

LE DROIT DE LA CONCURRENCE TUNISIEN: DOIT-IL ETRE REFORMÉ?

MOUNIR BAATOUR

L'accord d'association tuniso - européenne comporte l'instauration d'une zone de libre échange industriel. Mais l'une des spécificités de cet accord international est qu'il tend aussi à promouvoir, parallèlement au libre échange, une zone de commerce dans laquelle la concurrence est encadrée et réglementée.

Les règles de cette « zone de concurrence » sont définies dans des termes très généraux et abstraits par le traité en ces articles 36, 37 et 38. Elles sont une transposition au niveau des échanges tuniso-européens des règles du droit de la concurrence dans l'Union européenne qu'il s'agisse des interdictions de comportements anti-concurrentiels des agents économiques objet directs de cet article (Ententes et l'abus de position dominante) ou de l'interdiction des aides et des subventions menaçant les conditions d'une concurrence équitable. Les dispositions concernant ces dernières ne font pas l'objet de la présente communication.

Cela étant, dans leur cadre actuel, ces dispositions sont trop générales pour recevoir une application concrète: elles sont sans sanction pour les opérateurs économiques. Ce sera au conseil d'association d'établir, probablement par le biais d'une décision (si l'on se réfère au cas de la Turquie), les modalités de mise en œuvre de ces règles lorsque, et si la nécessité s'en faisait sentir.

Fin septembre 2003, le conseil d'association tuniso - européen doit se réunir notamment pour examiner si l'adoption d'une réglementation relative à la mise en vigueur de ces règles de lutte contre les atteintes à la concurrence générées par les entreprises est « nécessaire », conformément à l'article 36, 3^o du traité d'association.

L'accord prévoit en effet que dans une période de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du traité, les mesures pertinentes doivent être adoptées par le conseil de l'association. Or, le traité est

entré dans sa quatrième année d'application et on peut s'interroger sur la nécessité, pour assurer une bonne gestion de l'association, de compléter les règles du traité par une décision du conseil d'association qui instituerait une autorité en charge de la gestion de la concurrence au niveau des échanges euro méditerranéens, un peu à l'image de la décision 99/1 du conseil d'association entre la Turquie et la Communauté européenne.

Cette décision du conseil d'association Turquie - Communauté européenne est la première décision d'un conseil d'association à l'union européenne sur ce thème en Méditerranée¹. Elle préfigure le rôle des conseils d'association dans l'ensemble des associations en Méditerranée en matière de concurrence.

Les enseignements que l'on peut en tirer sont les suivants : les responsabilités dédiées au conseil d'association avec la Turquie apparaissent comme éminemment importantes en ce qui concerne le contrôle des aides publiques et des subventions mais, le rôle de ce conseil d'association reste en retrait en ce qui concerne l'application des règles de la concurrence aux entreprises Turques.

En effet, en matière de règles de la concurrence applicables aux entreprises privées ou publiques, il n'est guère envisageable de doter l'association d'une structure qui se chargerait de contrôler l'application de ces règles et qui sanctionnerait les abus. De tels pouvoirs relèvent de pouvoir juridictionnels souverains. Or l'association à l'union européenne est une structure internationale fondée sur la coopération entre des partenaires souverains et non pas un processus d'intégration.

Dans ce contexte, c'est la Tunisie qui devra à terme se doter d'une législation interne, et d'une autorité pour les mettre en œuvre, qui garantisse que les entreprises opérants en Tunisie, respectent les

¹ Décision du conseil d'association Turquie - C.E. n°1/95 du 22 décembre 1995, J.O.C.E. n°L 35/15. Une décision assez comparable en matière de concurrence a été prise par la conseil d'association entre les C.E. et la Pologne le 16 juillet 1996, décision n°1/96 du 16 juillet 1996, J.O.C.E. n° L 208/24.

règles de la concurrence dans les rapports commerciaux avec l'union européenne.

L'objet de cet article est de faire le point sur l'évolution de la législation tunisienne de la concurrence et son état actuel pour évaluer la « nécessité » ou pas d'introduire des modifications supplémentaires pour assurer l'application des principes de concurrence définis par l'accord d'association.

Comme cela a déjà été indiqué précédemment nous avons limité notre étude à l'examen des règles de la concurrence qui encadre l'activité des opérateurs économiques en tant que telle. Nous ne traiterons pas ni des problématiques liées à l'interdiction de certaines formes d'aides publiques au-delà d'un délai de cinq ans d'entrée en vigueur de l'accord, ni des règles d'ajustement des monopoles commerciaux, ni de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par l'Etat à certaines entreprises.

La précision s'impose car il s'agit d'autres domaines que le conseil d'association doit évaluer avant la cinquième année suivant l'entrée en vigueur de l'accord d'association tuniso - européen.

Notre étude se propose de dresser un état des lieux de la législation tunisienne, avant d'envisager la nécessité ou non de faire évoluer cette législation pour plus de concordance avec la législation en vigueur dans l'union européenne.

I. ETAT DES LIEUX DU DROIT DE LA CONCURRENCE TUNISIEN:

La politique tunisienne de contrôle des pratiques concurrentielles est récente, puisqu'elle a été introduite par la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991². Elle s'est perfectionnée au travers de deux réformes dont les dispositions principales seront rappelées.

² loi n° 91-64 du 29 juillet 1991, J.O.R.T. n° 55

Les objectifs de cette politique sont bien connus. Il s'agissait au départ essentiellement de lutter contre le risque d'une inflation monétaire, toujours possible lors d'une libéralisation des prix.

Aujourd'hui, au-delà de cet objectif qui demeure prioritaire, cette politique s'intègre également dans une politique plus large de protection des consommateurs. Car la liberté du commerce et de l'industrie, et la concurrence instituées en 1991 ont induit de nouvelles méthodes de commercialisations, un recours accéléré à l'endettement de consommation, dont le législateur a dû se saisir pour en limiter les abus les plus criants.

