

Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE

TUNISIE

2022



Merci de citer cet ouvrage comme suit :

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>

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE, des gouvernements de ses pays membres ou de l'Union européenne.

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

© OCDE 2022

Préface

Au fil des ans, les examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence menés par l'OCDE se sont révélés un outil précieux pour les pays membres de l'OCDE ainsi que pour les pays tiers, en vue de réformer et renforcer leurs régimes respectifs de droit et politique de la concurrence.

Un examen par les pairs se déroule en deux étapes : premièrement, un rapport est rédigé par le Secrétariat de l'OCDE sur l'état actuel du cadre de la concurrence du pays et ses pratiques d'application ; deuxièmement, un examen par les pairs basé sur le rapport est effectué soit au sein du Comité de la concurrence, soit au sein du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE.

Le présent examen par les pairs a été mené suite à une requête de la Tunisie et fait partie d'un projet plus large visant à soutenir des réformes concurrentielles dans le pays. Ce rapport de l'OCDE a servi de base à l'examen par les pairs en présence des examinateurs principaux qui a eu lieu le 26 octobre 2021. Les examinateurs nationaux menant ce processus étaient la Belgique (M. Jacques Steenbergen), le Canada (M. Matthew Boswell), le Kenya (M. Francis Kariuki) et le Japon (Mme Reiko Aoki). La délégation représentant la Tunisie lors des sessions d'examen par les pairs était composée par : S.E Mme Fadhila Rabhi, Ministre du Commerce et du Développement des Exportations et M. Ridha Ben Mahmoud, Président du Conseil de la Concurrence.

Les recommandations ont ensuite été présentées et discutées lors d'une session virtuelle en marge du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE le 6 décembre 2021.

L'analyse constate que, malgré les progrès apportés par plusieurs réformes, des améliorations sont encore possibles en vue de renforcer davantage le régime tunisien de la concurrence, conformément aux instruments de politique de concurrence de l'OCDE et aux bonnes pratiques internationales. Un chapitre distinct de ce rapport comprend les recommandations spécifiques élaborées par les examinateurs principaux et discutées lors du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE.

Ce rapport a été préparé par Paulo Burnier, Said Kechida et Gaetano Lapenta, tous de la Division de la concurrence de l'OCDE. Antonio Capobianco, Pedro Caro

de Sousa et Federica Maiorano, Menna Mahmoud et Cyriaque Dubois ont apporté de précieuses contributions. Erica Agostinho, Sofia Pavlidou et Angélique Servin ont apporté leur aide et soutien à la publication finale du rapport.

Le processus d'examen par les pairs a été largement soutenu par Mme Fathia Hamed et M. Mohamed Cheikhrouhou du Conseil tunisien de la concurrence et Mme Fadhila Rabhi et Mme Nawal Khaldi du ministère tunisien du Commerce.

Table des matières

Préface	3
Résumé	13
Chapitre 1. Le cadre institutionnel	19
1.1. Le contexte et les fondements	19
1.2. Les objectifs et le champ d'application	31
1.3. Les organes chargés de la concurrence	37
1.4. L'interface avec les autorités de régulation des régimes sectoriels spéciaux.....	54
1.5. Les ressources	58
Chapitre 2. L'application du droit de la concurrence	77
2.1. Les types d'infractions	77
2.2. La procédure d'enquête sur les infractions	96
2.3. Le contrôle des concentrations	106
2.4. Le pouvoir judiciaire.....	144
Chapitre 3. La promotion de la concurrence et la coopération institutionnelle.....	149
3.1. La promotion de la concurrence.....	149
3.2. La coopération au niveau national	171
3.3. La coopération au niveau international	177
Chapitre 4. Recommandations	185
4.1. Cadre institutionnel.....	185
4.2. Pratiques anticoncurrentielles	187
4.3. Contrôle des concentrations.....	187
4.4. Pouvoir judiciaire	189
4.5. Promotion de la concurrence	190
4.6. Coopération internationale	192
Références	193

GRAPHIQUES

Graphique 1.1. Les indicateurs de bien-être pour la Tunisie	21
Graphique 1.2. Les réglementations sur le marché des produits en Tunisie	24
Graphique 1.3. Répartition des chiffres d'affaires du top 100 des entreprises tunisiennes	26
Graphique 1.4. Indicateur de réglementation du marché des produits de l'OCDE : contrôle des prix	36
Graphique 1.5. Organigramme du Conseil de la concurrence	39
Graphique 1.6. Organigramme de la DGCEE	47
Graphique 1.7. Évolution des ressources budgétaires (millions TND) et humaines du Conseil	59
Graphique 1.8. Répartition des budgets des agences de la concurrence	60
Graphique 1.9. Budget du Conseil de la concurrence par rapport aux groupes de pairs	61
Graphique 1.10. Budget moyen par agent	63
Graphique 1.11. Répartition du personnel du Conseil par spécialité	68
Graphique 1.12. Effectifs des autorités de la concurrence, 2018	69
Graphique 1.13. Effectif du Conseil de la concurrence par rapport aux groupes de pairs	70
Graphique 1.14. Effectifs des autorités de la compétition pour 1 million d'habitants	71
Graphique 1.15. Taux de réponse par institution et par spécialisation	74
Graphique 2.1. Décisions du Conseil de la concurrence (2016-2020)	78
Graphique 2.2. Décisions de cartel du Conseil de la concurrence (2016-2020)	80
Graphique 2.3. Décisions de cartels dans le monde, moyenne (2016-19)	82
Graphique 2.4. Décisions de cartels – comparaison entre la Tunisie et d'autres pays (2015-2019)	83
Graphique 2.5. Décisions d'abus de position dominante au Conseil de la concurrence (2016-2020)	84
Graphique 2.6. Décisions d'abus de position dominante dans le monde (2016-2019)	85
Graphique 2.7. Décisions d'abus de position dominante – comparaison entre la Tunisie et d'autres pays (2015-2019)	86
Graphique 2.8. Décisions du Conseil de la concurrence par type d'infraction (2016-2020)	89
Graphique 2.9. Décisions d'abus de dépendance économique au Conseil de la concurrence (2016-2020)	90
Graphique 2.10. Notifications des concentrations (2015-2019)	109
Graphique 2.11. Les phases de la procédure de contrôle des concentrations	118
Graphique 2.12. Juridictions avec un système de contrôle des concentrations en une ou deux phases	121
Graphique 3.1. Les étapes de la procédure de consultation obligatoire du Conseil de la Concurrence	152

