat national des agences de voyage, précise que « le respect des règles d'intervention publique s'applique aux SEM par opposition aux entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées ²⁸¹».

Toutefois, le Conseil d'État a exclu deux types d'opérations de l'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. D'une part, des activités publiques concurrençant l'initiative privée sont admises si elles constituent un complément nécessaire au fonctionnement d'un service public²⁸² ou participe au bon fonctionnement de l'activité principale²⁸³. D'autre part, sont exclues les activités économiques qui permettent aux personnes publiques de pourvoir à leur propre besoin²⁸⁴.

On remarque alors que la notion d'intérêt public est élargie et que les conditions d'exploitation d'activités économiques par des autorités publiques ont été élargies voire même reformulées.

L'arrêt Ordre des avocats au bureau de Paris de 2006, marque un tournant pour le critère traditionnel de l'intérêt public. Ainsi, cet arrêt a réinterprété le principe de commerce et de l'industrie et propose un assouplissement de la condition de licéité de l'initiative publique. La condition de l'intérêt public devient la condition unique, laissant la disparition de la condition de la carence de l'initiative privée comme une des manifestations possibles de l'existence d'un intérêt public.

²⁸¹ CE, l'arrêt du 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage.

²⁸² CE, ass, 27 février 1942, Mollet.

²⁸³ CE, 26 octobre, 1979, Porentru.

²⁸⁴ CE, ass, 5 juillet 1985, Ville d'Albi.

B- Le déclin du critère lié à la « carence de l'initiative privée ».

Comme mentionné précédemment, le principe de liberté du commerce et de l'industrie était interprété de manière stricte pour assurer la liberté des particuliers d'exercer leurs activités sur le marché sans être entravés par des restrictions de pouvoir publics.

Ainsi, dans les conclusions du commissaire de gouvernement J. Kahn sur l'arrêt Commune de Montmagny de 1970, il est précisé que « l'intérêt public local reste lié en principe, à l'insuffisance de l'initiative privée ».

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie avait pour objectif initial de permettre aux particuliers d'exercer leurs activités sur un marché sans être soumis à des restrictions gouvernementales. Toutefois, son interprétation a évolué avec le temps, devenant plus flexible, notamment grâce à des arrêts comme "*Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*" et "*Ordre des avocats au barreau de Paris*". Ces décisions ont redéfini « l'intérêt public comme la seule condition nécessaire pour justifier l'intervention publique dans une activité économique. Le critère de carence de l'initiative privée a perdu de son importance et n'est plus considéré comme un élément justifiant des "circonstances particulières de temps et de lieu ».

L'atténuation du critère de carence de l'initiative privée peut être compris comme étant initialement justifié, car il s'appliquait uniquement à la mise en place de services publics marchands ou d'activités générales. Cependant, depuis l'arrêt Province des îles Loyauté de 2010, le Conseil d'État a étendu la notion de création de services publics à englober « la simple aide publique en faveur d'une activité qui demeure néanmoins de caractère privé, car la présence d'un besoin local insatisfait est perçue comme l'une des expressions possibles de l'intérêt public ²⁸⁵».

Ainsi, l'extension du critère d'intérêt public au détriment du recul du critère de carence de l'initiative privée implique que « l'interdiction imposée à l'autorité publique d'entraver l'initiative privée semble être abolie ²⁸⁶ » et que le principe de concurrence entre les deux secteurs apparaît, c'est ce qu'on appelle le principe d'égalité-concurrence.

²⁸⁵ CE, SSR, Province des îles Loyauté, 20 octobre 2010

²⁸⁶ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2020.

**C- La modernisation du principe de liberté de commerce et de l'industrie :
vers le changement du principe de non-concurrence au profit du principe
d'égal concurrence.**

Initialement, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie était étroitement lié au principe de non-concurrence. On considérait que la violation de cette liberté se traduisait inévitablement par l'apparition de la concurrence, résultant des actions directes de l'administration publique, préjudiciables aux acteurs du secteur privé. La pensée libérale classique craignait que l'intervention économique de l'administration, acceptée par le juge administratif, ne perturbe la concurrence, comme l'illustre l'arrêt *Casanova* de 1901, qui était défavorable à la concurrence publique.

Cependant, aujourd'hui, l'intervention économique des entités publiques a évolué, encouragée par le législateur et la simplification des exigences jurisprudentielles. Cela a conduit à une redéfinition plus large des exigences et des intérêts généraux. Cette évolution a également mis en avant l'insuffisance de l'initiative privée. Parfois, cela a même conduit à l'abandon de la référence à ce critère.

En effet, la décision de l'Association pour la promotion de l'image et autres de 2011 a confirmé que les entités publiques peuvent exercer une activité secondaire ou « accessoire » en lien avec un service public, même si cela peut avoir un impact sur les activités des entités privées.²⁸⁷ On le voit dans l'arrêt *Société Jean-Louis Bernard Consultants* de 2000 où le juge administratif a autorisé les entités publiques à soumettre leur candidature « en respectant les exigences d'accès égal à la commande publique et de concurrence libre²⁸⁸ ». Incontestablement, dans ses conclusions, Catherine Bergeal, commissaire du Gouvernement, soulignait que « le concept de la concurrence libre a évolué : il n'est plus question d'exclure l'entité publique, mais plutôt de l'inclure par principe car il n'y a pas de raison de discriminer d'avance les différents opérateurs ».

²⁸⁷ A. Sée, « Liberté du commerce et de l'industrie : Le Conseil d'État considère que l'intervention publique nécessaire au service public ne porte pas atteinte aux activités économiques existantes (*Association pour la promotion de l'image*) », 16 février 2012, *Concurrences* N° 1-2012, Art. N° 42353, pp. 222-223.

²⁸⁸ Conseil d'Etat, Avis 7 / 5 SSR, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* du 8 novembre 2000, 222208, publié au recueil Lebon.

Dans le cadre juridique, les juges administratifs ont établi une série de principes relatifs à la détermination des prix dans les contrats impliquant des entités publiques. Selon leur jurisprudence, le tarif suggéré doit être élaboré en tenant compte de tous les coûts, qu'ils soient directs ou indirects, qui sont associés à la prestation faisant l'objet du contrat. Cette approche vise à assurer que le prix reflète de manière précise et complète les dépenses nécessaires à la réalisation de la prestation.

De plus, il est stipulé que l'établissement public ne doit pas bénéficier d'avantages provenant des ressources et moyens qui lui sont octroyés par les pouvoirs publics dans le cadre de sa mission de service public, et cela afin d'éviter toute distorsion dans la fixation des tarifs. En d'autres termes, l'idée est de garantir que l'établissement public ne tire pas parti de sa position pour offrir des prix artificiellement bas, ce qui pourrait créer une concurrence déloyale vis-à-vis des entités privées. Pour justifier la conformité de leur tarification, les établissements publics doivent être en mesure de fournir des documents comptables spécifiques détaillant les éléments qui ont contribué à la formation du prix proposé. Cette exigence de transparence vise à s'assurer que les prix sont établis de manière objective et justifiable.

En définitive, ces principes visent à garantir l'égalité de traitement entre les entités publiques et privées dans les procédures de passation de marchés publics. Les entités publiques sont tenues de respecter ces critères afin de prévenir toute distorsion de concurrence et de maintenir une base équitable pour la fixation des prix dans le cadre de leurs activités contractuelles. Cette intervention publique dans la détermination des prix doit être réalisée dans le respect de ces principes et conformément aux normes légales établies.

Il est ainsi complexe d'affirmer catégoriquement que la renonciation au principe de non-concurrence est absolue. En effet, la sauvegarde de la liberté inhérente au commerce et à l'industrie persiste, quoique encadrée par les régulations du droit de la concurrence, ayant pour objectif de préserver l'initiative privée et de promouvoir les services publics. De plus, l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*, prononcé par le Conseil d'État, établit que l'intervention étatique dans l'économie « est acceptée en principe, mais, elle ne doit pas être mise en œuvre de manière à perturber la concurrence sur le marché en raison de la situation particulière de la personne publique par rapport aux autres acteurs opérant sur ce marché ». Cette décision renforce l'idée que les interventions publiques ne doivent pas altérer la concurrence sur le marché, même lorsque leur principe est admis, tout en prenant en compte la spécificité de la position des entités publiques par rapport aux autres intervenants.

Le Conseil d'État dans le même rapport de 2002 avait exprimé sa défiance envers la reconnaissance d'un principe d'égalité concurrentielle équitable, étant donné que cela peut être discutable. En effet, « L'équité concurrentielle demeure une notion difficile à établir de manière concrète, elle relève davantage d'un objectif à atteindre que d'une réalité objective », la véritable menace ne semble pas être l'interventionnisme public dans des secteurs traditionnellement privés.

D'un autre côté, il est pertinent de se demander si les activités traditionnellement sous la responsabilité des entités publiques, comme les services publics, pourraient être amenées à adopter des normes du marché privé en raison de l'influence du droit européen, qui favorise la libre concurrence. Cette évolution « pourrait éventuellement entraîner la perte de certaines, voire de toutes, de leurs caractéristiques spécifiques²⁸⁹ ».

§2- Modalité d'intervention économique de l'État en France.

Jusqu'à une date récente, le droit public se désintéressait quelque peu des modalités de l'intervention des opérateurs sur le marché. Ce désintérêt est maintenant dépassé car le juge administratif a lui-même établi des règles régissant les modalités dont les entités publiques interviennent. L'opérateur public présente des risques spécifiques pouvant engendrer des pratiques anticoncurrentielles (monopole public, actionnaire public). On distingue deux types de facteurs de distorsion de la concurrence : les facteurs internes liés au statut des opérateurs publics (II) et facteurs externes ou comportementales (I).

I- Modalité d'intervention de l'opérateur public face au droit de la concurrence.

La première particularité de la fonction publique française est son caractère statutaire, ce qui implique que les règles régissant les agents y sont définies unilatéralement par l'autorité publique. La définition du statut est établie en respectant les principes constitutionnels, soit par la loi, soit par le décret en Conseil d'État, sous l'autorité du Premier ministre. C'est pourquoi on parle également de régime légal et réglementaire pour décrire par exemple le statut des fonctionnaires. Toutefois, il arrive qu'il existe des avantages statutaires au profit de l'opérateur public, ceci engendrera une distorsion de concurrence et pourra fausser le marché

²⁸⁹ Conseil d'État, « Collectivités publiques et concurrence - Rapport public 2002 », Conseil d'État, 2001, disponible sur <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/collectivites-publiques-et-concurrence-rapport-public-2002>.

concurrentiel. On étudiera la particularité statutaire d'abord (A) puis ensuite les modalités d'intervention (B).

A- Particularité statutaire et droit de la concurrence.

Les agents public, appelés "statutaires", sont encadrés par un statut de droit public et ne sont pas soumis à des contrats. On donnera d'abord des exemples (1) pour ensuite pouvoir porter une appréciation (2).

1- Exemple statutaire.

Plusieurs fonctions statutaires exercées par une entité publique et/ou par ses agents publics peuvent présenter des déséquilibres concurrentiels. Un exemple concret de ces préoccupations est illustré dans le rapport public de 2002 du Conseil d'État, où plusieurs cas de "conflits d'intérêts" nuisibles à la libre concurrence ont été identifiés. Il s'agit en particulier l'accumulation des missions de conseil et de prescription avec la candidature à un appel d'offres. Elle englobe aussi vérification par les préfetures du contrôle de légalité sur un marché public local alors que leurs services techniques ont accès à des informations provenant des administrations opérantes en raison de leur mission régalienn.

Le juge administratif avait déjà en 1991 interdit la « confusion des rôles des opérateurs sur le marché et régulateur ²⁹⁰». En effet, le tribunal, dans l'arrêt de l'Association du premier janvier 2000, a reconnu que lorsque l'opérateur public (France Telecom) exerce ses fonctions consultatives sans pouvoir imposer sa volonté, cela « ne constitue pas un cas d'abus de position dominante ou de dépendance économique »²⁹¹.

Le tribunal administratif a infligé une sanction à un employé qui exerce une fonction administrative et continue de recevoir une rémunération en sachant qu'il travaille pour une autre administration que la sienne.²⁹² Le Conseil d'État a spécifié, dans son avis du 8 novembre 2000, que la disparité qui existe entre le régime des fonctionnaires et celui des employés du secteur privé ne donne pas forcément un avantage compétitif à l'opérateur public. Par

²⁹⁰ CJCE, 19 mars 1991, république française c/commission, Aff.C-202/88.

²⁹¹ CE, 28 Juillet 2000, Association premier janvier.

²⁹² TA, 8 Novembre 2001, Préfet du Tarn c/ commune d'Albi, AJFP 2002.

conséquent, le déséquilibre de statut ne provoque pas automatiquement une distorsion de la concurrence.

En matière fiscale, la décision prise par le conseil d'État le 8 novembre 2000 dans l'affaire Jean Louis Bertrand résout le problème de distorsion de la concurrence causé par la fiscalité des opérateurs publics en utilisant l'argument de réalisme fiscal. En effet, lorsqu'une activité économique est menée, les opérateurs publics et privés sont tous deux soumis au code général des impôts, notamment à l'article 1654. Cependant, les autorités de la concurrence ont parfois constaté que les opérateurs publics bénéficient d'avantages fiscaux en matière de taxes locales.²⁹³

2- Appréciation des statutaires.

Dans certain cas, les régimes statutaires applicables aux opérateurs publics peuvent entraîner une distorsion de la concurrence et dans ce cas ils seront condamnés *per se*. Dans d'autre cas, l'autorité de la concurrence peut tenir un bilan afin d'évaluer les avantages et les inconvénients de l'opérateur public. De cette manière, les avantages peuvent être neutralisés²⁹⁴. En effet, l'autorité de concurrence conseille souvent d'adopter des mesures de prévention pour pallier le risque de distorsion de concurrence généré par ces statutaires. Autrement dit, en bénéficiant d'avantages statutaires ces entités publiques peuvent utiliser leur activité en tant qu'intérêt général afin de financer leur activité économique et rendre les prix plus attractifs. C'est pour cette raison que l'Autorité de la concurrence a mis en place « une obligation de séparation des différentes activités de l'opérateur public pour isoler les prestations offertes sur le marché concurrentielle. L'autorité de concurrence essaye de « contrôler exactement l'attribution de ressources à l'activité commerciale. Il existe trois types de séparation d'activité : une séparation structurelle (services affectés à des entités juridiquement distinctes) une séparation fonctionnelle (entité juridique intégrée mais bénéficiant de l'autonomie de gestion) et une séparation comptable »²⁹⁵.

Le Conseil d'État a mis en avant la transparence et les modalités de contrôle des prix pratiqués par les opérateurs publics et des avantages dont ils pourraient bénéficier en le mettant

²⁹³ Avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999 sur les parcs de l'équipement. Dans la célèbre affaire des vedettes, l'offre faite par le ministère de la défense au ministère de la défense étaient exonérés de TVA.

²⁹⁴ Ch. Lemaire, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *RJEP* 2004, p. 404..

²⁹⁵ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2020.

en vigueur à travers la directive 2006/111/CE du 16 Novembre 2006 et avec l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004.

II-Modalité d'intervention des opérateurs publics et droit de la concurrence.

La participation des acteurs économiques dans les activités économiques qui peuvent rivaliser avec le secteur privé est un sujet de débat. Surtout lorsqu'il s'agit d'un opérateur public qui détient un monopole, car cela peut fausser la concurrence. Cependant, l'objectif est de garantir un environnement concurrentiel et le bien-être des consommateurs. En effet, un opérateur public ayant un monopole peut utiliser les revenus de ce monopole pour soutenir ses activités en concurrence, une pratique connue sous le nom de subventions croisées.

Selon Vogel « La pratique des subventions croisées consiste, pour une entreprise en position dominante sur un marché du fait de la détention d'un monopole légal, à subventionner des activités concurrentielles sur un autre marché en imputant leur coût sur les bénéfices réalisés sur le marché réservé. Elle n'est répréhensible que si les prix pratiqués sur le marché concurrentiel grâce au subventionnement correspondent à des prix d'éviction »²⁹⁶.

En principe, la pratique doit être considérée comme contraire à l'article 102 TFUE. Cependant, influencé par l'école de Chicago et d'autres évolutions jurisprudentielles que l'on verra dans les sous parties suivantes, le principe de subvention est licite car il suscite de développement d'activités nouvelles. En 2000, le Conseil de la concurrence français a été précis à ce sujet. En effet, « une entreprise publique détenant une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal peut légalement étendre son activité sur d'autres marchés concurrentiels, à condition de ne pas abuser de sa position dominante pour restreindre l'accès au marché à d'autres concurrents par des moyens autres que ceux liés à la concurrence loyale. Par exemple, si une entreprise publique utilisant les ressources de son activité monopolistique pour financer une nouvelle activité, elle ne viole pas l'article L.420-2 du code de commerce.²⁹⁷ ».

²⁹⁶ <https://www.vogel-vogel.com/faq-items/subventions-croisees/>.

²⁹⁷ Décision Conseil de concurrence n°00-D-47 du 22 novembre 2000.

Toutefois l'abus de position dominante d'un opérateur public n'est caractérisé que si des conditions sont réunies : Il doit exister une subvention (A) pour pratiquer les prix prédateurs (B).

A-Le principe de subvention assurée par des opérateurs publics titulaires d'un monopole.

On ne pourra identifier la notion de subvention croisée que lorsqu'on démontre qu'il existe une subvention. Si les activités concurrentielles utilisent les ressources du monopole moyennant une rémunération équitable ou une contrepartie financière, il ne sera pas question de subvention. Par conséquent, le Conseil de la concurrence peut employer le terme de contribution financière pour refléter les coûts réels ou celui d'une rémunération du service rendu à sa juste valeur.

Les opérateurs qui détiennent un monopole sur un grand réseau se trouvent face à une problématique. En effet, lorsqu'ils exercent une activité concurrentielle qui tire avantage de l'ensemble du réseau mis en place pour leur activité monopolistique, se pose la question de savoir s'ils devraient indemniser l'ensemble des coûts associés au réseau, qui sont souvent très élevés.

L'affaire Chronopost de 2003 a donné l'occasion à la Cour de justice de se prononcer sur cette délicate question.

B-Licéité de prix prédateur.

Le prix prédateur est une stratégie d'éviction employée par un acteur en position dominante, considérée comme étant en violation de l'article 102 du TFUE et de l'article 420-2 du code de commerce, car elle vise à éliminer les concurrents du marché. En effet, ces acteurs en position dominante acceptent de subir des pertes et/ou de renoncer à des bénéfices pour évincer les autres concurrents. Ils tentent ensuite de récupérer ces pertes, un facteur important dans l'appréciation du caractère abusif de cette pratique. L'objectif de cette pratique est clair : « maintenir son monopole à long terme tantôt en dissuadant l'entrée d'un rival sur le marché en lui adressant un signal faussé ; tantôt en asphyxiant les entreprises d'ores et déjà présentes sur le marché ». ²⁹⁸

²⁹⁸ W. Chaiehloudj, « Prix d'éviction (ou prédatore ou prédateur) », Dictionnaire de droit de la concurrence, *Concurrences*, Art. N° 12335, consulté en août 2023.

Effectivement, du point de vue du consommateur, cette pratique offre un avantage car en profitant des prix bas, cela améliorera son bien-être. Cependant, cela n'est qu'une apparence trompeuse, c'est pourquoi il est crucial de mettre en place une méthode d'évaluation afin de déterminer les cas où les prix prédateurs sont appliqués.

Dans l'arrêt Akzo de 1991, la Cour de justice a établi les critères permettant de définir les prix prédateurs. Elle a ainsi distingué deux situations : la première situation considère comme abusive toute offre inférieure au coût moyen variable (coût variable selon la quantité produite) et le caractère prédateur est présumé. Elle est donc automatiquement considérée comme contraire à la concurrence.

La deuxième situation survient lorsque le prix est inférieur à la moyenne des coûts totaux (coûts fixes et variables) et est considéré comme abusif lorsqu'il est fixé dans le but d'évincer les concurrents. Par conséquent, il existe une présomption simple selon laquelle le prix n'est pas prédateur. Autrement dit, dans une telle hypothèse, le plaignant est confronté à une charge de la preuve plus lourde puisqu'il doit fournir des preuves tangibles de l'intention de l'entreprise dominante d'évincer ses concurrents du marché. Par conséquent, le prix prédateur ne devrait être considéré comme illicite que s'il est constaté que l'entreprise dominante a augmenté ses prix pour récupérer les pertes subies après avoir évincé ses concurrents.

L'idée de récupération des pertes subies a été remise en question. La problématique consiste à déterminer comment évaluer ce critère afin de pouvoir conclure que ce comportement est illégal. Toutefois, le fait qu'il soit impossible de récupérer les pertes ne suffit pas à écarter la possibilité que l'opérateur dominant puisse éliminer ses concurrents. Le Conseil de la concurrence français, n'adopte pas complètement cette logique.²⁹⁹ Dans son avis n°96-A-10, le Conseil considère que les pertes subies ne sont pas nécessairement le résultat d'une pratique anticoncurrentielle, même sur une longue période. Il cherche à nuancer l'analyse comparative des coûts, car les opérateurs publics peuvent se retrouver dans une position désavantageuse par rapport à leurs concurrents en raison de leur mission de service public et des ressources qui y sont liées.

En 2007, le Conseil de la concurrence français a nuancé son jugement sur l'appréciation du caractère abusif de l'arrêt Akzo. Il a décidé que l'entreprise concernée pouvait renverser la

²⁹⁹ Rapport d'activités du Conseil de la concurrence 2003, p.87.

présomption de prix prédateur (lorsque le prix est inférieur aux coûts variables) en prouvant, sur la base de données vérifiables, que cette stratégie n'était pas destinée à évincer la concurrence. La jurisprudence européenne fournit un cadre d'analyse permettant de déterminer si un prix prédateur constitue une stratégie d'éviction contraire à l'article 102 du TFUE. Trois hypothèses peuvent être envisagés :

- Si les tarifs imposés par l'entreprise dominante surpassent les coûts moyens totaux, il n'y a pas de violation de la loi sur l'abus de position dominante (zone blanche).

- Dans le cas où les prix sont plus bas que la moyenne des coûts totaux, mais supérieurs aux coûts variables moyens, il est nécessaire de prouver que ces prix ont été fixés dans le but d'éliminer un concurrent. Si cette preuve n'est pas apportée, alors la pratique n'est pas considérée comme illégale (zone grise).

- Si les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts variables, alors la pratique est illégale et est présumée en violation de l'article 102 TFUE. Il n'est donc pas indispensable de démontrer l'intention de l'entreprise. En d'autres termes, la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence n'ont pas besoin de prouver les conséquences de la pratique sur le marché (zone noire).

Il existe plusieurs types de prix prédateurs, mais trois méritent une attention particulière. Le premier est la "prédation par signal". Dans ce cas, l'entreprise prédatrice envoie un signal trompeur à sa proie pour l'empêcher d'entrer sur le marché. En général, l'entreprise cherche à transmettre une information négative sur la rentabilité du marché. Si cette information est crédible et sérieuse, la stratégie peut être très efficace. Le deuxième est la « prédation financière » qui est une stratégie très efficace, mais ne fonctionne que dans les cas où le nouvel entrant dépend d'un financement externe. Dans cette situation, l'entreprise dominante pratique des prix très bas pour épuiser les sources de financement de ses concurrents. Ces derniers ne peuvent plus investir sans financement dans des équipements, la recherche et le développement, et finissent par quitter le marché. Enfin, le troisième type est stratégie dite « d'innovation prédatrice ». Dans cette situation, la société en position dominante supprime le concurrent nouvellement arrivé en lançant sur le marché une nouvelle innovation à un prix très bas. Pour réussir, cette stratégie nécessite que le prédateur agisse rapidement. Il doit

commercialiser son nouveau produit afin que les consommateurs l'achètent en priorité, de sorte que la demande pour le produit du nouvel entrant soit presque nul.

Section 3- Un interventionnisme étatique durant la période de Covid-19 encadré par le droit européen.

Les autorités publiques ont rapidement agi à la crise économique et financière provoquée par la pandémie de COVID-19 depuis 2020. Cependant, afin de soutenir les entreprises, les dirigeants devront reconsidérer leur stratégie et les soutenir pour garantir leur solvabilité qui ont un bilan délicat. Diverses mesures étatiques ont été mises en place pour renforcer leur modèle économique. Dans cette thèse, nous examinerons le modèle français (1) et tunisien (2), ainsi que le rôle essentiel de l'Union européenne dans chacun d'entre eux pour surmonter cette crise.

A- L'intervention étatique du cas français.

La crise sanitaire de 2020 a souligné l'importance primordiale de l'État dans la préservation du bien-être des citoyens, et met en évidence les lacunes du système économique basé sur la liberté et l'individualisme.

Comme de nombreux pays pendant la pandémie de Covid-19, la France a renforcé l'interventionnisme gouvernemental afin de faire face aux répercussions économiques de la crise. Ces mesures étaient principalement orientées vers la sauvegarde des entreprises, le maintien de l'emploi et le soutien aux secteurs impactés.

L'instauration de la mise en place des mesures d'états d'urgence et des mesures exceptionnelles adoptées par plusieurs Etats membres (EM) y compris la France, en réponse à la pandémie de Covid-19, a généralement, respecté les principes constitutionnels et l'État de droit tant sur le plan de la procédure que sur le fond.

De nombreux auteurs ont critiqué le retour de l'interventionnisme étatique dans l'économie. Certains d'entre eux soutiennent la préservation de l'intervention étatique et réclament encore plus de son existence. Pour HERVÉ GOULLETQUER³⁰⁰, par exemple, observent une certaine insatisfaction croissante des citoyens, avec une demande de répartition des richesses moins inégale et d'un État plus protecteur, et plus souverain. Pour lui, la crise de

³⁰⁰ Conseiller économique du cabinet Accuracy.

2008 a renforcé cette demande, et le Covid-19 est comme les autres crises (Brexit, les manifestations des gilets jaunes), un catalyseur de l'Histoire. D'autres sont préoccupés par le fait de faire marche arrière et inquiètent les protecteurs de l'économie de marché en redoutant la réinstauration de "l'économie administrée".

Toutefois, il est essentiel de souligner que les mesures interventionnistes mises en place pendant la pandémie étaient des réponses provisoires à une situation d'urgence. Leur durée et leur ampleur peuvent fluctuer en fonction de l'évolution de la conjoncture économique et des décisions politiques prises par le gouvernement français. Les orientations économiques à plus long terme de la France peuvent être influencées par les leçons tirées de cette crise et les décisions politiques à venir. En réalité, il ne faut pas négliger qu'un retour de l'intervention l'État est essentiel dans les crises, car il joue un rôle déterminant dans de nombreux secteurs, cependant, son intervention nécessite une approche étatique stratégique.

Ceci a été discuté dans le discours de Bruno Lasserre³⁰¹, Vice-président du Conseil d'État dans lequel il mentionne que « les insuffisances présumées du droit existant et l'opportunité de définir un nouveau régime d'exception ont été largement débattues, au Parlement, et dans la doctrine ». C'est pourquoi la loi du 23 mars 2020 mise en vigueur ne fait pas seulement augmenter les pouvoirs de police administrative, mais elle réglemente également de manière assez stricte l'action du gouvernement.

A ce titre, dans les situations d'urgence, le Premier ministre a le pouvoir de prendre des mesures par décret, conformément à ce que prévoit la loi. Cela peut inclure l'imposition d'un confinement à domicile,³⁰² l'interdiction de rassemblements,³⁰³ et la mise en place temporaire de régulations sur les prix de certains produits.³⁰⁴ De plus, il peut décider de restreindre temporairement la liberté d'entreprendre en appliquant des limitations réglementaires.

301 Bruno Lasserre, Vice-président du Conseil d'État, « Le Conseil d'État face à la crise sanitaire du Covid-19 » Conseil d'Etat 17 novembre 2020, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-face-a-la-crise-sanitaire-du-covid-19-par-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>

³⁰² LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

³⁰³ Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

³⁰⁴ On pense notamment au début de la crise avec la fixation des prix des masques et des gels hydroalcooliques, Décret n° 2020-858 du 10 juillet 2020 relatif aux prix de vente des gels et solutions hydroalcooliques et des masques de type ou de forme chirurgicale à usage unique.

Les préfets peuvent aussi être compétents, dans le cadre de leurs collectivités, à prendre des mesures économiques ou sociales, à condition qu'elles doivent être justifiées par la crise sanitaire et proportionnées aux risques encourus. Elles peuvent faire l'objet d'une demande de suspension ou d'une demande de protection des libertés devant le juge administratif.

Le gouvernement français à travers la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 a mis en place un certain nombre de mesures interventionnistes pour atténuer les effets économiques du COVID-19. Cela comprenait des programmes de soutien financier aux entreprises, tels que des subventions, des prêts garantis³⁰⁵ par l'État³⁰⁶ et des reports de paiement des charges sociales et fiscales³⁰⁷. Des mesures spécifiques ont également été prises pour soutenir les secteurs les plus touchés, comme le tourisme, l'hôtellerie, la restauration et la culture³⁰⁸. De plus, le gouvernement français a mis en place des mesures de chômage partiel (ou chômage technique) afin d'éviter les licenciements massifs. Ces mesures permettaient aux entreprises de réduire temporairement les heures de travail de leurs employés tout en bénéficiant d'une aide financière de l'État pour compenser une partie de leur salaire.

L'Union européenne a un rôle primordial depuis le début de la crise sanitaire afin de soutenir les entreprises et les travailleurs européens, et d'assurer aux EM des protections dans les domaines sociaux économiques et juridiques.

L'Homme politique JEAN MONNET a déjà anticipé les actions de l'Union européenne lui qui dans ses "mémoires" rappelait déjà que « l'Europe se fera dans les crises et sera la somme des réponses apportées à ces crises »³⁰⁹.

L'Union européenne doit trouver un équilibre, entre la préservation des compétences des États membres et le renforcement de la coordination européenne. L'article 6 du TFUE prévoit que l'UE a une « compétence d'appui » aux États membres en matière de santé et une

³⁰⁵ Le Gouvernement a mis en œuvre dispositif exceptionnel de garanties permettant de soutenir le financement bancaire des entreprises, à hauteur de 300 milliards d'euros.

³⁰⁶ Cette mesure a pris fin le 30 juin 2022.

³⁰⁷ Ces plans de paiement ont pour objectif de soutenir les petites et moyennes entreprises (PME) particulièrement affectées par la crise sanitaire et ses répercussions économiques.

³⁰⁸ Le Premier ministre a déclaré, le 18 janvier, qu'il y aura un soutien spécial renforcé pendant deux mois pour les entreprises de moins de 250 employés des secteurs de l'hôtellerie, des bars, de la restauration, des traiteurs, de l'événementiel et des agences de voyages (secteurs S1 et S1 bis) qui ont été affectées par les restrictions liées à la crise sanitaire. Les entreprises qui ont enregistré une perte de plus de 30 % de leur chiffre d'affaires en décembre et janvier par rapport à 2019 pourront bénéficier d'une aide pour le paiement des cotisations équivalente à 20 % de la masse salariale.

³⁰⁹ J. Monnet, *Mémoires*, livre de Poche, Paris, 2007.

"compétence partagée" avec les États sur les "enjeux communs de sécurité en matière de santé publique" sur le fondement de l'article 4 du TFUE.

L'UE a joué un rôle crucial dans la vaccination et a instauré une surveillance plutôt qu'une interdiction des exportations de médicaments, d'équipements médicaux et de vaccins. Il est désormais envisageable de renforcer le rôle et l'engagement de l'UE en matière de santé, en mettant davantage l'accent sur la prévention des pandémies, sans nécessairement intervenir dans les systèmes de santé nationaux.

Quant aux mesures économiques, l'UE ne manque pas de sa participation. En effet, la crise sanitaire aurait pu rapidement se transformer en crise financière, tout comme en 2010 avec la crise de la zone euro. Certains pays se sont en réalité retrouvés vulnérables, notamment les pays les plus endettés : la dette publique de la France est passée de 100 à 115% du produit intérieur brut (PIB) entre 2020 et 2021³¹⁰. Toutefois, l'Union européenne a tiré des leçons de ses erreurs. Très rapidement, la Banque centrale européenne (BCE) a étendu son programme de rachat de titres publics achetant environ 70% des titres émis par les États.

Quant au droit budgétaire, les ministres de l'Économie et des Finances ont approuvé un plan commun de plus de 500 milliards d'euros afin de financer les mesures de chômage partiel des États membres et d'accorder des prêts aux entreprises européennes qui le souhaitent. Plus tard, la France et l'Allemagne ont présenté à l'UE, un ambitieux plan de relance européen de 750 milliards d'euros visant notamment à soutenir les États fragilisés comme l'Italie et l'Espagne, deux États importants de la zone euro. La pandémie a également permis d'accélérer les négociations sur le cadre financier pluriannuel 2021-2027 avec la somme de 1 824,3 milliards d'euros. N'omettant pas d'autres initiatives de l'UE pour soutenir les entreprises, la lutte contre le chômage, l'encouragement des investissements.

Toutes ces mesures juridiques ou économiques apparaissent comme un triomphe pour l'Union pour trois raisons. D'abord, l'UE a su assurer pendant la crise la protection de l'industrie, la limitation du chômage et la simplification de la reprise grâce à des mesures monétaires, financières et budgétaires adéquates. Le produit intérieur brut (PIB) de l'Union

³¹⁰ M, Lefebvre, « L'Union européenne face à la pandémie de Covid-19 », *Questions internationales*, 110. L'Europe post-Brexit, La documentation française, France, 2021, pp.18-19.

européenne a diminué de 6% en 2020 en raison de la crise, mais après le confinement l'UE retrouve son niveau d'activité précédent la crise. Ensuite, l'Union réalise des progrès inédits dans son intégration économique, budgétaire et monétaire. Pour la première fois, elle va émettre une dette commune importante sur les marchés financiers - cela implique à la fois une mutualisation de l'endettement pour la partie "prêts" et un financement par le biais de l'emprunt européen pour la partie des dépenses de relance versées sous forme de "dons". Enfin, l'Union a manifesté d'une certaine solidarité envers les pays les plus vulnérables, évitant ainsi une nouvelle crise des dettes publiques.

B- L'intervention étatique du cas tunisien.

La Tunisie a affiché au cours des décennies récentes son engagement en faveur de la libéralisation des échanges par le biais de son adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)³¹¹ de la conclusion d'un accord avec l'Union européenne (ALECA)³¹². Suite à ces évolutions, de nombreux progrès significatifs ont été enregistré dans les domaines économique, juridique et social. Ces avancées réunissent la simplification du système fiscal, l'amélioration de l'accès aux prêts, la consolidation du cadre environnemental, ainsi que l'instauration de codes régissant les investissements et les entreprises.

Cependant, l'adaptation du tissu économique à son nouvel environnement compétitif a rencontré des défis significatifs. Les entreprises, qui étaient jusqu'à présent relativement stables, ont vu leur position affaiblie. Cette situation s'est progressivement détériorée jusqu'à atteindre un point critique lors de la révolution de janvier 2011, marquant la chute du régime en place. La pandémie de COVID-19 ne fait qu'accentuer et mettre en lumière une situation sociale déjà précaire.

Devant une telle situation, les décisions publiques ont pris une nouvelle direction. Le gouvernement tunisien a opté pour une approche interventionniste pendant la pandémie afin de faire face aux défis économiques et sociaux provoqués par la crise. En effet, dès l'apparition des premiers cas de Covid-19, le gouvernement FAKHFAKH³¹³ a très rapidement réagi et a

³¹¹ La Tunisie est membre de l'OMC depuis le 29 janvier 1995.

³¹² L'Accord de libre-échange complet et approfondi (ALECA) en 1995 mais est toujours en négociation.

³¹³ Le *gouvernement* Fakhfakh mandaté du 27 février au 2 septembre 2020.

accordé une importance primordiale à la dimension de la santé dans le but de limiter la propagation du virus, et a mis en place une stratégie de gestion sanitaire. Le gouvernement fixe une interdiction de rassemblement temporaire, et une fermeture provisoire des établissements scolaires et universitaires, des cafés/restaurants, et tous autre lieux publics ou privés³¹⁴. Ensuite, elle opte pour la fermeture des frontières maritimes et aériennes avec les États affectés par la pandémie, instaurant une quarantaine obligatoire de quatorze jours pour toute personne pénétrant sur le territoire tunisien. Enfin, le gouvernement instaure un couvre-feu par le Décret présidentiel n° 2020-28 du 22 mars 2020, limitant la circulation des personnes et les rassemblements hors horaires du couvre-feu.

On constate que durant le gouvernement FAKHFAKH, la première vague de la pandémie Covid 19 est relativement maîtrisée, grâce à la réactivité des autorités nationales, malgré le manque de moyens disponibles notamment l'insuffisance des masques, du gel hydroalcoolique les lits hospitaliers... Toutefois, ces mesures ont généré des conséquences économiques désastreuses, particulièrement pour les employés et les personnes les plus économiquement fragiles qui sont sévèrement affectées dans leurs sources de revenus. C'est ainsi que le gouvernement a ensuite entrepris de mettre en place des mesures économiques et sociales en promulguant divers décrets-lois à caractère économique et social. Parmi ces mesures, le décret-loi n°2020-2 du 14 avril 2020³¹⁵ a été adopté, traitant de la suspension exceptionnelle et temporaire de certaines dispositions du Code du travail. Ce décret-loi précise notamment la suspension des procédures de rupture du contrat de travail en cas d'impossibilité d'exécution³¹⁶, ainsi que licenciement³¹⁷ résultant soit d'un événement imprévisible ou de force majeure. Ce décret-loi, sur le fondement l'article 21-12, annonce « la suspension des procédures de licenciement ou de mise en chômage, sauf dans les situations de force majeure ou en cas d'accord mutuel entre les parties concernées ».

Le gouvernement prend des mesures pour assurer la protection des travailleurs les plus vulnérables en autorisant tous les employés, ou une catégorie spécifique d'entre eux, à utiliser leurs jours de congés annuels rémunérés restants. De plus, il impose aux employeurs de maintenir l'intégralité ou une portion du salaire pendant les périodes de suspension temporaire

³¹⁴ Décret gouvernemental n° 2020-208 du 2 mai 2020, portant fixation des prescriptions de confinement ciblé.

³¹⁵ *Journal Officiel de la République Tunisienne (JORT)* n° 32 du 14 avril 2020.

³¹⁶ Article 14 du décret-loi n° 2020-4 du 14 avril 2020, portant suspension exceptionnelle et provisoire de certaines dispositions du Code du travail. JORT n° 32 du 14 avril 2020.

³¹⁷ L'article 21 décret-loi n° 2020-4 du 14 avril 2020 portant suspension exceptionnelle et provisoire de certaines dispositions du Code du travail. JORT n° 32 du 14 avril 2020.

totale ou partielle de l'activité, en se référant aux périodes postérieures au mois de mars 2020. Cette approche vise à atténuer les impacts économiques de la situation exceptionnelle tout en préservant les droits et les intérêts des travailleurs.

En matière sociale, le décret gouvernemental n° 2020-317 du 19 mai 2020 établit les règles pour les travailleurs dont les salaires ne sont pas maintenus en totalité ou en partie. Ils peuvent recevoir des indemnités mensuelles de 200 dinars tunisiens tout en conservant leurs avantages médicaux, allocations familiales et primes pendant l'arrêt de travail. En outre, le gouvernement a mis en place des mesures de soutien financier pour les entreprises affectées par la crise. Cela inclut des subventions salariales, des reports de paiement des impôts et des charges sociales³¹⁸, ainsi que des facilités de crédit pour aider les entreprises à maintenir leurs activités. Des mesures ont été prises pour contrôler les prix des produits de première nécessité et éviter la spéculation. Cela visait à prévenir les abus et à garantir l'accès équitable aux biens essentiels pendant la crise.

Le 15 juillet 2020, suite à la démission du gouvernement FAKHFAKH, il y a eu un assouplissement des mesures sanitaires, ce qui a entraîné une augmentation significative des cas de Covid19 et une dégradation des conséquences économiques. Cette situation a poussé les autorités locales, en particulier celles les plus affectées par le virus, à prendre elles-mêmes certaines mesures. Lors du nouveau gouvernement de YOUSSEF CHAHED, les mesures sociales sont maintenues et les aides sociales en faveur des familles démunies et des personnes sans emploi sont élargies. De plus, d'autres formes d'aide, notamment économiques, sont mises en œuvre conformément à la loi de finances de 2021³¹⁹, mais la situation économique se détériore de plus en plus.

Au cours de la période marquée par la pandémie de Covid-19, l'intervention du gouvernement en Tunisie s'est manifestée de manière significative. Toutefois, ce niveau d'interventionnisme gouvernemental varie en fonction de l'équipe gouvernementale en place. La crise du Covid-19 a transformé la Tunisie en une arène politique dynamique où se révèlent l'authenticité, la réactivité et la rigueur des autorités publiques. Un exemple probant est la première vague de la pandémie de Covid-19, durant laquelle les mesures prises par le

³¹⁸ Le gouvernement offre une prolongation du délai de paiement des crédits bancaires pendant une période de 6 mois aux employés dont les revenus ne dépassent pas les 1000 dinars par mois. Sans oublier la suspension temporaire pendant une durée de 2 mois pour ceux qui n'ont pas réglé leur facture d'électricité ou d'eau potable.

³¹⁹ Loi de finances n° 128 du 25 décembre 2020 portant loi de finances pour l'année 2021, *JORT*.

gouvernement ont conduit à la réussite de l'évaluation sanitaire imposée par le virus. Ceci est d'autant plus remarquable compte tenu de la vulnérabilité considérable du système de santé du pays. Le gouvernement a également fait des efforts, même si limités, pour soutenir les segments de la population les plus défavorisés.

Cependant, les variations résultant du changement de gouvernement et des conflits politiques ont pu avoir des conséquences négatives sur la situation sanitaire du pays. En outre, en dépit de ces mesures, l'amélioration de la situation économique s'est avérée insaisissable. Dans ce contexte, il devient crucial pour les autorités publiques de repenser le modèle économique et social actuel en l'orientant davantage vers l'inclusivité et le bien-être humain. En somme, la pandémie a mis en lumière à la fois les forces et les faiblesses de l'intervention gouvernementale en Tunisie, tout en soulignant la nécessité d'une approche plus solide et équilibrée pour garantir le développement durable du pays dans des conditions de stabilité politique.

Dans le cadre de partenariat et de solidarité avec la Tunisie, l'Union européenne, intervient dans le cadre de la politique économique afin de soutenir le pays durant la crise. L'UE a accordé des fonds supplémentaires à la Tunisie pour soutenir ses efforts de lutte contre la pandémie et atténuer les impacts économiques. Ces fonds ont été utilisés pour renforcer les capacités du système de santé, soutenir les entreprises affectées et fournir une aide sociale aux populations vulnérables³²⁰.

Les relations entre ces deux parties se sont renforcées dans le cadre de la mise en œuvre de la Politique de voisinage établie depuis 2011 par le Conseil de l'Europe. Aujourd'hui, ce partenariat a été renouvelé pour la période 2022-2025.

La Banque européenne d'investissement (BEI) a fourni des prêts à la Tunisie pour un montant de 6.8 milliards de dinars tunisien³²¹ pour soutenir les investissements dans les

³²⁰ L'Ambassadeur de l'Union européenne (UE) en Tunisie, le Ministre de l'Économie et de la Planification tunisien ont signé en novembre 2022 un programme d'une valeur de 100 millions d'euros au profit de la Tunisie. Disponible sur https://www.eeas.europa.eu/delegations/tunisia/union-europ%C3%A9enne-et-la-tunisie-signent-un-programme-de-100-millions-d%E2%80%99euros-en_en?s=126

³²¹Source : instance générale de partenariats publics et privés disponible sur site : <https://igppp.tn/fr/node/13#:~:text=La%20Banque%20Europ%C3%A9enne%20d'Investissement,de%20600%20millions%20de%20dinars.>

infrastructures de santé, les entreprises et les projets de relance économique. Ces prêts ont contribué à stimuler l'investissement et à soutenir la reprise économique.

L'UE a également fourni une assistance technique à la Tunisie pour renforcer ses capacités de gestion de crise, de suivi épidémiologique, de réponse sanitaire et de coordination des mesures économiques et sociales. Cela a inclus des échanges d'expertise, des formations et des conseils dans différents domaines pertinents. L'UE a poursuivi sa coopération avec la Tunisie dans différents domaines, tels que la santé, l'éducation, l'emploi et le développement durable. Des projets et des programmes ont été mis en œuvre pour soutenir la Tunisie dans ces secteurs et renforcer ses capacités à long terme. Ces interventions européennes ont pour objectif de soutenir la Tunisie dans sa réponse à la pandémie de Covid-19 et de contribuer à atténuer les conséquences socio-économiques de la crise.

Par conséquent l'UE estime que ces aides sont de courte durée et pour que la Tunisie rétablisse sa politique économique sur le plan structurel, elle doit gérer de manière plus efficace son interventionnisme étatique de manière stratégique afin de faire face aux prochaines crises. Pour ceci l'UE suggère plusieurs recommandations, telles qu'inciter les pays partenaires à maintenir une stabilité macroéconomique, notamment en favorisant la maîtrise de l'inflation, la discipline budgétaire et la gestion prudente de la dette publique³²². De plus, l'UE encourage la mise en œuvre de réformes structurelles pour promouvoir la compétitivité, stimuler la croissance économique et créer des emplois durables³²³. Cela peut inclure des mesures visant à améliorer l'environnement des affaires, à renforcer le secteur privé. Enfin, l'UE encourage la coopération régionale et l'intégration économique pour favoriser les échanges commerciaux, l'investissement et la croissance régionale. La promotion du commerce intra-régional et l'harmonisation des réglementations peuvent être des éléments importants dans ce contexte.

Néanmoins de nombreux auteurs comme AYEB³²⁴., BEDOUI³²⁵ s'opposent à ces interventions européennes, en particulier à celle de l'accord de l'ALECA, car ils estiment que

³²² OCDE, « *Perspectives économiques de l'OCDE* » 2020/1 (N° 107), pp.153- 367.

³²³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 2023.

³²⁴ H. Ayeb, « Sortir de l'ALECA et de l'ensemble du système alimentaire mondial : Pour une nouvelle politique agricole et alimentaire souveraine qui rompt définitivement avec la dépendance alimentaire et les marchés internationaux », 2018, disponible sur : <https://osae-marsad.org/2018/12/31/sortir-de-l-aleca-pour-une-nouvelle-politique-agricole-et-alimentaire-souveraine/>

³²⁵ A. Bedoui, A. Abdelmalek, Z. Saadaoui, *Étude de l'impact attendu de l'ALECA sur les micro-entreprises dans les secteurs du commerce et des services en Tunisie*, FTDES, Tunis, 2021.

les normes et les décisions économiques de la Tunisie doivent rester indépendantes et souveraines. Selon eux, lorsqu'on parle de normes européennes, cela concerne également des critères de fabrication, de mesure des produits, etc. Ces derniers incitent à la standardisation des produits, et à une certaine méthode de production, notamment dans le domaine agricole. Bien que certains pourraient améliorer la sécurité et le respect des règles environnementales, on ignore s'ils seront adaptés au contexte tunisien. Les normes européennes avantagent les grandes entreprises tunisiennes, qui seront capables de les mettre en œuvre aisément déjà en pratique pour l'exportation, et les entreprises européennes pourront pénétrer plus facilement sur le marché. Les Européens resteront plus compétents pour appliquer leurs propres normes, car ils n'auront pas besoin de s'adapter. On peut donc prévoir des pertes pour les entreprises tunisiennes, dont certaines devront cesser leurs activités, ainsi qu'une augmentation du marché informel en raison de l'incapacité à respecter les normes requises.

Conclusion de la première partie.

En somme, bien que la Tunisie puisse sembler suivre un modèle de régulation étatique similaire à celui de la France, la réalité dévoile une situation complexe et nuancée. Cet aspect de régulation et de centralisation « à la française » ne reflète pas nécessairement la nature et l'efficacité de l'intervention étatique en Tunisie. Contrairement à un État régulateur à la française où l'accent est mis sur la régulation et la surveillance des marchés pour favoriser la concurrence et l'efficacité, la réalité tunisienne tend à être caractérisée par un certain dirigisme et une centralisation marquée.

Le rôle prédominant des entreprises publiques tunisiennes et leur influence sur l'économie témoignent d'une intervention étatique profonde, souvent plus intrusive que celle du modèle français d'État régulateur. Ces entreprises publiques, bien que supposées jouer un rôle économique moteur, peuvent en réalité entraver la concurrence et décourager l'innovation, du fait de leur poids et de leur gestion centralisée.

Ces habitudes d'intervention ne se sont pas réellement altérées malgré les apparences, qualifiant ainsi cette situation comme une "manifestation distincte de la présence de l'État". Cette persistance se manifeste à travers des mécanismes tels que les contrats d'adhésion pour des partenariats superficiels et la mainmise des autorités délégataires sur le marché, ce qui inscrit la marque distinctive de l'État tunisien. Parallèlement à ces méthodes d'action, l'État continue d'exercer un contrôle classique qui, bien que coûteux et restrictif, maintient sa complexité et sa diversité. Malgré la création de nouvelles entités, leur indépendance suscite des incertitudes, les liens avec l'État laissant planer des interrogations sur leur véritable autonomie et efficacité.

Face à cette réalité, la Tunisie est confrontée à une crise économique, sociale et financière majeure, qui met en évidence l'urgence de repenser le rôle de l'État. Cette crise, marquée par un endettement excessif et une désorganisation généralisée depuis la révolution de 2011, renforce la nécessité de réexaminer le fonctionnement de l'État pour répondre aux besoins et aux aspirations des citoyens. Dans un monde en constante évolution et de plus en

plus globalisé, les attentes envers l'État évoluent de manière significative. Cette évolution place la responsabilité sur les acteurs économiques, les invitant à proposer des solutions matérielles pour résoudre les problèmes inhérents au système politique. De plus, il est attendu d'eux qu'ils contribuent à l'amélioration de la gouvernance, qu'ils renforcent l'efficacité des actions de l'État dans le domaine économique, et qu'ils s'engagent activement dans les réformes nécessaires. Ainsi, ces acteurs économiques jouent un rôle essentiel dans la transformation et l'efficacité de la gouvernance publique. En fin de compte, il est primordial de repenser le rôle de l'État afin de le positionner comme un catalyseur de développement, répondant aux défis du présent et créant un environnement propice au progrès social et à la prospérité économique nationale. En dépit des réformes et des évolutions historiques du cadre législatif tunisien en matière de droit de la concurrence, celui-ci semble encore présenter de nombreux obstacles. La Tunisie aspire à atteindre un niveau législatif comparable à celui de la France dans ce domaine, mais la réalisation de cet objectif demeure entravée par des défis persistants.

Il convient également de noter que l'État tunisien intervient de manière accentuée dans des situations de crise majeure, telles que la pandémie de Covid-19. Cette intervention, bien que pouvant être justifiée dans le contexte de gestion de crise, peut également renforcer le rôle centralisateur de l'État et créer des obstacles supplémentaires pour les acteurs économiques.

Ainsi, bien que l'apparence puisse suggérer une régulation d'État à la française, la réalité révèle un niveau d'interventionnisme et de centralisation plus marqué en Tunisie. Ce schéma d'intervention peut s'avérer problématique, entravant la concurrence, l'efficacité économique et l'innovation. Pourtant, dans un contexte mondial en constante évolution, l'État devrait évoluer vers un rôle plus stratégique et transparent, soutenant le développement économique tout en favorisant la concurrence et l'innovation.

Partie 2- Le cadre institutionnel et opérationnel de la régulation de la concurrence.

La régulation de l'État dans l'exercice de sa fonction a pour but de guider, soutenir, imposer et sécuriser, voire façonner, les acteurs économiques opérant sur le marché. Ainsi, l'État par le biais des administrations publiques (centrales, locales ou même européenne) ayant une vocation économique plus ou moins marquée va réguler l'activité économique et notamment le droit de la concurrence. Plusieurs classifications peuvent être adoptées pour décrire les différentes institutions d'intervention économique (**Chapitre 1**). L'État régulateur dispose de plusieurs instruments d'interventions pour assurer l'administration et le contrôle et la préservation à travers le cadre opérationnel de la régulation qui prendra un aspect répressif (lutte contre les pratiques anticoncurrentiel) et un aspect préventif (encadrement des concentrations des entreprises) (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Le cadre institutionnel de la régulation de la concurrence.

Tout comme l'Etat, les institutions publiques ont un rôle fondamental dans la régulation économique. En principe, certaines institutions ont un caractère privé. Toutefois, ceci n'est pas le cas dans le droit communautaire, car la régulation économique n'est pas confiée à des opérateurs privés.³²⁶

Nous classerons ici les différentes institutions en fonction de la nature de leur mission dans le modèle français et tunisien : d'abord, les administrations de direction, d'impulsion et de contrôle (**section 1**) ensuite, les organismes ayant une vocation générale d'organisation et d'accompagnement (**section 2**).

³²⁶ J-B. Auby « l'interdiction de déléguer des pouvoirs d'intervention économique à des opérateurs privés », *DA* 2003.

Section 1 : Les institutions publiques à vocation économique.

Plusieurs classifications peuvent être utilisées pour décrire les institutions intervenant dans l'économie. On peut différencier les institutions nationales qui jouent un rôle de direction et de contrôle (§1), les institutions européenne (§2) Et les institutions locales où les administrations déconcentrées de l'Etat assurent` un rôle économique (§3)

§1 : Les institutions nationales.

Ces institutions ont un rôle de décision (A) un rôle de conseil (B) et un rôle de contrôle (C).

A- Les organes de décision.

En France, le pouvoir exécutif tel que le Président de la république et le Premier ministre ont un rôle éminent dans le cadre de la régulation de l'économie. En principe, le président par le biais de son gouvernement est élu grâce à son programme électoral où l'économie tient de nos jours une place majeure.

De plus, les textes accordent à certains ministres impliqués dans le secteur économique, d'importantes prérogatives de décision, dont ils ont la charge. A titre d'exemple, l'article L.430-7-1 du code de commerce, octroie au ministre de l'Economie un pouvoir d'évocation dans le contrôle de concentration pour des motifs d'intérêt général. Il peut, de même, ordonner des réglementations sectorielles dans le domaine financier et bancaire. L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 dite loi LME lui accorde un pouvoir d'injonction relatif aux pratiques anticoncurrentielles.

Certaines directions sont au cœur de la régulation économique. C'est le cas de la Direction générale du trésor³²⁷, qui regroupe trois anciennes directions : la direction du trésor, la direction de la prévision et de l'analyse économique, et enfin la direction des relations économiques extérieur, toutes rattachées au ministère de l'Economie et des Finances.

La Direction générale du trésor (DGT) propose au ministre et conduit sous son autorité les actions de la politique économique de la France³²⁸. Elle est composée de cinq services gérant la matière économique : le service des politiques macro-économiques et des affaires européennes, le service des politiques publiques, le service du financement de l'économie, le

³²⁷ Créée par un décret n° 2004-1203 du 15 novembre 2004 portant création d'une direction générale du Trésor au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

³²⁸ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2020.

service des affaires multilatérales et du développement, le service des relations bilatérales et du développement international des entreprises.

La direction générale de la concurrence de la consommation et de répression des fraudes (DGCCRF) est constituée d'un département chargé des études économiques et des investigations ainsi que d'un département de la protection des consommateurs et de la régulation du marché. Le Conseil général de l'économie de l'industrie et de l'énergie et des technologique assure des missions de conseil, d'audit et d'inspection.

On peut citer aussi l'institut national de la statistique et des études économique (INSEE). Il existe des organismes associés lié au ministère comme le comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI), c'est une structure de soutien d'intervention gouvernementale au bénéfice des grandes entreprises en difficulté.

Le pouvoir législatif, lui de même, est engagé dans le pilotage de l'économie, étant donné que le parlement vote les lois de finances et les lois ayant un objet ou un impact économique.

Quant aux institutions de droit tunisien, afin de valider certains actes primordiaux pour le bon fonctionnement de l'économie, l'article 67 de la constitution dispose que « sont soumis à l'approbation de l'assemblée des représentants du peuple, les traites commerciaux (...) et ceux relatifs aux engagements financiers de l'Etat (...) ».

D'autre part, le rôle du gouvernement apparait déterminant en matière de politiques publiques, dont la politique économique. La constitution du 27 janvier 2014 a considérablement élargi les compétences, et car le gouvernement « détermine la politique générale de l'Etat et veille à sa mise en œuvre, puisqu'il dispose de l'administration ». Il n'a plus qu'un simple devoir d'information à l'égard du chef de l'État.

De plus, c'est sur proposition de la présidence du gouvernement que sont créées ou supprimées les entreprises publiques³²⁹. Au-delà de ce rôle général, il agit de manière plus ponctuelle, à travers certaines de ses directions dans des domaines précis par exemple la direction de dépenses des affaires économiques et financière qui examine toutes les questions et reformes économique. D'autres directions de la présidence du gouvernement occupe la matière économique qu'il s'agit d'entreprises publiques ou contrats. Concernant les entreprises

³²⁹ Article 92 alinéa 3 Constitution du 27 janvier 2014.

publiques³³⁰, cela implique la mise en place d'une unité chargée de surveiller les systèmes de productivité au sein des établissements et des entreprises publics, ainsi que la direction générale de la privatisation. Depuis le mois de novembre 2018, l'unité du suivi de l'organisation des établissements et des entreprises publiques n'est plus rattachée à la présidence du gouvernement mais à un nouveau département en charge de la fonction publique de la modernisation de l'administration et politiques publiques³³¹.

Le gouvernement tunisien, est depuis toujours l'acteur clés en matière économique. Toutefois, depuis la révolution et notamment la nouvelle constitution de 2014 les attributions du parlement se voit alors renforcées, il est en charge du vote des lois de finances qui contiennent souvent la politique économique du gouvernement dans ses aspects budgétaire, fiscaux et monétaire

En Tunisie plusieurs ministres jouent un rôle majeur en matière économique grâce à leurs prérogatives étendues. Par exemple le ministère de commerce qui a le rôle de régulateur du marché. Il organise et définit le cadre général de la concurrence des prix et exerce un rôle général de politique économique. Il exerce ses fonctions à travers les directions de la concurrence, de la répression des fraudes, du commerce intérieur et extérieur³³². De plus avec la mondialisation, le ministère de commerce créé une direction du développement du commerce électronique et de l'économie immatérielle ayant pour rôle d'encadrer les échanges commerciaux numériques.

Par ailleurs le ministre de l'industrie a intégré les stratégies industrielles³³³ ayant pour rôle le développement d'un environnement concurrentiel.

B- Les organes de conseil.

L'Assemblée consultative du Conseil économique, social et environnemental occupe une position centrale dans la régulation économique. Elle favorise l'engagement des divers acteurs économiques et sociaux, y compris les travailleurs, les entreprises et les professions

³³⁰ Décret 2002-2131 du 30 septembre 2002 portant création de l'unité de suivi de l'organisation des établissements et des entreprises publiques, de l'unité du suivi des systèmes de productivité dans les établissements et les entreprises publiques et du comité du contrôle de l'Etat.

³³¹ Décret gouvernementaux 2018-972 du 29 novembre 2018 portant création du ministère de la fonction publique, de la modernisation de l'administration et des politiques publiques.

³³² Décret 2001-2965 et 2001-2966 du 20 décembre 2001, fixant respectivement les attributions et l'organisation du ministère du commerce.

³³³ Décret 2000-134 du 18 janvier 2000 reformé par le décret 2007-2970 du 19 novembre 2007.

libérales, dans l'élaboration de la politique économique. Cette institution a été établie dans la Constitution française de 1946 et est toujours présente dans la Constitution actuelle de 1958 et rebaptisé Conseil économique, social et environnemental (CESE). Ses principales responsabilités sont de conseiller le gouvernement et de collaborer à l'élaboration de la politique économique, de favoriser le dialogue et la coopération entre les divers groupes socio-professionnels, et de contribuer à l'information des assemblées.

Ainsi, sur le fondement de l'article 69 de la constitution, le Conseil donne son avis sur les projets ou propositions de loi, d'ordonnance ou de décret qui lui sont soumis. De plus, il peut être consulté sur tout problème de caractère économique ou social sur le fondement de l'article 70 de la constitution.

La Commission économique de la nation créée par le décret 2015-7 du 6 janvier 2015, est un organisme composé de personnalités qualifiées pour leurs travaux et leurs compétences économiques et financières. Le Commissaire général à la stratégie et à la prospective, le gouverneur de la Banque de France président du conseil d'analyse économique en sont membres de droit. La Commission examine des sujets économiques choisis par le ministre de l'Economie et des Finances.

France stratégie est créée par le décret du 22 avril 2013, il succède au centre d'analyse stratégique qui succédait déjà au Commissariat général du plan. Rattaché au Premier ministre, le Commissariat général collabore avec le gouvernement pour définir les grandes orientations de l'avenir du pays, ainsi que les objectifs à long terme de son développement économique, social, et culturel. Il participe également à l'élaboration des réformes décidées par les pouvoirs publics notamment par le gouvernement et le Parlement.

Concernant les structures consultatives tunisiennes, on peut mentionner le Conseil des analyses économiques créé en 2012³³⁴ qui est chargé de donner son avis sur certains dossiers ou étude au niveau politique, économique et social. En effet « sa composition reflète l'importance de l'expertise puisqu'il comporte, à côté des directeurs d'instituts spécialisés pas moins de dix experts ». ³³⁵ On peut citer aussi le Conseil national du commerce et le Conseil national de service qui sont tous les deux au sein du ministre de commerce et devraient suivre l'évolution du commerce de distribution et de service. Toutefois, l'inconvénient c'est que les

³³⁴ Décret 2012-3406 du 27 décembre 2012 modifié par le décret 2014-3636 du 3 octobre 2014.

³³⁵ A. Aouij Mrad, *Droit public de l'économie*, Edition Latrach, 2019, p.62.

membres qui les regroupent sont si nombreux qu'il réduit en pratique l'efficacité de la prise de décision.

C- Les organes de contrôle.

Les institutions chargées de la direction ont également des compétences de contrôle en matière de la régulation économique. On parle plus particulièrement des organismes de régulation sectorielle et aux autorités administratives indépendantes. Les institutions ayant une mission de direction détiennent aussi des pouvoirs de contrôle dans la régulation économique. On pense particulièrement aux autorités de régulation sectorielle et aux autorités administratives indépendantes qui le garantissent.

En France, les autorités administratives indépendantes sont une preuve que l'État accompagne l'économie de marché de manière privilégiée³³⁶. Depuis 1941, la Commission de contrôle des banques a été instituée, qui est le précurseur de la Commission bancaire. Plus tard, le Conseil de la concurrence est devenu l'Autorité de la concurrence actuelle. L'idée avait déjà été envisagée auparavant avec la Commission technique des ententes.

Dans le domaine économique, on peut citer l'autorité de régulation des télécommunications (détenues ARCEP), puis la commission de régulation de l'électricité, devenue commission de régulation de l'énergie (CRE). Certaines assurent à la fois une mission de régulation du marché et une mission de protection des libertés publiques. Certaines autorités bénéficient de la personnalité morale et sont qualifiées d'autorités publiques indépendantes comme l'autorité de marchés financiers. Leurs pouvoirs sont définis par des textes qui les instituent et qui leur confèrent un éventail de prérogatives.

Ces autorités répondent au besoin d'une nouvelle forme d'interventionnisme économique de l'État, traduite par le concept de régulation économique. Ainsi, le rapport de 2001 du Conseil d'État met en avant les avantages des autorités administratives indépendantes en les structurant en trois points essentiels : d'abord, ces autorités garantissent l'impartialité des actions de l'État. Cela signifie qu'elles veillent à ce que l'État agisse de manière équitable. Deuxièmement, elles favorisent la participation active des professionnels dans la régulation d'un secteur d'activité. Cette implication des acteurs professionnels permet une meilleure

³³⁶ M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991, p.81.

compréhension des enjeux et des besoins spécifiques du secteur. Enfin, elles contribuent à rendre l'intervention de l'État plus efficace.

Toutefois, malgré ces avantages, les autorités administratives indépendantes sont cependant critiquées car le rôle de l'État est parfois effacé et cause quelquefois un certain désengagement de l'État de sa forme traditionnelle d'intervention sous la pression libérale.

Cependant, l'État doit rester présent pour assurer son rôle de gardien et de garant du marché. La régulation peut être définie comme l'ensemble des processus qui assurent le bon fonctionnement d'un marché ou d'un secteur. Parmi ces processus, il est important de prendre en compte les fonctions d'information, de conviction, de pression et d'influence dont disposent les régulateurs.

La régulation présente la particularité d'offrir aux autorités administratives indépendantes, des avantages de la réglementation *a priori* (contrôle afin d'assurer la liberté de la concurrence) et *a posteriori* (sanctions ou règlement de conflit). La distinction entre régulation et réglementation ne réside pas dans le moment de leur intervention (*a priori* et *a posteriori*), mais plutôt dans leur portée. La réglementation vise à établir des règles générales et impersonnelles, tandis que la régulation a un champ d'action beaucoup plus étendus. Si le régulateur est habilité à établir des règlements, ceux-ci sont souvent limités à l'application de la réglementation générale ou destinés à apporter des précisions en définissant des règles spécifiques pour un marché donné. Nous pouvons utiliser le terme "régulation" de deux manières principales. Il peut décrire soit la mission générale de l'État envers l'économie, soit la mission spécifique d'une autorité indépendante agissant dans un secteur particulier.

La Tunisie, quant à elle, suit le même chemin français de l'existence des autorités de régulations. La tâche de superviser le processus de libéralisation du secteur a été confiée à une autorité compétente, chargée de garantir la bonne application des lois sectorielles, de renforcer la concurrence dans celles-ci et de protéger les intérêts des consommateurs. Nous identifions le Conseil de la concurrence (autrefois la Commission de la concurrence) ainsi que les autorités de régulation sectorielle. Ces dernières interviennent en fonction de besoins techniques spécifiques. Parmi ces autorités figurent la Commission de la communication, le Comité bancaire, l'Autorité des marchés financiers, et l'Autorité générale des assurances.

En 2005, le dernier amendement à la loi sur la concurrence et les prix a clarifié les relations entre les autorités de la concurrence, comme nous l'expliquerons en détail plus tard.

De plus, il a établi l'obligation pour les organismes de contrôle de signaler au Ministre du Commerce toute indication de pratiques anticoncurrentielles.

§2 : Les institutions européennes.

La mise en œuvre du droit de la concurrence s'effectue à travers diverses institutions qui veillent à assurer le bon fonctionnement du marché interne de l'Union européenne. Ces organes jouent un rôle crucial dans la protection des intérêts des consommateurs et des entreprises. À cet égard, le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) établit des réglementations visant à prévenir les obstacles et les déformations de la concurrence sur le marché intérieur. Plus spécifiquement, le TFUE interdit les ententes restreignant la concurrence entre les entreprises, ainsi que les pratiques abusives de position dominante sur le marché, qui pourraient avoir un impact négatif sur les échanges entre les États membres.

Les instances en charge de faire respecter ces règles de concurrence au niveau européen sont principalement représentées par la Commission européenne, particulièrement sa direction générale en charge des affaires de concurrence. Néanmoins, d'autres directions générales peuvent intervenir pour certains aspects relatifs aux aides d'État dans certains secteurs, comme les transports.

La Commission européenne joue un rôle central dans le maintien de la politique de concurrence en veillant à son fonctionnement optimal, agissant dans l'intérêt collectif des consommateurs et des entreprises au sein de l'UE. En d'autres termes, elle agit comme une sentinelle pour préserver une concurrence saine en empêchant, si nécessaire, les pratiques anticoncurrentielles qui pourraient restreindre la compétition ou entraîner des abus de pouvoir de la part d'entreprises. Elle exerce également une surveillance sur les opérations de fusion et d'acquisition, ainsi que sur les aides d'Etat. Cette surveillance a pour objectif principal de maintenir des conditions de concurrence équitables pour les entreprises de l'Union européenne et de garantir aux consommateurs un choix varié de produits à des prix justes.

Dans le but de réaliser ses missions de manière efficiente, la Commission Européenne possède des prérogatives de supervision et de sanction qui lui confèrent la capacité d'effectuer des investigations approfondies, de convoquer des audiences et même d'accorder des exemptions si nécessaire. À titre illustratif, un cas saillant en 2018 a vu la Commission européenne infliger une amende de 4,34 milliards d'euros à Google pour avoir enfreint les règles de la concurrence en utilisant son moteur de recherche de manière abusive, révélant ainsi

un abus de position dominante.³³⁷ Même à l'échelle nationale, les autorités nationales entretiennent une relation avec l'Union européenne. Elles sont tenues de notifier à la Commission toute intention d'accorder des aides publiques à une entreprise, garantissant ainsi une coordination et une transparence fondamentales dans la mise en œuvre des politiques de concurrence³³⁸.

Par ailleurs, depuis le 1er mai 2004, dans le cadre du processus de "modernisation", le règlement n° 1/2003 du Conseil a mis en place un système décentralisé visant à étendre l'implication des autorités nationales de la concurrence et des tribunaux nationaux dans l'application de la législation européenne sur la concurrence. Cela signifie que les autorités de concurrence des États membres et les juridictions nationales ont la possibilité de collaborer et de travailler ensemble pour examiner l'application des articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)³³⁹. Une coordination efficace entre les instances nationales et celles de l'UE est cruciale pour assurer un bon fonctionnement de la concurrence. Cette collaboration a été renforcée davantage par la directive de 2019³⁴⁰.

La Commission Européenne, se charge de la régulation de divers secteurs en Europe (des marchés financiers, des télécommunications, de l'électricité et du gaz, de l'audiovisuel, des transports aérien, ferroviaire et maritime). Les régulateurs nationaux (AMF, ARCEP, ACPR, CRE, CSA devenue ARCOM, notamment en France) appliquent les décisions prises au niveau européen, et veille à réguler un secteur spécifique dans lequel l'État ne souhaite pas intervenir directement. Cela concerne généralement un domaine délicat en termes de conséquences économiques ou politiques potentielles, c'est pourquoi l'État préfère déléguer à une autorité indépendante plutôt que d'agir directement.

Les autorités de régulation ne cessent de proliférer. Parallèlement, une autre autorité européenne fondamentale qui revêt d'une grande importance dans le bon fonctionnement économique et notamment pour la concurrence est le Parlement européen. En cherchant à

³³⁷ Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-604/18, Google et Alphabet/Commission (Google Android).

³³⁸ Ex-articles 81 et 82 du traité CE.

³³⁹ Ex-articles 81 et 82 du traité CE.

³⁴⁰ La Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil, datée du 11 décembre 2018, a pour objectif de renforcer les capacités des autorités de concurrence des États membres en vue d'une mise en œuvre plus efficace des règles de concurrence et d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Cette directive a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne, dans le numéro L 11 en date du 14 janvier 2019, à la page 3. Entrée en vigueur le 3 février 2019, elle devait être transposée dans les droits nationaux des États membres au plus tard le 4 février 2021.

maintenir un équilibre entre les deux pouvoirs, le Parlement veille à superviser l'exécutif. Pour cela, la Commission européenne « rend compte plusieurs fois par an de sa politique et des décisions prises devant la Commission des affaires économiques et monétaires (ECON)³⁴¹ ». Toutefois, son influence reste moins importante que la Commission européenne, car au niveau de l'adoption d'actes législatifs en matière de la concurrence, le Parlement européen a seulement un rôle de consultation. Dans plusieurs rapports annuels, le Parlement européen a réclamé un renforcement et un élargissement de ces pouvoirs dans la procédure législative ordinaire. Néanmoins, dans à l'occasion de deux directives, une directive de 2014³⁴² et de 2019³⁴³, le Parlement européen a eu un rôle de Co-législateur avec la Commission ECON.

D'ailleurs, depuis septembre 2020, une « sous-commission des affaires fiscales (FISC) » a été instituée dans le but de promouvoir une fiscalité équitable à l'échelle nationale et européenne, encouragée par le Parlement européen.

Conformément à l'article 282 du TFUE, la politique monétaire de l'Union européenne est confiée au Système européen de banques centrales (SEBC). ce dernière est composé de la Banque Centrale Européenne (BCE) ainsi que des banques centrales nationales de chaque État membre de l'UE. Il convient de noter que le SEBC n'est pas considéré comme une institution ou un organe communautaire en tant que tel, du fait qu'il ne possède pas de personnalité juridique et n'est donc pas habilité à exercer de pouvoirs de manière autonome.³⁴⁴ Cependant, son but est de souligner la coopération entre la BCE et les autres banques centrales afin de garantir et accomplir les objectifs de politique économique et monétaire fixés par le TFUE. La SEBC agit par l'intermédiaire de ses membres, à savoir la BCE. En tant que banque centrale responsable de l'euro, elle a pour mission de préserver la valeur de l'euro et, par conséquent, la stabilité des prix dans la zone euro.³⁴⁵ Elle est constamment sollicitée sur toutes les questions de concurrence dans le domaine financier.

³⁴¹ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/82/politique-de-concurrence>

³⁴² Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (JO L 349 du 5.12.2014, p. 1).

³⁴³ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (JO L 11 du 14.1.2019, p. 3). Cette directive est en vigueur depuis le 3 février 2019 et devait être transposée dans le droit des États membres au plus tard le 4 février 2021.

³⁴⁴ R. Chemain, *L'Union économique et monétaire*, Paris: Pédone, 1996 Collection Études internationales, n°10, p. 395.

³⁴⁵ La zone euro est composée de 20 pays de l'UE depuis janvier 2023.

D'un autre côté, la Cour des comptes européenne est compétente pour contrôler les recettes. En matière de droit de la concurrence, elle étudie les pénalités imposées par la Commission aux entreprises qui adoptent des pratiques anticoncurrentielles et qui sont versées au budget de l'UE.

Dans le but de réaliser ses missions de manière efficace, la Commission Européenne possède des prérogatives de supervision et de sanction qui lui confèrent la capacité d'effectuer des investigations approfondies, de convoquer des audiences et même d'accorder des exemptions si nécessaire. À titre illustratif, un cas saillant en 2018 a vu la Commission européenne infliger une amende de 4,34 milliards d'euros à Google pour avoir enfreint les règles de la concurrence en utilisant son moteur de recherche de manière abusive, révélant ainsi un abus de position dominante.

Il est courant que les institutions nationales au sein de l'Union européenne collaborent avec les institutions européennes, voire se multiplient sous l'influence européenne. Mais comment cette influence se manifeste-t-elle dans le contexte des institutions tunisiennes ? L'Accord de Libre Échange Complet et Approfondi (ALECA) entre la Tunisie et l'Union européenne est un exemple concret de cette dynamique. L'objectif de cet accord est de renforcer la coopération économique, en instaurant un Partenariat Privilégié au sein du marché intérieur de l'Union européenne. Une des visées principales est d'harmoniser les législations afin d'éviter les contradictions résultant de l'application de lois divergentes et non coordonnées.

Cependant, l'alignement de la législation tunisienne sur celle de l'Union européenne en matière de concurrence dépend des principes définissant la politique tunisienne de concurrence et de ses institutions. Le Conseil de la concurrence tunisien occupe une position centrale dans cette politique économique, étant l'équivalent de l'autorité de concurrence française. Ces deux organes fonctionnent en tant qu'autorités de régulation indépendantes. Toutefois, au sein de l'accord entre l'Union européenne et la Tunisie, le partenaire européen considère que l'autonomie du Conseil tunisien de la concurrence n'est pas encore bien établie. L'article 3 du chapitre 10 relatif à la concurrence et autres dispositions économiques stipule notamment que³⁴⁶ « La Tunisie établit une autorité de concurrence indépendante du point de vue de son fonctionnement, disposant de ressources suffisantes et dotée des pouvoirs nécessaires pour la

³⁴⁶ Proposition de l'Union européenne. Le texte de l'accord final sera le résultat des négociations entre l'UE et la Tunisie.

pleine application de cette législation à la date de conclusion du présent accord ». Cette disposition soulève une question intéressante : est-ce que le partenaire européen perçoit le Conseil tunisien de la concurrence comme une entité véritablement indépendante ? Nous explorerons cette question plus en détail dans la suite de notre analyse.

§3- Les institutions locales.

Les administrations déconcentrées (A) de l'État assurent un rôle en matière économique accompagnant ainsi l'action des collectivités locales (B).

A- L'administration déconcentrée.

La région en tant que circonscription administrative est consacrée à l'action économique dès l'origine, bien qu'il n'y ait probablement pas de liste précise de ses responsabilités économiques. Après la réforme de 2010, qui a accompagné une révision complète des politiques publiques, la direction régionale des entreprises de la concurrence et de la consommation, du travail et de l'emploi est désormais chargée de la politique économique au niveau régional. Cette direction fait partie des huit directions placées sous la coordination du secrétariat général pour les affaires régionales (SGAR).

Les préfets de département et les préfets de régions ont pour fonction d'appliquer les réglementations et les décisions prises par le gouvernement, en plus de superviser la gestion des services déconcentrés. Le préfet de région établit les directives nécessaires à l'application des politiques nationales et communautaires relevant de sa compétence dans la région.³⁴⁷ Alors que les décrets aujourd'hui abrogés du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs du préfet de département et du préfet de région, accordaient explicitement des responsabilités économiques à ces autorités, la réforme de 2004 ne contient aucun aspect économique, sauf pour ce qui est des compétences envers les entreprises bénéficiant de l'aide financière de l'État ou dont la situation est susceptible d'affecter l'équilibre du marché local de l'emploi, tel que stipulé à l'article 63 du décret de 2004. Seules, sont définies les attributions générales des préfets dont on suppose qu'elles trouveront naturellement à s'exercer dans le domaine économique. Les

³⁴⁷ Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions

préfets sont également à la tête d'une série d'organismes qui offrent des aides aux entreprises (CODEFI³⁴⁸, CIRI et CORRI³⁴⁹).