L'instauration d'une liberté du commerce et de l'industrie:

Cette loi est fondatrice d'une nouvelle régulation de l'économie tunisienne: elle introduit une liberté d'entreprendre et du commerce (1), contrebalancée par l'interdiction de certaines pratiques anti-concurrentielles (2) et la création d'une commission de la concurrence qui est chargée de l'application de ces règles (3).

1. La loi du 29 juillet 1991 instaure une liberté des prix générale de tous les biens et services, prix déterminés par le libre jeu de la concurrence.

En étaient exclus quelques listes de produits limitatives. Ces listes de produits dont le prix restait réglementé ont été réduites progressivement et on peut affirmer sans réserve qu'une liberté effective et générale des prix existe en Tunisie depuis 1993 au moins³.

³ Le commerce de distribution est réglementé par la loi n° 44 -91 du 01 juillet 1991. Y échappe la distribution des produits pétroliers réglementée par la loi 44-93.

BEN AISSA M. "Le régime des prix et de la concurrence et des prix en Tunisie » R.I.D.E. n°3,1992, p 335.

CHIKHAOUI L « La liberté du commerce et de l'industrie à travers la nouvelle réglementation de la concurrence et des prix », A.J.T. 1993, n°7.

KRIBES ARBIAI JERBI Rym - « le régime juridique des réseaux de distribution » I.S.G. Tunis III, mémoire maîtrise 96-97.

2. Cette nouvelle liberté est réglementée sous deux aspects différents:

D'une part, la loi interdit des pratiques « *restrictives à la transparence des prix* » dont la constatation est confiée au agent du ministère du commerce, et la sanction prononcée par les juridictions pénales. En font partie le refus de vente, l'absence de publicité des prix, la vente à perte, les ventes liées....

Cette catégorie d'infraction n'est pas pris en compte par le droit communautaire de la concurrence. Elle est cependant profondément ancrée dans le droit français de la concurrence.

D'autre part, la loi prohibe deux catégories de pratiques « *anti-concurrentielles* » qui sont :

Les actions concertées et les ententes : les ententes ainsi interdites sont très largement définies et concernent aussi bien des accords commerciaux de distributions verticaux qu'horizontaux , les contrats de commercialisation et d'approvisionnement sous toutes leurs formes.

Fort opportunément, les ententes peuvent être justifiées lorsqu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique ou qu'elles procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

L'exploitation abusive d'une position dominante : cette dernière suppose non seulement une position dominante mais des faits objectifs et volontaires d'en user. Elle peut se caractériser notamment au travers d'accords de distribution aux conditions anormales.

Elles peuvent, comme les ententes être justifiées lorsqu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique ou qu'elles procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Ce n'est pas le cas en droit communautaire et français.

Ces dispositions s'inspirent très largement du droit français de la concurrence, fondé sur l'ordonnance du 29 octobre 1986, elle-même inspirée des concepts du droit communautaire de la concurrence.

3. Afin d'appliquer ces règles, la loi a institué une commission de la concurrence dont les modalités de composition et les pouvoirs sont exposés ci-après.

La commission était composée de cinq magistrats, 4 personnalités du monde économique, et deux personnalités exceptionnelles nommées par décret respectivement pour 5,4 et 6 ans⁴.

Les sanctions qu'elle peut prononcer sont importantes : une amende limitée à 5 % du chiffre d'affaire annuel écoulé de l'entreprise en cause, une fermeture provisoire d'établissement limitée à 3 mois. Elle a également un pouvoir d'injonction aux entreprises pour mettre fin aux pratiques anti-concurrentielles.

La commission est saisie, soit à la demande du Ministre chargé du commerce, soit des entreprises, des organisations professionnelles ou syndicales, les organismes ou groupement de consommateurs agréés ou par les chambres d'agriculture, ou de commerce et d'industrie ainsi que de toute entreprise économique.

La commission dispose également, en dehors de son pouvoir de contrôle, d'un rôle consultatif sur tout projet réglementaire que veut bien lui soumettre le Ministre de tutelle (Ministre chargé du commerce).

A ce stade, la commission de la concurrence apparaissait comme une émanation du Ministère du commerce. En effet :

Seul le secrétaire de la commission avait un poste permanent. La commission ne disposait pas d'un budget autonome.

⁴ BEN FRADJ «La commission de la concurrence», A.J.T. n°7 1993, acte du colloque du 13 janvier 1993, p 35

Son caractère juridictionnel était discuté : ses « décisions » étaient contestables par un pourvoi en cassation devant le tribunal administratif de Tunis, ce qui semblait refléter son caractère d'autorité administrative⁵.

L'ensemble de l'instruction des affaires est confié à des rapporteurs, fonctionnaires du Ministère du commerce.

C'est l'une des critiques principales qui a conduit à des aménagements en 1995 pour affirmer un peu plus le caractère juridictionnel de la commission de la concurrence rebaptisée « conseil » de la concurrence.

La loi du 24 avril 1995 : La réforme préparant à l'ouverture internationale:

La loi du 24 avril 1995⁶ traduit la préparation de la Tunisie à l'ouverture de son économie interne à la concurrence internationale et notamment aux produits européens.

C'est en préparation de ces nouvelles contraintes que la Tunisie a adapté ses institutions. Mais, plusieurs amendements au projet de loi ont réduit « la lisibilité » de la réforme. Sur le projet initial du gouvernement se sont greffés des problématiques des professionnels qui ont aboutis à l'interdiction des accords de représentation commerciale et de concession exclusifs, interdiction encore contestée aujourd'hui, comme cela sera précisé.