TABLEAUX

Tableau 1.1. Répartition du personnel de la direction des prix et de concurrence (DGCEE)	72
Tableau 2.1. Montant total des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence (2016-2019) (en dinars)	101
Tableau 2.2. Concentrations notifiées au ministère du Commerce	108
Tableau 2.3. Concentrations notifiées à la Commission de la Concurrence COMESA (CCC)	111
Tableau 2.4. Évolution du chiffre d'affaires fixé pour les notifications des concentrations économiques au Ministère du Commerce	116
Tableau 2.5. Appels devant le Tribunal administratif (2016-2020)	146
Tableau 3.1. Avis émis par le Conseil sur des textes législatifs et réglementaires portant sur les activités de services	154
Tableau 3.2. Événements de promotion de la concurrence organisés en 2016-2020	170

Acronymes et abréviations

ACM	Autorité de contrôle de la microfinance
ALECA	Accord de libre-échange complet et approfondi
ARP	Assemblée des représentants du peuple
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est - <i>Association of Southeast Asian Nations</i>
BCT	Banque Centrale de Tunisie
CCC	Commission de la Concurrence du COMESA
CESAO	Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale
CGA	Comité général des assurances
CGC	Caisse générale de compensation
CMF	Conseil du Marché Financier
CNMC	Autorité de la concurrence espagnole - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
COFECE	Commission fédérale mexicaine de concurrence économique
COMESA	Marché Commun de l'Afrique orientale et australe - <i>Common Market for Eastern and Southern Africa</i>
DGCEE	Direction générale de la concurrence et des enquêtes économiques

EIU	Economist Intelligence Unit
ENA	École Nationale d'Administration
FMI	Fonds monétaire international
HAICA	Haute Autorité indépendante de la communication audiovisuelle
HAICOP	Haute Instance de la Commande Publique
ICA	Autorité italienne de la concurrence - <i>Italian Competition Authority</i>
ICN	Réseau international de la concurrence - <i>International Competition Network</i>
INS	Institut national de la statistique
INT	Instance Nationale des Télécommunications
MCC	Millennium Challenge Corporation
MENA	Afrique du Nord et le Moyen-Orient - <i>Middle East and North Africa</i>
PCA	Autorité portugaise de la concurrence - <i>Portuguese Competition Authority</i>
PISA	Programme international pour le suivi des acquis des élèves
PMR	Indicateurs de l'OCDE sur la régulation des marchés de produits - <i>OECD Product Market Regulation</i>
RIC	Réseau international de la concurrence
SLC	Diminution substantielle de la concurrence - <i>Substantial Lessening of Competition</i>
SSNIP	Augmentation faible mais significative et non transitoire des prix - <i>Small but significant and non-transitory increase in price</i>
TA	Tribunal administratif
TCA	Autorité turque de la concurrence - <i>Turkish Competition Authority</i>

TFEU	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - <i>Treaty on the Functioning of the European Union</i>
TND	Dinar tunisien
UE	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la Culture - <i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation</i>
WDI	Indicateurs de développement mondial - <i>World Development Indicators</i>

Résumé

La Tunisie fût parmi les premiers pays d'Afrique et du Moyen-Orient à avoir adopté une loi sur la concurrence. Un premier projet de loi voit le jour en 1985, mais c'est finalement en juillet 1991 que la Loi n° 91-64 a été adoptée. Cette loi a été révisée à plusieurs reprises avant d'être abrogée par la Loi n°2015-36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation des prix et de la concurrence. Celle-ci s'inscrit dans la continuité de la loi de 1991, consacrant l'ensemble des principes en matière des pratiques restrictives de concurrence, interdisant les pratiques anticoncurrentielles ou discriminatoires et établissant un contrôle des concentrations économiques. Les objectifs de la Loi n° 91-64 et de la Loi n° 2015-36 sont énoncés dans leurs articles premiers qui sont sensiblement identiques. Néanmoins, l'article premier de la Loi de 2015 a été remanié en citant explicitement les objectifs finaux : « *garantir l'équilibre général du marché, l'efficacité économique et le bien-être du consommateur* ».

Le champ d'application subjectif de la législation sur la concurrence en Tunisie est large et concerne toute entité exerçant une activité économique susceptible d'affecter le marché intérieur. Il englobe donc les personnes physiques et les entreprises nationales et étrangères, des entreprises privées et des entreprises détenues/gérées par l'État ainsi que des autorités publiques, et des associations ou d'autres personnes morales sans but lucratif à condition d'exercer une activité économique et d'affecter l'équilibre général du marché intérieur. Le droit de la concurrence en Tunisie s'applique de manière transversale à tous les secteurs. Cependant, les secteurs des assurances, bancaire, de l'audiovisuel et de la microfinance, sont soumis à des textes spécifiques appliqués par les autorités de régulations sectorielles. Une autre forme de dérogation au régime de la concurrence se matérialise à travers le contrôle des prix de plusieurs produits, notamment alimentaires et énergétiques.

En matière d'organisation institutionnelle, la Tunisie a opté pour un système bicéphale comportant d'une part une autorité indépendante qui est le Conseil de la concurrence et d'autre part une direction générale de la Concurrence et des enquêtes économiques (DGCEE) au sein du ministère du Commerce. Le Tribunal administratif qui statue sur les recours en appel et cassation des décisions des organes de la concurrence complète ce dispositif. Le Conseil de la Concurrence

jouit de la personnalité morale et de l'autonomie financière et assure depuis 1995 deux fonctions principales : une fonction juridictionnelle et une fonction consultative. Il est composé de quinze membres dont les mandats ne sont plus renouvelables depuis 2015. La vocation juridictionnelle du Conseil est assurée par deux organes indépendants : l'organe chargé de l'instruction et l'organe chargé d'adopter les décisions.

Le ministère du Commerce est responsable de l'élaboration, de l'exécution et de la bonne application des règles de concurrence par l'intermédiaire notamment de la direction générale de la Concurrence et des enquêtes économiques (DGCEE). Le ministère assure l'essentiel de la fonction régulatrice et exerce une influence majeure sur le Conseil de la concurrence. Depuis la création du Conseil, le ministre propose au gouvernement le président, les deux vice-présidents et les membres du Conseil à nommer par décret. La Loi de 2015 précise que le budget du Conseil est rattaché pour ordre au ministère chargé du Commerce et stipule que le ministre fixe le régime de rémunération du président et de ses deux vice-présidents.

Les ressources humaines et budgétaires allouées aux organes de la concurrence du pays sont relativement modestes selon les normes internationales. Une analyse des données budgétaires et de ressources humaines par groupes de pays participants à la base de données COMPSTATS de l'OCDE montre que les ressources du Conseil de la concurrence tunisien restent bien en deca du niveau moyen de toutes autorités de concurrence des pays comparables.