En Tunisie, bien que l'État soit toujours impliqué dans le secteur économique et joue un rôle déterminant, la structuration de l'économie est également prise en charge par des structures déconcentrées au niveau régional et local. Les autorités locales accompagnant ces structures étatiques ont une intervention économique limitée en Tunisie, se concentrant sur la gestion des services publics locaux et la mise en place d'une politique économique décidée au niveau central et/ou déconcentré. Avant la Constitution de 2014, le gouvernement central était considéré comme l'acteur principal du développement économique, et la faiblesse des moyens des autorités locales tendait à les déresponsabiliser. Cependant, les dispositions de la nouvelle constitution de 2014 offrent des perspectives d'évolution positive dans les années à venir en transformant considérablement le rôle des autorités locales.

Le premier changement significatif au niveau constitutionnel est l'intitulée du chapitre consacré aux collectivités territoriales. Ainsi, la décentralisation devient un engagement que l'État doit réaliser dans le respect de l'unité nationale³⁵⁰. La Constitution met en exergue l'avancée du rôle des collectivités territoriales. Elle est pourvue de prérogatives propres et partagées avec l'autorité centrale, ainsi que de prérogatives déléguées. Elles bénéficient de sources de financement propres issues de la fiscalité locale, de ressources déléguées qu'elles administrent librement et de ressources transférées par l'autorité centrale.

La loi 2018-29 du 2 mai 2018 a été élaborée après une longue période de travail et de négociations. Elle définit les différentes catégories de collectivités locales, qui sont désormais au nombre de trois : commune, région (auparavant connue sous le nom de gouvernorat) et district. Auparavant, il n'y avait que deux structures décentralisées : le gouvernorat et la commune.

³⁴⁸ Les Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI) sont des structures de l'Etat local ayant vocation à accueillir et à orienter les entreprises qui rencontrent des problèmes de financement. Il aide les entreprises en difficulté à élaborer et à mettre en œuvre des solutions permettant d'assurer leur pérennité et leur développement.

³⁴⁹ Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI et Comités régionaux de restructuration industrielle (CORRI) ayant tous deux pour mission de venir en aide aux entreprises en difficulté.

³⁵⁰ Article 13 de la Constitution tunisienne de 2014.

B- les collectivités territoriales.

L'Etat est compétent en matière de la politique économique et sociale. Cependant, les collectivités territoriales ne peuvent agir que "sous réserve des missions qui incombent à l'État". Elles "concourent" avec l'État pour favoriser le développement économique. Leur rôle est subordonné, et même parfois complémentaire.

Les collectivités territoriales bénéficient de compétences à vocation économique expressément énumérées par certaines dispositions législatives, mais il est intéressant de constater qu'elles se servent aussi de la clause générale de compétence pour étendre leur compétence économique. L'article L 1111-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que « les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leurs compétences. Ils concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifiques... ». Ainsi, une subvention en faveur d'organismes participants à des actions contribuant au développement économique ou social local a pu être fondée sur la clause générale de compétences.

Après quelques hésitations sur le maintien de cette clause, la loi du 27 janvier 2014 prévoit que chaque collectivité territoriale gère les affaires relevant de sa compétence, tandis que le Conseil municipal « règle par ses délibérations les affaires de la commune ». Concernant le département et la région, la loi NOTRe du 7 août 2015 adopte une formulation que l'on espère définitive. Chaque organe délibérant « règle par ses délibérations les affaires de la collectivité dans les domaines de compétence que la loi lui attribue³⁵¹».

Le législateur permet la délégation conventionnelle de compétences d'une collectivité locale à une autre collectivité locale d'une catégorie différente ou à un établissement public de coopération intercommunale en ce qui concerne la fiscalité propre conformément à l'article L.1111-8 du CGCT. En ce qui concerne l'économie, il faudra attendre quelques éléments pratiques pour évaluer l'étendue de cette réforme. La région joue un rôle économique majeur parmi les collectivités territoriales.

³⁵¹ <https://www.departements.fr/fonctionnement-des-departements/>

Pareillement, les collectivités territoriales tunisiennes ont des compétences économiques clairement énumérées par la loi organique n°2018-29 du 9 mai 2018 relative au Code des collectivités locales. Cette loi commence par identifier trois types de collectivités locales : la commune, la région et le district. Le code des collectivités locale régleme à la fois des dispositions communes à ces trois types et des dispositions propres à chaque collectivité.

Ces dispositions communes portent principalement sur les méthodes de gestion des affaires locales. Au départ, ces méthodes de gestion comprennent la gestion directe, la gestion en régie et la gestion contractuelle. Actuellement, le code des collectivités locales (CCL) cherche à innover dans le mode de fonctionnement en se basant sur l'article 82 du CCL. Ainsi, les régies chargées d'exploiter des services publics locaux à caractère économique ont un budget autonome qui est contrôlé par un commissaire aux comptes. Selon l'article 103 du CCL, elles peuvent créer des entreprises de développement local pour exploiter des services publics à caractère économique ou commercial. En outre, elles peuvent fournir des aides aux entreprises privées qui œuvrent au développement économique et social de leur territoire sur la base d'un contrat³⁵². Elles peuvent également conclure des contrats de marchés publics, des délégations de service public et des contrats de concession et de partenariat public-privé.

Une autre nouveauté concerne la rationalisation de la gestion des affaires locales. Le code introduit l'obligation pour les autorités locales de concevoir leur stratégie de développement³⁵³. Ils sont également encouragés à prendre une part active dans l'activité économique de leur région en soutenant l'économie sociale et solidaire, en octroyant des aides financières, des prêts, ou en mettant à disposition des terrains aux entreprises privées qui contribuent au développement économique et social, grâce à des accords contractuels.

La troisième innovation est la reconnaissance d'une plus grande autonomie. Désormais, les collectivités locales peuvent établir des accords de collaboration avec d'autres pouvoirs locaux, gouvernementaux ou non gouvernementaux, pour la réalisation de projets de développement économique local en vertu de l'article 40 du CCL. Toutefois, afin d'éviter la dispersion et en raison du cadre d'action des collectivités locales dans l'État unitaire, ces accords doivent être préalablement approuvés par le chef du gouvernement, qui peut toujours s'opposer à leur conclusion devant la Haute Cour administrative.

³⁵² Article 107 du Code des Collectivités Locales.

³⁵³ Article 105 Code des Collectivités Locales.

1- La région.

L'article 4 de la loi française du 5 juillet 1972 relative à la création de l'établissement public régional, définit les attributions économiques de l'établissement public, qui avait pour rôle « de favoriser le développement économique et social de la région, tout en respectant les compétences des départements et des communes ». La loi du 2 mars 1982 sur les droits et les libertés des communes, des départements et des régions réaffirme l'importance du rôle des régions tout en soulignant la suprématie de l'État. L'État assume la responsabilité de la politique économique et sociale, mais il accorde aux collectivités locales certaines prérogatives en matière d'interventions économiques, notamment en ce qui concerne les formes d'assistance directe ou indirecte. Sur le fondement de l'article 59 de la même loi susmentionnée, la région est compétente à pour « promouvoir le développement économique ». De plus, elle « bénéficie d'attributions supplémentaires en matière économique ».

Ainsi, deux lois de 1982 accordent un rôle primordial de la région. D'une part, la loi du 7 janvier 1982 accorde une primauté à la région en matière de distribution d'aide directe et d'autre part, celle du 29 juillet 1982, énonce la réforme de la planification et les attributions de la région. Ces différentes lois sont perçues comme n'ayant pas réussi à assurer à la région un rôle crucial dans le domaine économique étant donné que les autres collectivités ont adopté leurs propres politiques économiques.

La réforme de 2004 avait pour objectif de réaffirmer le rôle de la région. Alors que le projet de loi réservait à la région « la responsabilité du développement économique ». L'article 1 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ne lui confère plus qu'un rôle de coordination des actions de développement économique. La loi NOTRe du 7 août 2015 instaure le rôle de la région en posant le principe que « la région est la collectivité territoriale responsable, sur son territoire de la définition des orientations en matière de développement économique » selon l'article L.4251-12 du CGCT.

En matière économique, le rôle de la région restant variable du fait des différentes expressions utilisées par le CGCT. Tantôt le développement économique figure aussi comme une véritable compétence de la région. L'article L.4211-1 du CGCT dispose que « le Conseil régional à compétence à promouvoir le développement économique dans le respect de l'intégrité de l'autonomie et des attributions des départements et des communes ». Parfois, la région se contente de simplement contribuer au développement économique. L'article L.4211-

1 CGCT dispose que « la région a pour mission, dans le respect des attributions des départements et des communes et, le cas échéant, en collaboration avec ces collectivités et avec l'Etat, de contribuer au développement économique, social et culturel de la région par ... » une liste de séries d'actions.

La loi du 27 janvier 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine avait placé la région en situation de collectivité cheffe de file en matière économique selon l'article L.1111-9 CGCT. La région élabore un plan stratégique pour le développement économique, en définissant les priorités en matière de soutien aux entreprises dans leur expansion à l'international. De plus, elle encourage et incite à l'investissement immobilier et à l'innovation des entreprises, ainsi que les objectifs visant à rendre le territoire régional plus attractif notamment sur le plan fiscal. Ce schéma assure la coordination des actions entreprises par la région en matière de soutien aux entreprises avec celles menées par les collectivités territoriales et leurs regroupements sur le territoire régional³⁵⁴.

La région détient une prééminence en matière d'octroi d'aides économiques aux entreprises³⁵⁵. Ainsi, sur le fondement de l'article L.4211-1 du CGCT la région est compétente pour octroyer, « au nom de l'État, les subventions financières que ce dernier accorde aux investissements des sociétés contribuant à l'essor régional et à la création d'emplois conformément aux dispositions énoncées par décret » .

Sur le fondement de l'article L.4251-12 du CGCT, la loi NOTRe du 7 août 2015 renforce le rôle de la région en matière de développement économique et en mettant en avant sa responsabilité sur son territoire. La loi NOTRe élargit la possibilité pour les régions de participer au capital de toute société commerciale en supprimant la nécessité d'obtenir une autorisation préalable par décret. Le décret 2016-807 du 16 juin 2016 fixe les conditions très strictes puisque les sociétés doivent exercer tout ou partie de leur activité sur le territoire régional.³⁵⁶

³⁵⁴ Article L.4251-13 du CGCT.

³⁵⁵ Article L.1511-2 du CGCT.

³⁵⁶ Article L.4211-1 du CGCT : « la prise de participation ne doit excéder 1% des recettes réelles de fonctionnement et le montant total des participations détenues par une région ne doit représenter plus de 5% des recettes réelles de fonctionnement ».

Le Conseil économique et social régional (CESR) joue un rôle consultatif en fournissant au Conseil régional des informations relatives aux enjeux économiques et sociaux et sur les conséquences des politiques régionales. Il contribue également à l'évaluation et au suivi des politiques publiques régionales³⁵⁷ ».

Le rôle de la région tunisienne en matière de développement économique est similaire à celui de la France. En vertu de l'article 293 du CCL, la région joue un rôle de premier plan dans la promotion du développement régional en étant chargée du développement global et solidaire de son territoire, tout en recherchant la complémentarité entre les différents projets de développement. Elle établit des commissions permanentes, dont une commission financière et économique. Le gouverneur, qui est le principal animateur du développement économique et social, dirige la région. Les dispositions législatives du code établissent un équilibre entre la région, en tant que structure décentralisée, et le gouverneur, en tant que représentant de l'État central. Les régions tunisiennes ont pour mission d'élaborer un plan de gestion pour certains services publics tels que l'environnement, la culture et la jeunesse. De plus, elles partagent des compétences avec l'État central pour l'élaboration de zones industrielles et commerciales ainsi que pour encadrer les investisseurs³⁵⁸.

2- Le département et la commune.

L'article 29 de la loi française en date du 7 janvier 1983, portant sur la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, octroie aux communes la possibilité d'élaborer des chartes intercommunales de développement et de définir les programmes d'action qui en découlent. Les communes déterminent les modalités de concertation avec l'Etat, la région qui le demandent. Bien que la région ait la priorité en matière de croissance économique, le CGCT stipule clairement que les départements et les communes interviennent également dans les domaines économique et social.

En vertu d'une convention avec la région, les communes et leurs groupements peuvent contribuer au financement des aides instaurées par la région conformément à l'article L.1511-2 du CGCT. Aujourd'hui, il est interdit aux départements de participer à ces financements.

Sur le fondement des articles L.2251-1 et L.3231-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), les actions économiques des départements et communes sont soumises à

³⁵⁷ Article L.4134-1 du CGCT.

³⁵⁸ Article 297 du CCL.

des restrictions en vertu du principe selon lequel la conduite de la politique économique incombe à l'État, ainsi que des règles juridiques régissant l'action économique des personnes publiques.

En pratique, la loi NOTRe de 2015 a restreint la liberté d'action des municipalités en matière économique, tout en maintenant leur compétence. En ce qui concerne les aides économiques, l'article L.2251-1 du CGCT stipule que l'intervention de la commune vise à promouvoir le développement économique et à accorder des aides conformément au régime général des aides octroyées par les collectivités territoriales. Cependant, en cas d'insuffisance ou de défaillance de l'initiative privée pour assurer la continuité d'un service essentiel, la commune a la possibilité de déléguer la responsabilité de sa création ou de sa gestion à une association ou à un tiers. De plus, en vertu de l'article L.2253-1 du Code général des collectivités territoriales, les communes et leurs regroupements peuvent exceptionnellement avoir compétence pour souscrire au capital d'une société dont l'objet social est la production d'énergie sur leur territoire.

Depuis l'adoption de la Constitution de 2014, la Tunisie a instauré un système de collectivités locales pour plusieurs régions, appelé district. Selon l'article 356 du Code des Collectivités Locales (CCL), cette entité dispose de la personnalité juridique et de l'autonomie administrative et financière nécessaire pour promouvoir l'intégration et la complémentarité du développement économique global, équilibré et juste entre toutes les zones qui la composent. Elle élabore des plans de développement pour les régions, notamment en ce qui concerne les réseaux, et participe à l'élaboration du plan de développement national en vertu de l'article 360 du CCL.

En ce qui concerne les communes tunisiennes, leur rôle en matière économique est très limité. Elles font face à des moyens limités et à une tutelle gouvernementale pesante et rigide. En effet, leur compétence en matière économique se limitait auparavant au contrôle de la sécurité, des prix et à l'attribution d'autorisations et de concessions d'occupation de certains espaces municipaux, conformément au décret 2007-362 du 19 février 2007. Cependant, le Code des collectivités locales de 2018 redonne aux communes une nouvelle vie et un nouveau rôle en matière économique. L'article 200 du CCL énonce que « la commune gère les affaires communales sur la base du principe de libre administration et œuvre au développement économique, social et culturel de sa zone ». Elle dispose de commissions permanentes, notamment celles chargées des affaires financières et économiques. Les communes ne sont plus

soumises à la tutelle du gouverneur pour ces actes. Ces décisions deviennent exécutoires et le gouverneur ou toute personne ayant intérêt peuvent s'y opposer devant le juge administratif. Les innovations portent également sur la coopération intercommunale, c'est-à-dire deux communes ou plus peuvent désormais se regrouper afin de réaliser des projets communs, notamment pour créer un établissement public de coopération intercommunale.³⁵⁹ A cotée des EPCI, les communes pourront signer des conventions de gestion de services publics à caractère économique. De plus le conseil municipal est chargé d'élaborer le plan d'investissement communal et de prendre les mesures aux fins de développement de l'attractivité de la commune.

Par conséquent, il est vrai que toutes ces innovations depuis 2018 restent mineures par rapport aux collectivités territoriales françaises et leurs prérogatives au niveau économique. Leur évolution est modeste, mais on peut dire qu'on semble emprunter la bonne voie de la régulation. Reste à savoir si en pratique l'État central s'imisce dans les affaires locales.

Section 2- Les institutions d'organisation et d'accompagnement.

La création d'organisme d'encadrement ou d'organisation de certain marché ou de profession et des acteurs économiques n'a pas pour but ni de diriger ni de contrôler, mais simplement d'organiser (§1) et d'accompagner les professionnels et de les représenter (§2).

§1- Les organismes ayant une mission d'organisation des professions.

Après la Deuxième Guerre mondiale, des établissements publics industriels ont été instaurées notamment en France sous le nom d'office (par exemple, office de tourisme) regroupant plusieurs professions et ayant pour mission de réguler ou discipliner l'économie. Relevant de l'autorité de l'État, leur champ de compétence s'étend sur l'ensemble d'un secteur d'activité. Désormais, les offices ont une importance fondamentale en raison de leur collaboration avec les autorités publiques pour surveiller l'économie et analyser les marchés, fournir un soutien technique et économique aux filières de gestion des mesures communautaires, diffuser des informations sur les produits et leurs marchés.

Une importante réforme a touché les offices du secteur agricole en 2006. En effet, à partir de 2003, des aides sont versées au titre de la PAC afin de sensibiliser les agriculteurs à la demande du marché. Or, l'un des rôles des offices était justement de distribuer ces aides. C'est

³⁵⁹ Article 283 alinéa 3 du code des collectivités locales tunisiennes.

désormais l'agence de services et de paiement qui gère les aides publiques nationales et communautaires en faveur de l'agriculture.

Depuis l'ordonnance 2009-325 du 25 mars 2009, les anciens offices ont fusionné pour former une institution unique sous l'autorité de l'État, à savoir l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer, dans le but d'améliorer le fonctionnement du marché. On prend l'exemple, de l'article 621-3 du code rural et de la pêche maritime, qui favorise l'organisation des producteurs et des relations entre les différentes professions de chaque filière, encourage la mise en place d'un système de commercialisation et participe à l'élaboration et à la mise en œuvre de mesures visant à améliorer les conditions de concurrence, ainsi qu'à protéger et informer les consommateurs.

A- Les organismes d'intervention.

Le décret de 1953 crée les « groupements, société, association, centres, caisses ou compte aux dénominations variées ayant pour conséquence la disparité des formes et des statuts, la divergence dans les méthodes d'action et de financement, l'incertitude fréquente sur la nature exacte des rapports entre l'Etat et ces organismes, de même que sur les pouvoirs de tutelle et de contrôle dont les pouvoirs publics disposaient à leur égard ³⁶⁰». Il s'agit pour ces organismes, d'assurer, et de régulariser sous le contrôle de l'Etat, l'approvisionnement, la répartition ou la vente de matières premières, de produits industriels ou agricoles.

Au départ, le rôle de ces organismes consistait à prendre des décisions, mais actuellement, leur fonction est davantage axée sur l'assistance et la coordination des métiers. Ces entités peuvent être des associations professionnelles ou interprofessionnelles, ainsi que des entreprises ou des organismes certifiés.

En Tunisie, il y a les syndicats patronaux dont la mission est de défendre et de représenter les entreprises. Le premier est l'Union tunisienne de l'industrie et de l'artisanat (UTICA), fondée le 17 janvier 1947. Elle rassemble 150 000 entreprises privées des secteurs industriel, commercial et artisanal, et est présente dans toutes les régions du pays. L'UTICA joue un rôle crucial dans l'économie en représentant ses membres auprès des pouvoirs publics, en défendant leurs intérêts professionnels, et en participant à l'élaboration de la politique économique et sociale de l'État (emploi, exportation, investissement, etc.). En juillet 2018,

³⁶⁰ P. Masquelier, « Le débat autour de la redevabilité des nouveaux organismes publics et parapublics dans les années 1950 », *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2016/4 n° 160, pp.1027 à 1040.

l'UTICA a signé un accord de partenariat avec le ministère des affaires étrangères pour renforcer la diplomatie économique, soutenir l'économie nationale, conquérir de nouveaux marchés et renforcer la présence des entreprises tunisiennes à l'étranger. Par la suite, il est question de la CONECT (Confédération des entreprises citoyennes tunisiennes), qui depuis 2011 dispose de représentations régionales ainsi que des associations professionnelles spécialisées dans les secteurs de l'industrie, du commerce, des services et de l'agriculture.

B- Les ordres professionnels.

Les ordres professionnels peuvent édicter des actes administratifs à caractère réglementaire, ainsi que de prendre des décisions individuelles. Ils exercent quatre types de missions : la représentation de la profession, l'édiction de règles et d'usage de la profession, la formation professionnelle des membres de la profession et l'organisation de l'accès à la profession.

Le juge administratif français évalue la conformité des actes administratifs par rapport aux règles de la concurrence. Ainsi, ces organismes d'accompagnement ou de régulation de certaines professions peuvent infliger des sanctions en cas de comportements anticoncurrentiels. Contrairement au droit de l'Union européenne, cette logique n'est pas appliquée. Seules les décisions d'association d'entreprises, éventuellement encouragées par les autorités publiques, peuvent être soumises aux règles de concurrence.

§2- Les organismes d'accompagnement des professions.

Ce type d'organisme a pour but d'organiser, d'accompagner et informer les acteurs économiques. Elle a également pour mission de veiller au respect de certaines normes professionnelles. Certains de ces organismes se consacrent dans le développement d'action collective auprès des entreprises. Par exemple, un organisme de financement collectif financé par des taxes prélevées sur les opérateurs du secteur et comprenant une représentation des professions concernées.

Les réseaux des chambres professionnelles ont fait l'objet d'une importante réforme en France opérée par la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010. Elles ont un rôle de service aux entreprises en matière d'aide au développement économique détiennent aussi un pouvoir réglementaire pour organiser les services publics qu'elles exploitent. On pense fortement aux chambres de commerce et d'industrie (CCI) qui participent aussi activement à la gestion de grands équipements structurants comme par exemple la gestion des ports et des aéroports. En

Tunisie, les chambres de commerce et de l'industrie³⁶¹, ont longtemps été considérées comme ayant un rôle passif. Il a fallu attendre 1988 pour que leur rôle soit réactivé, en particulier grâce à la loi n°2006-75 et ses décrets d'application. Aujourd'hui, ces établissements publics d'intérêt économique, placés sous la tutelle du ministère du commerce, ont pour mission de promouvoir l'action économique de l'ensemble de leurs adhérents du secteur commercial et industriel.

La nouvelle rédaction de l'article L.710-1 du code français de commerce, concernant le réseau des chambres de commerce et d'industrie, vient préciser la mission de celles-ci, qui contribuent « au développement économique, à l'attractivité et à l'aménagement des territoires ainsi qu'au soutien des entreprises et de leur association en remplissant dans des conditions fixées par décret toute mission de service public et toute mission d'intérêt général nécessaires à l'accomplissement de ces missions ».

En 2019, le Parlement a adopté le projet de loi PACTE, Le Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (Pacte) concerne la simplification des PME, la facilité d'innovation, l'étude de la place des entreprises dans la société et une meilleure valorisation du travail et des salariés aux résultats de leur entreprise. Ce pacte appréhende l'évolution et la modernisation du réseau des CCI.

Les CPDE³⁶² sont des organismes qui exercent une mission générale d'amélioration de la compétitivité de certains secteurs. Le législateur sur le fondement de la loi du 9 août 2004 relative au soutien à la consommation et à l'investissement, reconnaît le caractère de service public aux missions exercées par les CPDE. Enfin, quant aux CTI³⁶³ qui ont été reconnus comme des entités de service public grâce à l'arrêt Narcy du Conseil d'Etat, sont des lois du 9 août 2004 relative au soutien l'investissement et à la commission organisations privées dont le but est de favoriser l'avancement des technologies, de contribuer à l'amélioration de la productivité et de garantir la qualité dans l'industrie³⁶⁴.

La Tunisie dispose également d'organisations qui cherchent à renforcer la compétitivité des secteurs. Les groupements interprofessionnels créés depuis 1993³⁶⁵ ont pour mission

³⁶¹ Anciennement appelé chambre économique

³⁶² Comités professionnels de développement économique créés par la loi n°78-654 du 22 juin 1978.

³⁶³ Centres techniques industriels créés par la loi n° 48-1228 du 22 juillet 1948.

³⁶⁴ CE, Sect., 28 juin 1963, Narcy.

³⁶⁵ Loi n°93-84 du 26 juillet 1993, relative aux groupements interprofessionnels dans le secteur agricole et agroalimentaire telle que modifié par la loi 2005-16 du 16 février 2005.

d'aider les professionnels à améliorer la qualité de leur production, de faciliter la concertation avec l'administration. Ces groupements régulent le marché et contrôlent la qualité des produits pour leur commercialisation.

Autres organismes tunisiens sont les centres techniques, regroupant les professionnels du secteur, et assistent les industriels d'un secteur en collectant l'information, la diffusent et élaborent les études. Elles sont créées par arrêté du ministre en charge du secteur. Ils assurent les expertises, les analyses dans leur domaine d'intervention³⁶⁶.

Section 3- Les institutions régulatrices de la concurrence en France.

Les institutions ayant une mission de direction ou d'impulsion détiennent aussi des prérogatives de contrôle sur le secteur économique et notamment le droit de la concurrence. Par conséquent, l'émergence des autorités de régulation accompagne un mouvement de désengagement de l'État quant à ses mesures traditionnelles d'intervention mais doit rester présent pour assurer son rôle de gardien du marché. On distingue pour cela l'Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de concurrence) (§1), la DGCCRF (§2), les autorités de régulations sectorielles (§3), ainsi que leurs relations entre elles (§4).

§1- l'Autorité de la concurrence, régulateur général de la concurrence.

En France, l'Autorité de la concurrence est chargée de surveiller le bon fonctionnement et la régulation des marchés. Elle intervient dans tous les domaines de l'économie, tant au niveau des comportements des acteurs que de la structure du marché. Cette entité administrative indépendante (b) est considérée comme un cadre modernisé de l'intervention régulatrice du pouvoir public en matière de concurrence (a), et comme un outil de régulation essentiel (c). Elle a joué un rôle conséquent durant la pandémie (d) ainsi que dans le secteur numérique (e).

a- Les régulateurs de concurrence : un cadre rénové de l'intervention du pouvoir régalién.

La révolution concurrentielle est accompagnée par un processus régulateur confié à des autorités spécialisées. Ainsi, la création des secteurs économiques nouveaux aura pour finalité

³⁶⁶ Dans le domaine d'industrie par exemple, loi n°94-123 du 28 novembre 1994.

première l'ouverture de la concurrence des monopoles d'Etats tels que les télécommunications, l'audiovisuel ou encore l'énergie en général et l'énergie électrique en particulier.

Dans le but de réguler la politique de concurrence, divers intervenants du processus régulateur participent à la fois à la structuration des secteurs économiques et à l'élaboration des normes. L'analyse des relations entre ces intervenants, tant horizontales que verticales, montre qu'un phénomène opérationnel réorganise la place du pouvoir régalien en créant des outils juridiques. Les autorités concurrentielles, les autorités sectorielles et de la DGFCCP jouent un rôle crucial et déterminant puisqu'elles mettent en place le processus à différents niveaux, à savoir la structure et la norme.

Si l'on revient à la notion de régulation, comprise comme un facteur d'équilibre entre des intérêts distincts, elle est aussi considérée comme un processus³⁶⁷. Ceci démontre une certaine idée de continuité puisqu'elle a la vocation de veiller à un équilibre. Cependant, une autorité de régulation spécialisée dans un domaine spécifique, souhaite à la fois maintenir ses pouvoirs et continuer sa mission si les entités économiques ne sollicitent pas l'arbitrage essentiel de cette institution.³⁶⁸

En fait, dans les secteurs où les monopoles d'Etat bénéficient de conditions de marché favorables à la concurrence, une régulation est considérée comme indispensable. Des « autorités de régulation » indépendantes sont généralement chargées de garantir une concurrence efficace, loyale et durable, tant par les autorités publiques que par les entités économiques. L'ouverture à la concurrence concerne actuellement l'ensemble des services publics en réseau, à des degrés divers selon les secteurs, en vue de respecter plusieurs principes : la séparation entre la fourniture du service et les activités de réseau, ainsi que le changement des structures industrielles par le biais de la division horizontale de l'opérateur historique et l'encouragement de l'entrée de nouveaux acteurs.

L'Autorité de la concurrence est « l'autorité administrative indépendante chargée de réguler la concurrence et de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles³⁶⁹ ». Elle pourra rendre des avis et ordonner des sanctions. Par conséquent, l'autorité de la concurrence est

³⁶⁷ C'est-à-dire un ensemble d'outils techniques propres à établir des équilibres évoluant au fur et à mesure qu'on la pratique : Lucile Schmidt, « Les outils techniques disponibles, les choix et les combinaisons », in Marie-Anne Frison-Roche (éd.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 99.

³⁶⁸ Comme cela a été démontré par Benjamin Montels, « Aspects juridiques de la régulation des relations entre la télévision et la salle de cinéma », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op. cit.*

³⁶⁹ <https://www.economie.gouv.fr/dgcrf/concurrence/Pratiques-anticoncurrentielles>

devenue l'acteur majeur du contrôle des concentrations, depuis le transfert de compétence opéré par la loi du 4 août 2008³⁷⁰. Tandis que les autorités sectorielles, sont des autorités spécialisées pour la régulation de la concurrence d'un secteur en particulier.

b- L'Autorité de la concurrence : une autorité administrative indépendante.

L'Autorité de la concurrence³⁷¹ est une autorité administrative³⁷² indépendante³⁷³ française, chargée principalement de combattre les pratiques contraires à la concurrence et d'assurer le respect du principe de libre concurrence. Les situations les plus courantes qu'elle traite concernent l'abus de position dominante et les ententes illégales.

Elle a pour mission « d'assurer la régulation de la concurrence sur les marchés en France et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international³⁷⁴ ». Créée par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'autorité a succédé au Conseil de la concurrence dont elle a repris les compétences en les élargissant. La loi de 2008 a ainsi transféré du ministre chargé de l'économie à l'Autorité la mission de mettre en œuvre le contrôle des concentrations en France en statuant sur les opérations notifiées en application de cette législation. Avant cette réforme, l'ancien Conseil de la concurrence exerçait une fonction consultative aux côtés du ministre. Ce transfert de compétence a conduit la nouvelle autorité à créer un service dédié au contrôle des concentrations rattaché au rapporteur général. Cette mission représente une part importante de l'activité de l'autorité en volume de décisions rendues, mais aussi en termes d'enjeux de concurrence comme le démontre en particulier le nombre de décisions assorties de mesures correctives.

Suite à la loi de modernisation de l'économie, l'Autorité de la concurrence française est créée en 2009, tout en reprenant les mêmes compétences du « Conseil de la concurrence » mais

³⁷⁰ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

³⁷¹ L'Autorité de la concurrence est chargée de faire respecter le Code de commerce (livre IV sur la concurrence) et les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³⁷² Loi n° 2017-55, 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

³⁷³ Une autorité administrative indépendante est une institution administrative publique qui agit au nom de l'Etat, qui dispose d'un pouvoir réel - de sanctions notamment -, sans pour autant relever de l'autorité de l'Etat (d'où son caractère « indépendant »).

³⁷⁴ Rapport annuel 2018 de l'Autorité de la concurrence.

s'est vue aussi attribuer de nouvelles compétences. Désormais, l'Autorité de la concurrence est chargée de contrôler les opérations de concentration, ce qui était auparavant de la compétence du ministère de l'Economie. Elle est compétente pour traiter les cas de pratiques anticoncurrentielles et cette compétence est partagée avec la Commission européenne, qui est responsable de la protection de la concurrence au sein de l'UE.

En outre, elle se voit accordées d'autres compétences. Elle a la faculté, tout d'abord, de formuler des avis et des recommandations de sa propre initiative ou à la requête d'entités morales représentant des intérêts collectifs (gouvernement, parlement, etc.). Ces avis et recommandations seront adressés au ministre responsable du marché concerné. Par exemple, en 2014, l'Autorité de la concurrence a remis plusieurs avis autoroutiers au ministre chargé des transports. L'Autorité de la concurrence française n'est pas considérée comme une juridiction et donc n'exerce pas de pouvoir juridictionnel. Il est impossible d'infliger des peines civiles comme des réparations pécuniaires ou pénales comme la détention, dans ce cas.

c- L'Autorité de la concurrence, un outil de régulation.

Le terme de régulation n'est pas adopté dans le code de commerce en référence à l'Autorité de la concurrence, mais il est décrit dans l'ordonnance du 13 novembre 2008 qui précise ses missions, qui porte dans son titre la « modernisation de la régulation de la concurrence ». De même l'autorité se présente également sur son site internet en se décrivant comme « une autorité administrative indépendante, spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés, pour la sauvegarde de l'ordre public économique ³⁷⁵ ». Le Conseil de la concurrence se voyait déjà lui-même de plus en plus comme un régulateur. Par conséquent, il n'est pas surprenant que le vice-président du Conseil d'État utilise l'expression de « régulation concurrentielle » pour décrire cette autorité, tout comme le Conseil de la concurrence qui l'a précédée. L'Autorité de la concurrence est une véritable autorité de régulation compétente en matière de concurrence.

Cela s'explique d'abord par ses missions et ses pouvoirs qui la rapprochent des régulateurs sectoriels au point de remettre en cause le modèle qui a présidé à leur création. En effet, les autorités de régulation sectorielles intervenant de manière préventive, (*ex ante*), pour élaborer un secteur, tandis que l'Autorité de la concurrence n'intervient qu'occasionnellement, de manière répressive (*ex post*) pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles.

³⁷⁵ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/missions>

L'Autorité de la concurrence ne se contente pas d'agir *ex post* c'est-à-dire de sanctionner les atteintes à la concurrence. Elle adopte également une position *ex ante* caractéristique d'un pouvoir de régulation comme en témoigne le contrôle des concentrations qu'elle opère ou les engagements qu'elle négocie avec les opérateurs ainsi que les avis qu'elle rend (sur saisine ou auto-saisine) qui sont l'occasion pour elle d'acquérir une expertise sectorielle ou encore même les mesures conservatoires et les injonctions qu'elle prononce. Cette autorité façonne les marchés en veillant à leur fonctionnement régulier. Par conséquent, la concurrence rejoint la régulation.

Surtout, c'est en ce qui concerne l'Autorité de la concurrence que les juges suprêmes ont pu fournir la définition la plus pertinente de la notion de régulation ; il serait donc regrettable d'exclure que cette autorité soit responsable d'une authentique régulation.

Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, considère, en effet, que « les dispositions [...] concernant le contrôle des opérations de concentration ont pour objectif d'assurer un fonctionnement concurrentiel dans un secteur donné. En les adoptant, le législateur n'a pas outrepassé le principe de la liberté d'entreprise de façon injustifiée par rapport à ses objectifs de préservation de l'ordre public économique, et elles sont proportionnées à cet objectif³⁷⁶». Faisant application de cette jurisprudence constitutionnelle, le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée en date du 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, soutient que « lorsqu'elle se prononce sur une opération de concentration soumise à sa notification, l'Autorité de la concurrence ne prend pas de mesure répressive. Elle se prononce plutôt sur une demande qui lui est présentée, même si son évaluation est fondée sur des normes juridiques et s'appuie sur une procédure formelle. Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence dans son pouvoir de sanction ne tranche pas de litige portant sur des droits et des obligations de nature civile, mais exerce un pouvoir de régulation³⁷⁷ ». Il est à noter que le juge administratif avait déjà établi dans sa première décision de retrait de l'autorisation dans la même affaire Canal Plus/ Vivendi rendue à la même date du 21 décembre 2012 (contestation de la décision de retrait d'autorisation prononcée par l'Autorité de la concurrence), que le législateur avait l'intention de maintenir la continuité de la régulation en matière de concentrations, une responsabilité qui relevait antérieurement de la compétence du ministre chargé de l'économie et qui a été transférée à l'Autorité de la concurrence ».

³⁷⁶ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*.

³⁷⁷ Décision du Conseil d'Etat n°353856 et la décision n°362347, n°363542, 363703.

De la combinaison de ces trois décisions rendues à propos du contrôle des concentrations ressort une remarquable et pertinente définition de la notion de régulation. Si la régulation consiste, au premier sens du terme, à rendre régulier, à assurer le fonctionnement régulier, le bon fonctionnement, la régulation économique vise alors à assurer le bon fonctionnement du marché, c'est-à-dire, dans une économie libérale, le « fonctionnement concurrentiel du marché », pour parler comme le Conseil constitutionnel qui s'approprie les termes de la loi. Le fonctionnement concurrentiel du marché et cette régulation de la concurrence sont liés aux « objectifs de préservation de l'ordre public économique » mentionnés par le juge constitutionnel et aux « pouvoirs de police » reconnus par le Conseil d'État dans le contrôle des concentrations exercé par l'Autorité de la concurrence.

Les juges suprêmes ont établi de manière explicite le terme de régulation et plus particulièrement le lien entre la régulation de la concurrence et la « police de la concurrence ». Une opinion doctrinale, parfois remise en question, est ainsi reprise par le juge. Appliquée à l'économie, la notion de police englobe toutes les dimensions de la régulation : la police administrative, qui a pour objectif de prévenir et de rétablir l'ordre, et la police judiciaire, qui a un caractère répressif correspondent aux deux attitudes *ex ante* et *ex post* de l'Autorité de la concurrence. La régulation économique est assimilable à une police économique. La police de la concurrence, dont l'objectif est la "préservation de l'ordre public économique", correspond à la régulation de la concurrence. Cela confirme trois points : que la régulation est une forme de police, que la régulation de la concurrence existe et que l'Autorité de la concurrence en est notamment responsable.

Il existe donc une régulation de la concurrence que l'Autorité de la concurrence doit surveiller dans tous les secteurs. Par conséquent, elle est une autorité de régulation non sectorielle de la concurrence mais est davantage qualifiée de régulateur général de la concurrence. La régulation est une méthode tandis que la concurrence est un but à atteindre. Par conséquent, les régulateurs généraux peuvent être opposés aux régulateurs spécifiques qui seront examinés de manière plus approfondie dans les sections ultérieures.

d- Le rôle prépondérant de l'Autorité de Concurrence durant la crise du Covid -19.

Les actions de l'Autorité de la concurrence durant la pandémie ont démontré une grande réactivité. Dans ce contexte, l'Autorité a veillé à ce qu'aucune entreprise ne puisse abuser de son pouvoir de marché ou s'entendre avec d'autres entreprises au détriment des consommateurs et de la communauté. Elle doit garantir que les produits « essentiels »

demeurent disponibles sans abus de pratiques anticoncurrentielles. Plus concrètement, le gouvernement afin d'éviter les spéculations et les opportunistes sur des produits particulièrement demandés, a encadré les prix de vente des gels et solutions hydroalcooliques³⁷⁸, dans le cadre des mesures d'urgence contre la pandémie. C'est ainsi, que les services d'enquête de l'Autorité, ainsi que la Commission européenne, se sont organisés pour réguler les travaux de surveillance du marché pendant la crise, et détecter les différents comportements illégaux et le cas échéant, prendre des mesures nécessaires.

Durant la période de la pandémie, l'Autorité de la concurrence a été très souple dans l'application des règles de la concurrence, en encourageant la collaboration entre les concurrents pour assurer une distribution équitable des "produits et services essentiels" afin d'éviter toute pénurie. Pour se faire, elle fournit des conseils informels sur la conformité d'un projet de collaboration ou de ses modalités de mise en œuvre avec les règles de la concurrence³⁷⁹. L'Autorité de la concurrence a rapidement mis en œuvre plusieurs mesures opérantes, notamment le système d'autorisation sous conditions permettant à des entreprises de se coordonner pour accroître leur productivité pendant la crise sanitaire.³⁸⁰ Le souci avec cette mesure réside dans le fait de la considérer comme une forme de concertation. En effet, la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence sont en place pour prévenir toutes ententes ou tous abus de position dominante, tels que des prix excessifs, de la part des entreprises profitant de cette pandémie.

La réactivité de l'Autorité de la concurrence s'est clairement manifestée lors de la crise sanitaire, avec la mise en place de certaines mesures. Par exemple, les délais d'instruction des cas liés aux projets de concentration et à l'installation des professions juridiques régies par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 ont été suspendus³⁸¹. En effet, l'article 7 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 prévoit la suspension des délais légaux et réglementaires établis notamment à l'article L. 430-5 du Code de commerce, à compter du 12 mars 2020 et ce jusqu'à

³⁷⁸ Décret n° 2021-76 du 27 janvier 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

³⁷⁹ Le communiqué indique que de telles mesures de coopérations ne seront pas considérées comme des restrictions de concurrence au sens de l'article 101 ou seront analysées comme génératrices de gains d'efficacités au sens de l'article 101, paragraphe 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

³⁸⁰ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/page-riche/covid-19>

³⁸¹ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, JORF n°0072 du 24 mars 2020.

l'expiration d'un délai d'un mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire en matière de contrôle des concentrations. ³⁸²».

En raison de ces circonstances inhabituelles et restrictions de déplacement, l'Autorité de la concurrence a étendu de deux mois supplémentaires le délai accordé aux entreprises pour répondre à une notification de griefs ou à un rapport, conformément à l'article L. 463-2 du Code de commerce. Ce délai a été suspendu à compter du 17 mars 2020. Pendant cette période de confinement, « toutes les demandes liées aux délais doivent être adressées aux services d'instruction et au service de la procédure par courrier électronique, à l'exclusion de tout autre mode de transmission³⁸³».

Les demandes de clémence peuvent également être soumises par voie électronique en utilisant un formulaire disponible sur le site web de l'Autorité de la concurrence³⁸⁴. Pendant cette période de confinement, «les mémoires, les notifications de griefs, les décisions et les avis de l'Autorité de la concurrence et du Rapporteur général seront également communiqués aux personnes concernées par voie électronique. ³⁸⁵».

En vertu de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306, l'Autorité de la concurrence prolonge les délais de prescription de ces actes et décisions mentionnés à l'article L. 462-7 du code de commerce, dans un délai de deux mois après la fin de cette période, sans encourir de sanctions pour leur retard. En outre, les recours contre les décisions de l'Autorité pourront être introduits dans un délai de deux mois.

Les délais d'exécution des engagements et des injonctions sont suspendus pour une durée d'un mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire. Conformément à l'article 8 de l'ordonnance n° 2020-306, « les délais imposés par l'administration à toute personne pour effectuer des contrôles, des travaux ou se conformer à des prescriptions de toute nature, conformément à la loi et au règlement, et qui n'ont pas expiré avant le 12 mars 2020, sont suspendus jusqu'à la fin de la période mentionnée au I de l'article 1er, sauf s'ils résultent d'une

³⁸² Y. Broussolle, « Les principales dispositions de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période », *Lextenso, Actu-juridique*, 2020.

³⁸³ L'adoption de la loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire et de l'ordonnance du 25 mars 2020, les délais relatifs aux procédures devant l'Autorité de la concurrence sont adaptés.

³⁸⁴ Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020, et par dérogation à l'article R. 464-5 du Code de commerce.

³⁸⁵ Décret n° 2020-260, et par dérogation aux articles R. 463-1.

décision de justice ». Le point de départ des délais similaires qui auraient dû commencer à courir pendant la période mentionnée au I de l'article 1er est reporté jusqu'à la fin de celle-ci.

En conclusion, l'Autorité de concurrence a été très rapide et très efficace durant la période du Covid-19 et a essayé de répondre à des difficultés très techniques et de veiller à l'équilibre du marché concurrentiel afin de protéger les parties et les consommateurs.

e- L'Autorité de la concurrence et le nouveau défi dans le secteur numérique.

L'adaptation de la mise en œuvre des règles de concurrence, entreprise par la Commission européenne à partir de 2005, est basée sur une approche plus économique, comme précédemment expliqué. L'essor de l'économie numérique, qui se définit par des choix basés sur l'utilisation de données volumineuses par des algorithmes, présente de nouveaux défis aux autorités de la concurrence. C'est le cas du « profilage » ou « la prise de décision automatisée » qui signifie la compétence de prendre des décisions grâce à des procédés technologiques sans aucune intrusion humaine, à travers l'utilisation d'un algorithme appliqué à ses données personnelles. Par exemple, une décision de refus de crédit peut avoir pour seul fondement l'utilisation d'un algorithme qui applique automatiquement un certain nombre de critères à la situation financière du demandeur sans aucune intervention humaine. Le règlement général sur la protection des données (RGPD) est un règlement européen qui prévoit des règles restrictives et encadre les processus de prise de décision entièrement automatisée. Cette utilisation se trouve dans le secteur public comme le secteur privé. Jusqu'à présent, la majorité des systèmes de prise de décision automatisée étaient principalement employés à des phases particulières d'un processus de décision, qui conduit à l'exécution de la décision finale. Cela implique la phase d'ouverture de la procédure, l'instruction d'un soupçon d'infraction relatives aux lois de la concurrence, ainsi que l'adoption et l'exécution de la décision.³⁸⁶

Dans l'application du droit de la concurrence, les autorités de la concurrence ont davantage recours à l'intelligence artificielle (IA) comme une stratégie pour une meilleure compréhension et ont renforcé leur expertise technique grâce à la création des unités numériques *ad hoc*.³⁸⁷ L'adoption de ces technologies très avancées offre de nouvelles opportunités pour les autorités de la concurrence leur permettant d'optimiser les outils

³⁸⁶ S. Demkova, « The decisional value of information in European semi-automated decision-making » *Review of European administrative law*, 2021 p.29.

³⁸⁷ C'est la suggestion de « combattre la technologie par la technologie » car ces dispositifs d'expertise seront basés sur l'idée d'algorithmes de rétro-ingénierie entre les mains des autorités de concurrence dans le but de comprendre les fonctions du processus de prise de décision.

juridiques dans la lutte contre toutes infractions de droit de la concurrence. Cela les aide à appliquer le droit de la concurrence de manière plus efficace, en particulier dans les économies modernes axées sur les données, où les structures de marché sont de plus en plus complexes.³⁸⁸ Les autorités de concurrence semblent être de plus en plus conscientes de ce processus de numérisation de la société et de manière dont il affecte les règles de concurrence. Des entretiens sont menés avec certaines autorités de concurrence. Il est désormais possible de recourir à la technique dite « *antitrust computational* » c'est-à-dire l'application du droit de la concurrence qui s'appuie sur des outils de prise de décisions automatisée sophistiquée. Ainsi certaines autorités de la concurrence ont développé un projet pilote qui vise à collecter les données à partir des plateformes de commerce électronique populaire et à surveiller leur algorithme de classement grâce à des techniques d'analyses de données et d'intelligence artificielle (IA).

L'étude menée sur Amazon s'appuie sur le développement d'un algorithme d'apprentissage automatique dans le but de superviser les plateformes électroniques qui occupent une position dominante sur le marché et d'enquêter sur les infractions potentielles à la concurrence telle que la discrimination. Dans ce même contexte, la Commission hellénique de la concurrence (l'autorité de concurrence grecque) s'est investie dans une unité de détection des enquêtes judiciaires composées d'économistes et de scientifiques experts en données numériques. Elle a aussi adopté une plateforme chargée de collecter des données accessibles aux publics sur différents produits pour observer les tendances de variations de prix sur une série temporelle (quotidiennement ou annuellement).

Un outil de filtrage algorithmique est utilisé pour surveiller les prix d'un même produit proposé par différents vendeurs afin d'identifier les comportements suspects et peuvent nécessiter une enquête plus approfondie et économe en moyens mobilisés pour se faire.

En outre, selon QUININ, BRAND AND HUNT, l'autorité britannique de la concurrence et du marché a mis en place une unité de données, de technologie et d'analyse avec des scientifiques des données, un avocat et un économiste³⁸⁹. Selon des informations, le système de l'intelligence artificielle (IA) a d'abord été utilisé dans des affaires d'infraction au droit de la consommation étendu ensuite au droit antitrust.

³⁸⁸ OCDE, « *Algorithms and collusion: competition policy in the digital age* », OCDE, 2023.

³⁸⁹ H. Quinin, K. Brand, S. Hunt, « Algorithms: helping competition authorities be cognizant of the harms, build their capabilities and act », *Concurrences* 5, II, 2021.

§2- La DGCCRF, La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Depuis la loi de modernisation de l'économie de 2008, la régulation de la concurrence est garantie, en France, à la fois par l'Autorité de la concurrence et la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Cette situation de dualité des autorités est unique en Europe.

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), est un service relevant du ministère de l'Economie ayant pour but de surveiller les comportements entre les entreprises afin d'assurer la meilleure qualité à l'égard des consommateurs³⁹⁰. Elle a pour responsabilité d'accomplir trois tâches importantes : assurer la concurrence équitable, garantir la protection économique des consommateurs et veiller à la sécurité de ces derniers. Ainsi, elle exerce une fonction de régulateur en matière de concurrence et de surveillance du bon fonctionnement du marché.

Ce service exerce le pouvoir d'enquête ordinaire et extraordinaire c'est-à-dire avec l'autorisation du juge, comme le prévoit les articles L.512-8 et suivants du code de la consommation et L.450-3 et suivants du code de commerce. Ce dernier article prévoit la possibilité de perquisition et de pénétrer dans les locaux professionnels des personnes concernées. Il dispose qu'elle a la possibilité « d'opérer sur la voie publique, pénétrer entre 8 heures et 20 heures dans tout lieu utilisé à des fins professionnelles et dans les lieux d'exécution d'une prestation de service, ainsi qu'accéder à tous moyens de transport à usage professionnel ³⁹¹ ». Elle a aussi le pouvoir de se faire communiquer des documents et de recueillir des renseignements, sur le fondement de l'article L.512-8 du code de la consommation.

Après avoir effectué les constatations à l'aide des pouvoirs d'enquête ordinaire ou extraordinaire, les agents de la DGCCRF prennent différents types de décisions. Ils peuvent émettre un avertissement, la mise en place des mesures correctives (comme l'envoi d'injonctions à titre d'exemple)³⁹², ou même prendre des mesures répressives pour les infractions plus graves (dans les domaines civil, pénal ou administratif). ³⁹³

³⁹⁰ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F34284>.

³⁹¹ L.450-3 et suivants du Code de commerce.

³⁹² Les articles L521-1 du code de la consommation et L470-1 du code de commerce.

³⁹³ L'article L524-1 du code de la consommation permet à la DGCCRF de demander aux « juridictions civiles – ou aux juridictions administratives – d'ordonner la suppression d'une clause illicite, interdite ou abusive insérée... ».

Depuis l'année 2019, suite à la validation d'une charte de coopération, les deux autorités, à savoir l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF, ont pris l'engagement de coopérer en vue d'identifier les violations des règles de concurrence sur l'ensemble du territoire.

Compte tenu du rôle essentiel de chacune de ces deux autorités, leurs missions sont néanmoins complémentaires et partagées. D'un côté, l'Autorité de la concurrence se base sur le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations pour sanctionner tout comportement illégal tel que les ententes et les abus de position dominante. De l'autre côté, la DGCCRF se concentre plus particulièrement sur le droit des pratiques commerciales. En effet, la répression des pratiques commerciales restrictives est du ressort exclusif du DGCCRF, alors que la compétence demeure partagée en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles.

Afin d'organiser la mission de chacune d'elles, les textes régissant leur statut et leur rôle les différencie en fonction de leur affectation sur le marché et leur dimension respective. Ainsi, la DGCCRF intervient sur les marchés locaux de petite dimension avec un chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros. En revanche, l'Autorité de la concurrence sanctionne les pratiques frauduleuses d'envergure nationale, pouvant entraîner des amendes allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial du groupe. Par exemple, en 2017, l'Autorité de la concurrence a infligé une amende de plus de 300 millions d'euros à trois entreprises spécialisées : Tarkett, Forbo et Gerflor.³⁹⁴

Dans un communiqué, le 14 mars 2019, la Cour des Comptes a formulé trois recommandations pour renforcer l'efficacité de ces deux autorités et favoriser leur collaboration en identifiant trois leviers principaux pour y parvenir. « D'abord engager un plan d'action visant à réduire significativement les délais de traitements des affaires en fixant des objectifs chiffrés et en adaptant les méthodes de travail à cette fin. Ensuite faire évoluer l'organisation territoriale de la DGCCRF en l'adaptant aux enjeux économiques des territoires afin de disposer de structures de taille suffisante regroupant le traitement des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence. Enfin élaborer une charte de coopération entre la DGCCRF et l'autorité de la concurrence comportant des engagements sur

³⁹⁴ Avis 22-D-11 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les services d'instruction dans le secteur des prestations de services à destination des opérateurs de ventes aux enchères publiques, judiciaires ou volontaires, de biens meubles.

les délais de traitement des dossiers et la complémentarité de leurs actions destination des TPE et PME »³⁹⁵.

§3- Les régulateurs sectoriels de la concurrence.

L'ouverture de la concurrence pour les secteurs ayant un monopole public ont entrainer la création de régulations sectorielles (a) garantissant la protection des intérêts du consommateur tout en créant les conditions propices à la croissance et à l'innovation dans le domaine qu'il régule (b).

a- Le principe des régulations sectorielles.

Les activités exploitées par un opérateur anciennement monopolistique sont désormais ouvertes à la concurrence. En effet, l'Etat semble porter « trois casquettes ³⁹⁶ : celle de l'opérateur public monopolistique, celle de régulateur, et celle d'auteur de la réglementation applicable à l'activité » et ces fonctions doivent être séparées. L'idée d'une telle régulation est que lorsque la concurrence se développe progressivement, le poids de l'opérateur historique se réduit automatiquement, et la seule façon d'éviter ces dérives est l'intervention du régulateur.

La régulation sectorielle est confiée à « une autorité de marché indépendante, dotée d'un panel de prérogative ³⁹⁷ ». Elle accorde un pouvoir réglementaire lui permettant de poser des droits et obligations « aux opérateurs ou d'élaborer des règles techniques³⁹⁸ ». D'une part, cette autorité sectorielle est dotée de compétences en matière de sanctions et de règlement des conflits³⁹⁹, et d'autre part, elle possède un pouvoir consultatif sur les lois et règlements dans son domaine. Chaque secteur est soumis à une réglementation communautaire spécifique à son domaine.

L'arrêt d'assemblée Fairvesta du 21 mars 2016 du Conseil d'Etat⁴⁰⁰, développe que « lorsque les autorités de régulation émettent des avis, recommandations, mises en garde ou prises de position dans le cadre de leurs missions, ces actes peuvent être soumis à un contrôle judiciaire pour excès de pouvoir dans certaines situations. Cela se produit lorsque ces actes

³⁹⁵ Lettre de la Cour des Comptes au ministre de l'économie et de finance Monsieur Bruno Lemaire le 14 Mars 2019, ref S2019-0568.

³⁹⁶ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2019, p 213.

³⁹⁷ T. Pez « Les attributions des autorités de régulations économique » *RFDA*, 2017, p.43.

³⁹⁸ M. Collet, « *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ,2003.

³⁹⁹ P. FRANCESKAKIS, v° "Conflits de lois (principes généraux)", *Répertoire Dalloz de droit international*, 1968, p. 480.

⁴⁰⁰ Chronique Dutheillet de Lamote et Odinet, *AJDA*, 2016, p.717.

revêtent un caractère général et impératif, ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles susceptibles d'être sanctionnées ultérieurement par ces autorités. De plus, ces actes peuvent faire l'objet de recours en annulation, à condition que la personne introduisant le recours démontre un intérêt direct et certain à leur annulation. Cette possibilité de recours s'applique particulièrement lorsque ces actes ont des effets notables, notamment sur le plan économique, ou lorsqu'ils visent à influencer de manière significative le comportement des personnes auxquelles ils sont destinés ». Le Conseil d'État confirme la portée de cet arrêt dans l'affaire Bouygues Telecom⁴⁰¹ en soulignant que les directives émises par les autorités de régulation pour définir leurs compétences peuvent être contestées pour excès de pouvoir.

La relation entre l'Autorité de la concurrence et les autorités sectorielles en ce qui concerne la préservation de la concurrence n'est pas facile à discerner, car ils partagent parfois les mêmes missions. Il est parfois obligatoire pour l'autorité sectorielle de saisir l'Autorité de la concurrence sur des pratiques anticoncurrentielles perpétrées par le secteur concerné et vice versa. En effet, les missions de l'Autorité de la concurrence (droit commun) et de l'autorité sectorielle (droit d'un secteur particulier) se chevauchent, et il arrive que leurs décisions soient en contradiction. On cite notamment ceux qui veillent à la régulation économique des marchés financiers (Autorité des marchés financiers ou AMF), bancaires et de l'assurance (Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ou ACPR). On pourra dire que les régulateurs sectoriels peuvent donc être considérés comme des autorités chargées de la « police spéciale de la concurrence ».

Plusieurs doctrines, tentent de résoudre le problème de chevauchement. A titre d'exemple, Naugès⁴⁰², suggère que le droit de régulation sectorielle doit prévaloir sur le droit commun de la concurrence, en se référant à l'adage, *specialia generalibus derogant*⁴⁰³.

On s'interroge quant à la manière dont les autorités indépendantes de régulation économique ont agi suite à la pandémie de Covid-19. La crise sanitaire a inévitablement perturbé l'activité des autorités indépendantes de régulation économique. Les autorités administratives indépendantes (AAI) et les autorités publiques indépendantes (API) ont dû

⁴⁰¹ CE, 13 décembre 2017, Sté Bouygues Telecom, DA mai 2018.

⁴⁰² S. Naugès, « l'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle » *AJDA*, 2007, p.672.

⁴⁰³ Du latin « Les lois spéciales dérogent aux lois générales ».

s'assurer de la continuité de leur mission pendant la période de confinement, en particulier par le biais du télétravail et parfois opter pour la dématérialisation dans certaines procédures.

L'année 2020 a perturbé tous les secteurs notamment celui de la communication, qu'elle soit numérique, postale ou audiovisuelle. Le rôle du CSA (devenu l'ARCOM en 2022) est crucial. La loi du 22 décembre 2018 concernant la lutte contre la désinformation⁴⁰⁴, a confié au CSA et désormais à l'ARCOM une mission et des pouvoirs dans ce domaine. La nouvelle autorité ainsi dénommée a la responsabilité de prévenir la propagation de fausses informations, en prenant des mesures pour sanctionner les médias en infraction avec la loi⁴⁰⁵, et en surveillant attentivement les actions des plateformes, notamment sur les réseaux sociaux, afin de lutter contre la diffusion de fausses nouvelles. De plus, elle est chargée de rédiger un rapport annuel à ce sujet.

b- Exemple de régulation sectorielle.

Au-delà des dispositions législatives, la jurisprudence du Conseil d'État impose à toute autorité administrative le respect du droit de la concurrence. Ce dernier fait partie du bloc de légalité que les décisions des régulateurs doivent respecter. Ainsi, les régulateurs sectoriels sont tenus de suivre le droit de la concurrence et de s'assurer de son application. De plus, les textes leur assignent un cadre d'action plus large et des missions spéciales qui dépendent du secteur qu'ils ont la charge de réguler et qui vont au-delà des seules préoccupations économiques et du respect de la concurrence.

En France, il existe plusieurs autorités de régulation économique chargées de veiller au bon fonctionnement de certains secteurs, tels que l'énergie. Par exemple, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a pour mission principale de garantir que le marché de l'électricité et du gaz naturel fonctionne correctement. Elle doit également prendre en considération d'autres objectifs comme l'assurance d'indépendance stratégique nationale et l'accès de l'énergie pour tous les citoyens. Elle « veille, en particulier, à ce que les conditions d'accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel n'entraient pas le développement de la concurrence ⁴⁰⁶».

⁴⁰⁴ *JORF* n°0297 du 23 décembre 2018.

⁴⁰⁵ Notamment les fausses informations concernant la propagation du virus, les effets du vaccin, et le nombres de contaminés.

⁴⁰⁶ Article L131-1 du code de l'énergie, Modifié par LOI n°2017-1839 du 30 décembre 2017 - art. 12 (V).

L'ARCOM, L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, anciennement nommé Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) veille au respect de la liberté d'expression dans l'intérêt du public et en concertation avec les professionnels. Cette autorité « adresse des recommandations au Gouvernement pour le développement de la concurrence dans les activités de radio et de télévision ⁴⁰⁷ ». En France, il existe une difficulté liée à la concentration des médias sous la propriété d'un unique industriel, ce qui n'est pas le cas aux États-Unis où il est interdit d'acquérir simultanément une radio, une télévision et un journal dans une même zone géographique. Ce qui entraînerait une confusion des genres et une perte d'identité pour les médias concernés.

En novembre 2022 à la demande du ministère de l'économie et du ministère de la culture, un rapport additionnel à celui de la Commission d'enquête sénatoriale sur la concentration des médias a été effectué. Les experts ont recommandé d'augmenter les compétences de l'ARCOM pour mieux réguler cette concentration médiatique. Ils ont également souligné l'obsolescence totale de la loi de 1986 et l'importance d'un contrôle des concentrations spécifique aux médias.

Certains responsables politiques estiment qu'une réforme et une régulation spécifique des médias est inutile, et seule Autorité de la concurrence suffit pour contrôler ce secteur. Toutefois, il est important de noter que l'information et les médias ne sont pas des biens ordinaires. Malgré la montée en puissance de nombreux médias numériques, il existe encore une forte concentration dans le secteur de la télévision et de la radio. Cette concentration pourrait encore s'accroître avec des opérations annoncées, notamment la fusion des groupes TF1 et M6. De plus, il y a également un phénomène de concentration sur le marché des télévisions locales. Pour préserver le pluralisme, et empêcher leurs dangers, les opérations de concentration dans le secteur des médias d'information devraient être soumises à une autorisation préalable de l'ARCOM.

En plus de cela, l'ARCEP, c'est-à-dire l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, a pour mission de superviser les télécommunications et les services postaux. Elle s'engage à maintenir le service postal

⁴⁰⁷ Décision n° 2022-752 du 7 décembre 2022 relative à un appel aux candidatures pour l'édition d'un service de télévision à vocation locale diffusé en clair par voie hertzienne terrestre et en haute définition dans la zone de Lyon.

universel tout en veillant à une concurrence juste et équilibrée entre les opérateurs, dans l'intérêt des utilisateurs. Selon le code des postes et des communications électroniques, cette entité est responsable pour veiller au respect du principe de non-discrimination et de l'égalité des conditions de concurrence sur le marché.

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), désormais appelée Autorité de régulation des transports (ART), est une entité publique indépendante instaurée par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009. Sa principale mission consiste à favoriser le bon déroulement des services publics et des activités en concurrence liés au transport ferroviaire, dans le but de protéger les intérêts des utilisateurs et des clients des services de transport ferroviaire. Les lois successives de 2015, 2016 ont fait de l'ART un régulateur du transport multimodal (tunnel sous la Manche, transport interurbain par autocar et aux autoroutes sous concession). Elle s'assure notamment depuis le premier octobre 2019 de la régulation des redevances aéroportuaires, domaine de compétence relevant jusque-là de l'Autorité de supervision indépendante des redevances aéroportuaires (ASI). L'ART veille également à ce que l'accès aux capacités d'infrastructure sur le réseau et aux différentes prestations associées soit accordé de manière juste et non discriminatoire. Elle garantit que les règles comptables, les méthodes de calcul des coûts, les principes de transactions financières établis par les opérateurs ne créent aucune forme de discrimination, de subventions croisées ou de perturbation de la concurrence. Les membres de l'ART sont nommés en raison de leur expertise dans le domaine du transport multimodal et de leur connaissance en économie et en droit de la concurrence.

Bien que les régulateurs sectoriels aient des buts différents de celui de promouvoir la concurrence sur le marché, cela ne signifie pas que leurs missions ne sont pas complémentaires à celles de l'Autorité de la concurrence, et parfois même qu'elles se chevauchent. En fait, ils sont souvent en désaccord sur certains points.

§4- Relation entre Autorité de la concurrence et régulateurs sectoriels.

L'objectif commun de l'Autorité de la concurrence (régulateur général) et des régulateurs sectoriels est de préserver le bon fonctionnement du marché et d'empêcher toute violation de la concurrence. Bien que ces deux autorités respectivement à compétence générale et à compétence spéciale se concentrent sur des secteurs différents (A), elles peuvent se compléter mutuellement (B).

A- La distinction des deux autorités.

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE spécialiste en droit de la régulation, fait la différence entre l'Autorité de la concurrence et les autorités de régulation sectorielle, en qualifiant la première comme une autorité de régulation générale et la seconde comme spécifique⁴⁰⁸. Ainsi, le domaine d'intervention de l'Autorité de la concurrence est transversal et non sectoriel. En effet, tout comme les régulations sectorielles, on considère l'Autorité de la concurrence comme un régulateur de la concurrence. Elle ne se contente pas de sanctionner les comportements anticoncurrentiels (*ex post*), mais adopte une position préventive (*ex ante*) distinctive d'un pouvoir de régulation. Cela se manifeste par le biais de contrôle des concentrations, les engagements qu'elle négocie avec les opérateurs ainsi que les avis qu'elle rend (sur saisine ou auto saisine), ce qui lui permet de développer une expertise sectorielle dans le domaine. De plus, elle peut mettre en place des mesures conservatoires ou les injonctions.

Elle « est chargée de garantir la libre concurrence sur les marchés, contribuant ainsi à promouvoir une concurrence saine et équitable non seulement à l'échelle nationale, mais également au sein des marchés européens et internationaux ⁴⁰⁹». Elle donne notamment des avis sur toute question concernant la concurrence. Elle intervient « dans toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, ce qui invite à qualifier l'ensemble des règles au respect desquelles elle doit veiller de « droit commun de la concurrence »⁴¹⁰. L'Autorité de la concurrence n'est donc pas une autorité de régulation sectorielle.

Nombreux sont ceux qui confondent régulation sectorielle, et régulation de concurrence et estiment que contrairement au « droit commun de la concurrence » qui « est généraliste », « le droit de la régulation est par hypothèse sectorielle, limitée à un seul domaine d'activités »⁴¹¹. Il est ainsi affirmé que l'Autorité de la concurrence, en agissant après les infractions par un contrôle *ex post*, n'a pas les pouvoirs préventifs (*ex ante*) typiques d'un régulateur, car elle « ne surveille pas activement ni ne joue un rôle dans la création ou le maintien d'un équilibre de marché. Ces dernières fonctions précisément sont dévolues au régulateur ». Pourraient être ainsi opposés « l'autorité générale de la concurrence » et les

⁴⁰⁸ M.A. Frison-Roche, *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Dalloz, 2004.

⁴⁰⁹ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 7, 23 septembre 2010, n° 10/00163.

⁴¹⁰ M.A. Sabirau-Perez, *Secteur public et concurrence*, Pu Perpignan, 1998.

⁴¹¹ H. Delzangles, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles Communications électroniques, Energie et Postes*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2008.

« régulateurs » ou « régulateurs sectoriels ». L'Autorité de la concurrence ne participerait pas à la régulation économique ; elle ne serait pas un régulateur.

De nombreux arguments invitent à ne pas retenir une telle présentation et à admettre pour l'Autorité de la concurrence la qualification « d'autorité de régulation » ou de « régulateur ». Le droit de la concurrence se rapproche d'une régulation de la concurrence et, symétriquement, la régulation sectorielle a vocation à laisser la place au droit commun de la concurrence. Alors que l'approche « sectorielle » implique la segmentation de la régulation, l'existence d'une autorité générale de la concurrence est susceptible de lui redonner une unité. Le système français peine à assurer la pleine cohérence de la régulation. À la multiplicité des régulateurs de la concurrence répondent au nécessité de leur coordination.

B- La complémentarité des acteurs de régulation.

La multiplication des régulateurs de la concurrence oblige parfois les autorités de régulation à collaborer, afin d'éviter les conflits entre eux (a). La rencontre prend parfois la forme de rivalité celle des conflits entre régulateurs (b).

a- Le dialogue des régulateurs.

L'Autorité de la concurrence et les régulateurs sectoriels peuvent occasionnellement se concerter et se saisir mutuellement pour un dialogue de concurrence entre eux, et dans certains cas, ils peuvent communiquer entre eux des informations. Le dialogue est parfois facultatif et parfois lorsqu'il est indispensable, il devient obligatoire⁴¹². L'initiative peut être saisie par l'Autorité de la concurrence ou par le régulateur sectoriel. Toutefois, avec cette multiplication de procédures de communication entre ces deux autorités de régulation, accompagnée parfois avec un autre chevauchement de consultations croisées entre les régulateurs sectorielles eux même, peuvent causer un certain enchevêtrement et de complication. La difficulté, c'est que ces chevauchements de communications ne sont pas seulement au niveau interne, mais aussi participe des autorités de la concurrence étrangères ou européennes, informelles ou institutionnalisées, afin « d'assurer la cohérence de la régulation du secteur ». L'ensemble est parfois réuni sous le vocable de « l'inter-régulation »⁴¹³.

⁴¹² Décision n° 2007-561 DC du 17 janv. 2008, JO du 22, p. 1131, cons. 17.

⁴¹³ Marie-Anne Frison-Roche, « Competition Law and Compliance Law », *Concurrences* N° 4-2018, Novembre 2018 Art. N° 88054, pp. 1-4.

Les régulateurs sectoriels dont les secteurs d'activité y sont concernés ont l'obligation de saisir l'Autorité de la concurrence des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence, notamment lorsqu'il est en présence des abus de position dominante et des ententes illicites. En effet, chaque président de l'autorité de régulation sectoriel concerné « saisit l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles dont il a connaissance dans les secteurs » qui le concernent. Par exemple le président du CSA (devenu depuis le premier janvier 2022 l'ARCOM⁴¹⁴) avait la faculté de saisir l'Autorité de la concurrence en vertu de l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication. Toutefois, il est important de noter que cette législation sur la liberté de la communication a été révisée depuis, comme précédemment mentionné. L'ex-CSA peut combiner sa saisine d'une demande de mesures conservatoires dans les conditions prévues à l'article L. 464-1 du code de commerce. Mais seule l'Autorité de la concurrence est compétente pour les prononcer et a ainsi le dernier mot en matière de décision.

L'obligation de saisir l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles s'impose toujours à l'ARCEP dans le domaine des activités postales comme dans le secteur des communications électroniques. L'ARCEP doit respecter deux obligations de saisine dans le cadre de ses analyses de marché. En premier lieu, pour établir la liste des opérateurs qui exercent une influence significative sur un marché des communications électroniques, l'ARCEP doit préalablement définir quels sont les marchés pertinents. Cette définition, qui tient compte notamment des obstacles à une concurrence effective, ne peut être réalisée qu'après avoir sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence⁴¹⁵.

Il est important d'évoquer que cette obligation de saisine de l'Autorité de la concurrence par les régulateurs sectoriels ne s'applique qu'aux pratiques anticoncurrentielles⁴¹⁶ et non pas au contrôle de la concentration économique⁴¹⁷. Toutefois, cette démarche n'est pas obligatoire comme celle des autorités de régulation sectorielles en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles. Elle ne s'applique que si l'opération de concentration est examinée en profondeur sur la base du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5 du Code de commerce.

⁴¹⁴ Cette autorité est la fusion du CSA et l'HADOPI.

⁴¹⁵ Art. L. 37-1 du Code des postes et des communications électroniques.

⁴¹⁶ Art. L. 420-1 et s. du Code de commerce.

⁴¹⁷ Art. L. 430-1 et s. du Code de commerce.

En règle générale, est habilité à solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence sur des questions relevant de sa juridiction. Cette possibilité est spécifiquement prévue pour la CRE, le CSA, l'ARCEP, l'ART et l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL). L'Autorité de la concurrence se présente ainsi comme une sorte de « guichet unique » vers lequel les régulateurs sectoriels peuvent se retourner pour toute question relative à la concurrence, ce qui consacre son expertise dans ce domaine. Cette faculté de saisine concerne toute question relative à la concurrence, ou pour le dire autrement et parler comme les textes, qui relèvent de la compétence de l'Autorité de la concurrence. Ceci concerne les pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concertations économiques. Ainsi, la faculté de consultation des autres régulateurs sectoriels est parfois prévue par la loi. Par exemple, l'Autorité de la concurrence « peut également saisir la commission [de régulation de l'énergie], pour avis, de toute question relative aux secteurs de l'électricité ou du gaz naturel »⁴¹⁸. Lorsque l'Autorité de la concurrence est saisie sur des pratiques dans le domaine de l'électricité ou du gaz, elle peut consulter l'avis de la CRE (Commission de régulation de l'énergie) et celle-ci fournit tous les éléments pertinents qu'elle détient pour l'instruction. De même, l'Autorité de la concurrence peut consulter l'avis de l'ARAF désormais l'ART sur les questions relatives au transport multimodal et de l'ARJEL sur les questions relatives aux jeux en ligne. Cette possibilité de consultation est souvent utilisée dans le cadre des instructions menées par l'Autorité de la concurrence. Dans le même ordre d'idée, l'Autorité de la concurrence est tenue de transmettre à l'ACPR (L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution) la notification de griefs adressée aux institutions (de crédit, de monnaie et de paiement) relevant de la compétence de ce régulateur sectoriel lorsqu'elles sont suspectées d'enfreindre le droit de la concurrence. L'ACPR rend alors un avis dans un délai de deux mois. L'article L. 511-4 du Code monétaire et financier qui prévoit cette procédure mêlant échange d'information et consultation précise que « dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence prononce une sanction à l'issue de la procédure prévue [par le] code de commerce, elle indique, le cas échéant, les raisons pour lesquelles elle s'écarte de l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ». C'est dire que l'Autorité de la concurrence a, là encore, le dernier mot mais qu'elle doit motiver d'autant plus sa décision en cas de désaccord.

⁴¹⁸ Article L134-16 du code de l'énergie, Modifié par Loi n°2019-1147 du 8 novembre 2019 - art. 66.

b- Les conflits entre régulateurs.

Le dialogue entre les autorités de concurrence semble bien structuré et chacune est consciente de ses limites, toutefois, des conflits peuvent apparaître entre régulateurs sectoriels et entre ceux-ci et l'Autorité de la concurrence. Résoudre ces conflits n'est pas toujours simple, mais c'est essentiel pour éviter tout risque d'incohérence dans la régulation et empêcher les opérateurs de choisir le régulateur qui leur convient le mieux. Les conflits entre l'Autorité de la concurrence et les régulateurs sectoriels ne sont pas insignifiants.

Il est donné en exemple le conflit entre l'ARCEP et l'Autorité de la concurrence concernant les modalités de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles⁴¹⁹. La fusion des deux régulateurs a engendré différentes interprétations quant aux formes de partage d'infrastructures pour les réseaux mobiles. Tandis que l'ARCEP a privilégié le partage d'infrastructures pour faciliter l'entrée d'un quatrième opérateur sur le marché de la téléphonie mobile (Free Mobile), l'Autorité de la concurrence souligne l'importance de préserver le modèle de concurrence par les infrastructures. Elle met en évidence que le partage d'infrastructures peut comporter des « risques concurrentiels » susceptibles de « perturber le marché ». Cette affaire a suscité de nombreux débats, au point que le Gouvernement a souligné les insuffisances du régulateur sectoriel et a envisagé de réduire ses compétences. On peut également citer un autre conflit qui a opposé l'ART et à l'époque le Conseil de la concurrence devenue depuis Autorité de la concurrence au sujet du secteur de l'internet haut débit⁴²⁰ et qui concernait la société Neuf Télécom.

Afin d'apaiser ces rivalités entre les régulateurs sectoriels et l'Autorité de la concurrence, différentes modalités de résolution pourraient être envisagées⁴²¹.

La première solution, c'est de créer un organe chargé de répartir les compétences, comme le Tribunal des conflits, qui déterminera dans chaque cas, la seule autorité compétente pour exercer le pouvoir qu'elle partage avec d'autres. Il est plus logique d'octroyer ce rôle de répartiteur de compétence à l'Autorité de la concurrence car elle est considérée comme le régulateur général de la concurrence. La Cour d'appel de Paris joue déjà un rôle de régulateur

⁴¹⁹ Avis 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles

⁴²⁰ Décision 05-d-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit.

⁴²¹ T. Pez, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)* - n°2 – p. 358

en sa qualité de juge des décisions de l'Autorité de la concurrence et de certaines de celles de régulateurs sectoriels.

Une deuxième solution, est celle d'appliquer le principe « *specialia generalibus derogant* »⁴²². Cette solution a été appliquée par le Conseil d'État dans sa décision du 16 mai 2003, *Fédération des employés et cadres (CGT-FO)*, relative à l'opération de concentration du Crédit Agricole et du Crédit lyonnais. Le juge administratif a pris une position claire. Les dispositions juridiques donnée au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)⁴²³ pour assurer la stabilité du système bancaire ne lui permet pas de contrôler une fusion en imposant certaines conditions liées à la concurrence dans sa décision d'agrément. Cependant, le juge administratif met en avant qu'une autorité administrative ayant influence sur les activités de production, distribution et services - au même titre qu'un régulateur sectoriel - doit, en vertu du code monétaire et financier, et dans le cadre de ses pouvoirs, examiner si une opération requérant son autorisation pourrait potentiellement conduire à un abus de position dominante. Si tel est le cas, il est en droit de prohiber cette opération. Toutefois, il conclut que cette obligation ne confère pas au régulateur une compétence générale pour contrôler de manière préventive les opérations de concentration, qui ne sont pas interdites, et les soumettre à des conditions basées sur une appréciation des risques pour la concurrence qui ne sont prévues par aucun texte. Néanmoins, ce qui est couramment appliqué est la primauté de l'autorité de la concurrence sur les régulateurs sectoriels, simplement parce qu'elle intervient le plus souvent *ex post* et qu'elle a le pouvoir de décision finale. Or, en droit, l'autorité qui se prononce en dernier est souvent celle qui emporte la décision. Toutefois, cette méthode de résolution des conflits entre les régulateurs n'est pas adéquate.