1. Tout d'abord, la commission de la concurrence a fait place au Conseil de la concurrence.

⁵ AOUIJ Mrad « Les problèmes de procédures spécifiques du droit de la concurrence » acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995 du C.E.J.J. Tunis BEN FRADJ « La commission de la concurrence », A.J.T. n°7 1993, acte du colloque du 13 janvier 1993, p 35

⁶ Loi n° 95-42 du 24 avril 1995, J.O.R.T. N° 35

La loi s'est limitée à qualifier le conseil de la concurrence de « commission » au moment même ou elle changeait son appellation.

La doctrine⁷ s'accorde à qualifier cet organe de « juridictionnel » notamment par l'adoption d'une procédure de récusation de tout membre du conseil. La procédure fait une place relativement limitée aux droits de la défense : les séances du conseil ne sont pas publiques mais la partie en cause dispose d'un droit d'accès au dossier. On aperçoit également dans les quelques règles de procédure les prémices d'une procédure juridictionnelle.

Le conseil comporte désormais treize membres dont 7 magistrats. Le Président et deux vices Présidents sont nommés à temps complet à ces postes. Le Conseil dispose également d'un budget propre ce qui garanti la continuité de ses travaux.

Comme précédemment, l'instruction des affaires est confiée à des rapporteurs, la nouveauté résultant du fait qu'il peut s'agir de contractuels qui ne sont pas fonctionnaires du corps A, et qui disposent donc d'une compétence et d'une approche professionnelle.

Le Conseil travaillait en sections de quatre membres, dont la composition était arrêtée par le Président du conseil.

Toutefois, comme cela va être précisé ultérieurement, la doctrine a relevé des lacunes dans l'organisation du conseil de la concurrence que la loi du 10 mai 1999 a tentée de combler. On doit noter dès à présent que la doctrine est assez divisée sur la vision de ce que doit être le Conseil de la concurrence « idéal ».

⁷AOUIJ Mrad « Les problèmes de procédures spécifiques du droit de la concurrence » acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995 du C.E.J.J. Tunis.

BOUZRARA E. « De la commission au conseil de la concurrence », acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995.

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.

Une partie de la doctrine⁸, ou même d'anciens membres du corps des magistrats, considère que le conseil de la concurrence doit à terme se présenter comme une juridiction indépendante avec toutes les garanties que cela comporte, et notamment de lisibilité et de prévisibilité de l'interprétation du droit de la concurrence.

Une autre partie de la doctrine⁹ considère que le conseil de la concurrence doit traduire une conception du « monde professionnel et des affaires », conception qui suppose évidemment de confier aux acteurs du monde professionnels une part déterminante dans la composition et le fonctionnement du conseil de la concurrence. Elle considère dès lors que les modalités du choix des membres du conseil de la concurrence donne encore un rôle excessivement important à l'administration. La participation de personnalités du monde économique au conseil demeure à cet égard réduite.

2. Cette loi a institué également un mécanisme de contrôle préalable des concentrations qui s'explique également dans le contexte d'une ouverture internationale:

Les opérations de concentrations sont soumises à une notification préalable du projet de concentration au Ministre chargé du commerce. Le silence gardé pendant trois mois vaut acceptation tacite de l'opération.

Les opérations de concentrations sont assez largement définies par le texte, mais le contrôle ne porte que sur des entreprises représentant plus de 30 % du marché sur lequel elles opèrent. Ce

⁸ AOUIJ Mrad « Les problèmes de procédures spécifiques du droit de la concurrence » acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995 du C.E.J.J. Tunis.
BOUZRARA E. « De la commission au conseil de la concurrence », acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995.

GUIGA J. « Evolution du droit de la concurrence en droit tunisien, acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995.

⁹ 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.

seuil peut paraître élevé. Il est en fait assez faible si l'on prend en compte l'exiguité du marché tunisien.

Les critères de ce contrôle demeurent largement politiques et ne sont pas définis par la loi. Le conseil de la concurrence n'est consulté dans ce cas que sur la demande du Ministre du commerce.

La doctrine¹⁰ s'est interrogée sur le point de savoir si un contrôle des concentrations était opportun à ce stade de développement du capitalisme tunisien et du droit de la concurrence national, encore très récent. Il est en effet indubitable qu'un contrôle des concentrations mal géré peut nuire au développement des entreprises tunisiennes et à leur compétitivité.

En fait, l'une des raisons majeures de ce contrôle résulte probablement d'une crainte de l'Etat tunisien de prise de positions dominantes par de grands groupes internationaux, du fait de la libéralisation des échanges internationaux de biens et de capitaux.

C'est dans ce contexte que les bases d'un contrôle des concentrations pouvait paraître opportun dans le cadre et en contre partie d'une plus grande ouverture internationale.

3. En troisième lieu, la loi a tenté de prendre en considération des préoccupations et les craintes du monde professionnel, au travers deux nouvelles interdictions :

Tout d'abord, la vente d'objets d'origine inconnue a été incriminée pour faire face à la multiplication des réseaux d'écoulement de produits de l'économie informelle. Il s'agissait d'éviter une concurrence déloyale du secteur informel aux produits de l'économie légale, destructrice d'entreprises et d'emplois.

En second lieu, les accords de concessions et de représentation commerciale exclusifs ont été prohibés et ceci « *dans tous les cas* ».

¹⁰ SIALA K. « Le contrôle des concentrations en Tunisie et dans l'union européenne », mémoire de D.E.A., 1997

Cet apport au projet initial du gouvernement a été justifié¹¹ par la crainte que la libéralisation du commerce extérieur de la Tunisie permette à des opérateurs étrangers et à leurs partenaires tunisiens de profiter de situation « de rente », en bénéficiant manière exclusive de cette libéralisation extérieure, et qui refuseraient aux autres opérateurs de distribuer leurs produits en se fondant sur ces accords.