Le droit de la concurrence en Tunisie est principalement appliqué par la DGCEE du ministère du Commerce et par le Conseil de la concurrence. La loi sur la concurrence n° 2015-36 établit une liste non exhaustive des pratiques considérées comme anticoncurrentielles en Tunisie, notamment les ententes, l'abus de position dominante, l'abus de dépendance économique et les prix abusivement bas.

En matière d'application du droit, le Conseil de la concurrence a rendu 94 décisions au cours de la période 2016-2020 dont 20 sur des ententes, 34 sur des abus de position dominante, 30 sur des abus de dépendance économique et sur des prix abusivement bas. Les décisions qui conduisent à des sanctions comprennent 8 sur les cartels, 5 sur l'abus de position dominante et 9 sur l'abus de dépendance économique.

Tant la DGCEE que le Conseil de la concurrence peuvent mener des enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles. Pour éviter la duplication des efforts

d'enquête, la loi tunisienne stipule que le ministère du Commerce doit informer le Conseil de la concurrence des enquêtes en cours, et vice versa. Par exemple, les deux organismes de concurrence peuvent effectuer des inspections et des perquisitions inopinées.

Une enquête sur une pratique anticoncurrentielle peut être déclenchée de l'une des trois manières suivantes : i) une plainte d'un tiers, ii) une demande de clémence ou iii) une auto-saisine (d'office) par l'autorité chargée de l'enquête. Au cours de la période 2016-2020, il y a eu 23 enquêtes d'auto-saisine (d'office), dont neuf ont été ouvertes par la DGCEE et 14 par le Conseil de la concurrence. Environ cinq enquêtes sont ouvertes par auto-saisine chaque année.

En matière de fixation des amendes, le Conseil de la concurrence peut infliger des amendes aux entreprises jusqu'à 10 % de leur chiffre d'affaires au cours d'un exercice donné. Pour les particuliers, les sanctions comprennent une peine d'emprisonnement de 16 jours à un an, une amende de 2 000 TND à 100 000 TND ou les deux. Il s'agit notamment des personnes ayant joué « un rôle déterminant » (article 45) dans les infractions prévues à l'article 5 de la loi n° 2015-36 relative à la concurrence et aux prix. Le ministre chargé du commerce est chargé de l'exécution des décisions de la Conseil de la concurrence ainsi que pour le recouvrement des amendes.

La compétence horizontale en matière de contrôle des concentrations revient au ministère chargé du commerce. Toutes les concentrations remplissant les conditions dont à l'article 7 de la Loi No. 2015-36 relative à la réorganisation de la concurrence et des prix sur la concurrence doivent être notifiées au ministère chargé du commerce. Des lois spécifiques dérogent au régime général en prévoyant un régime spécial dans les secteurs des assurances, de la microfinance, des banques et de l'audiovisuel. De surcroît, la Tunisie est membre du COMESA et la Commission de la Concurrence du COMESA a le pouvoir de revoir les concentrations ayant une dimension régionale. Les autorités tunisiennes donnent pourtant une interprétation différente des règles supranationales concernant l'attribution de la compétence exclusive de revoir ces transactions.

L'article 7 de la loi No. 2015-35 fixe les conditions alternatives pour que les entreprises soient soumises à une obligation de notification du projet de concentration. Il s'agit de deux tests alternatifs, l'un fondé sur le chiffre d'affaires de l'acheteur et l'autre sur les parts de marché, ce dernier test ayant donné lieu à contentieux concernant le calcul des parts de marché et donc l'existence d'une obligation de notification. Entre 2015 et 2020, le Ministère du commerce a revu

26 concentrations. Il en a bloquée une et a autorisé 3 concentrations à condition de respecter certains engagements.

La notification déclenche le délai de trois mois dans lequel le ministre du Commerce doit se prononcer sur le projet de concentration. Ces délais s'appliquent quel que soit le niveau de complexité de l'opération. Une fois la notification acceptée, le ministre chargé du Commerce demande l'avis non contraignant du Conseil de la concurrence. Même si le Ministère a tendance à suivre l'avis du Conseil dans la grande majorité des cas, il n'est pas exclu qu'il s'en écarte de facto, ce qui a été parfois le cas.

L'analyse concurrentielle du projet de concentration vise à apprécier si celui-ci porte atteinte à la concurrence et, dans l'affirmative, s'il apporte une contribution au progrès technique ou économique suffisante pour compenser lesdites atteintes. L'analyse est principalement juridique, alors que l'analyse économique est plutôt limitée à la définition des parts de marché et l'appréciation des effets de la concentration sur la structure de marché. De surcroît, cette appréciation ne se borne pas aux seules considérations de concurrence, mais elle s'étend à d'autres considérations d'intérêt public, à savoir la nécessité de la consolidation ou de la préservation de la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale. La décision finale sur cette mise en balance revient au Ministre chargé du commerce.

Lorsque le ministre chargé du Commerce estime que l'opération porte atteinte à la concurrence et que les gains en termes de progrès technique ou économique, voire en termes de compétitivité des entreprises nationales, ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte, il peut soit refuser l'opération soit l'approuver à condition de respecter certains engagements. Les organes de concurrence peuvent accepter ou imposer deux types d'engagements : structurels et comportementaux. L'analyse de la pratique décisionnelle tunisienne a montré que dans la plupart des cas il s'agit d'engagements comportementaux, alors que depuis 2016 aucune décision n'a imposé d'engagements structurels.

La mise en œuvre des programmes et plans de sensibilisation et de promotion de la culture de la concurrence revient aux services compétents du ministère du Commerce en coopération avec le Conseil de la concurrence conformément à l'article 14, alinéa 4, de la loi 2015-36.

Lorsque des projets de textes législatifs et réglementaires tendant de manière directe à imposer des conditions particulières pour l'exercice d'une activité économique ou d'une profession ou visant à établir des restrictions pouvant

entraver l'accès à un marché donné sont présentés ou discutés, le Conseil de la concurrence doit être obligatoirement consulté. Ces textes législatifs et réglementaires doivent être accompagnés d'une copie de l'avis du Conseil de la concurrence ainsi que d'une note explicative comprenant les propositions du Conseil, le degré de leur prise en considération, les commentaires qu'elles suscitent et le cas échéant les raisons pour lesquelles ces propositions ne peuvent être prises en considération.

Au-delà des cas de consultation obligatoire, le Conseil peut aussi être saisi d'une demande d'avis sur des questions afférentes au domaine de la concurrence par les commissions parlementaires, le ministre chargé du commerce et les autorités de régulation sectorielles.