Une troisième proposition, est la procédure de « fusion institutionnelle »⁴²⁴ des autorités de régulation. Par exemple, en matière de régulation des secteurs de la banque et de l'assurance⁴²⁵ l'ACPR résulte de la fusion de quatre institutions (Comité des entreprises d'assurance, CECEI, Commission bancaire et Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles). Dans le domaine des marchés financiers, l'AMF résulte de la fusion du Conseil des

⁴²² La loi spéciale déroge aux lois générales.

⁴²³ CECEI, qui a désormais fusionné avec l'ACPR

⁴²⁴ T. Pez, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP* - n°2, 2014, p. 358

⁴²⁵ Ord. n° 2010-76 du 21 janv. 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, *JO* du 22, texte 13.

marchés financiers (CMF) et de la Commission des opérations de bourse (COB). Plus récemment encore, depuis le 1er janvier 2022, on rencontre la fusion du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) pour créer l'ARCOM, dont le but est « de créer un nouveau gendarme plus puissant, à la fois pour l'audiovisuel et pour le numérique⁴²⁶ ». L'ARCOM s'est prononcée sur un dossier majeur qui est la fusion de TF1 et M6, un travail qui a occupé au moins toute l'année de 2022, fusion qui n'a finalement pas aboutie.

Une autre alternative envisageable est celle engagée aux États-Unis où il est jugé nécessaire d'assurer la cohérence et la coordination entre les régulateurs en optant pour une "centralisation de la surveillance" et de "l'action gouvernementale".

Peut-on dire que toutes les autorités de régulation en France, quel que soit leur statut, relèvent de l'autorité de l'État ? Ne devrait-on pas considérer la régulation, tout comme la justice, comme étant "rendue de façon indivisible au nom de l'État" ? Si l'on rétablit cette unité, cela justifierait que la responsabilité de l'État soit engagée en cas de conflits persistants entre les régulateurs, éventuellement en invoquant les violations du principe de sécurité juridique. Cependant, le droit positif actuel ne permet pas cela, car il considère que certains régulateurs, en raison de leur personnalité morale, sont responsables des erreurs commises dans l'exercice de leur mission.

Section 4- Les institutions régulatrices de la concurrence en Tunisie.

Un certain nombre d'autorités interviennent dans la mise en œuvre de la politique de concurrence en Tunisie, dont notamment le Ministère du commerce (§2), le Conseil de la concurrence, (§1) le Tribunal administratif (§ 3) agissant comme une cour d'appel dans les décisions du Conseil de la concurrence, les Tribunaux de justice en matière d'indemnisation ou en cas d'utilisation de méthodes perverses de violation de la concurrence. S'ajoute de plus, les régulations sectorielles en matière de violations économiques pour certains secteurs précis (§4).

On peut dire que le Conseil de la concurrence et l'Administration générale de la concurrence et de la recherche économique du ministère du Commerce sont considérés comme les principaux organes concernés par la mise en œuvre du droit de la concurrence. Cependant,

⁴²⁶<https://www.europe1.fr/medias-tele/arcom-ce-que-change-la-fusion-du-csa-et-de-lhadopi-effective-au-1er-janvier-4085743>

les autorités compétentes de faire respecter le droit de la concurrence présentent des similitudes avec ceux de la France, mais leurs méthodes et leur niveau d'intervention diffèrent considérablement⁴²⁷.

§1- Le Conseil de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence tunisien a été modernisé suite à la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015. Cette modernisation a entraîné une transformation de la nature même du conseil (A) ainsi que le renforcement de sa fonction consultative (B). En plus de la révolution institutionnelle qu'a connue le pays, le Conseil de la concurrence continue de se moderniser notamment en ce qui concerne les autorités indépendantes (C). Toutefois, sa juridictionnalisation progressive et imparfaite l'éloigne encore du modèle souhaité par les partenaires européens (D).

A- La nature du Conseil de concurrence.

Le Conseil de la concurrence est une entité dotée de la personnalité juridique et financièrement indépendante. Son financement est inclus dans le budget du ministère en charge du commerce. En effet, composé de 15 membres depuis 2015, le rôle du Conseil de concurrence devient plus significatif. Comme mentionné à l'article 9 de la loi de 1995, et à l'article 11 de la loi de 2015, le Conseil peut être saisi pour « connaître des requêtes afférentes aux pratiques anticoncurrentielles ». Aujourd'hui, le président KAIS SAIED, par décret présidentiel n°2021-229 du 14 décembre 2021 a nommé 7 nouveaux membres.

Le Conseil tunisien de la concurrence, créé en 1995, est doté d'une composition hybride qui associe des magistrats, des professionnels judiciaires et administratifs d'un côté, et des experts et des non-magistrats de l'autre. Depuis sa création, il est chargé d'assumer une double fonction : une fonction contentieuse et une fonction consultative. Cependant, ces deux fonctions ont évolué de manière désordonnée dans la législation relative à la concurrence et aux prix. On remarque non seulement que la nature juridictionnelle du Conseil est renforcée dans sa fonction contentieuse, mais son évolution de sa fonction consultative le rapproche du statut de conseiller de l'État et des autres acteurs en matière de la concurrence.

L'article 14 de la Loi du 15 septembre 2015 a introduit de nouvelles obligations pour les membres du Conseil, afin de garantir l'impartialité. De ce fait, les membres du Conseil

⁴²⁷ W. Helali, « Les autorités de régulations en Tunisie », Mémoire DEA de Droit, 2004.p. 66-68.

doivent prêter serment devant l'assemblée plénière du Conseil avant d'entrer en fonction. Ils sont également tenus de déclarer leurs biens et de signaler toute situation potentielle de conflit d'intérêts au président du Conseil, qui prendra les mesures appropriées en conséquence.

Après sa transformation de Comité de la concurrence en Conseil de la concurrence en 1995, ce dernier va prendre progressivement la forme d'une véritable juridiction administrative, depuis 2008, il s'auto-qualifie comme un « organe juridictionnel spécialisé intégrant l'ordre juridictionnel administratif ⁴²⁸».

La loi n'a pas apporté de clarification quant à la catégorie juridique à laquelle le Conseil de la concurrence doit être classé, qu'elle soit en tant qu'Autorité Administrative Indépendante ou Autorité Juridictionnelle Indépendante. La plupart des experts s'accordent à considérer le Conseil de la concurrence comme un organe judiciaire indépendant, investi de pouvoirs judiciaires spécifiques, spécialisé dans l'examen des affaires relatives aux pratiques anticoncurrentielles, ce qui relève de sa compétence judiciaire. Il est également habilité à émettre des avis et à examiner des recours consultatifs, ce qui confère une dimension consultative à son rôle.

De nombreux indicateurs soutiennent le caractère judiciaire du conseil. Parmi ceux-ci, il convient de mentionner en particulier la composition du Conseil. En effet, sept des quinze membres du Conseil sont des juges qui garantissent les droits de la défense tout en respectant le principe du contradictoire. Ils justifient également leurs décisions et leur force exécutoire après que le président du Conseil de la concurrence ou l'un de ses deux adjoints a prononcé des sanctions en leur donnant forme exécutive.

En outre, le Conseil de la concurrence rend des décisions, c'est-à-dire des décisions judiciaires de première instance, qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif conformément au caractère explicite de l'article 28, paragraphe 3, de la loi de 2015. Le Conseil de la concurrence lui-même a résolu la question et établi une jurisprudence judiciaire permanente et stable actuelle comme "un organe judiciaire indépendant exerçant des pouvoirs judiciaires".

Le Conseil a la compétence pour examiner les différends liés à la concurrence, tels que définis dans le chapitre 5 de la loi de 2015. Ces litiges englobent une gamme de questions

⁴²⁸ Décision n° 71140 du Conseil de la concurrence du 17 juillet 2008 (l'affaire « Topnet »).

juridiques, dont notamment l'exploitation excessive d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une portion significative de celui-ci. Dans la résolution n° 121323 du 29 décembre 2014, le Conseil a mis en avant le fait que détenir la plus grande part de marché ne constitue pas en soi une preuve suffisante pour établir une position dominante sur le marché. En effet, une telle position n'est reconnue que lorsque l'entité est en mesure d'imposer ses conditions et de régir les mécanismes du marché. Il est aussi compétent pour exploiter toute situation de dépendance économique. Dans cette optique, il a établi les critères pour caractériser la situation de dépendance économique et les abus qui en découlent.

Le Conseil de la concurrence, dans sa délibération n° 91205 du 23 février 2012, a considéré que « les prix excessivement bas sont des prix qui ne reflètent pas les composantes réelles du prix, qui doivent comprendre le coût constant, le coût variable et la marge bénéficiaire, ce qui conduirait au déplacement des concurrents et conduire à la perturbation des règles de la concurrence sur le marché ».

De plus, le Conseil de concurrence a un impact sur le marché, en cas de concurrence déloyale ayant un impact sur le marché. La résolution n° 71150 du 27 novembre 2008 énonçait littéralement : « (...) les cas de concurrence déloyale (...) peuvent constituer en même temps des pratiques anticoncurrentielles dans les cas où il s'avère que ces actions ont affecté l'équilibre général du marché ou étaient susceptibles d'entraver ses mécanismes ».

Il devient clair que le Conseil de la concurrence est un organe judiciaire qui a été légalement créé pour protéger et sanctionner tous comportements anticoncurrentiels. Le législateur a pourvu l'entité en question de divers mécanismes destinés à lui permettre d'exercer ses fonctions dans le but de préserver l'ordre public économique global. Il est également à noter que le législateur a étendu les compétences de cette entité, l'amenant à traiter toutes les pratiques, infractions et cas de concurrence déloyale, au détriment du pouvoir judiciaire de la concurrence et d'autres instances de modification voire d'arbitrage. Cette situation a parfois entraîné des conflits de compétence et des désaccords dans certaines décisions judiciaires rendues par ces autres organismes chargés du règlement des litiges.

Il est indéniable que l'expansion des compétences du Conseil de la concurrence n'a pas été accompagnée d'une dissuasion suffisante des infractions. Le taux d'infractions est resté très bas malgré la publication prolongée des affaires par cet organisme, ce qui a incité certains acteurs économiques à délibérément commettre des pratiques anticoncurrentielles pour en tirer de gros profits. La sanction ne tombe que des années plus tard et le montant de l'amende est

très faible par rapport aux bénéfices obtenus grâce à ces pratiques. Le Conseil de la concurrence doit accélérer le traitement des affaires et maximiser le taux d'infractions dans certains cas, tout en mettant en place un système judiciaire de la concurrence rapide et efficace pour éviter la faillite des PME et garantir le succès de son rôle de protection pour lequel il a été créé.

B- Le renforcement de la fonction consultative du Conseil.

L'article 9 de la loi de 1995 l'ayant institué dispose que : « Le ministre chargé du commerce peut solliciter l'avis de ce Conseil sur les projets de lois et de règlements, ainsi que sur toutes les questions liées au domaine de la concurrence. De plus, selon cet article, « le ministre peut, s'il le juge opportun, soumettre à l'avis du conseil de la concurrence tout projet de concentration, y compris ceux mentionnés à l'article 7. ». C'est ainsi que la loi de 1995 instaurant le Conseil de la concurrence définit la fonction consultative. Seul le ministre du Commerce peut demander un avis du Conseil et peut ne pas le prendre en considération.

Cependant, Cependant, la fonction consultative du Conseil a connu une évolution depuis la loi du 10 mai 1999. Cette loi a considérablement élargi la portée de cette fonction en autorisant un éventail plus vaste d'acteurs à solliciter l'avis du Conseil par l'intermédiaire du ministre du Commerce. Ces acteurs incluent désormais « les organisations professionnelles, les syndicats, ainsi que les organismes ou groupements de consommateurs agréés ». De plus, cette demande d'avis peut désormais porter sur des questions de concurrence qui concernent des secteurs relevant de leur compétence. La doctrine a préconisé « d'étendre le champ de la consultation facultative aux collectivités locales et aux commissions parlementaires ». ⁴²⁹

Malgré cet élargissement, le rôle consultatif du Conseil de la concurrence reste limité et dépendant de la bonne volonté du ministre du Commerce. Cependant, le rôle consultatif du Conseil de la concurrence a été renforcé en 2005, notamment par l'introduction de la consultation obligatoire en plus de la consultation facultative. En ce qui concerne la consultation obligatoire, la loi du 18 juillet 2005 impose désormais l'avis du Conseil pour « les projets de textes réglementaires visant à imposer des conditions spéciales pour l'exercice d'une activité économique ou professionnelle ou à établir des restrictions pouvant entraver l'accès au

⁴²⁹ H. Ben Mrad, « L'entreprise et le Conseil de la concurrence », *Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis*, p.5, article disponible en ligne : <https://docplayer.fr/5901540-L-entreprise-et-le-conseil-de-la-concurrence-introduction.html>

marché »⁴³⁰. De même, sur le fondement de l'article 9 de la loi de 2005, le ministre du Commerce est tenu de « soumettre tout projet de concentration ou toute opération de concentration visée par l'article 7 au conseil de la concurrence ».

En ce qui concerne la consultation facultative, elle a été élargie en 2005 aux autorités de régulation sectorielles sans passer par le ministère du commerce. Le Conseil de la concurrence occupe une position de grande importance dans le processus d'élaboration de la politique de la concurrence en Tunisie. Il joue également un rôle majeur dans l'harmonisation de la législation tunisienne avec les normes internationales et les pratiques juridiques en matière de concurrence, en tenant compte de son indépendance présumée ainsi que de l'obligation qui lui est faite depuis 1999 de publier ses avis. La loi du 15 septembre 2015 a apporté des changements à la fonction consultative du Conseil de la concurrence. L'un des objectifs de la modification de la loi annoncée par l'exposé des motifs est « l'élargissement du domaine de la consultation obligatoire du Conseil pour les projets de loi ayant un impact sur la concurrence, pour assurer la cohérence des lois avec les principes de la concurrence saine et transparente ». Dans la loi de 2015, la demande d'avis du Conseil de la concurrence, notamment par le ministre chargé du commerce, est devenue presque "un passage obligé" pour ledit ministre. Cela légitime encore une fois le rôle important joué par le ministre du Commerce et sa direction de la concurrence, étant donné que les avis du Conseil demeurent des avis non contraignants.

Cependant, bien qu'ils ne soient pas conformes, les avis publiés par le Conseil restent une garantie pour les citoyens qui souhaitent contester les décisions du ministre devant le juge administratif. Contrairement aux autorités nationales de la concurrence au sein de l'UE, qui bénéficient d'une autorité de régulation totalement indépendante et exclusive grâce à leur insertion au réseau européen de la concurrence (REC), le Conseil tunisien de la concurrence maintient une structure hybride. Bien que son rôle demeure substantiel, sa position actuelle dans le paysage institutionnel, tant sur le plan national qu'international, suscite des interrogations et critiques pour répondre aux nouveaux défis de l'économie tunisienne.

Le droit de la concurrence demeure une priorité pour l'Etat tunisien, car elle protège le système économique général. Ses règles sont impératives et visent à réguler les relations entre les acteurs économiques tout en assurant le bon fonctionnement des mécanismes du marché et la liberté des transactions commerciales dans tous les domaines. À première vue, la loi sur la

⁴³⁰ Décret n° 2006-370 du 3 février 2006, portant fixation des procédures et des modalités de la consultation obligatoire du conseil de la concurrence sur les projets de textes réglementaires.

concurrence et les prix semble avoir pour objectif de présenter deux aspects essentiels : d'abord, la protection de la concurrence en elle-même, et ensuite, la promotion du principe de liberté. Cette approche encourage les acteurs économiques à optimiser l'utilisation de leurs ressources pour fournir une meilleure qualité, des tarifs plus abordables et une plus grande variété de choix. Ces éléments sont en fin de compte avantageux pour l'économie nationale et pour les consommateurs.

Cependant, parfois, le principe de la libre concurrence entre les institutions mène à des méthodes qui enfreignent les fondements de l'offre et de la demande. Dans ce cas, l'équilibre du marché libre est perturbé et le législateur intervient en instaurant des règles juridiques qui condamnent ces pratiques abusives et protègent les divers acteurs économiques. En prenant l'exemple de la prise en charge du marché des pèlerinage du *Hajj*⁴³¹ et de la *Omra*⁴³², la société Gammarth Park a instauré une situation de domination totale et de monopole sur ces marchés conformément à la décision du Conseil ministériel du 16 novembre 1998. Cette décision a attribué exclusivement à Gammarth Park la responsabilité d'organiser des voyages *Omra*, grâce à un accord de coopération avec les agences *Omra* Voyages et Tourisme. Le problème est que le 25 novembre 1998, le parc de Gammarth a placé les agences de voyages dans une situation de dépendance économique en considérant qu'il était le seul à pouvoir réserver des logements et des services de transport terrestre dans les lieux saints de pèlerinage, tandis que les agences de voyages étaient limitées à la commercialisation de ces services.

Attendu que le Conseil a constaté que le droit de la concurrence interdit les dispositions de l'accord, étant donné que le parc a été surexploité pour fixer des conditions inéquitables dont le non-respect conduirait au déplacement de l'agence de voyages. Le Conseil a estimé que tout ce qui émanait du Conseil ministériel ne relevait pas des dispositions obligatoires et que la gestion totale du pèlerinage était le résultat de choix politiques. Pour cette raison, le Conseil a pris la décision le 13 décembre 2012 de considérer les pratiques de la Société nationale des résidences et services comme étant anticoncurrentielles et de lui ordonner de ne plus les pratiquer.

⁴³¹ *Hajj* et *Omra* sont des pèlerinages à la Mecque.

⁴³² Est une forme de pèlerinage et est facultatif contrairement au *Hajj*.

C- Un positionnement problématique du Conseil de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence reste un acteur clé pour garantir la concurrence loyale et préserver le bien-être des consommateurs en favorisant l'innovation et en limitant les abus de position dominante. Ainsi, il « est confronté à la concurrence des autorités »⁴³³, il se place comme un acteur principal dans le jeu de la régulation en droit de la concurrence mais n'a pas le dernier mot.

Par ailleurs, la loi de 2015 accorde une attention particulière à la réorganisation du Conseil de la concurrence. Elle envisage la possibilité pour le conseil de tenir des réunions régionales. Cette proposition s'inscrit dans l'objectif constitutionnel de rapprochement de la justice.

Avant la mise en vigueur de la loi susvisée, le pouvoir exécutif divulgue la volonté de maintenir le Conseil de la concurrence en tant qu'autorité juridictionnelle. En revanche, le texte voté par l'Assemblée se contente de confier au Conseil le rôle d'une juridiction de premier degré et de maintenir la place prépondérante du ministre du Commerce et de sa direction générale dans la détermination et la mise en œuvre de la politique de concurrence. Qu'il soit une juridiction ou une autorité administrative, l'organe chargé de la fonction régulatrice dans une économie de marché est censé être totalement indépendant. Cependant, le degré de l'indépendance du Conseil tunisien de la concurrence n'est pas le même, par rapport à ces partenaires européens car elle sollicite la création d'une autorité indépendante de régulation en matière de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence doit éprouver plusieurs réformes afin que ceci soit convenable aux yeux des européens. A titre d'exemple, REDHA BIN MAHMOUD, le président du Conseil de la concurrence, a plaidé en faveur d'une réforme de la loi afin de réévaluer le cadre pénal régissant des pratiques anticoncurrentielles. Cette réforme vise à accroître son efficacité et à garantir la mise en œuvre des mesures destinées à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles sur le marché. De plus elle cherche à réviser le système de sanctions en vue de le rendre plus efficient. Cela comprend l'application des dispositions visant à mettre un terme à de telles pratiques et l'exécution de sanctions pécuniaires d'un montant supérieur à 15 millions de dinars.

⁴³³ J. Morand-Deville, « Le Conseil de la concurrence en France », in. *Actualité juridique tunisienne*, n°7, 1993.

Le président du Conseil de la concurrence a mis en avant que ces récentes années en Tunisie ont été marquées par une concurrence vive, tant sur le plan national qu'international. Elle s'est manifestée par le recours à de nombreuses institutions économiques à diverses pratiques visant à obtenir le plus grand pourcentage possible de parts de marché ⁴³⁴. Ces changements économiques commerciaux ont également entraîné des changements importants au niveau de la structure du marché (certains marchés se caractérisent par un oligopole et la domination de certaines institutions sur les marchés). Ses décisions peuvent être contestées et commentées devant le tribunal administratif.

En outre, il convient de noter que la dynamique entre les institutions économiques a subi des évolutions significatives au fil du temps. Par exemple, dans le cas de marchés dominés par des fabricants de marques propriétaires et des consommateurs de marques d'origine, cela a parfois conduit à une situation de dépendance économique de certaines institutions, avec le risque d'abus de cette position dominante par les parties impliquées.

Il est impératif de prévoir des révisions du droit de la concurrence dans le but de mettre en place un régime d'autorité de la concurrence unique, à l'instar de ce qui existe dans de nombreuses expériences mondiales réussies, notamment en France, en Allemagne et en Autriche. Cette démarche devrait s'accompagner de l'adoption d'une structure adaptée aux besoins et aux évolutions économiques. Ce système devrait être adapté pour répondre aux besoins et aux évolutions économiques. L'objectif principal de cette démarche est de simplifier davantage les procédures de demande d'obtention de dérogations, comme les contrats d'exploitation sous le nom d'origine. A ce titre, le Conseil de la concurrence serait désigné comme l'entité responsable de ces dossiers, de leur suivi, et de la réduction des délais associés, tout en prenant en considération les intérêts des investisseurs dans ce domaine, ainsi que ceux liés aux opérations de concentration économique.

De plus, il est impératif d'introduire des réformes législatives visant à consacrer l'indépendance du Conseil de la concurrence sur les plans financier et structurel, ainsi qu'à promouvoir la transparence de ses activités. Ces mesures sont essentielles pour permettre au Conseil d'accomplir au mieux ses missions, conformément aux pratiques en vigueur tant au niveau national qu'international.

⁴³⁴ <https://www.ilboursa.com/ar/>

Dans le contexte actuel, il est également crucial de renforcer et d'élargir les compétences du Conseil de la concurrence, notamment dans ses volets consultatif et judiciaire. Cela pourrait inclure l'autorisation pour le Conseil de la concurrence d'établir un système d'appel interne, au sein même de l'organe, plutôt que de passer par le tribunal administratif existant. Cette démarche vise à garantir des prises de décision rapides et à assurer un suivi efficace des affaires de concurrence. De plus, elle permettrait de renforcer la spécialisation judiciaire de cette autorité dans le domaine de la concurrence en permettant un renvoi en deuxième instance à la Cour d'appel. Compte tenu de l'évolution constante du domaine économique, il est essentiel de réduire les délais de traitement des affaires. En effet, l'obtention d'un jugement après 9 ou 10 ans peut s'avérer inefficace, d'autant plus que l'entité visée peut disparaître pendant cette période.

Afin de fournir au Conseil de la concurrence les moyens nécessaires pour tirer parti de sa riche expérience et de sa mémoire institutionnelle, il est indispensable de lui accorder un budget plus important afin qu'il puisse être financé au même titre que ses homologues dans des pays similaires. Il est essentiel de renforcer ses pouvoirs pour garantir que les règles soient respectées, car c'est à ce moment-là que la concurrence sera maintenue et que l'économie sera stable.

Quant au plan procédural et pratique, « le Conseil de la concurrence peut, sur rapport du rapporteur général et après avoir requis les observations écrites du commissaire du gouvernement, se saisir d'office des pratiques anticoncurrentielles sur le marché.⁴³⁵ ». La loi sur la concurrence et les prix de 2015 a accordé au Conseil la capacité de procéder à une saisie d'office dans le but de renforcer l'autonomie du Conseil de la concurrence et d'améliorer les mécanismes de surveillance, d'enquête et de suivi des pratiques anticoncurrentielles. C'est dans ce contexte que le Conseil de la concurrence renforce sa vigilance dans le domaine de la concurrence, tout en mettant en œuvre les pouvoirs dévolus à l'agence chargée des enquêtes au sein de l'organisation.

Il est important de noter que le Conseil de la concurrence a utilisé le mécanisme de saisie d'office de manière urgente depuis la loi de 2015. Cette action a permis d'empêcher les interventions économiques qui utilisent des pratiques anticoncurrentielles, réduisant ainsi leur impact sur les marchés concernés. Un exemple de cette action est le dossier de la hausse des

⁴³⁵ Article 15 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015.

prix des cliniques médicales privées agréées en mai 2018, où le Conseil de la concurrence a pris une décision d'urgence le 25 octobre. Cette décision a suspendu l'accord relatif à l'augmentation des prix liés aux travaux et services médicaux en violation des accords conclus entre la Caisse nationale d'assurance maladie et la chambre syndicale nationale des cliniques privées.

En ce qui concerne les données statistiques disponibles au sein du Conseil de la concurrence concernant l'exercice de ce pouvoir, il est à noter que l'organisme est intervenu de sa propre initiative au cours de la période allant de 2006 à 2020 dans environ 46 dossiers.⁴³⁶Elles comprenaient les secteurs de la distribution de journaux, des boissons non alcoolisées, du transport aérien, des communications, de l'éducation à la conduite et agences de voyages, en plus de cliniques médicales privées, distribution de carburant/publicité, distribution de produits de nettoyage et distribution de zone commerciale.

Aujourd'hui la procédure du Conseil de concurrence tunisien est marquée d'un caractère inquisitoire. Elle est constituée en plusieurs étapes, dont un rôle essentiel y étant attribué au magistrat rapporteur, désigné pour chaque dossier. Il est soit nommé parmi les magistrats qui composent le conseil, soit recruté sur la base d'un contrat sur proposition du président⁴³⁷. Ces magistrats rapporteurs sont assimilés aux agents du contrôle économique. Ayant la charge de vérifier l'ensemble des pièces du dossier, ils peuvent pénétrer les locaux de l'entreprise incriminée, saisir des marchandises et des documents, prélever des échantillons, et même sur autorisation du procureur de la république et sous son contrôle, procéder à des fouilles en dehors des heures de travail.

En fin d'enquête, le magistrat rapporteur rédige un rapport qui sera adressé au président du conseil de la concurrence ainsi qu'aux parties. Ces dernières disposent alors d'un délai de deux mois pour présenter leur observation. Le Commissaire du gouvernement en tiendra compte, ainsi que du rapport d'enquête pour présenter les siennes dans un autre délai.

Le Conseil de la concurrence impose trois types de sanctions en cas de confirmation d'une pratique anticoncurrentielle. Il est habilité à émettre des injonctions envers les opérateurs concernés pour mettre fin à ces pratiques ou pour leur imposer des conditions particulières pour

⁴³⁶ OCDE, « Rapport annuel Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE, Tunisie », *OCDE*, 2022.

⁴³⁷ Article 17 alinéa 3 loi 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix.

l'exercice de leurs activités. Il peut également ordonner la fermeture temporaire de l'établissement en question pour une période maximale de trois mois. Enfin, une amende pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires du dernier exercice peut être infligée en cas d'infraction pénale, et le Conseil transmettra le dossier au parquet. Les sanctions peuvent être contestées devant la juridiction administrative.

Le Conseil tunisien de la concurrence devrait intensifier ses efforts pour établir une relation de confiance avec les entreprises dont il supervise les pratiques concurrentielles. Il est question ici du programme Clémence, qui n'a jamais été mis en œuvre en Tunisie jusqu'à présent. Aucune entreprise ne s'est manifestée, ce qui soulève la question de savoir si les sanctions imposées ne sont pas suffisamment dissuasives pour rendre les cartels coûteux.

D-Un positionnement problématique dans le paysage institutionnel comparé.

Presque tous les rapports et les études réalisés par les instances internationales et les partenaires de la Tunisie ne consolident pas la structure de l'autorité compétente de régulation la concurrence, mais plutôt sur l'autonomie de cette autorité et sa capacité à garantir la protection de la concurrence sur le marché, sans aucune intervention de l'État.

Dans le cadre de l'ALECA, l'Union européenne a mis en avant une proposition qui requiert une considération particulière.⁴³⁸ En effet, l'article 3 du chapitre 10 qui concerne la concurrence et d'autres aspects économiques stipule qu'une « une autorité de concurrence indépendante du point de vue de son fonctionnement, disposant de ressources suffisantes et dotée des pouvoirs nécessaires pour la pleine application de cette législation dans la date de conclusion du présent accord ». Cette disposition soulève trois observations au moins. La première concerne la création d'une autorité de concurrence autonome. Cela signifie que le Conseil tunisien n'est pas considéré comme une autorité indépendante aux yeux de ces partenaires européens. Ensuite, il est important de noter l'utilisation du terme "autorité nationale". Les partenaires européens se posent des questions sur son sens, se demandant si cela correspond au modèle européen qui préconise l'utilisation d'autorités administratives indépendantes pour remplacer les "autorités hybrides tunisiennes," qui sont à la fois judiciaires et administratives. Toutefois, ils recommandent l'instauration « d'une autorité administrative indépendante », à l'instar des autorités européennes, afin de garantir une meilleure

⁴³⁸ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/april/tradoc_154481.pdf

coopération dans le cadre du Réseau Européen de Concurrence instauré par le règlement 1-2003. La troisième observation concerne la disponibilité de « ressources suffisantes ». La question se pose si cela est compatible avec le budget actuel du Conseil de la concurrence, qui est rattaché au budget du ministère du commerce et qui limite certainement son indépendance ? Le Conseil lui-même a soulevé cette question dans son avis sur le projet de loi de 2015, déclarant que « la situation actuelle du Conseil et ses moyens matériels et humains très limités ne lui permettent pas de traiter le nombre colossal de dossiers en cas d'ouverture de la saisine aux particuliers »⁴³⁹. La commission parlementaire a examiné la proposition de subordonner le budget du Conseil de la concurrence aux conseils locaux pour garantir son efficacité. Cependant, cette solution ne semble pas très fiable.

Bien que la loi 2015-36 tente de consolider l'autonomie du Conseil de la concurrence, elle ne parvient pas à assurer une totale indépendance en raison de la persistance et la puissance de rapports organiques et fonctionnels étroits⁴⁴⁰. Au niveau de la composition du Conseil, le ministère désigne son représentant en la personne du commissaire du gouvernement, qui a pour mission de préserver l'intérêt général dans toutes les affaires. Au niveau fonctionnel, des interactions nombreuses existent entre les deux : les membres du Conseil sont tous proposés par le ministère du commerce, puis nommés par décret gouvernemental et le budget du conseil demeure rattaché pour ordre à celui du ministère du commerce. Le ministère de commerce est obligé dans certains cas de saisir le Conseil de la concurrence.

En ce qui concerne les autorités de régulation sectorielle, elles ont la faculté de demander l'avis consultatif du Conseil de la concurrence conformément à l'article 15, alinéa 3, de la loi mentionnée précédemment. Cet article énonce que « le Conseil de la concurrence doit également solliciter l'avis technique des autorités de régulation lorsqu'il examine les demandes qui lui sont soumises et qui sont liées aux secteurs relevant de leur compétence ». Les autorités de régulation peuvent saisir aussi sur plainte sur le fondement de l'article 15, paragraphe 1 de la loi susvisée et elles sont tenues de l'informer de tout indice de pratiques anticoncurrentielles ou d'opération de concentration économique se réalisant dans leur domaine respectif. De son côté, le conseil doit leur demander leur avis technique, lorsque la

⁴³⁹ O. Stefan et A. Van Waeyenberge, « L'évolution du droit européen de la concurrence : défis et transformations de la méthode communautaire », *Cahiers de droit européen*, 2, Bruylant, Paris, 2013, p. 407.

⁴⁴⁰ A. Aouij Mrad, *Droit public de l'économie*, latrach edition 2019.

requête relève de leur secteur, comme il doit les informer des enquêtes qu'il mène si celles-ci touchent à leur domaine d'action.

§2- Le Ministère du commerce.

Malgré le désengagement de l'Etat, l'administration centrale a maintenu son rôle de régulateur et c'est le ministre du commerce qui assume la responsabilité de dynamiser l'économie et établit le cadre général de la concurrence, des prix. De manière plus spécifique, la direction générale de la Concurrence et des enquêtes économiques (DGCEE) est l'autorité au sein du ministère chargée de définir et de surveiller la mise en œuvre d'une politique et d'une loi de la concurrence. Elle participe à l'élaboration de la politique en la matière et surveille le fonctionnement des marchés en identifiant les pratiques qui sont contraires à la concurrence.

Le Décret n° 2001-2966 du 20 décembre 2001, portant sur l'organisation du ministère du commerce fixe la structure organisationnelle de l'administration de Concurrence générale et recherche économique. Elle est composée de deux directions principales, ainsi que de deux autres entités : la Direction de la concurrence et des prix (responsable, conjointement avec les services d'enquête, de l'analyse des résultats des enquêtes et de la production des rapports administratifs dans les domaines de la concurrence et des prix⁴⁴¹), la Direction du contrôle économique, l'Observatoire national des approvisionnements et des prix ainsi que la sous-direction du contentieux dans les domaines des prix et des enquêtes économiques.

Depuis l'adoption de la loi de 1991, le ministère du Commerce peut, par décret, mettre en place des mesures provisoires pour faire face à des augmentations démesurées ou à un effondrement des prix, en raison d'une situation de crise ou d'anomalie dans un secteur spécifique. Ces mesures peuvent être prolongées et nécessitent l'avis consultatif du Conseil de la concurrence.

Le rôle du ministre du commerce, exercé par l'intermédiaire de la DGCEE et de ses agents présents sur l'ensemble du territoire, consiste à enquêter sur les pratiques anticoncurrentielles. Dans ce cadre, il est susceptible de coopérer avec le Conseil de la concurrence, qui peut lui demander de mener des investigations. Outre ces enquêtes

⁴⁴¹ Article 30 du Décret n° 2001-2966 du 20 décembre 2001, portant sur l'organisation du ministère du commerce fixe la structure organisationnelle de l'administration de Concurrence générale et recherche économique.

approfondies, le ministère est chargé de transmettre aux tribunaux ou au Conseil des faits pouvant constituer des infractions relevant de leur compétence.

En outre, sur le fondement de l'article 6 de la loi du 29 juillet 1991, « le ministre du commerce accorde par un arrêté motivé et après avis du Conseil, des exemptions aux pratiques ou catégories de contrats dont les auteurs justifient qu'ils sont indispensables pour garantir un progrès technique ou économique et qu'ils procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ». Depuis, 2015, le législateur a ajouté deux conditions complémentaires à l'octroi de ces exemptions. Ces pratiques ne doivent pas imposer de restrictions qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs poursuivis, ni conduire à l'exclusion totale de la concurrence sur le marché en cause ou sur une grande partie de celui-ci.

§3- Le Tribunal administratif.

Le Tribunal administratif est un organe juridictionnel remarquable dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, compte tenu du rôle qui lui est assigné depuis la loi de 1991. Il constitue un ordre juridictionnel indépendant et constituait le seul juge car il n'y avait pas de recours contre les décisions. Toutefois, après la modification de la loi n° 2001-79 du 24 juillet 2001, a été instauré enfin, le principe du double degré de juridiction, mais n'a pas créé d'autres tribunaux.

Le rôle du Tribunal administratif consiste à exercer un contrôle juridictionnel sur les décisions prises par diverses autorités de régulation sectorielle telles que la Commission bancaire, le Comité général des assurances ou encore la Commission de services financiers. De plus, le Tribunal administratif est investi du pouvoir de juger les recours en appel et en cassation des décisions du Conseil de la concurrence. Il est également habilité à examiner les recours dirigés contre les actes ou décisions des autorités administratives en matière d'exemption et de concentration.

En conséquence, le pouvoir judiciaire remplit deux rôles importants dans la politique de la concurrence. D'une part, il offre des voies de recours juridiques contre les décisions du conseil de la concurrence auprès des cours d'appel et de cassation. D'autre part, il traite les demandes de réparation de dommages et intérêts. Ainsi, sur le fondement de l'article 28, la loi du 15 septembre 2015, « Le tribunal en charge de ces recours doit rendre ses arrêts dans un délai n'excédant pas un an à compter de la date du recours ». Il peut rejuger partiellement ou intégralement l'affaire, soit pour réformer soit pour annuler la décision rendue

antérieurement⁴⁴². Il a également la compétence de modifier le montant des amendes imposées par le Conseil de la concurrence⁴⁴³. Le juge administratif en situation de recours possède l'ensemble des attributions qui l'autorisent à réexaminer le litige en termes de réalité et de droit, et d'exercer ses prérogatives d'investigation lors de l'examen de l'affaire en recours avec l'autorisation de toutes les procédures d'investigation envisageables.

Toutefois, cet organe a été vivement critiqué pour deux raisons. Premièrement, en raison de l'absence de spécialisation du juge administratif, ce qui rend la tâche des juges difficile et limite généralement leur évaluation aux aspects formels plutôt que de fond. Deuxièmement, en raison de la lourdeur et de la lenteur de la procédure, car la durée moyenne d'une action devant le Tribunal administratif, y compris l'appel et la cassation, est de 5 à 10 ans, malgré le délai d'un an prévu à l'article 28 alinéa 3 de la loi n° 2015-36.

Les victimes d'une pratique anticoncurrentielle peuvent réclamer des indemnités devant un tribunal civil au sein de l'appareil judiciaire. Cependant, il est important de noter que les réclamations d'indemnisation ne sont pas du ressort des autorités de la concurrence. Par conséquent, ni le Conseil de la concurrence ni la DGCEE ne sont habilités à se prononcer sur ces demandes privées. Un certain nombre de ces actions passent ainsi inaperçues ou sont occultées par ces autorités. Ce phénomène peut être attribué au manque de culture de la concurrence.

§4- Les régulations sectorielles.

L'ouverture de la concurrence pour les secteurs ayant un monopole public ont entrainer la création de régulations sectorielles (a) garantissant la protection des intérêts du consommateur tout en créant les conditions propices à la croissance et à l'innovation dans le domaine qu'il régule (b).

a- Le rôle des régulateurs sectoriels.

L'économie tunisienne était caractérisée par l'interventionnisme de l'État, marqué par la présence de monopoles publics et des restrictions sur certaines activités. Par conséquent, avec l'adoption du libéralisme, il est logique qu'une transition soit opérée, allant de la libéralisation de certains secteurs à l'ouverture à la concurrence, tout en maintenant l'intervention du secteur public. C'est dans ce contexte que les autorités de régulation sectorielle ont été mises en place

⁴⁴² Arrêt du Tribunal administratif n° 29475 du 20 janvier 2014.

⁴⁴³ Arrêt du Tribunal administratif n° 26049 du 20 février 2010

en Tunisie. L'analyse de la régulation sectorielle révèle le nouveau rôle intermédiaire de l'État dans l'économie.

Afin de définir le droit de régulation, on pourra dire qu'il « suffit de disposer d'un pouvoir de sanction, d'un pouvoir de punir, d'ordonner des réparations, de trancher des différends. L'intervention *ex ante* exige des pouvoirs beaucoup plus considérables puisque l'autorité dicte des comportements pour construire des marchés et des secteurs⁴⁴⁴ ». Les autorités de régulation ont pour mission d'accompagner l'ouverture de ces secteurs à la concurrence, ainsi que de garantir la présence d'un marché qui n'est pas intrinsèquement concurrentiel. Dans certains cas, leur rôle consiste spécifiquement « à introduire la concurrence dans un secteur qui était précédemment en situation de monopole ⁴⁴⁵ ». Le but est de permettre à de nouveaux opérateurs de pénétrer le marché en procédant à des réajustements des rapports de force entre l'opérateur historique et les nouveaux entrants potentiels⁴⁴⁶. La régulation apparaît ainsi comme un moyen de pallier les défaillances du marché⁴⁴⁷.

Même si la France et la Tunisie ont opté pour la régulation sectorielle, cette dernière n'a pas abouti à l'ampleur et au déploiement que développe la France à l'excès⁴⁴⁸.

Contrairement à la France, le nombre de régulations sectorielles en Tunisie n'est pas si nombreux comme en France. Plusieurs régulations sectorielles de ce dernier ne sont pas considérées comme autorités d'entraide avec le conseil de concurrence. Dans certains secteurs à « haute sensibilité » à des autorités constitutionnelles indépendantes telles que la HAICA (La Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle). Ces autorités détiennent de manière autonome un pouvoir de prise de décision et de régulation qui n'est actuellement pas attribué au Conseil tunisien de la concurrence. Selon le rapport annuel de l'OCDE de 2022, la Tunisie dénombre cinq autorités de régulation. Il s'agit L'Instance nationale des télécommunications (INT), La Banque Centrale de Tunisie (BCT), Le Comité général des

⁴⁴⁴ M.A. Frison Roche, Ex ante/Ex post, « glossaire du droit de la régulation et de la compliance », <http://thejournalofregulation.com/fr/article/ex-ante-expost>

⁴⁴⁵ J.Y. Chérot, « Rapport introductif », *Journée d'étude sur La régulation : Quelles structures ? Quels objectifs ?*, Faculté des sciences juridiques de Tunis, Tunis, 2004.

⁴⁴⁶ R. Zouaïmia, « Le Conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien », *Revue Idara*, n° 36, 2008, pp. 7-45.

⁴⁴⁷ G. Timsit, « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique*, n° 109, 2004/1, pp. 5-11.

⁴⁴⁸ D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteur de la régulation » *Revue internationale de droit économique*, 2007, p.345.

assurances (CGA), L'Autorité de contrôle de la microfinance (ACM), La haute Autorité indépendante de la communication audiovisuelle (HAICA).

Durant plus de 40 ans, l'Etat tunisien était omniprésent dans le secteur des télécommunications, et était l'opérateur unique. La création de l'office des télécommunications en 1995⁴⁴⁹, marquera la fin du monopole absolu de l'Etat⁴⁵⁰. La loi 2001-1 du 15 janvier 2001, portant promulgation du Code des télécommunications⁴⁵¹, constitue une nouvelle étape dans la voie de la libéralisation du secteur par l'institutionnalisation des concessions dont la société Tunisie Telecom qui fut le premier bénéficiaire. Elle est considérée comme un organisme spécialisé doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière selon l'article 63 du code de télécommunications. Le but est d'assurer une régulation efficiente du marché des télécommunications, dans le cadre législatif et réglementaire, et d'organiser les relations entre les opérateurs de façon non discriminatoire instaurant une concurrence saine et loyale entre les différents acteurs du marché⁴⁵². L'INT a également des pouvoirs de décision, d'investigation et d'enquête (y compris l'auto-saisine), de règlement des litiges et de sanction dont le montant a été augmenté en 2013⁴⁵³ et peut aller jusqu'à 3% du chiffre d'affaires. De ce fait, il existe un vrai risque de conflit de compétence avec le Conseil de la concurrence comme l'indique la double instruction dans l'affaire « *offre familia* » en 2012.⁴⁵⁴

La Banque Centrale de Tunisie (BCT) assure à la régulation de la stabilité du secteur bancaire et traite les sujets de concurrence et les projets de concentration relevant de ses prérogatives tout en exerçant ses pouvoirs de sanction dont le montant ne doit pas dépasser 15% du capital minimum. « . La Commission d'agrément, instauré par l'article 26 de la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers, est responsable, de prendre les décisions concernant toute opération d'achat directe ou indirecte des actions et/ou droits de vote d'une banque ou d'un établissement financier ainsi que les actions concertées explicites entre actionnaire après consultation du Conseil de la concurrence

⁴⁴⁹ Loi 95-36 du 17 avril 1995.

⁴⁵⁰ De 1995 à 2002, l'office prendra la forme d'un EPIC, puis deviendra anonyme, et en 2006, 35% de son capital ouvert aux privés.

⁴⁵¹ Loi n° 2001-1 du 15 janvier 2001 portant promulgation du Code des télécommunications. Journal officiel, 2001-01-16, no 5, pp. 83-92

⁴⁵² Rapport de l'OCDE, Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Tunisie, 2022.

⁴⁵³ Loi 2013-10 du 12 avril 2013.

⁴⁵⁴ Affaire instruite et jugée par l'INT sous la référence 38/2012 et en même temps par le Conseil de la concurrence sous la référence n° 121191, sans jugement à ce jour.

sur le fondement de l'article 27 et article 29 de la Loi bancaire. Le Conseil n'est pas représenté au sein de la Commission et il n'existe pas de cadre formel de coopération entre les deux institutions bien que le Conseil ait demandé à ce qu'un représentant de la BCT soit nommé parmi ses membres⁴⁵⁵ ».

Le Comité général des assurances (CGA) a été créé par la loi 2008-8 du 13 février 2008 modifiant et complétant le code des assurances de la loi de 92-24 du 9 mars 1992. Il dispose d'une personnalité juridique et d'une indépendance financière mais ne le qualifie pas. Le CGA est chargé de contrôler et de sanctionner du secteur des assurances et veille à la protection des droits des assurés et des bénéficiaires des contrats d'assurance, ainsi qu'à la solidité de l'assise financière des entreprises d'assurance. Il a un rôle consultatif puisque'il est chargé d'étudier les questions d'ordre législatif, réglementaire sont soumises par le ministre des Finances et qui se rapportent aux opérations d'assurance et de réassurance. Les décisions concernant l'agrément, les fusions et les concentrations économiques sont prises par le ministre des Finances sur la base d'un rapport du Comité qui n'est pas obligé de consulter le Conseil de la concurrence. Toutefois, l'article 180 du code des assurances prévoit que « le Comité peut également échanger des informations avec les autorités chargées de la concurrence dans le cadre de leurs missions respectives ». Cependant, mis à part l'avis n° 82235 du 14 mai 2009 concernant les accords de tarification cité plus haut, le Conseil n'a pas traité d'affaires concernant le secteur des assurances.

L'Autorité de contrôle de la micro finance (ACM) est créée par le décret n°2012-2128 du 28 septembre 2012. En amont, elle met en place un système de centralisation des risques existants dans le secteur de la microfinance, qu'elle doit communiquer aux institutions compétentes. Et en aval, elle détient les pouvoirs disciplinaires sur l'ensemble des institutions de microfinance⁴⁵⁶. Les décisions concernant « l'agrément, les fusions et les concentrations économiques sont prises par le ministre des Finances après avis de l'ACM. Il convient de souligner que l'article 25 du Décret-loi n° 2011-117 du 5 novembre 2011 qui concerne les opérations de fusions ne stipule pas l'obligation de consulter les autorités de la concurrence⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Rapport de l'OCDE, Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Tunisie, 2022.

⁴⁵⁶ A. Aouij Mrad, *Droit public de l'économie*, Itracch Edition, 2019.

⁴⁵⁷ Rapport de l'OCDE, Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Tunisie, 2022, p.52.

Enfin, la Haute Autorité indépendante de la communication audiovisuelle (HAICA) est une instance constitutionnelle dotée de pouvoirs réglementaires et consultatifs. Créée par le Décret-loi n° 2011-116 du 02 novembre 2011, elle veille à l'organisation et à la régulation de la communication audiovisuelle. Le Conseil de la concurrence a émis son avis n°202750 le 23 octobre 2020 sur le projet de loi récent relatif à la liberté de la communication audiovisuelle. Dans cet avis, il a proposé de retirer l'interdiction de concentration de propriété dans les médias audiovisuels et de s'inspirer d'exemples comparables pour établir des critères et des seuils spécifiques au secteur, afin de respecter à la fois les principes de pluralisme et de libre circulation des capitaux⁴⁵⁸.

b- La relations entre régulateurs sectoriels et Conseil de concurrence.

Il est difficile de distinguer la relation entre l'autorité de la concurrence et les autorités sectorielles en ce qui concerne la préservation de la concurrence, car ils partagent parfois les mêmes tâches. Parfois, l'autorité sectorielle est obligée de saisir l'autorité de la concurrence sur des pratiques anticoncurrentielles commises par le secteur concerné et vice versa. Effectivement, il arrive que les compétences de l'autorité de la concurrence, qui traite des lois générales, et celles de l'autorité sectorielle, qui se focalise sur un secteur spécifique, se recoupent, ce qui peut donner lieu à des décisions qui entrent en conflit les unes avec les autres.

Dans le but d'éviter les conflits de compétence et les contradictions potentielles entre les décisions rendues, l'État tunisien doit en premier lieu définir les missions de chaque autorité de régulation, y compris le Conseil de la concurrence. Cela peut être réalisé grâce à des lois applicables tout en établissant des relations de coopération et de coordination entre eux. À titre d'exemple, a été signé un accord de coopération conclu le 20 juin 2012 afin de clarifier les responsabilités de chaque autorité dans la promotion de la concurrence au sein du secteur des télécommunications. Cet accord visait également à renforcer les mesures de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles qui pourraient entraver la compétitivité des opérateurs et des prestataires de services de télécommunications ⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ *Ibid*, p.54.

⁴⁵⁹ Ce principe a aussi été confirmé dans l'avis du Conseil de la Concurrence (CC) No. 121322 du 29 décembre 2014, dans laquelle le CC observe que la compétence de l'INT ne couvre pas les pratiques de l'art. 5 en matière de télécommunications. Étant donné que le code des télécoms ne parle pas de pratiques anticoncurrentielles et ne renvoie pas à la loi sur la concurrence.

Au regard de la loi de 2015, une certaine organisation des relations entre les deux autorités est déjà installée. Sur le fondement de l'article 15 de la loi relative à la réorganisation de la concurrence et des prix de 2015 : « Le Conseil de la concurrence doit, également, demander l'avis technique des autorités de régulation lors de l'examen des requêtes, dont il est saisi, et qui sont afférentes aux secteurs relevant de leur ressort. » et en contrepartie , sur le fondement de l'article 64 de la loi susvisée « les services administratifs et les autorités de régulation sont tenus d'informer le ministre chargé du commerce et le Conseil de la concurrence de tout indice dont ils ont eu connaissance et relatif à des pratiques anticoncurrentielles ou à des opérations de concentration économique, telles que définies aux articles 5 et 7 de la présente loi. »

Le Conseil de la concurrence a décidé dans deux décisions de 2017 de solliciter l'avis technique des autorités de régulation lors de l'examen des questions qui lui sont soumises à l'égard de leurs secteurs⁴⁶⁰ ou sur toute question liée à la concurrence⁴⁶¹. Par conséquent, il est rationnel que les autorités de régulation aient un rôle crucial dans l'application des décisions du Conseil de la concurrence, car ils agissent en tant que garants pour garantir le bon déroulement de leurs domaines d'activités.

⁴⁶⁰ Décision n° 141365 et n°141366 du 12 octobre 2017

⁴⁶¹ Avis n° 122444 rendus par le Conseil de la concurrence le 27 septembre 2012

Chapitre 2- le cadre opérationnel de la régulation de la concurrence.

La politique de concurrence joue un rôle crucial au sein des politiques publiques, en veillant d'une part, à ce que les entreprises ne tirent pas profit de leur position dominante sur le marché ou ne s'adonnent pas à des pratiques anticoncurrentielles qui pourraient nuire aux consommateurs. On parle d'un aspect répressif, c'est à dire lutter contre les pratiques anticoncurrentielles (**Section 1**). D'autre part, l'aspect préventif avec le contrôle des concentrations, qui fait partie intégrante de cette politique, ne vise pas à empêcher l'émergence d'entreprises industrielles de premier plan, qu'elles soient françaises ou européennes, mais plutôt à prévenir la formation de structures de marché qui pourraient compromettre la concurrence et pénaliser les entreprises clientes ou les consommateurs finaux (**Section 2**). La concurrence n'est donc pas un moyen de laisser-faire, mais plutôt un outil de régulation et de protection du bien-être économique.

Section 1. La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : volet répressif de la régulation de la concurrence.

Les pratiques anticoncurrentielles que les autorités de concurrences sont amenées à sanctionner sont strictement visées à l'article L.462-6 du code commerce français et dans la loi tunisienne n° 2015-36 du 15 septembre 2015. Ces dispositions visent tout d'abord les ententes (§1), l'abus de position dominante (§2), l'exploitations abusive d'un état de dépendance économique (§3) et enfin les prix abusivement bas (§4).

§1- Les ententes.

On étudiera les ententes en comparant les deux modèles français (I) et tunisien (II).

I- En droit français.

Pour considérer que l'entente est une pratique anticoncurrentielle, il doit y avoir une certaine concertation entre plusieurs entreprises (a) et une atteinte au marché (b). Mais il existe des tempéraments (c).

a- Concertation entre plusieurs entreprises.

La notion de concertation est présentée dans le droit interne sur le fondement de l'article L-420-1 du code de commerce⁴⁶², ainsi que dans le droit européen dans l'article 101 du TFUE.⁴⁶³ Une entente peut être entre concurrents (on l'appelle accord horizontal) ou peut être entre non-concurrents (accord de distribution qualifié d'accord vertical⁴⁶⁴). Cet accord peut être explicite ou implicite, dès lors qu'il vise à limiter la concurrence.

Il appartient à l'Autorité de la concurrence d'identifier les éléments qui permettent de déterminer l'existence d'une entente et son degré de participation. Ces autorités doivent prouver que les parties impliquées dans l'entente ont eu la volonté de participer à une action concertée. La preuve de l'adhésion à l'entente peut être établie par tout moyen légal. Si l'existence de ce comportement a été obtenue dans le cadre d'une procédure de clémence, elle doit être renforcée par d'autres preuves (par exemple, un document trouvé dans son domicile). Une concertation peut être exemptée et n'est pas considérée comme une pratique anticoncurrentielle si elle résulte d'un texte législatif ou réglementaire.⁴⁶⁵

Dans le cas d'entente verticale, la question est délicate, car l'intention anticoncurrentielle n'est pas exigée. « Seule la preuve d'une adhésion à l'entente importe même si c'est de la bonne foi car cette dernière n'est pas cause d'exonération de la pratique ». ⁴⁶⁶ L'entente de crise est très exceptionnellement admise par les autorités de contrôle internes et européennes.

Ainsi, la difficulté sera de distinguer la pratique concertée du parallélisme de comportement. Le parallélisme est douteux mais peut découler du jeu naturel du marché. Par

⁴⁶² Vise les actions concertées, les conventions entente expresse ou tacite ou coalition.

⁴⁶³ Elle dispose des accords entre entreprise, décision d'association d'entreprise et toutes pratiques concertées.

⁴⁶⁴ Est qualifié par pratique anticoncurrentielle par la tête du réseau d'un prix minimal de revente a des distributeurs. C'est un accord entre fournisseur et distributeur ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente que le distributeur doit l'appliquer lorsqu'il revend un produit. Ceci pourra susciter plusieurs problèmes par exemple : avec l'imposition des prix de revente, le producteur peut exercer un certain contrôle sur le marché de produit. Ceci pourra empêcher le jeu de concurrence sur le fondement de l'article L-442-5 du code de commerce et l'article 4 du règlement 330/2010.

⁴⁶⁵ TPI CE, 26 Octobre 2000 Asia Monorts.

⁴⁶⁶ CJUE 18 Juin 2013, aff C-681/11, D-2013, 1542. Un accord concertée qui poursuit des objectifs légitime en vue d'écouler très rapidement des produits périssable peut être considérée comme objet anticoncurrentielle même si l'objet n'a pas était de restreindre la concurrence, Trib UE, 14 mars 2013, Hoffman Laroche, aff.T-587/08 prec.

conséquent, le droit interne et droit européen ont affirmé que « le parallélisme de comportement ne suffit pas pour démontrer une entente mais doit s'ajouter à un faisceau d'indices »⁴⁶⁷.

L'entente peut être établie par le biais d'un groupement et ne sera considérée comme anticoncurrentielle que si son but est de limiter la concurrence. L'État ne pourra pas déléguer au groupement des missions régaliennes sur l'entente automatique.

La théorie économique a montré que les échanges d'informations sont nocifs même *a posteriori* et qu'il présente un caractère anticoncurrentiel. Cependant, des auteurs ont noté que certains échanges sont pro-concurrentiels et peuvent être utiles pour le consommateur et pour les nouveaux entrants dans le marché. C'est l'exemple de deux hôtels qui s'échangent des informations pour demander le taux de remplissage et que l'un d'eux n'est pas suffisamment rempli, le concurrent qui a encore une capacité d'accueil pourra baisser le prix pour attirer le client. Cet échange d'information est considéré comme avantageux pour le consommateur.

De plus, les lignes directrices peuvent admettre que les échanges peuvent être pro-concurrentiels. Des critères ont été développés par ces dernières pour déterminer si l'échange d'information peut être pro-concurrentiel ou au contraire peut restreindre la concurrence.⁴⁶⁸ L'échange peut devenir anticoncurrentiel s'il permet aux entreprises de connaître la stratégie des concurrents⁴⁶⁹. L'Autorité de la concurrence applique les solutions européennes et présume le caractère anticoncurrentiel d'un échange d'information relatif aux données stratégiques.

En principe, les échanges d'information entre fournisseur et distributeur ne sont pas sanctionnés. Toutefois, la « clause anglaise » (dite aussi clause d'offre concurrente) peut fausser le jeu de la concurrence. Ces clauses prévoient si un distributeur se voit offrir une offre plus avantageuse, il doit en informer son fournisseur actuel. Si ce dernier refuse de s'aligner sur l'offre proposée, le distributeur est libéré de son engagement. Le fournisseur est alors contraint de modifier son offre habituelle à l'égard de son distributeur. Ces dispositions encouragent une concurrence des prix et peuvent conduire à des accords anticoncurrentiels.

⁴⁶⁷ Dans l'affaire pâte de bois, il appartient à l'autorité de prouver la concertation.

⁴⁶⁸ Ligne directrice sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale.

⁴⁶⁹ Point 58 des lignes directrices.

Des clauses de ce type qui offrent à un fournisseur d'éliminer ses rivaux peuvent être considérées comme un signe d'entente ou d'abus de position dominante⁴⁷⁰.

Nonobstant, les échanges d'information entre concurrents par le biais d'un intermédiaire est susceptible de sanction. On prend l'exemple de la pratique de « *hub and spoke* » qui permet à des entreprises concurrentes de se transmettre des informations via des intermédiaires. Dans son avis n°10-A-25 du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a précisé que cet accord de management catégoriel pourrait causer des risques d'entente entre les distributeurs. En effet, cela pourrait permettre à chaque partenaire d'informer les autres de leurs intentions respectives, favorisant ainsi une action concertée.⁴⁷¹

b- Une atteinte au marché.

L'article 101, paragraphe 1 du TFUE prohibe les ententes qui ont « pour objet ou pour effet » de restreindre la concurrence. Cette alternative de prohibition a deux sens. D'une part, les autorités de concurrence ne seront pas contraintes d'un comportement restrictif produisant son effet pour déclencher la prohibition, mais cette règle s'applique indépendamment de la nature de la pratique en question. D'autre part, dans certains cas, certains comportements sont « automatiquement » jugés anticoncurrentiels. Et dans ce cas, « il est dès lors indifférent que l'entente soit ou non suivie d'effets concrets et que ceux-ci fassent l'objet d'une appréciation : toute exonération est en principe écartée »⁴⁷².

Ce caractère alternatif entre objet ou effet anticoncurrentiel laisse penser qu'il y a un ordre de priorité entre elles. On pourra penser que lorsque l'objet de l'accord ne présente pas une certaine gravité, sa légitimité sera évaluée en tenant compte des effets anticoncurrentiels. Toutefois, cela ne constitue pas une règle absolue.

En effet, tout dépend de la méthode utilisée par les autorités de contrôle. Elles peuvent constater les effets restrictifs avant même d'établir l'objet de la concertation. Toutefois, ces autorités utilisent une méthode déductive et examinent d'abord et parfois même exclusivement

⁴⁷⁰ Décision de l'Autorité de concurrence n 15-D-06, 2 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com.

⁴⁷¹ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, Paris, 2020.

⁴⁷² Cabinet d'avocat Vogel, Concurrence, droit européen, ententes, disponible sur le site <https://www.vogel.com/>.

les clauses du contrat, lorsque les agissements anticoncurrentiels sont formalisés dans une convention.

Pour déterminer si un accord poursuit un objet anticoncurrentiel, il suffit pour qu'elle soit sanctionnée au nom de l'article 101 du TFUE ou L420-1 du Code de commerce que la pratique soit restrictive de concurrence par son objet. Elle sera alors condamnée même si la pratique affecte de manière peu sensible le marché. Sont donc considérées anticoncurrentielles les actions tendant à diminuer les prix. Le droit sanctionnera toute pratique visant à éliminer un concurrent par une politique de *dumping* ou par l'adoption de prix prédateur. Mais n'est pas considéré comme anticoncurrentielle la pratique « des prix conseillés ». C'est à dire que les fournisseurs peuvent publier des prix publics de vente dans les catalogues, la communication des prix n'est pas restrictive.

En revanche, lorsqu'une pratique a un effet anticoncurrentiel même si son objet n'est pas anticoncurrentiel ceci n'empêche d'être condamné par l'article 101 du TFUE et L420-1 du Code de commerce. Considérons, par exemple, une situation où une participation minoritaire est acquise dans une entreprise dont l'objet n'est pas anticoncurrentiel, mais dont l'effet pourrait le devenir si elle entraîne une coordination des actions entre les entreprises.⁴⁷³

Pour mesurer l'effet anticoncurrentiel, les autorités de concurrence ont recours à un test « contrefactuel » consacré dans la communication de 2004. C'est-à-dire l'autorité compare la situation litigieuse avec une situation de concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord. L'effet anticoncurrentiel est aujourd'hui mesuré par référence à une analyse économique centrée autour de la notion de pouvoir de marché de l'entreprise. Seule une pratique anticoncurrentielle ayant pour effet d'affecter de manière sensible le marché sera condamnée.

Sont prohibées, les ententes sur le prix comme les exemples mentionnés plus haut, mais aussi concerne les ententes qui ont pour but d'établir des barrières à l'entrée du marché. On parle par exemple de clauses de non-concurrence qui sont en principe considérées restrictives à la concurrence. Toutefois, elle est considérée licite si elle remplit trois conditions⁴⁷⁴ : limitée dans le temps et l'espace, nécessaire aux intérêts légitimes du créancier et enfin, proportionnée à la fonction qu'elle remplit.

⁴⁷³ CJCE, 17 Novembre 1987, Philip Morris et Reynolds Rec 4487.

⁴⁷⁴ Paris 5 Janvier 2000, D-2000.94 (clause de non concurrence excessive inséré dans un bail).

La clause d'exclusivité n'est pas anticoncurrentielle en elle-même, que lorsqu'on démontre qu'elle conduit ou sera susceptible de produire un effet d'exclusion du marché.⁴⁷⁵ La loi du 20 novembre 2012 vient s'ajouter à l'article L420-2-1 du code de commerce en interdisant les accords attribuant des droits exclusifs d'importation à une entreprise. Cette interdiction sera retirée, si les auteurs justifient que ces accords sont fondés sur des motifs de l'efficacité économique et avantageux pour le consommateur.

c- **Tempérament.**

Des tempéraments ont été adaptés afin de dispenser la poursuite des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Ceux-ci sont liés à plusieurs théories.

En premier lieu, il convient de noter que la théorie du seuil de sensibilité a été élaborée par le droit européen à travers une Communication de la Commission datant de 2001, portant sur les accords d'importance mineure qui n'entravent pas de manière significative la concurrence telle que définie à l'article 81, paragraphe 1, du Traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*). Elle est reprise par le droit interne par l'ordonnance du 25 mars 2004, mais avec des divergences sur les modalités de calcul du seuil. Cette théorie fixe un seuil à partir duquel une entreprise est susceptible de menacer la concurrence par ses pratiques anticoncurrentielles, et sera par la suite sanctionnée. En dessous de ce seuil, l'autorité de concurrence peut se dispenser de poursuivre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, cette théorie ne pourra pas s'appliquer en cas d'abus de position dominante.⁴⁷⁶

L'article L. 464-6-1 du code de commerce distingue le seuil applicable selon que les auteurs de la pratique anticoncurrentielle sont concurrents ou non. Le Conseil ou Autorité de la Concurrence peut ainsi décider de ne pas poursuivre lorsque « la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organisme parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :

a/ 10 % sur l'un des marché affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprise ou organisme qui sont des concurrents ;

⁴⁷⁵ Com.16 Février 2010, iPhone, CCC 2010.

⁴⁷⁶ CJUE, 6 octobre 2015, aff-C-23/14, pt.73.

b/ 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre non-concurrents... »

En deuxième lieu, la théorie de l'effet cumulatif a été dégagée par l'arrêt « Brasserie de Haecht et Delimitis » du 28 février 1991 de la Cour de justice des communautés européennes (contrats de fourniture de bière). Cette théorie est adaptée lorsque le marché est couvert par des réseaux parallèles d'accords qui ont des effets similaires pourront bloquer un marché. Il y a un effet cumulatif quand 30% du marché est couvert par des réseaux parallèles.

En troisième lieu, on pourra adopter la règle d'inspiration américaine, celle de la raison, restrictions accessoires et théories de la concurrence praticable. En l'espèce, les pratiques anticoncurrentielles ne seront pas sanctionnées si les restrictions de concurrence sont raisonnables et proportionnées. Autrement dit, cette théorie suppose que les avantages concurrentiels l'emportent sur les effets négatifs, et par cette manière, la pratique ne sera pas sanctionnée. Donc un bilan concurrentiel, avec une appréciation globale sera établi s'il s'avère que les effets sont restrictifs, la clause est alors validée.

Les autorités européennes avaient appliqué cette règle de raison lors de l'affaire Metro en 1977 relatifs au contrat de distribution sélective.

Toutefois, actuellement, les autorités européennes sont beaucoup plus méfiantes envers cette règle de raison. Ainsi, dans les affaires traitées par la Cour de justice et/ou le tribunal de première instance (TPI), ces juridictions semblent refuser d'appliquer un bilan anticoncurrentiel relatif notamment à une clause de non-concurrence lors de la création d'une entreprise commune par exemple⁴⁷⁷.

II- En droit tunisien :

Tout comme le droit français, le législateur tunisien ne procède pas à une sanction automatique dans certains comportements ou structures nocives en matière d'entente, et cela, contrairement à la législation américaine. Sur le fondement de l'article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, l'existence d'une entente est subordonnée à des conditions (A) et limitée par son champ d'application (B).

⁴⁷⁷ M. Wise, « Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007/1, Vol. 9, pp.7-98.

1- Les conditions de l'entente.

Tous comme son homologue le législateur français, l'entente au sens du droit tunisien, est une pratique anticoncurrentielle, il doit avoir une certaine concertation entre plusieurs entreprises (a) et une atteinte au marché (b).

a- L'action concertée, un caractère formel.

La notion de pratique concertée n'a pas été mentionnée ni par la loi ni par les autorités de la concurrence, mais la lecture de l'article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, assure que l'action concertée suppose un concours de volonté qu'elle que soit la forme de cet accord.

L'entente doit être le résultat d'une rencontre de consentement entre deux ou plusieurs parties, elle est donc un phénomène collectif par nature. Parfois, on ne pourra pas qualifier d'une sanction d'une entente envers une entreprise lorsque l'instruction montre qu'elle avait participé à une action concertée, du fait d'une pression de ses concurrents. Toutefois, on suppose que l'élément intentionnel est absent.

A la lumière du droit français et européen, une entente peut être entre concurrents (on l'appelle accord horizontal) ou peut être entre non-concurrents (accord de distribution qualifié d'accord vertical). De même, cet accord peut être expresse comme tacite, il suffit qu'un accord ait pour but de restreindre la concurrence sur le fondement de l'article 5, de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, en ces termes : « sont prohibées les actions concertées et les ententes expresses ou tacites visant à empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ».

L'accord explicite résulte d'une structure contractuelle, ainsi, à cette occasion, le Conseil de la concurrence a considéré dans sa décision n°2/94 relative à un abus de position dominante que les ententes pratiquées dans le groupe Poulina pouvaient résulter de contrats. En l'espèce, le contrat d'approvisionnement exclusif conclu par les membres du groupe et leurs distributeurs engendre une entente.

De même, il peut être mis en œuvre d'une convention collective conclue par les syndicats professionnels est considéré comme une entente⁴⁷⁸. Elle peut découler d'une décision prise, par un comité interprofessionnel doté de prérogatives de puissance publique. En

⁴⁷⁸ Le Conseil de la concurrence a condamné une décision prise par la chambre syndicale des auto-écoles du gouvernorat de Séliana, fixant les tarifs des cours d'auto-école.

l'espèce⁴⁷⁹, il suffit que les parties aient décidé de suivre une politique commune susceptible de fausser la concurrence sans s'obliger juridiquement.

Toutefois, un accord peut être tacite, qui pourra procéder à des comportements entre partenaires économiques comme par exemple d'un alignement des prix. En effet, le Conseil de la concurrence dans sa décision n°6/2000 a considéré que les prix pratiqués ne peuvent s'expliquer que par une volonté de mettre en œuvre un accord, et ne considère pas que « l'application de prix uniforme dans le secteur de l'enseignement de la conduite, dans le gouvernorat de Zaghouan, comme entente tacite ».

Pareillement, au droit français, la Tunisie fait la distinction entre ententes et comportements parallèles des entreprises. Parfois, des problèmes très complexes se posent et des interrogations restent en suspens, puisqu'il s'agit ici de faire la différence entre les comportements parallèles des entreprises découlant d'entente « cachés » et des comportements naturels qui sont déterminés par des conditions de marchés sans qu'il n'y ait même une volonté des entreprises. Les auteurs distinguent "parallélisme" de comportements "naturels" et "parallélisme des comportements de collusion". Le parallélisme de comportement ne suffit pas pour déterminer l'existence d'une entente, même s'il constitue un indice sérieux à l'existence de cette pratique concertée. Le comportement de parallélisme pourra être justifié par une réglementation ou un texte législatif en vigueur.

A la lumière de ces remarques, une entente tacite ne peut être déterminée que lorsque le parallélisme des comportements ne pourra s'expliquer ni « par les conditions de fonctionnement de marché ni par la poursuite de l'intérêt individuel de chacune d'entre elles : il s'explique uniquement par une concertation »⁴⁸⁰. Cela ressort de la jurisprudence du Conseil de la concurrence dans l'affaire concernant le secteur de l'enseignement de la conduite dans le gouvernorat de Zaghouan. Signalons par exemple que le conseil a qualifié d'entente, le parallélisme de comportement émanant des tuteurs sur la base d'une démonstration négative. En effet, l'absence d'autres explications possibles à ce parallélisme engendre la qualification de l'entente, sur ce plan, la question qui se pose à ce niveau est de savoir sous quelles conditions

⁴⁷⁹ Le Conseil de la concurrence dans son avis n°3/1998 concernant le projet de convention professionnelle des distributeurs de pneus en gros et la chambre professionnelle des distributeurs des pneus en détails, a considéré la convention professionnelle projetée comme entente qui visait la répartition des marchés et l'atteinte à la libre fixation des prix.

⁴⁸⁰ Dans l'affaire concernant le secteur de l'enseignement de la conduite dans le gouvernorat de Zaghouan.

on peut établir que le comportement résulte bien d'un accord de volonté tacite en vue d'éliminer de restreindre ou de fausser la concurrence.

Le comportement du parallélisme reste insuffisant pour déterminer une pratique concertée même si parfois c'est un indice révélateur. Ainsi, une preuve complémentaire doit être ajoutée : les prix, l'existence de prix imposé, l'existence d'échanges d'informations...

b- Une atteinte au marché, un élément matériel.

Sur le fondement de l'article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix, dispose que « sont prohibées, les actions concertées, les cartels et les ententes expresses ou tacites ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel ». Le Conseil de la concurrence a analysé cet article en exigeant une sanction pour les ententes qui ont pour but initial de restreindre la concurrence, et également pour ceux qui ont cet effet anticoncurrentiel non intentionnel ou non voulu dès le début.

Ainsi, dans l'affaire « Poulina » la Commission de la concurrence a relevé l'existence d'objet anticoncurrentiel de l'entente en se basant sur les clauses du contrat interdisant au distributeur de s'approvisionner aux près d'autres fournisseurs que le groupe Poulina.

De manière similaire, le Conseil de la concurrence a identifié des pratiques ayant un caractère anticoncurrentiel, même en l'absence d'une intention délibérée des parties de restreindre ou fausser la concurrence.⁴⁸¹. Le Conseil a donc considéré que l'intention anticoncurrentielle n'est pas nécessaire pour relever l'existence d'une entente. Il a interprété de manière extensive l'article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, de sorte qu'il estime que la simple constatation d'un effet anticoncurrentiel de la pratique suffit à prouver l'existence d'une entente. Cette interprétation peut causer des difficultés pour distinguer intentionnellement une entente explicite de la situation objective résultant d'un concours de circonstances.

Contrairement, au droit français qui présente un certain tempérament envers les auteurs de pratiques concertées, le législateur tunisien ne mentionne aucune exigence quantitative quant à la violation de la concurrence. Cela suscite un débat doctrinal quant au seuil de sensibilité, questionnant si une entente de faible importance peut être considérée comme prohibée. Ceci empêche l'application de la loi pour des violations purement formelles ou

⁴⁸¹ Le Conseil de la concurrence dans l'affaire concernant l'enseignement de la conduite dans le gouvernorat de Séliana a condamné l'entente entre les parties malgré qu'ils aient nié l'existence de l'intention de faire restreindre la concurrence, étant donné que le but de cet accord était l'organisation du secteur.

insignifiantes, en vertu du "principe de minimis". Le Conseil de la concurrence, ne s'est pas basé jusqu'à présent sur l'importance de la limitation de la concurrence pour prononcer une condamnation pour entente.

En s'inspirant de la théorie américaine, la France, semble faire recours à la règle de raison. Les pratiques anticoncurrentielles ne seront pas sanctionnées si les restrictions de concurrence sont raisonnables et proportionnées. Autrement dit, cette théorie suppose que les avantages concurrentiels l'emportent sur les effets négatifs, et par cette manière, la pratique ne sera pas sanctionnée. Le recours à cette règle n'est qu'éventuelle pour les autorités de la concurrence en Tunisie, car un tel recours potentiel à cette règle permettra de faire face aux catégories juridiques préétablies qui ne reflètent que très imparfaitement la réalité économique.

c- Les ententes prohibées.

Sur le fondement de l'article 5 de la Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix et dans la plupart des cas, les ententes illicites visent principalement à perturber la fixation des prix en maintenant artificiellement les prix à la hausse ou à la baisse. Les accords sur les prix peuvent entraîner une augmentation artificielle des prix, notamment lorsqu'il y a échange d'informations qui entraînent la diminution de l'incertitude de chacun des opérateurs sur ce que vont faire ses concurrents et en conséquence, sont de nature à déduire l'intensité de la concurrence. L'échange d'informations peut être à priori ou a posteriori.

Autre pratique qui peut affecter les prix, c'est la pratique des recommandations tarifaires qui prend souvent la forme de barèmes conseillés requis par des organismes professionnels. Le Conseil de la concurrence a condamné dans une des décisions, la diffusion de fixation de barème de prix, comme une entente. Le Conseil de la concurrence l'a qualifié de « barèmes de prix déguisés » dans le secteur de l'enseignement de la conduite au gouvernorat de Séliana. En l'espèce, les membres de la chambre syndicale régionale des auto-écoles ont procédé à une augmentation de leurs tarifs. Le Conseil de la concurrence a considéré, plus tard, dans son rapport annuel que les barèmes de fixation de prix sont condamnés *per se*, étant donné qu'ils sont contraires au principe primordial posé par l'article 2 de la loi n°91-64 qui prévoit que le marché fonctionne selon le mécanisme de l'offre et la demande.

Dans un exemple plus récent, le Conseil de la concurrence a étudié en juillet 2019 le cas de 54 cliniques privées qui ont augmenté les coûts de certaines interventions chirurgicales, selon le président du Conseil, RIDHA BEN MAHMOUD. Cette hausse des coûts pour les procédures chirurgicales va à l'encontre des accords précédemment conclus avec la Caisse Nationale d'Assurance Maladie (CNAM).

Une baisse artificielle des prix peut également constituer une entente qui pourra fausser le libre jeu de la concurrence. On citera l'exemple de pratique de prix prédateurs, comme cela ressort de la position du Conseil de la concurrence dans l'affaire opposant la Société De Fonderie et de Mécanique à la société de Mécanique SOFOMECA, il a condamné les pratiques prédatrices et a fait des injonctions pour revenir à des prix vrais.

Sur le fondement de l'article 5.1 alinéa 2 les ententes sont prohibées lorsqu'elles tendent à « limiter l'accès au marché à d'autres entreprises ou le libre exercice de la concurrence ». Dans l'affaire « Poulina », le Conseil de la concurrence considère que les clauses d'exclusivité limitent l'accès au marché⁴⁸².

De plus, toujours sur le même fondement de l'article 5.1 alinéa 3, les ententes sont prohibées lorsqu'elles affectent « la production, les débouchés et les investissements ou le progrès économique ». On vise par ces dispositions les ententes de "quotas" qui font que chaque membre à l'entente dispose d'un pourcentage dans la production, la vente et l'approvisionnement.

L'article 5 alinéa 4 de la loi tunisienne précitée dispose que « sont prohibées les ententes qui tendent à répartir les marchés et les sources d'approvisionnements ». En fait ces ententes consistent en une répartition géographique des marchés entre les opérateurs économiques.