On a aussi avancé¹² que de tels accords pourraient nuire à des entreprises tunisiennes disposant de licences de fabrication, sans que le lien entre ces deux choses n'ait été clairement démontré.

Quoi qu'il en soit, une interdiction aussi générale et catégorique a été critiquée par la doctrine¹³ qui y a vu le retour d'une réglementation peu libérale.

Plus encore, la doctrine s'est interrogée de manière unanime sur l'efficacité réduite de cette interdiction. Ces contrats peuvent en effet être rédigés dans des pays tiers et les parties peuvent soumettre leurs relations au droit étranger de leur choix, contournant ainsi l'interdiction tunisienne.

De même l'interdiction des refus de vente générés par de tels accords dans des pays étrangers est parfaitement hypothétique. Or, très souvent, c'est à l'étranger que les produits seront refusés à la vente à un distributeur potentiel, et l'interdiction tunisienne ne lui est alors d'aucun secours si le droit national du pays ou le refus de vente s'est réalisé admet de tels accords exclusifs et leur reconnaît le caractère de fait justificatif en cas de refus de vente.

Compte tenu de ces critiques, la loi du 10 mai 1999 parachève cette évolution, sans pour autant lever l'ensemble des ambiguïtés sur

¹¹Travaux préparatoires de la loi n° 35 du 18 avril 1995, J.O.R.T. p 38 et suivants.

¹² BEN SALAH H. « Les pratiques contractuelles en droit de la concurrence tunisien », acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995.

¹³ 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.

l'organisation des autorités en charge de la surveillance de la concurrence en Tunisie.

Une retouche du dispositif : la loi du 10 mai 1999.

La loi du 10 mai 1999¹⁴ s'est attaché à améliorer l'efficacité des travaux du conseil de la concurrence, notamment du fait de certaines lacunes du texte précédent. Elle a également complété la définition des pratiques anti-concurrentielles interdites par la loi, à l'image du droit français de la concurrence en élargissant notamment l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché.

1. La structure du conseil est améliorée :

La réforme a cherché à donner au conseil les moyens d'un travail efficace notamment au travers des évolutions suivantes ¹⁵:

la nomination d'un rapporteur général qui assure le suivi, la coordination et la supervision des travaux des rapporteurs, et qui de ce fait décharge le Président du conseil du travail de l'instruction des affaires. Cela étant, les actes d'instruction se font toujours sous le sceau du Président.

La nomination d'un commissaire du gouvernement : cette modification est particulièrement révélatrice d'une transformation du conseil en organe juridictionnel. Elle implique qu'en matière de droit de la concurrence, ce ne sont pas seulement les intérêts des parties qui sont en jeu mais également l'ordre public. Cet ordre public est défini par le Ministère du commerce et notamment la direction générale de la concurrence et des prix.

La nomination d'un secrétaire permanent qui est chargé de la réception des requêtes, et de la tenue des dossiers.

¹⁴ Loi 99-41 du 10 mai 1999 n° 99-41, J.O.R.T. n°40

¹⁵ JAIDANE R « L'évolution du droit tunisien de la concurrence à la lumière de la réforme du 10 mai 1999 », R.T.D. 2000, p 235-253.

Le fonctionnement du conseil a été également réformé dans les sens suivants:

Les règles de compétences, de quorum et de session du conseil en assemblée plénière sont précisées. Relèvent de sa compétence notamment les décisions sur renvoi après cassation du tribunal administratif. Ne peuvent alors participer à la formation de jugement les membres qui ont connu de l'affaire et rendu l'arrêt cassé.

Les sections du conseil sont composées de 5 membres et non plus 4 membres. Cela permettra d'éviter à l'avenir le partage des voix entre des membres disposent tous d'une voix.

Les droits de la défense sont renforcés (droit d'accès au dossier, droit de représentation à l'audience par un avocat ou un « conseiller ») mais les parties ont un délai de un mois pour faire valoir leurs observations sur le rapport du rapporteur de l'affaire, ce qui est un facteur de célérité.

Des causes d'irrecevabilité de la requête initiale sont énumérées. On y trouve l'incompétence du conseil pour les faits saisis, et le manque d'élément de preuve annexée à la requête initiale.

Egalement sont à noter:

- l'institution d'un rapport annuel d'activité du conseil de la concurrence qui comporte en annexe les décisions rendues et qui est publié
- l'extension des pouvoirs consultatif du conseil de la concurrence qui peut être saisi non seulement par le Ministère du commerce mais également par le gouvernement, les organisations professionnelles ou syndicales, les organismes ou groupement de consommateurs agréés, les chambres d'agriculture ou de commerce et d'industrie

2. La définition des pratiques anti-concurrentielles a été modifiée :

Tout d'abord, l'interdiction si contestée des accords de représentation commerciales et de concession exclusifs, a été atténuée.

Désormais, « *dans des cas exceptionnels* » de tels accords peuvent être autorisés par le Ministre du commerce. Ils demeurent en principe totalement interdits.

Cette nouvelle disposition n'est pas sans soulever des difficultés sur la date à laquelle le Ministre doit en être saisi, et sur les critères particulièrement flous dans lesquelles certains contrats seront autorisés ou pas par le Ministre chargé du commerce.

Certes, le conseil de la concurrence doit être consulté par le Ministre du commerce, mais il s'agit d'un avis consultatif, qui n'a donc pas à être pris en compte par le Ministre.

En second lieu, cette réforme introduit dans le droit positif tunisien la notion d'« abus de dépendance économique », en parallèle à « l'abus de position dominante » déjà incriminé comme pratique anti concurrentielle.