En revanche, s'il n'est guère consulté, le Conseil de la concurrence n'est pas en mesure de saisir de sa propre initiative le ministre du Commerce ou un autre ministre du gouvernement afin de soumettre ses propositions lorsque leurs initiatives posent des entraves à la concurrence.

Les études de marché sont un outil efficace pour aider les autorités de la concurrence à examiner les conditions concurrentielles prévalant dans un ou plusieurs secteurs. En revanche, à présent ni le Conseil de la concurrence ni la DGCEE n'ont réalisé d'études sectorielles de marché. Ils n'ont pas non plus mis au point des lignes directrices ou une méthodologie qui puissent guider des futures études de marché.

Le Conseil de la concurrence et la DGCEE disposent aussi d'autres outils visant à promouvoir la concurrence, tels que leur site internet pour divulguer leurs décisions ou d'autres informations, des conventions avec les milieux universitaires, des publications, des formations, des ateliers et des séminaires, y compris auprès des acteurs privés et d'autres autorités sectorielles.

De manière générale, le Conseil de la concurrence et la DGCEE ont développé des événements, des formations et des activités de promotion de la concurrence au cas par cas, sans une stratégie générale préalable visant à fixer des priorités ou à poursuivre ces initiatives qui se sont avérées efficaces dans la diffusion d'une culture de la concurrence. Le manque d'efficacité de ces événements est par exemple démontré par le faible taux d'adoption de programmes de conformité par les entreprises, quelle que soit leur taille.

D'autres améliorations sont envisageables en ce qui concerne la coopération avec les autorités nationales et étrangères. Au niveau national, à présent, exception faite pour le Protocole d'accord signé en 2012 avec l'Instance Nationale

des Télécommunications, il n'existe pas d'accords formels de coopération en place entre le Conseil de la concurrence et d'autres organismes sectoriels. Au niveau international, bien que le Conseil de la concurrence ou les services compétents du ministère chargé du commerce puissent procéder à l'échange avec des institutions étrangères homologues, des expériences, des informations et des pièces relatives à l'instruction des affaires de concurrence, le nombre d'accords de coopération est très limité et les accords existants ne se sont pas avérés efficaces. Au niveau régional, la Tunisie est membre du COMESA mais à présent, les dispositions supranationales de droit de la concurrence ont fait l'objet d'interprétations contradictoires respectivement par les autorités nationales et du COMESA. Par conséquent, il n'est pas clair à présent si la notification d'une concentration ayant une dimension régionale à la Commission de la Concurrence du COMESA exclut toute notification aux autorités nationales de concurrence.

Chapitre 1.

Le cadre institutionnel

1.1. Le contexte et les fondements

1.1.1. Le contexte du pays

La République Tunisienne est située en Afrique du Nord et a une population d'environ 12 millions d'habitants, principalement concentrée autour de sa capitale Tunis et autour de ses villes côtières au centre et au sud, notamment sa deuxième plus grande ville, Sfax. La Tunisie est bordée au nord et à l'est par la mer Méditerranée avec plus de 1 500 km de côtes et partage des frontières terrestres à l'ouest avec l'Algérie et au sud avec la Libye. Berceau de la civilisation carthaginoise et foyer de plusieurs cultures, la Tunisie est dotée de plus de 3 000 sites archéologiques, dont une dizaine inscrite sur la liste du Patrimoine Mondial de l'UNESCO. La Tunisie est de ce fait une des destinations touristiques les plus populaires dans le bassin méditerranéen.

Un peu plus d'un an après son indépendance en 1956, la monarchie a été abolie par une assemblée constituante qui a institué la république et a adopté une nouvelle constitution établissant un régime présidentiel en 1959. Entre son indépendance et la révolution pour la liberté et la dignité en décembre 2010, la Tunisie n'avait connu que deux présidents. Dès octobre 2011, le pays a tenu des élections pour désigner l'assemblée constituante en charge de rédiger la nouvelle constitution. Celle-ci a été adoptée en janvier 2014 et a établi un régime semi-parlementaire monocaméral reposant sur la séparation entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Élu tous les cinq ans au suffrage universel, le Président de la République demeure le chef de l'État. Traduisant le saut

démocratique¹, le pays a depuis connu trois rendez-vous électoraux majeurs qualifiés de libres et transparents par la communauté internationale.

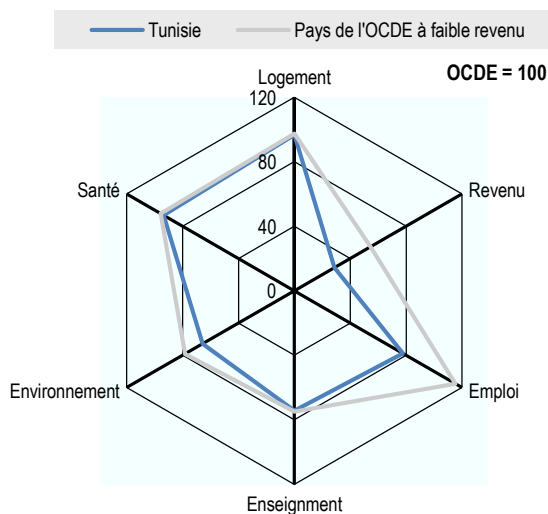
L'inclusion a toujours été une préoccupation majeure de la Tunisie depuis son indépendance. Le Code du statut personnel, adopté dès 1956, fait de la Tunisie le pays le plus progressiste du monde arabe en matière de droits des femmes. La scolarisation, en particulier des filles, est devenue une priorité nationale bien avant la plupart des pays émergents. L'accès aux services publics de base, de type électricité et eau, est nettement plus élevé que dans la majorité des pays émergents. Un socle de protection sociale a été développé dès 1960, avec un système de retraite par répartition et un système de santé dont la qualité est relativement élevée (OCDE, 2018). Un programme national de transferts monétaires et de soins gratuits ou à tarif réduit a été institué pour les familles pauvres et à revenus limités. Il a été décidé en 2018 d'étendre la gratuité des soins aux chômeurs. Les nombreux programmes sociaux mis en œuvre depuis les années 70 ont contribué à la réduction de la pauvreté qui s'établit à 15.2 % en 2019² (INS, 2021). Ainsi, en termes de bien-être, la Tunisie se positionne plutôt favorablement par rapport aux économies émergentes sur les dimensions santé, logement et accès aux infrastructures de base (Graphique 1.1).

¹ Occupant la 53^{ème} place dans le classement mondial 2020 des pays les plus démocratiques, publié par The Economist Intelligence Unit (EIU), la Tunisie est classée première dans le monde arabe et seul pays de la région figurant dans la catégorie « Démocratie imparfaite ». L'indice synthétique sur la démocratie classe les pays dans quatre catégories « Démocratie pleine », « Démocratie imparfaite », « Régime hybride » et « Régime autoritaire ».