Dans la pratique, ce genre d'ententes est l'œuvre d'un groupe d'entreprises et s'effectue généralement par l'inscription dans le statut d'une clause prévoyant que chaque adhérent intervient dans un secteur géographiquement limité. D'ailleurs, ces ententes sont fréquentes lors de la passation des marchés publics.

⁴⁸² Sur la base de cette disposition la commission de la concurrence, dans l'affaire Poulina a considéré l'existence des clauses qui obligeaient les mandataires libres et les franchisés clients du groupe Poulina de ne s'approvisionner en toute sorte de volailles qu'auprès des membres du groupe et qu'elles leur interdisaient toute approvisionnement aux près d'autres fournisseurs.

§2- Abus de position dominante.

Effectivement, le principe d'abus de position dominante reste inchangé, cependant, dans la pratique, les interprétations et les développements jurisprudentiels diffèrent entre le système juridique français (I) et tunisien (II).

I- En droit français.

La position dominante cohérente et rationnelle, n'est pas contestable en elle-même (a); mais ce qui est interdit, c'est l'abus qui peut en être fait (b). Cependant, pour déterminer un abus, il faut déterminer la position dominante.

a- Notion de position dominante.

La notion fondamentale est présente dès les premiers temps de la construction européenne, puisque le traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) prévoyait déjà que les entreprises ont une position dominante lorsqu'elles ne font pas face à une concurrence réelle dans une partie importante du marché commun. Bien que cette définition ne soit pas reprise dans le traité de Rome, elle a influencé la jurisprudence. Dans l'arrêt CJCE du 9 décembre 1971 *Continental Can*, la Cour de Justice énonce deux critères : d'une part, la capacité de l'entreprise à adopter un comportement indépendant des autres acteurs économiques ; d'autre part, le fait d'être à l'abri de la pression concurrentielle.

La Cour de justice le confirme dans l'arrêt CJCE 1978, *United Brands*, puisqu'elle explique que la position dominante permet « de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective », et parle de « puissance économique de l'entreprise ». L'arrêt CJCE 13 février 1979, *Hoffmann Laroche*, donne une définition générale, qui se réfère au pouvoir de marché, de puissance économique et à l'influence de l'entreprise sur la concurrence dans un marché. Elle énonce également les critères pertinents pour qualifier une position dominante, tels que : les parts de marché « grande ampleur (...) hautement significatif' mais insuffisant » ; le fait d'être une entreprise de référence sur le marché, une supériorité technique de l'entreprise ; ou la détention d'une clientèle fidèle, le fait d'être un opérateur historique...

Cette position est influencée par divers éléments tels que la détention d'un monopole légal ou *de facto* dans une activité, une part de marché significative, ainsi que des avantages « en termes de technologie ou de savoir-faire spécifique. La position dominante peut être soit individuelle, soit collective »⁴⁸³.

L'existence d'un monopole, qu'il soit légal ou *de facto*, est souvent considérée comme

⁴⁸³ D. Bosco, C. Prieto, « *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante* », Bruylant, Paris, 2013.

un élément suffisant pour établir la position dominante. Par exemple, l'Autorité de la concurrence a identifié des pratiques de position dominante dans le cas de la SNCF, où « l'opérateur historique détenait la totalité du marché en raison de son monopole légal ». ⁴⁸⁴Dans une autre décision émise par l'Autorité de la concurrence, cette instance a évalué la légalité d'un acte administratif qui était perçu comme un abus de position dominante. Ce type d'examen est réservé exclusivement à la compétence du juge administratif. ⁴⁸⁵

Plus récemment, dans sa décision n° 2020-PAC-01, l'Autorité a relevé que l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF) disposait « d'un monopole légal d'importation de viande ovine au titre d'une délibération du Congrès 26 mai 2003 ».

Pour prouver l'existence d'une position dominante collective, il faut démontrer que les entreprises ont, « en association, le pouvoir d'adopter une stratégie commune sur le marché et d'agir de manière significative indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle, et en fin de compte, des consommateurs, notamment en raison des facteurs de corrélation entre elles ». ⁴⁸⁶ L'arrêt CJCE 16 mars 2000, *Cie Maritime belge*, la définit comme des « entreprises qui se présentent ou agissent ensemble du point de vue économique, sur un marché spécifique ». La position dominante collective correspond soit à la situation d'un même groupe de sociétés (mère et filiales), soit d'entreprises autonomes liées, notamment par une entente. Elle résulte également de la structure du marché, lorsqu'il se présente sous forme oligopolistique, et qu'en raison de différents éléments, les entreprises qui constituent l'oligopole, sans concertation, adoptent le même comportement.

La célèbre décision de la CJCE du 6 juin 2002, *Airtours*, spécifie les critères permettant de qualifier une position dominante, à savoir : • Un marché pertinent transparent, impliquant que chaque membre de l'oligopole est informé des intentions et des actions des autres membres, afin de pouvoir s'adapter sans coordination préalable ; • Des différences unilatérales entre les membres pouvant être sanctionnées par des représailles ; • Une impossibilité de déstabilisation par des tiers.

⁴⁸⁴ Décision 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.

⁴⁸⁵ Décision 12-D-21 du 18 octobre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles-de-Gaulle.

⁴⁸⁶ Cour de justice de l'Union européenne, 31 mars 1998, *Kali & Saltz* ; Tribunal de l'Union européenne, 25 mars 1999, *Gencor*

b- Notion d'abus.

La conservation d'une position dominante sur un marché par une ou plusieurs entreprises ne constitue pas, en elle-même, une violation de l'article L. 420-2 du code de commerce ou de l'article 102 du TFUE. Même après avoir établi l'existence d'une position dominante, il est nécessaire d'évaluer si l'entreprise en abuse effectivement.

Tout comme le droit tunisien, il n'y a pas de définition de l'abus dans le traité, mais l'article 102 TFUE donne une liste non-exhaustive de comportements abusifs ; la jurisprudence apporte également un certain nombre de précisions. Ainsi, deux arrêts majeurs sont à prendre en considération.

D'une part, l'arrêt CJCE 21 février 1973, Continental Can, définit l'abus comme des pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs en portant atteinte à la structure de la concurrence, dégagant ainsi la catégorie d'abus de structure. On condamne ici le maintien ou le renforcement d'une position dominante, qui modifie la structure de la concurrence sur le marché, alors même que ce n'était pas l'un des exemples donnés par le traité. D'autre part, CJCE 13/02/79, Hoffmann Laroche, définit l'abus comme un comportement qui a pour effet de restreindre la concurrence en s'appuyant sur des moyens différents de ceux qui régissent la concurrence de « ceux qui gouvernent une compétition normale de produits ou de services », créant ainsi la catégorie d'abus de comportement. Il y a un élément intentionnel dans cette catégorie, et la plupart des exemples du traité y sont rattachables, même si en fonction de la manière de leur mise en œuvre, on peut aboutir à un abus de structure.

Au sens de l'Union européenne, l'article 102 du TFUE interdit les abus de position dominante et prohibe certains nombres de comportements. On cite par exemple, l'imposition de façon directe ou indirecte de prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non-équitable, qui ne correspondent pas à la valeur du produit ou du service, soit à la hausse, préjudiciable au consommateur, soit à la baisse, pour éliminer la concurrence (prix prédateurs, abus de structure).

Cet article interdit toute limitation de la production, de l'accès aux marchés ou du progrès technique, si cela se traduit par un préjudice pour les consommateurs (par exemple, des quotas de production, des clauses d'achat ou d'approvisionnement exclusives, ou la détention de brevets sur des technologies concurrentes). Il interdit également l'application de conditions inégales à des partenaires commerciaux qui fournissent des prestations équivalentes, créant ainsi un désavantage concurrentiel (par exemple, l'octroi de remises de fidélité à certains partenaires mais pas à d'autres). En outre, il interdit de lier la conclusion d'un contrat à l'acceptation de prestations supplémentaires par les partenaires, qui, en raison de leur nature ou

conformément aux pratiques commerciales, ne sont pas liées à l'objet de ces contrats (par exemple, les ventes groupées).

Les autorités de la concurrence contrôlent également la clause anglaise, c'est-à-dire que l'entreprise en position dominante va permettre à sa clientèle de se fournir auprès de tiers si ceux s'y proposent des prix inférieurs ou des avantages non proposés par elle, ce qui peut être un moyen d'obtenir des informations sur ces entreprises tierces. Il faut également évoquer la théorie des facilités essentielles, particulièrement appliquée par les personnes publiques ; l'hypothèse est celle d'une entreprise ayant une position dominante sur un marché indispensable pour accéder à un autre marché lié. Cette théorie a été élaborée par différentes jurisprudences : CJCE 06 avril 1995, Magill⁴⁸⁷, CJCE 26 novembre 1998, Bronner, CJCE 29 avril 2004, IMS Health⁴⁸⁸.

Ces jurisprudences, dégagent deux critères. D'abord, l'existence d'une facilité essentielle. En effet, le fait que l'actif détenu par l'entreprise lui donne la maîtrise d'une activité déterminée ; et l'utilisation de cet actif est indispensable à un tiers pour exercer son activité sur un marché apparenté. Ensuite, deuxième critère, c'est l'existence d'un abus. Le détenteur refuse l'utilisation de l'actif au tiers ; ce refus n'est pas justifié par une raison objective ; ce refus entrave la possibilité d'introduire un produit ou service innovant sur un marché donné (facultatif, en fonction de l'espèce) ; et ce refus aboutit à une exclusion de concurrence.

II- En droit tunisien.

Tout comme le législateur français, le législateur tunisien ne conteste pas la position dominante (a) ; mais interdit, l'abus qui peut en être fait (b).

A- Les abus de domination.

Les pratiques anticoncurrentielles comportent deux volets, à savoir les ententes et les abus de domination, qui revêtent une importance particulière pour contrer la tendance croissante à la restructuration des entreprises par le biais de fusions et de la formation de groupes puissants, ainsi que pour faire face aux concentrations de distributeurs et à l'émergence de super centrales d'achats. En Tunisie, deux infractions parallèles, à savoir l'abus de position dominante (1) et la dépendance économique, sont soumises à un contrôle rigoureux sous

⁴⁸⁷ En l'espèce, une entreprise de télévision refusant de communiquer à une autre des infos indispensables pour pouvoir publier un programme tv hebdomadaire ; facilité essentielle.

⁴⁸⁸ En l'espèce, un réseau informatique pour communication aux entreprises pharmaceutiques de statistiques sur vente médicaments, refus d'accès à une entreprise voulant communiquer des infos.

l'appellation d'abus de domination. Pour réaliser le contrôle de ce dernier, il faut relever l'existence de la position dominante (1) et de son abus (2). La position dominante n'est pas par elle-même répréhensible c'est son abus qui peut l'être.

1- L'abus de position dominante.

En vertu de la loi tunisienne, « il est donc prohibé d'abuser d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une part significative de celui-ci », de la même façon que l'article 102 TFUE qui a maintenu la même disposition dans la loi du 15 septembre 2015. Le législateur tunisien a emprunté cette notion d'abus de position dominante du droit français qui lui aussi l'a emprunté au droit communautaire. L'article 5 de la loi 91-64 n'a seulement introduit ce contrôle, bien que la France l'ait déjà mis en place depuis 1963. Ce type de contrôle est privilégié dans les pays où il n'y a pas de contrôle direct et préventif de la concentration. En réalité, la domination d'un partenaire sur un autre peut donner lieu à deux formes de contrôle : un contrôle préalable des concentrations (*ex ante*) et un contrôle a posteriori (*ex post*) celui de l'abus de position dominante.

Cela nous amène à s'interroger sur l'utilité du contrôle de l'abus de position dominante, dans un pays tel que la Tunisie qui adopte le contrôle des concentrations. Mais à vrai dire, l'abus de position dominante est "un complément nécessaire du contrôle" parce qu'il demeure la seule arme dont dispose l'autorité publique à l'égard de toutes les concentrations échappant au contrôle institué par l'article 7 de la loi 91-64, d'une part il est le seul applicable aux entreprises n'ayant pas de structure juridique ou un lien de droit dont la constitution justifie la mise en œuvre de la procédure du contrôle des concentrations. D'autre part, parce qu'une entreprise issue d'une opération de concentration peut par la suite abuser de sa position dominante.

Ce contrôle préserve son intérêt, il constitue même un aspect essentiel de la sauvegarde d'une économie concurrentielle. Malgré cette importance, la lutte des entreprises contre le contrôle des abus de position dominante est très intense, parce qu'il vise essentiellement les groupes les plus solides et les plus puissants et qui ont plus de possibilités pour dominer le marché ce qui fait que ces groupes contestent souvent ce genre de contrôle et le considèrent comme un handicap à leur dynamisme. Pour réaliser ce contrôle, il faut relever l'existence de la position dominante et de son abus. La position dominante n'est pas par elle-même répréhensible c'est son abus qui peut l'être.

Pour établir l'existence de domination, il faut tout d'abord délimiter le marché pertinent, qui revêt une importance cruciale, sur les mêmes principes déjà relevés lors de l'étude du contrôle de concentration. Ensuite analyser les éléments constitutifs de domination (a) et enfin les détenteurs de position dominante (b)

a- Les éléments constitutifs de domination.

Une fois le marché pertinent délimité, le Conseil de la Concurrence s'attache à établir l'existence ou l'inexistence de la position dominante. Pour établir cette existence, la part de marché est considérée comme le critère principal puisqu'il constitue un indice révélateur pour indiquer l'existence d'une puissance économique.

Ce critère reste à portée limitée puisqu'on ne peut parler de domination avec certitude que lorsque l'entreprise contrôle environ 80% du marché. La Commission de la Concurrence dans l'affaire de la société tunisienne des viandes a conclu à l'existence d'une position dominante, puisque ladite société détenait une part de marché variant entre 69% et 84%. A l'inverse une entreprise n'est jamais en situation de domination lorsqu'elle détient moins de 20% du marché. Dans les situations intermédiaires c'est à dire entre 20% et 80% la jurisprudence récente adopte une conception dynamique qui se base sur de nouveaux critères qui permettent d'"affiner" l'analyse de la domination tels que la puissance économique des entreprises concernées, leurs performances et leurs réseaux de distribution.

De ce fait, la position dominante est « appréciée comme un pouvoir économique, le pouvoir de faire face à une concurrence effective⁴⁸⁹ ». En effet pour qu'il ait un pouvoir économique, la part de marché n'est qu'un critère parmi d'autres. Une entreprise détenant, une faible part du marché peut être condamnée. Cela, lorsque cette entreprise dispose de moyens qui lui permettent de barrer l'entrée de marché à des concurrents potentiels. Ces moyens sont multiples on peut évoquer : l'avancée technologique, la qualité de gestion, la détention de marque, comme cela ressort de la position de la Commission de la Concurrence dans l'affaire opposant Anouar NABLI - Rafik KHANFIR qui nous permet de souligner l'importance de critères complémentaires dans la détermination de position dominante comme l'a décidé la Commission de la concurrence française. Bien que l'entreprise détienne 46% du marché, elle n'a pas été considérée comme ayant une position dominante. Il ressort de cette jurisprudence

⁴⁸⁹ M.A, Sabirau-Perez, *Secteur public et concurrence*, PUP, 1998, p.88.

que la position dominante n'est pas définie de manière statique comme une seule conséquence d'un état de marché mais dynamique comme un pouvoir économique.

Ce qui fait que l'appréciation des critères de domination reste "une question de fait qui relève de la compétence des juges" et ces critères restent difficiles à prouver.

b- Les modes de détention de position dominante.

Le législateur tunisien n'a pas déterminé les intervenants économiques détenteurs d'une position dominante ce qui a pour conséquence que toute "entité qui intervient sur le marché peut obtenir une position dominante". Ce silence du législateur, rejoint l'opinion exprimée par le ministre du commerce qui lors des débats parlementaires à propos de la réforme de 1995, a considéré que : « la notion d'entreprise englobe toutes les entreprises intervenantes sur le marché intérieur. Il ressort de ces analyses que la position dominante peut être détenue soit une entreprise publique ou privée, soit une entreprise ou un groupe d'entreprises. »

Ce débat suggère, à première vue, que seules les entreprises seraient assujetties au respect des règles relatives aux abus de position dominante. Alors que d'autres sujets de droit sont soumis à des règles relatives aux ententes tels que, les établissements publics, les associations, qui sont soumises aux règles des ententes ne sont pas poursuivies pour un abus de position dominante.

La domination peut prendre en premier lieu une forme exclusive notamment lorsqu'on est en présence d'un monopole de droit ou de fait. D'ailleurs, les monopoles constituent le cas typique d'une position dominante. C'est pourquoi et pour faire face à ces positions de domination, rien n'interdit d'intervenir à l'encontre de comportements abusifs d'un monopole. On peut évoquer l'exemple d'une entreprise qui détient seule un réseau ou des équipements comme par exemple le cas d'un monopole naturel. Lorsque l'accès à ce réseau apparaît indispensable aux concurrents pour exercer leurs activités, le gestionnaire de l'infrastructure est obligé de consentir à ces concurrents un accès libre et non discriminatoire à cette "facilité essentielle". À défaut il abuse de sa position dominante.

En un second lieu, la domination peut être collective une notion très ancienne et connue par le droit anti-trust américain comme "*shared monopoly*". Les autorités de la concurrence tunisiennes ont fini par adopter cette notion. Dans l'affaire Poulina, la Commission de la concurrence a considéré que le groupe constitue une seule entité puisqu'il y avait entre eux une

unité de sources de financement, unité de contrôle et unité de stratégie commerciale, même si le groupe est constitué d'entités juridiquement autonomes.

c- L'abus.

De même que la législation française, la régulation des pratiques abusives de position dominante en droit tunisien implique une procédure en plusieurs étapes : il est d'abord nécessaire de définir la position dominante, ce qui nécessite de délimiter le marché pertinent, puis de constater l'impact économique de l'entreprise impliqué sur ce marché ; ensuite, il convient de déterminer l'abus, afin d'évaluer son incidence sur la concurrence.

En pratique, les éléments caractéristiques d'abus se manifestent sur plusieurs critères : fixation de prix, pratiques de prix discriminatoires, conditions de transaction inéquitables, pratique de tarifs prédateurs, c'est-à-dire lorsque le prix est inférieur aux coûts marginaux dans le but d'évincer les concurrents, refus de vente...

La détermination des critères de domination demeure "une question de fait relevant de la compétence des juges" et prouver ces critères reste ardu.

Dans une affaire de 2018, la société Tunisie Telecom a été condamné à une amende totale de 1 700 000 TND pour avoir refusé l'accès à l'infrastructure nécessaire à la commercialisation de ses services d'accès à Internet, au profit de TOPNET et au préjudice d'autres fournisseurs. Le Conseil de la concurrence a estimé que Tunisie Télécom occupe une position dominante sur le marché concerné et que son statut de fournisseur unique d'infrastructures impose une obligation d'étendre ses services à toutes les parties du marché. Le Conseil de la concurrence a estimé que cet acte constituait un abus de position dominante et portait atteinte à l'équilibre global du marché secondaire des services Internet de détail⁴⁹⁰.

§ 3- Abus de dépendance économique.

Le principe d'abus de dépendance économique entre le système français(I) et tunisien (II) est identique. Par conséquent, chacun de ces deux systèmes à sa propre évolution juridique.

⁴⁹⁰ Décisions n° 161429 du Conseil de la concurrence du 12 juillet 2018.

I-En France.

L'abus de dépendance économique est une pratique anticoncurrentielle prohibée sur le fondement de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Historiquement, cette notion a été introduite par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et qui a non seulement pris en considération l'apparition de puissant groupe de distribution mais aussi intégré la transformation profonde du milieu économique. Cette ordonnance a été inspirée d'une législation allemande, mais n'a pas d'équivalent en droit communautaire de la concurrence.

Ainsi, afin de qualifier une situation d'un abus de dépendance économique, trois conditions cumulatives doivent être réunies selon l'article L 420-2 du code de commerce : dépendance économique (a), un abus (b), et une atteinte au marché (c).

a- Une dépendance économique.

La dépendance économique est considérée comme un concept très vaste en comparaison avec la dépendance juridique. Ici on sanctionne un comportement qui résulte d'un déséquilibre de pouvoir entre deux parties. Ce n'est pas le résultat d'une domination objective du marché, comme c'est le cas pour une position dominante, mais plutôt d'un rapport de force dans lequel une entreprise crée de la vulnérabilité chez ses partenaires.

Cette notion a été adoptée pour protéger les fournisseurs contre la grande distribution ou le contraire.

Dans une première hypothèse, concernant la dépendance d'un distributeur envers son fournisseur cela suppose que soient établies deux conditions cumulatives. La première est la signification de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur. Et la seconde condition est la position du fournisseur sur le marché, qui, bien qu'elle ne soit pas dominante, doit être significative. Cette importance peut être soulignée par la notoriété de la marque ou des signes distinctifs du fournisseur. Toutefois, la dépendance ne pourra pas résulter uniquement de la notoriété de la marque.⁴⁹¹

Dans une seconde hypothèse, la dépendance d'un fournisseur envers ses distributeurs suppose que soit établies des conditions comme : « la part significative du distributeur dans le

⁴⁹¹ Com.21 Janvier 1999 n° 95-21555, Bull civ. IV numerous 10.

chiffre d'affaires du fournisseur, le rôle majeur du distributeur dans la commercialisation des produits, ainsi que les raisons ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur ». ⁴⁹²

La charge de la preuve d'une situation de dépendance économique incombe à l'entreprise qui revendique cet état de dépendance. Les autorités de la concurrence prennent en considération la situation financière précaire du fournisseur, la surabondance de l'offre, la méconnaissance de la marque du fournisseur ainsi que la durée des relations commerciales avec le distributeur... ⁴⁹³.

b- L'abus.

Établir une situation de dépendance économique ne constitue pas en soi une infraction anticoncurrentielle. Pour qu'une pratique soit qualifiée d'anticoncurrentielle, il est essentiel de démontrer un abus, car le droit de la concurrence a pour objectif de réguler les comportements plutôt que de réajuster les déséquilibres contractuels.

L'article L. 420-2 du Code de commerce énumère les pratiques anticoncurrentielles susceptibles de former un abus de dépendance économique. On peut mentionner l'exemple de l'affaire Cora ⁴⁹⁴. A l'occasion d'une opération de concentration, un distributeur a renégocié ses conditions commerciales pour faire supporter le coût de l'opération de rachat. Selon les autorités de la concurrence, les fournisseurs ne se trouvent pas en situation de dépendance économique, donc il n'y a pas d'effet anticoncurrentiel et cette pratique n'est pas sanctionnée.

Toutefois, l'utilisation de l'abus de dépendance économique n'a pas suffi à sanctionner les comportements abusifs de la grande distribution envers ses fournisseurs. ⁴⁹⁵. En revanche, cette notion a été efficacement employée pour sanctionner les abus lors de ventes à des acheteurs professionnels ⁴⁹⁶. La récente utilisation de l'abus de dépendance économique par l'Autorité de la concurrence dans l'affaire Apple du 16 mars 2020 démontre la détermination des autorités à traiter les abus de pouvoir de vente, qui sont exacerbés par les effets du système numérique où les acteurs économiques privés tels que les GAFAM ⁴⁹⁷ opèrent. Ces derniers

⁴⁹² Com 10 décembre 1996, Cora Bull, Civ IV n° 309.

⁴⁹³ Paris, 25 Mai 1994, CCC 1994, Numéros 119, Obs. Vogel.

⁴⁹⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 décembre 1996, 94-16.192.

⁴⁹⁵ Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993 du Conseil de la concurrence concernant Cora.

⁴⁹⁶ Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 de l'Autorité de la concurrence concernant Apple.

⁴⁹⁷ Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

verrouillent l'accès à leurs écosystèmes respectifs et exercent un pouvoir de régulation privé sur ces derniers, ce qui place souvent leurs partenaires contractuels dans une situation de dépendance économique. Dans le cas d'Apple, l'Autorité rappelle qu'il est nécessaire de prouver l'existence d'une situation de dépendance économique, suivi d'un abus, et enfin d'une incidence actuelle ou potentielle sur la concurrence pour sanctionner l'abus de dépendance économique.

c- Atteinte au marché.

Un abus est répréhensible uniquement s'il perturbe ou a le potentiel de perturber la concurrence. En d'autres termes, l'abus de dépendance économique, en tant que pratique anticoncurrentielle, doit avoir pour but d'entraver, de limiter ou de fausser la concurrence sur un marché considéré.

Ainsi, conformément à l'article L.420-2 du Code de commerce, il suffit de prouver que cet impact est potentiel pour que la pratique contestée soit interdite. La Cour de cassation a souligné qu'une « atteinte sensible à la concurrence peut être caractérisé comme une pratique anticoncurrentielle »⁴⁹⁸. Par ailleurs, une sanction ne peut être imposée que s'il existe un lien de cause à effet entre la dépendance économique et la pratique en question.

De même que pour le cas tunisien qui sera examiné, il convient de noter que les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce ne s'appliquent pas, d'une part, aux pratiques découlant de l'application d'un texte de loi ou d'un règlement, et d'autre part, aux pratiques pour lesquelles les auteurs peuvent démontrer qu'elles favorisent le progrès économique tout en préservant une part équitable des bénéfices pour les utilisateurs, sans permettre aux entreprises concernées d'éliminer la concurrence pour une part importante des produits en question.

II-En Tunisie.

La notion d'abus de position dominante économique collective est selon l'article 5 paragraphe 2 de la loi du 15 septembre 2015. Cette notion inédite est introduite du fait de la situation des centrales et super centrales d'achat. C'est un outil juridique visant à réguler les conduites des entreprises qui, bien qu'elles n'aient pas de position dominante, exercent une

⁴⁹⁸ Cass. Com 15 juillet 1992, BOCCRF n° 15/92, Cass com 4 mai 1993, BOCCRF n° 15/93.

influence significative sur le marché et ont un impact contraignant sur leurs partenaires économiques, que ce soit leurs fournisseurs ou leurs clients.

L'affaire du 25 décembre 2015, peut constituer un revirement jurisprudentiel, car il a changé les données d'appréciations de la position dominante économique. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a décidé que la compagnie STID était soumise à une situation de dépendance économique collective vis-à-vis des grandes et moyennes surfaces (GMS) telles que Carrefour, Magasin Général et Monoprix. Le Conseil de la concurrence a allégué que ces GMS tiraient parti de cette situation pour commettre des abus de dépendance économique collective. La sanction imposée variait de 500 000 dinars à 800 000 dinars.

La notion de dépendance économique collective est objet d'interprétation. Le Conseil a toujours opté pour l'interprétation de dépendance économique collective comme notion voisine de la position dominante qui est la position dominante collective.⁴⁹⁹

Avec cette nouvelle décision, le Conseil de la concurrence a interprété de manière plus extensive la définition de dépendance économique collective en mettant de nouveaux critères et en se basant sur la jurisprudence européenne de l'arrêt « Airtour »⁵⁰⁰. En effet, on pourra qualifier qu'on est en présence de position dominante collective même en l'absence des critères classiques c'est à dire de liens juridiques ou structurels.

Grâce à cette décision, il est désormais possible qu'une position dominante collective soit retenue lorsqu'elle réunit trois conditions cumulatives : « la structure oligopolistique et la transparence du marché pertinent ; la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune ; la non contestabilité du marché pertinent ou l'absence de concurrence potentielle ».

Par conséquent, le Conseil de la concurrence afin de qualifier un comportement de position dominante collective commence à titre principal en se basant sur l'existence de liens juridiques et structurels entre les entreprises. Puis subsidiairement, en se basant la réunion des trois nouvelles conditions.

Tout comme l'Autorité française de la concurrence, la jurisprudence tunisienne, apprécie la dépendance économique, en tenant compte de la notoriété de la marque de la société

⁴⁹⁹ Décision du Conseil de concurrence 25 septembre 2003.

⁵⁰⁰ Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-342/99, 6 juin 2002.

dominante, ou de l'importance de la part de marché, de l'importance du chiffre d'affaires réalisée.⁵⁰¹ En l'espèce, dans cette décision du 25 décembre 2015, le Conseil a utilisé les critères suivants afin de justifier la dépendance économique de la société : « la notoriété de la marque, la part de marché considérable, le degré d'influence des grandes et moyennes surfaces dans le chiffre d'affaires réalisés par la requérante⁵⁰² et l'inexistence de solution alternatives de commercialisation⁵⁰³ »⁵⁰⁴.

Toutefois, cette décision du 25 décembre 2015 consacre les mêmes critères de la dépendance économique individuelle et fait abstraction de connivence entre les sociétés dominantes.

Si on compare avec la décision de l'ancien Conseil de concurrence français, la coordination est un critère considérable pour qualifier d'un abus de dépendance collective. Dans la décision numéros 08-D-31 du 10 décembre 2008 le Conseil exige « qu'il n'existe aucun élément au dossier permettant de soutenir de manière probante l'idée d'une coordination entre les comportements de Sony, Philips et Samsung à l'égard de la société concurrence qui pourrait fonder un hypothétique abus de dépendance collective invoque par la saisissante. En l'espèce dans notre étude de cette décision tunisienne du Conseil de concurrence, n'a pas étudié la présence de « coordination » entre les GMS dans leur comportement⁵⁰⁵.

§ 4- Les prix abusivement bas.

La fixation de prix excessivement bas est considérée comme une pratique anticoncurrentielle en vertu de l'article L.420-5 du Code de commerce, et elle est interdite lorsqu'elle a pour but ou pour résultat d'éliminer la concurrence et d'empêcher les concurrents d'entrer sur un marché ou de commercialiser l'un de leurs produits ou services.

Cette pratique ne relève ni de la revente à perte ni du prix prédateur (car il n'y a pas d'abus de position dominante). Seules, sont visées les ventes ou contrats de prestation de

⁵⁰¹ Décision du Conseil de concurrence, 17 septembre 2009, Affaire numéro 71142.

⁵⁰² En l'espèce le pourcentage qu'a réalisé la requérante avec les GMS sont considérable à l'exception avec la société Géant ou le degré d'influence est faible. Le conseil de concurrence décide de l'exclure de toute poursuite.

⁵⁰³ En l'espèce, la requérante fournit des produits hauts de gamme et biodégradable dont ses composantes sont végétales. Le conseil de concurrence estime que la requérante est dans une situation d'obligation de distribution ses produits dans ses GMS.

⁵⁰⁴ Décision numéro 121301 du 25 décembre 2015.

⁵⁰⁵ A. Knani, « La nouvelle jurisprudence du Conseil de la concurrence en matière d'abus de dépendance économique la dépendance économique collective », *info juridiques*, Février 2017.

services. L'article 420-5 du Code de commerce concerne à la fois les ventes directes des producteurs aux consommateurs et les reventes de produits transformés par les distributeurs aux consommateurs. Par conséquent, une stratégie de tarification excessivement basse peut être considérée comme une pratique de prédateur, interdite en vertu des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce.

Pour qualifier une pratique de prix abusivement bas conformément aux dispositions de l'article L.420-5 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence ⁵⁰⁶ requiert que trois conditions cumulatives soient satisfaites :

- « Le prix en cause doit être un prix de vente destiné au consommateur final ;
- Le niveau de prix proposé doit être insuffisant pour couvrir les coûts de production, de transformation et de commercialisation du produit ou service (les coûts étant évalués selon la méthode définie par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt AKZO du 3 juillet 1991 voir infra) ;
- Le prix pratiqué doit traduire une volonté ou une potentialité d'éviction d'un concurrent ou d'un produit ou service concurrent ».

A cette occasion, La Cour d'appel de Paris a⁵⁰⁷ défini la notion de consommateur comme : « La personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis »⁵⁰⁸.

La notion de prix abusivement bas définie à l'article L.420-5 du Code de commerce ne s'applique pas aux contrats régis par le droit de la commande publique.

⁵⁰⁶ Voir notamment la décision n° 06-D-23 du 26 juillet 2006 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique points 92 et suivants.

⁵⁰⁷ Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 3 juillet 1998, Société moderne d'assainissement et de nettoyage,

⁵⁰⁸ Dans cette affaire, le syndicat intercommunal pour le traitement des déchets ménagers de Fréjus-Saint Raphaël (SITOM) avait lancé un appel d'offres public en vue de l'extension d'une décharge. Une entreprise avait alors porté plainte devant le Conseil de la concurrence (actuellement l'Autorité de la concurrence), alléguant que l'un de ses concurrents pratiquait des prix excessivement bas. Afin de justifier l'exclusion de l'application de l'article L.420-5 du Code de commerce, la Cour d'appel de Paris a précisé que le SITOM ne pouvait pas être considéré comme un consommateur, car son objectif premier était de répondre aux besoins des habitants des communes relevant du SITOM, plutôt que de satisfaire ses propres besoins.

Pour qu'une pratique soit considérée comme litigieuse en vertu de l'article L.420-5 du Code de commerce, il est impératif que les prix proposés soient manifestement inférieurs aux coûts engagés pour la production, la transformation et la commercialisation. Il ne suffit pas de simplement constater des prix 40% à 50% inférieurs aux tarifs couramment pratiqués.⁵⁰⁹ En outre, le prix appliqué doit refléter une intention d'évincer délibérément un concurrent ou avoir le potentiel d'entraîner son éviction. Comme souligné dans une décision antérieure du Conseil de la concurrence (précurseur de l'autorité de concurrence actuelle), il est nécessaire que cette pratique perdure suffisamment longtemps « pour évincer les concurrents, dans l'espoir de récupérer les pertes subies en pratiquant des prix élevés une fois les concurrents sortis du marché⁵¹⁰ ». De plus, cette définition implique que, « d'une part, les concurrents ne puissent pas supporter des prix bas pendant une période prolongée, les incitant ainsi à quitter rapidement le marché, et d'autre part, que des obstacles significatifs à l'entrée sur ce marché soient présents. Ceci garantit que des prix élevés pratiqués à l'avenir ne conduisent pas au retour des concurrents évincés ou à l'arrivée de nouveaux acteurs. »⁵¹¹.

Des règles particulières sont prévues pour les territoires ou départements d'outre-mer. En outre, l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 prohibe en l'article L.442-7 du code de commerce le prix de cession abusivement bas de produits agricoles.

Quant à la législation tunisienne, elle interdit également « toute offre de prix ou pratique de prix abusivement bas susceptible de menacer l'équilibre d'une activité économique et la loyauté de la concurrence sur le marché⁵¹² » sur le fondement de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015. En réalité, cette infraction a été instaurée par la loi 2005-60 du 18 juillet 2005, qui a pour objectif de proscrire toute offre de prix ou pratique de prix excessivement bas susceptible de perturber l'équilibre d'une activité économique et la loyauté de la concurrence sur le marché. Cette disposition a été maintenue depuis. En pratique, cette prohibition est généralement constatée dans le cadre de marchés publics. Cela peut se faire à n'importe quelle étape du processus d'appel d'offres, c'est-à-dire avant ou après la signature du contrat. La règle s'inspire de la législation française qui interdit « les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour

⁵⁰⁹ Cons. Conc n° 2-D-66 du 6 Nov2002, société d'assurance directe.

⁵¹⁰ Décision n° 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC-Ciné cité.

⁵¹¹ Décision n° 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC-Ciné cité.

⁵¹² Article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015.

effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits⁵¹³ ». Cependant, la jurisprudence française a évolué pour limiter son application aux « consommateurs finaux » et ainsi exclure son application aux offres d'achat public régies par le droit de la commande publique.

Section 1. 2. Le régime juridique des pratiques anticoncurrentielles.

L'autorité publique se manifeste par un véritable pouvoir de régulation et d'encadrement. Ces prérogatives sont motivées par la nécessité de régulation d'une production ou par le caractère sensible de certains marchés. Il peut s'agir de marché concurrentiel sensible par nature ou concernant de nouveaux secteurs. On analysera d'abord dans cette thèse quelques exemple de marchés sensibles (§1) avant de s'intéresser aux sanctions et exemptions des pratiques anticoncurrentielles (§2)

§1- Les exemples de pratiques concurrentielles dans des secteurs spéciaux : un nouveau défi.

La notion de marché sensible pousse les autorités publiques à encadrer et à réguler leur fonctionnement. On pense au secteur financier, bancaire, au cœur de l'économie ayant une fonction importante de conservation de l'épargne des ménages et de financement de l'économie (A). Un nouveau marché émerge dont la régulation est devenue essentielle. On pense au *digital market* ou marché numérique (B).

I- Régulation du secteur bancaire.

Traditionnellement, en France tout comme la Tunisie, l'intervention publique était marquée par la monopolisation de secteurs de réseau (poste, télécommunications, transport ferroviaire, électricité). Depuis les années 1990, ces secteurs ont été ouverts à la concurrence. Ainsi, afin d'éviter tous conflits d'intérêts, l'Etat avait pour responsabilité de confier la régulation à des autorités plus ou moins indépendantes.

Le secteur bancaire et financier français, offre plusieurs services regroupés dans une opération de banque (comme la réception de fonds publics, opération de crédit...) et de services d'investissement. Ainsi, plusieurs y opèrent comme les établissements du secteur bancaire (les

⁵¹³ Article L420-5 du Code de commerce français.

établissements de crédit, les caisses de crédit municipal...), les prestataires de service de paiement, les prestataires d'investissement.

L'Autorité publique régule le secteur bancaire et financier en présentant deux fonctions appartenant à l'Etat : une réglementation sectorielle établie *a priori* par une autorité ministérielle et une fonction de régulation établie par une autorité indépendante.

Ainsi, la loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1er août 2003 a permis la séparation entre la mission de contrôle de la qualité de la situation financière des institutions et la mission de régulation des marchés visant à protéger leur fonctionnement Cette loi confie à l'AMF⁵¹⁴, l'Autorité des marchés financiers d'encadrer les opérations sur les marchés financiers.

La crise des *subprimes* de 2008 a ouvert un débat sur le fonctionnement des autorités de supervision du marché. C'est ainsi que l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 vise à fusionner des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance tout en mettant en place des procédures d'urgence, des mécanismes de sauvegarde, des procédures disciplinaires et les sanctions associées. Cette ordonnance crée l'autorité de contrôle prudentiel (ACP). La réforme de la loi bancaire en août 2013, confie de nouveaux pouvoirs à l'ancienne ACP, qu'on l'appelle aujourd'hui, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution⁵¹⁵ (ACPR)⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Remplace la commission des opérations de bourse et le conseil des marchés financiers. Les dispositions sont codifiées à l'article L.621-1 et suivant du code monétaire et financier (CMF). Sa mission est de veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instrument financiers.

⁵¹⁵ L'autorité disposera également de pouvoir de police (art L 612-30 à L 612-37 du CMF) l'autorisant à prendre plusieurs types de mesures dans le respect du principe du contradictoire et de la transparence : mise en garde lorsque les pratiques portent atteinte aux règles de bonne pratique de la profession, mesures conservatoires, et modalité d'administration provisoire. Les articles L.612-38 à L.612-42 du CMF définissent le pouvoir disciplinaire de l'autorité qui peut prononcer des sanctions professionnelles et pécuniaires.

⁵¹⁶ L'ACPR a également pour mission d'assurer la protection des clients des établissements sous son contrôle. Cette mission passe par le contrôle du respect de l'application : des dispositions législatives et réglementaires en matière de protection des consommateurs, des règles et codes de bonne conduite et de bonnes pratiques édictées et approuvées à la demande d'une association de professionnels, des recommandations de l'ACPR. Comme précisé par l'article L612-1 du CMF, « elle veille également à l'adéquation des moyens et procédures que ces personnes mettent en œuvre pour respecter le livre Ier du code de la consommation ». Cette fonction est assurée au sein de l'ACPR par la Direction du contrôle des pratiques commerciales. Cette dernière travaille en étroite collaboration avec l'AMF dans le cadre de leur pôle commun en matière de protection des consommateurs. Elles sont ensemble chargées de contrôler les produits bancaires et financiers, dont les produits d'assurance, commercialisés sur le territoire français.

En novembre 2021, la Commission européenne sanctionne et ordonne une amende de plus de 344 millions d'euros aux banques Barclays, Royal Bank of Scotland, HSBC et Crédit Suisse, pour entente sur le marché des opérations de change. Ces ententes retenaient la négociation des onze devises qui sont réputées avoir un grand nombre de transactions dans le monde, dont l'euro, le dollar américain, la livre sterling, le yen japonais et le franc suisse. Sur le fondement de la communication de 2006 sur la clémence, UBS a bénéficié d'une immunité totale, pour avoir révélé l'existence des ententes, évitant une amende de 94 millions d'euros. Grace à leur collaboration à l'enquête, les trois établissements britanniques Barclays, RBS (renommé NatWest en 2020) et HSBC ont réussi à parvenir à une réduction de leur amende pour avoir reconnu les faits et avoir collaboré à l'enquête. Leurs sanctions financières « s'élèvent respectivement à 54,3 millions d'euros, 32,5 millions d'euros et 174,3 millions d'euros ⁵¹⁷ ».

En ce qui concerne la Tunisie, un cas récent d'accord anticoncurrentiel au sein du secteur bancaire a été relevé par le Conseil de la concurrence dans le cadre de sa mission visant à préserver l'intérêt public économique et à protéger les consommateurs. La question dont il a été saisi concerne les pratiques bancaires chargeant le remboursement reporté des prêts pour cause de pandémie. Il existe de sérieux indices sur des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur bancaire à travers certaines banques à prélever des charges supplémentaires sur les tranches de prêts bancaires dont le remboursement a été reporté en raison de la pandémie du coronavirus.⁵¹⁸

II-Pratique anticoncurrentielle et secteur numérique, un débat récent.

Le droit de la concurrence connaît une évolution sous l'effet de l'activité économique numérique, activité aux caractéristiques particulières.

1- Le droit de la concurrence et les *Big tech*.

Grâce à l'essor des plateformes numériques d'ampleur mondiale, l'évolution des technologies numériques (algorithmes, intelligence artificielle, blockchain), ainsi que la rupture de certains secteurs de l'économie traditionnelle par de nouveaux types d'opérateurs

⁵¹⁷ Crédit Suisse écope de 83,3 millions d'euros d'amende, lematin.ch, Publié 2 décembre 2021, [En ligne] <https://www.lematin.ch/story/le-credit-suisse-ecope-de-83-3-millions-d-euros-d-amende-936347232098>

⁵¹⁸ Premier vice-président du Conseil de la Concurrence, Mohamed Ayadi. Dans un post publié sur sa page Facebook.

impactent le droit de la concurrence qui semble en perpétuelle évolution. Aujourd'hui, la place des plateformes dans l'économie est au cœur du débat en France, en Europe et dans le reste du monde, et laissent leurs autorités nationales de concurrence devant un nouveau défi.

Il est alors opportun d'apporter des ajustements au cadre légal, notamment en termes de concurrence, de fiscalité ou encore de dimension sociale. S'agissant de la politique de concurrence, il convient de réfléchir aux pratiques anticoncurrentielles dans le secteur numérique notamment en ce qui concerne les abus de position dominante ainsi qu'aux contrôles des concentrations. Contrairement à la France et l'UE en général, la Tunisie n'a pas encore accordé une grande importance à ce secteur. Le pays se concentre plutôt sur d'autres priorités, telles que la réforme des mécanismes traditionnels du fonctionnement concurrentiel des marchés avant de développer le secteur numérique.

A l'échelle européenne, la Commission européenne, au début de l'année 2020 et avec le début de son nouveau mandat propose des nouvelles mesures dans ce domaine, et propose diverses initiatives législatives, en rapport avec la régulation de la concurrence.

Ces géants de la tech (Big tech) symbolisés par les fameux GAFAM (acronyme des 4 grandes entreprises du numérique Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft) ont acquis une telle importance qu'elles peuvent représenter une menace pour le fonctionnement concurrentiel des marchés dans lesquels elles sont dominantes. Par exemple, la Commission européenne a sanctionné Google, en 2017 pour avoir favorisé son site de commerce en ligne Google Shopping (2017)⁵¹⁹. De plus, la Commission européenne a annoncé en 2019, qu'elle allait enquêter sur les pratiques d'Apple « en matière d'accès à certaines fonctionnalités des iPhones, telles que le blocage des antennes NFC nécessaires aux solutions de paiement sans contact concurrentes d'Apple Pay⁵²⁰».

Par conséquent, la Commission européenne vise à donner une place centrale au numérique dans son programme d'action. En outre, des initiatives de modernisation du cadre législatif régissant les interventions des autorités sont en cours de réflexion dans des pays tels que l'Allemagne, le Royaume-Uni, le Benelux, l'Autriche et l'Australie.

⁵¹⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_17_1784.

⁵²⁰ Autorité de concurrence, Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 Février 2020.

En parallèle, à l'échelle nationale l'Autorité de la concurrence française mène aussi une réflexion pour une éventuelle réforme législative des plateformes numériques structurantes⁵²¹ tant national qu'européenne. Pour cela, l'Autorité de la concurrence propose de mettre en place un régime de prévention et de sanction spécifique à ces acteurs. En effet, si l'on applique le régime classique de contrôle de concurrence sur les plateformes dites "structurantes" qui possèdent un pouvoir de marché immense en raison de leur statut de " contrôleur d'accès " (*gatekeeper*⁵²²), on pourrait les qualifier de position dominante. Cependant, cette règle classique peut sembler mal adaptée pour les acteurs nouveaux ou modernes sur le marché numérique avec plusieurs plateformes de tailles différentes. Plusieurs études ont été réalisées tant par des rapports de la Commission européenne⁵²³, et le rapport *Stigler*⁵²⁴ ou encore par des projets de loi discuté dans certains des États membres. Ces publications suggèrent l'intervention rapide des autorités de la concurrence en amont pour prévenir les risques de distorsions de concurrence causés par ces acteurs "structurants".

D'autres réflexions ont été abordées par l'Autorité au cours des échanges avec les autorités de concurrence du G7, qui ont abouti à l'adoption du « *Common Understanding on Competition and the Digital Economy* », ou accord commun sur « *Competition and digital economy* » présenté en 2019 lors du sommet du G7 Finance à Chantilly⁵²⁵. L'Autorité désire examiner les données d'utilisateurs dans l'économie numérique en appréciant l'avantage concurrentiel de l'accès aux données et les éléments qui peuvent constituer une barrière à l'entrée pour les nouveaux entrants du domaine⁵²⁶. Ainsi, pour lutter contre les pratiques de ces acteurs, les autorités de concurrence ont prouvé leur aptitude à prendre en compte les agissements des acteurs du monde numérique, en utilisant des raisonnements novateurs ou en

⁵²¹ L'ARCEP définit la notion la plateforme numérique structurante comme : « *tous opérateurs de plateforme en ligne ou fournisseurs de systèmes d'exploitation qui, en particulier du fait de leur activité d'intermédiation dans l'accès aux services et contenus d'Internet, et de par leur importance, sont en mesure de limiter de manière significative la capacité des utilisateurs à exercer une activité économique ou à communiquer en ligne* ».

⁵²² Désigne dans le domaine de la communication, les intermédiaires chargés de gérer l'accès de certaines informations ou événements à la sphère publique, par le choix de la médiatisation. Par exemple, les journalistes sont des *Gatekeepers* qui jouent le rôle de « portier » : ils laissent entrer certaines informations dans le champ public, et en bloquent d'autres.

⁵²³ Competition Policy for the digital Era, Final report, mai 2019.

⁵²⁴ Stigler Committee on Digital Platforms, report, juillet 2019.

⁵²⁵ Autorité de la concurrence, G7/Accord commun "droit de la concurrence et économie numérique", 18 juillet 2019.

⁵²⁶ Autorité de concurrence, Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 Février 2020.

appliquant des solutions éprouvées à des éléments innovantes. Cela a été le cas lors de la décision de la Commission européenne en 2019 concernant Google AdSense⁵²⁷.

En effet, les géants de la tech « tirent leur puissance non seulement de leur croissance interne mais aussi, d'une politique active d'acquisitions stratégiques »⁵²⁸. La proposition de l'Autorité de la concurrence, présentée le 21 février 2020, avait pour but d'améliorer le contrôle des stratégies d'acquisitions utilisées par les acteurs ayant une position structurante sur le marché. Pour ce faire, l'autorité propose en premier lieu l'instauration d'une obligation d'information à la Commission européenne et/ou des autorités de concurrence compétentes sur toutes les concentrations, telles que définies à l'article 3 du règlement 139/2004, mises en œuvre sur le territoire européen par les entreprises considérées comme "structurantes", en se basant sur des critères objectifs.

En second lieu, l'autorité recommande d'ajouter aux seuils actuels de notification obligatoire, un mécanisme de notification qui peut être initié par une autorité de concurrence sur la base d'une surveillance de la concurrence. Ce système est mis en place dans certains pays européens (Estonie, Norvège, Suède), ainsi qu'aux États-Unis et au Japon. Pour garantir la sécurité juridique des entreprises, ce pouvoir de notification ne pourrait être utilisé que si certaines conditions bien définies sont satisfaites. Dans cette optique, l'autorité suggère la publication de lignes directives afin de clarifier les modalités d'exercice de cette compétence.

Au cours de l'année dernière, l'Union européenne a placé le secteur de l'audiovisuel en tête de ses priorités pour résoudre les inégalités. La décision du 9 avril 2020 dans l'affaire Google relative aux droits voisins a permis de clarifier les problématiques en jeu et de redéfinir le secteur audiovisuel.

L'Autorité de la concurrence envisage de mettre en place un service dédié à l'économie numérique afin de tenter de contrer cette problématique de la *Big data* et à l'intelligence artificielle pour améliorer ses capacités d'investigation et déceler des comportements anticoncurrentiels. Cette détermination de lutte est devenue essentielle notamment après la sanction infligée à Apple en mars 2020 pour entente et abus de dépendance économique qui a profité de la position dominante de la marque auprès de ses distributeurs haut de gamme. Le

⁵²⁷ Communiqué de presse de la commission européenne, Antitrust : la Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne, 20 mars 2019, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_1770.

⁵²⁸ Synthèse 2019 de l'autorité de concurrence.

montant de la pénalité, chiffré à 1,1 milliard d'euros, démontre l'ampleur économique significative des marchés impliqués.

Le 14 juin 2023, le Parlement européen a adopté un projet de texte et un mandat de négociation concernant les premières réglementations mondiales relative à l'intelligence artificielle (IA)⁵²⁹. Cette réforme a pour but d'établir un ensemble de règles réglementaires qui s'appliqueront à toutes les parties prenantes de l'industrie de l'Intelligence artificielle ayant des liens avec le marché européen. Ce projet de texte représente une étape cruciale dans la création de cette nouvelle réglementation mondiale qui vise à contrôler l'utilisation de l'intelligence artificielle en fonction du niveau de risque qu'elle engendre. Ce projet de texte qui peut être achevé d'ici l'année prochaine et avant les élections de 2024 au Parlement européen, pourrait avoir une incidence décisive sur tous les domaines où l'Intelligence artificielle est primordiale. Dans le but de répondre aux dangers tout en encourageant l'innovation, cette réforme devra concilier ces deux objectifs de manière équilibrée afin de faire de l'Union européenne une référence en matière d'intelligence artificielle.

2- Les reformes juridiques relatives aux enjeux numériques de la concurrence.

Les insuffisances en matière de détection et de répression des pratiques anticoncurrentielles dans le domaine des plateformes numériques montrent que les règles de concurrence présentent des lacunes. Il est donc essentiel de moderniser le droit de la concurrence pour remédier à ces faiblesses.

Après de longues années de batailles judiciaires incessantes contre les géants du web, suivies de sanctions prononcées *a posteriori*, l'Union européenne a finalement mis en vigueur en mai 2022 un ensemble de règlement (le Digital Market Act et le Digital Service Act). Ces règles, au nombre d'une vingtaine d'articles, sont applicables à toutes les plateformes souhaitant se livrer au "business". L'objectif de cette réforme est de décourager ces plateformes de mettre en péril leurs concurrents européens ou de leur imposer des pratiques commerciales abusives.

La présentation de ces deux textes par l'Union européenne marque une nouvelle direction dans la réglementation des acteurs du numérique. Elles auront des répercussions

⁵²⁹ Le vote a été comme le suivant : 499 voix pour, 28 voix contre, 93 abstentions.

mondiales, car elles seront la source d'inspiration d'autres lois nationales, et les grandes plateformes s'y conformeront en Europe. Pour une efficacité économique, elles appliqueront certainement les critères européens sur d'autres marchés. La DMA s'applique aux « contrôleurs d'accès » ou aux « *gatekeepers* ». Cette réforme juridique vise à prévenir les comportements abusifs qui se dissimulent derrière les intermédiaires en ligne, tels que les moteurs de recherche, les réseaux sociaux ou les services commerciaux. Le texte vise exclusivement les plus importantes plateformes en vigueur : les GAFAM⁵³⁰ et quelques autres groupes systémiques comme Booking ou le réseau social chinois TikTok. je fi.

Le droit de la concurrence qui sanctionne *ex post* les ententes et les abus de position dominante semble trouver ses limites pour réguler efficacement les marchés numériques, car on constate que les *Big tech* n'ont aucune difficulté à régler leurs sanctions financières. Ainsi, il est donc impératif de mettre en place une régulation préventive (*ex ante*) afin de préserver la stabilité du marché. Les sanctions imposées par les instances de la Commission européenne ou les autorités nationales de la concurrence se font généralement trop tardivement et à l'issue de longues enquêtes. Cette lenteur, sans même évoquer les voies de recours ultérieures, n'incite pas les géants de l'internet à modifier en profondeur leur conduite. Par conséquent, grâce à l'entrée en vigueur depuis le 2 mai 2023 des deux textes : le Digital Market Act (DMA) et le Digital Service Act (DSA), l'Union européenne aspire à s'imposer comme un leader mondial dans le domaine de l'économie numérique.

Les législateurs américains semblent influencés par l'exigence d'une régulation des GAFAM, mais la solution du démantèlement ne semble pas être la plus favorisée. Cela est principalement dû à la complexité du processus. Le précédent échec du démantèlement de Microsoft n'encourage pas à opter pour une telle réforme.

Plusieurs arguments remettent en question l'efficacité de ces nouvelles mesures. La division des géants ne mettrait pas fin aux monopoles, mais plutôt les répartirait dans différents secteurs, ce qui ne réduirait que marginalement le pouvoir et le contrôle des GAFAM sur les données. De plus, il y a des inquiétudes quant à savoir si la Chine et ses géants, les BATX (Baidu, Alibaba et Xiaomi), pourraient en tirer profit de ces réformes européennes. En effet, la Chine n'est pas prête à prendre les mêmes mesures européennes en matière concurrentielle et pourrait alors profiter de la division des GAFAM à l'échelle européenne. Tous ces éléments

⁵³⁰ Google ; Apple; Facebook (Meta); Amazon; et Microsoft.

suscitent des incertitudes sur l'application immédiate de cette résolution et indiquent plutôt que la législation devrait instaurer des dispositions plus rigoureuses, dont la violation peut entraîner le démantèlement. Faut-il alors démanteler les géants de la tech (big tech) ? Logiquement, si les start-ups commencent à générer le rachat incessant, l'abus de position dominante ne sera que renforcé. Il fallait donc limiter ces fusions. Toutefois, des auteurs comme BENGHOZI, ces startups se concurrencent elles-mêmes, « les plus grands concurrents des GAFAM sont les GAFAM eux-mêmes ⁵³¹».

Après une enquête lancée en juin 2021, la Commission européenne a l'intention de déposer une plainte contre Google. Elle l'accuse de dominer le secteur publicitaire en étouffant la concurrence. La Commission estime que grâce à sa régie publicitaire, Google est omniprésent dans les technologies publicitaires. En effet, on retrouve les services Google partout : du côté des annonceurs (*Google Ads* et *DV 360*) et des éditeurs (*DoubleClick for Publishers* - *DFP*). Google contrôle tous les aspects de la chaîne de valeur et favorise sa propre bourse d'annonces *AdX*, au détriment de ses concurrents dans les enchères gérées via ses serveurs. La Commission constate que Google a abusé de sa position dominante.

Pour la Commission, « cela conduit à une position où Google se trouve confronté à des désaccords d'intérêts fondamentaux. Par conséquent, la Commission conclut provisoirement que la seule méthode pour répondre à ses préoccupations en matière de concurrence serait que Google soit contraint de se séparer d'une partie de ses services »⁵³². La Commission européenne cherche progressivement à démanteler Google de manière implicite.

3- Le droit de la concurrence et les données personnelles.

La notion de respect de la vie privée a été introduite dans le droit français à travers l'article 9 du Code civil en 1970. Ce n'est qu'en 1999 que le Conseil Constitutionnel l'a reconnu comme étant une condition essentielle à la liberté et liée aux principes énoncés dans la

⁵³¹ J.P. Benghozi et alii, « Faut-il démanteler les GAFA ? », *Regards croisés sur l'économie*, Paris, La Découverte, vol. 0(2), 2019, pp. 235-243.

⁵³² Communiqué de la Commission européenne, « *La Commission adresse une communication des griefs à Google concernant des pratiques abusives en matière de technologies de publicité en ligne* », disponible sur : https://france.representation.ec.europa.eu/informations/la-commission-adresse-une-communication-des-griefs-google-concernant-des-pratiques-abusives-en-2023-06-14_fr

Déclaration des droits de l'homme de 1789 texte à valeur constitutionnelle. En 2006, la Charte des droits fondamentaux a classé cette notion comme un droit fondamental ⁵³³.

En vertu de l'article 4 du Règlement général sur la protection des données 2016/679, les données personnelles sont définies comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...] ; est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

Les critiques sont nombreuses concernant la propriété des données. Il est question d'une *maîtrise* plutôt que d'une propriété. Pour les opposants à ce droit de propriété, les détracteurs de ce droit de propriété estiment que les données personnelles ne devraient pas être considérées comme faisant partie du patrimoine.⁵³⁴ MARIE ANNE FRISON-ROCHE décrit ces données comme des « métadonnées, en ce qu'elles permettent une transfiguration de la statistique à partir des informations sur le passé pour en tirer des conclusions sur le futur, pourraient conduire juridiquement des entreprises à prétendre être « propriétaires du futur » des personnes et à le vendre⁵³⁵ ». Elle souligne l'importance de ne pas accorder une indépendance excessive aux données, c'est-à-dire de ne pas les détacher de la personne à qui elles ont été prélevées. Considérer la donnée comme issue de la personne, c'est la considérer comme faisant partie intégrante du sujet de droit. Si une autonomie trop grande lui est accordée, alors ceux qui en deviendront propriétaires pourront en disposer à leur guise. En effet, la propriété confère le droit de jouir, d'utiliser, de disposer et de transmettre les biens acquis, conformément à l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) est en principe directement applicable dans tous les États membres de l'Union européenne, sans qu'il soit nécessaire de le transposer en droit national, étant donné qu'il a un effet direct. Son objectif est

⁵³³ C'est l'Article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui protège les données à caractère personnelle, et qui en fait un droit fondamental. Aux États Unis c'est le 4eme amendement de la Constitution qui définit un droit de protection de la vie privée, mais seulement à l'égard du gouvernement. De ce fait, il ne protège aucunement les atteintes à la vie privée commises par des acteurs privés.

⁵³⁴ F. Matatia et M. Yaïche., « Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir au régime traditionnel de propriété ? » *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2015/114, p. 60.

⁵³⁵ Marie Anne Frison-Roche, *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, Avril 2019.

de responsabiliser les entreprises et de supprimer les formalités préalables auprès des autorités de contrôle (comme la CNIL en France). À partir du 25 mai 2018, la CNIL sera en mesure d'imposer des amendes administratives.

Dans le cadre de cette thèse, l'accent sera mis davantage sur la relation entre les données personnelles et le droit de la concurrence.

L'économie numérique a fait émerger deux notions avec des effets très complexes : la protection de la vie privée et le droit de concurrence. La protection de la vie privée est étroitement liée à la définition de données personnelles, qui est définie dans l'article du RGPD comme toute information permettant d'identifier une personne physique, directement ou indirectement (par exemple, nom, prénom, numéro de téléphone, voix ou image).

Ainsi, la protection légale des données personnelles – *privacy* – et la politique de la concurrence – antitrust – peuvent être présentes si elles ont un impact irrégulier sur le bien-être commun, car l'antitrust se concentre sur la garantie d'une gamme optimale de choix pour les consommateurs sur les marchés, tandis que la *privacy* vise à protéger leurs choix contre toute exploitation dommageable de leurs données. Ces deux notions peuvent renforcer ou détériorer la protection de ces données. En effet, la *privacy* peut soit à renforcer la position dominante de certaines entreprises soit, au contraire, à prévenir l'émergence de positions dominantes sur le marché des données personnelles. La concentration de données personnelles à travers la fusion des grandes plateformes numériques telle que la fusion de Google et de *DoubleClick* en 2008, ou plus récemment entre Facebook⁵³⁶ et WhatsApp⁵³⁷, ont suscité des interrogations chez les économistes quant aux effets croisés de la *privacy* et l'antitrust.

Dernièrement, une autre décision s'ajoute à la liste et émane cette fois-ci de l'Autorité de la concurrence fédérale allemande du 7 février 2019. Après trois années de contrôle visant les activités de Facebook outre-Rhin, le Bundeskartellamt (l'autorité de la concurrence fédérale Allemande) a pris cette décision exigeant que Facebook obtienne le consentement de l'utilisateur avant de fusionner des données. Deux sources de données croisées ont été identifiées : les informations provenant des réseaux sociaux Instagram et WhatsApp (filiales

⁵³⁶ Une nouvelle amende de 225 millions d'euros a été infligée en 2021 à Facebook par la CNIL irlandaise au nom de la commission européenne pour ne pas avoir suffisamment informé les utilisateurs de WhatsApp sur l'utilisation de leurs données personnelles comme exige par le RGPD,

⁵³⁷ Facebook procède à l'utilisation des numéros de téléphone entre sur WhatsApp. La commission ordonne une amende de 110 millions d'euro à Facebook pour avoir fourni des renseignements inexacts ou dénaturés au cours de l'enquête.

de Facebook) et les données collectées à partir de sites web et d'applications tierces, via les boutons "j'aime" et "partager" intégrés à ces sites. La spécificité du raisonnement consiste pour l'Autorité de la concurrence à aborder pour la première fois la question du Règlement Général de Protection des Données (RGPD) afin de qualifier un abus de position dominante. Cette situation est caractérisée par deux éléments : une position dominante sur un marché déterminé (en l'occurrence les réseaux sociaux) et l'identification d'un abus de cette position. La position dominante de Facebook est avérée grâce à sa part de marché de plus de 95% d'utilisateurs actifs quotidiennement sur le réseau social. Dans un second temps, l'Autorité allemande détermine que Facebook a abusé de sa position en ayant accès à un grand nombre d'informations grâce à des conditions d'utilisation non conformes au RGPD. Cette décision très remarquée marque pour ainsi dire une véritable avancée dans la prise en compte des règles de protection des données dans l'analyse concurrentielle.

Autre exemple concerne celui de l'affaire Google. En effet, les plateformes numériques se basent sur la collecte et l'exploitation de données fournies par les clients (informations de profil) ou obtenues de manière indirecte grâce aux cookies. En l'espèce, le 7 décembre 2020, le CNIL a infligé une amende à Google d'un montant de 100 millions d'euros pour « non-respect des règles sur les cookies traceurs ». En effet, Google avait implanté des cookies publicitaires sans avoir obtenu au préalable le consentement de l'utilisateur, et n'avait pas fourni d'informations sur les finalités des cookies ni sur les moyens de les refuser.⁵³⁸ En l'espèce, Google avait saisi le CE et a sollicité l'annulation de la sanction infligée par la commission en arguant de l'incompétence matérielle de la CNIL. Le CE a confirmé l'injonction de mise en conformité des traitements prononcée par l'autorité de contrôle.

Face à la pression des régulateurs, Google a déclaré qu'il apporterait des modifications significatives à la suppression des cookies tiers via son nouveau programme *Privacy Sandbox*. Cependant, cette initiative a été accueillie avec beaucoup de réticence et suscite un débat ouvert entre les différentes autorités nationales de la concurrence concernant un possible comportement anticoncurrentiel de la part de Google ⁵³⁹.

⁵³⁸ SAN-2020-012 du 7 décembre 2020, société google LLC et Google Ireland limited.

⁵³⁹ À la suite des nombreux retours négatifs et le débat des pratiques anticoncurrentielles, Google s'est dirigé vers une autre proposition c'est le " Topics". L'utilisateur pourrait lui-même choisir les sujets qui l'intéressent en fonction de son historique de navigation sans que les sites visités soient connus par les tiers.

Le problème en matière de concurrence réside dans le fait que les concurrents qui ne disposent pas d'un grand nombre de données peuvent être désavantagés et avoir une capacité limitée à se positionner sur le marché et à développer leur entreprise. Cela s'applique notamment aux GAFAM qui détiennent une part importante d'utilisateurs sur le marché et peuvent limiter la concurrence en érigeant des barrières à l'entrée pour les nouveaux venus ou en marginalisant les concurrents les plus modestes. Leur position dominante a pour but de limiter la concurrence par des pratiques d'éviction telles que l'établissement d'un accès discriminatoire aux informations, la vente liée ou l'utilisation croisée de données.

Au fil des années, la protection de la vie privée est devenue un domaine sensible de régulation économique qui peut affecter les bénéfices des entreprises. Elle peut avoir un effet sur la concurrence en limitant leur capacité d'innovation ou en leur imposant des coûts lorsqu'elles doivent se conformer à des règles juridiques contraignantes.

Il faut alors l'intervention de l'autorité publique afin de mettre en place un équilibre entre protection des données et droit de la concurrence. Leur traduction juridique est la législation européenne *Digital Market Act* et *Data Governance Act* en vigueur depuis mai 2023.

Il a été proposé de favoriser la portabilité des données en vue d'encourager la concurrence en facilitant le changement de prestataire. Certains pays ont un certain nombre de programme de portabilité des données. Le règlement RGPD a instauré le droit à la portabilité à l'article 20 « les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle, lorsque: a) le traitement est fondé sur le consentement en application de l'article 6, paragraphe 1, point a), ou de l'article 9, paragraphe 2, point a), ou sur un contrat en application de l'article 6, paragraphe 1, point b); et b) le traitement est effectué à l'aide de procédés automatisés. »

En réalité, il est essentiel de distinguer entre le droit de portabilité et le droit d'accès. A la différence du droit d'accès, le droit de portabilité se limite uniquement aux informations fournies par la personne et traitées en vertu de son accord, alors que le droit d'accès couvre l'ensemble des données personnelles.

Ceci permettra d'éviter les effets du « *Lock in* » c'est-à-dire où l'utilisateur sera piégé dans un seul service et ne pourra pas ou aura du mal à changer de fournisseur. Cependant, le droit à la portabilité est rarement exercé car il est très coûteux et nécessite la mise en place d'outils d'interopérabilité entre les services. En effet, la décision de changement du consommateur entraînera des frais importants pour les prestataires de services en ligne, ce qui entraînera une augmentation des prix ou une augmentation de la publicité tout en réduisant la qualité du service.

§2- Les exemptions et les sanctions.

Les autorités publiques ont largement développé leur rôle de protection de caractère concurrentiel du marché. L'Etat doit être le gardien et doit assurer le respect des règles d'une libre concurrence par les opérateurs. Le droit de la concurrence sanctionne les pratiques anticoncurrentielles appliquées aux opérateurs économiques, y compris les opérateurs publics (II). Cependant, les autorités publiques peuvent, conformément à la loi, accorder une possibilité d'exemption à cette règle, même si elle est assortie d'une possibilité d'exemption prévue à l'article 101 du TFUE et basée sur la contribution au progrès économique (II).

I- Les exemptions.

Les autorités de concurrences et les juridictions nationales vont sanctionner les pratiques contraires aux articles 101 et 102 TFUE. Cependant, une entreprise peut éviter toute condamnation lorsque les pratiques sont conformes à un texte législatif ou réglementaire. D'autres pratiques anticoncurrentielles peuvent être exemptées en droit interne, Elle concerne d'une part l'exemption individuelle (a) et l'exemption catégorielle d'autre part (b).

1- Exemption individuelle.

Sur le fondement des articles 101 paragraphe 3 TFUE ou L.420-4 Code de commerce pour le droit interne, les pratiques prohibées doivent contribuer « à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces

objectifs, b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence »⁵⁴⁰.

Ces conditions sont cumulatives et sont détaillées dans une Communication de la Commission européenne du 27 avril 2004⁵⁴¹. La notion du « progrès économique » est qualifiée de « gains d'efficacité », susceptibles de justifier une pratique anticoncurrentielle et est retenue par l'autorité de concurrence. Pour la Communication de 2004, la notion de gains d'efficacité est purement économique et peut être de nature quantitative (par exemple diminution des coûts) ou qualitative (par exemple progrès technologique ou technique, environnement)⁵⁴². Ainsi, les restrictions de concurrence par objet ou par effet peuvent profiter d'une exemption individuelle.

En droit interne, la loi NRE du 15 mai 2001 a ajouté une condition qui est « la création et au maintien d'emploi » comme facteur d'exemption⁵⁴³. Toutefois, la protection de l'emploi est considérée comme un élément insuffisant pour exempter une pratique anticoncurrentielle. L'article L. 420- 4, III du Code de commerce évoque aussi la notion « d'efficience économique » comme motif d'exemption. Ces arguments économiques sont rarement invoqués par l'autorité de la concurrence.

Il est possible de contester la décision d'exemption auprès des autorités de concurrence en se référant aux articles 5 et 6 du règlement 1/2003. Dans ce contexte, les entreprises ont la possibilité de présenter des engagements afin que leur accord soit exempté.

L'article L. 420- 4 du Code commerce français, prévoit que, tout comme les ententes, les pratiques d'abus de position dominante de l'article 420- 2 peuvent être justifiées par la loi ou le progrès économique. Cette loi peut surprendre quelques-uns, car il est étrange qu'un abus puisse être justifié et même puisse être exempté. En l'espèce, un seul arrêt a exempté une pratique abusive en se fondant sur l'article L. 420- 4 du code commerce. La Cour de cassation a critiqué un arrêt d'appel qui avait retenu « l'abus de position dominante de la société Nikon ayant réservé le service après- vente à des réparateurs agréés, sans vérifier si les pratiques dénoncées n'étaient pas justifiées par des nécessités objectives, tenant en la mise en place d'un service de qualité, qui ne peut être assuré sans le contrôle permanent de l'importateur que par

⁵⁴⁰ Article 101 paragraphe 3 TFUE.

⁵⁴¹ Communication. no 2004/ C101/ 08, Commission, 27 avril 2004, relatives à l'application de l'article 81, § 3.

⁵⁴² Communication no 2004/ C101/ 08, Commission, 27 avril 2004 et Lignes directrices relatives à l'application l'article 81, § 3, préc.

⁵⁴³ A. Pirovano, « Droit de la concurrence et progrès social », *D.* 2002. Chron. 62.

des agents ayant des compétences techniques et un outillage approprié et bénéficiant d'une formation initiale et continue »⁵⁴⁴. En revanche, l'abus de position dominante n'est susceptible d'aucune exemption au regard du droit européen.

La Tunisie, adopte le même principe du droit français et du droit européen, dans le sens où la notion du « progrès économique » est susceptible de justifier une pratique anticoncurrentielle. En effet, les contrats de franchises tunisiens, peuvent constituer un terrain propice au développement des pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'article 5 de la loi n°2015-36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation de la concurrence et des prix. Toutefois, l'article 6 de cette même loi présente des exemptions à ces pratiques illicites « sont exemptés de l'application des dispositions de l'article 5 de la présente loi, les accords, pratiques ou catégories de contrats dont les auteurs justifient qu'ils sont indispensables pour garantir un progrès technique ou économique et qu'ils procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte à condition qu'elles ne conduisent pas à :

- Imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs visés,
- Eliminer complètement la concurrence sur le marché en cause ou sur une partie substantielle de ce marché.

Cette exemption est accordée par un arrêté motivé du ministre du commerce après avis du Conseil de la concurrence et est publié au Journal officiel de la République tunisienne ».

Le législateur va exempter les ententes qui génèrent le progrès technique. Autrement dit, lorsqu'on est face à une concertation qui vise la création de l'emploi ou qui favorise l'investissement, les pratiques sont alors tolérées. Le Conseil de la concurrence en 2007, donne un avis relatif aux avantages et aux désavantages des contrats de franchises sur le marché tunisien.⁵⁴⁵ Il précise que le franchisé bénéficie d'un transfert de savoir-faire et d'un système de gestion commerciale expérimentée, l'avantage compétitif dû à la synergie économique du réseau. Bien qu'il soit juridiquement indépendant, il utilise l'image de marque. Néanmoins, le franchisé doit se conformer à la stratégie commerciale du franchiseur et respecter les limitations convenues lors de l'approvisionnement.

⁵⁴⁴ Com. 14 nov. 1995, Sté Nikon, no 94- 17.397, CCC 1996, no 7, obs. L. Vogel.

⁵⁴⁵ Avis n°62160 du 1^{er} Février 2007, p35-36.

Dans le cadre de sa mission consultative, le Conseil de la concurrence examine des demandes d'exemptions en rapport avec des franchises qui sont le plus souvent relatives aux marchés pertinents de la restauration rapide et café. Les réseaux de franchises de la restauration rapide ont connu un développement remarquable depuis l'année 2012. En 2015, depuis la nouvelle loi, le Conseil de la concurrence a été consulté neuf fois afin de donner son avis sur des contrats de franchises sur des marques de notoriété internationale. Cette hausse considérable des demandes d'octroi de l'autorisation exceptionnelle au sens de l'article 6 s'explique par le fait que le secteur de la restauration rapide n'est pas mentionné dans la liste des secteurs bénéficiant de l'autorisation systématique et qui sont prévus par l'arrêté du ministre du commerce et de l'artisanat du 28 juillet 2010.

Dans l'avis concernant le *Sharff coffee shop*⁵⁴⁶, le ministre du commerce a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence sur l'installation de cette entreprise autrichienne. Le Conseil de concurrence a répondu favorablement à la demande d'exemption sur le fondement de l'article 6 de la loi de 2015. Selon le Conseil, ce projet stimulera et « modernisera ce secteur, tant en termes de services et de qualité que d'esthétique et d'architecture. Cette conformité aux normes internationales offrira aux touristes des produits similaires à ceux proposés par la concurrence internationale. »⁵⁴⁷. Il ajoute que le franchisé pourra bénéficier des fonds propres en devise étrangère grâce à son financement

Dans l'avis relatif à *Burger King*⁵⁴⁸, l'enseigne américaine de Fast Food a analysé les clauses restrictives de la concurrence dans le contrat. La durée du contrat fixée à 20 ans était considéré comme excessive. La clause relative à la distribution exclusive doit être respectée sous peine de résiliation ; cette clause impose au franchisé d'acheter à titre exclusif tous les produits soit directement auprès du franchiseur soit auprès d'autre fournisseur énuméré dans la liste exhaustive. Le conseil a considéré cette condition contraire au principe de liberté d'exploitation. En outre cette restriction permet au franchiseur de contrôler les débouchés. Elle est donc contraire à l'article 5 de la loi de 2015. Les restrictions d'ordre *intuitu personae* interdit au franchisé de s'adonner à tout acte de cession. Cette pratique a été jugée contraire à l'article 5 de la loi 2015. La clause de non-concurrence introduite par le franchiseur cherche à protéger son réseau en évitant au franchisé de continuer de profiter du savoir-faire dont il a eu la

⁵⁴⁶ Avis n°162622 du 29 Décembre 2016, Sharf coffee shop company.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ Avis n°162602 du 13 Octobre 2016 Burger King.

connaissance une fois le contrat achevé. Le Conseil de la concurrence a considéré que cette clause est contraire à l'article 5.2 de la loi de 2015.

De cette manière, le critère de réalisation d'un progrès technique contribuera à accroître la visibilité des enseignes renommées dans l'industrie de la restauration rapide en Tunisie, tout en améliorant la qualité du service. En outre, son implantation permettra de générer plus de six cents emplois directs et deux cents emplois indirects. Le décret gouvernemental No. 2016-1204 du 18 octobre 2016 a établi la démarche à suivre pour soumettre une demande d'exemption.

2- Exemption catégorielle.

La Commission européenne a instauré plusieurs règlements spécifiques qui définissent les critères d'octroi d'une exemption par catégorie d'accords. Si un accord répond aux critères d'un règlement d'exemption par catégorie, il est reconnu comme étant valide et exécutoire de manière automatique.

En parallèle, le droit interne sur le fondement de l'article L. 420- 4- II du Code de commerce dispose que « certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence ». De plus, l'article L. 420- 4, III, dispose que « Certaines catégories d'accords ou de pratiques, certains accords ou certaines pratiques, notamment lorsqu'ils ont pour objet de favoriser l'apparition d'un nouveau service, peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions mentionnées au premier alinéa du présent III, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des transports, pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence et pour une durée ne pouvant excéder cinq ans ». Ce texte n'est pas encore utilisé.

Cependant, l'utilisation abusive d'une position de domination ne peut bénéficier d'aucune exemption, quelle qu'elle soit.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ TPICE 8 oct. 1996, Compagnie maritime belge, aff. T- 24/ 93, Europe 1996, no 465, obs. 10 juill. 1999, Tetra Pak, aff. T- 51/ 89, Rec. II. 309.

a) Contrats de distribution.

Le Règlement d'exemption no 330/ 2010 du 20 avril 2010 applicable à tous les accords verticaux⁵⁵⁰ incluant des restrictions verticales telles que la clause de prix de revente ou la clause d'interdiction de concurrence passive. En conséquence, un accord peut être considéré comme exempté s'il répond à des critères précis.