Sont ainsi expressément visés comme pratiques anti concurrentielles : « *l'exploitation ... d'un état de dépendance économique dans le quel se trouve une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution alternatives pour la commercialisation, l'approvisionnement ou la prestation de service.* »

Cette nouvelle disposition traduit évidemment la création de réseaux de grande distribution disposant de pouvoirs très importants par rapport aux autres opérateurs économiques, ce qui est un fait relativement récent en Tunisie.

Toutefois, cette évolution des réseaux de distribution et des rapports de production s'accompagne également d'une profonde

évolution des rapports de consommation, dont témoignent les réformes du droit de la consommation.

La genèse d'un droit de la consommation :

Certaines pratiques restrictives, telles le refus de vente, l'absence d'étiquetage des produits ont une incidence sur les rapports de consommation, et sur les droits de consommateurs mais, il a fallu attendre la loi du 7 décembre 1992¹⁶ pour qu'une obligation générale de sécurité des produits sur le marché soit établi par un texte.

Cette réforme a également conduit à la création d'un conseil national de protection des consommateurs et crée un agrément spécifique des associations de consommateurs auxquelles la loi réserve certaines prérogatives.

Ce texte est cependant devenu tout à fait insuffisant pour lutter contre de nouvelles pratiques de vente, plus élaborées et notamment par les mécanismes de ventes à crédit et de vente par correspondance ou démarchage.

La loi du 2 juin 1998 n° 98-40 a introduit en ce sens des dispositions protectrices suivantes qui encadrent les techniques de ventes autorisées :

- la réglementation des soldes, liquidations, promotions
- l'interdiction de la vente hors locaux commerciaux
- la réglementation de la vente à distance: le contrat n'est alors conclu que dix jours ouvrable après l'établissement du bon de commande. Le consommateur peut renoncer dans ce délai à la commande par envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Le consommateur dispose d'un délai de dix jours à compter de la livraison pour renvoyer le produit.
- La réglementation de la publicité

¹⁶ Loi n° 92-117 du 07 décembre 1992, J.O.R.T. n° 83

Ces interdictions sont sanctionnées par des infractions pénales dont la poursuite est confiée aux agents du contrôle économique, les officiers de police judiciaire et les agents de la réglementation municipale.

On peut cependant penser qu'au-delà de l'évolution du droit de la concurrence sous sa forme la plus classique, c'est le droit relatif à la protection du consommateur qui constitue désormais l'un des axes prioritaire de l'évolution législative du droit tunisien.

En témoigne la loi sur la vente à tempérament qui interdit les taux d'intérêts excessifs, c'est-à-dire supérieur de plus du tiers au taux interbancaire garanti.¹⁷

Dans ce contexte, notre étude tente de présenter notre position sur les adaptations qui peuvent se révéler nécessaires du droit de la concurrence tunisien.

II. ADAPTATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DE L'ASSOCIATION AVEC L'UNION EUROPEENNE:

La nécessité d'adaptation du droit tunisien peut être posée comme une question purement technique d'amélioration de l'efficacité actuelle du droit tunisien de la concurrence, ce qui nous amène à présenter des limites actuelles d'un droit qui est, certes, toujours perfectible. Mais cette approche purement technique nous semble assez simpliste au regard du contexte actuel tunisien, qui explique d'ailleurs, qu'après une phase d'approfondissement du droit de la concurrence tunisien il existe une certaine réserve des pouvoirs publics sur une plus grande autonomie du conseil de la concurrence par rapport au ministère du commerce.

¹⁷ Loi n° 99-64 du 11 juillet 1999

A. Des propositions d'amélioration technique du droit de la concurrence:

On peut distinguer en la matière les règles de fonctionnement du conseil de la concurrence, et les règles de fond.

1. Amélioration des règles de fonctionnement du conseil de la concurrence :

Les textes n'ont cessé d'améliorer certains aspects du fonctionnement du conseil de la concurrence. Toutefois, la doctrine n'a pas été entendue pour l'ensemble de ses propositions. Nous en relèverons les principales.

Premièrement, pour une partie de la doctrine, la saisine d'office du conseil de la concurrence reste trop limitée.

En effet, le conseil de la concurrence peut se saisir depuis 1999, en cas de retrait de la requête par les parties et au cas où les investigations dans une affaire pendante devant le conseil font apparaître d'autres pratiques suspectes sur un marché en relation directe avec l'objet de l'enquête.

Ces deux hypothèses de saisine d'office visent à éviter des arrangements entre parties, et la limitation par les parties des investigations du conseil alors que les pratiques anti-concurrentielles concernent l'ordre public.

En tant que tel, le pouvoir de saisine d'office du conseil demeure extrêmement limité.

Faut-il pour autant l'accroître au delà comme le suggère une partie de la doctrine, qui considère que cela donnerait plus d'autonomie au conseil de la concurrence?

Notre réponse est partagée dans la mesure où la saisine du conseil est relativement large, toute entreprise pouvant le saisir d'une requête.

Une ouverture trop large de la saisine d'office du conseil risque de conduire à des atteintes aux libertés individuelles dans la mesure où le conseil dispose d'importants pouvoirs d'investigation, de visites des entreprises, de demande de communication de tous documents.... Ces pouvoirs nous semblent très intrusifs si les recherches des rapporteurs ne reposent pas sur des éléments concrets et si la saisine du conseil n'est plus gouvernée par un élément déclencheur telle l'initiative d'une partie victime ou du Ministre du Commerce.

On peut de plus douter de l'efficacité d'un tel système car le conseil de la concurrence n'a aucun moyen en relation avec la recherche des infractions. Il demeure en cela tributaire du ministère du commerce.

En conséquence, l'ouverture large des parties pouvant saisir le conseil nous incite à penser que l'ouverture plus large de la saisine d'office par le conseil de la concurrence n'a pas l'intérêt que lui porte une partie de la doctrine.