² Le taux de pauvreté extrême était en dessous de 3 % en 2019. Le taux de pauvreté est défini comme le pourcentage de la population gagnant moins de 1706 TND ou 712 USD par an (en 2015). Pour la pauvreté extrême, le seuil est de 1032 TND ou 431 USD par an.

Graphique 1.1. Les indicateurs de bien-être pour la Tunisie

Bien-être, dimensions principales, OCDE = 100



Note : Les variables utilisées pour chacune des dimensions sont : i) Logement : part de la population bénéficiant d'un accès à un assainissement amélioré et part de la population bénéficiant d'un accès à l'électricité ; ii) Revenu : PIB par habitant exprimé en parité de pouvoir d'achat ; iii) Emploi : taux d'emploi et part des chômeurs sans travail rémunéré pendant moins d'un an ; iv) Enseignement : résultats moyens des tests PISA en lecture, mathématiques et sciences et part de la population de plus de 25 ans ayant au moins une qualification au niveau secondaire supérieur dans la population du même groupe d'âge ; v) Environnement : inverse de la concentration moyenne annuelle de particules fines (PM2.5) dans l'air et part de la population avec accès à une source améliorée d'eau potable ; vi) Santé : espérance de vie à la naissance.

Source : Banque mondiale, Indicateurs de développement mondial (WDI) ; INS.

Cependant, le renouveau démocratique est allé de pair avec des difficultés économiques et sociales. La multiplication des mouvements sociaux conjuguée aux attaques terroristes et à la crise en Libye qui était le deuxième partenaire commercial après l'Union européenne ont affecté des secteurs clés de l'économie et ont provoqué un ralentissement de l'activité³. Le taux de croissance moyenne s'est limité à 1,6%, durant la période 2011-2019, contre 4,4% entre 2000 et 2010

³ La Banque mondiale estime que la crise libyenne aurait résulté en une baisse de croissance de 1 point de pourcentage sur la période 2011 à 2015 (Banque mondiale, 2017).

(ITCEQ, 2020). En même temps, les dépenses publiques ont augmenté pour faire face aux défis de l'insécurité et aux revendications sociales creusant ainsi les déficits et la dette publics.

Cette détérioration des finances publiques est reflétée, notamment par l'évolution de la masse salariale qui accapare l'essentiel des dépenses de fonctionnement de l'État. Les recrutements dans la fonction publique ont été massifs, surtout entre 2011 et 2013, faisant augmenter la rémunération des fonctionnaires de plus de quatre points de PIB depuis 2010 pour atteindre 14.6 % du PIB en 2019 (FMI, 2021). Le PIB par habitant (en dollars américains courants) a chuté de plus de 20 pour cent depuis 2010 pour s'établir à 3 318 USD en 2019, faisant basculer le pays de la tranche supérieure à la tranche inférieure des économies à revenu intermédiaire. La dette externe de la Tunisie a plus que doublé depuis 2010 pour atteindre 92.8 % du PIB fin 2019 (FMI, 2021).

Ces difficultés se sont aggravées avec la pandémie du COVID-19. Le PIB réel s'est contracté d'environ 8,8 % en 2020 par rapport à 2019, marquant la pire récession de l'histoire du pays et creusant d'avantage la dette et les déficits publics. Le taux de chômage a atteint 17.8 % au première trimestre 2021, affectant de manière disproportionnée les travailleurs peu qualifiés, les femmes et les jeunes (INS, 2021). La Banque Mondiale estime une augmentation du taux de pauvreté à plus de 20 % en 2020. Les prévisions de l'OCDE prévoient une reprise partielle de la croissance estimée à 3% en 2021 et 3.25 % en 2022. La consommation privée ne retrouverait pas son niveau d'avant crise avant la fin de 2022, et la confiance des investisseurs reste faible en raison du progrès limité des réformes structurelles et des incertitudes liées au financement du déficit budgétaire élevé (OCDE, 2021)⁴.

Comblent ce déficit et couvrir les besoins de financement du budget de 2021, estimés par le FMI à 18.3 % du PIB, consacre à présent l'attention des autorités tunisiennes qui se sont engagées dans des négociations pour conclure le troisième accord de financement en dix ans avec l'institution financière après l'accord de confirmation de précaution de 2012 et l'accord élargi de crédit de 2016.

⁴ Les perspectives peuvent empirer si l'économie s'enfonce davantage dans l'informalité, principalement en raison de l'attentisme des investisseurs lié à une panoplie d'incertitudes concernant la situation interne du pays, mais également la difficile reprise attendue des économies de ses principaux partenaires.

1.1.2. Le processus de libéralisation de l'économie

La Tunisie a, depuis son indépendance, connu un modèle de développement caractérisé par un rôle important de l'État. Le modèle économique s'est construit autour d'une politique industrielle active pour favoriser le développement de certains secteurs d'activité portés par les grandes entreprises nationales et les banques publiques. Après l'échec de l'expérience socialiste de collectivisation fin des années 60, ce modèle de développement, étatiste, a connu une ouverture graduelle au commerce extérieur et aux investissements directs étrangers à partir de 1972 avec l'adoption d'une loi qui a instauré un régime fiscal et douanier favorable pour les entreprises entièrement tournées vers l'exportation – système dit *offshore*.

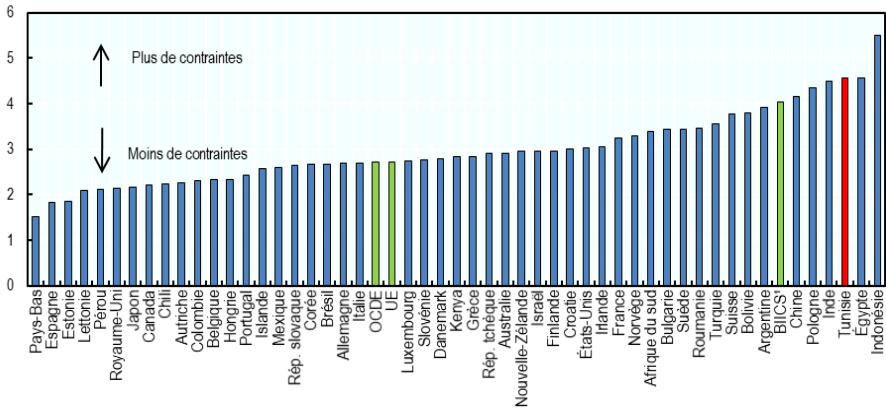
La Tunisie a connu plusieurs vagues de privatisations, notamment au milieu des années 80 et en 2006-07. La première vague de privatisations des années 80 a été accompagnée de plusieurs réformes des réglementations dans le cadre d'un programme d'ajustement structurel avec l'appui du FMI. Adopté en réponse à une des plus grandes crises des finances publiques de son histoire récente, ce programme a permis à la Tunisie d'entamer une ouverture progressive de son économie avec comme corollaire le renforcement de l'efficacité et la promotion des mécanismes du marché et de la libre concurrence.