Toutefois, depuis le 20 Avril 2010, de nombreux changements ont été apportés au règlement d'exemption et certaines dispositions sont devenues obsolètes. On peut citer la croissance exponentielle dans le secteur du numérique. Le "commerce électronique" est désormais un acteur majeur de l'économie, en particulier dans le domaine de la distribution. Dans une « étude dédiée aux incidences du e-commerce sur la politique de concurrence » publiée le 5 juin 2020 par l'Autorité de la Concurrence, il a été affirmé qu'en France, « les achats en ligne représentent actuellement un peu moins de 10 % du commerce de détail, avec une croissance rapide d'environ 14 % par an entre 2014 et 2018 ».

De nos jours, à l'approche de l'échéance imminente du règlement 330/2010 d'exemption par catégorie pour les accords verticaux, fixée au 31 mai 2022, une nouvelle étape a été amorcée : la Commission européenne a entamé une nouvelle phase visant à remédier aux déficiences en ouvrant une consultation publique du 18 décembre 2020 au 26 mars 2021 pour le renouvellement dudit règlement et de ses directives.

b) Accords de transfert de technologie.

Le Règlement n°316/ 2014 du 21 mars 2014 relatif aux accords de technologie⁵⁵¹ évoqués la question de licence de brevet et licence de savoir-faire. Ce Règlement a pour objectif de faciliter de tels accords dans la mesure où ils favorisent l'efficacité économique et visent tout accord le transfert de technologie entre deux entreprises relatif à la production de biens contractuels. Comme dans le Règlement n°330-2010 du 20 avril 2010 sur les restrictions verticales, l'analyse est économique. Sur le fondement de son article 4, le Règlement est applicable à condition qu'il n'y ait pas de restriction flagrante et applicable « aux entreprises

⁵⁵⁰ C'est-à-dire aux accords conclus entre des acteurs opérant à des niveaux différents sur la chaîne de production (entre un fournisseur et un distributeur et/ou un acheteur par exemple).

⁵⁵¹ Des lignes directrices accompagnent ce règlement (Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du TFUE à des catégories d'accords de transfert de technologie, OJ C 89, 28.3.2014, p. 3–50).

détenant un pouvoir de marché limité dont la part de marché n'excédant pas 20 % dans le cas d'accords entre concurrents et 30 % dans le cas d'accords entre non-concurrents ».

c) Les accords de spécialisation.

Précédemment, la dérogation était réservée aux accords de spécialisation qui impliquaient l'arrêt de la production de certains produits par une ou plusieurs parties. À présent, cette exemption s'étend également à une partie qui conserve partiellement la production⁵⁵². Par conséquent, une partie peut choisir de fermer l'une de ses usines et/ou de sous-traiter la production d'une de ses usines tout en maintenant son droit à l'exemption.

Si les accords de spécialisation concernent des produits considérés comme "intermédiaires" qui seront utilisés pour la production d'autres produits en aval, le Règlement d'exemption prévoit que le seuil de part de marché de 20% doit être évalué sur le marché en aval où les produits intermédiaires sont utilisés. Cette mesure permet de déterminer les effets potentiels de "verrouillage" sur les concurrents présents sur le marché en aval.

Si l'entité qui utilisera les articles intermédiaires sur le marché en aval (c'est à dire le marché qui se situe après l'activité de production donc principalement composé de consommateur finaux) possède plus de 20% de ce marché, l'exemption ne peut pas être mise en œuvre.⁵⁵³

II- Les sanctions entre opérateurs privés.

En cas d'infraction des articles 101 et 102 TFUE, la Commission et les Autorités de concurrence se voient reconnaître les mêmes pouvoirs de sanction. Ainsi la sanction peut être préventive (a) Toutefois, les sanctions peuvent être infligées par : l'autorité de concurrence, où on parle de « *public enforcement* » (b), et par la juridiction nationale où on parle de « *private enforcement* » (c).

a- Une mesure préventive avec le programme de *compliance* :

En vertu de l'article L.225-37 du Code de commerce, les entreprises qui font appel public à l'épargne doivent mentionner dans leur rapport annuel si elles adhèrent volontairement

⁵⁵² Article Premier §1. b pour les accords de spécialisation unilatérale ; c° pour les accords de spécialisation réciproque du Règlement 1218/2010.

⁵⁵³ Article Premier §1, i) du Règlement 1218/2010.

à un code de gouvernance d'entreprise. L'adoption de ce programme, qui vise à préserver ou à améliorer la réputation de l'entreprise, aide à éviter les infractions et facilite la détection des cas de non-conformité.

D'après un rapport datant de novembre 2011, la Commission encourage les entreprises à adopter des programmes de conformité, mais ne recommande pas de modèle spécifique. En revanche, l'Autorité de la concurrence, dans un document datant du 12 février 2012, préconise un modèle de programme de conformité. Ce dernier doit inclure un engagement des dirigeants à respecter les lois de la concurrence, la mise en place d'actions de sensibilisation et d'information pour le personnel, ainsi qu'un mécanisme de surveillance en cas de découverte d'infractions.

L'Autorité de la concurrence atténue la rigueur dans son point 19 qu'il n'y a pas de modèle unique à la « *compliance program* » et qu'elle résulte d'une analyse de l'entreprise qui dépend de sa taille, sa nature et son mode de gouvernance. Malheureusement, cette nouvelle loi de 2015 en Tunisie, n'a pas suffisamment réservé à l'entreprise une place dans le processus de régulation, d'adopter un modèle de compliance. Des conférences sont de plus en plus organisées afin de promouvoir ce type de programme.

b- Les sanctions prononcées par l'autorité de la concurrence : Public enforcement.

L'une des sanctions imposées par le *public enforcement* est l'obligation pour les entreprises concernées de payer une amende. Les textes internes et européens ont fixé les modalités de calcul tout en soumettant les sanctions à des principes juridiques. La sanction doit être certainement motivée et est contrôlée par les juridictions.

Le calcul de l'amende infligé découle de la Commission européenne ou de l'Autorité nationale de concurrence. En effet, il ne faut pas que les entreprises puissent prévoir en avance le montant précis, car elle va risquer de répercuter les sanctions prévisibles sur le prix de vente.

Toutefois, le droit français, en vertu de l'article 464-2 du Code de commerce rappelle que « le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. » Si l'auteur de l'infraction n'est pas une entreprise, le montant maximal de la sanction atteint trois millions d'euros. Ainsi, sont visées par cet article « les personnes physiques mais, aussi les associations

régies par la loi de 1901, les ordres professionnels, les fédérations professionnelles et syndicats professionnels, les collectivités territoriales et l'État ».

Malheureusement, ce plafond de 3 millions, fait bénéficier les membres d'un organisme professionnel, qui réalise un chiffre d'affaires très important. L'exemple de l'affaire toute récente du traitement des chèques bancaires, citée par l'étude de l'Autorité de la concurrence sur les organismes professionnels qui a été publiée le 27 janvier 2021 (pt 288), expose les limites de cette loi qui pouvait s'avérer inadaptée pour sanctionner les organismes professionnels au vu de l'ampleur des infractions qu'ils peuvent commettre⁵⁵⁴.

En conséquence, la transposition de la directive dite ECN+, formalisée par l'ordonnance du 26 mai 2021, renforce les sanctions des pratiques anticoncurrentielles et rend possibles les saisines d'office pour les mesures conservatoires. L'article 15-2 de la directive a finalement supprimé ce plafond afin de contourner le problème, ainsi si une infraction commise par une association d'entreprises est liée aux opérations de ses membres, le plafond de l'amende ne peut être inférieur à 10 % du chiffre d'affaires total généré par chaque membre actif sur le marché touché par la violation de l'association⁵⁵⁵.

Ainsi, les autorités de concurrence peuvent déterminer le montant de l'infraction en fonction des circonstances aggravantes et atténuantes⁵⁵⁶. Plusieurs éléments peuvent être utilisés pour réduire le montant de la pénalité, tels que la bonne foi ou l'abandon de la pratique après l'ouverture de la procédure. Les astreintes peuvent être infligées par la Commission européenne ou par l'autorité de concurrence nationale compétente.⁵⁵⁷

L'article L. 464-2 du Code de commerce établit certaines règles relatives à la responsabilité économique des adhérents des associations d'entreprises. Dans ce cadre, si une association d'entreprises se voit imposer une amende en fonction du chiffre d'affaires de ses membres et qu'elle n'a pas la capacité de la payer, l'Autorité de la concurrence peut exiger qu'elle sollicite ses membres pour couvrir le montant de l'amende.

⁵⁵⁴ Une amende de trois millions d'euros avait été infligée à la Confédération nationale du Crédit Mutuel, association régie par la loi du 1er juillet 1901, alors que cette amende aurait pu être portée à 45,37 millions d'euros s'il avait été tenu compte des ventes réalisées par les banques membres du réseau mutualiste du Crédit Mutuel.

⁵⁵⁵ L'article 2, XVIII, 4°, de l'ordonnance transpose au droit français à l'article L. 464-2, I, 4°, du Code de commerce.

⁵⁵⁶ Est considéré comme une circonstance aggravante une tromperie, un caractère répétitif, la récidive, poursuite de l'infraction après l'ouverture de la procédure, le refus de coopérer avec l'Autorité de concurrence.

⁵⁵⁷ Règlement 1/2003 article 24 paragraphe 1 et article L.464.2

De plus, si la totalité du montant n'est pas réglée à l'association dans le délai fixé par l'Autorité de la concurrence, cette dernière est habilitée à réclamer directement le paiement de l'amende financière à toute entreprise dont les représentants faisaient partie des organes décisionnels de l'association. Toutefois, si nécessaire pour garantir le paiement intégral de la sanction pécuniaire, l'Autorité de la concurrence peut également exiger que le montant impayé de la sanction soit payé par tout membre de l'association qui était actif sur le marché où l'infraction a été commise, après avoir d'abord réclamé le paiement à ces entreprises. Cependant, les entreprises qui peuvent démontrer qu'elles n'ont pas mis en œuvre la décision contestée de l'association, qu'elles ignoraient son existence, ou qu'elles s'en étaient activement désolidarisées avant le début de la procédure ne sont pas tenues de payer.

S'inspirant des solutions inscrites dans les législations des États membres de l'UE, le Conseil de la concurrence tunisien choisit des politiques rationnelles dans la détermination des sanctions, dans le but d'assurer l'équité entre les différents opérateurs économiques. Cette politique de détermination des amendes est structurée autour de deux principes fondamentaux: Le principe de proportionnalité et l'exigence d'individualisation. Tout comme l'Autorité de la Concurrence française, le Conseil de la Concurrence tunisien est dans l'obligation de sanctionner toutes les pratiques anticoncurrentielles en vertu de l'article 43 de la loi du 15 septembre 2015. Il incombe donc au Conseil de prendre en considération les circonstances atténuantes ou aggravantes ainsi que d'autres facteurs individuels lors de l'imposition de sanctions, comme la situation financière de la partie concernée.⁵⁵⁸

Ainsi, les politiques de répression mises en place par la nouvelle législation tunisienne de 2015 se caractérisent par une méfiance envers les acteurs économiques. Le commerce illégal et la contrebande constituent sans aucun doute des contraintes nationales qui justifient cette politique. En outre, les accords d'association permettent aux États membres de tenir compte des particularités de chaque système. Le principe de la réduction des peines est abandonné, les amendes et les peines d'emprisonnement sont doublées et la prescription est portée de trois à cinq ans. La priorité accordée par le gouvernement à la nécessité de lutter contre le fléau du commerce illégal qui étouffe les entreprises tunisiennes structurées et transparentes est justifiée. Cependant, la lutte nécessite non seulement des politiques répressives, mais également des autorités de régulation véritablement autonomes.

⁵⁵⁸ Décision du Conseil de concurrence, n° 71154 du 31 décembre 2009, CCT/ Société Tunisiana et Tunisie télécom.

Cependant, dans la pratique, le Conseil de la concurrence tunisien a rarement exercé son pouvoir de sanction. De 1990 à 2000, par exemple, seulement 17% des décisions ont été assorties d'une sanction. Cette situation a été largement critiquée, ce qui a conduit à une amélioration en 2004⁵⁵⁹ où la moitié des cas ont été sanctionnés. Il a été noté à plusieurs reprises que les amendes n'ont pas un caractère dissuasif. La loi du 15 septembre 2015 a donc renforcé les pouvoirs de sanction du Conseil de la concurrence. L'article 43 prévoit le doublement du plafond. En ce qui concerne, le plafond de l'amende, son montant ne pourra pas excéder 10% du chiffre d'affaires effectué par l'opérateur au cours de la dernière année. Si l'entité morale n'a pas de chiffre d'affaires propre, la sanction peut être comprise entre 2 000 et 100 000 TND.

Cependant, il a été constaté que certaines condamnations ont été prononcées sans imposition de sanction pécuniaire, réduisant ainsi leur effet dissuasif. Cela a été confirmé, par exemple, dans le cas du cartel des tomates concentrées, par le Conseil de la concurrence en 2018⁵⁶⁰, en se basant sur l'Article 5 de la loi n° 2015-36 portant sur la réorganisation de la concurrence et des prix. Bien que les accusés aient été sommés de mettre fin immédiatement à leurs pratiques, aucune amende n'a été imposée.

En outre, le Conseil de la concurrence peut ordonner des mesures complémentaires ou alternatives aux sanctions pécuniaires. En vertu de l'article 27 de la loi n° 2015-36, le Conseil de la concurrence peut imposer des injonctions à l'encontre des entreprises condamnées, ainsi que prononcer la fermeture temporaire des établissements concernés pour une période maximale de trois mois. La fermeture d'établissement est également envisagée dans d'autres situations prévues par la loi. L'objectif est de porter atteinte à la réputation de l'entreprise dans l'espoir que cela la dissuade de commettre de nouvelles infractions. Toutefois, la sanction de fermeture peut également nuire au bien-être des consommateurs en limitant leur choix pendant la période de fermeture.

Le ministre chargé du Commerce est chargé d'exécuter les résolutions du Conseil de la concurrence et d'appliquer les sanctions énoncées dans l'article 44 de la loi n° 2015-36. La loi précise également que la récupération des amendes doit suivre les mêmes protocoles et procédures que celles utilisées pour les créances publiques⁵⁶¹ en collaboration avec la direction générale de la Comptabilité publique, qui relève également du ministère des Finances.

⁵⁵⁹ OCDE (2019), « Examens de l'OCDE pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence : Tunisie ». Disponible sur : www.oecd.org/daf/competition/competition-assessment-reviews-tunisia.htm

⁵⁶⁰ *Décision n° 141356 du Conseil de la concurrence* du 10 mai 2018.

⁵⁶¹ Article 75 de la loi n° 2015-36.

c- Les sanctions civiles prononcées par les juridictions nationales : *Private enforcement*.

Les autorités de l'Union européenne et de la Cour de justice ont minutieusement examiné l'évolution⁵⁶² le développement du « *private enforcement* », tel qu'énoncé dans la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, qui traite de certaines règles régissant les actions en réparation en droit national pour les violations des dispositions en matière de concurrence des États membres et de l'Union européenne. Cette directive a été transposée en France par l'ordonnance n° 2017- 303 du 9 mars 2017 et est inséré dans un nouveau Titre VIII du Livre IV du Code de commerce intitulé « des actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles⁵⁶³ ».

L'intérêt de la directive de 2014 vise à simplifier l'indemnisation des victimes, en favorisant un accès simple aux éléments de preuve dont elles ont besoin pour prouver le préjudice subi⁵⁶⁴.

Les tribunaux nationaux sont compétents pour accorder des dommages-intérêts et interdire les pratiques anticoncurrentielles. La législation française met l'accent sur cette question en spécialisant la compétence des tribunaux judiciaires en charge des litiges, conformément aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux articles L. 420-1 et 420-2 du Code de commerce. Cependant, si la victime est une entité publique, alors le tribunal administratif est compétent dans ce cas.⁵⁶⁵

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a joué un rôle fondamental pour le renforcement du « *private enforcement* ». Les grandes lignes de cette pratique ont été établies dans les célèbres arrêts Courage de 2001 et Manfredi de 2006. Ainsi, les conséquences civiles (nullité, dommages-intérêts) d'une pratique anticoncurrentielle sont de la responsabilité exclusive des tribunaux nationaux. Toutefois, l'application d'une loi nationale ne doit pas porter atteinte à l'effectivité et au principe d'équivalence du droit européen.

⁵⁶² Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur ententes et les abus de position dominante (MEMO/ 05/ 489 du 20 déc. 2005). Livre blanc sur les Dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires de concurrence, Bruxelles, 2 févr. 2008 COM (2008) 165 final.

⁵⁶³ C. com., art. 481- 1 et suivants.

⁵⁶⁴ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, Paris, 2019.

⁵⁶⁵ Tribunal des conflits, no 4035, 16 nov. 2015, Région Ile- de- France c/ M. N.

Dans l'arrêt *Courage*⁵⁶⁶, le juge a indiqué que la victime peut demander la nullité d'accords contraires aux articles 101 ou 102, TFUE. En l'espèce, la nullité d'un accord contraire à l'article 101, § 1, « est absolue et peut être invoquée même par une partie à l'entente ». Dans l'arrêt *Manfredi*⁵⁶⁷, la Cour décide que « la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (pertes subies) mais également du manque à gagner ».

Selon la législation française, l'article L. 420-3 du Code de commerce prévoit la nullité des pratiques qui portent atteinte à la concurrence. Néanmoins, les autorités compétentes en matière de concurrence ne peuvent pas se prononcer sur la nullité des contrats conclus en violation des articles 101 ou 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, car les accords contraires au paragraphe 1 sont nuls de plein droit. Par exemple, la cour d'appel de Paris a annulé des « clauses de non- réaffiliation stipulées dans des contrats de franchise ⁵⁶⁸», car découle de pratiques anticoncurrentielles. L'annulation d'un accord anti-concurrentiel peut être décidée même "si tous les contractants n'y ont pas pris part ou n'en ont pas été informés⁵⁶⁹.

Dans le cadre de l'arrêt *Courage*, les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent demander réparation devant les tribunaux nationaux, et les juges peuvent accorder des dommages-intérêts ou une indemnisation en nature. Il ne peut pas décider de prolonger le contrat pour prévenir un comportement anticoncurrentiel.⁵⁷⁰.

Pareillement, en Tunisie, les personnes affectées par les pratiques anticoncurrentielles ont le droit de réclamer des dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire en Tunisie. Pour être plus précis, cette démarche se fait auprès d'un juge civil. Bien qu'une décision de condamnation du Conseil de la concurrence ne soit pas obligatoire pour entamer une procédure civile, il est recommandé en pratique de s'en servir pour soutenir la demande de réparation.

Cependant, il est important de noter que les requêtes en réparation ne sont pas du ressort des autorités de la concurrence. Par conséquent, ni le Conseil de la concurrence ni la DGCEE

⁵⁶⁶ CJCE 20 sept. 2001, *Courage*, aff. C- 453/ 99.

⁵⁶⁷ CJCE 13 juill. 2006, *Manfredi*, aff. C- 295/ 04.

⁵⁶⁸ Paris, 6 mars 2013, *Segurel*, et Paris, 3 avr. 2013, *Diapar*, RLC 2013, note R. Amaro.

⁵⁶⁹ Com. 24 Octobre 2000, Bull. civ. IV, no 163, RTD civ. 1001. 140, obs. Mestre et Fages, CCC 2001, et nos obs.

⁵⁷⁰ Com. 24 Octobre. 2000, Bull. civ. IV, no 163, RTD civ. 2001. 140 s. ; M.- E. Pancrazi- Tian, La protection du lien contractuel, PUAM, 1996, no 268, p. 227.

ne sont habilités à intervenir dans ces demandes. Le nombre de ces actions demeure donc inconnu pour ces autorités.

Néanmoins, étant donné le faible nombre de condamnations prononcées ces dernières années, en particulier en ce qui concerne les ententes, il semble favorable d'intenter des actions civiles, à condition qu'une politique de lutte contre les cartels efficace soit mise en place et qu'un programme de clémence soit actif. Certains attribuent également le faible nombre d'actions en réparation à un manque de culture de concurrence et au caractère récent du droit de la concurrence en Tunisie⁵⁷¹. Ainsi, afin d'agir devant le juge civil les parties privées ont le droit conformément à l'article 9 de la loi organique n° 2016-22 du 24 mars 2016 relative au droit d'accès à l'information, d'accéder aux dossiers des autorités de concurrence afin d'obtenir des informations sur leur demande.

III- La sanction des effets anticoncurrentiels des décisions de l'autorité publique.

L'article L.410-1 du Code de commerce dispose que « les règles définies au présent livre s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public » En d'autres termes, « les principes de libre fixation des prix et de concurrence s'appliquent à toutes les activités, qu'elles soient liées à la production, à la distribution ou aux services, y compris celles réalisées par des entités publiques⁵⁷²». De ce fait, la loi n°87-499 du 6 juillet 1987 intervient en transférant au juge judiciaire la compétence pour examiner les décisions du Conseil de la concurrence. Cependant, « elle se limite aux décisions de cet organe et n'inclut pas les décisions prises par toutes les autorités administratives ayant un impact sur la concurrence⁵⁷³ ».

Les autorités administratives indépendantes (AAI) ne sont pas soumises à une hiérarchie ministérielle et bénéficient d'une certaine autonomie, bien qu'elles agissent au nom de l'État et engagent sa responsabilité. Selon sa jurisprudence, le Conseil d'État a déclaré dans

⁵⁷¹ N. Madani, *Le juge et la concurrence*, Latrach edition, Tunis, 2021, p. 88.

⁵⁷² Vogel, « Activités de production, de distribution et de services », [en ligne], <https://www.vogel-vogel.com/faq-items/activites-de-production-de-distribution-et-de-services-fr/>

⁵⁷³ S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2005.

son étude de 2001 que les AAI ne sont pas des véritables tribunaux, mais que leurs décisions sont soumises au contrôle juridictionnel.

En effet, la plupart des autorités indépendantes de régulation économique ont été dotées par le législateur « du pouvoir d'édicter des normes »⁵⁷⁴. Toutefois, ces décisions dérivent de plusieurs contentieux devant le juge administratif.

Le Tribunal des conflits (TC) intervient in fine afin de délimiter les compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire dans le domaine du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Dans son arrêt du 6 juin 1989, Ville de Pamiers, le Tribunal des conflits se réfère à l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 pour mettre en exergue que les dispositions qu'il énonce sont applicables aux entités publiques uniquement si ces dernières exercent des activités liées à la production, la distribution, et la prestation de services. Le critère de la prestation de service public ne constitue pas en soi une telle activité. L'acte de délégation de service public n'a pas la capacité intrinsèque d'entraver, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché. Par conséquent, seuls les organes judiciaires sont habilités à vérifier la légalité de cet acte conformément aux dispositions de l'ordonnance mentionnée précédemment. En l'occurrence, lorsque nous traitons des activités de production, de distribution ou de service réalisées par des entités publiques, les règles de droit de la concurrence sont applicables, et la compétence revient au juge judiciaire. En revanche, lorsqu'il s'agit d'actes administratifs relatifs à l'organisation, c'est le juge administratif qui est compétent.⁵⁷⁵

Toutefois, sur le fond, le Tribunal des conflits reste hésitant, car d'une part, il note que les actes administratifs d'organisation du service « ne sont pas susceptibles de fausser le jeu de la concurrence » et d'autre part, affirme que c'est la compétence du juge administratif à sanctionner en appliquant le droit de concurrence, car un acte administratif est susceptible d'enfreindre le jeu de la concurrence⁵⁷⁶.

En effet, c'est avec l'arrêt *Préfet de la région Ile-de-France* du 18 Octobre 1999, qu'une répartition plus claire est mise en œuvre. Le juge accepte de contrôler les actes administratifs

⁵⁷⁴ Le Conseil constitutionnel a admis la conformité d'un tel pouvoir réglementaire à l'article 21 de la Constitution, qui confie le pouvoir réglementaire au Premier ministre sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, dès lors qu'il s'exerce dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements (CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*).

⁵⁷⁵ TC 18 octobre 1999, Aéroport de Paris et Air France.

⁵⁷⁶ Y. Gaudemet, note sous l'arrêt de l'affaire Ville de Pamiers, *RDP* 1989, p.1785.

sur le fondement du droit de la concurrence.⁵⁷⁷ Le tribunal ajoute, pour que les actes administratifs ressortent de la compétence du juge administratif, il faut déterminer le critère de détectabilité. Autrement dit, les décisions qui sont rattachées ou indissociées à l'exercice de la prérogative de puissance publique ressortent de la compétence du juge administratif. Les pratiques détachables relèvent au contraire de la compétence des autorités de la concurrence sur le fondement du droit de la concurrence.

Ainsi, même si le juge administratif est compétent, il est habilité sur le fondement de l'article L.463-3 du Code de commerce, à saisir l'autorité de concurrence pour avis sur les pratiques anticoncurrentielles. En pratique, le juge administratif utilise cet article mais, n'a jamais suivi l'avis rendu par l'autorité de concurrence⁵⁷⁸.

Le législateur tunisien, adopte la même logique jurisprudentielle française dans la répartition des compétences du juge. Les dispositions de l'article 5 de la Loi du 15 septembre 2015 relative aux pratiques anticoncurrentielles ont une portée universelle, couvrant l'ensemble des entités, qu'il s'agisse de sociétés, d'organismes, de groupements, de personnes morales ou physiques, qui se livrent à des activités économiques liées à la production, à la distribution et aux services. Cette applicabilité englobe aussi bien les entités du secteur public que celles du secteur privé, et ce, quelles que soient leur structure juridique ou leur situation légale, qu'elle soit établie ou de fait. En outre, les précédentes décisions du Conseil de la concurrence ont clarifié l'applicabilité du droit de la concurrence aux entreprises publiques. Dans une décision du 26 juillet 2004, il a affirmé que les entités du secteur public sont soumises aux mêmes règles que les entités du secteur privé lorsqu'elles « exercent une activité économique de production, distribution ou de service »⁵⁷⁹. Par conséquent, le Conseil a sanctionné des opérateurs publics pour abus de position dominante⁵⁸⁰. Dans une décision du 10 novembre 2005, le Conseil a établi que, malgré cela, les actes unilatéraux impliquant l'utilisation de prérogatives relevant de l'autorité publique demeurent sous la compétence de la juridiction administrative.

⁵⁷⁷ Le tribunal de conflit décide que « si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services les personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogative de puissance public relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques ».

⁵⁷⁸ Conseil d'État, 26 septembre 2005, Mutuelle générale des services publics.

⁵⁷⁹ Décision n°3152 du 26 Juillet 2004, concernant le litige entre la Société des Loisirs de Tabarka contre le Club Municipal de Plongée.

⁵⁸⁰ Décision n°161419 du 12 juillet 2018 concernant le litige entre les deux sociétés de télécommunications orange contre Tunisie télécom.

Il convient également de souligner que le droit tunisien peut être étendu à l'extérieur du territoire, en prenant en compte les conséquences sur son marché, de la même manière que le droit d'autres pays membres de l'OCDE et de l'UE. Le premier article de la loi de 2015 précise que celle-ci s'applique à toutes les pratiques anticoncurrentielles, y compris les pratiques et les accords qui se produisent à l'étranger et qui ont des effets préjudiciables sur le marché intérieur.⁵⁸¹

§3- L'application du droit de la concurrence sur certaines missions administratives.

La mise en œuvre des grandes libertés économiques supposait une ouverture des marchés publics. Le droit de la concurrence aujourd'hui s'applique non seulement aux opérateurs privés mais aussi aux opérateurs publics qui évolue dans un environnement de plus en plus règlementé. On étudiera la différence entre les deux systèmes français (I) et tunisien (II).

I- En droit Français.

Le droit de la concurrence est règlementé pour les opérateurs publics dans les contrats de marchés publics (A) et dans les concessions qui englobent les délégations de service public (B).

A- Le droit de la commande publique.

Historiquement, l'objectif des procédures de passation des marchés publics c'était d'encourager l'Etat et les personnes publiques, à dépenser minutieusement les deniers publics, afin d'accroître la croissance économique. Ce droit a ensuite, pris la forme d'un droit des contrats à partir des années 1970. Elle est arrivée même, jusqu'au développement du droit communautaire des marchés publics d'un droit des contrats administratifs. Il y a une dizaine d'années, on ignorait la convergence entre droit de la concurrence et droit des marchés publics devenu sous l'influence du droit économique européen un droit de la commande publique.

Aujourd'hui, le droit de la commande publique, n'est pas étranger au droit de la concurrence, pour plusieurs raisons. D'abord, la passation peut favoriser les pratiques

⁵⁸¹ OCDE (2022), Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Tunisie <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/examens-par-les-pairs-du-droit-et-de-la-politique-de-la-concurrence-tunisie-2022.htm>

anticoncurrentielles illicites de la part des personnes privées ou publiques candidates aux marchés. Ensuite, « l'acte administratif contractuel ou ses éléments détachables doivent respecter le droit de la concurrence »⁵⁸². On distingue deux notions fondamentales dans la commande publique : les obligations de « mise en concurrence » et le droit de la concurrence. La mise en concurrence suppose que l'acheteur public choisit le titulaire du marché à la suite d'une négociation de plusieurs candidats et qu'ils soient traités sur un pied d'égalité et dans des conditions transparentes. Alors que le droit de la concurrence vise à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles dont les candidats seraient coupables.

Les potentiels candidats, publics ou privés, à un contrat de la commande publique sont parfois à l'origine de pratiques anticoncurrentielles sanctionnées par l'article L.420-1 du Code de commerce.

La situation la plus classique est lorsqu'un candidat privé conclut une entente lors de la réponse à une mise en concurrence. Comme on l'avait précisé plus haut, l'entente peut prendre la forme soit d'un accord pour soumettre des offres sans prix agressifs, soit d'une répartition des différents marchés⁵⁸³. Une simple concertation suffit même si l'objectif de répartition du marché n'est pas atteint, cela n'empêche pas la condamnation pour entente. La loi NRE du 15 mai 2001 a renforcé les amendes en cas de pratiques anticoncurrentielles. Des sanctions ont évidemment été dictées dans le cadre de marchés publics, comme dans l'affaire *du logiciel Drapo*, où le Conseil de concurrence a condamné 34 entreprises du BTP pour un montant de 48 millions d'euros, le 22 mars 2006.⁵⁸⁴

⁵⁸² Contrats marchés publique.2003, n°119, note Ph.Delelis, DA 2003, n°143, note A. Menementis.

⁵⁸³ TA Paris 16 mars 2004, Société Renault véhicules industriels c/ Etat, LPA 2004, n° 237, p. 17, conclusion. A. Guedj.

⁵⁸⁴ Décision n° 06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France, D. 2006. AJ. 1165). « Il s'agissait d'une affaire dans laquelle un logiciel permettait à des entreprises de gérer un système particulièrement complexe de répartition des marchés après des « tours de tables » occultes. Quarante marchés furent ainsi faussés, dont certains de la SNCF ou de la RATP (not. la ligne 14 « Météor »). « L'entente constituée avait ainsi passablement augmenté les offres et, partant, le prix payé par les personnes publiques. L'action pénale étant prescrite, les entreprises fautives avaient bénéficié d'un non-lieu pénal en 2002, mais la sanction de 5 % du chiffre d'affaires (taux maximum avant la loi NRE) avait été appliquée à Bouygues, Eiffage ou Vinci - par exemple - par le Conseil de la concurrence » note de : G. Kalfèche, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits. A propos des droits de la concurrence et de la commande publique », *Actualité juridique. Droit administratif*, n° 44, 2007, p. 2420-2425.

Autre exemple, lors d'une décision du 15 décembre 2005 le Conseil a condamné de six entreprises, un montant de 33,6 millions d'euros, dont Colas, pour les travaux routiers de la Seine-Maritime⁵⁸⁵.

Les personnes publiques peuvent aussi être sujettes à des pratiques anticoncurrentielles, mais il faut qu'elles aient une activité en tant qu'opérateur économique. Le Conseil d'Etat a précisé « si les personnes publiques entendent prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence⁵⁸⁶». Les règles de la concurrence dans le droit de la commande publique ont été confirmées par le Conseil d'Etat en 2003 en jugeant « la responsabilité de garantir le respect des règles de concurrence libre et loyale incombe à l'entité publique en charge de la passation du marché public lorsqu'elle entame une procédure d'appel d'offres ⁵⁸⁷».

Lors de la passation et pendant le déroulement, l'acheteur public ne doit pas exercer une activité anticoncurrentielle. Il en résulte lors de l'arrêt *Million et Marrais* en 1997, l'octroi d'une délégation met souvent le cocontractant dans une situation de position dominante. Cette dernière n'est pas anticoncurrentielle sauf s'il y a un abus. Le Conseil d'Etat adapte cette pratique connue au droit de la concurrence et précise qu'il peut annuler des actes détachables ou des contrats de la commande publique qui octroieraient « des droits exclusifs (et notamment des délégations de service public) conduisant le cocontractant à abuser automatiquement de sa position dominante ⁵⁸⁸».

Tout récemment, le Code de la commande publique se fonde notamment sur l'article 35 du nouveau décret du 2 mai 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique⁵⁸⁹, qui dispose que les acteurs de la commande publique ont une mission de participer à des objectifs de développement durable dans leur dimension économique, sociale et environnementale. En effet, en appliquant l'article 35 du nouveau décret et l'article L-2152-7 du Code de la commande publique, le marché public serait attribué aux soumissionnaires ayant

⁵⁸⁵ Décision. n° 05-D-69, D. 2006. AJ. 223

⁵⁸⁶ Conseil d'Etat dans un arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris (Lebon 272 ; AJDA 2006. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2006. 1048, conclusion D. Casas),

⁵⁸⁷ CE, 28 avril 2003, Fédération nationale des géomètres experts.

⁵⁸⁸G. KALFLÈCHE, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits. A propos des droits de la concurrence et de la commande publique », *Actualité juridique. Droit administratif*, n° 44, 2007, p. 2420-2425.

⁵⁸⁹ Décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique, Texte n° 17, *JORF* n°0102 du 3 mai 2022.

présenté l'offre économique la plus avantageuse sur la base de plusieurs critères. Aujourd'hui, les critères environnementaux de l'offre sont également pris en compte.

B- La gestion du domaine public.

Par le passé, la gestion du domaine public n'était pas soumise aux normes de la mise en concurrence, contrairement au droit de la commande publique. Le juge administratif refusait à chaque fois, de la soumettre à une procédure de mise en concurrence. Dans la célèbre décision dite *Stade Jean Bouin*⁵⁹⁰, le Conseil d'État confirme « qu'aucun principe et aucune disposition législative ou réglementaire n'oblige une personne publique d'organiser une procédure de publicité avant d'accorder la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel⁵⁹¹ ». Les juges affirment que l'octroi d'une telle autorisation n'est pas anticoncurrentiel, parce qu'il place automatiquement l'occupant dans des situations d'abus de position dominante.

En 2011, Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'État, a affirmé dans un discours que la jurisprudence administrative ne souhaitait pas prendre position sur la question d'un régime de publicité et de concurrence pour l'attribution d'un titre d'occupation, et que les limites du pouvoir normatif du juge doivent être reconnues⁵⁹².

C'est pour cette raison, qu'il a été indispensable d'attendre la décision de la CJUE pour perturber le cadre juridique de la domanialité publique, il a fallu attendre la décision de la Cour de justice de l'UE⁵⁹³. Le gouvernement français a finalement adopté l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 qui exige que l'administration suive une procédure spécifique lorsqu'elle accorde un titre d'occupation du domaine public. La transparence et l'équité sont bien évidemment indispensables.

L'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP ou CG3P) consacre le principe d'une publicité et d'une sélection préalables à toute délivrance d'un titre d'occupation. En outre, si le titre évoqué à l'article L. 2122-1 est délivré suite à une

⁵⁹⁰ CE, 3 déc. 2010, n° 338272, *Stade Jean Bouin*.

⁵⁹¹ CE, 23 mai 2012, n° 348909, RATP.

⁵⁹² Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors du colloque organisé le 6 juillet 2011 dans le cadre des entretiens du Conseil d'État en droit public économique

⁵⁹³ CJUE, 14 juin 2016, n° C-458/14, *PROMOIMPRESA E.A.* ; CJUE, 14 juin 2016, n° C-67/15, *Mario Melis e.a. c/ Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio*.

initiative d'intérêt spontanée, les autorités compétentes doivent préalablement s'assurer, par « une publicité suffisante », qu'il n'y a pas d'autres initiatives d'intérêt concurrentes.

Cette mention de publicité « suffisante », permet au gestionnaire du domaine public de s'assurer qu'il n'a pas de candidat concurrent, même si le code ne précise même pas sur la durée, ni sur les modalités de publicité. Toutefois, dans le contrat de commande publique, les textes ne mentionnent pas sur ce sujet car le but est de laisser une marge de manœuvre plus importante aux gestionnaires. En effet, les titres d'occupation du domaine public sont des contrats administratifs et peuvent « ainsi faire l'objet d'un recours de pleine juridiction en contestation de validité du contrat »⁵⁹⁴. Il est d'ailleurs légitime de se demander sur une possibilité de revirement jurisprudentielle qui permettrait à un candidat évincé d'exercer un référé précontractuel⁵⁹⁵.

II- Le marché public en Tunisie.

Après la révolution de janvier 2011, la Tunisie a entamé un processus de transformation dans le domaine politique, social et économique. Plusieurs études ont été faites afin de relancer l'appareil économique du pays car même après des années de la révolution la situation économique est encore critique aggravé par un déficit de gouvernance des achats publics. Cet environnement fragile entrave la concurrence et alourdit le prix des biens et services achetés par l'administration. Ceci impacte les dépenses publiques et, par conséquent, a une incidence directe sur les ressources des contribuables.

La gestion de la commande publique est un pilier fondamental de la bonne gouvernance, et évalue la confiance des citoyens, qui s'attendent à ce qu'elle soit transparente et productive. Il est indéniable que les activités comme l'achat ou la gestion du domaine public émanant des pouvoirs publics, et notamment les marchés, sont exposées au risque de pratique anticoncurrentielle, de fraude et de corruption⁵⁹⁶.

En Tunisie, la commande publique couvre l'ensemble des contrats à titre onéreux par un acheteur public ayant une mission de service public (État, établissements publics à caractère

⁵⁹⁴ CE, 4 avr. 2014, n° 358994, département Tarn-et-Garonne.

⁵⁹⁵ C. Anxionnaz, « Domaine public et mise en concurrence : des questions demeurent », *Actualité juridique* 2020.

⁵⁹⁶ D'après l'Enquête auprès des chefs d'entreprise du Forum économique mondial (2005), la corruption à laquelle se livrent les entreprises multinationales dans les pays de l'OCDE est perçue comme plus répandue dans le domaine des marchés publics que dans d'autres domaines à risque comme les services d'utilité collective, la fiscalité, le secteur judiciaire et les trafics d'influence au niveau de l'État.

administratif, entreprises publiques, collectivités locales) afin d'effectuer des services ou d'acquérir des biens. La commande publique représente en Tunisie, près de 18% du Produit Intérieur Brut (PIB) et près de 35% des dépenses budgétaires de l'État⁵⁹⁷.

Toutefois, le problème du marché public en Tunisie revêt de nombreux cas d'abus commis sous l'ancien régime du président BEN ALI. Les conclusions de la Commission Nationale d'Investigation sur la Corruption et la Malversation (CNICM)⁵⁹⁸ ont révélé que, malgré l'utilisation de procédures de mise en concurrence, la corruption a largement affecté le marché public sous l'ancien régime. Face à ce fléau, il a été nécessaire, qu'une réforme s'impose : celle du décret n° 2014-1039 du 13 mars 2014 portant réglementation des marchés publics. Elle a été fortement recommandée par l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE) afin de renforcer « l'intégrité et la transparence dans la passation et l'exécution des marchés publics ».

Selon l'article 6 du décret susmentionné en date du 13 mars 2014, la simple qualification de l'acheteur public ne permet pas de garantir le respect des principes de « concurrence, libre accès à la commande publique, égalité d'accès à la commande publique, transparence et intégrité des procédures ». Toutefois, il est impératif de veiller à la mise en application concrète de ces principes en instaurant des normes qui en assurent la protection. Il convient de souligner que le juge a réprimandé plusieurs affaires liées à des situations de conflits d'intérêts ou de corruption.

De ce fait, dans le cas de la passation du contrat, le principe d'égalité de la commande publique adopte une procédure de « choix de l'offre attributaire » dont l'acheteur public doit employer sans favoriser un candidat d'un autre candidat. Par la suite, le droit de la commande publique fixera les critères de sélection des offres ainsi que les modalités de signature du marché public envisagé.

De cette manière, il sera possible d'assurer une bonne conduite de la passation et l'exécution du contrat. Par conséquent, le texte du décret du 13 mars 2014 prévoit un chapitre entier dédié au respect de l'intégrité dans les marchés publics. Des sanctions sont, d'ailleurs, prévues en cas de non-respect de l'effectivité du principe d'intégrité comme l'annulation du

⁵⁹⁷ Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Un meilleur contrôle pour une meilleure gouvernance locale en Tunisie le contrôle des finances publiques au niveau local, 2019.

⁵⁹⁸ La Commission nationale d'investigation sur la corruption et la malversation, créée en Tunisie après la Révolution, le 18 février 2011, a identifié les marchés publics comme un secteur particulièrement exposé à la corruption sous l'ancien régime.

marché public en cause ou encore l'exclusion du candidat qui ne respecte pas les règles des marchés publics.⁵⁹⁹

Les manquements, comme la divulgation des « informations et renseignements. Ces informations comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les éléments confidentiels des offres ». ⁶⁰⁰ Elles seront contrôlées par la Haute Instance de la commande publique et les Commissions de contrôle des marchés publics.

Ce récent décret encourage les acheteurs publics à déterminer à l'avance les grandes lignes des marchés publics qu'ils prévoient de conclure, tout en promouvant la transparence. En vertu de l'article 8 du décret du 13 mars 2014, les acheteurs publics sont tenus de publier au moins 30 jours avant le début de toute procédure de passation "un plan prévisionnel annuel de passation des marchés publics conformément au projet de budget, selon un modèle standard et un calendrier défini".

Ce dispositif n'existe pas dans le décret français du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. La rédaction tunisienne est alors avantageuse dans le sens où il y a un plan prévisionnel préalablement défini qui encourage les acheteurs publics à prévoir à l'avance leurs besoins et les délais dans lesquels les marchés publics seront lancés cet avantage oblige les acheteurs publics à organiser le processus de contractualisation afin d'améliorer l'efficacité de l'achat public.

Cette planification prédéfinie renforce la transparence dans les marchés publics permettant aux opérateurs économiques d'être informé et de se préparer au mieux. A ce titre, l'acheteur public doit publier ce plan « au plus tard trente jours avant tout début des procédures de passation, hormis les cas d'urgence impérieuse dûment motivée »⁶⁰¹.

Par ailleurs, autre différence par rapport aux textes français, c'est que les directives européennes interdisent de réserver l'accès du marché public à des PME, et c'est garantir une certaine égalité de traitement envers les autres candidats. Or, sur le fondement de l'article 20, le décret du 13 mars 2014 précise les conditions dans lesquelles les acheteurs publics peuvent réserver certains marchés aux petites entreprises tunisiennes. Ainsi, pour comprendre cette

⁵⁹⁹ En son article 173, que toute personne intervenant à quelque titre que ce soit dans la passation ou l'exécution des marchés publics est soumise aux dispositions législatives et réglementaires relatives à la lutte contre la corruption et les conflits d'intérêts dans les marchés publics.

⁶⁰⁰ Article 174 décret n° 2014-1039 du 13 mars 2014 portant réglementation des marchés publics.

⁶⁰¹ Article 20, le décret du 13 mars 2014 portant réglementation des marchés publics.

différence, il faut savoir que la Tunisie comprend en grande partie de petites et moyennes entreprises (PME), ce qui permet d'encourager et de soutenir le tissu économique tunisien, établir un quota réservé aux petites entreprises constitue une faveur non négligeable de soutien à l'économie de la majorité des entreprises tunisiennes.

Toutefois, le décret du 13 mars 2014 est marqué par une certaine faiblesse, car il ne prévoit pas clairement de phase d'analyse des candidatures, dans le sens où il n'existe pas de vérification des capacités économiques, financières et techniques des candidats pour exécuter le marché public projeté.

Les directives européennes ont procédé à cette vérification⁶⁰². L'acheteur public doit, avant d'étudier la qualité financière et technique des offres des candidats, vérifier si ces candidats ont les capacités pour exécuter le marché.

§4- Le recours devant le juge administratif.

Plusieurs formes de recours peuvent découler des actes et des décisions émanant des autorités indépendantes de régulation économique. En fonction de l'objet du litige, le juge administratif français peut différencier le contentieux des actes réglementaires de ces autorités, les recours dirigés contre leurs actes individuels, le contentieux des actes non décisifs et, enfin, le contentieux indemnitaire.

- **Le Contentieux des actes réglementaires des autorités indépendantes de régulation économique** : Le juge administratif peut être sollicité pour traiter les différends liés aux réglementations établies par les autorités publiques par le biais de recours pour excès de pouvoir. À titre illustratif, le Conseil d'État a examiné la conformité des décisions de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) concernant les tarifs appliqués par les opérateurs de téléphonie mobile.⁶⁰³ De plus, une requête en excès de pouvoir a été déposée contre le CSA pour avoir refusé la demande d'une association visant à ce qu'il émette une recommandation aux opérateurs publics « de radiodiffusion et de télévision concernant le respect du pluralisme des courants de pensée, ce qui constitue un acte faisant grief ».⁶⁰⁴

⁶⁰² Notamment article 58, Directive n°2014/24 du 26 février 2014 relatif à la passation des marchés publics.

⁶⁰³ CE, 5 décembre 2005, *Fédération nationale UFC Que Choisir*, nos 277441.

⁶⁰⁴ CE, 18 décembre 2002, *Association Promouvoir*, n° 232273, Rec.

- **Le Contentieux des actes individuels des autorités indépendantes de régulation économique** : Le juge administratif a été saisi de recours dirigés contre des décisions relatives à « des demandes d'agrément ou d'autorisation ou toutes les décisions qui sont liées à des procédures d'opérations d'acquisition.⁶⁰⁵ Ou même contre les décisions des autorités qui refusent d'exercer leurs prérogatives, telles que le refus d'engager une procédure de sanction⁶⁰⁶.

- **Droit souple** : En 2016, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a validé la possibilité de contester les actes qualifiés d'actes de "droit mou ou souple", tels que les avis, les recommandations ou les prises de position émises par les autorités de régulation dans le cadre de leurs fonctions. Le juge administratif examinera donc les éventuels vices de légalité de ces actes en considération de leur nature. Dans ce cas, en vertu des dispositions du titre Ier du livre IX du Code de justice administrative, il pourra ordonner une injonction. Ainsi, le Conseil d'État a été appelé à annuler un communiqué publié par « l'Autorité des marchés financiers sur son site internet avertissant les investisseurs des modalités de commercialisation de certains produits de placement »⁶⁰⁷.

- **Les recours relatifs à l'engagement de la responsabilité des autorités de régulation économique** : Le juge administratif est compétent pour connaître des actions indemnitaires mettant en cause la responsabilité des autorités administratives de régulation économique lors de leurs interventions. Par ailleurs, le législateur a accordé au juge judiciaire « une partie du contentieux des décisions de ces autorités, comme c'est le cas pour certaines sanctions prononcées par l'Autorité des marchés financiers »⁶⁰⁸.

En ce qui concerne les décisions administratives émises par le Conseil de la concurrence tunisien, elles sont susceptibles d'appel devant le Tribunal administratif, y compris ses instances d'appel et de cassation. Par conséquent, les tribunaux de première instance du

⁶⁰⁵ CE, 11 avril 2014, *Syndicat des réseaux radiophoniques nationaux*, n° 348972, T., sur l'agrément par le CSA de l'acquisition de diverses sociétés exploitant des services radiophoniques

⁶⁰⁶ CE, Section, 30 novembre 2007, *T. et autres*, n° 293952, Rec., s'agissant du refus de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles d'engager une telle procédure.

⁶⁰⁷ CE, Assemblée, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, nos 368082, 368083 et 368084, Rec.

⁶⁰⁸ TC, 2 mai 2011, *Société Europe Finance et Industrie*, n° 3766, Rec.

Tribunal administratif ne sont pas compétents pour traiter les recours dirigés contre les décisions du Conseil de la Concurrence. Cette compétence a été transférée aux tribunaux administratifs en 2003, conformément à la loi n°72-40 du 1er juin 1972 relative au tribunal administratif, spécifiant que les décisions prises par le Conseil de la concurrence peuvent désormais être contestées devant le Tribunal administratif.

Parmi les actes sujets à contestation devant le Tribunal administratif, on compte les résolutions du Conseil de la Concurrence, les décisions du ministre en charge du Commerce liées aux contrôles des concentrations, les décisions prises par le ministre du Commerce en vertu de l'Article 6 de la loi de 2015 sur la concurrence, ainsi que les décisions prises par ce même ministre en vertu de l'Article 4 de ladite loi. Ces dernières concernent des mesures temporaires justifiées par des situations de crise, de catastrophe, des circonstances exceptionnelles, ou des conditions de marché manifestement anormales dans un secteur particulier. Le Tribunal administratif peut réexaminer partiellement ou totalement l'affaire, soit pour réformer soit pour annuler la décision précédemment rendue. Bien que le Tribunal administratif confirme souvent les décisions des autorités de la concurrence, certaines de ces décisions ont été amendées dans le but de réduire les amendes initialement imposées par le Conseil de la concurrence.

Contrairement au droit français, les appels ont un effet suspensif sur les décisions du Conseil de la concurrence, ce qui malheureusement encourage les parties condamnées à utiliser cette voie de recours, d'autant plus que le délai moyen d'une procédure devant le Tribunal administratif, comprenant l'appel et la cassation, varie de 5 à 10 ans. Plusieurs facteurs peuvent être à l'origine de la lenteur des recours engagés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence. On pourrait se demander notamment si les juges administratifs manquent de spécialisation dans le domaine de la concurrence.

Diverses propositions peuvent être avancées pour atteindre un objectif européen. En premier lieu, la levée de l'effet suspensif pourrait optimiser l'efficacité des décisions prises par le Conseil de la concurrence et, ainsi, renforcer la politique de concurrence en Tunisie. Ensuite, la mise en œuvre de l'Article 28 de la loi n° 2015-36, qui stipule que le Conseil de la concurrence peut, si nécessaire, ordonner l'exécution temporaire de ces résolutions, pourrait être encouragée, étant donné qu'elle est très peu appliquée. Enfin, la spécialisation des juges administratifs dans le domaine de la concurrence.

Section 2- Le contrôle des concentrations : volet préventif de la régulation de la concurrence.

La mondialisation est à bien des égards, une chance pour les économies dans la mesure où la libéralisation des échanges constitue une source de croissance au bénéfice de l'économie et consommateurs. Cela exige une importante restructuration des entreprises pour augmenter leur compétitivité afin qu'elles puissent résister à une concurrence très dure. Cette restructuration peut être sous la forme de concentration des entreprises garantissant une grande dimension et permettant d'exercer une concurrence effective. Mais il faut s'assurer que le processus de restructuration par voie de concentration n'entraîne pas un préjudice durable pour la concurrence.

L'examen du contrôle de concentration constitue une procédure régulatrice durant laquelle les autorités compétentes analysent les transactions passées ainsi que la situation actuelle du marché et des entreprises impliquées. L'objectif premier est d'anticiper au maximum les impacts potentiels de cette concentration sur la concurrence du marché. En raison de la nature préventive des contrôles en France et en Tunisie, l'aspect procédural revêt une importance substantielle. Il doit harmoniser les intérêts économiques des parties, qui peuvent, dans le cadre de leur stratégie à long terme, estimer que la fusion doit se réaliser à un moment spécifique, avec les exigences des autorités de contrôle, dont la mission est de garantir le maintien de l'équilibre concurrentiel, conformément à la loi en vigueur.

Section 2- 1- Le régime juridique français des concentrations.

De cette manière, nous examinerons en premier lieu la notion de concentration pour saisir le contrôle des concentrations en France à travers ses règles de fond (§1). Ensuite, nous examinerons la procédure de contrôle des concentrations, en analysant les interactions entre les entreprises notifiantes et les autorités de régulation qui supervisent cette procédure (§2).

§1- Les règles de fond applicables au contrôle des concentrations.

Certaines opérations intéressant les opérateurs économiques relèvent de la notion de concentration et échappent au contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Les autorités de concurrence évaluent la concentration à travers les seuils quantitatifs visant à déterminer les

opérations contrôlées et les opérations qui relèveront de la compétence française ou européenne.

I- Le champ d'application.

Initialement, on présentera les aspects généraux des opérations de concentration ainsi que ses fondements. Il est intéressant d'étudier la définition des opérations de concentrations ainsi que les raisons qui poussent des entreprises à s'unir (A) avant de s'intéresser à leurs champs d'application (B).

A- Les aspects généraux du contrôle de concentration.

Le contrôle des concentrations occupe aujourd'hui une place importante dans les contrôles liés à la concurrence, du fait de la multiplication des opérations de fusions, dès les années 1990. En principe, la concentration économique, n'est pas interdite, mais le contrôle est nécessaire pour assurer une bonne régulation de la concurrence. Le droit des concentrations est relativement jeune dans le droit de l'UE, mais ça n'est pas le cas aux Etats-Unis, puisqu'assez tôt, les autorités américaines ont appliqué de telles opérations pour réguler la concurrence. Le contrôle débute, très légèrement, avec le *Sherman Act* de 1890, puis pour remédier aux insuffisances de ce dernier, le *Clayton Act* de 1914 est introduit.

Pour le droit de l'Union européenne, le traité CECA entré en vigueur en 1952, prévoit un contrôle des concentrations, à l'article 66, mais le traité CEE entré en vigueur en 1958 ne contient aucune disposition en la matière. Dans le droit interne des États Membres, on voit apparaître une ébauche de contrôle en Allemagne en 1957, puis un réel contrôle dès 1973 au Royaume-Uni. En France, c'est la loi du 19 juillet 1977 qui instaure le contrôle des concentrations⁶⁰⁹, reprise par l'ordonnance de 1986. Aujourd'hui, les dispositions en la matière figurent au titre III du livre IV du Code de commerce, modifiées par les lois de nouvelles régulations économiques de 2001 (NRE) et la loi de Modernisation de l'Économie de 2008 (LME).

En droit de l'Union européenne, à défaut de l'absence d'article relatif aux concentrations dans le traité, les autorités communautaires ont utilisé les articles relatifs aux pratiques anticoncurrentielles. La Commission est la première à le faire, dans une décision du

⁶⁰⁹ Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

9 décembre 1971, *Continental Can*, dans laquelle elle explique qu'elle n'exclut pas de contrôle des concentrations, même sans articles prévus à cet effet dans le traité, en se basant sur l'article 86 CE (aujourd'hui article 102 TFUE) sur les abus de position dominante, ce qui a été confirmé par la Cour de justice dans l'arrêt CJCE 21 février 1973, *Continental Can*. Du fait des critiques opposées à cette position, la Commission propose l'adoption d'un règlement spécifique en matière de contrôle des concentrations, en expliquant que l'article sur les abus de position dominante ne peut pas suffire à ce contrôle, puisqu'il ne permet pas de toutes les contrôler.

Par la suite, c'est l'article relatif aux ententes qui va être utilisé pour contrôler une forme d'opération de concentration, par la Cour de Justice, dans l'affaire CJCE 17 novembre 1987, *Philip Morris*⁶¹⁰. La Commission européenne réitère sa demande de texte spécifique, puisque les contrôles sur la base des articles 85 et 86 Traité instituant la Communauté européenne (actuellement sous l'article 101 et 102 du TFUE) ne sont pas satisfaisants, car ce sont des contrôles *a posteriori*, considéré comme préjudiciable à la vie économique des entreprises, tant par la Commission européenne que pour les entreprises elles-mêmes. Il y a cependant des difficultés concernant un tel texte, tout d'abord au niveau de la base juridique qui pourrait donner compétence à l'UE pour légiférer en la matière alors que le traité n'en parle pas, mais aussi sur le point de savoir si la Commission devrait avoir une compétence exclusive, ou partagée avec les autorités internes. Une autre question était celle des critères du contrôle en eux-mêmes ; c'est un bilan concurrentiel qui est retenu, ainsi qu'une compétence partagée.

Concernant les compétences subsidiaires évoquées dans le règlement concentration, 4064/89, adopté le 17 décembre 1989, et modifié par le règlement 1310/97 du 30 juin 1987, qui est finalement remplacé par le règlement 139/2004 du 20 janvier 2004, entré en vigueur le premier mai 2004.

Le contrôle qui est mis en place, pour répondre aux critiques, est un contrôle *a priori*, sur la base de demandes d'autorisation par les entreprises à la Commission européenne ou aux autorités internes. On assiste ces dernières années à une convergence entre le droit interne et le droit de l'UE.

Ainsi, la concentration économique est définie comme « toute opération juridique qui tend à l'unification du centre décisionnel de deux ou plusieurs entreprises dans le but

⁶¹⁰ C'est le cas d'une prise de participation suite à un accord. C'est pour cette raison que le juge applique l'article 85 *Traité* instituant la Communauté européenne.

d'augmenter leur puissance économique⁶¹¹ ». Plusieurs raisons poussent à la concentration, par exemple les motifs spéculatifs (possibilité d'investissement du capital inactif) ou motif commerciale, ou même motif stratégique.

Les concentrations économiques peuvent être classées ainsi : concentrations horizontales, concentrations verticales et conglomérats. En effet, opèrent une « concentration horizontale », les entreprises qui réalisent au même niveau du marché, c'est-à-dire qui produisent ou distribuent les produits ou services ressemblants. Le droit de la concurrence donne plus d'attention à ce type de concentration, car les répercussions peuvent être sérieuses et pourra entraîner la diminution de la production ou une augmentation du prix. Les opérations sont dites « concentrations verticales » pour les entreprises qui font partie de la même chaîne de distribution, autrement dit, qui possède entre elles une relation de fournisseur/client. Enfin forme un conglomérat, les entreprises dont les opérations de concentration ne sont ni verticales ni horizontales. Autrement dit, c'est le fait de regrouper dans un seul ensemble des entreprises n'ayant aucun lien technique ; et le but est de disséminer les risques sur des marchés distincts, ou/et parfois de mener des opérations spéculatives.

Toutefois, une décision du Conseil de concurrence de 2002, pose le principe de non-cumul des droits des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles.⁶¹² Il estime que « l'application du droit de concentration à la création ou à la survie d'une entreprise ne fait pas obstacle à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles à des comportements qui sont détachables de cette création ou de cette survie »⁶¹³. Ajoutons que par sa décision n°20-D-01 du 16 janvier 2020, l'Autorité française de la concurrence déclare la jurisprudence européenne *Continental Can* précitée, obsolète. Selon elle, le contrôle *ex ante* des opérations de concentrations ne peut constituer en lui-même un abus de position dominante d'autant qu'à l'époque où la CJCE a rendu ses arrêts en 1971 et 1973, la Communauté européenne ne disposait pas d'un dispositif efficace de contrôle des concentrations ce qui n'est plus le cas de nos jours.

B- Champ d'application du contrôle de concentration.

Préciser la notion de concentration permet d'évaluer la nature et la portée du contrôle de concentration.

⁶¹¹ P. Burnier da Silveira, *Le contrôle des concentrations économiques l'expérience européenne et l'avenir du Mercosul*, l'Harmattan, Paris, 2010.

⁶¹² Décision, n°02-D-44 du 11 juillet 2002.

⁶¹³ **Décision Conseil de concurrence, n° 02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement.**

1. Notion de concentration.

Elle est définie, en droit interne, à l'article L430-1 du Code de commerce, et en droit de l'UE, par l'article 3 du règlement 139/2004, précisé par la Communication de la Commission européenne du 21/02/09 et par les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence (ADLC) du 10 juillet 2013. Ces textes identifient deux grandes formes de concentration : la fusion (a) et l'acquisition du contrôle d'une autre entreprise (b).

a. La fusion.

La fusion implique que les entreprises antérieurement indépendantes, regroupent plusieurs hypothèses : soit plusieurs entreprises fusionnent pour créer une nouvelle entité, soit une entreprise est rachetée par une autre. Certaines opérations sont plus complexes ; c'est notamment le cas de la fusion de fait, qui n'est pas matérialisée par un accord, mais se manifeste par la gestion en commun d'activité économique. Il faut alors se baser sur les faisceaux d'indices pour parvenir à l'identifier, comme par exemple en se basant sur la direction économique unique et permanente ; ou même sur la responsabilité solidaire (ex : compensation pertes/profits).

Si la fusion concerne une entreprise antérieurement dépendante, l'opération n'entre pas, dans ce cas, dans le champ d'application du règlement 139/2004.

b. L'acquisition du contrôle d'une autre entreprise.

Ce type de concentration est la plus fréquente. Elle recouvre des situations diverses et variées ; il s'agit ici pour une ou plusieurs entreprises d'acquérir la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Les principales hypothèses sont :

- L'acquisition d'une majorité des droits de vote d'une autre société, dans le but de la maîtrise sur les décisions des entreprises en question ;
- L'acquisition d'une participation minoritaire, dans la mesure où un ensemble d'autres éléments permettent de démontrer la prise de contrôle (ex: détention d'action préférentielle donnant la majorité de droit de vote, siège permanent au Conseil d'administration (CA), nomination de plus de la moitié des membres du CA ou du Conseil de surveillance, acquisition d'un certain nombre de parts alors que les autres sont éparpillées, maîtrise de la politique commerciale de la société contrôlée, etc.).

Il faut évoquer le cas du contrôle en commun d'une entreprise, dite commune ; les entreprises contrôlantes s'entendent en ce qui concerne les grandes décisions de l'entreprise

contrôlée. Ainsi, chaque entreprise détenant le contrôle a la capacité de mettre en échec les résolutions stratégiques. Cependant, il y aura un contrôle en commun tant que les actionnaires, mêmes minoritaires, ont un droit de véto. Plusieurs actionnaires minoritaires peuvent également détenir ensemble une majorité de droit de vote, et qui se concertent pour les exercer, soit sur la base d'un accord formel ou informel. On se demande alors si ce comportement relève des concentrations, ou plutôt des ententes. Le règlement de 1989, a fait la différence entre les entreprises communes de nature concentrative et entreprises communes de nature coopérative. Par la suite, bien que ces termes ne soient plus utilisés, la distinction subsiste, et le règlement fait référence aux entreprises communes qui exécutent de manière continue toutes les fonctions d'une entité économique autonome, ou aux entreprises communes de plein exercice, lesquelles sont les seules relevant du règlement. La Commission européenne a publié, dès 1998, une communication relative à cette distinction, parfois complexe à réaliser.

L'entreprise commune de plein exercice est qualifiée par trois critères cumulatifs. Il faut d'abord, qu'elle ait un caractère durable, c'est-à-dire si elle ait les moyens d'exercer son activité de manière durable. Ensuite, elle exerce toutes les fonctions inhérentes à ces activités (et ne peut être chargée d'une seule activité auparavant exercée par les sociétés contrôlantes). Enfin, elle n'a pas pour seul client ou fournisseur les entreprises contrôlantes. Si ces caractères ne sont pas réunis, elle sera qualifiée d'entente, et non pas de concentration. Les mêmes règles jouent en droit interne.

2. Le partage des compétences européenne et national.

Si la concentration est de dimension communautaire, c'est le droit de l'Union européenne qui s'applique ; autrement, ce sont les autorités nationales qui seront compétentes (a). Ce partage subit cependant quelques aménagements (b).

a. La notion « dimension communautaire ».

Les critères de qualification sont posés par l'article 1 du règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, qui sont particulièrement, liés au chiffre d'affaires des entreprises, ainsi qu'à la localisation géographique de l'opération. Les premiers critères ont été prévus tout d'abord dans le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, à savoir « :

- Un chiffre d'affaires mondial total de l'ensemble des entreprises supérieur à 5

milliards d'euros ;

- Un chiffre d'affaires individuel réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées supérieur à 250 millions d'euros par au moins deux entreprises ».

Par exception, si plus de deux tiers du chiffre d'affaires intra-communautaire des entreprises est réalisé dans un seul et même État Membre, celui-ci sera compétent, et non pas la Commission européenne.

Ces critères sont cumulatifs ; ils figurent toujours aujourd'hui dans le règlement, et montrent que le contrôle peut porter sur des entreprises aussi bien implantées sur le territoire de l'UE que sur le territoire d'États tiers, à partir du moment où leur activité est en partie développée dans la Communauté européenne. Dans l'arrêt du Tribunal de l'UE 24 mars 1999, *Gencor*, le tribunal confirme la compétence de la Commission européenne pour contrôler des entreprises non-communautaires, même si l'activité principale n'est pas située dans la communauté, mais que des effets sont perceptibles dans la Communauté.

Le choix de ces critères a fait l'objet de critiques, certains considèrent qu'ils ne reflétaient pas la réalité économique, et que la Commission européenne ne prenait pas en compte le type de société créée. La réserve également a été critiquée par la Commission européenne, estimant que cela faisait échapper à son contrôle des opérations qui restent importantes ; elle ajoute que les critères ne permettent pas de contrôler toutes les opérations importantes, ni d'éviter les pluri-notifications⁶¹⁴. Elle propose donc une réforme, autour de l'idée de guichet unique⁶¹⁵ ; il aurait été question pour la Commission européenne de prévoir sa compétence à partir du moment où une opération aurait dû être notifiée dans au moins dans trois États Membres.

Les États Membres s'opposent à cette réforme, et le règlement n° 1310/97 du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre les entreprises, n'introduit pas l'aide de guichet unique, mais prévoit de nouveaux critères pour déterminer la dimension communautaire d'une opération ; il ne supprime pas les critères précédemment instaurés, mais il ajoute des critères subsidiaires. On parle ainsi

⁶¹⁴ Notification de concentration dans plusieurs États membres.

⁶¹⁵ « Le Règlement concentrations prévoyait à l'origine un mécanisme de "guichet unique", qui permettait aux entreprises de soumettre le contrôle de l'ensemble de leurs opérations de fusions-acquisitions à une seule autorité de concurrence, la Commission » F. Brunet, P. Geffriaud, « La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ? » *LEGICOM*, 2004/1 (N° 30), p. 49 .

de seuils primaires ou de grande dimension communautaire pour les critères de 1989, et de seuils secondaires ou de petite dimension communautaire pour les critères de 1997 ; l'idée est que si les seuils de 1989 ne sont pas remplis, on se penchera sur ceux de 1997.

Les critères de 1997 sont présentés ainsi :

- « Un chiffre d'affaires mondial total par l'ensemble des entreprises supérieur à 2,5 milliards d'euros ;
- Un chiffre d'affaires total réalisé par l'ensemble des entreprises concernées dans au moins trois États Membres supérieur à 100 millions d'euros ;
- Un chiffre d'affaires total réalisé par au moins deux entreprises dans les mêmes trois États membres supérieurs à 25 millions d'euros ;
- Un chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'UE par au moins deux entreprises supérieur à 100 millions d'euros ;
- Par exception, si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires dans l'UE à l'intérieur d'un seul et même État membre, celui-ci est compétent ».

Ces critères ont eux aussi généré des critiques, par la Commission européenne elle-même, et par les professionnels, d'autant plus que le nombre de notifications à la Commission européenne n'a pas augmenté, alors que les opérations de concentration sont de plus en plus nombreuses. De plus, la Commission européenne critique l'exception des deux tiers, qui privilégie certaines entreprises, notamment celles implantées dans un grand État membre. En 2001, la Commission européenne propose à nouveau une réforme, mais se heurte encore à l'opposition des États membres (notamment la France), qui considèrent les problèmes de sécurité très relatifs, du fait d'un rapprochement important des procédures de contrôles et des décisions des différentes autorités.

Cette proposition de réforme donnera naissance au règlement 139/2004⁶¹⁶, à l'article 1 duquel se retrouve toujours les mêmes seuils critères et secondaires ; le seul apport réel est l'amélioration des mécanismes de renvoi, qui sont des aménagements du partage des compétences.

b. Les aménagements.

Des mécanismes progressifs ont été prévus par le Règlement régulant les concentrations afin de tempérer le principe de "guichet unique" et de favoriser une coopération efficace entre

⁶¹⁶ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

les autorités nationales de concurrence et la Commission. Néanmoins, La mise en place des mécanismes de renvoi n'a pas empêché le développement de notifications multiples entre les autorités de la concurrence.

En effet, les mécanismes de renvoi ne fonctionnent pas forcément à l'avantage de la Commission européenne. C'est la possibilité de donner compétence à une autorité alors même que les règles de compétence en désignaient une autre. Le Règlement prévoit un double mécanisme correcteur de renvoi. D'une part, la Commission peut renvoyer aux États membres certaines opérations de dimension communautaire⁶¹⁷ et d'autre part, un État membre peut saisir la Commission d'une opération n'aboutissant pas aux seuils communautaires⁶¹⁸.

Mécanismes de renvoi au stade de la pré-notification.

L'article 4 dans les paragraphes 4 et 5 du règlement 139/2004, présente deux mécanismes qui sont mis en place à l'initiative des entreprises concernées. D'abord, Le renvoi descendant qui veut dire que les entreprises envisageant une opération de concentration peuvent signaler à la Commission européenne que l'opération, bien qu'elle soit de dimension communautaire, risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre. La Commission européenne informe alors l'État membre concerné, qui doit donner son accord ou son refus du renvoi, et la décision finale appartient à la Commission européenne.

Ensuite, le renvoi ascendant, est le plus intéressant dans la perspective du guichet unique, puisque même si l'opération n'est pas de dimension communautaire, les entreprises concernées peuvent saisir la Commission européenne si elle concerne au moins trois États membres, lesquels peuvent refuser le renvoi à la Commission européenne. S'ils acceptent, l'opération est notifiée à la Commission européenne, qui procédera au contrôle ; on dit que l'opération est réputée de dimension communautaire.

Mécanismes de renvoi post-notification.

Ce type de mécanisme est déjà prévu avant 2004, et on distingue alors, deux types de renvoi post-notification. Le premier est sur la base de l'article 9 règlement 139/2004 est qualifié de renvoi descendant, lorsque l'opération de dimension communautaire affecte la concurrence sur un marché distinct dans un État membre, la Commission européenne peut

⁶¹⁷ Article 9 du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁶¹⁸ Article 22 du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

accepter un renvoi à l'État membre concerné ; ce renvoi peut être partiel, mais est de plus en plus utilisé.

Le second, selon l'article 22 du règlement 139/2004 est le renvoi ascendant, appelé également clause néerlandaise, parce que demandé par les Pays Bas qui ne disposait pas de normes de contrôle des concentrations. Le renvoi est possible lorsqu'une opération qui n'est pas de dimension communautaire menace d'affecter significativement la concurrence dans l'UE. Les États membres ont ici refusé une modification proposée par la Commission européenne, prévoyant un renvoi automatique des opérations devant être notifiée dans trois États membres ou plus. L'initiative appartient à un ou plusieurs États membres et si la Commission européenne accepte de contrôler l'opération, la réponse ne vaut qu'à l'égard des États membres ayant formulé la demande, ce qui rend possible d'autres contrôles que celui de la Commission européenne.

L'article 21 paragraphe 4 du règlement, préexistant avant 2004, prévoit une compétence des États membres pour protéger un intérêt public. Le renvoi aux autorités nationales sera possible lorsque l'opération menace la sécurité publique, la pluralité des médias, ou encore les règles prudentielles (liste non exhaustive). Le renvoi peut être partiel ; après la demande de l'État membre, la Commission européenne donne une réponse sous 25 jours. L'obligation de l'autorisation de la Commission européenne est confirmée par un arrêt CJUE 2004, *Portugal c. Commission européenne*.

Toutefois, ce mécanisme de renvoi présente quelques insuffisances, car dans la réalité, les États membres sont assez réticents pour renvoyer à la Commission européenne certaines opérations de concentrations n'atteignant pas les seuils communautaires. Notamment la raison la plus marquante est au niveau des multiplications des notifications sur une même opération de concentration⁶¹⁹. Afin de remédier à cette insuffisance, la Commission européenne a proposé encore une réforme du règlement concentration, avec deux propositions principales : une possibilité pour elle de contrôler les acquisitions de participation minoritaire dans une société, qui ne confère pas le contrôle, mais qui sont susceptibles d'entraver la concurrence, et une réforme des mécanismes de renvoi, pour éviter qu'un seul État membre puisse bloquer le renvoi ascendant.⁶²⁰

⁶¹⁹ F. Brunet, P. Geffriaud, *La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ?*, Le droit de la communication à l'épreuve de l'Europe : construction et résistance dans Actes du Forum Légipresse du jeudi 2 octobre 2003 LEGICOM 2004/1 (N° 30), Victoires éditions p.146 .

⁶²⁰ Voir le *Livre vert* concernant la révision du règlement sur les concentrations du 31 janvier 1996, COM/96/0019 final.

II- Les critères d'appréciation des concentrations.

L'approche de l'autorité de concurrence n'est pas la même en fonction de la forme de la concentration ; on en distingue classiquement trois, à savoir, les concentrations horizontales, verticales et conglomérales. Deux oppositions sont apparues à la mise en place du contrôle : la première entre le bilan concurrentiel et le bilan économique et social, et la seconde entre la méthode de la position dominante et la méthode de l'atteinte à la concurrence.

1. L'analyse classique développée en France.

En vertu de l'article L-546 du Code de commerce, toute opération susceptible de nuire à la concurrence est prohibée. Cette atteinte inclut principalement, sans toutefois s'y limiter, la création ou le maintien d'une position dominante. La loi NRE de 2001 précise également que l'atteinte à la concurrence peut résulter de la création ou du renforcement d'une capacité d'achat qui expose les fournisseurs à une situation de dépendance économique.

Le contrôle mené par l'Autorité de la concurrence (ADLC) prend en compte, les parts de marché détenues par les entreprises concernées par rapport à leurs concurrents ; les avantages économiques résultant de l'opération ; et les difficultés pour d'autres entreprises de pénétrer le marché.

Il apparaît donc en matière de contrôle des concentrations la définition du marché pertinente. L'analyse se fait en principe en deux temps, tout d'abord par une analyse concurrentielle, qui, si elle démontre une atteinte à la concurrence, entraîne une deuxième analyse, plus économique, voire sociale, c'est-à-dire que l'on recherche les bienfaits de l'opération sur le marché en général. La loi NRE demande de retenir la compétitivité des entreprises sur la scène internationale, et la création ou le maintien de l'emploi éventuellement procurés. Le texte prévoit des conditions pour que ces progrès économiques et sociaux soient pris en considération :

- Les avantages doivent être quantifiables, vérifiables ;
- Ils doivent être spécifiques à l'opération de concertation ;
- Il ne doit pas y avoir d'autres moyens, moins préjudiciables pour la concurrence, de parvenir aux mêmes avantages ;
- Ces avantages doivent bénéficier pour une part significative à la collectivité et/ou au consommateur.

Dans les textes, le bilan réalisé est semblable à celui effectué pour les ententes.

Cependant, en pratique, l'analyse est beaucoup plus concurrentielle, et une opération de concentration n'a jamais été autorisée sur la base d'un bilan économique et social positif.

2- L'analyse développée dans l'Union européenne.

En droit de l'UE, les critères d'appréciation des concentrations sont situés à l'article 2 du règlement, et ont été modifiés en 2004. En effet, pendant la préparation de la réforme, plusieurs affaires ont eu lieu, et ayant eu un grand retentissement, elles ont influencé le règlement final. Plusieurs affaires, dans lesquelles le Tribunal de première instance de l'UE, saisi des décisions de la Commission européenne, a désavoué son analyse, par exemple à l'affaire GE/Honeywell⁶²¹, L'affaire Airtour/First Choice⁶²², l'affaire Schneider/Legrand⁶²³, et l'affaire Tetra Laval/Sidel⁶²⁴.

a. Méthode de la Commission européenne.

On évoquera le critère d'appréciation retenu et le bilan à effectuer.

Critère d'appréciation retenu. Conformément à l'article 2 alinéa 2 du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, le critère de la création ou du renforcement d'une position dominante est critiqué, car d'autres droits (américain et français) retiennent un critère plus large, celui de l'atteinte globale à la concurrence portée par l'opération de concentration. En droit de l'UE, le choix du critère de la position dominante s'explique historiquement, du fait de la naissance du contrôle des concentrations par l'affaire Continental Can, sur la base de la position dominante, consacré par le règlement de 1989. Cependant, ce critère semble insuffisant, puisque si on l'applique, une opération entravant significativement la concurrence peut être autorisée si les entreprises concernées ne sont pas en position dominante ; de plus, certains types de concentration sont mal appréciés du fait de ce critère, à savoir, les concentrations conglomerales.

La Commission européenne refuse tout d'abord de modifier le critère du règlement

⁶²¹ La concentration est refusée le 01/07/01, alors que la Commission européenne refuse très peu d'opérations, et que quelques mois auparavant, les autorités US de concurrence avaient validé la même opération. C'est l'arrêt Tribunal de première instance de l'UE du 14 décembre 2005 qui se prononce sur ce refus, et sans remettre en cause la décision de la Commission européenne, il développe un argumentaire analysant la méthode utilisée par la Commission européenne, qui ne serait pas la bonne.

⁶²² TPICE, 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission, affaire T-342/99*.