En second lieu, la doctrine considère également que le recours en cassation devant le tribunal administratif de Tunis n'est pas adéquat, et ne constitue pas une garantie suffisante des droits des parties.

Il est exact que la compétence du tribunal administratif est en principe limitée à l'examen des litiges opposant une administration publique à une personne privée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

On peut également s'interroger sur la formation des magistrats à la spécificité de cette matière, et sur la difficulté qui pourra en résulter dans l'interprétation de leur décisions. Cette remarque doit être tempérée car la composition du conseil de la concurrence fait déjà une place importante aux magistrats de l'ordre administratif (magistrats de la cours de comptes et du tribunal administratif)

De même il s'agit d'une procédure de cassation, qui implique que l'affaire est rejugée en session plénière par le conseil de la concurrence. Ce recours est donc composé d'un seul degré de

juridiction, et ce malgré les sanctions très importantes qui peuvent résulter de ces décisions.

Si l'activité du conseil de la concurrence s'accroît, il nous semble que l'introduction d'un second degré de juridiction, confiée à une juridiction de l'ordre judiciaire est souhaitable. Il serait envisageable dans ce cas que la section commerciale du tribunal de première instance de Tunis soit compétente en appel des arrêts du conseil de la concurrence.

En troisième lieu, dans son rapport de 1999, le conseil de la concurrence proposait à terme l'introduction d'une procédure de « filtrage » des requêtes.

Sans contester l'intérêt pratique qui peut résulter d'un rejet rapide des demandes abusives pour permettre au conseil un examen approfondi des situations qui le méritent, une telle procédure risque de conduire à la possibilité de déni de justice, et à un rejet quasi systématique des requêtes des entreprises privées.

Déjà le texte de 1999 introduit comme cause d'irrecevabilité « *les requêtes qui ne sont pas appuyées par des éléments de preuve* ». Or, une telle expression est sujette à deux interprétations.

Dans un premier sens, la requête est irrecevable lorsque elle ne comporte pas « *des éléments préliminaires de preuve* » au regard de l'article 11 de la loi de 1991. L'irrecevabilité est dans ce cas liée à l'absence de documents matériels. C'est en ce sens que le texte devrait être interprété en conjonction avec l'article 11 de la loi du 29 juillet 1991, car la réforme de 1999 ne modifie pas les conditions dans lesquelles les entreprises privées peuvent saisir le conseil de la concurrence.

Dans un second sens, l'appui sur des éléments de preuve (non préliminaires) suppose un examen au fond des éléments présentés par les parties. Dans ce dernier cas, le conseil de la concurrence peut rejeter sans réel examen et sans désignation d'un rapporteur les requêtes fondées sur des éléments *jugés* insuffisants.

Une telle évolution, si elle se confirmait, conduirait en réalité à rendre très difficile toute saisine du conseil de la concurrence par une entreprise privée. En effet, il convient de rappeler que les parties privées n'ont pas les moyens d'investigations du Ministère du commerce et du conseil de la concurrence et qu'elles sont souvent incapables de présenter des preuves des agissements en cause.

En quatrième lieu, la doctrine considère également que si il est logique d'introduire des causes d'irrecevabilité des demandes, la liste de celle ci est incomplète.

On relèvera a cet égard, qu'effectivement, ont été omises:

d'une part la prescription, alors que la loi prévoit que toutes pratiques antérieures de plus de trois ans aux poursuites ne peut entrer dans les préventions

d'autre part, le défaut de qualité à agir du requérant : car si la saisine du conseil de la concurrence est largement ouverte, elle demeure limitée aux opérateurs économiques

Si donc une réforme devait intervenir il conviendrait d'enrichir la liste des causes d'irrecevabilité des requêtes pour la prescription et le défaut de qualité à agir.

Les modifications des textes de fond:

Pour l'essentiel, la doctrine vise à préciser les pratiques anti-concurrentielles dont le contenu apparaît flou. On devra ajouter un mot sur la modification de l'interdiction des accords de représentation commerciale et de concessions exclusifs.

Un grand nombre des recherches universitaires menées sur le droit de la concurrence tunisien concluent¹⁸ que le droit tunisien est

¹⁸ DRIDI H « L'abus de position dominante en droit tunisien de la concurrence », mémoire D.E.A. Sfax, 1999. JAIDANE R « L'évolution du droit

encore en cours d'élaboration, que ses solutions sont peu stables, par manque de jurisprudence. Une partie des auteurs en tire la conclusion que le législateur devrait encore préciser le contenu des ententes interdites et les hypothèses d'abus de position dominante.

Cela ne nous semble pas justifié, car c'est justement à travers la pratique que les concepts législatifs doivent être précisés et non par des énumérations plus nombreuses, plus complexes ... alors que l'application des textes est encore assez peu fréquente.

Nous pensons que la loi tunisienne établit des concepts suffisamment clairs, et suffisamment connus d'autre droits européens pour pouvoir être appliqués comme tels.

S'agissant de l'interdiction des accords de concession et de représentation commerciale exclusive, une évolution législative nous semble en revanche souhaitable.

En effet, après avoir interdit totalement ces accords en 1995, le législateur a ouvert la faculté au Ministre du commerce de valider certains accords sur des critères non définis. La loi ainsi créé une disparité entre concurrents sans critère objectif, ce qui n'est pas compatible avec son esprit.

Certes, en droit européen de la concurrence, un système assez comparable existe puisque certaines catégories d'accord inter entreprises sont interdits sauf si ils bénéficient d'une exemption par catégorie ou d'une exemption individuelle octroyée par la commission européenne.

Cependant, ce système n'a pas les mêmes inconvénients car, les exemptions par catégories sont strictement définies et reposent sur des critères abstraits parfaitement connus, -ce qui n'est pas le cas

tunisien de la concurrence à la lumière de la réforme du 10 mai 1999 », R.T.D. 2000, p 235-253.