Malgré ces efforts, l'économie tunisienne reste caractérisée par une forte présence de l'État, combinée à un niveau élevé de barrières à l'entrée de nouvelles entreprises et à des procédures administratives très lourdes. Un rapport de la Banque mondiale a estimé que plus de 50 pourcent de l'économie tunisienne demeure soit fermée soit soumis à des restrictions d'accès (Banque mondiale, 2014). Le rapport de l'OCDE sur l'analyse de l'impact concurrentiel des lois et des réglementations dans les secteurs du commerce et du transport de marchandises a permis d'identifier plus de 259 barrières réglementaires à la concurrence, dont certaines sont en place depuis les années 60 (voir Encadré 1.1).

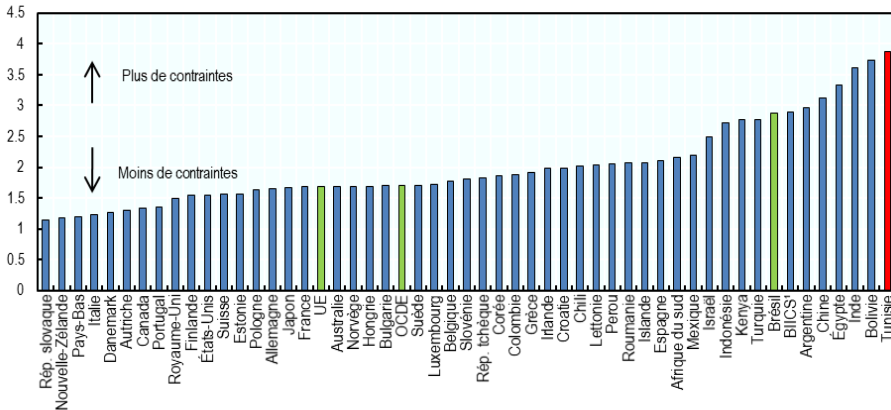
L'indicateur de l'OCDE sur la réglementation des marchés des biens et services (PMR) révèle que l'intervention directe de l'État dans l'économie demeure plus forte que dans les pays de l'OCDE et la plupart des économies émergentes, et que les entreprises publiques dominent de nombreux secteurs (Graphique 1.2). En plus des secteurs de réseau, tels que l'électricité, les télécommunications ou le transport ferroviaire, des entreprises contrôlées par l'état opèrent notamment dans le secteur bancaire, les phosphates, l'exploitation minière et le raffinage, le matériel de construction, la sidérurgie et l'acier, et le papier. La confiscation en 2011 d'entreprises et d'actifs privés, liés à des malversations de l'ancien régime, a renforcé la présence de l'état dans certains secteurs, notamment les télécoms.

Graphique 1.2. Les réglementations sur le marché des produits en Tunisie

A- Contrôle de l'État sur l'activité des entreprises - Actionnariat public



B- Obstacles réglementaires à l'entrepreneuriat



1. Les données représentent les moyennes simples des pays suivants : Brésil, Inde, Indonésie, Chine et Afrique du Sud.

Note : Les données se réfèrent à l'année 2016 pour la Tunisie et 2013 pour les autres pays. L'indicateur va de 0 à 6.

Source : Base de données OCDE-Banque Mondiale de la Réglementation des marchés de produits.

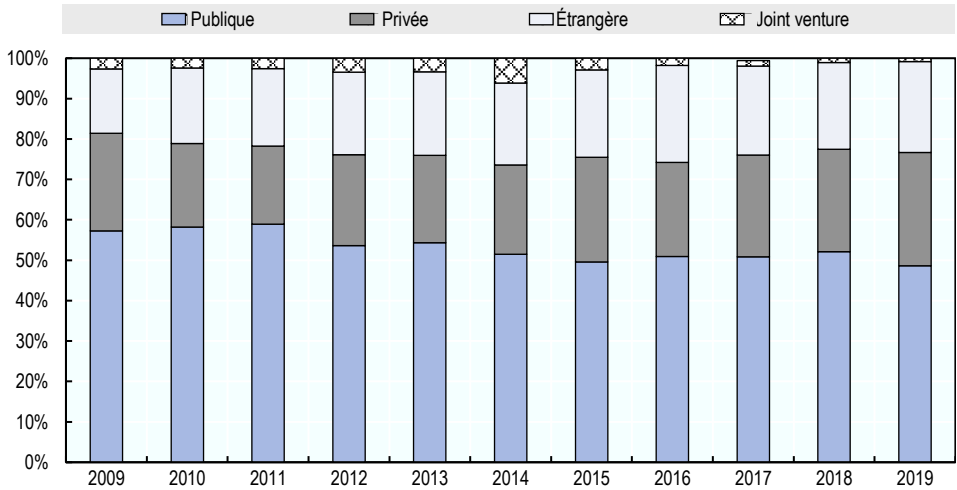
Les 102 entreprises publiques opérant dans différents secteurs, aussi bien concurrentiels que non concurrentiels, ainsi que dans les services publics marchands représentaient 9.5 % du PIB et 4 % de l'emploi salarié formel en 2014 (Présidence du gouvernement, 2018). Le poids de ces entreprises dans l'économie tunisienne est confirmé par leur dominance des chiffres d'affaires des 100 entreprises les plus importantes du pays, réalisant en moyenne plus de 50% du total de ce chiffre durant la dernière décennie⁵ (Graphique 1.3-A). D'un autre côté, la consolidation par groupe ou conglomérat des chiffres d'affaires réalisés en 2019 par les 61 entreprises privées ou à participations étrangères de ce palmarès et qui représentait 51% du chiffre global de la même année montre une concentration relativement importante de l'activité. En effet, cette part est dominée par cinq groupes qui ont réalisé 60.6% du total des chiffres d'affaires des entreprises privées. En prenant en compte la performance des dix plus grands groupes ou holdings, cette part passerait à plus de 80% du total des chiffres d'affaires réalisés par les 61 entreprises privées les plus importantes du pays en 2019⁶ (Graphique 1.3-B).