⁶²³ Arrêt du Tribunal de première instance (première chambre) du 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA contre Commission des Communautés européennes, Affaire T-310/01*.

⁶²⁴ TribUE 30/10/01.

de 1989, notamment dans l'affaire *Airtours/First Choice*, dans laquelle elle considère qu'il n'y a pas de position dominante dans le rapprochement de ces deux entreprises, mais considère qu'il y a une position dominante collective avec deux autres entreprises, conservant ainsi son critère tout en condamnant la concentration; cette analyse est cependant condamnée par le tribunal de l'UE le 6 juin 2002, qui rappelle les conditions de la position dominante collective, et considère qu'elles n'étaient pas réunies à lors.

Ce débat aboutit à une révision, actée dans le règlement 139/2004, qui inverse les critères, en retenant celui de l'entrave significative à la concurrence. Il aligne ainsi le droit de l'UE sur les autres droits. La position dominante devient l'un des cas d'entrave significative à la concurrence. Cependant, le critère est analysé sur la base d'un test substantiel, qui prend en compte divers facteurs, et pas seulement la création ou le renforcement d'une position dominante.

Il est important de noter que dans la pratique, malgré la différence de critères le raisonnement est souvent très proche. La décision de la Commission du 30 juillet 1997 déclare ainsi la compatibilité d'une concentration avec les règles du marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen⁶²⁵.

Bilan effectué. Une divergence se manifeste également entre le droit français et le droit européen, entre le bilan économique et social et le bilan concurrentiel. La méthode française (et américaine) est celle de la théorie des efficacités sur le plan *efficiency defense*, qui consiste à évaluer si les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration peuvent être compensés par des avantages économiques, à condition que ces effets bénéficient au consommateur. La méthode européenne, elle, amène une autre lecture, puisque la Commission européenne, lorsqu'il y a, par exemple, une baisse des coûts du fait d'une opération de concentration envisagée, ne prend pas en considération l'avantage procuré aux consommateurs, mais considère que cela donne un pouvoir de marché plus important à l'entité créée ; c'est la théorie des efficacités sur un plan *efficiency offence*.

De nombreux éléments du règlement de 2004 relèvent d'un bilan concurrentiel, et ainsi, la Commission européenne devra prendre en compte la structure du marché, la concurrence réelle ou potentielle ; et la position des entreprises en cause sur le marché, leur puissance économique et financière, la réduction de concurrence subie par les fournisseurs et utilisateurs, leur accès aux sources d'approvisionnement, aux débouchés, ainsi que les barrières à l'entrée au marché.

Cependant, on trouve également des éléments de bilan économique et social

⁶²⁵ Décision 87/816/CE du 30 juillet 1997 relative à l'affaire n° IV/M.877 - *Boeing/McDonnell Douglas*

comme l'évolution de l'offre et de la demande ; l'intérêt du consommateur ; ou même le progrès technique qui serait issu de la concentration et qui fournirait un avantage aux consommateurs, sans être un obstacle à la concurrence.

L'examen de ces éléments se fait de manière globale, dans une seule et même phase de contrôle ; la Commission européenne peut tenir compte d'éléments économiques lors de l'analyse concurrentielle. Avant même le règlement de 2004, la Commission européenne, dans une décision 2 octobre 1991, *Aerospatiale Alenia/De Haviland*, évoque la possibilité d'un bilan économique, sans pour autant appliquer cette possibilité en l'espèce. Deux autres décisions, celle du 19 Juillet 1995, *Nordic Satellite distribution* et celle du 27 mai 1998, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, comprennent cette référence en la liant à des éléments économiques.

En résumé, le bilan effectué par la Commission européenne est un bilan concurrentiel, avec très peu d'éléments économiques.

b. Autres éléments d'analyse.

Il faut d'abord vérifier le lien de causalité. En effet, il doit y avoir un lien entre l'opération et la modification de la concurrence ; si elle n'en est pas la cause, la concentration ne sera pas interdite. Ce principe est posé par l'arrêt CJCE 31 février 1998, *Kali et Salz*, confirmant une décision de la Commission européenne de 1993. Cette affaire permet également de développer la théorie de l'entreprise défaillante, appliquée également en droit interne⁶²⁶. Elle implique que si l'entreprise reprise ou achetée aurait disparu sans la concentration, cette dernière ne pourra pas être interdite. Cette théorie est consacrée dans les lignes directrices de la Commission européenne, qui dégage trois conditions à son application :

- L'entreprise est condamnée à disparaître rapidement si elle n'est pas reprise ;
- Il n'y a pas d'alternatives de reprises moins dommageables pour la concurrence ;
- La dissolution de la société n'est pas moins préjudiciable pour les consommateurs que l'option de rachat envisagée, ce qui maintient une équité concurrentielle envers les consommateurs.

Dans l'arrêt Conseil d'État 6 Février 2004, *Seb/Moulinex*, le juge reprend les trois critères et annule la décision du ministre de l'économie d'autoriser la concentration, car il estime que la fusion n'était pas bénéfique pour la concurrence et les intérêts des consommateurs. Cependant, l'autorisation a finalement été accordée par la suite. Dans l'affaire *Olimpic*

⁶²⁶ CE 6 Février 2004, *Seb/Moulinex*.

Air/Aegean Airlines, cette théorie a été appliquée, dans une décision Commission européenne datée du 9 octobre 2013.

Ensuite, autre mesure élément d'analyse c'est la mesure du degré de concentration sur le marché pertinent. Le calcul repose sur l'utilisation de l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH), qui s'obtient en agréant les carrés des parts de marché de chaque entreprise opérant sur le marché, à la fois avant et après la réalisation hypothétique de l'opération envisagée.

Cependant, selon les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, une opération de concentration peut restreindre la concurrence sur les marchés affectés par des effets non-coordonnés, « c'est-à-dire des effets résultant de comportements des acteurs du marché, agissant indépendamment les uns des autres⁶²⁷ ». S'agissant des concentrations horizontales, elles produisent des effets non-coordonnés lorsqu'une entreprise renforce son pouvoir de marché grâce à l'élimination potentielle de concurrents (ex : Décision de la Commission européenne 9 décembre 2004, confirmé par le Tribunal de l'UE du 21 septembre 2005, interdiction du rachat de Gaz du Portugal par Energie du Portugal et ENI).

S'agissant des concentrations verticales, elles produisent des effets non-coordonnés afin de restreindre le marché en empêchant l'accès aux nouveaux entrants (par le verrouillage des intrants⁶²⁸ ou de l'accès à la clientèle).

A la différence des effets non-coordonnés, les acteurs du marché sont corrélés. : Ils s'appliquent essentiellement dans les affaires de position dominante collective.⁶²⁹

Les articles 6 et 8 du règlement de 2004 et l'article L.430-5 du Code de commerce permettent aux entreprises de proposer de tels engagements, qui sont en quelque sorte des remèdes aux effets anticoncurrentiels, qui doivent permettre de résoudre de façon durable les problèmes de concurrence. Les autorités de concurrence ont une préférence pour les engagements de nature structurelle plutôt que comportementale, les premiers étant plus facile à contrôler. Dans l'affaire TPS/Canal Plus du 13 Juillet 2006, la concentration a été autorisée du fait des engagements pris par Canal +, notamment concernant les droits exclusifs dont elle disposait. Néanmoins, elle n'a pas respecté ses engagements, et a été condamnée par la suite.

⁶²⁷ Disponible sur <https://www.vogel-vogel.com/faq-items/effets-non-coordonnes-2/>

⁶²⁸ Produit nécessaire à la fabrication d'autres produits, concentration entre fabricant de l'intrant et fabricant du produit auxquels l'intrant est nécessaire.

⁶²⁹ Tribunal de l'UE 06/06/02, Airtours ; CJCE 10/07/08, Impala ; CE, 31/07/09, Fiducial.

§2- Les règles de procédure applicables au contrôle des concentrations.

En droit interne, ce sont les articles L-430-3 à 10 du Code de commerce qui pose les règles de contrôle de concentrations ; en droit de l'UE, c'est le règlement 139/2004, complété par le règlement d'application de la Commission européenne 802/2004 du 07 avril 2004. A travers ces textes juridiques, sont précisés l'ouverture (A) et le déroulement de la procédure (B). Le contrôle est ici *a priori*, et il existe, tant en droit de l'UE qu'en droit interne, une procédure normale et une procédure simplifiée. Cette dernière a été mise en place par une communication de la Commission européenne du 5 mars 2005, modifiée par une communication du 05 décembre 2013 en droit de l'UE, et depuis 2011 en droit interne.

A. L'ouverture de la procédure.

Deux obligations complémentaires pèsent sur les entreprises souhaitant réaliser une opération de concentration.

D'abord, une obligation de suspension de l'opération, qui connaît des exceptions en cas d'échange ou de rachat de titre, ou sur demande à l'autorité compétente ; en dehors de ces cas, il est logique que l'opération soit suspendue, puisqu'en cas d'interdiction, il faudrait revenir en l'état avant l'opération, ce qui est très complexe.

Ensuite, une obligation de notification à l'autorité compétente, qui est la seule modalité de saisine. Dans l'Union européenne, la Commission européenne est l'entité destinataire de la notification, tandis qu'au niveau national, c'est l'ADLC qui assume cette responsabilité et qui doit également transmettre une copie du dossier au ministre de l'économie.

Sur le fondement de l'article L-430-2 du Code de commerce, « l'ADLC ne sera notifiée qu'à partir de certains seuils, qui peuvent être abaissés dans le secteur du commerce en détail.

- Le chiffre d'affaires mondial réalisé par l'ensemble des entreprises concernées doit être supérieur à 150 millions d'euros (75 millions pour le commerce en détail) ;
- Le chiffre d'affaires réalisé en France par au moins deux entreprises doit être supérieur à 50 millions d'euros (15 millions pour le commerce en détail);
- L'opération ne doit pas entrer dans le champ d'application du règlement 139/2004 ».

En droit communautaire comme en droit interne, il existe une procédure simplifiée, qui peut être demandé par les entreprises dans certaines hypothèses, par exemple

- Lorsque l'entreprise commune crée à une activité négligeable sur le territoire de l'UE ;

- Lorsque les entreprises concernées n'exercent pas leurs activités sur des marchés homogènes ou des marchés en amont ou en aval, mais plutôt sur des marchés complètement distincts (le même principe s'applique au niveau national);

- Lorsque la concentration est horizontale avec des parts de marchés cumulées inférieures ou égales à 20% (modification intervenue en 2013, avant la part s'élevait à 15%) ; et la concentration est verticale avec des parts de marchés cumulées inférieures ou égales à 30% (modification en 2013, avant, 25%) ;

- Lorsque les parts de marché cumulées des entreprises sont inférieures à 50%, dans la mesure où l'augmentation de parts résultant de la concentration est faible.⁶³⁰

On note que dans la pratique, la tendance est à la simplification, d'où l'ajout de nouvelles possibilités de procédure simplifiée, et l'idée de la Commission européenne de demander moins d'information à la notification (l'objectif est l'augmentation de 10% des procédures simplifiées). Le non-respect des obligations de suspension et de notification est assorti de sanctions, pouvant aller jusqu'à un montant de 5% du chiffre d'affaires en droit interne et 10% du chiffre d'affaires en droit de l'UE, avec de possibles astreintes de 5% également. De même, la transmission de renseignement erronée entraîne une sanction de 5% du chiffre d'affaires en droit interne, et 1% du chiffre d'affaires en droit de l'UE.

Aujourd'hui, la Commission exprime sa détermination à moderniser le contrôle des concentrations sans pour autant altérer les dispositions légales en vigueur. La Commission européenne estime trouver la solution de contrôler les concentrations non-notifiables. En effet, on parle d'acquisition prédatrice ou « *Killer acquisition* », qui est un phénomène récent dans le domaine de la concurrence. Cela se produit lorsqu'une grande entreprise rachète une start-up innovante dans le but d'éliminer cette dernière, qui, bien qu'ayant un faible pouvoir de marché, pourrait représenter une concurrence significative à l'avenir. On retrouve ce phénomène majoritairement dans les secteurs pharmaceutique ou numérique. En pratique, ce type de pratique n'est pas contrôlable auprès des autorités de la concurrence ; toutefois, cette pratique fait l'objet de réflexion, car elle pourra devenir une des principales sources de préoccupations en droit de la concurrence. Cependant, cette nouvelle doctrine n'a pas de vraie valeur juridique car cette communication ne modifie en aucun cas les textes notamment le Règlement 139/2004. En principe, les communications de la Commission européenne sont classées dans la catégorie

⁶³⁰ Cette hypothèse a été ajoutée en 2013.

des règles de " *soft law* ", visant simplement à clarifier le droit européen et à le préciser et l'enrichir.

Malgré cela, l'Autorité de la concurrence française a appliqué cette nouvelle doctrine en renvoyant à la Commission européenne l'opération de rachat de la société *Grail par Illumina*⁶³¹.

Cette communication interprétative entraîne un risque pour la sécurité juridique des entreprises car elles doivent prévenir ce nouveau contrôle *ex post*, dans leurs opérations, même après la clôture de l'opération de plusieurs mois.

L'Autriche et l'Allemagne ont déjà abordé le sujet et ont modifié le critère de contrôle de concentration en insistant plus, sur la valeur de la transaction plutôt que sur le chiffre d'affaires⁶³². Or, la révision du critère du seuil pourrait s'avérer très peu efficace puisque ces nouvelles contraintes administratives viendraient freiner l'ensemble de ces comportements d'innovation au motif de viser celles réalisées pour un motif anticoncurrentiel⁶³³.

Pour contrecarrer ce problème, on pourra envisager des alternatives telles que la mise en place d'un contrôle *ex post* par le biais de textes, comme cela a été proposé dans un rapport conjoint de la France, de l'Allemagne et de la Pologne adressé à la Commission européenne en mai 2019 pour moderniser la politique de concurrence de l'UE. De plus, des sénateurs français ont récemment suggéré une liste d'entreprises dites "systémiques" qui devront informer l'Autorité de la concurrence de toute concentration, même si leur chiffre d'affaires est inférieur à un certain seuil⁶³⁴.

Autre alternative, c'est le contrôle *post-closing*. Le système en place aujourd'hui repose uniquement sur une approche de contrôle préalable (*ex ante*) qui assure aux entreprises le caractère définitif de leur transaction une fois effectuée. Par conséquent, l'Autorité française de la concurrence recommande la mise en place d'un contrôle de concentration *ex post* (après la réalisation de l'opération) qui n'a pas été soumise à ses procédures obligatoires de notification car elle est en dessous des seuils requis. En effet, c'est depuis le rachat de WhatsApp par Facebook qui aurait démontré le besoin de mettre en place un contrôle *ex post* qui ne soit pas liée à leurs chiffres d'affaires. Toutefois, le problème est que ce type de contrôle crée une incertitude juridique et peut entraîner une hausse significative des consultations informelles par

⁶³¹ CJUE, n° T-227/21, Demande (JO) du Tribunal, Illumina/Commission, 28 avril 2021

⁶³² On pourra citer l'exemple de rachat de WhatsApp par Facebook

⁶³³F. Masmi-Dazi, « double modernisation du contrôle Européen des concentrations », *Dalloz actualité*, 2021

⁶³⁴ Proposition de la loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace.

les entreprises qui ne franchissent pas les seuils de notification obligatoires. Cela risque de causer une surcharge de travail pour le service de contrôle des concentrations.

B. Le déroulement de la procédure.

Depuis 2011, l'Autorité de la concurrence a incorporé dans ses lignes directrices une procédure simplifiée applicable aux opérations qui ne sont pas susceptibles de soulever des questions de concurrence. La procédure simplifiée est caractérisée par un raccourcissement significatif et exige une réponse dans un délai de 15 jours ; cela constitue la distinction principale avec la procédure normale. Le contrôle des concentrations est encadré par des délais stricts, imposés par les textes, étant donné que le contrôle étant *a priori*, les entreprises attendent la réponse, et ne peuvent pas attendre trop longtemps. Cette question des délais a été mise en avant dans l'affaire *Schneider/Legrand*, les entreprises considérant que la Commission européenne n'avait pas pris suffisamment de temps pour étudier leurs propositions, notamment sur leurs engagements. La Commission européenne considère que les entreprises ont fait preuve de mauvaise volonté, transmettant leurs engagements au dernier moment, et que de ce fait, elle ne les a pas pris en compte.

1- Phase 1 : l'examen normal.

C'est la phase d'enquête préalable dont le but est de déterminer si l'opération envisagée soulève ou non des doutes sérieux quant à l'atteinte à la concurrence. La Cour de justice, dans son arrêt *Impala*, du 10 juillet 2008, insiste clairement sur le fait que la Commission européenne doit démontrer de manière raisonnable qu'une concentration n'entraîne pas de préoccupations en matière de concurrence pour pouvoir la déclarer compatible. Elle doit, dès la première phase, développer un contrôle précis de l'opération, ce qui implique que le juge, lorsqu'il contrôle des décisions de la Commission européenne, opère le même type de contrôle pour les deux phases.

Concernant les pouvoirs de la Commission européenne en la matière, ce sont les mêmes que dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielle. Il convient de souligner que le contrôle des concentrations est principalement effectué à partir de documents et d'échanges entre les entreprises concernées et la Commission européenne, éventuellement en prenant en compte les témoignages de tiers.

En droit de l'UE, cette première phase doit durer au maximum 25 jours, pouvant être prolongée de 10 jours en cas de demande de renvoi, dans lequel les entreprises disposent de 20 jours pour proposer des engagements, ce qui entraîne une prolongation de 10 jours. En droit interne, depuis 2008, les délais sont alignés sur le droit de l'UE : la phase dure 25 jours, mais les entreprises peuvent proposer des engagements à tout moment, ce qui entraîne une

prolongation de 15 jours.

A l'issue de cette phase, trois types de décisions peuvent être prises : l'opération ne relève pas du contrôle des concentrations ; L'opération est d'ores et déjà autorisée, avec ou sans engagements ; ou encore l'opération soulève des doutes sérieux, et dans ce cas, la deuxième phase du contrôle sera ouverte.

En droit interne, le ministre de l'économie peut demander à l'ADLC d'ouvrir la phase approfondie, alors qu'elle ne comptait pas le faire ; il peut également évoquer l'affaire, c'est-à-dire qu'il statue sur l'opération en cause lui-même pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, notamment le développement industriel, la création ou le maintien de l'emploi, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale. Les décisions sont transmises aux parties, et pour la Commission européenne, aux autorités des États membres concernés, et publiées au Journal officiel internes et au journal officiel de l'Union européenne. Les décisions défavorables aux entreprises sont susceptibles de recours par elles, et les décisions d'autorisation peuvent être contestées par les tiers ; en revanche, la décision d'ouverture de la deuxième phase n'est pas susceptible de recours.

2- Phase 2 : examen approfondi.

Tout comme l'examen normal, l'Autorité de la concurrence est chargée de mener l'examen approfondi, qui est enclenché lorsque des doutes sérieux quant à l'impact de l'opération sur la concurrence se manifestent. Exceptionnellement, le Ministre en charge de l'économie peut imposer un examen approfondi signifiant ainsi qu'il peut passer outre la décision de l'Autorité en prenant une décision justifiée par des motifs d'intérêt général autres que la préservation de la concurrence⁶³⁵.

C'est la phase d'examen approfondi, qui utilise des moyens similaires à ceux utilisés pour le contrôle des pratiques anticoncurrentiels, et dans les mêmes limites. En droit de l'UE, l'examen dure 90 jours, avec une possibilité de prolongation dans certaines hypothèses : par exemple, si les parties déposent des engagements après le 55e jour, le délai est prolongé de 15 jours, automatiquement (compte tenu des critiques retenues dans l'affaire *Schneider/Legrand*). Ou même, si les parties en font la demande dans les 15 premiers jours de la procédure, sur décision de la Commission européenne, la procédure pourra être prolongée de maximum 20 jours. Ou à l'initiative de la Commission européenne, en accord avec les parties, avec une

⁶³⁵ Cette mesure n'a été mise en œuvre qu'une seule fois lors de l'acquisition par Cofigéo en 2018, Décision de l'Autorité de concurrence 18-DCC-95 DU 14 Juin 2018.

prolongation de maximum 20 jours.

L'article 10 paragraphe 4 du règlement 139/2004 ajoute la possibilité de suspendre la procédure, lorsque la Commission européenne estime qu'elle a besoin de temps pour analyser certaines pièces, échanger avec les entreprises, etc. (prise en compte de la décision Schneider/Legrand).

En droit interne, cette phase dure 65 jours, pouvant être prolongée de 20 jours maximum, dans les mêmes hypothèses que pour le droit de l'UE. En fin de phase, deux types de décisions sont possibles. D'une part, une décision d'incompatibilité, interdisant l'opération, qui peut être assortie d'une injonction de remise en état si elle a déjà produit des effets. D'autre part, une décision de compatibilité, autorisant l'opération, qui peut elle aussi être assortie d'injonctions et de prescriptions pour le respect des engagements éventuellement pris par les entreprises.

Ces décisions couvrent également les restrictions accessoires, cela signifie que l'examen porte sur les restrictions directement liées à la réalisation de la concentration et qui sont nécessaires à cette fin. Lorsque les entreprises ont pris des engagements, elles sont surveillées par les autorités compétentes ; constatant que beaucoup d'entreprises ne respectaient pas leurs engagements, la Commission européenne a modifié le règlement d'application 802/2004, via le règlement 1033/2008, afin de renforcer la surveillance, en augmentant le nombre de documents à fournir, et surtout, en permettant la désignation d'un mandataire qui viendra surveiller que les engagements sont tenus. Il est choisi par les entreprises et rémunéré par elles, sur accord de la Commission européenne, ou directement désignée par elles, est mis sous son contrôle. Une décision de retrait de l'autorisation de concentration est possible, de même que des amendes et astreintes ; des recours sont bien sûr possibles.

Une réflexion porte sur la révision du règlement 139/2004 par la Commission européenne en 2014, et on envisage d'ajouter le contrôle des prises de participation minoritaire, de faciliter les renvois, d'améliorer la coopération entre autorités nationales de concurrence et aussi autorité nationale de concurrence et la Commission européenne, ainsi que d'amplifier le contrôle et les procédures. Toutefois, ces propositions n'ont pas été suivies, et aucune modification du règlement de Concentrations n'étant intervenue depuis.

3- Sanction et suivi des opérations de concentrations.

Le suivi des opérations de concentrations peut aboutir une sanction sauf dérogation particulière.

a- Les dérogations particulières.

Sur le fondement de l'article L.430-4 du Code de commerce, la réalisation de l'opération intervient après l'accord de l'Autorité de la concurrence. Toutefois une dérogation peut subsister « en cas de nécessité particulièrement dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision ».

Selon les lignes directrices, « l'octroi d'une telle dérogation est, par définition, exceptionnelle, les offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou redressement judiciaire en bénéficiant couramment, car de telles offres peuvent conduire les parties à se retrouver automatiquement en infraction vis-à-vis de l'article L.430-4 du Code de commerce, par la décision du tribunal de commerce leur attribuant le contrôle de l'entreprise concernée. D'autres événements exceptionnels tels que la menace de la disparition imminente de l'entreprise visée, l'initiation d'une procédure collective, l'obligation pour l'acheteur de fournir des garanties ou de trouver des financements pour assurer la survie de l'entreprise visée, peuvent également motiver l'attribution de cette exemption »⁶³⁶.

b- La sanction.

L'article L.430-8 du Code de commerce prévoit une série de sanctions pouvant être prononcées par les autorités de la concurrence, à l'encontre des entreprises qui refusent de se conformer à la procédure ou à la décision du juge compétent.

En l'absence de notification, l'Autorité de la concurrence peut décider d'une injonction sous astreinte qui est assortie d'une sanction pécuniaire en cas d'exécution d'une opération

⁶³⁶ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, disponible sur : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-publie-ses-nouvelles-lignes-directrices-relatives>.

notifiée mais qui n'a pas encore reçu la décision d'autorisation⁶³⁷. De même, une sanction pécuniaire est prononcée en cas d'omission ou de fausse déclaration.

L'article L-430-8 du Code de commerce dispose : « - Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut alors :

1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I ;

2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision ;

3° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée. ⁶³⁸»

La sanction du retrait de l'autorisation accordée ne se posait pas, mais c'est à travers l'affaire du *Groupe Canal plus*, que cette sanction s'est illustrée. En l'espèce, le ministre chargé de l'économie avait donné son autorisation en 2006 pour la fusion des activités du groupe Canal Plus et de TPS sous la supervision de Vivendi Universal, à condition que les engagements proposés par les parties soient respectés. En 2011, l'Autorité de la concurrence s'est auto-saisie après avoir constaté de graves manquements aux engagements convenus. Pour la première fois, elle a pris la décision de révoquer l'autorisation de fusion, accompagnée d'une sanction pécuniaire de 30 millions d'euros. Parfois, en raison de l'insuffisance des engagements faits, l'Autorité de la concurrence peut être contrainte d'interdire une opération⁶³⁹.

En effet, les parties à une opération de concentration peuvent prendre des engagements afin « de remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération⁶⁴⁰ ». Ces engagements peuvent

⁶³⁷ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

⁶³⁸ L'article L-430-8 du code de commerce.

⁶³⁹ Décision de l'Autorité de concurrence 20-DCC-116 du 28 août 2020 Géant Casino à Troyes.

⁶⁴⁰ F. Blanc, *les engagements dans le droit français des concentrations*, LGDJ, 2015.

être structurels ou comportementaux⁶⁴¹. Ils peuvent être proposés à différents stades de la procédure de contrôle de concentration⁶⁴². Dans certains cas, les parties optent pour le retrait de l'opération de concentration avant même que l'Autorité ne prenne une décision⁶⁴³.

Certains secteurs comme l'audiovisuel et le secteur bancaire ou même la presse sont soumis à des règles spéciales. Le secteur de la presse, est consacré par l'arrêt *Société France Antilles* du 31 janvier 2007, de l'application cumulative de deux législations d'une part celle d'assurer le pluralisme des courants de pensée et d'autre part, celle de défendre l'intérêt des consommateurs en prévenant l'atteinte à la concurrence.

Le non cumul du droit de concentrations et pratiques anticoncurrentielles est un principe posé dans l'affaire *Syndicat des distributeurs indépendants* de 1996⁶⁴⁴. Toutefois, la décision du Conseil de la concurrence du 11 juillet 2002⁶⁴⁵ met en œuvre « l'application du droit des concentrations à la création ou à la survie d'une entreprise ne fait pas obstacle à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles à des comportements qui sont détachables de cette création ou de cette survie ».

Ainsi, l'article L.430-9 du Code commerce précise « L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre ».

C- Dossier de Fusion TF1 et M6.

Le communiqué de presse publié le 17 mai 2021 annonçant un projet de fusion des activités TF1 et M6⁶⁴⁶ considérée comme l'une des plus importantes de l'industrie télévisuelle

⁶⁴¹ CE, Sect., 9avril 1999, The Coca Cola compagnie.

⁶⁴² Dans l'arrêt 28 septembre 2017, Société Altice, le Conseil d'état commence par rappeler la décision Canal plus, cité plus haute, afin de tenir compte de l'importance des engagements non respectés.

⁶⁴³ Décision n° 22-DCC-126 du 15 juillet 2022, TF1/M6.

⁶⁴⁴ Cass.com. 26 novembre 1996, syndicat des distributeurs indépendants, Bull.civ.IV n°291 .

⁶⁴⁵ Décision n° 02—D-44 du 11 juillet 2002.

⁶⁴⁶ TF1, M6, Bouygues et RTL Group annoncent le 17 mai 2021 qu'elles ont conclu des protocoles d'accord d'entrée en négociations exclusives pour fusionner les activités de TF1 et M6 et créer un groupe de médias français d'envergure, https://groupe.tf1.fr/sites/default/files/communiqués/communiqué_de_presse_groupe_tf1_-_les_groupes_tf1_et_m6_entrent_en_négociations_exclusives.pdf

française, a suscité de nombreux débats. Étant donné l'importance des parts de marché de ces deux groupes, cette opération est soumise à l'autorisation de l'ARCOM et à la procédure de contrôle de concentration relevant de la compétence de l'Autorité de la concurrence.

Les parties ont engagé une procédure de pré-notification, qui leur permettra d'une part, de discuter avec le service des concentrations de la viabilité de leur projet et, en cas de besoin, de modifier les ajustements requis dans le cadre d'une opération complexe. D'autre part, cela leur permettra de réduire le risque que le dossier ne soit pas considéré comme complet au moment de la notification.

Selon la décision du Conseil d'État, la pré-notification est utile pour « l'analyse des effets anticoncurrentiels. D'une part, la partie qui notifie prévoit de joindre à son dossier de notification des études économiques *ad hoc*, et même d'organiser des réunions de travail avec le service des concentrations... afin que les conclusions des études puissent être prises en compte dans le cadre de l'instruction. D'autre part elle permet de procéder à des tests de marché⁶⁴⁷ ». En l'espèce, c'est la mise en œuvre de la procédure du test de marché qui est à l'origine de la saisine du Conseil d'État.

Parallèlement, la société Iliad et sa filiale free ont manifesté leur opposition envers la fusion projetée entre TF1 et M6, laquelle pourrait entraîner une domination inquiétante du marché publicitaire à l'avenir et créer un déséquilibre préjudiciable. Ces deux entreprises ont déposé un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État le 15 avril 2022, contestant spécifiquement les questionnaires « Test de marché - distributeurs de contenus audiovisuels » et « Test de marché - publicité annonceurs » de l'ADLC.

Le Conseil d'État a refusé leur requête en estimant que « la décision de l'Autorité de la concurrence d'entamer une phase de pré-notification a un caractère entièrement préparatoire et ne peut donc pas être contestée pour excès de pouvoir⁶⁴⁸ ».

En ce qui concerne la fusion de ces deux géants, le ministre de l'économie a expliqué dans un communiqué en date du 7 avril 2022 que les médias constituent une "industrie à part entière et il est préférable de favoriser la diversité des médias et des opinions plutôt que de

⁶⁴⁷ P. Idoux, S. Nicinski, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 2022, p.1270.

⁶⁴⁸ CE 1^{er} mars 2022 n°458272, société Iliad.

soutenir un monopole des médias et des opinions⁶⁴⁹ ». De cette manière, il explique que la fusion aurait des conséquences considérables sur le marché publicitaire. « Les deux chaînes auraient plus de 70 % de part de marché sur la publicité télévisée, ce qui pourrait conduire à un monopole. Pour minimiser ce risque, TF1 et M6 proposeraient de regrouper les annonces publicitaires en ligne et de réduire leur part de marché à 40 %. Le vrai débat est de savoir s'il existe un ou deux marchés publicitaires ⁶⁵⁰».

Après de longues et intenses négociations, les entreprises M6 et TF1 ont communiqué conjointement l'abandon de leur projet de fusion en raison de l'opposition de l'Autorité de la concurrence. En effet, au début de septembre 2021, l'Autorité avait entendu les différentes parties. Une condition essentielle avait été fixée pour la réussite du projet : le futur géant du secteur devait se séparer de TF1 ou de M6. Face à cette exigence, les deux entreprises considèrent que "le projet n'a plus aucun sens industriel ». Toutefois, il est impératif d'achever cette opération dans les plus brefs délais, avant le renouvellement de son autorisation de diffusion auprès de l'ARCOM qui est prévu en mai 2023⁶⁵¹. Sinon, la chaîne ne pourrait plus être cédée avant cinq ans", explique Philippe Bailly du cabinet NPA Conseil.

Section 2- 2- Le régime juridique tunisien des concentrations.

Un fois posé le principe général qui fonde le régime tunisien des concentrations, il s'agit ensuite de le détailler.

A- Principe général.

La Tunisie a entamé depuis 1987 un vaste programme de réforme économique dans le but de défendre les mécanismes de marché et garantir l'ouverture de l'économie vers l'international. Le législateur tunisien avait préparé un programme stratégique visant à réformer tous les domaines notamment la fiscalité, la concurrence et les prix.

⁶⁴⁹ Senat public, *Fusion TF1-M6, Gafam : ce qu'il faut retenir de l'audition de Bruno Le Maire sur la concentration des médias*, 7 mars 2022, disponible sur <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/fusion-tf1-m6-gafam-ce-qu-il-faut-retenir-de-l-audition-de-bruno-le-maire>

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ Trois jours après l'annonce de l'abandon de leur projet de fusion, les groupes TF1 et M6 ont vu leur valeur respective chutée à l'ouverture du marché boursier. Le titre TF1 baissait de 2,8 % lors des premiers échanges, tandis que celui de M6 accusait un recul de plus de 5 %.

Face à ce phénomène de globalisation engendrant une concentration des entreprises qui provoque une certaine inquiétude et insécurité notamment pour les petites et moyennes entreprises (PME), le législateur tunisien doit d'une part, réguler le marché et d'autre part, préserver son fonctionnement. Ainsi, un contrôle est alors nécessaire afin de réguler les caractéristiques structurelles du marché.

La notion du contrôle de concentration n'est pas récente, elle a été évoquée dès le premier projet de loi sur la concurrence en 1985, qui incluait un chapitre spécifique sur le contrôle des concentrations économiques. Cependant, ce dispositif a été supprimé car il n'était pas jugé nécessaire compte tenu de la situation économique nationale de l'époque.

Toutefois, face à la mondialisation, les entreprises suscitent une rude compétition, et les opérations de concentration économique se multiplient de plus en plus. Par conséquent, le législateur tunisien a repris son projet précédemment abandonné et l'a complété en incluant la loi n°95-42 du 24 avril 1995. Cette innovation a été instaurée en raison d'une exigence économique car les normes de concurrence doivent garantir un nombre satisfaisant d'entreprises ayant une autonomie réelle de décision dont les choix économiques sont en compétition. Par conséquent, une économie de marché requiert la réglementation des ententes entre les entreprises susceptibles de porter atteinte à la concurrence, ainsi que des regroupements économiques qui pourraient compromettre la structure concurrentielle du marché, en raison de l'abus de position dominante des entreprises les plus puissantes. C'est pour cette raison que la loi du 24 avril 1995 a introduit pour la première fois en Tunisie, un contrôle préalable des cas significatifs des concentrations économiques.

Actuellement, la régulation des concentrations est encadrée par la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix. Des exemptions au régime général sont prévues pour certains domaines sectoriels, notamment en matière bancaire, ainsi que dans les secteurs de l'assurance, de la microfinance et de l'audiovisuel.

Tout comme le législateur français, le législateur tunisien, ne cherche pas à interdire la concentration, comme dans le cas des pratiques anticoncurrentielles, mais essaye d'éviter les effets nocifs que certains regroupements peuvent avoir sur la libre concurrence. La concentration peut être avantageuse pour favoriser la productivité, améliorer la compétitivité internationale et de restructurer les secteurs industriels et commerciaux. Le législateur essaye

seulement d'éviter les effets néfastes et préjudiciables, car « trop de concentration tue la concentration ».

L'article 7 et 8 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, encadre la concentration économique. Un contrôle préalable des opérations de concentration économique est une mesure de précaution visant à éviter l'émergence de situations de domination du marché dont les effets sont ensuite difficiles à surmonter. Contrairement aux pratiques anticoncurrentielles qui visent à traquer les comportements commerciaux nuisibles à la concurrence (*Conduct Of Control*), le contrôle de la concentration économique signifie le développement de la structuration de l'économie (*Control Of Structure*).

Le législateur tunisien s'inspire fortement des principes adoptés par le législateur français depuis l'ordonnance française n°86-1243 du 1er décembre 1986 sur les conditions d'exercice du contrôle et sur les procédures. A la lecture des avis du Conseil de la concurrence ainsi que ces rapports annuels, cette institution tunisienne se réfère fortement au droit communautaire notamment au droit français⁶⁵².

Entre 2015 et 2020, le ministère du Commerce a étudié 26 propositions de concentration, dont 22 ont été approuvées sans réserve, 3 avec des engagements, et une a été rejetée en 2017.⁶⁵³

En vertu de l'article 7 n° 2015-36 du 15 septembre 2015, le ministre chargé du commerce est compétent pour tout contrôle horizontal des concentrations. Les entreprises concernées doivent notifier tout projet de concentration devant lui, à l'exception de certaines lois sectorielle (assurance, banque, micro finance). De surcroit, la Tunisie est soumise aux règles de la concurrence dans le cadre du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (MCAOA ou COMESA en acronyme anglais). La Tunisie est en effet devenue, en juillet 2018, officiellement, le 20^e membre du COMESA⁶⁵⁴, à Lusaka en Zambie⁶⁵⁵. Elle prévoit des règles

⁶⁵² Avis consultatif relatif au contrat de distribution sélective de la société fleuron concernant la marque de parfum Guerlain, rapport annuel du conseil de concurrence de 1997 p.121.

⁶⁵³ Conseil de la concurrence ; Ministère du Commerce, 2020.

⁶⁵⁴ Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe aussi connu sous son acronyme anglais COMESA, est une organisation internationale à vocation régionale de l'Est africain dont l'objectif est de créer une union douanière entre ses 21 pays membres.

⁶⁵⁵ Par sa ratification, la Tunisie démontre sa détermination à consolider les principaux marchés pour les exportations tunisiennes, en réduisant considérablement les tarifs douaniers, ce qui augmentera leur potentiel de compétitivité.

spécifiques à l'échelle régionale, et désigne l'autorité compétente chargée de recevoir les notifications de concentrations.

En effet, sur le plan régional, l'article 24 des règlements en matière de concurrence du COMESA stipule que les parties impliquées sont tenues de signaler à la Commission de la Concurrence du COMESA (CCC) tout projet de fusion impliquant des parties actives dans deux ou plusieurs États membres du COMESA. Cependant, le souci réside dans le fait que chaque État donne une interprétation individuelle de cet article. Par exemple, la Tunisie, « ne prévoit aucune dérogation à l'obligation de notification pour les concentrations de dimension régionale et, par conséquent, d'après l'interprétation des autorités tunisiennes, lorsque les conditions établies par la loi nationale sont remplies, les entreprises concernées sont soumises à l'obligation de notification au ministère chargé du commerce conformément à l'article 7 de la loi n° 2015-36⁶⁵⁶ ». En d'autres termes, il est impératif de notifier non seulement la CCC, mais également le ministre en charge du commerce pour se conformer aux exigences légales. Ces règles supranationales ne sont donc pas interprétées de manière homogène dans tous les pays membres. L'OCDE dans son rapport de 2022 a relevé cette problématique et recommande que « Les pays Membres soient encouragés à faciliter une coopération et une coordination efficaces en matière de contrôle des fusions et à envisager des initiatives, y compris par la voie législative nationale ainsi qu'au moyen de conventions bilatérales ou multilatérales ou d'autres instruments, permettant d'éliminer ou de réduire les obstacles à la coopération et la coordination.⁶⁵⁷ ».

B- Des critères similaires au droit français dans l'exercice du contrôle de concentration.

Une fois précisé le champ d'application, on s'intéressera aux critères dans l'exercice du contrôle des concentrations.

1- Champ d'application de la concentration.

De même que la législation française, la loi tunisienne ne donne pas de définition précise de la concentration. Toutefois, la loi du 24 avril 1995, ainsi que celle de 2015,

⁶⁵⁶ OCDE, « Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de la Tunisie » Rapport annuel, OCDE, 2022.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

reprennent intégralement la même formulation que l'article 39 de l'ordonnance française de 1986.

L'article 7§1 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015 définit la concentration économique comme « tout acte, quel que 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. » Le législateur tunisien choisit une approche cumulative⁶⁵⁸ contrairement au législateur français de 1986 avec une approche alternative. Ainsi « pour qu'une opération soit contrôlable elle doit résulter d'un acte de transfert de propriété ou de jouissance, ayant pour effet d'exercer une influence déterminante ⁶⁵⁹».

Plus tard, la loi de LME de 2008 et l'article 430-1 du Code de commerce français, ont grandement modifié la définition de la concentration. Désormais, elle est considérée comme étant réalisé « 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ».

Elle est caractérisée soit par la réalisation de fusion entre des entreprises indépendantes soit par l'acquisition du contrôle défini comme la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité.

L'influence déterminante n'est pas clairement définie par le législateur tunisien, ce qui peut entraîner des difficultés d'interprétation. Il incombe donc aux autorités de régulation de rechercher la réalité économique choisie par les entreprises qui optent pour des opérations de concentration. C'est sur le critère de prise de contrôle que sont basés les actes de concentration. Ce critère est « une notion juridique qui désigne de manière générique les opérations de

⁶⁵⁸ Le Conseil de concurrence applique cette approche cumulative dans un avis consultative n°1/99 du 11 février 1999, relatif à une concentration économique dans le domaine des huiles des moteurs et des appareils industriels. Cette affaire concerne l'achat de la société Total et la société Mobil de 25%. Le conseil de concurrence a révélé « les opérations d'achat représente un acte qui emporte un transfert de droit et qui permet aux deux premières sociétés d'exercer une influence déterminante sur la troisième ».

⁶⁵⁹ R. Jaidane, « l'influence du droit français sur le droit tunisien des concentrations économiques », *Revue internationale de droit économique*, 2002, vol. t. XVI, 4, issue 4, p.655-678.

concentration. Elle suppose une qualification des faits en vertu d'un critère permettant de savoir s'il y a contrôle ou non⁶⁶⁰ ». L'article 7 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, ne mentionne pas la prise de contrôle mais la doctrine l'interprète ainsi. De plus, les autorités de la concurrence et malgré l'absence de lois ou de toute disposition juridique à cet égard, Il a été établi que la création d'une entreprise commune qui assume de manière continue toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une forme de consolidation⁶⁶¹. Toutefois, en raison du manque de dispositions juridiques explicites à ce sujet, les entreprises risquent de ne pas être informées de leur obligation de notifier pour ce type d'opération.

Une entreprise est définie juridiquement comme une entité engagée dans une activité économique et possédant une structure organisationnelle autonome. Dans l'affaire *Appl Apple.IMSI c/ I.BLIS-SISR- Société du progrès informatique*⁶⁶², l'activité est définie par ses activités et non par sa forme juridique. Autrement dit lorsqu'elle exerce une activité économique sans tenir compte qu'elle soit une personne physique ou une personne morale⁶⁶³.

La Tunisie, partage la même approche européenne dans le sens où la reconnaissance d'une filiale d'une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la « possibilité de voir son comportement imputé à la société mère⁶⁶⁴ ». Dans l'affaire Poulina, la Commission de la concurrence tunisienne souligne qu'« il n'y avait pas de différence entre une entreprise ou un groupe d'entreprise sur le plan de la qualification juridique.

L'article 7 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015 dispose qu'est concerné par l'opération de concentration toute entreprise partie à l'acte ou par son objet, ainsi qu'à toute entreprise liée économiquement liée avec une ou plusieurs autres entreprises. Le champ d'application « des entreprises économiquement liées » s'apprécie au cas par cas, car, la volonté du législateur a été de refléter la réalité économique sans s'attacher aux formes juridiques des entreprises.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ Décision du Conseil de la Concurrence N. 211475 du 14 juillet 2021.

⁶⁶² Affaires n°3-4-5/1993, *Apple. IMSI contre I.BLIS-SISR-Société du Progrès Informatique*, Rapport d'activité du Conseil de la concurrence de 1993-1994, p. 44.

⁶⁶³ Affaire n°3-4-5/1993, *Apple. IMSI c/ I.BLIS-SISR-Société du progrès informatique*, rapport d'activité du conseil de la concurrence 1993-1994, p.44.

⁶⁶⁴ Affaire 21 février 1973, *Europe emballage corporation et continental Can company*, p.215.

Le champ d'application du contrôle de concentration est large, c'est pourquoi le législateur tunisien a établi un seuil restreint pour limiter les possibilités du contrôle.

2- Le critère du seuil du contrôle de concentration.

Dans la loi de 1995, le législateur tunisien n'a pas suivi le droit français contenu dans l'ordonnance de 1986 (avant la réforme de la loi 15 mai 2001, NRE). Il a retenu le caractère cumulatif des conditions concernant la part du marché et le chiffre d'affaires. Alors que la loi française adoptait un critère alternatif.

Aujourd'hui avec la loi de 2015, le législateur reprend le chemin du législateur français et adopte le critère alternatif. La loi fixe des critères pour déterminer les opérations de concentration soumises à un contrôle préalable, en se basant sur l'un des deux critères alternatifs.

D'une part, un critère basé sur le chiffre d'affaires globale réalisé par ces entreprises sur le marché intérieur. En effet, les opérations de concentrations font l'objet d'un contrôle *ex ante* si elles dépassent un seuil défini par un décret gouvernemental. À présent, et depuis le décret gouvernemental n° 2016-780 du 13 juin 2016 établissant le seuil du chiffre d'affaires global, le montant a été fixé à 100 000 000 de dinars tunisiens⁶⁶⁵. Il est important de noter que le montant du seuil augmente afin d'éviter de contrôler et de rejeter les transactions mineures qui n'ont pas d'impact sur le marché⁶⁶⁶ et de se concentrer uniquement sur les transactions commerciales les plus importantes qui ont une incidence sur le bon fonctionnement du marché. Toutefois, le nombre de contrôles effectués par le Conseil de la concurrence est très faible par rapport à la France, comme le montrent les rapports annuels⁶⁶⁷.

D'autre part, un critère basé sur les parts de marché. En effet, « la part moyenne de ces entreprises réunies sur le marché durant les trois derniers exercices 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 »⁶⁶⁸. Parfois, le Conseil de la

⁶⁶⁵ Décret No. 2005-3238 du 12 décembre 2005, était fixé à 20 millions dinars tunisien.

⁶⁶⁶ Dans la loi No. 95-42 du 24 avril 1995 le seuil était de 3 millions.

⁶⁶⁷ Rapport annuel du Conseil de concurrence en Tunisie, 2021.

⁶⁶⁸ Article 7 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix.

concurrence utilise les parts de marché comme critère, sans que le seuil de 100 000 000 de dinars tunisiens soit atteint⁶⁶⁹.

Le souci, est que ces dispositions en question ne déterminent aucun seuil pour les deux entreprises individuellement ou pour l'entreprise cible en particulier. C'est-à-dire qu'une entreprise générant un chiffre d'affaires important pourrait fusionner avec une entreprise de petite dimension sans qu'elle puisse affecter la structure du marché ni la concurrence elle-même. Dans ce cas, il sera nécessaire de réaliser une évaluation complexe du marché pertinent et des activités des entreprises afin de déterminer les parts de marché au moment de la notification. Cette évaluation engendrera donc des coûts importants pour les entreprises concernées et créer une incertitude considérable quant à l'appréciation de l'obligation de notification, ce qui peut entraîner des délais significatifs dans les notifications et même susciter des doutes quant à l'existence d'une telle obligation. C'est pour cette raison, le réseau mondial des autorités de la concurrence (*International Competition Network* ou ICN) recommande de fixer les bonnes pratiques en matière de fixation des seuils de notifications⁶⁷⁰. Il est judicieux que la Tunisie examine et élabore le critère basé sur les parts de marché c'est-à-dire, le fait qu'un certain seuil pourrait déclencher une obligation de notification même si les entreprises concernées ont un faible chiffre d'affaires.

3- Analyse concurrentielle du Conseil de la concurrence tunisien :

Lorsque le département en charge du Commerce demande un avis au Conseil de la concurrence, celui-ci suit une approche méthodique en commençant par définir les marchés pertinents. En effet, la délimitation du marché pertinent est essentielle, car elle est une condition préalable pour calculer les parts de marché.

Ainsi, après avoir identifié le marché pertinent, le Conseil de la concurrence examine le degré de concentration sur ces marchés pour déterminer si cette concentration peut porter atteinte à la concurrence, en particulier sur le plan structurel.

L'analyse concurrentielle effectuée par le Conseil de la concurrence et la DGCEE a pour objectif de déterminer si la fusion envisagée risque de créer ou de renforcer une position de domination sur le marché intérieur ou une partie importante de celui-ci. Toutefois, en vertu de la loi n°2015-36, le Conseil de la concurrence utilise une méthode ou un test fondé sur la

⁶⁶⁹ Avis du Conseil de la Concurrence No. 182588 du 16 mai 2016.

⁶⁷⁰ International Competition Network - Merger Working Group, 2008.

création ou le renforcement d'une position dominante, en tenant compte des considérations d'intérêt public. Cette méthode implique une analyse des avantages de l'opération en termes de progrès économique ou technique, qui peuvent compenser les effets négatifs sur la concurrence, ou une analyse de la nécessité de la concentration pour des raisons de politique industrielle.

Concernant la méthode délimitant l'analyse concurrentielle, les juridictions utilisent généralement la méthode de « *substantial lessening of competition* » ou “*SLC test*”. Cela a été souligné en 2009 lors de la Table Ronde de l'OCDE sur les critères d'analyse des fusions.

Cette méthode permettrait de prendre en considération les conséquences d'une concentration sur le marché, ainsi que la détérioration de la concurrence entre les entreprises, plutôt que de se focaliser uniquement sur les questions structurelles telles que l'analyse des parts de marché, qui constitue la base du test de dominance. Cette méthode prendrait en compte les effets anticoncurrentiels d'une concentration, même si cela ne crée pas de position dominante. Toutefois, suivant la loi tunisienne et les parties prenantes, le Conseil de la concurrence s'est limité à une analyse des seuls aspects structurels de la concentration, en prenant en compte la potentielle création d'une position dominante. Par exemple, dans son étude de fusion entre Total et le Groupe SAFT SA, le Conseil remarque que, étant donné qu'il n'y a pas de concurrence directe entre les deux parties sur le marché tunisien, la fusion ne conduira pas à la création d'une position dominante. Par conséquent, le Conseil approuve le projet de concentration.

Le Conseil de la concurrence prend également en considération les effets verticaux ou congloméraux ainsi que les risques de coordination suscités par l'opération, notamment lorsque les parties créent une entreprise commune susceptible de favoriser la coordination entre les sociétés mères. Par exemple, dans l'avis du Conseil de la Concurrence n°192726 du 17 octobre 2019 concernant la fusion entre "Sidel Participation SAS" et le consortium français "Holcom SAS", propriétaire de COMEP, le Conseil a jugé qu'il n'y avait pas d'effets horizontaux significatifs, étant donné que la transaction n'entraînait pas la disparition d'une des deux sociétés et que chacune poursuivrait ses activités de manière autonome. En revanche, le Conseil a examiné les effets verticaux de la transaction, étant donné que COMEP était le principal fournisseur de produits entrants pour la production de bouteilles en PET.

Cependant, tel que mentionné par certaines parties prenantes, le Conseil se base sur une analyse juridique et de respect des textes législatifs plutôt qu'une analyse économique des effets de la concentration, qui se limite souvent à la définition des parts de marché et aux

répercussions sur les structures de marché. Cette approche est également due à la composition du personnel du Conseil, qui est majoritairement composé de 13 juristes contre 7 économistes, avec un pourcentage relativement élevé de personnel non spécialisé dans le domaine de la concurrence et non impliqué dans les activités d'application des règles de la concurrence.

D'autres éléments sont à prendre en compte dans le cadre du contrôle des concentrations en vertu de l'article 12, premier alinéa, notamment lorsque le Conseil juge que l'opération nuit à une concurrence effective, il doit effectuer une évaluation en utilisant les critères concurrentiels susmentionnés et déterminer si la concentration apporte une contribution suffisante au progrès économique ou technique pour compenser les dommages causés à la concurrence. La décision finale concernant cet équilibre est prise par le Ministre du commerce. Bien que le concept de progrès économique ou technique ne soit pas précisément défini par la loi, il peut faire l'objet d'une interprétation assez souple⁶⁷¹.

4- Similitudes des procédures de contrôle de concentrations.

La législation tunisienne adopte le principe d'automaticité au niveau du contrôle des concentrations économiques. En effet, cette option implique que, le dépassement des seuils en valeur relative ou absolue détermine le champ d'application de la législation et le déclenchement du contrôle. En ce sens, on considère que toute concentration qui dépasse les limites peut avoir des conséquences défavorables sur la structure du marché et requiert donc une analyse approfondie ainsi qu'une autorisation préalable du ministre en charge du commerce.

Cependant, la réglementation tunisienne en la matière distingue entre la faisabilité du contrôle et l'atteinte au principe de concurrence ; le dépassement des seuils de contrôlabilité n'est qu'une indication, pour l'autorité de la concurrence et pour les entreprises, qu'il est possible mais non certain que l'opération puisse avoir des effets négatifs sur la concurrence. L'atteinte à la concurrence n'est pas présumée dès que les seuils sont atteints.

a- La notification des opérations de concentration.

Tout comme en France, la phase de pré-notification est en Tunisie facultative. L'entreprise concernée peut consulter la DGCEE au sujet de l'existence d'une obligation de notification ou, dans le cas d'opérations complexes. Cette étape de pré-notification n'est pas

⁶⁷¹ Avis du Conseil de la Concurrence No. 172655 du 21 décembre 2017 concernant la concentration entre General Electric (GE) / ABB Verwaltungs LTD.

officielle et n'est donc pas divulguée au public. Elle n'a aucun impact ou conséquence. L'avantage est la communication d'informations entre les deux parties pour élaborer conjointement le dossier de notification. Cette phase permet ainsi de minimiser les risques d'incomplétude dans le dossier lors de sa notification officielle au ministre responsable du Commerce, conformément à l'article 7 de la loi de 2015.

Sur le fondement de l'article 8 alinéa 1 de la loi relative à la concurrence et aux prix, « tout projet de concentration ou toute concentration doit être soumis au ministre chargé du commerce par les parties concernées par l'acte de concentration dans un délai de quinze jours à compter de la date de conclusion de l'accord, de la fusion, de la publication de l'offre d'achat ou d'échange des droits ou obligation, ou de l'acquisition d'une participation de contrôle ».

De la même manière que le législateur français, le législateur tunisien opte pour la procédure de notification préalable et obligatoire. Cela implique que les entreprises dont les seuils sont énoncés à l'article 7 de la loi susmentionnée doivent notifier leur concentration au ministre avant sa mise en œuvre effective.

En vertu de l'article 9 alinéa 3, la phase de notification est amorcée dès que le service responsable de la réception du dossier dans le DGCEE vérifie certains documents. Cette étape marque le début du délai de trois mois au cours duquel le ministre du Commerce doit se prononcer sur le projet de concentration. Si le ministre du Commerce ne répond pas dans le délai imparti, la concentration économique est considérée comme approuvée. De plus, en vertu de l'article 8 alinéa 4 de la loi susmentionnée, le législateur précise que les parties impliquées dans le projet ou l'opération de concentration, se doivent interdire durant le délai d'examen de la concentration par le ministre, de prendre des mesures qui pourraient rendre la fusion irréversible ou causer des changements permanents sur le marché. Toutefois, le législateur tunisien, ne précise pas les délais des opérations ordinaires et les opérations les plus complexes. On suppose donc que ces délais s'appliquent indépendamment du niveau de complexité de l'opération⁶⁷².

Deux exemplaires du dossier doivent être adressés à la DGCEE lors de la notification, l'un d'entre eux étant transmis par le ministre chargé du commerce au Conseil de la concurrence.

⁶⁷² OCDE, « Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de la Tunisie » rapport annuel, OCDE, 2022.

La notification doit être accompagnée d'un dossier présenté en double exemplaire comprenant un certain nombre de pièces qui sont décrites à l'alinéa 5 de l'article 8 de la loi n° 2015-36.

L'obligation de notification a en droit tunisien, un effet suspensif sur les opérations de concentration, car, elle ne pourra pas être réalisée que jusqu'à l'autorisation de l'opération par le ministre chargé de commerce. Par conséquent, les entreprises ne pourront pas entamer la réalisation du projet de concentration en cours de contrôle. Cette période de suspension ne peut excéder une durée de six mois, faute de quoi la soumission équivaut à une acceptation tacite du projet de concentration ou de la concentration ainsi que des engagements qui y sont annexés.

b- La procédure du contrôle de concentration.

L'examen de l'opération de concentration couvre à la fois les aspects formels (applicabilité du contrôle) et le fonds (délimitation du ou des marchés pertinents, évaluation de l'atteinte à la concurrence, évaluation de la contribution au progrès économique en cas de bilan concurrentiel négatif).

Le contrôle des concentrations tunisien s'articule donc autour de deux phases d'instruction : la première, menée par la Direction Générale de la Concurrence et des Enquêtes Économiques (DGCEE) et la seconde, menée par le Conseil de la concurrence

Une fois la notification de l'opération de concentration acceptée, le ministre chargé du Commerce sollicite l'avis du Conseil de la concurrence en vertu de l'article 11 alinéa 8 de la loi n° 2015-36. C'est ainsi pour que ce dernier émet un avis, un ou plusieurs rapporteurs du DGCEE seront alors désignés pour rédiger un rapport qui sera présenté lors de la séance plénière du Conseil. Ce dernier est compétent selon l'article 20 de la loi susmentionnée pour convoquer les parties impliquées pour une audition afin de recueillir des informations supplémentaires pour la bonne compréhension du dossier ou des informations liées aux engagements⁶⁷³, afin d'écartier d'emblée tout doute de position dominante. Ces demandes, qui ne concernent pas la complétude du dossier, ne suspendent pas le délai⁶⁷⁴. Le Conseil sera en mesure de donner son avis en se basant sur cette audition ainsi que sur le compte-rendu des rapporteurs, et dispose d'un délai de soixante jours à partir de la date de réception de la demande d'avis par le ministre.

⁶⁷³ Avis du Conseil de la concurrence N. 202744 du 18 octobre 2020.

⁶⁷⁴ Toute personne ayant un intérêt légitime peuvent participer à l'audition.

L'avis du Conseil constitue une formalité préalable indispensable., c'est à dire que toute décision est soumise à l'avis préalable du Conseil, sauf en cas d'acceptation tacite d'une opération ou de décision constatant l'impossibilité de contrôler les concentrations. Toutefois, le ministre chargé du commerce dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour suivre ou ne pas suivre les recommandations émises par le Conseil de la concurrence dans son avis. Ce dernier peut émettre trois types d'avis en vertu de l'article 10 de la loi No. 2015-36 : Autoriser l'opération de concentration, ou, autoriser l'opération de concurrence sous certaines conditions tout en obligeant les entreprises concernées à respecter les engagements visant à rétablir l'équilibre entre les progrès économiques attendus et les atteintes à la concurrence⁶⁷⁵ ; ou enfin, refuser l'opération.

La décision finale est ensuite préparée par le ministre chargé du commerce. En cas d'injonctions, la décision sera cosignée par le ministre chargé du secteur concerné. En général, le ministre chargé du commerce suit l'avis du Conseil de la concurrence étant donné qu'il repose sur des analyses économiques approfondi, seulement il peut réfuter son avis s'il le juge nécessaire⁶⁷⁶. Ceci a été le cas dans la fameuse affaire de l'opération de concentration entre les entreprises SGTM et MBG ⁶⁷⁷. En l'espèce, le ministre a préféré prendre en comptes des aspects économiques et sociaux, telles que le maintien de l'emploi, plutôt que de se fonder sur les risques concurrentiels identifiés par le Conseil.

Ce contrôle de concentration permet au Conseil de la concurrence d'intervenir et de signaler au ministre toute concentration qui aboutit à un abus de position dominante, même si celle-ci n'a pas été notifiée au ministre. Le ministre pourra ensuite, par décision motivée, accepter, compléter ou refuser, tous accords de concentration qui a permis les abus.

La décision finale est ensuite préparée par le ministre chargé du commerce. En cas d'injonctions, la décision sera cosignée par le ministre chargé du secteur concerné. La décision est ensuite transmise aux parties à la concentration.

c- La concentration économique dans les régimes spéciaux.

Dans le régime général relatif aux questions de concentration, la compétence incombe au Ministère du commerce, qui a des pouvoirs consultatifs auprès du Conseil de la concurrence.

⁶⁷⁵ Avis du Conseil de la concurrence No. 202744 du 18 octobre 2020 sur le secteur des établissements d'enseignement supérieur privé.

⁶⁷⁶ Entre 2015 et 2020, dans un seul cas en 2017 le ministre s'est explicitement écarté de l'avis du Conseil de la Concurrence.

⁶⁷⁷ Avis du Conseil de la Concurrence, N. 162623 du 26 janvier 2017.

Toutefois, une législation spéciale couvre le secteur des assurances, la microfinance, la banque et les médias audiovisuels.

En vertu de l'article 62 du code des assurance tunisien, c'est le ministre des Finances, qui est compétent pour approuver les accords conclus par des entreprises d'assurances ou de réassurances dont les accords en matière de concurrence. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2008-8 du 13 février 2008, le Comité général des assurances (CGA), une instance de régulation relevant du ministère des Finances, assume ses fonctions de régulation. Selon cette loi, les accords doivent être notifiés au ministre des Finances et ne peuvent être mis en application que si le ministre n'émet pas d'objection dans un délai de deux mois à compter de la notification. Ce processus de contrôle remplace intégralement le contrôle horizontal habituellement exercé par le ministre chargé du Commerce dans le contexte des opérations de concentration. Le CGA a également la faculté de solliciter l'avis du Conseil de la concurrence.

Dans le secteur financier, en vertu de l'article 25 du décret-loi n°211-117 c'est ministre des Finances après avis de l'autorité de contrôle de la microfinance qui est compétent en matière de contrôle de concentration.

En ce qui concerne le secteur bancaire, sur la base d'un rapport rédigé par la Banque centrale de Tunisie (BCT)⁶⁷⁸, c'est la Commission d'agrément qui est compétente pour approuver les concentrations. Aucun membre de la Commission d'agrément ne fait partie du Conseil de la concurrence. En examinant les clauses de la loi n°2016-48, il reste incertain si la Commission d'agrément, après consultation de la BCT prend en charge ou remplace le contrôle de concentration effectué par le ministère du Commerce sur avis du Conseil de la concurrence. D'ailleurs, le ministère du Commerce n'a jamais été informé d'opérations de concentrations dans le domaine bancaire (même à titre d'information) et la question de la compétence n'a pas encore été soulevée dans la pratique.

Enfin, en ce qui concerne le secteur de l'audiovisuel, la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle (HAICA) est compétente en matière de concentration en vertu de l'article 15 du décret-loi n°2011-116 du 2 novembre 2011. Dans son avis n°202750 du 23 octobre 2020 concernant la liberté de la communication audiovisuelle, le Conseil de la concurrence a recommandé de retirer l'interdiction de la concentration de la propriété dans les médias audiovisuels et de se baser sur des expériences comparables pour établir des critères et

⁶⁷⁸ Il convient de noter que le Conseil de la Concurrence reste compétent en matière de pratique anticoncurrentielles dans les secteurs bancaire et financier. Voir affaire No. 31510 du 25 juin 2004 portant sur les ententes sur les commissions sur les chèques.

des seuils spécifiques au secteur, afin de respecter les principes de pluralisme et de libre circulation des capitaux.

d- Sanction et engagements.

Le Conseil de la concurrence est tenu d'évaluer si le projet de concentration a un impact négatif sur la concurrence. Dans l'affirmative, il doit démontrer qu'il apporte une contribution suffisante au progrès technique ou économique pour compenser ces atteintes à la concurrence. L'appréciation du Conseil ne se limite pas uniquement aux aspects relatifs à la concurrence, mais s'étend également à d'autres considérations d'intérêt public en conformité avec l'article 12 de la loi n° 2015-36.

En l'absence d'avis du Conseil de la concurrence dans un délai de 60 jours suivant la notification, le ministre du Commerce est habilité à rendre une décision (dans un délai de trois mois) sans solliciter l'avis du Conseil. Si le ministre du Commerce ne se prononce pas dans ce délai de trois mois, cela revient à une acceptation tacite du projet de concentration ou de l'opération de concentration, ainsi que des engagements formulés par les parties dans leur lettre de notification.

Le ministre chargé du Commerce peut donner son accord à l'opération de concentration sous certaines conditions spécifiques. Conformément à l'article 43, alinéa 2, de la loi n° 2015-36, si les engagements pris ne sont pas respectés, les entreprises s'exposent à des sanctions pécuniaires pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice précédent.

De plus, la loi offre deux options pour annuler ou modifier les engagements contractés par les parties. La première est énoncée à l'article 10 de la loi n° 2015-36 où le ministre chargé du Commerce peut retirer son approbation de la concentration si les entreprises ne respectent pas leurs engagements ou si les informations fournies par les parties étaient fausses. La deuxième option est définie à l'article 27 de la loi n° 2015-36. Selon cette disposition, si une situation de domination abusive résulte d'une fusion d'entreprises, le Conseil de la concurrence a le pouvoir de suggérer au ministre en charge du commerce de « réviser, compléter ou résilier tous les accords et actes qui ont permis ces abus lors de la réalisation de la fusion ».

Plusieurs critères sont nécessaires pour que les engagements soumis par les parties soient validés : tout d'abord, ils doivent être efficaces pour lutter contre les pratiques anti-concurrentielles. Ensuite, leur mise en place ne doit pas susciter de doutes. Dans cette optique,

ils doivent être formulés avec précision et clarté, et les parties doivent fournir des informations adéquates quant à leur exécution. De plus, pour éviter toute perturbation de la concurrence durant la phase de mise en place, leur exécution doit être rapide. Enfin, les parties devraient instaurer des mécanismes de contrôle permettant aux autorités de concurrence de vérifier leur mise en œuvre effective.

Les autorités de la concurrence peuvent approuver ou imposer deux types d'engagements. D'une part, des engagements structurels qui visent à assurer des conditions de concurrence équitables en cédant des activités ou des actifs à un acquéreur compétent capable d'exercer une concurrence efficace. D'autre part, des engagements comportementaux qui peuvent compléter les mesures structurelles en encadrant les comportements de l'entreprise résultant de la concentration.

L'avis du Conseil de la concurrence n'est pas contraignant et le Ministre peut s'en écarter et décider en vertu de l'article 10 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015. Il peut soit approuver l'opération, approuver l'opération tout en imposant des engagements aux parties soit refuser l'opération. Ainsi, en vertu de l'article 10 de la loi de 2015, l'absence de motivation dans la décision du ministère du Commerce peut légitimer un recours devant le Tribunal administratif.

Le Conseil en tant qu'organe juridictionnel inflige une amende dans le cas où une opération de concentration économique est réalisée sans avoir été notifiée, ou des informations ont été omises dans la notification, ou une déclaration incorrecte a été incluse. Dans ce cas, le Conseil de la concurrence les oblige à revenir à leur situation antérieure avant la fusion. Elle sanctionne les infractions intentionnelles, tout comme les omissions par simple négligence. Le pouvoir de sanction du Conseil est principalement axé sur des sanctions financières plutôt que répressives. L'article 27 de la loi du 15 septembre 2015 énonce que le Conseil de la concurrence a le pouvoir de donner des injonctions aux opérateurs impliqués pour mettre fin à leurs pratiques anticoncurrentielles. Il peut également ordonner la fermeture temporaire d'un ou plusieurs établissements incriminés pour une durée maximale de trois mois, et il a la faculté de transmettre le dossier au parquet en vue d'engager des poursuites pénales. Malgré sa justification, la décision du législateur tunisien de mettre en place une juridiction spécialisée en matière de concurrence soulève-t-elle des interrogations quant à son alignement sur l'engagement de rapprochement de la législation tunisienne en matière de concurrence avec celle de l'Union européenne, qui prône le remplacement des autorités

hybrides par des autorités administratives indépendantes ? On se demande si la juridictionnalisation du Conseil de la concurrence ne serait-elle pas une façon de dissimuler l'emprise du ministère du commerce sur la régulation en matière de concurrence ?

Section 3. Le contrôle des aides publiques.

Ce contrôle nécessite de préciser la notion d'aide publique afin de pouvoir présenter la diversité des aides publiques.

Section 3.1. Notion et diversité des aides publiques.

La définition d'une aide publique principalement aide publique d'Etat est facilitée par la délimitation de son champ d'application.

A- Définition d'Aide d'Etat et champ d'application.

Dans le but de maintenir la régulation en matière de concurrence et de promouvoir la libre concurrence au sein de l'Union européenne, la Commission européenne contrôle les aides d'Etat octroyées, à partir de fonds publics, à des entreprises choisies par les autorités publiques.

L'article 107 § 1 TFUE dispose que, « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Il pose le principe d'incompatibilité des aides d'Etat avec le marché intérieur, mais ne définit pas la notion d'aide d'Etat. Par conséquent, il incombe à la Commission et à la Cour de justice de définir les contours de cette notion.

En vertu des articles 107 à 109 du TFUE, la Commission stipule que les aides d'État ne peuvent être accordées qu'à des entreprises exerçant une « activité rémunérée, qu'elle soit de nature économique, culturelle, sociale ou autre »⁶⁷⁹.

À cet égard, le droit européen élabore la définition de l'entreprise en tant « qu'entité qui exerce une activité économique, quel que soit son statut juridique ou son mode de

⁶⁷⁹ Décision no 89/441 du 21 décembre 1988 relative aux aides accordées par le gouvernement grec à l'industrie cinématographique, JOCE L 208, 20 juillet 1989, p. 38.

financement⁶⁸⁰ ». L'arrêt *Commission c/Italie* de 1987 ajoute à cette définition que pour qualifier une entreprise comme exerçant une activité économique, il faut assurer et « offrir des biens ou des services sur un marché donné⁶⁸¹ ». La Cour de justice n'a pas hésité à qualifier d'"activité économique" l'acquisition de produits sanitaires par une entreprise auprès d'établissements hospitaliers.⁶⁸²

La Commission a souligné que la décision de la Cour dans l'affaire *Leipzig Halle* a considéré que la nature économique de l'utilisation future de l'infrastructure (dans le cadre de la modernisation des stades pour l'Euro 2016) était un élément crucial dans la qualification de l'aide d'État⁶⁸³. A l'inverse, l'absence de rémunération ne peut être considérée comme activité économique.

En outre, il est important de noter que l'enseignement public, qui est soutenu par des fonds publics et où les étudiants ne supportent que les frais de scolarité, ne constitue pas une activité économique.⁶⁸⁴ Cependant, il ne suffit pas qu'une entité à but non lucratif déclare que ses activités ne sont pas économiques.⁶⁸⁵ Cette affirmation a été faite dans l'affaire MOTOE⁶⁸⁶ où une association organisant des courses de moto à but non lucratif a été considérée comme exerçant une activité économique en raison de ses contrats de parrainage, et d'assurance.

Le défi en matière de droit français est que l'absence de réglementation générale sur les subventions publiques rend la situation complexe. Le législateur et le juge administratif traitent au cas par cas les problèmes les difficultés soulevées par la décision d'octroi d'une aide, le contrôle de sa régularité et le retrait.

En principe, les aides sont octroyées par des actes unilatéraux, mais ceci n'empêche pas que l'aide soit octroyée par le biais d'un contrat.⁶⁸⁷

⁶⁸⁰ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH.

⁶⁸¹ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/Italie*, aff.C-118/85.

⁶⁸² TPICE, 4 mars 2003, *Fenin c/Commission*, aff. T-319/99, points 35-40.

⁶⁸³ Décision SA.35501 du 18 décembre 2013, Aide d'Etat (2013/N) – France Financement de la construction et de la rénovation des stades pour l'EURO 2016.

⁶⁸⁴ CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, 263/86 et CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth*, aff.C-109/92.

⁶⁸⁵ Les conclusions de l'avocat général MENGOZZI du 11 novembre 2010 sous l'arrêt CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, aff.C-437/09, points 63-64.

⁶⁸⁶ CJCE, 1er juillet 2008, MOTOE, aff.C-49/07, pt 43.

⁶⁸⁷ CE, 26 Juin 1974, *Sté La Maison des Isolants-France*.

L'article 10 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 offre des éclaircissements concernant l'octroi d'aides au moyen de contrats. Il énonce que « dans le cas où une subvention attribuée par l'autorité administrative ou l'organisme en charge de la gestion d'un service public industriel et commercial excède un seuil fixé par décret ⁶⁸⁸, il est impératif de conclure une convention avec l'entité de droit privé bénéficiaire de ladite subvention. Cette convention doit préciser la finalité de la subvention, son montant, les modalités de versement, ainsi que les conditions régissant son utilisation ».

B- Les formes d'aides publiques.

La Commission Européenne liste plusieurs formes d'aide publique, mais ne donne pas une liste exhaustive. Elle considère que peuvent être considérées comme des aides d'État les formes suivantes de soutien : « subventions, exonérations fiscales, exonérations de taxes parafiscales, réductions d'impôts, garanties de prêts à des conditions avantageuses, cessions de biens immobiliers ou terrains à titre gratuit ou à des conditions particulièrement favorables, fourniture de biens ou de services à des conditions privilégiées, couverture des pertes d'exploitation, ou toute autre mesure produisant un effet similaire »⁶⁸⁹.

On peut regrouper les aides comme étant des aides directes ou des aides indirectes.

Selon la Commission européenne, « une aide directe se caractérise par l'octroi d'avantages financiers directs à une ou plusieurs entreprises ou secteurs de production. Cela englobe les subventions visant à stimuler la production, ainsi que les participations publiques au capital d'une entreprise qui ne sont pas considérées comme un investissement privé »⁶⁹⁰.

En utilisant le terme d' « aide négative » ou « aide indirecte », la Commission se réfère aux avantages financiers qui allègent les charges des entreprises. La Cour considère que « cela engage les taux de réescompte préférentiels à l'exportation, qui sont accordés exclusivement aux produits nationaux ⁶⁹¹, ainsi que les exonérations fiscales ⁶⁹², sur les bénéfices liés aux recettes à l'exportation ou sur les charges sociales ⁶⁹³. Les primes destinées à encourager une production ⁶⁹⁴, et les réductions fiscales accordées aux redevables de l'impôt de solidarité sur

⁶⁸⁸ 23 000euros, article 1 du décret n°2001-495 du 6 juin 2001.

⁶⁸⁹ Réponse à une question écrite, JOCE C 125, 17 août 1963.

⁶⁹⁰ Décision n° 85/592 du 31 juillet 1985, JOCE L 373, 31 décembre 1985, p. 1.

⁶⁹¹ CJCE, 10 décembre 1969, Commission c/France, aff.6 et 11/69, Rec. p. 523.

⁶⁹² CJUE, 9 octobre 2014, Navantia SA, aff C-522/13.

⁶⁹³ . Décision n°89/661 du 31 mai 1989 Alfa Roméo, JOCE L 389, 30 décembre 1989, p. 9.

⁶⁹⁴ Décision n°85/592 du 31 juillet 1985, JOCE L 373, 31 décembre 1985, p. 1.

la fortune investissant dans des petites et moyennes entreprises sont également considérées comme des formes de facilitation indirecte »⁶⁹⁵.

Les aides publiques visent à accroître la compétitivité et à financer des missions de service public. Néanmoins, elles sont soumises à des règles strictes pour éviter d'affecter la concurrence.

Conformément aux travaux de G. TEBOUL et T. TUOT, une aide peut être juridiquement définie comme « une intervention de l'État ou de ses institutions en faveur d'une entreprise, même si cette entreprise est publique. Cette intervention n'a pas pour but un bénéfice direct et quantifiable pour l'État, mais elle a un impact mesurable sur la situation financière de l'entreprise, que ce soit par une allocation directe ou indirecte, ou par des avantages provenant de son environnement. Dans ce contexte, cette intervention est soumise à la condition qu'elle poursuive un objectif économique »⁶⁹⁶. Certains auteurs simplifient cette notion en parlant d'un « avantage gratuit »⁶⁹⁷.

En d'autres termes, on peut caractériser une aide publique comme étant « un avantage accordé par une entité publique à un opérateur ou à un secteur dans une perspective économique, et ce, sans exiger de contrepartie en retour »⁶⁹⁸.

La forme de l'aide publique importe peu. Toutefois, selon la circulaire du 26 janvier 2006 concernant l'application des règles communautaires de concurrence aux aides publiques aux entreprises au niveau local, « la notion d'aide inclut tous les avantages, qu'ils soient directs ou indirects, que les autorités publiques peuvent accorder à une entreprise ou à un ensemble d'entreprises. Cela peut se présenter sous forme de subventions, d'avantages fiscaux, sous quelque forme que ce soit, de remises de dettes, d'abandons de créances, d'octrois de garanties, de prêts, et d'avances remboursables sans intérêt ou à des conditions plus avantageuses que celles du taux moyen des obligations,, de prêts ou de mise à disposition de biens meubles, immeubles ou de personnel, de rabais sur le prix de vente, de location ou de locations-ventes de terrains nus ou aménagés, ou de bâtiments neufs ou rénovés ».

⁶⁹⁵ https://associations.gouv.fr/IMG/pdf/Vade-mecum_aide-etat_complet.pdf

⁶⁹⁶ G. Teboul et T. Tuot « Fondement et régime des aides de l'État aux entreprises en France » *Études et documents du Conseil d'État*, n°41, 1990, p147.

⁶⁹⁷ L. Gard, « Aide d'Etat. Notion », *Jurisclasseur Europe*, fasc.1530.2000.

⁶⁹⁸ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, Paris, 2019.

C- Critères de qualification d'une aide d'Etat.

Une mesure est considérée comme une aide d'État, conformément à l'article 107 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), si elle remplit simultanément quatre critères :

1- Une aide publique.

En vertu de l'article 107 § 1 TFUE, l'avantage doit être « accordé par l'État ou au moyen de ressources d'État ». En d'autres termes, l'aide peut être octroyée soit directement par l'État, soit de manière indirecte par le biais d'organismes publics⁶⁹⁹.

Ces aides sont octroyées à des entreprises publiques ou privées sur lesquels l'Etat exerce une influence déterminante⁷⁰⁰, dans laquelle l'aide était versée par un fonds instauré par une législation ou grâce à une contribution publique⁷⁰¹.