JOUIN K., « Le droit de la concurrence et la répression des abus de liberté », Mémoire D.E.A. Tunis II, 1996

des « exceptions » en droit tunisien-, et les exemptions individuelles, en dehors du fait qu'elles se réfèrent à une pratique homogène de la commission européenne, résultent de la décision d'une institution indépendante.

Pour ces raisons on pourrait imaginer l'évolution suivante de la législation tunisienne:

Une notification préalable au Ministre du commerce de tout accord de représentation commerciale exclusive ou de concession exclusive serait obligatoire sous peine de nullité. Le Ministre du commerce disposerait alors d'un délai de trois mois pour soulever l'irrégularité de l'accord en question s'il l'estimait nécessaire. Au-delà de ce délai, la loi présumerait de l'acceptation tacite du Ministre et la validité de l'accord. L'accord pourrait toujours faire l'objet de poursuites devant le conseil de la concurrence au titre des ententes illicites et s'il en réunissait les conditions ; mais il serait valide sauf opposition expresse du ministre exprimée dans le délai de trois mois.

Mais au-delà de ses améliorations techniques, la question de l'importance du développement d'une politique de la concurrence dès les prémises d'une zone de libre échange doit être formulée.

En effet, l'adoption d'un droit de la concurrence très développé se pose t'il comme un élément indispensable du libre échange entre l'Europe et la Tunisie à ce stade de leurs relations ?.

B. De la « nécessité » et du caractère prioritaire d'aller au-delà des réformes actuelles:

Comme nous l'avons relevé, le traité d'association ne fixe aucune obligation claire en la matière pour le droit tunisien, sauf si des distorsions de concurrence notoires apparaissaient dans les échanges entre l'Union européenne et la Tunisie.

Ce n'est pas le cas à l'heure actuelle, et il ne semble pas que la question de la mise en place de dispositions de fond spécifiques pour l'association avec la Tunisie soit envisagées.

Il est probable qu'à terme un dispositif comparable à celui organisé par le conseil d'association entre la Pologne et les C.E. soit mis en place. Il comporterait:

une information mutuelle du conseil de la concurrence tunisien et de la commission européenne sur toute enquête ou pratique susceptible de concerner l'autre partie

un droit d'expression d'avis des deux parties dans les procédures de contrôle de concentration engagée par l'autre partie et affectant particulièrement son économie

un règlement établissant les critères de compétence entre les deux autorités et leur collaboration dans les enquêtes

La question qui se pose est donc essentiellement celle de savoir si, avec son dispositif législatif actuel, l'économie tunisienne assure une répartition adéquate des ressources tirées de la libéralisation des échanges qui lui permette de poursuivre ses réformes.

Il est incontestable que la libéralisation des prix est intervenue en Tunisie dans un contexte de faible inflation, inflation qui est aujourd'hui largement maîtrisée malgré des taux de croissance économique forts.

Il s'agit là d'un premier indice, qui démontre qu'un contexte de concurrence existe bien en Tunisie¹⁹, et que les textes actuels ainsi que le contrôle du Ministre du commerce sur les pratiques commerciales demeure particulièrement attentif ;(et ce même si le calcul du taux d'inflation est tributaire de la consommation moyenne du ménage tunisien rural et citadin, ce qui ne tient pas nécessairement compte d'une part des nouveaux services et des nouvelles consommations, et d'autre part d'une disparité plus grande de la consommation entre les ménages de la classe moyenne et ceux de la classe supérieure).

Mais cette apparente réussite cache un paradoxe.

¹⁹ BEN FRADJ « Politique de concurrence : objectifs et contraintes », Conjoncture n°205, oct/sept 1997, p 16-26

Car, les statistiques des infractions en matière de contrôle des prix opérés par le Ministère du commerce traduisent une situation déséquilibrée. *En fait, plus de 90 % des infractions constatées sont des infractions relatives aux prix ou aux pratiques restrictives de vente.* Les pratiques anti-concurrentielles poursuivies (ou découvertes) sont rares.

Les saisines du conseil de la concurrence sont encore plus rares. Les chiffres sont ainsi les suivants : le conseil de la concurrence n'a été saisi depuis sa création en 1995 que d'une quarantaine de requête alors que les infractions économiques constatées dépassent chaque année le nombre de 3000²⁰.

Cette analyse statistique permet donc de s'apercevoir, que le droit des pratiques anti concurrentielles n'occupe en Tunisie encore qu'une place réduite et que sa mise en œuvre est rare (même si les litiges sont alors très importants), et cela à cause des techniques de distributions qui demeurent encore assez archaïques.

Car si le groupe Carrefour s'est installé en 2002 à Tunis, et si les dernières années ont vu l'apparition de quelques chaînes de distribution, leur développement est récent et centré sur quelques centres urbains²¹.

Compte tenu de l'état de développement des réseaux de distribution en droit tunisien, le droit tunisien de la concurrence nous semble correspondre aux besoins de l'économie et à la situation réelle du pays.

Ainsi, une réforme supplémentaire du droit de la concurrence en Tunisie n'aurait probablement pas d'effet économique important sur une meilleure organisation économique.

²⁰ A titre de repère il y a en Tunisie 200000 points de vente, dont 10 % de gros, et 50 % sont alimentaires.

²¹ Collectif - « la maîtrise des prix et la préservation du pouvoir d'achat des consommateurs au centre des préoccupations des pouvoirs publics », Conjoncture n° 201-1996, p 18-21. Collectif - « consommation : un modèle en mutation », Conjoncture n° 225-2003, p 8-10. Collectif - « commerce de distribution », Conjoncture n° 218-2001.

En revanche, les besoins d'évolution de la législation se font sentir dans deux autres domaines.