⁵ Il est à noter que le niveau d'activité des entreprises publiques ne reflète pas de véritables performances commerciales. En dépit d'un chiffre d'affaires de grande envergure, la quasi majorité de ces entreprises est dans l'incapacité de faire face aux obligations fiscales et aux charges sociales. Selon le FMI, la situation financière des entreprises publiques aggrave considérablement la situation budgétaire. Les données sur les informations financières de 30 entreprises publiques à fin 2019 montrent que leur dette avoisinerait les 40 % du PIB, dont environ 15 % du PIB étaient couverts par des garanties de l'État à la mi-2020 (FMI, 2021).

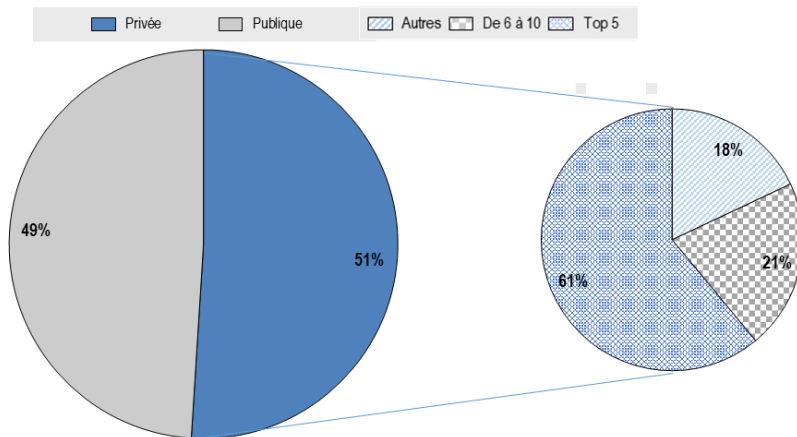
⁶ Il est important de noter que la part de ces mêmes cinq groupes dans le total des chiffres d'affaires réalisés par les entreprises privées les plus importantes du pays en 2010 était d'environ 28%. Elle a donc plus que doublé en une décennie.

Graphique 1.3. Répartition des chiffres d'affaires du top 100 des entreprises tunisiennes

A- Répartition des chiffres d'affaires par structure d'actionnariat (2009-2019)



B- Répartition des chiffres d'affaires par conglomérat (2019)



Source : Calculs de l'OCDE basés sur les données du palmarès des entreprises tunisiennes de l'Économiste Maghrébin

L'indicateur PMR montre aussi que les licences et autorisations préalables, ainsi que les procédures administratives lourdes qui les accompagnent, sont particulièrement restrictives en Tunisie (Graphique 1.2-B). Les restrictions sur l'entrée, l'investissement et l'activité des entreprises créent des situations de rentes pour les entreprises en place ce qui inhibe leur incitation à améliorer la qualité des services fournis. Le morcellement des textes législatifs avec une multitude de modifications, couplée à l'absence de consolidation et à l'existence de législation obsolète, peut aussi agir comme une barrière réglementaire en créant une incertitude juridique, risquant de soulever des problèmes de conformité et des frais juridiques pour les fournisseurs surtout pour les nouveaux entrants (OCDE, 2019).

Encadré 1.1. Examens de l'OCDE pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence en Tunisie

L'OCDE s'est associée au gouvernement tunisien et à la Millennium Challenge Corporation (MCC) en 2018 pour procéder à une évaluation approfondie et indépendante de la concurrence afin d'identifier les règles et réglementations qui pourraient entraver le fonctionnement efficace des marchés dans deux secteurs clés de l'économie, à savoir le transport routier et maritime de marchandises et le commerce de gros et de détail, avec un focus sur le commerce des fruits et légumes et de la viande rouge. Les secteurs du transport et du commerce représentaient environ 16% du PIB et 18% de l'emploi salarié formel en 2018. Dans l'ensemble, l'examen a fait état de 259 barrières réglementaires potentielles dans 251 textes juridiques et réglementaires étudiés aux fins de cette évaluation. L'analyse approfondie implique une évaluation qualitative des conséquences néfastes sur les consommateurs et sur l'économie découlant de ces barrières en s'appuyant sur une documentation économique de nature théorique et empirique, ainsi que sur des études comparées de règlements dans le cadre législatif d'autres pays. Le rapport a formulé 220 recommandations spécifiques pour pallier l'atteinte à la concurrence. Ces recommandations ont concerné, entre autres, des aspects relatifs au contrôle des prix, aux hypermarchés et aux marchés de gros pour le secteur du commerce ainsi que des aspects en lien avec les activités de transports de marchandises pour autrui et des services portuaires, y compris les exigences en moyens et en qualifications professionnelles. Si elles étaient mises en œuvre, ces recommandations bénéficieraient aux consommateurs tunisiens et à l'économie tunisienne à travers les deux secteurs analysés. De manière plus spécifique, l'OCDE a estimé l'effet positif sur l'économie tunisienne à environ 0.6 % du PIB.

Source : (OCDE, 2019)

Les obstacles à l'entrée et à la sortie des firmes freinent également la réallocation des ressources, tant entre les secteurs qu'entre les entreprises d'un même secteur. Le Répertoire national des entreprises de l'INS révèle que 98.3 % des entreprises privées employaient moins de 10 salariés en 2019, un pourcentage qui ne cesse de progresser depuis la fin des années 90. Après leur création, les entreprises tunisiennes restent généralement de petite taille, faisant face à d'importantes contraintes d'accès au marché, des réglementations restrictives, une fiscalité lourde et des difficultés d'accès au financement (OCDE, 2018). Une étude réalisée en 2017 sur la relation entre les réglementations d'accès au marché et la capture de l'État en Tunisie démontre que les entreprises connectées (politiquement) sont environ quatre fois plus susceptibles d'opérer dans les secteurs soumis à autorisation et à restriction des IDE que les entreprises non connectées (Rijkers, Freund, & Nucifora, 2017). Plusieurs entreprises restent, de ce fait, dans l'informalité contribuant à un environnement de concurrence déloyale qui pénalise d'avantage les entreprises formelles⁷.

1.1.3. L'évolution de la législation sur la concurrence depuis 1991

La Tunisie fût parmi les premiers pays d'Afrique et du Moyen-Orient à avoir adopté une loi sur la concurrence. Un premier projet de loi voit le jour en 1985, mais c'est finalement en juillet 1991 que la Loi n° 91-64 a été adoptée. Cette loi a été révisée à plusieurs reprises, notamment en 1993, 1995, 1999, 2003, et 2005 afin de prendre en compte l'évolution des besoins et des enjeux posés par l'économie tunisienne ainsi que les obligations découlant de certains accords tel que l'article 36, litera a) et b) de l'accord d'association avec l'UE de 1995. Elle est finalement abrogée par la Loi n°2015-36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation des prix et de la concurrence.