Le problème ici est double. D'une part, c'est de savoir le degré d'implication de l'Etat versé par l'organisme public et d'autre part de savoir la nature de la ressource.

Afin d'éviter que l'État ne contourne l'article 107 du TFUE en octroyant des aides à des intermédiaires d'organismes liés à l'État, il est nécessaire d'évaluer deux conditions cumulatives :⁷⁰² le critère d'imputabilité de l'Etat et les ressource d'Etat.

a- Le critère de l'imputabilité à l'État.

La Cour de justice considère plusieurs éléments issus des circonstances spécifiques et du contexte dans lequel une mesure a été prise pour évaluer la validité du critère d'imputabilité. Parmi ces éléments figurent « le statut juridique de l'entreprise, son degré d'intégration au sein des structures de l'administration publique, le niveau de tutelle exercée par les autorités publiques, la nature de ses activités ainsi que les conditions de leur exercice sur le marché, ainsi que la probabilité de l'implication ou de la non-implication des autorités publiques dans l'adoption de la mesure »⁷⁰³.

⁶⁹⁹ CJCE 14/10/87, Allemagne c. Com°, à propos d'une aide accordée par un Lander.

⁷⁰⁰ CJCE 22/03/77, Steinicke et Weinlig,

⁷⁰¹ Dans l'affaire CJCE 02/02/88, Ven der Kooy, un tarif préférentiel pour le gaz avait été accordé à certains opérateurs par une entreprise privée, dont 50% du capital était contrôlé par l'Etat, sachant que le tarif avait été approuvé par celui-ci.

⁷⁰² Arrêt de la Cour du 16 mai 2002. Stardust Marine - Décision 2000/513/CE.

⁷⁰³ Vade-mecum des aides d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la relance, 2020.

Dans l'affaire Stardust du 16 mai 2020, la Cour de justice de l'Union européenne a restreint le champ d'application de la notion d'aide d'État, telle que définie par l'article 87 du traité CE. En outre, elle a invalidé la décision de la Commission en raison du fait qu'une aide financière accordée par une entreprise publique ne peut être considérée comme une aide d'État que si elle peut être « imputable » à l'État.

Dans cette décision, la Commission européenne a considéré que les aides financières accordées à SBT et Altus étaient des « ressources de l'État », simplement parce que ces deux institutions financières appartenaient au secteur public. La Commission s'est appuyée sur l'arrêt *Air France contre la Commission* du 12 décembre 1996, qui stipule que l'article 87 du traité inclut « toutes les ressources financières dont le secteur public dispose pour soutenir les entreprises, qu'elles fassent ou non partie du patrimoine du secteur public ».

Dans le contexte juridique, le gouvernement français a introduit un recours devant la Cour de justice visant l'annulation de la décision de la Commission datée du 8 septembre 1999. La Cour de justice, dans son arrêt Stardust du 16 mars 2002, a établi que « pour qu'un avantage puisse être qualifié d'aide conformément à l'article 87, paragraphe 1, du Traité CE, il doit, d'une part, être octroyé directement ou indirectement au moyen de ressources d'État, et d'autre part, être imputable à l'État, conformément au sens juridique de ces termes. Dans l'affaire Stardust, il était évident que l'État n'avait pas pris de mesures pour garantir que SBT et Altus apportaient un soutien financier à Stardust, une entreprise de plaisance nautique modeste. La Cour a décidé que cette mesure n'était pas « imputable » à l'État et a donc annulé la décision de la Commission. Cette évolution importante restreint justement la définition de l'aide d'État et les compétences de la Commission dans ce secteur.

La Cour pouvait se contenter à la simple interprétation des termes « ressources d'État » annoncés à l'article 87 paragraphe 1 du traité CE. Cependant, elle a estimé qu'il était crucial d'ajouter un critère supplémentaire à la définition d'aide d'État, à savoir la « l'imputabilité » de l'État, critère qui ne figure pas dans le texte de l'article 87 du traité.

b- Le critère du financement octroyé au moyen de « ressources d'État ».

En vertu de l'article 107 TFUE, l'aide doit être publique, accordée « par l'État ou au moyen de ressources d'État »; il peut donc s'agir de l'État en tant que tel, représenté par le

parlement, le gouvernement, l'administration centrale, ou de collectivité infra-étatiques, comme énoncé dans la décision de la CJCE du 14 Octobre 1987, *Allemagne c/ Commission*, concernant une aide octroyée par un Lander. De même, les aides versées par des entreprises publiques ou privées sur lesquels l'Etat exerce une influence déterminante, comme c'était le cas dans l'affaire CJCE 22 Mars 1977, *Steinicke et Weinlig*, dans laquelle l'aide était versées par un fonds crée par une loi. Dans l'arrêt *Ven der Kooy* de la CJCE du 2 Février 1988, une entreprise privée ayant une participation de 50% de l'État avait octroyé un tarif préférentiel pour le gaz à certains exploitants, lequel avait été approuvé par l'État.

Autre exemple, l'affaire du tribunal de première instance de l'UE 12 Décembre 2000, *Air France*, portait sur le soutien financier apporté à Air France par un organisme contrôlé par la Caisse des Dépôts et des Consignations, perçue comme un organisme public.

La notion de ressources publiques a suscité un certain nombre d'affaires. La Cour de justice précise qu'il s'agit des fonds à la disposition de pouvoirs publics et maîtrisés par eux. L'idée de transfert de l'État vers une entreprise privée est également présente. Dans la décision de la CJUE du 19 décembre 2013, *Association vent de colère*, les fonds en question ont une fois de plus impliqué la Caisse des Dépôts et des Consignations⁷⁰⁴. En l'espèce, la Cour de Justice considère que la gestion de fonds par la Caisse des Dépôts et des Consignations la soumet à un contrôle public, laissant les fonds à la disposition des autorités françaises et les classant ainsi comme une aide d'État⁷⁰⁵. Dans l'affaire *Ladbroke* CJCE 16 mai 2000, il est considéré que l'abandon des gains non réclamés par les parieurs par le gouvernement français en faveur du PMU constitue une forme d'aide publique. Cette considération découle du fait que ces gains auraient été reversés au budget de l'État s'ils n'avaient pas été abandonnés, ce qui en fait une ressource publique.

Pour des décisions contraires, on peut mentionner l'affaire *Sloman Neptune* de la CJCE du 17 Mars 1993, le fait d'autoriser des entreprises de navigation à payer des marins originaires de pays tiers à des conditions moins avantageuses que celles des citoyens nationaux ne constituent pas une forme d'aide d'État. Dans l'arrêt CJCE 15 juillet 2004, *Pearle BV*, une publicité collective financée par l'ordre des opticiens, organisme de droit public, *via* des taxes

⁷⁰⁴ En l'espèce, EDF obligé d'acheter énergie produite par éolienne à un prix supérieur à la valeur du marché, et en contrepartie, financement de la CDC, laquelle est financée par des fonds collectés auprès des consommateurs.

⁷⁰⁵ De même pour la décision du CJUE 22 Octobre 2014, *Elcogas*, en Espagne.

prélevées sur les entreprises du secteur, n'est pas une aide d'Etat, car il n'y a pas de fonds publics. Dans l'affaire CJCE 05 mars 2009, *Uteca*, le fait de d'obliger les chaînes de télévision à consacrer une partie de leurs recettes à la production de film n'est pas une aide d'Etat (transfert de ressources privées à des entreprises privées).

2- Critère de sélectivité.

L'article 107§1 TFUE exprime expressément que les avantages sont accordés à « certaines entreprises ou certaines productions ». Ainsi, on distingue entre les aides sélectives et les mesures dites « générales » de soutien de l'économie qui eux échappent à la qualification d'aide.

D'après un rapport sur les aides d'État dans la Communauté européenne de 1989, on peut distinguer entre les mesures générales et les mesures sélectives. Une mesure générale englobe toutes « les actions de l'État qui sont appliquées de manière uniforme à l'ensemble de l'économie et qui n'accordent pas de faveur particulière à des entreprises ou à des secteurs spécifiques. En revanche, une mesure sélective vise à exempter partiellement les entreprises d'un secteur particulier des charges générales résultant de l'application normale du système »⁷⁰⁶. Cependant, il peut parfois être complexe de déterminer de manière claire la différence entre une aide d'État et une mesure générale.

Un arrêt de 1992, a précisé que « même des interventions qui, à première vue, sont applicables à la généralité des entreprises, peuvent présenter une certaine sélectivité et, partant être considérées comme des mesures destinées à favoriser certaines entreprises ou certaines sélectivités et, partant être considérées comme des mesures destinées à favoriser certaines entreprises, ou certaines production ⁷⁰⁷». En effet, la taille des secteurs, le nombre des entreprises bénéficiaires ne permettent pas de considérer que ces mesures étatiques soient qualifiées de mesure générale à caractère économique.

Le critère de sélectivité dans le domaine d'aide d'Etat distingue deux notions : la sélectivité matérielle et la sélectivité régionale D'une part, la sélectivité matérielle est une

⁷⁰⁶ Discours de sir Leon Brittan à un séminaire sur la politique de concurrence - Londres, le 10 mars 1989 : "Eclat des subventions ? - revue des aides d'Etat dans la communauté européenne".

⁷⁰⁷ Arrêt de la cour de justice du 29 juin 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI :EU332, point 27 ; arrêt du tribunal du 6 mars 2002, Territorio Historico de Alava Diputación Foral de Álava (T-92/00), Ramondín, SA et Ramondín Cápsulas, SA (T-103/00) contre Commission des Communautés européennes.

mesure concernant l'intervention de l'Etat qui s'applique à certaines entreprises ou certains secteurs d'un Etat membre. La sélectivité matérielle peut être *de jure* ou *de facto*⁷⁰⁸.

La sélectivité matérielle *de jure* « résulte directement des critères juridiques appliqués à l'octroi d'une aide qui est formellement réservée à certaines entreprises (Pour illustrer, cela peut concerner des entreprises de taille spécifique opérant dans des secteurs particuliers ou ayant une forme juridique déterminée.)⁷⁰⁹ ».

La sélectivité *de facto* est retenue lorsqu'une certaine exigence est imposée par l'Etat afin d'empêcher de bénéficier de cette mesure. « Une mesure octroyant certains avantages pendant une courte période peut être sélective *de facto* »⁷¹⁰.

Toutefois, il arrive que des mesures de portée générale à caractère économique qui devraient s'appliquer à toutes les entreprises soient qualifiées d'aide lorsque leur octroi est décidé discrétionnairement par l'administration publique⁷¹¹.

3- Impact des aides publiques sur le commerce entre Etats membres.

L'article 107, paragraphe 1, du TFUE énonce que les aides d'Etat sont considérées comme incompatibles avec le droit de l'Union européenne si elles ont pour effet de perturber la concurrence et si elles ont un impact sur les échanges commerciaux entre les Etats membres de l'Union européenne. En d'autres termes, une aide d'Etat peut être considérée comme illégale si elle crée des distorsions sur le marché européen en affectant les échanges entre les différents pays membres.

Il s'agit d'une exigence similaire à celle des pratiques anticoncurrentielles pour appliquer le droit de l'UE, et/ou d'incompatibilité de la mesure. Toutefois, les formulations des articles 101 et 107 du TFUE diffèrent : le premier aborde les ententes qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, tandis que le second traite des aides d'Etat qui ont un tel impact. Cette divergence a conduit certains auteurs à considérer qu'une aide d'Etat affecte automatiquement les échanges entre Etats membres. Les décisions de la Commission européenne vont dans ce sens, et l'appréciation de cette condition est particulièrement souple,

⁷⁰⁸ Communication de la commission relative à la notion d'aide d'Etat » vise l'article 107§1 du TFUE.

⁷⁰⁹ Arrêt de la Cour de justice 8 septembre 2011, Paint Graphos.

⁷¹⁰ Arrêt du tribunal du 12 septembre 2007, Italie et Brandt Italia/Commission.

⁷¹¹ CJCE, 26 septembre 1996, France c/commission.

presque considérée comme systématiquement remplie (par exemple l'aide à l'exportation, à la production, à l'investissement). L'affectation peut être actuelle ou potentielle, cette potentialité ayant été confirmée dans l'arrêt du tribunal de première instance de l'Union européenne en date du 6 juillet 1995, AITEC⁷¹². Il convient de souligner que, bien que l'approche soit flexible, la Cour de justice exige toujours que la Commission européenne démontre qu'il est porté atteinte à la concurrence à travers la mesure contestée et elle ne peut pas éluder cette partie du raisonnement dans sa décision.

4- Atteinte à la concurrence.

L'article 107§1 TFUE déclare incompatible avec le marché intérieur « les aides qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence ».

Là encore, l'appréciation développée est très souple, la condition étant considérée comme systématiquement remplie ; dans le rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence de 1996 et dans l'arrêt CJCE 17 septembre 1980, *Philip Morris*, les deux institutions précisent que "*la distorsion de concurrence est considérée comme quasi automatique dès lors que l'aide favorise certaines entreprises au détriment d'autres*". De même, l'atteinte peut être actuelle comme potentielle, bien qu'il faille démontrer, comme l'a précisé la Cour de justice dans une affaire où la Commission européenne s'était contentée de reproduire l'article 107 du TFUE.

Il existe différentes formes de restrictions de concurrence, telles que la situation où l'État prend en charge des dépenses qui devraient normalement être supportées par une entreprise, ce qui donne à cette dernière un avantage sur ses concurrents directs⁷¹³.

La présence d'une distorsion de la concurrence se manifeste habituellement lorsque l'octroi d'une aide confère un avantage discriminatoire à une entreprise par rapport à d'autres dans un secteur soumis à la concurrence. Toutefois, la Commission européenne a l'obligation de justifier sa décision en identifiant explicitement la nature des effets préjudiciables sur la concurrence.⁷¹⁴

La problématique a été soulevée quant à la sensibilité et à l'intensité de l'atteinte. La réponse s'est révélée plus complexe à fournir en matière d'aide d'État qu'en matière d'ententes,

⁷¹² En l'espèce, l'entreprise ne commercialisait que produits que sur le territoire grec, mais avec un effet potentiel car marché grec en crise. En conséquent rapporterait de nouveau déboucher, et donc des exportations, très probable).

⁷¹³ CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris*, aff.730/79.

⁷¹⁴ CJCE, 14 novembre 1984, *Intermills*.

car initialement, les institutions européennes ont rejeté l'idée de l'existence d'aides mineures (principe *de minimis*). Cela est évident dans les conclusions de l'avocat général dans l'affaire Philip Morris (1980), qui expliquent qu'une aide d'État entraîne automatiquement une distorsion de concurrence, et qu'il n'est pas nécessaire d'examiner son ampleur, mais qu'il suffit qu'elle existe pour que l'aide d'État soit incompatible. De même, dans les affaires *France c. Commission européenne* de 1987 et *Commission européenne c. Belgique* ("Tubemeuse") de 1990, l'avocat général Lenz explique que dans certains secteurs, les marges de manoeuvre étaient tellement faibles que même une aide très modeste entraîne une distorsion d'entreprises. Il explique également que les aides d'Etat sont des comportements d'autorités publiques, et non pas d'entreprises, et que par conséquent il convient d'être très vigilant, eu égard à leur position préférentielle. La question n'est pas ici celle de la compatibilité des aides d'Etat, mais celle de savoir s'il faut contrôler toutes les aides d'Etat, ou de simplement exclure les aides *de minimis* sans contrôle préalable.

La position des autorités de l'UE va évoluer, principalement en raison de la Commission européenne qui, à partir de 1992, admet la possibilité de ne pas surveiller les aides *de minimis*. Cette position est confirmée par une première communication sur les aides *de minimis* en 1996, ainsi que par l'arrêt CJCE 07 mars 2002, *Italie c. Commission européenne*, où la Cour de justice utilise la notion d'atteinte sensible à la concurrence. Cette situation s'explique par la détermination de l'Union européenne à considérer les mesures qui peuvent être avantageuses pour les petites et moyennes entreprises (PME), lorsqu'elles sont d'un montant modeste ; la Commission européenne souligne également que ces aides sont souvent accordées par les collectivités locales et recommande de leur accorder une certaine marge de manoeuvre.

Initialement, la définition des aides d'États *de minimis* s'est basée sur les communications de la Commission européenne, suivies d'un règlement datant du 15 décembre 2006, révisé par un règlement 1407/2013 du 18 décembre 2013. Les Aides d'États *de minimis* ne peuvent pas excéder 200 000 euros sur une période de trois ans (100 000 euros avant 2006), sauf pour les entreprises de transport de marchandises pour lesquelles le montant maximal est de 100 000 euros. Si le montant est inférieur, les entreprises ne seront pas soumises à la notification de la Commission européenne. La Commission européenne souligne qu'il est interdit de diviser une aide en plusieurs parties pour éviter le contrôle (mais il est difficile de savoir comment cela peut être détecté).

Section 3.2. Portée de la notion complexe d'aide publique.

La portée de la notion d'aide publique paraît complexe à saisir du fait du difficile équilibre à trouver entre Etat interventionniste et libre marché.

A- Intervention de la puissance publique dans le marché.

Dans le cas de prise de participation publique dans le capital d'entreprise, des problèmes de qualification ont été rencontrés. La Commission européenne a créé le critère de l'investisseur privé en économie de marché pour y remédier. Ce critère a été utilisé pour la première fois dans l'affaire Boussac (CJCE 14/02/90) entre la France et la Commission européenne. Le test de l'investisseur privé en économie de marché consiste à comparer le comportement de l'État à celui qu'aurait eu un investisseur privé dans la même situation, en étudiant la rentabilité de la prise de participation et le retour sur investissement. Si un investisseur privé aurait agi de la même manière, la prise de participation ne serait pas considérée comme une aide d'État. Ce critère a été étendu par la Commission européenne à d'autres entités publiques.

Pour citer quelques jurisprudences ayant recours à ce critère :

- CJUE 4 septembre 2014, la CJUE a statué sur l'affaire de la SNCM et de la France, concernant les aides apportées à la compagnie nationale maritime SNCM lors de sa privatisation en 2006 notamment sur le prix de cession des parts, l'apport en capital réalisé, et un certain nombre d'avance par l'Etat français. En 2008, la Commission européenne avait utilisé la méthode de l'investisseur privé pour évaluer ces aides et les avait jugées légales. Toutefois, en 2014, la CJUE a infirmé cette décision en les considérant illégales.

- CJUE arrêt du 03/04/14, *Commission européenne c/ Pays Bas*, concernant le soutien apporté par l'État à la banque ING dans le contexte de crise économique, dans lequel s'était posée la question de l'applicabilité du critère, puisque jamais un opérateur privé ne serait trouvé dans la même situation que l'Etat, de sauvetage d'un établissement bancaire ; la Cour de justice confirme l'application du critère dégagé par la Commission.

- CJUE arrêt du 12/06/14, *SARC*, dans laquelle il s'agissait d'un contrat de licence d'un logiciel conclu entre une université néerlandaise et une société de construction de navires (créée par des professeurs de l'université), sans appel d'offre. La question était de savoir si la rémunération pour l'utilisation des techniques de l'université était conforme au marché. Après l'application du critère par la Commission européenne, la Cour de justice a confirmé la compatibilité de l'activité logicielle universitaire au marché libre et concurrentiel.

- CJUE, arrêt *Fondul Proprietatea* du 18 mai 2017 où la Cour de justice a déclaré

qu'en vertu de l'article 107 TFUE, une entreprise détenue majoritairement par un État membre qui accepte une dation en paiement d'un actif appartenant à une autre entreprise dont cet État membre est le seul actionnaire, afin d'éteindre une créance, et qui paie la différence entre la valeur estimée de cet actif et le montant de cette créance, peut constituer une aide d'État.

Les autorités communautaires ont rapidement mis en avant le critère des « conditions normales de marché » pour apprécier les agissements des pouvoirs publics⁷¹⁵, il convient de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des circonstances normales de marché⁷¹⁶ ».

Le TPI européen a utilisé ces critères de test d'intervention dans une affaire concernant la mise à disposition d'une banque de capitaux propres détenues par une autorité publique.⁷¹⁷ Il indique qu'il faut analyser si l'entreprise aurait pu se procurer auprès d'autres investisseurs des fonds comportant pour elle les mêmes avantages. La mesure ne saurait constituer une aide d'Etat si elle ne place pas l'entreprise dans une situation plus avantageuse que celle qui serait la sienne sans l'intervention publique.

La question se pose de savoir si le critère de l'intervention de l'entité publique agissant en tant qu'investisseur avisé en économie de marché s'applique aux avantages fiscaux. Cette question a été tranchée par la Cour de justice dans un arrêt rendu en 2012⁷¹⁸. Le principe est que seuls les bénéfices et les obligations liés à la situation de l'entité publique actionnaire sont à prendre en considération. Le rôle de l'Etat actionnaire d'une entreprise doit être distinct de celui de l'Etat agissant en tant que puissance publique. Cependant, si l'État utilise le critère de l'investisseur privé pendant la procédure, il doit prouver que la mesure mise en place est liée à sa qualité d'actionnaire et qu'il a pris une décision avant l'octroi de l'avantage économique.

B. Les conditions de compatibilité avec le Marché intérieur.

Les paragraphes 2 et 3 de l'article 107 prévoient deux catégories de dérogations prévues par le traité (1). La Commission européenne a développé une politique en matière d'aide d'Etat, qui va au-delà de ces stipulations du traité. (2).

⁷¹⁵ CJCE, 14 Février 1990, France c/Commission.

⁷¹⁶ CJCE, 11 juillet 1996, SFEI.

⁷¹⁷ TPIUE, 3 mars 2010, Bundesverband Deutscher Banken EV.

⁷¹⁸ CJCE, 5 juin 2012, Commission c/ EDF.

1. Les dérogations prévues par le traité.

L'article 107 paragraphe 2 du TFUE donne trois hypothèses d'aide d'Etats compatibles avec le Marché intérieur ; et le paragraphe 3, indique que certaines aides peuvent être considérées comme compatibles avec le Marché intérieur. A partir de là, on distingue deux ensembles de dérogations : Les aides d'Etat compatibles de plein droit(a) et les aides d'Etat compatibles de manière facultative (b).

a. Les dérogations de plein droit.

L'article 107 §2 du TFUE prévoit trois types de dérogations de plein droit pour lesquelles la Commission européenne ne dispose pas de réelle marge de manœuvre, autrement dit, son pouvoir d'appréciation est très limité. A partir du moment où l'aide entre dans une des hypothèses du paragraphe 2, la commission est obligée de la valider, sans contrôler son impact réel. Il convient de souligner que ces aides doivent être notifiées.

La première hypothèse concerne les « aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels ». Elle peut résulter par la restriction de la couverture à certaines catégories de bénéficiaires, telles que les enfants, les personnes handicapées et celles qui résident dans des régions défavorisées.⁷¹⁹

En se basant sur cette justification, la Commission accepte une assistance proposée par le Danemark en matière de transport, visant à garantir des tarifs avantageux pour les voyages en bus de longue distance des enfants, des étudiants et des retraités⁷²⁰.

La deuxième hypothèse concerne les « aides octroyées par les États membres, afin de remédier aux dommages provoqués par des calamités naturelles ou d'autres événements extraordinaires ». Cette hypothèse a permis d'indemniser certaines pertes successives des attentats du 11 septembre 2001⁷²¹ lorsque plusieurs compagnies aériennes en direction de l'Amérique ont été perturbées dans les jours qui ont suivi l'attaque.

⁷¹⁹ Dans décision de la Commission du 5 octobre 2010, le « Fonds de continuité territoriale », baisse le prix des déplacements de certaines catégories « de résidents, ultramarins, étudiants ou poursuivant une formation entre l'outre-mer et la métropole ».

⁷²⁰ Décision de la Commission du 13 janvier 2009, N 332/08, *JOUE* C 46 du 25 février 2009.

⁷²¹ TPICE, 25 juin 2008 *Olympiaki Aeroporia Ypiresies*, aff. T-268/06.

En 2012, la Commission européenne a approuvé un système de subventions visant à atténuer les effets des phénomènes naturels dévastateurs en Slovaquie, tels que les séismes, les inondations et avalanches⁷²².

Enfin la dernière dérogation est celle des « aides justifiées par la division de l'Allemagne ». Après la division de l'Allemagne à la suite de la Seconde Guerre mondiale, ces subventions sont destinées à être accordées à certaines zones de la République fédérale d'Allemagne afin de compenser les inconvénients économiques causés par cette division. Cette mesure est rarement mise en œuvre et semble maintenant dépassée. Depuis la signature du Traité de Lisbonne en 2007, le Conseil est autorisé à prendre une décision abrogeant cette mesure.

b. Les dérogations facultatives.

Ce sont des hypothèses dans lesquelles la Commission européenne peut considérer qu'une aide d'Etat est compatible avec le traité ; elle dispose d'une réelle marge de manœuvre, et leur usage important contribue à créer la politique d'aide d'Etat de la Commission européenne. Ces hypothèses sont :

- . « Les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale » (art. 107 § 3 a) TFUE).

Cette dérogation ne s'applique qu'aux régions où la situation économique est considérablement moins favorable que dans l'ensemble de l'Union. Cette catégorie est différente de la dérogation prévue à l'article 107 § 3 c) TFUE sur trois points: elle ne doit pas altérer les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun; les critères à prendre en compte sont le niveau de vie et le sous-emploi, tandis que la dérogation prévue à l'article 107 § 3 c) TFUE, de portée plus large, offre une plus grande marge de manœuvre pour définir les difficultés d'une région qui peuvent être résolues par des aides; enfin, le troisième point est la compétence de l'Union pour évaluer les difficultés, alors qu'elle peut être confiée à l'État membre concerné pour les aides prévues à l'article 107 § 3 c) du TFUE.

- . Les « aides dont l'objectif est de promouvoir la réalisation d'un important

⁷²² Décision de la Commission du 4 septembre 2012, aide d'État SA.34680 compatible, Slovaquie, *Aid scheme for elimination of consequences of natural disasters*.

projet d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre » (107 § 3 b) TFUE).

La Cour de justice a été contrainte de distinguer ces aides des précédentes, dans un arrêt CJCE 14 octobre 1987, *Allemagne c/Commission européenne*, en précisant que la première catégorie s'applique uniquement aux aides d'État octroyées aux régions en difficulté, la classification d'une région dans cette catégorie étant basée sur des critères établis par la Commission européenne. En revanche, cette catégorie est simplement une aide au développement économique, qui peut permettre aux États de favoriser les régions en dessous du niveau national (et non européen). Elle inclut également les aides d'État destinées à certaines activités, appelées aides sectorielles.

- « Les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun » (art. 107 § 3 c) TFUE).

Les aides d'États destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun, soit impliquant plusieurs États membres et contribuant aux grands objectifs de l'UE (Europe 2020), ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre, soit des situations de crises ponctuelles, un peu dans la même logique que les compensations de catastrophes naturelles (ex : crise de la vache folle en 1998, crise financière de 2008).

- « Les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun » (art. 107 § 3 d) TFUE).

Les aides culturelles, destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, toujours si elles n'affectent pas les échanges dans une mesure contraire à l'Intérêt général ; c'est une disposition qui a été ajoutée par le traité de Maastricht. Elle a été utilisée par la Commission européenne pour valider la plupart des régimes d'aides au cinéma.

- « Les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission » (art. 107 § 3 e) TFUE).

Dans cette catégorie la liste n'est pas exhaustive, d'autres peuvent être créées par les institutions de l'UE.

La détermination de la compatibilité des aides visées à l'article 107§3 TFUE est soumise à l'appréciation de la Commission qui dispose d'« un pouvoir discrétionnaire dont

l'exercice implique des appréciations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire et qui n'est soumis qu'à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁷²³ ».

2-La politique de la Commission européenne.

Le paragraphe 3 de l'article 107 TFUE octroie une grande liberté d'action à la Commission européenne, qui est remise en question par les États membres, mais confirmée par la Cour de justice dans l'affaire Philip Morris. Cet encadrement par la Commission européenne des aides d'Etat a pour objectif de guider les Etats membres lorsqu'ils veulent verser une aide, pour certaines catégories (a). La Commission européenne a également défini des principes communs (b) et les lignes directrices (c), qui doivent être respectés par les Etats membres s'ils veulent avoir une chance de voir leur projet d'aide d'Etat validé par la Commission européenne (b).

a- L'encadrement des aides d'État.

La Commission européenne a instauré un certain nombre de textes destinés à guider l'autorité publique. On distingue d'une part, le règlement d'exceptions qui détermine les conditions mises en œuvre afin d'échapper à la notification. D'autre part, les lignes directrices pour définir les aides qui pourront être compatibles au marché intérieur.

Certaines aides considérées comme compatibles sont exemptées de notification à la Commission. Les critères d'éligibilité à cette subvention sont définis dans les règles dites d'exemption (pour les procédures de notification), qui sont résumées dans un document unique, les Règles Générales d'Exemption par Catégorie (RGEC). La modification du RGEC, qui inclut l'introduction de nouvelles catégories d'aides et de seuils d'exemption plus élevés, permettra à la Commission de prioriser les aides ayant un impact significatif sur le marché intérieur, tout en autorisant davantage d'aides aux États membres sans exigence de notification préalable.

Les aides exemptées de toute notification seront contrôlées *a posteriori*. Les États membres sont également tenus, dans le cadre de leurs obligations de divulgation, de rendre accessibles les informations relatives aux aides disponibles via un site national dédié ou des plateformes régionales. Cette exigence de transparence est cruciale pour assurer la conformité

⁷²³ CJCE, 17 septembre 1980, Philip Morris, CJCE, 14 février 1990, France c/ Commission.

aux règles relatives aux aides d'État dans l'Union européenne.

Par un règlement 994/98 du 7 mai 1998, la Commission européenne a été habilitée par le Conseil d'adopter des exemptions pour certaines catégories d'aides. La Commission européenne a édicté trois règlements d'exemption : le 12 janvier 2001 pour les aides à la formation, le même jour pour les PME, et le 12 janvier 2002 pour les aides à l'emploi, qui ont été remplacés par le RGEC du 6 août 2008. Aujourd'hui, le règlement d'habilitation est le règlement 773/2013 du 22 Juillet 2013, et le nouveau RGEC est le règlement 651/2014.

En vertu du règlement d'habilitation du Conseil⁷²⁴, la Commission européenne est habilitée à émettre des règlements spécifiant que certaines catégories d'aides, expressément énumérées, sont compatibles avec le marché intérieur et sont exemptes de l'obligation de notification prévue à l'article 107, paragraphe 3, du TFUE⁷²⁵. Ces catégories englobent une variété d'aides, incluant celles visant à soutenir les petites et moyennes entreprises, à encourager les activités de recherche, de développement et d'innovation, ainsi qu'à promouvoir des mesures de protection de l'environnement, parmi d'autres.

La Commission européenne a enfin réformé le règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) en ajoutant de nouvelles exemptions afin de privilégier les transitions écologiques et numériques et de soutenir la relance économique post-Covid⁷²⁶. Cette réforme concerne notamment :

- « les aides octroyées par les autorités nationales à des projets financés dans le cadre de certains programmes gérés de manière centralisée par l'UE au titre du nouveau cadre financier pluriannuel » ;
- certaines mesures d'aide d'État soutenant la transition écologique et numérique « *pertinentes pour la relance à la suite des effets économiques de la pandémie de coronavirus* ».

⁷²⁴ Le règlement (UE) n° 2015/1588 du Conseil du 13 juillet 2015 sur l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales codifie le précédent règlement d'habilitation n° 994/98 du Conseil, modifié de façon substantielle, et en dernier lieu, en 2013. Le règlement (UE) n°2015/1588 a lui-même été modifié par le règlement n° 2018/1911 du Conseil du 26 novembre 2018.

⁷²⁵ Avant le traité de Lisbonne, la Commission avait le pouvoir d'adopter de tels règlements uniquement en vertu des règlements d'habilitation du Conseil. Désormais, le traité de Lisbonne inclut une base juridique explicite attribuant cette compétence à la Commission. L'article 108, paragraphe 4, du TFUE stipule : « La Commission peut émettre des règlements concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a identifiées conformément à l'article 109 comme étant exemptées de la procédure prévue au paragraphe 3 du présent article. ».

⁷²⁶ Communication de l'UE, 23 juillet 2021, communiqué IP/21/3804.

Le règlement n° 2017/1084 du 14 juin 2017 a étendu l'application du RGEC aux aides pour inclure les aides en faveur des aéroports régionaux et des ports. Toutefois, son champ d'application exclut les aides destinées aux entreprises en difficulté, sauf dans le cas des régimes d'aides visant à remédier aux dommages causés par certaines catastrophes naturelles, les régimes d'aides aux jeunes entreprises innovantes, et les régimes d'aides au développement régional, à condition que ces régimes ne favorisent pas les entreprises en difficulté par rapport aux autres entreprises. Les aides destinées à soutenir les activités d'exportation et les aides conditionnées à l'utilisation de produits nationaux plutôt que de produits importés sont également exclues du RGEC.

Il est important de souligner également que toutes les catégories d'entreprises, indépendamment de leur taille, peuvent bénéficier de l'exemption des aides *de minimis* pour des aides ne dépassant pas le seuil de 200 000 euros par entreprise sur une période de 3 exercices fiscaux. Le règlement "*de minimis*" a été étendu jusqu'au 31 décembre 2023 ⁷²⁷.

En ce qui concerne les aides régionales posé à l'article 107§3 a et c du TFUE, le régime actuel est établi conformément aux directives en vigueur pour la période 2014/2020. La Commission européenne a défini des critères territoriaux, ainsi que d'autres critères objectifs en donnant la priorité aux aides d'investissement plutôt qu'aux aides de fonctionnement. Le 19 avril 2021, la Commission européenne a publié ses nouvelles directives concernant les subventions d'État à finalité régionale pour la période 2022-2027. Les États membres doivent s'y référer lorsqu'ils accordent des aides d'État aux entreprises pour stimuler la croissance économique des régions où le niveau de vie est exceptionnellement bas et de toutes les autres régions défavorisées. Ces directives précisent les critères pour que ces aides soient compatibles avec le marché intérieur, conformément à l'article 107, paragraphe 3, points a) et c), du TFUE.

Cette dernière modification vise en particulier à contribuer aux récents objectifs fixés par l'UE, tels que le pacte vert pour l'Europe et la stratégie numérique et industrielle de l'UE. L'ensemble de ces changements va de pair avec une simplification générale de la structure des lignes directrices et une clarification de certaines définitions et de la terminologie utilisée.

Sur la base des nouvelles Lignes Directrices, les États Membres devront désormais élaborer leur carte des aides à finalité régionale, valable du 1er janvier 2022 au 31 décembre

⁷²⁷ Le Règlement (UE) 2020/972 de la Commission du 2 juillet 2020).

2027 et qui devra être notifiée et approuvée par la Commission. Quant aux aides sectorielles, plusieurs textes régissent les principaux domaines (transports, agriculture...).

b. Les principes communs.

Ces principes, communs à tous les textes qui précèdent, sont :

✓ L'intérêt commun : la Commission européenne, lorsqu'elle contrôle une aide d'État, s'assure qu'elle est conforme aux objectifs de l'Union. Ce principe a été établi grâce à la jurisprudence de la CJUE et aux dispositions du traité. En effet, dans l'affaire Philip Morris, la Cour de justice a jugé que l'évaluation devait être effectuée dans le cadre de l'Union européenne, et les exemptions de l'article 107 paragraphe 3 incluent ces conditions, à l'exception des aides à finalité régionale (AFR), car elles sont considérées comme évidentes. En pratique, dans le contrôle mis en œuvre par la Commission européenne, elle utilise les critères définis dans le cadre de la politique de cohésion pour les appliquer aux aides d'État. D'ailleurs, le RGEC, fait référence à l'intérêt commun, y compris pour les AFR.

✓ La justification compensatoire : l'atteinte à la concurrence provoquée par l'aide doit concourir aux objectifs de l'UE. Dans cette optique, en particulier dans le cadre de la stratégie Europe 2020, la Commission européenne est en faveur des aides financières régionales pour les zones en difficulté ainsi que des aides aux petites et moyennes entreprises (PME). Ces deux axes majeurs font partie de la stratégie Europe 2020. La Commission européenne établit la catégorisation des PME en tant qu'entreprises qui emploient moins de 250 salariés et qui enregistrent un chiffre d'affaires annuel ne dépassant pas 50 millions d'euros. Cette classification comprend les petites entreprises, caractérisées par un effectif de moins de 50 employés et un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros, ainsi que les micro-entreprises. Elle classe également les régions, en trois catégories : les régions en grande difficulté (PIB de moins de 75% de la moyenne européenne), qui concentrent la majorité des aides accordées, les régions en transitions (PIB entre 75 et 90% de la moyenne européenne) et les régions développées (PIB de plus de 90% de la moyenne européenne), auxquelles s'ajoutent les régions ultrapériphériques (RUP). La Commission européenne et le RGEC sont plus favorables aux aides à l'investissement qu'aux aides au fonctionnement.

✓ L'effectivité et la proportionnalité : les textes établissent une limite quant au montant des subventions pouvant être octroyées, soit au cas par cas, soit par le biais du Règlement Général d'Exemption par Catégorie, pour chaque type de subvention exemptée (si le plafond est dépassé, une notification est obligatoire). De plus, ils permettent une variation

de ces plafonds en fonction des objectifs visés (par exemple, en faveur des subventions pour la recherche et développement, avec une classification en fonction des résultats de la recherche menée, favorisant ainsi la recherche fondamentale par rapport à la recherche industrielle, et le développement expérimental avec des aides moindres). Le Règlement Général d'Exemption par Catégorie donne également des proportions de financement de projets (ex : Contribution des petites et moyennes entreprises aux salons professionnels, jusqu'à 50% ; recrutement de personnel en situation de handicap, jusqu'à 75% ; investissement pour des mesures d'économie d'énergie, jusqu'à 30%). Il est important de noter que les exemptions ne s'appliqueront pas aux entreprises qui n'ont pas remboursé une aide illégale, pour des raisons d'efficacité.

✓ La transparence, le contrôle et l'évaluation : ils impliquent que les États membres doivent verser leurs aides dans la plus grande transparence, accompagnée les versements les justifiant, qu'ils expliquent les modalités de financement de cette aide, prévoient le suivi de l'usage des fonds par l'entreprise. Il faut que la Commission européenne puisse apprécier les effets de l'aide. Les documents seront allégés en cas d'aides d'Etat exemptées, et la Commission européenne, si elle constate qu'il n'y a pas conformité, pourra effectuer une vérification, et même, annuler l'exemption, si l'aide d'État ne répond plus aux exigences du Règlement Général d'Exemption par Catégorie.

c. Lignes directrices.

Le Règlement Général d'Exemption par Catégorie est complété par un ensemble de lignes directrices, dont la plupart ont fait l'objet d'une révision récente. Elles précisent, par exemple, le régime des AFR qui n'entrent pas dans les critères du Règlement Général d'Exemption par Catégorie. Là encore, le but est de guider les Etats membres pour qu'ils aient plus de chance de voir leur aide d'Etat validée.

Les aides aux entreprises en difficultés, concernées par les lignes directrices du 9 juillet 2014 sont également encadrées ; le premier encadrement est apparu en 1999, après quoi, les lignes directrices ont été révisées en 2006 et 2014. Cet encadrement apparaît du fait de la politique de la Commission européenne, mais aussi sous l'influence de la Cour de Justice, qui a admis qu'on soutient ponctuellement et temporairement les entreprises en difficultés.

Deux types d'aides sont possibles. D'abord, les aides au sauvetage, qui ont pour objectif de soutenir une entreprise en difficulté afin d'étudier la possibilité de restructuration ou de réorientation de l'activité de l'entreprise en question ; elles sont temporaires, et ne peuvent être versées pendant plus de 6 mois, sous peine de remboursement, à moins qu'un plan de

restructuration soit obligatoirement transmis à la Commission européenne afin qu'elle autorise les aides à la restructuration.

Ensuite, les aides à la restructuration, qui doivent obligatoirement être accompagnées d'un plan de restructuration, et l'entreprise bénéficiaire doit contribuer au coût de cette restructuration. Doivent être prévues des mesures de compensation, pour atténuer les effets pervers sur la concurrence, et le plan de restructuration doit permettre la viabilité à long terme de l'entreprise, sans aides supplémentaires. Elles ne peuvent être versées à une entreprise qu'une seule fois sur une période de 10 ans.

De nouvelles dispositions relatives à la restructuration des Petites et Moyennes Entreprises (PME) apparaissent en 2014, avec une logique plus souple, sachant que les Etats membres doivent favoriser les soutiens qui portent le moins atteinte à la concurrence (ex : garanties de prêt ou prêt au lieu de subventions directes). Elles prévoient également un plan de restructuration simplifié pour les PME, et l'étude de la restructuration peut aller jusqu'à 18 mois (avec aides au sauvetage) ; les Etats membres doivent, de plus, faire appel le plus possible aux investisseurs privés pour ces aides, qui assumeront une part des coûts liés au sauvetage des entreprises, en évitant de dépenser les fonds publics.

Section 3.3. Cas du Service d'intérêt économique général (SIEG).

1- La qualification de l'aide d'État.

Théoriquement, les aides d'Etat aux entreprises qui ont pour but de restreindre ou fausser la concurrence sont interdites. Toutefois, comme expliqué plus haut, des dérogations (règlements et lignes directrices) sont cependant possibles.

En vertu de l'article 106 § 2 TFUE des dérogations sont autorisés pour « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général...dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

Le traité instituant la Communauté européenne (TCE) n'avait pas défini la notion du SIEG. Ainsi, son article 16 se fondait principalement sur la pertinence des SIEG en tant que " « valeur commune de l'Union ». De la même manière, le traité de Lisbonne entré en vigueur 2009, ne l'a pas défini non plus⁷²⁸. Cependant, le TFUE renforce la « responsabilité partagée

⁷²⁸ La notion de SIEG n'est définie ni dans le TFUE ni dans le droit dérivé. Elle est abordée par la Commission dans sa Communication (2012/C 8/02) et y est décrite comme « évolutive et dépendant, entre autres, des besoins des

entre l'Union et les États membres dans le domaine des SIEG » en accordant à l'UE la possibilité d'intervenir dans les domaines relevant de sa compétence.

En effet, l'absence de définition communautaire du SIEG suscite des inquiétudes juridiques, étant donné que le principe de subsidiarité autorise les États membres à déterminer de manière autonome les activités d'intérêt général sur leur territoire.

La Commission européenne, dans sa communication concernant l'application des règles de l'UE sur les aides d'État aux compensations octroyées pour les SIEG, souligne que « la définition des SIEG est adaptable et évolutive, influencée par divers facteurs tels que les besoins des citoyens, les avancées technologiques et commerciales, ainsi que les décisions politiques et sociales propres à chaque État membre »⁷²⁹. Dans cette communication, elle expose les conditions pour qu'une aide d'État sous forme de compensation en faveur d'un SIEG ne soit pas soumise à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 108§3 du traité. En d'autres termes, ces compensations sont considérées comme des aides d'État, mais jugées compatibles et exemptes de l'obligation de notification.

Dans un guide relatif aux SIEG, la Commission précise encore que les SIEG sont des « activités économiques qui remplissent des missions d'intérêt général qui ne seraient pas réalisées ou qui seraient effectuées avec des conditions différentes en termes de qualité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel par le marché en l'absence d'une intervention de l'État⁷³⁰ ».

La mission doit concerner un « intérêt économique général » qui se caractérise par des aspects spécifiques distincts des autres activités économiques.⁷³¹

En réalité, la CJUE requiert que les entreprises disposent d'une mission d'intérêt général, soit par voie légale, réglementaire, soit par un acte formel et explicite des pouvoirs publics. En se conformant au paquet "Monti-Kroes", la Commission a considéré cet acte comme un "mandat" et a spécifié les informations que ce mandat doit contenir, notamment en ce qui concerne la nature des obligations de service public imposées par les autorités publiques.

citoyens, des évolutions techniques et commerciales et des préférences sociales et politiques propres à chaque EM. (...).

⁷²⁹ Commission européenne 2012/C 8/02.

⁷³⁰ Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », 2013.

⁷³¹ CJCE, 10 décembre 1991, Port de Gênes, Aff. C-179/90. Pour un exemple récent, Trib. UE, 16 septembre 2013, Orange c/ Commission « THD 92 », Aff. T-258/10.

La Cour évalue la classification de SIEG en fonction des circonstances. À titre d'exemple, elle a rejeté la qualification de SIEG pour la gestion des déchets nocifs dérivant d'animaux décédés. Ainsi, la Commission européenne affirme qu'une « mesure visant à protéger la santé publique ne doit pas être systématiquement considérée comme un SIEG ». ⁷³²

Dans un autre cas, la Cour a déterminé que La Poste belge fournissait un Service d'Intérêt Économique Général, lorsqu'elle était chargée « de collecter, transporter et distribuer le courrier pour l'ensemble des utilisateurs, en veillant à maintenir des normes de qualité uniformes, sans tenir compte des situations particulières ni du niveau de rentabilité de chaque opération individuelle ». ⁷³³

Dans son arrêt Altmark du 24 juillet 2003, la Cour de justice énonce quatre critères cumulatifs qui doivent être remplis pour que la compensation octroyée à une entreprise en charge d'une mission de service public ne soit pas considérée comme une « aide d'État » :

« Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies.

Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente.

Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Le respect d'une telle condition est indispensable afin de garantir que n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence en renforçant la position concurrentielle de cette entreprise.

Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charge de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire

⁷³² Arrêt de la Cour du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA*.

⁷³³ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, Aff. C-320/91

*doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encouru pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations*⁷³⁴ ».

Le dernier critère est d'une interprétation subtile. Pour cette raison, dans la communication d'Almunia, la Commission fournit certaines clarifications sur la signification de « l'entreprise moyenne bien gérée ». Le simple fait de réaliser un profit n'est pas considéré comme un critère adéquat pour déterminer qu'une entreprise est bien gérée.

Depuis la décision Altmark, le Paquet législatif européen Monti-Kroes a été remplacé par le Paquet Almunia adopté le 20 décembre 2011. Ce dernier établit les modalités d'attribution de ce financement en cas de non-respect des critères Altmark et le considère comme étant une aide d'État.

En effet, une procédure de marché ne supprime pas la possibilité d'une aide, à condition qu'elle permette de choisir le candidat capable de fournir ces services à un coût minimal pour la collectivité. Ainsi, d'après la Commission, l'exigence du quatrième critère peut être remplie grâce à une procédure ouverte. Une procédure restreinte peut également satisfaire cette condition, à moins que des opérateurs intéressés ne soient injustement empêchés de soumissionner. Cependant, le dialogue compétitif et les procédures négociées ne sont pas considérés comme suffisants pour répondre à cette exigence, sauf dans des cas exceptionnels, car ils accordent une grande marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur et peuvent limiter la participation des opérateurs intéressés. Par conséquent, ces modalités d'attribution doivent être examinées au cas par cas.

Si l'un des quatre critères susmentionnés n'est pas satisfait, la compensation peut être considérée comme une aide d'État, connue sous le nom d'aides de minimis. La Commission a exclu les aides mineures de la portée des aides d'État. Deux règles établissent un plafond en dessous duquel l'aide est qualifiée de minimis. Dans son Règlement n° 1407/2013, la Commission européenne définit les subventions accordées à une même entreprise trois exercices fiscaux consécutifs, jusqu'à un maximum de 200 000 €, comme étant des aides *de minimis*.

⁷³⁴ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX:62000CJ0280>

Afin de prendre en considération les particularités du SIEG, la Commission européenne a établi des seuils spécifiques pour la compensation des obligations de service public. Par conséquent, l'ordonnance 3 du 15 avril 2012 est considérée comme une aide mineure de compensation ne dépassant pas le plafond de 500 000 EUR pendant trois exercices fiscaux consécutifs. Les compensations peuvent être incluses dans l'un ou l'autre de ces régimes.

Lorsque les compensations ne répondent pas aux critères d'Altmark et *de minimis*, elles sont considérées comme des aides d'État. En effet, avant 2001, la Cour de justice avait décidé que les aides octroyées à une entreprise chargée de la gestion de SIEG étaient soumises à l'obligation de notification⁷³⁵. C'est après le revirement de jurisprudence opéré par deux arrêts avait changé toutes les données : Ferring ,2001⁷³⁶ et Altmark 2003⁷³⁷. Dans l'arrêt Ferring, la Cour de justice a décidé que la « compensation pour les obligations de service public, qui est strictement nécessaire et proportionnée, ne peut pas être considérée comme une aide d'État. Seulement le financement dépassant ces coûts supplémentaires peut être qualifié d'aide ».

2- L'aide d'État sous forme de compensation de service public.

La qualification d'aide d'Etat ne signifie pas automatiquement que la compensation est incompatible avec le TFUE. Le paquet "Almunia" énonce les critères selon lesquels les compensations qui ne relèvent pas des régimes Altmark et *de minimis* peuvent être considérées comme compatibles avec le TFUE.

De ce fait, les conditions de compatibilité des compensations SIEG avec le marché intérieur exigée par le paquet Almunia reprennent les trois premiers critères de l'arrêt Altmark. Par conséquent, la distinction réside dans le quatrième critère de l'arrêt Altmark.

La compatibilité des compensations de SIEG repose donc sur les trois critères :

- « la présence d'un mandat conférant la responsabilité de la mission de SIEG et détaillant clairement les obligations de service public imposées aux opérateurs ;
- La pré configuration préalable de la compensation des coûts supplémentaires ;

⁷³⁵ CJCE, 22 juin 2000, France c/ Commission, Aff. C-332/98 : « L'article 93 § 3 du traité ne se limite pas à une simple obligation de notification, mais impose expressément une obligation de notification préalable, ce qui implique l'effet suspensif tel que confirmé dans sa dernière phrase. Par conséquent, contrairement à l'argumentation avancée par le gouvernement français, cette disposition ne permet pas de séparer les obligations de notification des nouvelles aides de celles de la suspension temporaire de leur mise en œuvre ».

⁷³⁶ 22 novembre 2001, aff. C-53/00.

⁷³⁷ 24 juillet 2003, aff. C280/00.

- L'empêchement de toute surcompensation au bénéfice des prestataires de SIEG ⁷³⁸».

Ainsi, les compensations doivent être notifiées à la Commission, qui examinera leur compatibilité aux dispositions de l'encadrement. Néanmoins, la réglementation du paquet "Almunia" prévoit une exemption de l'obligation de notification à la Commission pour certains secteurs d'activité ou certains seuils fixés par la décision d'exemption du paquet. Outre les conditions de compatibilité ci-dessus, les collectivités organisatrices de SIEG doivent satisfaire à l'ensemble des exigences telle que :

- prouver la prise en considération des besoins des services publics en ayant recours à la consultation du public ou à d'autres moyens appropriés permettant de prendre en compte les intérêts des utilisateurs et des fournisseurs de services. Ou encore, justifier de manière objective la durée du mandat. De manière générale, il est impératif de respecter la durée nécessaire à l'amortissement comptable des actifs majeurs indispensables à la performance du SIEG. Conformément à l'article 93 § 3 du traité, il convient de souligner que l'obligation de notification imposée par cette disposition ne se limite pas à une simple formalité administrative, mais englobe également un aspect fondamental : l'effet suspensif énoncé dans la dernière phrase de ce paragraphe. Par conséquent, contrairement à l'argument du gouvernement français, il est inapproprié de dissocier les obligations énoncées dans cet article, à savoir la notification préalable de toute nouvelle aide et la suspension temporaire de son exécution. Les entreprises sont tenues de se conformer aux réglementations de l'Union européenne applicables aux marchés publics, sans aucune discrimination. Autrement dit, lorsque plusieurs entreprises se voient confier la prestation d'un même SIEG, la compensation doit être calculée de la même manière pour chacune d'entre elles.

La Commission se réserve également le pouvoir d'imposer des conditions supplémentaires lorsque la concurrence risque d'être faussée de manière significative.

3- Les compensations exemptées de notification à la Commission européenne.

Si la compensation offerte aux entreprises en charge des SIEG reste en dessous d'un certain seuil et ne va pas à l'encontre des intérêts de l'UE, elle n'aura aucun impact négatif sur le développement des échanges et de la concurrence. Par conséquent, ces compensations sont

⁷³⁸ Ministère de l'intérieur, Bulletin Officiel du Ministère de l'Intérieur, Direction de l'information légale et administrative, 15 mai 2014.

considérées comme étant compatibles par défaut et ne requièrent pas de notification individuelle préalable.

Ainsi, c'est la Décision du 20 décembre 2011 de la Commission européenne qui fixe le champ d'application de cette exemption aux aides en précisant les critères suivants :

- « Les compensations demeurent valides tant qu'elles restent en deçà de 15 millions d'euros par an pour la fourniture de SIEG dans des secteurs autres que les transports et les infrastructures de transport ;

- les compensations accordées aux hôpitaux ;

- les compensations accordées aux services couvrant les besoins sociaux (prévention et traitement médical, prise en charge des enfants, soutien à l'emploi et à la réinsertion, logement social...).

- les compensations accordée pour des liaisons aériennes ou maritimes vers les îles. Le trafic annuel moyen des deux exercices précédant l'octroi du SIEG n'a pas dépassé 300.000 passagers.

- les compensations octroyées aux aéroports et ports maritimes pourvu que leur trafic annuel moyen en passagers demeure en deçà de 200 000 passagers pour les aéroports et de 300 000 passagers pour les ports. Il est essentiel de noter que les compensations attribuées aux entreprises actives dans le secteur du transport terrestre ne sont pas régies par cette Décision, mais plutôt par l'article 93 du TFUE ».

Ainsi, pour être exonérée de notification, cette aide doit avoir été accordée dans le cadre d'un mandat n'excédant pas dix ans. L'exception à cette règle est possible lorsqu'un prestataire de services effectue un investissement d'envergure nécessitant un amortissement sur une période prolongée.

II. Les règles de forme.

Diverses bases juridiques incluent les règles de forme. En premier lieu, les articles 108 et 109 TFUE, suivi du règlement 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, modifié par le règlement 734/2013 du 22 juillet 2013, complété par un règlement de la Commission européenne, lui-même révisé en 2014. Le Conseil possède quelques pouvoirs, à savoir, sur la base de l'art. 108 paragraphe 2 du TFUE, le pouvoir de décider de la compatibilité d'une aide incompatible, en cas de circonstances exceptionnelles, sur demande de l'État membre concerné (usage très rare), et sur la base de l'art. 109, celui d'adopter des règlements utiles pour l'application des articles 107 et 108 du TFUE, sur proposition de la Commission européenne et avis du parlement.

Pour les juges internes, l'article 107 du TFUE n'a pas d'effet direct⁷³⁹, mais certaines dispositions de l'article 108 TFUE en disposent. Ainsi un juge national peut connaître du refus d'un Etat membre d'attendre la décision de la Commission européenne pour verser une aide, de même qu'il peut intervenir pour appliquer les décisions finales de la Commission européenne, voire des décisions du Conseil. Par ailleurs, dans le règlement de 2013, quelques dispositions traitent de la coopération entre la Commission européenne et les juges internes, dans une volonté d'instaurer en quelques sortes un réseau, comme pour les pratiques anticoncurrentielles.

Aux termes du règlement de 1999, on distingue deux types d'aides. D'une part, les aides existantes qui sont les aides qui existent dans un État membre avant que le traité ne s'applique sur son territoire ; autorisée par le Conseil ou par la Commission européenne. Elles sont considérées comme autorisée, soit parce que la Commission européenne ne s'est pas prononcée dans le délai après avoir été saisie, soit parce qu'elle n'a rien fait pour récupérer une aide versée illégalement (délai de prescription de 10 ans); soit que ces aides ne pouvaient pas être qualifiées d'aide d'Etat au moment où la Commission européenne en a connaissance, mais qui le deviennent avec l'évolution du marché intérieur.

D'autre part, les aides nouvelles sont à la fois les aides vraiment nouvelles, mais aussi les modifications d'aides existantes.

A. La saisine de la Commission européenne.

La saisine de la Commission européenne varie en fonction de la catégorie d'aide concernée :

- Pour les aides existantes, il y a un examen régulier du régime de l'aide, qui repose sur une collaboration entre les autorités étatiques concernées et la Commission européenne. En effet, l'Etat membre versant l'aide doit régulièrement tenir la Commission européenne informée de l'utilisation faite de cette aide, et chaque année, il doit transmettre des informations à la Commission européenne sur le régime de l'aide en question. Si à un certain moment, la Commission européenne estime que l'aide ne répond plus aux exigences du droit de l'UE, elle peut ouvrir une procédure de contrôle. La Commission européenne peut également être saisie sur plainte, et la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur cette question et sur les pouvoirs de la Commission européenne en la matière, en estimant qu'elle devait apporter une réponse au plaignant, sinon elle il y a carence⁷⁴⁰. Elle peut également s'auto-saisir.

⁷³⁹ CJCE 22/03/77, Steinicke et Weinlig.

⁷⁴⁰ TribUE 15/09/98, Gestevision Telecinco c. Commission européenne ; TribUE 03/06/99, TF1 c. Commission européenne ; TribUE, 19/02/04, SIC c. Commission européenne.

- Pour les aides nouvelles, la Commission européenne sur le fondement de l'article 108 paragraphe 3 TFUE peut être saisie par notification préalable des Etats membres, qui sont alors tenus de suspendre le versement de l'aide, et d'attendre l'autorisation de la Commission européenne. Si l'Etat membre ne notifie pas et ne suspend pas l'aide, la Commission européenne peut s'autosaisir ou être saisie sur plainte.

Les aides versées sans attendre l'autorisation de la Commission européenne sont considérées comme illégales ou illicites. Elles sont très fréquentes, soit parce que les Etats membres ne se soumettent pas à la notification ou à l'autorisation, soit parce qu'ils ne savent pas que l'aide est une aide d'Etat. Pour éviter ce type d'infraction de la part des Etats, la Cour de Justice a reconnu un effet direct à l'article 108 paragraphe 3 TFUE, dans l'arrêt CJCE 11 décembre 1973 *Lorenz* ; ainsi, l'aide peut être remise en cause devant le juge interne, qui peut l'annuler et demander son remboursement. Même si une procédure de contrôle est en cours devant la Commission européenne, le juge interne peut être saisi⁷⁴¹.

Une aide illégale n'est cependant pas forcément incompatible ; il faut attendre la décision de la Commission européenne pour connaître la compatibilité. Il y a quelques années, la Commission avait tendance à être très sévère lors du contrôle d'aides versées illégalement. Cette attitude a été remise en cause par la Cour de justice dans un arrêt CJCE du 14 Février 1990, *France c. Commission européenne*, en indiquant que si une aide est illicite, la Commission européenne doit adresser une injonction à l'Etat fautif, en vue de faire cesser le versement de l'aide, et par la même, demander les informations utiles au contrôle de l'aide en question. Si l'Etat membre obtempère, la Commission européenne exerce alors un contrôle normal de l'aide ; sinon, la Cour de justice indique que la Commission européenne prend sa décision sur la base des éléments qui sont à sa disposition. La Commission européenne peut, bien sûr, introduire un recours en manquement contre l'Etat membre qui n'a pas respecté ses obligations.

Cette jurisprudence a été consacrée par le règlement de procédure de 1999, qui prévoit la procédure applicable en cas d'aides illégales, la Commission européenne demande des renseignements à l'Etat membre fautif, et s'il ne répond pas ou répond mal, la Commission européenne adopte une décision contraignante imposant à l'Etat de lui communiquer les informations, et/ou de suspendre l'aide. Elle peut également en demander le remboursement, à condition qu'elle ait des doutes très sérieux sur la qualification de la mesure, c'est-à-dire qu'elle

⁷⁴¹ CJCE 09/10/84, Heineken.

prouve que l'aide cause un préjudice substantiel à un concurrent. Enfin, la Commission peut elle-même saisir la Cour de justice.

B. Le déroulement de la procédure.

Après un examen préalable, il s'agit de rappeler la procédure formelle suivie et sa portée.

1. L'examen préliminaire.

On distingue, là encore deux types d'aides.

D'une part, pour les aides existantes, l'examen est régulier, sur la base d'échanges d'informations et de documents. De plus, la Commission européenne a la possibilité de procéder à des contrôles sur place dans les locaux des entreprises bénéficiaires si elle le juge nécessaire. Si, au cours de cet examen régulier, la Commission européenne estime que l'aide n'est plus compatible, elle en informe l'État membre concerné et l'invite à présenter ses informations dans un délai d'un mois en général. Si après ces observations, la position de la Commission européenne se confirme, elle adresse alors à l'Etat membre une recommandation lui proposant des mesures utiles. Soit l'Etat membre refuse, explique, et ne convainc pas la Commission européenne, auquel cas, elle ouvrira une procédure formelle d'examen de la mesure, soit l'Etat membre accepte, en informe la Commission européenne, et il est alors tenu de mettre en œuvre les mesures prescrites, avec un suivi par la Commission européenne.

D'autre part, pour les aides nouvelles, l'examen est déclenché par la saisine de la Commission européenne ; qui dure deux mois en vertu de l'article 4 règlement 659/1999. La Commission européenne peut, pendant ce délai, demander des informations complémentaires. Le règlement de 2013 ajoute la possibilité pour la Commission européenne de demander des informations à d'autres interlocuteurs que l'Etat membre concerné. La phase peut se terminer :

- Par la constatation de l'absence d'aide d'Etat par la Commission européenne ;
- Par la constatation de la compatibilité de l'aide, selon l'une des hypothèses de dérogation, dont la Commission européenne précise le fondement, c'est une décision de ne pas soulever d'objection ;
- Par une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, qui doit être communiquée aux Etats membres, aux entreprises concernées, qui sera publiée au Journal officiel de l'UE, et qui sera susceptible de recours ;
- Par le silence de la Commission européenne, auquel cas, l'aide est réputée autorisée, sachant que l'Etat membre peut avertir la Commission européenne qu'il va accorder l'aide, et qu'à partir de cette information, elle disposera de 15 jours de plus pour se

prononcer.

Il est important de noter qu'à chaque demande d'information de la Commission européenne, le règlement pose un délai de principe d'un mois.

2-La procédure formelle.

La procédure formelle est contradictoire, les parties ayant été informées de l'ouverture de la procédure peuvent faire des observations. Le règlement n°734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 ajoute un article 6bis, qui permet à la Commission européenne d'adresser des demandes de renseignement aux entreprises bénéficiant d'aides, simples ou contraignantes, et un art. 6ter, qui pose des sanctions financières possibles en cas de non-respect (1% chiffre d'affaires total sur renseignement incomplets, inexacts ou pas de réponse, avec des astreintes possibles de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen de l'entreprise). Ces sanctions sont susceptibles d'un contrôle de pleine juridiction par le tribunal de première instance de l'UE. Le règlement ajoute aussi la possibilité pour la Commission européenne de demander des informations à tout destinataires qu'elle estime pertinent.

Le délai de la procédure est en principe de 18 mois, avec une possibilité de proroger ce délai d'un commun accord entre la Commission européenne et l'Etat membre. Les entreprises concurrentes peuvent elles-mêmes présenter des observations, possibilité confirmée dans l'arrêt de tribunal de première instance de l'UE 14 décembre 2000, UFEX, mais elles n'ont pas accès au dossier. Toute la procédure est marquée par le respect du secret des affaires.

La Commission européenne peut prendre plusieurs décisions :

- Le constat d'absence d'aide d'Etat ;
- La décision de compatibilité, éventuellement après modification par l'Etat membre, en indiquant quelle dérogation est appliquée et les éventuelles conditions et engagements à respecter par l'Etat membre (décision positive/conditionnelle) ;
- La décision d'incompatibilité.

Le règlement 734/2013 permet à la Commission européenne d'enquêter par secteur économique ou par instrument d'aide, en dehors de toute procédure de contrôle.

3- La portée de la décision.

En cas d'aide compatible, l'entreprise pourra recevoir une aide d'Etat ; toutefois, en cas d'incompatibilité, l'Etat Membre devra supprimer l'aide d'Etat, ou la modifier pour la rendre compatible. En ce qui concerne les aides illicites, soit celles versées sans attendre l'accord de la Commission européenne. La Cour de Justice pose, dans l'arrêt CJCE 12 juillet 1973,

Commission c/Allemagne, le principe de la récupération des sommes indument versées. Le remboursement peut être provisoire, en attendant une éventuelle décision de la Commission européenne après procédure de contrôle, lorsque les circonstances l'exigent.

Il faut distinguer entre plusieurs hypothèses : La première situation est lorsque l'aide illicite et/ou la décision d'incompatibilité prise par la Commission européenne, l'État membre est tenu de récupérer l'aide. Toutefois, en fonction des circonstances, il peut y avoir un règlement amiable, notamment lorsqu'il y a impossibilité de récupérer l'aide, ou si la récupération en contravention avec un principe général du droit de l'UE. C'est ce que consacre la jurisprudence CJCE 21 septembre 1983, *Deutsche Michkontor c. Allemagne*, qui met l'accent sur les principes de confiance légitime et de sécurité juridique, visant à protéger les bénéficiaires d'aides contre une erreur ou une négligence de l'administration. La Cour de justice précise cependant que sauf circonstances exceptionnelles, une entreprise ne saurait avoir une confiance légitime en la conformité d'une aide qui lui est octroyée.

La seconde situation survient lorsqu'une aide illégale est soumise à une décision de compatibilité par la Commission européenne. Dans un arrêt CJCE 21 novembre 1991, FNCEPA (arrêt "saumon"), la Cour de justice a établi le principe selon lequel une décision de compatibilité ne peut pas régulariser *a posteriori* une aide illégale. Face aux protestations, elle assouplit sa position, en indiquant, dans un arrêt CJCE 11 juin 1992 *Sanders Adour*, que le juge interne doit tirer les conséquences du comportement de l'État membre dans l'intérêt du justiciable. Dans un arrêt de première instance de l'UE, 31 mars 1998, *Preussage Stahl*, il est décidé que lorsque l'entreprise a bénéficié d'une aide, elle peut avoir des espérances fondées sur la légalité de l'aide. Les arrêts CJCE 05 octobre 2006 *Transalpine* et CJCE 12 février 2008, *CELF*, rappellent le principe de l'arrêt *Saumon*, mais précise que le juge interne n'est pas obligé de réclamer la récupération d'une aide illicite mais compatible, il doit seulement ordonner les mesures propres à remédier à cette illégalité.

III- L'Aide d'Etat en Tunisie.

L'Aide d'Etat en Tunisie n'est pas mentionné dans la *loi n° 2015-36* du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la *concurrence* et des prix. En effet, l'introduction d'un encadrement global des aides d'État et l'élaboration de ces dispositions, pourrait garantir des conditions de concurrence équitables pour les entreprises et éviter l'utilisation de fonds publics pour soutenir des régimes d'aides d'État de distorsion qui découragent l'entrée de nouveaux investisseurs.

Actuellement en Tunisie, il n'existe pas de législation ou d'autorités spécifiques consolidant le contrôle ou la vérification des aides de l'État, des dons et des subventions. Malheureusement, en Tunisie, chaque ministère peut approuver de manière *ad hoc* et sans planification ou encadrement sa propre aide d'État, qui peut être allouée à travers divers instruments ou objectifs. Le Ministère des Finances participe à chaque Commission sectorielle où les aides d'État sont décidées.

En Tunisie, tout comme en France, on peut distinguer diverses formes d'aides d'État, telles que : des privilèges fiscaux (tel que des exemptions de taxes directes et d'impôts indirects, ainsi qu'en des taux de TVA et des droits de douane réduits) ; des transferts de capitaux (sous forme de versements de capital basés sur la perspective stratégique et l'orientation sectorielle approuvées par le Comité Général du Budget). Les garanties pour les entreprises publiques en difficulté financière sont aussi considérées comme une forme d'aide d'État.

Les entreprises sous la tutelle de l'État peuvent bénéficier de ces subventions en recevant différent type de financement par exemple des crédits garantis par l'État, des prêts préférentiels des banques étatiques ou de l'état lui-même, qui ne sont pas disponibles pour les sociétés privées. De plus, la Direction Générale des Dettes donne des garanties aux entreprises publiques en difficulté financière, dans le cadre de l'Accord d'Association avec l'UE de 1998.

L'établissement d'un encadrement du régime global régissant les aides d'État renforcerait le jeu concurrentiel équitable pour les entreprises et éviterait l'utilisation des fonds publics pour des objectifs qui découragent l'investissement et l'entrée de nouveaux investisseurs.

La mise en œuvre d'un tel cadre faciliterait une réorientation des aides d'État vers des objectifs « horizontaux » qui pourraient profiter au secteur dans son ensemble plutôt qu'à des entreprises spécifiques. Cette approche réoriente l'aide vers des objectifs commerciaux mondiaux tels que la recherche et le développement, l'innovation, le capital-risque, l'éducation, les énergies renouvelables et le changement climatique, ainsi que d'autres mesures de protection de l'environnement. La mise en place d'un registre des aides d'État permet d'assurer la transparence et la responsabilité dans l'utilisation des fonds publics. Cependant, l'application des normes de bonnes pratiques pour l'attribution de l'aide est limitée par certains acteurs économiques qui cherchent à éviter les incitations perverses. Le répertoire peut également être

utilisé pour réformer les règles des marchés publics et stimuler la concurrence et l'efficacité dans les secteurs de l'ingénierie et de la construction.

Ces réformes sont proposées à plusieurs reprises par la banque mondiale⁷⁴² et les rapports de l'OCDE. Il est important de souligner que la transition vers un régime plus ouvert et concurrentiel sera très difficile.

Toutefois, les négociations de l'ALECA entre l'UE et la Tunisie, suggère d'harmoniser le cadre juridique relative à la concurrence et aux aides d'Etat. L'objectif de cette négociation est de présenter les principales idées de la proposition de l'Union européenne concernant un chapitre entièrement consacré à la concurrence et aux subventions de l'État. Les professionnels et les experts tunisiens ont été informés du contenu de la proposition de l'UE en octobre 2015.

Dans le but d'harmoniser le cadre juridique des deux parties, la proposition vise principalement à : « 1. compléter et clarifier les dispositions existantes en : - ajoutant une référence spécifique aux fusions, au droit dérivé et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ; - actualisant les références aux traités de l'Union européenne ; 2. établir une législation antitrust et pour le contrôle des opérations de concentration en conformité avec l'acquis de l'Union européenne ; 3. instaurer une autorité de la concurrence indépendante, disposant de ressources et de pouvoirs suffisants pour garantir la mise en œuvre efficace des normes de concurrence ; 4. mettre en place une législation sur les aides d'État compatible avec l'acquis de l'Union européenne et créer une autorité de contrôle des aides d'État indépendante sur le plan opérationnel, accordée de moyens et d'autorités adéquats pour garantir une surveillance efficace des subventions de l'État par la Tunisie ⁷⁴³».

Il est important de noter que récemment, l'Union européenne a soutenu l'économie tunisienne avec 100 millions d'euros, le 10 octobre 2022, car le pays souffrait d'une pénurie de produits de première nécessité tels que le sucre, l'huile végétale, le riz et même l'eau minérale à cause de la guerre en Ukraine déclenchée par la Russie en février 2022⁷⁴⁴.

⁷⁴² Banque Mondiale, *Pour une discussion détaillée des réformes des contrats publics en Tunisie*, 2012.

⁷⁴³ Proposition de l'UE de 2019 relative à la concurrence et aux aides d'Etat.

⁷⁴⁴ « Tunisie : l'Union européenne donne 100 millions d'euros pour soutenir l'économie du pays », site de l'Union européenne.

Section 3.4.- le régime des aides publiques en situation d'urgence sanitaire (Covid-19).

La réglementation *ad hoc* des aides d'Etat en situation d'urgence sanitaire ne semble pas sans effets au regard de son régime souple.

A- La réglementation *ad hoc* des aides Covid-19.

Devant la crise sanitaire majeure qui a secoué la planète depuis mars 2020, L'Union européenne, plus spécifiquement la Commission européenne a adopté des dispositions visant à soutenir l'économie européenne.

La Communication de la Commission européenne du 28 janvier 2021 portant sur la « Cinquième modification de l'Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de Covid-19 »⁷⁴⁵ illustre parfaitement, le soutien économique inédit en temps de paix. La stratégie de la Commission est caractérisée par sa réactivité, car elle a adopté rapidement depuis l'émergence de la pandémie, le 19 mars 2020, son premier encadrement « aides Covid-19 »⁷⁴⁶. Ces dispositions ont toujours été utilisées comme base pour évaluer la compatibilité des aides accordées aux entreprises. Il convient de souligner que la Commission a apporté des modifications à cette réglementation spécifique à quatre reprises (le 3 avril⁷⁴⁷, le 8 mai⁷⁴⁸, le 29 juin⁷⁴⁹ et le 13 octobre 2020⁷⁵⁰).

En vertu des réglementations de l'UE relatives aux aides d'État, la Commission approuve une aide financière de 700 millions d'euros pour soutenir des entreprises affectées par la pandémie. En outre, le gouvernement français a mis en place des mesures de restriction pour freiner la propagation du virus.

MARGRETHE VESTAGER, vice-présidente exécutive chargée de la politique de concurrence, a déclaré : « les mesures de confinement mises en place pour freiner la propagation de la pandémie ont entraîné des pertes financières considérables pour certaines entreprises, qui n'ont malheureusement pas pu réduire leurs coûts. Pour compenser

⁷⁴⁵ C (2021) 564 final, 28 janvier 2021.

⁷⁴⁶ Publié au *JOUE* du 20 mars 2020, n° C 91.M. KARPENSCHIF, « Covid19 et droit des aides d'État », *JCP-A*, n°13, 30 mars 2020, p. 2083.

⁷⁴⁷ Publiée au *JOUE* du 4 avril 2020, n° C 112.

⁷⁴⁸ Publiée au *JOUE* du 13 mai 2020, n° C 164.

⁷⁴⁹ Publiée au *JOUE* du 2 juillet 2020, n° C 218.

⁷⁵⁰ Publiée au *JOUE* du 13 octobre 2020, n° C 340

partiellement les dommages subis, la France a mis en place un plan d'indemnisation de 700 millions d'euros. Nous travaillons en étroite collaboration avec les États membres pour trouver des solutions pratiques visant à atténuer les effets économiques de la pandémie de coronavirus, tout en respectant les règles de l'Union européenne⁷⁵¹ ».

« L'Encadrement aide Covid-19 », est certes nécessaire pour soutenir les entreprises. Cependant, il convient de souligner que cette mesure est souvent utilisée à des fins politiques plutôt qu'exclusivement juridiques. C'est pourquoi il est impératif d'adopter une législation spécifique pour répondre à ce besoin⁷⁵².

En vertu de l'article 107§1 du TFUE, de nombreuses mesures prises par l'État telles que l'exonération de paiement des charges sociales, la réduction de la TVA, la réduction de la fiscalité en vigueur et le plan de relance de la consommation ne sont pas considérées comme une aide d'État sur le plan juridique comme on l'a traditionnellement qualifié, mais plutôt de « mesures générales » car elles ne confèrent pas « d'avantages spécifiques à certaines entreprises ou productions ». Cependant, il est indéniable que ces mesures sont d'une grande importance. Selon les dernières données publiées par Bercy, elles ont permis de préserver 420 000 emplois en 2020.

En matière d'aide d'Etat, des réglementations ont été déjà prévues avant cette crise sanitaire, on pense ainsi aux aides *de minimis* (dont le seuil avait été relevé à 500 000 euros lors de la crise financière de 2008), aux exemptions du RGEC expliqué plus haut, Sous les dispositions régissant les aides accordées aux entreprises en difficulté pour leur sauvetage et leur restructuration. Des assouplissements des contrôles d'aide d'Etat sont adoptés dans le sens où, les deux premières catégories d'aides citées peuvent se cumuler avec les « aides Covid »⁷⁵³. Quant aux « entreprises en difficulté » des mesures assouplies, sont mises en œuvre. Elles sont devenues éligibles aux aides du RGEC du fait de la crise sanitaire⁷⁵⁴.

Sur le fondement des article 107 §2 b, 107 §3 lettres b et c TFUE, la Commission autorise à rapidement mettre en place des régimes d'aides ou d'aides individuelles, sans qu'il

⁷⁵¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/HR/ip_21_6375

⁷⁵² Par Michaël KARPENSCHIF, Le droit des aides d'État face au Covid-19 : un remède efficace ? *Lamy concurrence*, 2021

⁷⁵³ Les « aides Covid » peuvent désormais largement se cumuler avec les aides de minimis ou celles exemptées au titre du RGEC comme l'indique clairement le point 1.2.1 du régime temporaire du 19 mars 2020.

⁷⁵⁴ L'article 2.1 du règlement n° 2020/972 du 2 juillet 2020 modifiant les règlements n° 1407/2013 et n° 651/2014, *JOUE* 3 juill. 2020, n° L 215.

soit nécessaire de modifier la législation en vigueur. Au niveau national, la France a informé la Commission de projets d'aides destinés aux grandes entreprises opérant dans les secteurs de l'automobile - Renault et l'équipementier Novares - et de l'aviation - Air France et Corsair.

L'adoption d'un cadre juridique assouplit souple permet une adaptation permanente du contrôle des aides. On remarque qu'après l'adoption des quatre modifications de l'Encadrement Covid en moins d'une année, une augmentation des montants des aides sans notification préalable (passant de 800 000 euros à 1,8 millions⁷⁵⁵) et une prorogation de la durée des garanties accordées.