D'une part en matière de protection des consommateurs, une vigilance accentuée devrait porter dans les adaptations des législations des pays associés aux moyens de limiter le phénomène d'endettement massif des ménages. En Tunisie, une récente loi tente d'endiguer le phénomène en interdisant notamment les intérêts excessifs. La réflexion doit également porter sur d'autres mécanismes qui sanctionneraient économiquement le vendeur-prêteur dans les cas de prêt à des ménages déjà surendettés.

D'autre part, les difficultés financières du groupe BATAM ont clairement manifesté les excès d'un recours au crédit fournisseurs par certains groupes d'entreprises. C'est un second domaine dans lequel des solutions prudentielles doivent être avancées car, si le groupe BATAM est à l'heure ou nous écrivons ses lignes « sauvé » aux termes d'une procédure de conciliation avec ses créanciers, cette affaire a permis de mettre en exergue les dangers que de tels excès peuvent faire courir à des secteurs entiers de l'économie²². On n'ose à peine imaginer ce qui se serait produit si la Tunisie n'avait pas adopté, il y a sept ans déjà une loi sur le redressement des entreprises en difficulté économique.

CONCLUSION

Dans le cadre des accords d'association en Méditerranée, l'union européenne a tendance à favoriser l'apparition d'une législation réglementant la concurrence et sanctionnant les pratiques anti concurrentielles.

En Tunisie, cette législation s'est développée, avant même la conclusion de l'accord de libre échange avec les Communautés européennes, dans le cadre de l'institution d'une liberté générale des prix.

²² La Presse de Tunisie, page économie du 3 septembre 2003, « Le sauvetage de BATAM un cas d'école » VII

Elle est aujourd'hui suffisante pour répondre aux besoins des relations économiques avec l'Europe. En effet, le droit des pratiques anti concurrentielle reste un droit « d'exception » par rapport aux principaux problèmes des réseaux de distribution en Tunisie.

En revanche le développement des nouvelles méthodes de vente, l'endettement des ménages appellent une meilleur équilibre des relations entre professionnels et consommateurs. De plus, le crédit inter entreprise pose de nouveaux défis dans un contexte où les entreprises sont tributaires de leurs clients, et dans un système économique et traditionnel qui a longtemps été habitué à reposer sur « des crédits informels ».

A cet égard, il n'est pas sur que la politique de la communauté qui insiste d'avantage sur la mise en place dans les Etats associés d'un droit de la concurrence que d'un droit de la consommation et du crédit interentreprises ne conduise, dans certains cas à des dérapages dangereux y compris pour le processus d'association. Car une grande concurrence dans un contexte libéral absolu peut engendrer des comportements excessifs des opérateurs économiques guidés par la nécessité de survie, et pas exclusivement au seul détriment de leurs concurrents.

BIBLIOGRAPHIE

ATTMADI « la concurrence déloyale dans la loi n°64 du 29 juillet 1991 », R.T.D. juillet 1993, p 7-32.

AOUIJ Mrad « Les problèmes de procédures spécifiques du droit de la concurrence » acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995 du C.E.J.J. Tunis.

BEN AISSA M. «Le régime des prix et de la concurrence et des prix en Tunisie » R.I.D.E. n°3,1992, p 335.

BEN FRADJ « Politique de concurrence: objectifs et contraintes », Conjoncture n°205, oct/sept 1997, p 16-26.

BEN FRADJ « La commission de la concurrence », A.J.T. n°7 1993, acte du colloque du 13 janvier 1993, p 35.

BEN SALAH H. « Les pratiques contractuelles en droit de la concurrence tunisien », acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995.

BOUZRARA E. « De la commission au conseil de la concurrence », acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995.

CHIKHAOUI L « La liberté du commerce et de l'industrie à travers la nouvelle réglementation de la concurrence et des prix », A.J.T. 1993, n°7.

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 H « L'abus de position dominante en droit tunisien de la concurrence », mémoire D.E.A. Sfax, 1999.

GUIGA J. « Evolution du droit de la concurrence en droit tunisien », acte du colloque des 16 et 17 novembre 1995.

JAIDANE R « L'évolution du droit tunisien de la concurrence à la lumière de la réforme du 10 mai 1999 », R.T.D. 2000, p 235-253.

JOUIN K., « Le droit de la concurrence et la répression des abus de liberté », Mémoire D.E.A. Tunis II, 1996.

KALLEL S.- « La protection du consommateur à travers la loi 91-64 du 29 juillet 1991 relative aux prix », sciences juridiques 1992.

KRIBES ARBIAI JERBI Rym- « le régime juridique des réseaux de distribution » I.S.G. Tunis III, mémoire maîtrise 96-97.

OUERGLI K « La liberté des prix dans la loi de 1991 », D.E.A. Tunis 992.

POILLOT PERRUZZETTO S - « L'impact de l'accord d'association sur le droit de la concurrence tunisien », colloque faculté de tunis II 1997.

SAHLI A. » Contribution à l'étude du droit de la libre concurrence », D.A.E. Tunis , 1997.

SIALA K. « Le contrôle des concentrations en Tunisie et dans l'union européenne », mémoire de D.E.A., 1997.

ZIADI & KABOUS « La libéralisation de l'économie tunisienne, mémoire de fin d'étude I.H.E.C. Tunis, 1997.

ZOUAOUI N.B. « La législation spéciale sur les ventes avec facilité de paiement » A.J.T. n ° 14,200, p 253.

Collectif - « la maîtrise des prix et la préservation du pouvoir d'achat des consommateurs au centre des préoccupations des pouvoirs publics », Conjoncture n° 201-1996, p 18-21.

Collectif - « consommation : un modèle en mutation », Conjoncture n° 225-2003, p 8-10.

Collectif- « commerce de distribution » , Conjoncture n° 218-2001.