B- Les effets pervers de l'assouplissement du contrôle des aides pendant la période covid-19.

Il est indéniable que les aides publiques ont été précieuses pendant la pandémie, en particulier grâce au rôle crucial joué par la Commission européenne pour tenter de redresser l'économie européenne. L'exemple le plus significatif est l'adoption d'un plan de relance européen de 750 milliards d'euros, avec une intervention particulièrement importante des États membres, qui sont au cœur de la lutte contre les conséquences économiques de cette crise sanitaire.

Selon le communiqué de la Commission européenne du 19 mars 2020 : « En raison de la limitation du budget de l'Union, les budgets nationaux des États membres seront principalement sollicités. Les règles de l'UE concernant les aides d'État autorisent les États à mettre en place des mesures rapides et efficaces pour soutenir les citoyens et les entreprises, en particulier les petites et moyennes entreprises, qui font face à des difficultés économiques liées à la pandémie de Covid-19 ».

Cette situation a un impact considérable sur les finances publiques des pays membres de l'Union européenne. Certains d'entre eux ont alloué des sommes d'aide qu'ils n'ont jamais eu à déboursier jusqu'à présent. Bien que ces aides aient permis une légère stabilisation du taux de chômage en Allemagne, d'autres pays connaissent une augmentation continue du chômage,

⁷⁵⁵ Le point 20 de la Communication portant 5e modification de l'Encadrement temporaire du 28 janvier 2021, préc

en particulier ceux qui sont déjà confrontés à des difficultés économiques. La France et l'Espagne sont des exemples de pays marqués par une situation de fort chômage ⁷⁵⁶.

Le souci, est qu'on constate une inégalité des aides des Etats membres pour l'Union européenne. Ainsi, selon la Commission, sur les 1 900 milliards d'euros d'aides projetées, plus de la moitié l'ont été au bénéfice de l'Allemagne, la France et l'Italie⁷⁵⁷. Ce phénomène persiste depuis la crise financière de 2008.

Certes, les aides publiques pour les entreprises sont d'une utilité évidente à court terme. Toutefois, à long termes, ceci n'est pas le cas, car il a pour effet de différer les effets de la crise économique certaine. En effet, si le taux de défaillance de l'entreprise est faible, cela ne garantit pas que leur chiffre d'affaires atteindra ses objectifs.

Ainsi, il est important de noter que les aides massives peuvent engendrer des effets pervers et créer des entreprises « zombie » c'est-à-dire des entreprises qui sont artificiellement maintenues en vie grâce aux différents mécanismes d'aides alloués⁷⁵⁸. Ce type d'aides permet de sauver l'entreprise à court terme dans le sens à payer les salaires des employés. Malheureusement, dans une perspective à moyen et long terme, elles entravent une répartition optimale des ressources de production et freinent le processus de « destruction créatrice » tel que décrit par l'économiste Joseph Schumpeter depuis toujours ⁷⁵⁹».

Enfin, des effets d'aubaine constatés, car le gouvernement offre des subventions à des secteurs qui ne sont pas gravement touchés par la crise. Le secteur viticole est cité en exemple, car il reçoit des subventions publiques pour faire face à la Covid-19. Cependant, d'autres secteurs tels que la restauration et les distributeurs de boissons ont été les premiers à être affectés par la crise. Ils devraient être les premiers à bénéficier de ces aides. Il y a un déséquilibre dans l'attribution des aides et la commission devrait accorder une certaine priorité à certains secteurs.

⁷⁵⁶ Le pays a ainsi terminé l'année 2020 avec 725 000 demandeurs d'emploi supplémentaires, soit la plus forte augmentation depuis 2009. Pour autant, les mesures d'aides (notamment le chômage partiel) auraient permis d'éviter la destruction de plus de 2 millions d'emplois (Les Échos, 6 janv. 2021, p. 5).

⁷⁵⁷ Communication de l'UE, communiqué de presse, 8 mai 2020.

⁷⁵⁸ La BCE évoque un taux de 10 à 15 % « d'entreprises zombies » en Europe (voire de 30 % dans les pays anglo-saxons). Un taux qui aurait doublé depuis la crise financière de 2008.

⁷⁵⁹ M. KARPENSCHIF, « Le droit des aides d'État face au Covid-19 : un remède efficace ? » *Lamy concurrence*, 2021.

Parmi plusieurs mesures prises par la Commission européenne durant la pandémie, le règlement du 13 octobre 2020 est venu réguler les dérogations temporaires applicables aux entreprises en difficulté, afin de tenir compte de l'impact de la Covid-19⁷⁶⁰. De plus, le règlement (UE) n° 360/2012 relatif aux aides *de minimis* accordées aux SIEG⁷⁶¹ qui devait expirer le 31 décembre 2020, a été prolongé par la Commission européenne afin de garantir une sécurité juridique, jusqu'au 31 décembre 2023. Cette prolongation permettra donc à la Commission européenne d'avoir une vue « plus complète » sur le financement du SIEG compte tenu de la pandémie. En effet, les mesures compensatoires allant jusqu'à 500 000 EUR sur trois exercices fiscaux accordées aux entreprises mettant en œuvre le SIEG ne sont pas toujours considérées comme des aides d'État et ce sur le fondement du Règlement n° 2020/1474⁷⁶². Par ailleurs, les entreprises devenues en difficulté en raison de la crise du Covid-19 restent admissibles au règlement (UE) n° 360/12, pendant la période limitée évoquée ci-dessus.

⁷⁶⁰ Règlement (UE) n° 2020/1474, 13 oct. 2020, modifiant le règlement (UE) n° 360/2012 en ce qui concerne la prolongation de sa période d'application et l'introduction d'une dérogation temporaire applicable aux entreprises en difficulté afin de tenir compte de l'effet de la pandémie de Covid-19.

⁷⁶¹ Règlement (UE) n° 360/2012, 25 avr. 2012, relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général.

⁷⁶² Règlement. (UE) n° 2020/1474, préc., pt. 4.

Conclusion de la seconde partie.

Les pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations sont des aspects cruciaux du droit de la concurrence tant en Tunisie qu'en France. Ces mécanismes visent à garantir la libre concurrence sur les marchés et à prévenir les pratiques préjudiciables à la concurrence et aux consommateurs.

En Tunisie, les pratiques anticoncurrentielles sont régies par la loi n° 2015-36 relative à la concurrence et aux prix. Cette loi interdit diverses pratiques telles que les ententes, les abus de position dominante et les pratiques de boycott. Le Conseil de concurrence tunisien, sont chargées de veiller à l'application de cette législation et de sanctionner les infractions.

En ce qui concerne le contrôle des concentrations, la Tunisie dispose d'un régime de notification préalable des opérations de concentration. Le Conseil de la concurrence doit approuver les opérations qui pourraient restreindre de manière significative la concurrence sur le marché.

En comparaison, en France, les pratiques anticoncurrentielles sont réglementées par l'Autorité de la Concurrence et la Commission Européenne. Des règles similaires aux ententes, abus de position dominante et pratiques anticoncurrentielles s'appliquent. Le contrôle des concentrations en France est supervisé par l'Autorité de la Concurrence et la Commission Européenne, avec des critères spécifiques pour déterminer si une opération nécessite une notification préalable.

L'application effective du droit de la concurrence et du contrôle des concentrations en Tunisie peut varier en fonction de plusieurs facteurs, tels que les ressources disponibles, les priorités gouvernementales, les capacités de surveillance et d'application, ainsi que le degré de sensibilisation des acteurs économiques.

En pratique, le Conseil de la concurrence tunisien a été mise en place pour surveiller et appliquer les règles de concurrence, y compris la prévention des pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations. Cependant, il peut y avoir des défis liés aux ressources et à la capacité d'enquêter et de sanctionner les infractions.

Il est important de noter que tout comme le modèle français, la mise en œuvre effective de ces règles peut nécessiter une coopération étroite entre le Conseil de la concurrence, d'autres organismes gouvernementaux et les acteurs économiques concernés. Une sensibilisation accrue

aux enjeux de la concurrence et des pratiques équitables peut également jouer un rôle crucial dans l'application réussie de ces réglementations.

En Tunisie, comme ailleurs, l'application du droit de la concurrence dans le secteur numérique peut être un défi. Les autorités de la concurrence doivent comprendre les spécificités du secteur et être en mesure de réagir rapidement aux évolutions technologiques et aux nouvelles pratiques anticoncurrentielles qui peuvent émerger.

La France, en particulier dans le cadre du droit européen, est à l'avant-garde en ce qui concerne la régulation du secteur numérique. Cette avancée se manifeste à travers l'adoption de législations telles que la Directive sur les Services Numériques (DSA) et le Règlement sur les Marchés Numériques (DMA). Ces mesures législatives reflètent la reconnaissance croissante des enjeux spécifiques liés au numérique et visent à créer un environnement concurrentiel équitable tout en protégeant les droits des consommateurs et la concurrence.

En revanche, en Tunisie, les réglementations relatives au droit de la concurrence semblent encore se concentrer davantage sur les aspects traditionnels liés aux biens et services. Les lois tunisiennes sur la concurrence pourraient ne pas aborder pleinement les défis et les dynamiques uniques du secteur numérique, notamment les problématiques liées aux données massives, à la concentration du marché et à la concurrence dans les plateformes en ligne.

Tandis que la France et l'Union européenne ont adopté des lois spécifiques pour encadrer les activités numériques et promouvoir un environnement de concurrence sain dans ce domaine, la Tunisie pourrait encore être en train d'adapter son cadre législatif et réglementaire pour répondre aux évolutions rapides du secteur numérique et de ses implications pour la concurrence. Une mise à jour du cadre juridique tunisien pourrait être nécessaire pour prendre en compte les nouvelles réalités économiques et technologiques.

Conclusion générale.

La politique de la concurrence désigne les mesures prises pour éliminer ou du moins pour limiter les comportements publics ou privés visant à restreindre la concurrence. Par conséquent, elles ont pour objectif de promouvoir la croissance économique et le bien-être des individus. Ainsi, la régulation étatique à travers ses autorités a pour office de construire et de maintenir des équilibres dans des secteurs qui le requièrent à partir du cadre posé par la loi.

Contrairement au système juridique français, qui se caractérise par l'efficacité du pouvoir législatif qui a réussi à mettre en place de nombreuses réformes dans le domaine de la concurrence, le système juridique tunisien présente de nombreuses lacunes, tant au niveau structurel que fonctionnel. Ainsi, pour y remédier, il est nécessaire d'entreprendre une série de réformes visant à promouvoir une économie plus libérale et plus équitable sans une intervention étatique centralisée.

La Tunisie se présente comme un laboratoire politique, économique et démocratique depuis la Révolution de 2011. Elle est à la recherche d'un équilibre de sa situation économique fragilisée par le contexte que l'on connaît et la volonté de réussir une transition démocratique durable. Les réformes se multiplient même si les améliorations sont encore très modestes. La Tunisie a encore des défis à relever plus particulièrement en termes des réformes du droit de la concurrence, du secteur public et de la relance de l'économie en général.

L'ouverture à la concurrence et à l'économie du marché constitue une étape importante de l'histoire récente de la Tunisie, mais ceci n'est pas suffisant. Les contraintes du système juridique tunisien et notamment du droit de la concurrence nous permettent de proposer des réformes visant à améliorer les structures organisationnelles de la vie économique.

Dans cette optique, l'étude du droit européen de la concurrence, droit influençant fortement le droit économique français, peut jouer un rôle crucial dans le renouvellement et la réforme du système juridique tunisien et peut servir d'inspiration pour les réformes en Tunisie. Les principes du modèle français de service public peuvent ouvrir de nouvelles perspectives pour une approche visant à utiliser les services publics comme des outils de transformation de la société en faveur de la solidarité et de l'efficacité.

Mais il est important de toujours prendre en compte les particularités du droit tunisien lors de son adaptation, car l'environnement dans lequel les normes seront appliquées diffère de

celui de l'Union européenne. L'application automatique des règles européennes aux entreprises tunisiennes pourrait entraîner leur destruction totale. Afin de réformer efficacement la régulation, il est nécessaire que les structures gouvernementales exercent un contrôle sur les activités économiques et concurrentielle des entreprises, tout en diminuant les entreprises publiques en faveur des entreprises privées.

L'absence de pression concurrentielle qui définit le contexte économique en Tunisie est responsable de l'échec du modèle de développement actuel. Les obstacles persistants à l'accès au marché et à la compétitivité entravent le changement structurel de l'économie, freinant l'initiative privée limitant ainsi la croissance économique en étouffant l'innovation et la productivité. Ces restrictions sont parfois introduites par la loi sur la promotion des investissements, le code de commerce et d'autres lois sectorielles réglementant le secteur des services, y compris les télécommunications, la santé, l'éducation et les industries de services, et dans certains cas tendent à donner plus d'accès au monopole légal. L'épidémie du Covid-19 de 2020 a affecté les économies nationales en raison de la concurrence forcée, créant un environnement économique productif où les bonnes entreprises ne peuvent pas se développer. Cela entraîne une hausse des prix pour les consommateurs et les entreprises.

L'environnement des affaires tunisien favorise la recherche de rentes et le népotisme. La preuve est la lourde réglementation d'État, bloquant sévèrement la performance du secteur privé et toute l'économie, sans oublier le problème systémique de la corruption.

Les coûts économiques de ce modèle économique, sont donc immenses, épuisant la concurrence. Il existe des possibilités considérables de gains d'efficacité grâce à des politiques sectorielles visant à promouvoir la concurrence et une application plus efficace de la politique de la concurrence à l'économie tunisienne. En fin de compte, la concurrence crée des emplois, accélère la croissance économique et augmente le bien-être général. Les gains résultant d'une pression concurrentielle accrue sur le marché tunisien sont substantiels, ce qui n'est pas surprenant étant donné que la réglementation économique en Tunisie freine systématiquement la concurrence.

L'économie de la Tunisie pourrait croître beaucoup plus rapidement si les entreprises étaient incitées à éliminer les inefficacités dans l'ouverture des marchés : création d'un environnement propice à l'investissement et la création d'emploi processus de production et à investir davantage dans des innovations qui permettent de réduire les coûts de production.

Par conséquent, l'augmentation de la pression concurrentielle pour réduire le pouvoir de marché des entreprises donnerait un sérieux coup de pouce pour réduire le taux de chômage de la Tunisie. En outre, les secteurs qui bénéficieraient le plus sont les services de base et ceux-ci sont particulièrement importants pour la compétitivité de l'ensemble de l'économie.

Bibliographie.

I- Les Ouvrages.

ABED, *le contrôle de l'abus de puissance économique en droit tunisien de la concurrence*, Edition Latrach, Juin, 2016.

AOUIJ MRAD, Amel, *Droit public de l'économie*, Edition Latrach, Tunis, 2019.

BACCOUCHE, Neji, *Les implications de l'accord d'association sur le droit fiscal et douanier*, centre de publication universitaire, Tunis, 2000.

BAEL Van, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Pays-Bas, 2017.

BEN ACHOUR, Neila, *Le contrôle des concentrations économiques en Tunisie*, Edition Latrach, Tunis, 2021.

BEN FRADJ, Mohamed, *Précis de la politique de la concurrence et des prix*, ENA, Tunis, 1998.

BEN LETAIEF, Mustafa, *les États et les entreprises publique en Tunisie*, Edition l'Harmattan, 1998.

BEN SALAH, Hafedh, *L'organisation administrative de la Tunisie*, CREA, Tunis, 1993.

BERTHOMIEU, Claude CHAABANE, Abdelkader, *La restauration du rôle de l'État dans la croissance et le développement économiques*, Éditions Publisud Paris, 2004.

BLANC, François, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, LGDJ, Paris, 2015.

BOTTINI, Fabien, *L'État interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, Paris, 2012.

BOUTARD-LABARDE, Marie-Chantal, CANIVET, Guy, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, Paris, 2008.

BOUTOURD LABARDE, Marie-Chantal, CANIVET, Guy, CLAUDEL, Emmanuelle, MICHEL AMSELLEM, Valérie, et VIALENS, Jérémie, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, Paris, 2008.

BRUNIER DA SILVEIRA, Paulo, *Le contrôle des concentrations économiques, l'expérience européennes et l'avenir du Mercosul*, L'Harmattan, Paris, 2010.

CHEVALLIER, Jacque, *L'État post moderne*, LGDJ, Paris, 2004.

CHEVALLIER, Jacques, « État et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Melanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Edition Frison-Roche, Paris, 2003.

COMBE, Emmanuel, *La politique de la concurrence*, La découverte et Syros, Paris, 2002.

COMBE, Emmanuel. *La politique de la concurrence*, Coll. Repères, La découverte, 3^e édition, Paris, 2016.

CORNU Gerard, *Vocabulaire juridique*, LGDG, Paris, 2022.

DABBAH, Maher, *Competition law and policy in the Middle East*, Cambridge, London, 2009.

DABBAH, Maher, *Competition Law in the Arab World*, Oxford university press, London, 2018.

DABBOU, Sophie, *Les aides d'État et le droit de la concurrence*, Edition Latrach, Tunis, 2021.

DECOCQ, Georges, DECOCQ, André, *Droit de la concurrence droit interne et droit de l'Union Européenne*, LGDJ, Paris, 2021.

DECOOPMAN, Nicole, *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier*, PUF, Paris, 2004.

DEPINCE, Malot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, Paris, 2019.

DROUIN, Jean-Claude, *Les grands économistes*, Presses universitaires de France, Paris, 2006.

FARJAT, Gerard, *Droit économique*, PUF, Paris, 1971

FARJAT, Gerard, *L'ordre public économique*, LGDJ, Paris, 1963.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Le droit de la régulation*, Dalloz , France, 2001.

GALBRAITH, John Kenneth, *The affluent society*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1958.

GALLOWAY, Scott, *The four the hidden DNA of Amazon, Apple, Facebook and Google*, Penguin, Londres, 2019.

- GELLHORN, Ernest, *Antitrust Law and Economics*, Nutshell Series, West Publishing Company, Londres, 1984.
- GUIGA, Jaouida, *Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2002.
- HABERMAS, Jurgen, *Après l'Etat nation. Une nouvelle constellation politique*, Fayard, Paris, 2000.
- HAYEK, Friedrich August, *Droit, Législation, Liberté*, Quadrige, PUF, 1983.
- HENRY, Claude, *Concurrence et services publics dans l'union européenne*, PUF, Paris 1997.
- JAOUADI, Mohamed, *Accord d'association Tunisie/Union européennes*, Edition universitaire européennes, Saarbrücken, 2015.
- JONES, Alison, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Londres, 2019.
- KARPENSCHIF, Michaël, *Manuel de droit européen des aides d'État*, Bruylant, Bruxelles 2021.
- LESLIE, Christopher, *Antitrust Law and Intellectual Property Rights: Cases and Materials*, Oxford university press, 2017.
- LIANOS, Ionnis, *Competition Law: Analysis, Cases, & Materials*, Oxford, Londres, 2019.
- MADANI, Nesma, *Le juge et la concurrence*, Latrach edition, Tunis, 2021.
- MAINGUY, Daniel, *Droit de la concurrence*, Litec, Paris, 2010.
- MALAURIE-VIGNAL, Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, LGDJ, Paris, 2019
- MAYNARD KEYNES, John, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan, Royaume Unis, 1936.
- MILTON, Friedman, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.
- NCIRI, Nooman, *La répartition des compétences entre les autorités de régulation en matière de concurrence*, Edition Latrach, Tunis, 2021.
- NICINSKI, Sophie, *Droit publics des affaires*, LGDG, Paris, 2019.
- OVERTVELDT, Johan Van, *The Chicago school: how the university of Chicago assembled the thinkers who revolutionized economics and business*, Agate, Chicago 2007, p.432.

- PEIFFERT, Olivier, THOMAS, Sébastien, *Droit matériel des aides d'Etat : textes et commentaires*, Bruylant, Bruxelles, 2019.
- PORTER, Michael, *The Competitive Advantage of Nations*, Free Press, New York, 1990.
- PRIETO, Catherine, Bosco David, *Droit Européen de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- RIES, Eric, *How Today's Entrepreneurs Use Continuous Innovation to Create Radically Successful Businesses*, Currency Press, Australia, 2017.
- ROSANVALLON, Pierre *L'État en France, de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris, 1990.
- SALIN, Pascale, *La concurrence*, PUF, Paris, 1995.
- SAY, Jean Baptiste, *Traité d'Économie politique*, Déterville, Paris, 1803, vol. I.
- SCHUMACHER, Ernst Friedrich, *Small is Beautiful, Economics as If People Mattered*, Blond & Briggs, London, 1973.
- SCHUMPETER, Joseph, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, Paris, 1990.
- SIBONY, Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit économique de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008.
- SOUTY, François, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne* », *Montchrestien*, Paris, 2003.
- TRUCHET, Didier, *Droit administratif*, PUF, Paris, 2009.
- VEDEL, George, *Droit administratif*, PUF, Paris, 1992.
- VOGEL, Louis, *Contrôle européen des concentrations*, Bruylant, Paris, 2017.
- WISH, Richard, *Competition law*, Oxford, Londres, 2019.

II- Thèses et Mémoires.

ADIB, Boutheina, « L'approche répressive des pratiques anticoncurrentielles et la mise en œuvre des sanctions pécuniaires : étude comparée des droits français et tunisien ». *Thèse de droit. Université Paris sciences et lettres*, 2020.

AYADI, Habib, « Les entreprises publiques et les offices en Tunisie », *Thèse de droit, faculté de droit et des sciences économiques de Tunis* 1968.

BEN MASSAOUD, Kamel, « Le désengagement de l'État des entreprises publiques et participations publiques », *Thèse de droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis*, 2000.

BOUJNEH-BENDRISS, H, « L'administration de la concurrence, » Mémoire de DEA, *Faculté de droit et de science politique de Tunis*, 2003-2004.

BOUKADIDA, Ilias, « Le contrôle du conseil de la concurrence sur les contrats de l'administration », in *globalisation et contrats public*, sous la direction de M.R. JENAYEH, CPU, 2010.

CHEBBI, Oussama, « L'information en droit de la concurrence et de la régulation », Thèse, *l'Université Grenoble Alpes et à l'Université de Sousse*, 2015.

CLAUDEL, Emmanuelle, « Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats », Thèse de doctorat en Droit privé. Sous la direction de Marie-Chantal, *Paris X*, 1994.

DALDOUL Sihem, « La clause d'exclusivité dans les contrats au regard du droit de la concurrence », *mémoire D.E.A. Tunis II, droit des affaires*, 1998.

DRIDI, Hanen, « L'abus de position dominante en droit tunisien de la concurrence », *mémoire D.E.A. Sfax*, 1999.

HELALI, Walid, « les autorités de régulation en Tunisie » Mémoire DEA *Faculté de droit et de science politique de Tunis*, 2003-2004

IFAOUI, Karim, « Les autorités de régulation en Tunisie, » *Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis*, 2005.

JAIDANE, Riadh, « L'influence du droit communautaire sur le droit tunisien de la concurrence », *Thèse de droit, Université de Nice-Sophia Antipolis*, 2002.

LEJMI, Myriam, « L'Accord de libre-échange complet et approfondi (ALECA) et la sécurisation de l'espace euro-méditerranéen Le cas de la Tunisie », *Université Grenoble Alpe, Master 2*, 2019-2020.

MAKHOUF, Attyat, « Le contrôle des opérateurs publics par les autorités de la concurrence : étude comparée des droits français et tunisien », *Thèse de droit Université Capitot Toulouse, Tunis el-Manar*, 2015.

MEJRI, Lamia, « Le rôle consultatif du conseil de la concurrence » Mémoire pour l'obtention du Master en droit des affaires, *Faculté de droit et de science politique de Tunis*, 2006-2007

MESSAOUDI-CHAIÉB, Safia, « La procédure devant le conseil de la concurrence », Mémoire pour l'obtention du Master en droit public, *Faculté de droit et de science politique de Tunis*, 2003-2004.

NJEHI, Amel, « L'interventionnisme économique public : étude de droit comparé franco-tunisien », *Thèse de droit. Lyon 2 ; Tunis el-Manar*, 2018.

PAUWELS, Lauranne « Le droit de la concurrence et le droit de la publicité comparative au regard des notions d "entreprise" et de "substituabilité" ». *Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain*, Mémoire Master 2, 2015.

REYNAUD, Claire, « Data et droit de la concurrence : États-Unis et Europe », *Université paris 2 panthéon Assas*, Mémoire master 2, 2021.

SABIRAU-PÉREZ, Marie-Agnès, « Secteur public et concurrence » *Thèse de droit, Presses universitaires de Perpignan*, 1998.

III- Les actes de colloques.

ABBES, Hatem, « 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*, 2018.

AOUIJ MRAD, Amel, « Le champ d'application de la restructuration des entreprises publiques » *Actes de colloque La restructuration des entreprises publiques*, 2019.

BACCOUCHE, Neji, « Droit de la concurrence et Accord d'association entre la Tunisie et l'Union Européenne et ses États membres (Propos introductifs) » ?, *E-colloque, Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie*, 2018

BEN LETAIEF, Mustapha, « La signification de la restructuration des entreprises publiques », *Actes de colloque La restauration des entreprises publiques*, 1990.

BEN REJEB, Imen, « La régulation du marché des télécommunications », *Actes de colloque, La régulation*, 2010.

ESPESSON, Céline, « La procédure devant l'autorité de la concurrence », *Colloque, Les 20 ans de la loi NRE : contrats et concurrence*, 2021

HAMMAMI MARRAKCHI, Afef, « État et droit de la concurrence à l'épreuve de l'accord d'association, ? », *E-colloque, Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie*, 2018.

IDOT, Laurence « Le contrôle des concentrations », *Colloque, Les 20 ans de la loi NRE : contrats et concurrence*, 2021.

KARRAY, Bassem, « Quelles règles de concurrence dans le futur Accords de Libre-échange complet et approfondi (ALECA) ? », *E-colloque, Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie*, 2018.

LASSERRE, Benoît, Propos Introductifs au colloque sur *Clémence et transaction en matière de concurrence : premières expériences et interrogations de la pratique*, CREDA, 2005.

RABIA, Rafik, « Le rapport entre le droit de la concurrence de l'Union européenne et le droit international », *E-colloque, Droit de la concurrence et accord d'association UE-Tunisie* Partie 1 : Le droit de la concurrence face aux mutations régionales et internationales, 2018.

TARCHOUNA, Lotfi, « Les autorités de régulation en Tunisie », *Actes de colloque, Les instruments de l'action publique au Maghreb*, Tunis, FDSPT, 2007.

IV- Les articles de revues juridiques et/ou économiques.

BAATOUR, Mounir, « Le droit de la concurrence tunisien doit-il être réformé ? » *European Documentation and Research center*, Vol IV, 2003.

BACACHE-BEAUVALLET, Maya, « Régulation économique : quels secteurs réguler et comment ? » *Notes du conseil d'analyse économique*, N°44, 2017.

BACCAR, Jamel, « Justice négociée en droit tunisien de la concurrence : A travers la procédure de clémence », *Infos Juridiques : La revue du droit*, n°214/215 février 2016.

BELLON, Bertrand, « Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis », *Revue d'économie industrielle*, 1993.

BEN ACHOUR, Riadh, « La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Revue française de droit constitutionnel*, numéros 100, volume 4, 2014.

BEN MRAD, Hedi « Marchés publics et droit de concurrence » in *Les nouveautés du droit des marchés publics* (dir) M. BEN LETAIEF, journée d'étude organisée le 3 avril 2003, faculté de droit science politique de Tunis (FDSPT).

BEN ROMDHAN, Mahmoud, « Fondements et contenu des restructurations face à la crise économique en Tunisie. Une analyse critique », *État et Développement au Maghreb*, 2000.

BLAISE, Jean-Baptiste, « La sanction pénale in « les sanctions en droit de la concurrence », *concurrence* n°-2013, colloques.

BOY, Laurence, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? » *Revue internationale de droit économique*, 2005.

BOY, Laurence, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence », Conférence à l'Institut européen de Florence, décembre 2003, *JCP* 2004, I, 166 et *Contrats, Concurrence et Consommation* nov. 2004.

BRAMERET, Sébastien « Covid-19 et concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 103, 2021.

BRAMERET, Sébastien, « Covid-19 & concurrence » *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2020.

- BRECHON-MOULENES, Christine « la place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000.
- BRIAND-MELEDON, Danièle, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2007.
- BROUILLET, Jérôme, « Vers un État régulateur ? », *Revue Projet*, 2010.
- BRUNET, François, GEFRIAUD, Pascal, « La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ? » *Revue d'économie industrielle*, 2004.
- CHAALALI, Leila, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes” *La régulation Tunis*, ”, *Revue tunisienne d'administration publique (RTAP)*, CERA, Tunis, 2019.
- CHAMPAUD, Claude, « Contribution à la définition du droit économique », *Dalloz*, 1967, chron.
- CHEKIR, Hedi, « la signification de la concurrence », *AJT*, n°7, 1993.
- CHEVALLIER, Jacques « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 200.
- CHEVALLIER, Jacques, « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, n°111, 2004.
- CHIKHAOUI, Leila, « La liberté du commerce et de l'industrie à travers la nouvelle réglementation de la concurrence et des prix », Association des journaliste tunisiens, (AJT), n°7, 1993.
- CHIKHAOUI, Leila, « La Tunisie liberté du commerce et de l'industrie à travers la nouvelle réglementation de la concurrence et des prix en Tunisie », *Actualité Juridique tunisienne*, n°7, 1993.
- CHOCHOY, Nicolas « Karl Polanyi et l'encastrement politique de l'économie : pour une analyse systémique des rapports changeants entre économie et société ». *Revue Française de Socio-Économie*, 15(1), 2015.
- CHONE, Philippe, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle Entre ex ante et ex post », *Droit et économie de la régulation*. N° 4, 2006.

- CLARK, John Maurice “Towards a concept of Workable competition”, *American Economic Review*, Vol. 5, No. 3 (Jan., 1941), p. 312.
- CLIFFORD, John, LANG John Temple, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* de, Oxford University Press 1999.
- COHEN, Elie, « De l’État dirigiste à l’État régulateur », *Sciences humaines*, 2002.
- DABBOU BEN AYED, Sophie, « L’Etat régulateur : les spécificités du cas tunisien », *Revue tunisienne d’administration publique (RTAP)*, CERA, Tunis, 2011.
- DELPECH, Xavier, « Droit de la concurrence : transposition en droit français de la directive ECN+, » *Dalloz actualité*, 2021.
- DREYFUS, Jean David, « La commande publique aux temps du covid-19 », *Actualité Juridique Collectivités Territoriales AJCT*, Dalloz, 2020.
- ECKERT, Gabriel, et COLLET, Martin, « Chronique de droit administratif et finances publiques », *Revue française de droit administratif*, N° 5, 2014.
- FARJAT, Gerard, « L’importance d’une analyse substantielle en droit économique », *Revue Internationale de Droit Économique RIDE*, n°0 1986.
- FREDERIC, Jenny, « Droit européen de la concurrence et efficience économique », *Revue d’économie industrielle*, vol. 63, 1er trimestre 1993.
- FRENAUX, Lucile, « L’efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle de concentrations », *Revue internationale de droit économique*, janvier, 2007.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « le droit de régulation », *Dalloz chronique*, 2001.
- GADDES, Chawki, « Cadre juridique des instances indépendantes en Tunisie », *Instance national de protection des données personnelle INPDP*, 2018.
- GAUDEMET, Mathieu, « Commande publique et sanction des pratiques anticoncurrentielles », *Contrats publics* 218, 2021.
- GAUDIN, Germain, « Regulation and competition policy in the ICT sector: essays in industrial organization». *Economics and Finance*, 2013.
- GOEBEL, Roger, « *Sherman Act; Cases and Materials on European Community Law* », West Publishing Co, 1999.

GUIGA, Jaouida, « Évolutions du droit de la concurrence en droit tunisien », *centre de publication universitaire*, 1995.

GUINARD, Dorian, « Aides d'État, SIEG et Covid-19 », *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 103, 2021.

HADJ-AISSA, Hakim, « Covid-19 et application des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce », *Actualité juridique contrat*, 2020.

HARIK, Ilya, « Privatisation et développement en Tunisie », *Machrek-Maghreb*, 1990.

HIBOU, Béatrice, « le libéralisme réformiste, ou comment perpétuer l'étatisme tunisien », *L'économie politique*, 2006.

HOUTICIEF, Dimitri, « la nullité des pratiques anticoncurrentielles à la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrat » in Regards croisée sur les pratiques commerciales, journée d'études du DESS de droit de la concurrence, de la distribution et de la consommation de l'université du Maine, *Revue juridique de l'Ouest*, 2005.

IBANDA-KABAKA, Paulin, « L'intervention de l'État dans l'économie : du laisser-faire à la régulation », *Archives ouverte (HAL)*, 2016.

IDOT, Laurence, « Contrôle des concentrations et contrôle des investissements étrangers : Réflexions de juriste », *Revue des droits de la concurrence* 2015.

IDOT, Laurence, « COVID-19 et droit de la concurrence. Quelles adaptations ? », *Europe*, avril, n° 4, 2020.

IDOT, Laurence, « La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européenne », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°2, 2012.

IDOT, Laurence, « Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État », *Concurrences*, n° 4-2014.

IDOT, Laurence, « The company in difficulty facing competition law sanctions », press, *mixtures C. Saint-Alary-Houin*, 2010.

IDOUX, Pascale, « Covid-19 et autorités indépendantes de régulation économique ». *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 103, 2021.

IDOUX, Pascale, NICINSKI, Sophie, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 2022.

JAIDANE, Riadh, « L'évolution du droit tunisien de la concurrence à la lumière de la réforme du 10 mai 1999 », *Revue trimestrielle de droit civil R.T.D.* 2000.

JAIDANE, Riadh, « l'influence du droit français sur le droit tunisien des concentrations économiques », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. XVI, 4, issue 4, 2002.

KALFLÈCHE, Grégory, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits. A propos des droits de la concurrence et de la commande publique », *Actualité juridique. Droit administratif*, n° 44, 2007.

KALLEL, Salah, « La protection du consommateur à travers la loi 91- 64 du 29 juillet 1991 relative aux prix », *sciences juridiques* 1992.

KARPENSCHIF, Michaël, « Le droit des aides d'État face au Covid-19 : un remède efficace ? », *Lamyconcurrence*, 2022.

KHAN, Lina, « Amazon's Antitrust Paradox », *Yale journal*, V 129, n° 3, 2017.

KOVIACIC, William, « Competition policy, economic development and the transition to free markets in the third world: the case of Zimbabwe », *Antitrust law journal*, Vol.61 n 1, 1992.

LEYGONIE, Jean, CONDOMINES, Aurélien, « La prise en considération des gains d'efficience dans le contrôle des concentrations. », *Petites Affiches*, n°56, 19 mars 2003.

M'BAREK, Sonia « Rôle des différents opérateurs économiques dans le cadre du nouveau contexte économique et juridique », *Actualité Juridique Tunisienne*, n7°, 1994.

MANANT, Matthieu RALLET, Alain, ROCHELANDET, Fabrice, « Privacy et antitrust : des régulations contradictoires ou complémentaires ? » *Revue économique*, Vol. 69 n°4, 2018.

MARTY, Frederic, « Marchés, concurrence et réglementation », *Problèmes économiques*, n°7, février 2015.

MASMI-DAZI, Fayrouz, « Double modernisation du contrôle européen des concentrations », *Dalloz actualité*, 2021.

MIDOUN, Mohamed, « La privatisation des entreprises publiques : le cas de la Tunisie », *Vues Économiques*, 1993.

- Morand-Deville, Jean, « Le Conseil de la concurrence en France », in. *Actualité juridique tunisienne*, n°7, 1993.
- MUSCOLO, Gabriella, PITRUZZELLA, Giovanni, « Unfair prices: A few remarks on competition policy and antitrust analysis », *Competition law review* 2018.
- PADILLA, Jorge, PETIT, Nicolas, « Competition policy and the Covid-19 opportunity », *antitrust publication*, 2020,
- PEPPER, Richard, « Competition policy & COVID19: An overview of antitrust agencies' responses », *e-Competitions, Competition Law*, 2020.
- PERROT, Anne, « L'évolution de la politique de la concurrence française », *Économie rurale*. N°277-278, 2003.
- PHILIPPON, Thomas, « The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets », *Belknap Press*, 2019.
- RACINE, Jean-Baptiste et SIIRIAINEN, Fabrice, « Retour sur l'analyse substantielle », *Revue Internationale de Droit Économique RIDE*, n° 3, 2007.
- ROMI, Raphaël, BRAMERET, Sébastien, « État, crise et concurrence : lire l'état d'urgence sanitaire dans son contexte historique et culturel », *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 103, 2021.
- SAVATIER, René, « L'ordre public économique », *Dalloz*, 1965, chron.
- SHELTHON, « Regulatory reform, demonopolisation and privatization: how to ensure consistency with competition, » *OECD journal of competition law and policy*, Vol. 1.1999 p. 15.
- SIMULA, Laurent, « L'intervention publique », *Problèmes économiques*, n°7, février 2015.
- TARDIEU, Jean-Pierre, « Les modes de régulation à l'étranger », *AJDA*, 1996.
- TEBOUL, Georges, « l'adaptation du droit des entreprises en difficulté à la crise du Coronavirus », *Recueil Dalloz*, 2020.
- TERTRAIS (Laure), « La régulation et la crise financière. Le rôle de l'Autorité des marchés financiers », *Revue française de pédagogie*, 2010.

THOINET, Mélanie, DARDELET, Léa, « Protection de la vie privée et concurrence dans le numérique » *ministère de l'économie de finance et de relance, direction générale du trésors*, n° 310, juillet 2022.

TIMSIT, Gerard « La régulation, la notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique, RFAP*, n°109, 2004.

TIMSIT, Gerard, « *Les deux corps du droit, Essai sur la notion de régulation* », *Revue française d'administration publique RFAP*, n°78, avril-juin 1996.

VEDEL, Georges, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges Vigreux, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse*, tome II, 1981.

VOGEL, Louis, « Les sanctions administratives : efficacité du contrôle du contrôle ou sécurité juridique ? », in les sanctions en droit de la concurrence, *Concurrence*, n°1-2013.

WISE, Michael, « Droit et politique de la concurrence en France », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, Vol. 7, 2005.

V. Les publications sous format numérique.

ANXIONNAZ, Claire, « Domaine public et mise en concurrence : des questions demeurent » *actu juridique.fr*, 2021, disponible sur : <https://www.actu-juridique.fr/administratif/domaine-public-et-mise-en-concurrence-des-questions-demeurent/>

ARNAUD, Jean-Michel, « L'Etat mis à l'épreuve de la pandémie du coronavirus », *la tribune*, 2020 disponible sur : <https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/l-etat-mis-a-l-epreuve-de-la-pandemie-du-coronavirus-845596.html>

Autorité de la concurrence, « L'ordonnance de transposition de la directive ECN + » *Autorité de la concurrence*, 2021, disponible sur : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lordonnance-de-transposition-de-la-directive-ecn-ete-publiee>.

BENSOUDA, Halima, « Droit de la concurrence et période de crise (Covid-19) », *Tribune*, 2020 (en ligne) <https://www.leconomiste.com/article/1063102-droit-de-la-concurrence-et-periode-de-crise-covid-19>

BERNARDIN, Jean, « Tunisie – Loi de Finances 2018 », *Deloitte Société d'Avocats*, 2018 , disponible sur : <https://blog.avocats.deloitte.fr/tunisie-loi-de-finances-2018>

BOUAYAD, Hichem, « Politique de la concurrence entre théories et pragmatisme » *Economia HEM research center*, 2019, disponible sur : <http://economia.ma/fr/content/politique-de-la-concurrence-entre-th%C3%A9ories-et-pragmatisme-0>

BOURREAU, Marc, PERROT, Anne, « Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard », *Notes du Conseil d'analyse économique*, 2020/6, n°60, pp1-12, <https://www.cairn.info/revue-notes-du-conseil-d-analyse-economique-2020-6-page-1.htm?ref=doi>

CHEKIR, Hafidha, FERCHICHI, Wahid, « Evaluation des lois et des projets de lois a la lumière de la constitution tunisienne et des conventions internationales » rapport Le travail législatif à l'épreuve de la Constitution tunisienne et des Conventions internationales, *FIDH*, 2015, disponible sur : <https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapfidhtunisietravaillegislatif.pdf>

Conseil de concurrence, « Rapport annuel conseil de concurrence Tunisie 2017 », 2017 (en ligne) <http://www.cct.gov.tn/wp-content/uploads/2019/10/RA-2017.pdf>

Cour des comptes, « Politique de la concurrence - L'action de l'Autorité de la concurrence et de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) » *Cour des comptes*, 2019, Réf. : S2019-0568 (en ligne) <https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-06/20190604-refere-S2019-0568-autorite-concurrence-dgccrf.pdf>

Cour des comptes, « Politique de la concurrence - L'action de l'Autorité de la concurrence et de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) », *Cour des comptes et chambres régionales et territoriales des comptes* , 2019, Réf. : S2019-0568 , disponible sur : <https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-06/20190604-refere-S2019-0568-autorite-concurrence-dgccrf.pdf>

DEHMANI, Frida, « économie informelle en Tunisie : La république de la débrouille », *Jeune Afrique*, 2018, disponible sur : <https://www.jeuneafrique.com/mag/538651/economie-entreprises/economie-informelle-en-tunisie-la-republique-de-la-debrouille/>

GUIBERT, Philippe, « Droit de la concurrence, l'autorité de la concurrence publie ses nouvelles lignes directrices relatives au contrôle de concentrations », *Mafei*, 2020 (en ligne)

<https://www.de-pardieu.com/droit-de-la-concurrence-lautorite-de-la-concurrence-publie-ses-nouvelles-lignes-directrices-relatives-au-contrôle-des-concentrations/>

Direction des Affaires juridiques, « Vade-mecum des aides d'Etat » *ministère de l'économie* 2019, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/publications/Vade-mecum-aides-Etat-2020/Vademecum_aides240920.pdf

FRISON-ROCHE, Marie Anne, « Le modèle du marché ». *Archives de philosophie du droit*, tome 40, 1996 Sirey. Disponible sur : < <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/93.pdf>

GAUDIN, Germain, « Regulation and competition policy in the ICT sector : essays in industrial organization », 2013, https://www.researchgate.net/publication/281218987_Regulation_and_competition_policy_in_the_ICT_sector_essays_in_industrial_organization

GRADT, Jean-Michel, « La DGCCRF et l'Autorité de la Concurrence vont coopérer davantage », *les echos*, 2019 disponible sur : <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/la-dgccrf-et-lautorite-de-la-concurrence-vont-cooperer-davantage-1040186>

GRADT, Jean-Michel « La DGCCRF et l'Autorité de la Concurrence vont coopérer davantage », *LesEchos*, 2019 (en ligne) <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/la-dgccrf-et-lautorite-de-la-concurrence-vont-cooperer-davantage-1040186>

HAAS, Gerard, ANDRIEUX, Anne-Charlotte, et LORSIN-CADORET, Magali « Privacy Sandbox : l'alternative de Google aux Cookies Tiers » *HAAS Avocat*, 2022, disponible sur : <https://info.haas-avocats.com/droit-digital/privacy-sandbox-lalternative-de-google-aux-cookies-tiers>

JELASSI, Khalil, « Spéculation, monopole et hausse des prix à l'approche du mois de Ramadan : Une guerre sur tous les fronts ! » *la presse.tn*, 2022, disponible sur : <https://lapresse.tn/125246/speculation-monopole-et-hausse-des-prix-a-lapproche-du-mois-de-ramadan-une-guerre-sur-tous-les-fronts/>

LASTENNET, Jules et DANIEL, Justine « La concurrence dans l'Union européenne » *Toute l'Europe*, 2020 (En ligne) <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/la-concurrence-dans-l-union-europeenne/>

LASTENNET, Jules, « La concurrence dans l'Union européenne, » *toute l'Europe*, 2022 disponible sur <https://www.touteleurope.eu/economie-et-social/la-concurrence-dans-l-union-europeenne/>

MARSON, Gregory, « Contrôle des concentrations économiques », *Dictionnaire des Régulations*, 2016, <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/Marson-Controle-des-Concentrations-Economiques-Dictionnaire-des-Regulations-2016.pdf>

MOUOTOT, Anaïs, « Face aux GAFAs, la nécessaire refonte des lois antitrust » *les echos*, 2019 disponible sur : <https://www.lesechos.fr/idees-debats/editos-analyses/face-aux-gafa-la-necessaire-refonte-des-lois-antitrust-1028729>

OCDE (2022), Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Tunisie <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/examens-par-les-pairs-du-droit-et-de-la-politique-de-la-concurrence-tunisie-2022.htm>

OCDE, « Droits relatifs aux données des consommateurs et impact sur la concurrence – Note de référence du Secrétariat » OCDE, 2020, disponible sur : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/fr/pdf)

OCDE, « Examens de l'OCDE pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence: Tunisie. », OCDE, 2019 disponible sur : www.oecd.org/daf/competition/competition-assessment-reviews-tunisia.htm

OCDE, « Les réponses de la politique de la concurrence de l'OCDE face au COVID-19 » OCDE, 27 avril 2020 disponible sur : <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/les-reponses-de-la-politique-de-la-concurrence-de-l-ocde-face-au-covid-19-9348166d/#section-d1e43>

OCDE, Examens de l'OCDE pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence TUNISIE, dans OCDE, 2019, disponible sur : <https://www.oecd.org/daf/competition/ca-tunisia-review-2019-fr.pdf>

OCDE, « Le droit de la concurrence et les entreprises publiques - contribution de la Tunisie », *Direction des affaires financières et des entreprises comité de la concurrence Forum mondial sur la concurrence*, - Session V - 30 novembre 2018.

PICART, Cynthia « Les start-ups au cœur des convoitises : le cas des « Killer-acquisitions », *picart.blog*, 2022, disponible sur : <https://www.picart-law.com/blog/les-start-ups-a-lepreuve-des-killer-acquisitions/>

ROBINSON, Meyer, «How to Fight Amazon (Before You Turn 29) ». *The Atlantic*, 2019. Disponible sur <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2018/07/lina-khan-antitrust/561743/>

ROTIVEL, Agnès, « La Tunisie vit une situation de crise économique et sociale terrible » *la croix*, 2022, disponible sur : <https://www.la-croix.com/Monde/Tunisie-vit-situation-crise-economique-sociale-terrible-2022-03-31-1201208049>

THEOPHILE, Didier, « Non à un contrôle a posteriori des concentrations » dans *les echos*, 2022, disponible sur : <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/non-a-un-contrôle-a-posteriori-des-concentrations-1015031>

TIROLIEN, Cryslen, « réflexions sur la réglementation des marchés publics en Tunisie », *le village de la justice*, 2018 , disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/reflexions-sur-reglementation-des-marches-publics-tunisie,26879.html>

VILLEY- DESMESERETS, Hugues, DELAHAYE, Luciles, « La commission européenne change les règles de contrôle a posteriori des opérations de concentration » *daf-mag.fr*, 2021, disponible sur : <https://www.daf-mag.fr/Thematique/fonction-finance-1242/gouvernance-strategie-2125/Breves/Concentrations-post-nouvelle-doctrine-Commission-europeenne-360112.html>

VILMART, Christine, « L'application des règles de concurrence par le secteur public », *les echos*, 1995, disponible sur <https://www.lesechos.fr/1995/06/lapplication-des-regles-de-concurrence-par-le-secteur-public-859279>

VOLPI, Lucas, « liberté de commerce et libre concurrence : le contrôle du juge administratif des interventions des personnes publique », *Village de la justice*, 2015, <https://www.village-justice.com/articles/contrôle-juge-administratif,21105.html>.

VI. Textes officiels.

1- Textes européens et français.

- Règlement (UE) 2021/1237 de la Commission du 23 juillet 2021 modifiant le règlement (UE) no 651/2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.
- Règlement (UE) n° 2020/1474, 13 oct. 2020, modifiant le règlement (UE) n° 360/2012 en ce qui concerne la prolongation de sa période d'application et l'introduction d'une dérogation temporaire applicable aux entreprises en difficulté afin de tenir compte de l'effet de la pandémie de Covid-19.
- Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur
- Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.
- Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil, datée du 11 décembre 2018.
- Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.
- Règlement (UE) n° 2017/1084 du 14 juin 2017 modifiant le règlement (UE) n° 651/2014 en ce qui concerne les aides aux infrastructures portuaires et aéroportuaires, les seuils de notification applicables aux aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine et aux aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles, ainsi que des régimes d'aides au fonctionnement à finalité régionale e, faveur des régions ultrapériphériques et modifiant le règlement (UE) n° 702/2014 en ce qui concerne le calcul des coûts admissibles, JOUE L 156, 20 juin 2017.

- Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » mentionnée à l'article 107 § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2016/C 262/01), *JOUE C 262* du 19/07/2016.
- Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).
- Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.
- Règlement (UE) n° 651/2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, *JOUE L 187/I* du 17 juin 2014.
- Règlement (UE) n° 360/2012, 25 avr. 2012, relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général.
- Règlement n° 2020/972 du 2 juillet 2020 modifiant les règlements n° 1407/2013 et n° 651/2014, *JOUE* 3 juill. 2020.
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.
- Règlement UE n° 4064/89 du Conseil, 21 déc. 1989, *JOCE* n° L 395, 30 déc. 1989, tel que modifié par le règlement n° 1310/97 du Conseil, 30 juin 1997, *JOCE* n° L 180, 9 juillet 1997.
- Loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives, *JORF*, 1970.
- Loi n° 72-1069 du 4 décembre 1972 portant aménagement du monopole des allumettes, *JORF*, 1972.
- Loi n° 81-994 du 9 novembre 1981 portant dérogation au monopole d'État sur la radiodiffusion, *JORT*, 1981.
- Loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *JORF*, 1985,

- Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant sur l'amélioration de la concurrence *JORF* du 31 décembre 1985.
- Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant sur l'amélioration de la concurrence, *JORF* du 31 décembre 1985.
- Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.
- Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.
- Loi n° 94-1135 du 27 décembre 1994 relative aux conditions de privatisation de la Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes, *JORF*, 1994.
- Loi n°95-42 du 24 avril 1995, modifiant et complétant la loi n°91-64 du 24 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, *JORT* n°35 du 2 mai 1995.
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques *JORF* n°0181 du 7 août 2015, ou « loi Macron ».
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n°0181 du 7 août 2015
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n°0181 du 7 août 2015.
- Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.
- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
- Loi n° 2017-55, 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.
- Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises *JORF* n°0119 du 23 mai 2019.
- Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises *JORF* n°0119 du 23 mai 2019.
- Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

- Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, Texte n° 11, *JORF* n°0121 du 27 mai 2021.
- Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire
- Décret n° 2021-76 du 27 janvier 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.
- Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.
- Décret n° 2016-807 du 16 juin 2016 relatif aux conditions de prises de participation au capital de sociétés commerciales par les régions.
- Décret n° 2015-7 du 6 janvier 2015 portant réforme de la commission économique de la nation.
- Décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements.

2- Textes officiels tunisiens.

- Loi n 70-26 du 19 mai 1970 relative aux modalités de fixation des prix et à la répression des infractions en matière économique, *JORT*, 1970.
- *Loi no 89-9 du 1er février 1989 relative aux participations et entreprises publiques, JORT, 1989.*
- Loi n°90-105 du 26 novembre 1990 relative à la pharmacie centrale de Tunisie, *JORT*, 1990.
- Loi 92-32 du 7 avril 1992 portant création de l'agence et des installations de pêche, *JORT*, 1992.
- Loi n 92-115 du 30 novembre 1992 modifiant la loi n 88-91 du 2 août 1988 portant création d'une agence nationale de protection de l'environnement, *JORT*, 1988.

- Loi n°93-84 du 26 juillet 1993, relative aux groupements interprofessionnels dans le secteur agricole et agroalimentaire telle que modifiée par la loi 2005-16 du 16 février 2005.
- Loi n°95-42 du 24 avril 1995, modifiant et complétant la loi n°91-64 du 24 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, *JORT* 1995.
- Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix.
- Loi n°2015-36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation de la *concurrence* et des prix
- Loi organique n° 2018-29 du 9 mai 2018, relative au Code des collectivités locales
- Loi n° 2001-1 du 15 janvier 2001 portant promulgation du Code des télécommunications, *JORT*, 2001.
- Loi n°90-105 du 26 novembre 1990 relative à la pharmacie centrale de Tunisie, *JORT*, 1990,
- Loi n°40 du 1 juin 1972 relative au tribunal administratif modifiée par la loi organique n°70 du 11 novembre 2008.
- Livre blanc sur les actions en dommage et intérêt pour infractions aux règles communautaires sur les ententes, COM 2008, du 02/04/2008.
- La loi n°64-91 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, *JORT*, 1991
- Loi de finances n° 128 du 25 décembre 2020 portant loi de finances pour l'année 2021, *JORT*, 2020.
- Décret-loi du 16 octobre 1970, portant réorganisation de l'ONH.
- Décret 94-492 modifié par le décret 97-503 du 14 mars 1997 publié au *JORT* n24 du 25 mars 1997.
- Décret 2000-134 du 18 janvier 2000 reformé par le décret 2007-2970 du 19 novembre 2007.
- Décret 2001-2965 et 2001-2966 du 20 décembre 2001, fixant respectivement les attributions et l'organisation du ministère du commerce.
- Décret n° 2001-2966 du 20 décembre 2001, portant sur l'organisation du ministère du commerce fixe la structure organisationnelle de l'administration de Concurrence générale et recherche économique.
- Décret 2002-2131 du 30 septembre 2002 portant création de l'unité de suivi de l'organisation des établissements et des entreprises publiques, de l'unité du suivi des

systèmes de productivité dans les établissements et les entreprises publiques et du comité du contrôle de l'Etat.

- Décret n° 2002-2197 du 7 octobre 2002 relatif aux modalités d'exercice de la tutelle sur les entreprises publiques à l'approbation de leurs actes de gestion à la représentation des participants publics dans leurs organes de gestion et de délibération et à la fixation des obligations mises à leur charge.
- Décret 2002-2197 du 7 octobre 2002 relatif aux modalités d'exercice de la tutelle sur les entreprises publiques.
- Décret n° 2004-1203 du 15 novembre 2004 portant création d'une direction générale du Trésor au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.
- Décret n° 2006-370 du 3 février 2006, portant fixation des procédures et des modalités de la consultation obligatoire du conseil de la concurrence sur les projets de textes réglementaires.
- Décret n° 2006-1996 du 17 juillet 2006 relatif à l'organisation administrative et financière et aux modalités de fonctionnement de l'agence tunisienne de solidarité.
- Décret gouvernementaux 2018-972 du 29 novembre 2018 portant création du ministère de la fonction publique, de la modernisation de l'administration et des politiques publiques.
- Décret gouvernemental n° 2020-208 du 2 mai 2020, portant fixation des prescriptions de confinement ciblé
- Décret gouvernemental n° 2020-317 du 19 mai 2020 fixant les conditions et modalités de bénéfice, de retrait et d'opposition au programme « Amen Social ».

VII- Les jurisprudences, décisions et avis des autorités compétentes.

1. Jurisprudence européenne citée dans la thèse.

CJUE, 31 mars 1998, *Kali & Saltz*.

CJUE, n° T-227/21, *Demande (JO) du Tribunal, Illumina/Commission*, 28 avril 2021.

Tribunal de première instance (TPI première chambre) du 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA c/ Commission des Communautés européennes*.

CJCE, 29 Novembre 1971, *Beguelin import co. c/ SAGL import/export*, C-22-71.

CJCE 22 mars 1977, *Steinicke et Weinlig*.

CJCE du 25 octobre 1977, *Metro c. Commission*.

CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/Italie*.

CJCE, 17 Novembre 1987, *Philip Morris et Reynolds*.

CJCE, 14 Février 1990, *France c/Commission*.

CJCE, 19 mars 1991, *République française c/commission*.

CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*.

CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*.

CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI*.

Tribunal de l'Union européenne (TUE), 25 mars 1999, *Gencor*.

CJCE, 22 juin 2000, *France c/ Commission*.

TPICE, 26 Octobre 2000 *Asia Monorts*.

CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*.

TPICE, 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission*.

TPICE, 4 mars 2003, *Fenin c/Commission*.

CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*.

CJCE, 1er juillet 2008, *MOTOE*.

CJCE 9 juillet 2009, aff. C 411-06 Archer Daniels Midlands

TPIUE, 3 mars 2010, *Bundesverband Deutscher Banken EV*.

CJCE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*.

CJUE 18 Juin 2013, aff C-681/11, D-2013

CE, 11 avril 2014, *Syndicat des réseaux radiophoniques nationaux*.

CJUE, 9 octobre 2014, *Navantia*.

CJUE 22 Octobre 2014, *Elcogas, en Espagne*.

CJUE, 6 octobre 2015, aff-C-23/14, pt.73.

CJUE, 14 juin 2016, *PROMOIMPRESA E.A.*

CJUE, 14 juin 2016, *Mario Melis e.a. c/ Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio*.

2. Jurisprudence nationale citée dans la thèse.

CE, 29 mars 1901, *Casanova*.

CE, 2 Février, 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bain de Paris*.

CE, 6 mars 1914, *Syndicats de la boucherie*, Lebon, 1914, 308.

CE, 22 novembre 1935, *Chouard*.

CE, ass, 27 février 1942, *Mollet*.

CE, 21 janvier 1944, *Leoni*.

CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*.

CE, 26 octobre, 1979, *Porentru*.

CE, ass, 5 juillet 1985, *Ville d'Albi*.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 décembre 1996.

C.E. 1er avril 1998, *Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée*, Rec. 115.

CE, 1^{er} avril 1998, *UHP*, 1998, N° 72973, publié au recueil Lebon.

CE, Sect., 9avril 1999, *The Coca Cola compagnie*.

TC 18 octobre 1999, *Aéroport de Paris et Air France*.

CE, 28 Juillet 2000, *Association premier janvier*.

TA, 8 Novembre 2001, *Préfet du Tarn c/ commune d'Albi*, AJFP 2002.

CE, 18 décembre 2002, *Association Promouvoir*.

CE, 28 avril 2003, *Fédération nationale des géomètres experts*.

CE 6 Février 2004, *Seb/Moulinex*.

TA Paris 16 mars 2004, *Société Renault véhicules industriels c/ Etat*.

CE, 5 décembre 2005, *Fédération nationale UFC Que Choisir*.

CE, 5 octobre 2007, *Sté UGC-Ciné-Cité*.

CE, Section, 30 novembre 2007, *T. et autres*.

CE, l'arrêt du 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*.

CE, SSR, *Province des iles loyauté*, 20 octobre 2010.

CE, 3 déc. 2010, *Stade Jean Bouin*.

TC, 2 mai 2011, *Société Europe Finance et Industrie*.

CE, 23 mai 2012, *RATP*.

CE, Assemblée, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*.

CE, 13 décembre 2017, *Sté Bouygues Telecom*, DA mai 2018.

CE 1^{er} mars 2022 n°458272, *Société Illiad*.

3. Les décisions et avis consultatifs du Conseil de la concurrence tunisien.

- *Les avis consultatifs du Conseil de concurrence tunisien.*

Avis consultatif relatif au contrat de distribution sélective de la société fleuron concernant la marque de parfum Guerlain, rapport annuel du conseil de concurrence de 1997.

Avis n°162622 du 29 Decembre 2016, Sharf coffee shop company.

Avis n°62160 du 1^{er} Février 2007, p35-36.

Avis du conseil de concurrence Affaires n3152 du 26 juillet 2004,

Avis du conseil de concurrence Affaire n5189 du 26 juillet 2007,

Avis du conseil de concurrence 82238 du 8 novembre 2009, Magasin général /Promogros.

Avis n°162602 du 13 Octobre 2016 Burger King.

Avis du Conseil de la Concurrence, N. 162623 du 26 janvier 2017.

Avis du Conseil de la Concurrence No. 172655 du 21 décembre 2017 concernant la concentration entre General Electric (GE) /ABB Verwaltungs LTD.

Avis du Conseil de la concurrence N. 202744 du 18 octobre 2020.

Avis du Conseil de la concurrence No. 202744 du 18 octobre 2020 sur le secteur des établissements d'enseignement supérieur privé.

- *Les Décisions du Conseil de la concurrence tunisien.*

Décision du Conseil de la Concurrence N. 211475 du 14 juillet 2021.

Décision Conseil de concurrence n°00-D-47 du 22 novembre 2000.

Décision du Conseil de concurrence, affaire n°2/2001 du 19 décembre 2002 office de l'huile

Décision Conseil de concurrence, n° 02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement.

Décision du Conseil de concurrence 25 septembre 2003.

Décision n°2137 du 27/03/2003, M/commerce/ des entreprises de transport de marchandises, Rapport 2003.

Décision n°3152 du 26 Juillet 2004, concernant le litige entre la Société des Loisirs de Tabarka contre le Club Municipal de Plongée.

Décision n4164, du 19/05/2005, chambre nationale des conseillers fiscaux c/Société ciment de Bizerte

Décision du Conseil de concurrence affaire n°5194 du 29 septembre 2005- E.T.A.P

Décision n° 71140 du Conseil de la concurrence du 17 juillet 2008 (l'affaire « Topnet »).

Décision du conseil de concurrence, 17 septembre 2009, Affaire numéro 71142.

Décision du conseil de concurrence, n° 71154 du 31 décembre 2009, CCT/ Société Tunisiana et Tunisie télécom

Décision numéro 121301 du 25 décembre 2015.

Décision n° 141365 et n°141366 du 12 octobre 2017

Décisions. n°0 151386 du 9 novembre 2017, Société Oreedo C/Orange Tunisie.
Décisions. n°0131337 du 14 décembre 2017, Société nationale de tabac C/Société tunisienne d'impression, Société Enipec, Société méditerranéenne d'emballage.
Décision n° 141356 du Conseil de la concurrence du 10 mai 2018.
Décision n°161419 du 12 juillet 2018 concernant le litige entre les deux sociétés de télécommunications orange contre Tunisie télécom.
Décisions n° 161429 du Conseil de la concurrence du 12 juillet 2018.
Décisions. n° 141362 du 27 août 2020 relative à un abus de dépendance économique. –

4. Les Avis et Décisions de L'Autorité de la concurrence française

Avis 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles
Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit.
Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993 du Conseil de la concurrence concernant Cora.
Décision n° 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC-Ciné cité.
Décision 05-d-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France
France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit.
Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre.
Décision 12-D-21 du 18 octobre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles-de-Gaulle.
Décision 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.
Décision de l'Autorité de concurrence n 15-D-06, 2 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com.
Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.
Décision de l'Autorité de concurrence 18-DCC-95 DU 14 Juin 2018.
Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 de l'Autorité de la concurrence concernant Apple.
Décisions n° 22-DCC-126 du 15 juillet 2022, TF1/M6.

Table des matières

<i>INTRODUCTION GENERALE :</i>	9
I- Les fondements conceptuels et l'importance du rôle économique de l'Etat : une perspective européenne et internationale à travers l'étude comparative France-Tunisie	11
A- La Définition du cadre conceptuel et l'importance du rôle économique de l'Etat	11
- Justification des termes.....	11
- Un sujet justifié par l'évolution du rôle économique de l'Etat.....	13
B- Évolution Juridique Internationale : Analyse Comparée de la Régulation de la Concurrence entre la France et la Tunisie	16
- Un État évoluant dans un cadre juridique européen et/ou international.....	16
- La régulation de la concurrence, l'intérêt d'une étude juridique comparée France- Tunisie.....	19
II- Vers un droit de la régulation de la concurrence	34
A- Le Choix de la libéralisation économique	34
- Le choix de la libéralisation du modèle français.....	35
- Le choix de la libéralisation du modèle tunisien	40
B- La régulation étatique de la concurrence	46
- La régulation étatique de la concurrence : le modèle français.....	46
- La régulation étatique de la concurrence : le modèle tunisien.....	58
<i>PARTIE 1. LE CADRE JURIDIQUE DE LA REGULATION DE LA CONCURRENCE</i>	68
<i>Chapitre 1. L'influence du droit européen de la concurrence sur le droit tunisien et le droit français</i>	69
Section 1- Une législation nationale sur la concurrence sous influence internationale européenne : le cas tunisien	69
§1 – Une élaboration du droit de la concurrence sous influence économique interne	69
I- Une décision favorisée par le contexte de réformes économiques	70
A- La mise en place de différentes réformes économiques	70
B- Le soutien du droit de la concurrence aux différentes réformes économiques ...	77
II. L'émergence du cadre juridique de la concurrence	79
A- Avant la loi relative à la concurrence de 2015	79
B- Après la loi relative à la concurrence de 2015	85
§2- Une élaboration du droit de la concurrence sous influence juridique externe ..	90
I. Les textes européens de la concurrence comme source d'inspiration	90
A- Les raisons extrinsèques	90
B- Les raisons intrinsèques	91
II. Droit de concurrence et accord ALECA	92

A- Les implications juridiques du droit de la concurrence dans le cadre de l'Accord d'association entre la Tunisie et l'UE et ses Etats-membres	93
B- Le rapport entre le droit de la concurrence de l'Union européenne et le droit international	96
Section 2. L'adaptation nationale d'une législation européenne sur la concurrence : le cas français	97
I. L'implication d'une réforme juridique en matière de droit de la concurrence	97
A. Le rôle majeur de l'Etat français dans la réforme du droit de la concurrence	98
B. L'évolution progressive des réformes du droit de la concurrence	100
II. L'influence du droit antitrust américain sur le droit de la concurrence en France	102
A- Une influence du droit antitrust américain	102
a- Le modèle américain	103
b- Le droit de concurrence européen	105
B- Une préférence du modèle de droit de concurrence européen sur le modèle antitrust américain	109

Chapitre 2. Les modalités d'intervention de l'Etat dans le droit économique : étude comparative..... 113

Section1- L'omniprésence de l'Etat tunisien dans le droit économique avant et après la révolution	114
§1- Libéralisme contrôlé et régulation	114
I. Le libéralisme réformiste ou comment perpétuer l'Etat tunisien	114
A. Le libéralisme réformiste	115
B. Le libéralisme « contrôlé » : un commerce extérieur fortement contrôlé	122
II. Vers une tentative de régulation de la concurrence après la révolution de 2011... ..	128
A. Etat et droit de la concurrence à l'épreuve de l'accord d'association	128
B. Etat et droit de la régulation : la justification de l'intervention de l'Etat	130
§2 - Le contrôle à travers les entreprises publiques : le double visage des entreprises publiques	134
I. Identification des entreprises publiques	134
A. L'établissement public	134
B. Les sociétés	136
1- La société à capital entièrement étatique, société nationale	137
2- La société à capital majoritairement public, entreprise à participations publiques	137
i- La participation publique : seuil, utilité	138
ii- Nature des participations publiques	139
II. Le double visage des entreprises publiques	140
A- L'inévitable soumission aux contrôles publics	141
1- Les contrôles gouvernementaux	141
2- Le contrôleur d'Etat	143
3- Les contrôles des juridictions financières	143
4- le contrôle des commissaires aux comptes et des auditeurs	145
B- La difficile soumission aux contraintes de la concurrence	146
1- Des entreprises publiques en situation de monopole et de quasi-monopole	146
2- Le degré de l'ouverture du marché tunisien	148

3- Recommandation juridique de l'inefficacité de la politique de concurrence tunisienne face aux distorsions de marché	153
Section 2- L'intervention de l'Etat français : entre régulation et réglementation	155
§1- L'intervention concurrentielle de l'Etat et sa mise en œuvre	155
I- L'intervention concurrentielle de l'Etat.....	155
II- Application des règles de la concurrence aux autorités publiques.....	159
A- La remise en cause de l'interdiction de l'initiative publique d'entraver l'initiative privée	159
1- Evolution jurisprudentielle	160
2- Les deux conditions cumulatives	161
2.1- L'intérêt public.....	161
2.2- Critère de la carence de l'initiative privée	162
2.3- L'élargissement de la condition de l'intérêt public.....	163
B- Le déclin du critère lié à la « carence de l'initiative privée ».....	164
C- La modernisation du principe de liberté de commerce et de l'industrie : vers le changement du principe de non-concurrence au profit du principe d'égalité de concurrence.....	165
§2- Modalité d'intervention économique de l'Etat en France	167
I- Modalité d'intervention de l'opérateur public face au droit de la concurrence	167
A- Particularité statutaire et droit de la concurrence	168
1- Exemple statutaire	168
2- Appréciation des statuts.....	169
II- Modalité d'intervention des opérateurs publics et droit de concurrence.....	170
A. Le principe de subvention assurée par des opérateurs publics titulaires d'un monopole.....	171
B. Licéité de prix prédateur	171
Section 3- Un interventionnisme étatique durant la période de Covid-19 encadré par le droit européen.....	174
A- L'intervention étatique du cas français.....	174
B- L'intervention étatique du cas tunisien	178
Conclusion de la première partie.....	184
<i>Partie 2- LE CADRE INSTITUTIONNEL ET OPERATIONNEL DE LA REGULATION</i>	<i>186</i>
<i>Chapitre 1. Le cadre institutionnel de la régulation de la concurrence</i>	<i>186</i>
Section 1 : Les institutions publiques à vocation économique	187
§1 : Les institutions nationales.....	187
A- Les organes de décision	187
B- Les organes de conseil.....	189
C- Les organes de contrôle	191
§2- Les institutions européennes.....	193
§3- Les institutions locales.....	197
A- L'administration déconcentrée.....	197
B- Les collectivités territoriales	199
1- La région.....	201
2- Le département et la commune	203
Section 2- Les institutions d'organisation et d'accompagnement	205
§1- Les organismes ayant une mission d'organisation des professions.....	205

A- Les organismes d'intervention.....	206
B- Les ordres professionnels	207
§2- Les organismes d'accompagnement des professions	207
Section 3- Les institutions régulatrices de la concurrence en France	209
§1- L'Autorité de la concurrence, régulateur général de la concurrence	209
a- Les régulateurs de concurrence : un cadre rénové de l'intervention du pouvoir régalién	209
b- L'Autorité de la concurrence : une autorité administrative indépendante.....	211
c- L'Autorité de la concurrence, un outil de régulation	212
d- Le rôle prépondérant de l'Autorité de la concurrence durant la crise du Covid-19.....	214
e- L'Autorité de la concurrence et le nouveau défi dans le secteur numérique	217
§2- La DGCCRF, La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes	219
§3- Les régulateurs sectoriels de la concurrence.....	221
a- Le principe des régulations sectorielles.....	221
b- Exemple de régulation sectorielle	223
§4- Relation entre Autorité de la concurrence et régulation sectoriels	225
A- La distinction des deux autorités.....	226
B- La complémentarité des acteurs de régulation	227
a- Le dialogue des régulateurs.....	227
b- Les conflits entre régulateurs.....	230
Section 4- Les institutions régulatrices de la concurrence en Tunisie	232
§1- Le Conseil de la concurrence	233
A- La nature du Conseil de la concurrence	233
B- Le renforcement de la fonction consultative du Conseil	236
C- Un positionnement problématique du Conseil de la concurrence	239
D- Un positionnement problématique dans le paysage institutionnel comparé ..	243
§2- Le Ministère du commerce	245
§3- Le Tribunal administratif	246
§4- Les régulations sectorielles	247
a- Le rôle des régulateurs sectoriels.....	247
b- La relation entre régulateurs sectoriels et Conseil de la concurrence.....	251
<i>Chapitre 2- le cadre opérationnel de la régulation de la concurrence.....</i>	<i>253</i>
Section 1. La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : volet répressif de la régulation de la concurrence.....	253
§1- Les ententes	253
I- En droit Français.....	253
a- Concertation entre plusieurs entreprises.....	254
b- Une atteinte au marché	256
c- Tempérament.....	258
II- En droit tunisien	259
1- Les conditions de l'entente.....	260
a- L'action concertée, un caractère formel	260
b- Une atteinte au marché, un élément matériel	262
c- Les ententes prohibées	263
§2- Abus de position dominante.....	265
I- En droit français.....	265

a- Notion de position dominante.....	265
b- Notion d'abus.....	267
II- En droit tunisien	268
A- Les abus de domination.....	268
1- L'abus de position dominante.....	269
a- Les éléments constitutifs de domination	270
b- Les modes de détention de position dominante.....	271
c- L'abus.....	272
§ 3- Abus de dépendance économique.....	272
I- En France.....	273
a- Une dépendance économique.....	273
b- L'abus	274
c- Atteinte au marché.....	275
II- En Tunisie	275
§ 4- Les prix abusivement bas.....	277
Section 1. 2. Le régime juridique des pratiques anticoncurrentielles	280
§1- Les exemples de pratiques concurrentielles dans des secteurs spéciaux : un nouveau défi.....	280
I- Régulation du secteur bancaire	280
II- Pratiques anticoncurrentielle et secteur numérique, un débat récent.	282
1- Le droit de la concurrence et les Big tech	282
2- Les reformes juridiques relatives aux enjeux numériques de la concurrence.....	286
3- Le droit de la concurrence et les données personnelles	288
§2- Les exemptions et les sanctions.....	293
I- Les exemptions	293
1- Exemption individuelle.....	293
2- Exemption catégorielle.....	297
a) Contrats de distribution.....	298
b) Les accords de transfert de technologie	298
c) Les accords de spécialisation	299
II- Les sanctions entre opérateurs privés.....	299
a- Une mesure préventive avec le programme de <i>compliance</i>	299
b- Sanction prononcée par l'autorité de concurrence : <i>Public enforcement</i>	300
c- Sanctions civiles prononcées par les juridictions nationales : <i>Private enforcement</i>	304
III- La sanction des effets anticoncurrentiels des décisions de l'autorité publique	306
§3- L'application du droit de la concurrence sur certaines missions administratives	309
I- En droit Français.....	309
A- Le droit de la commande publique.....	309
B- La gestion du domaine public	312
II- Le marché public en Tunisie	313
§4- Le recours devant le Juge administratif	316
Section 2- Le contrôle des concentrations : volet préventif de la régulation de la concurrence.....	319
Section 2- 1- Le régime juridique français des concentrations.....	319
§1- Les règles de fond applicables au contrôle des concentrations	319
I- Le champ d'application	320

A- Aspects généraux du contrôle de concentration	320
B. Champ d'application du contrôle de concentration	322
1. Notion de concentration	323
a. La fusion	323
b. L'acquisition du contrôle d'une autre entreprise.....	323
2- Le partage des compétences européenne et nationale	324
a. Notion de dimension communautaire	324
b. Les aménagements	326
II- Les critères d'appréciation des concentrations	329
1. L'analyse classique développée en France	329
2. L'analyse développée dans l'Union européennes	330
a. Méthode de la Commission européenne.....	330
b. Autres éléments d'analyse	332
§2- Règles de procédure applicables au contrôle des concentrations.....	334
A. Ouverture de la procédure	334
B. Déroulement de la procédure	337
1- Phase 1 : l'examen normal	337
2- Phase 2 : l'examen approfondi	338
3- Sanction et suivi des opérations de concentrations.....	340
a- Les dérogations particulières	340
b- La sanction	340
c- Dossier de fusion TF1 et M6	342
Section 2- 2- Le régime juridique tunisien des concentrations	344
A- Principe général	344
B- Des critères similaires au droit français dans l'exercice du contrôle de concentration	347
1- Le champ d'application de la concentration	347
2- Le critère du seuil du contrôle de concentration	350
3- Analyse concurrentielle du Conseil de la concurrence tunisien	351
4- Similitudes des procédures de contrôle de concentrations	353
a- La notification des opérations de concentration	353
b- La procédure du contrôle de concentration	355
c- La concentration économique dans les régimes spéciaux	356
d- Sanction et engagements.....	358
Section 3. Le contrôle des aides publiques.....	360
Section 3.1. Notion et diversité des aides publiques.....	360
A- Définition de l'aide d'Etat et champ d'application	360
B- Les formes d'aides publiques.....	362
C- Critères de qualification d'une aide d'Etat	364
1- Une aide publique	364
a- Le critère de l'imputabilité à l'État	364
b- Le critère du financement octroyé au moyen de « ressources d'État »	365
2- Critère de sélectivité	367
3- Impact des aides publiques sur le commerce entre États membres	368
4- Atteinte à la concurrence.....	369
Section 3.2. Portée de la notion complexe d'aide publique	371
A- Intervention de la puissance publique dans le marché.....	371
B- Les conditions de compatibilité avec le Marché intérieur	372

1. Les dérogations prévues par le traité	373
a. Les dérogations de plein droit	373
b. Les dérogations facultatives	374
2- La politique de la Commission européenne	376
a. Encadrement des aides d'Etat	376
b. Les principes communs	379
c. Lignes directrices.....	380
Section 3.3. Cas du Service d'intérêt économique général (SIEG).....	381
1- La qualification de l'aide d'Etat	381
2- L'aide d'Etat sous forme de compensation de service public	385
3- Les compensations exemptées de notification à la Commission européenne.	386
II. Les règles de forme	387
A. La saisine de la Commission européenne.....	388
B. Le déroulement de la procédure	390
1. L'examen préliminaire.....	390
2. La procédure formelle	391
3. La portée de la décision	391
III- L'aide d'Etat en Tunisie.....	392
Section 3.4.- Le régime des aides publiques en situation d'urgence sanitaire (Covid-19)	395
A- La Réglementation <i>ad hoc</i> des aides Covid-19	395
B- Les effets pervers de l'assouplissement du contrôle des aides pendant la période Covid-19.	397
Conclusion de la seconde partie.....	400
Conclusion générale	402
Bibliographie	405