Dès son adoption, la Loi n°91-64 du 29 juillet 1991 consacrait le principe de la liberté des prix, posait les règles de transparence et de bon fonctionnement du marché, et interdisait tous les comportements portant atteinte à la concurrence. Cette loi s'est nettement inspirée du droit français, et notamment de l'ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence,

⁷ Selon les sources et la définition, l'économie informelle représenterait entre 30 % et 45 % de l'emploi total (Banque mondiale, 2014 ; CRES, 2016).

comme en témoignent l'accent mis sur la liberté des prix et les similitudes entre les cadres institutionnels.

Les multiples modifications de la Loi n°91-64 au fil du temps ont permis d'élargir le champ d'application du droit de la concurrence en Tunisie et de renforcer les pouvoirs des organes chargés d'appliquer ce droit. La modification de 1993 (Loi n°93-83) a permis, entre autres, l'élargissement de la liste des agents habilités à constater les infractions aux dispositions des chapitres II et III du titre IV de la loi⁸ alors que celle de 1995 (Loi n°42-95) a instauré le contrôle des concentrations et l'interdiction *per se* des contrats de concessions et de représentation exclusive et a permis l'élargissement du champ d'intervention du Conseil de la concurrence. La modification de 1999 (Loi n°41-99) a élargi les attributions du Conseil, notamment à travers l'instauration de l'obligation de produire les documents demandés par les enquêteurs et a permis l'assouplissement des contrats de concession et de représentation⁹.

La procédure de clémence a été instaurée en 2003 (Loi n°74-2003) en plus de la reconnaissance de l'accès à l'information auprès des entreprises et des administrations, la consolidation du droit de la défense et l'assouplissement dans les consultations urgentes en adaptant le quorum requis¹⁰. La révision de la loi en 2003 a également instauré le double degré de juridiction. Les décisions du Conseil de la concurrence sont devenues susceptibles d'appel devant le Tribunal administratif renforçant ainsi les droits de défense.

⁸ La loi 93-83 a habilité les agents du contrôle économique, conformément à leur statut particulier, les agents de la réglementation municipale, désignés par arrêté du Ministre chargé du commerce et les officiers de la police judiciaire.

⁹ Le régime des contrats de concession et de représentation exclusive a connu des transitions lors des révisions introduites à la loi. Il est passé d'une interdiction *per se*, à un système d'autorisation et enfin à un traitement au cas par cas, permettant une exemption individuelle à tout auteur justifiant la garantie d'un progrès technique ou économique et la procuration aux utilisateurs d'une partie équitable du profit qui en résulte. Cette souplesse est justifiée par la nécessité du développement des modes de distribution et l'incitation à l'investissement dans le secteur du commerce, afin d'améliorer les services connexes.

¹⁰ La loi n° 2003-74 du 11 novembre 2003 a introduit des procédures plus souples pour les consultations en urgence ou celles qui sont transmises pendant les vacances. L'assemblée plénière peut statuer en présence du tiers des membres avec la présence de deux magistrats.

La révision de 2005 (Loi n°60-2005) a été particulièrement importante avec l'attribution de la personnalité morale et de l'autonomie financière au Conseil de la concurrence et l'élargissement de ses prérogatives consultatives et juridictionnelles, notamment à travers l'instauration de l'auto-saisine et l'obligation pour le Ministre du commerce de saisir le Conseil pour tout projet de concentration. La révision des critères de contrôle des opérations de concentration économique et l'élargissement du champ des pratiques anticoncurrentielles à l'offre ou la pratique de prix abusivement bas, ainsi que la levée de l'interdiction *per se* sur les contrats de concession et de représentation commerciale exclusive, ont également fait partie de cette révision. Enfin, la modification de 2005 a jeté les bases de la relation entre le Conseil de la concurrence et les autorités sectorielles de régulation, ainsi que des relations de coopération entre les autorités nationales chargées de la concurrence et leurs homologues étrangères (voir Chapitre 3.).

1.1.4. La loi sur la réorganisation des prix et de la concurrence de 2015

La Loi de 2015 s'inscrit dans la continuité de la précédente, consacrant l'ensemble des principes en matière des pratiques restrictives de concurrence, interdisant les pratiques anticoncurrentielles ou discriminatoires et établissant un contrôle des concentrations économiques. Globalement, la structure et le contenu des deux lois sont assez proches. Toutefois, certaines dispositions ont été ajoutées et d'autres modifiées voire supprimées. La loi est en outre augmentée de 6 articles en comptant les différentes modifications, passant de 72 à 78. Le cadre juridique, tel qu'il se présente aujourd'hui, est exhaustif, proche de la réglementation européenne et relativement adapté aux exigences nationales et internationales.

Parmi les principales modifications apportées par la Loi du 15 septembre 2015 figure le renforcement du caractère répressif des infractions en augmentant le plafond des sanctions pécuniaires à 10% du chiffre d'affaires contre 5% précédemment, et en instaurant des sanctions administratives (voir 2.2). Les pouvoirs d'investigation des agents du contrôle économique de la DGCEE et des rapporteurs du Conseil ont été renforcés avec des dispositions spécifiques assurant la protection des agents du contrôle économique. Tout en abolissant la reconduction des mandats de ses membres, le collège du Conseil a été élargi en permettant au rapporteur général et aux rapporteurs d'assister à la délibération sans voix délibérative toutefois, ainsi qu'en rendant possible le recours aux experts pour solliciter leurs avis.

En matière de contrôle des concentrations économiques, le seuil de notification des opérations, notamment celui relatif au chiffre d'affaires des entreprises concernées, a été modifié en passant de 20 million TND à 100 million TND tout en gardant le seuil alternatif relatif à la part de marché inchangé à 30% (voir 2.3). La notification est désormais obligatoire et le contentieux de défaut de notification a été transféré du juge judiciaire au Conseil de la Concurrence.

En matière de pratiques anticoncurrentielles (PAC), le droit de la concurrence tunisien, que ce soit à travers la Loi de 1991 ou celle de 2015, a appréhendé de manière relativement stable la prohibition des ententes et concertations expresses ou tacites, l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, ou encore l'offre de prix ou pratique de prix abusivement bas. En plus, de nouvelles dispositions ont été introduites pour consolider la transparence des décisions, notamment la réduction des délais de traitement des demandes, la motivation de la décision et la publication de l'exemption au Journal Officiel de la République Tunisienne (JORT).

1.2. Les objectifs et le champ d'application

1.2.1. Les objectifs

Les objectifs de la Loi n° 91-64 du 29 juillet 1991 et de la Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015 sont énoncés dans leurs articles premiers qui sont sensiblement identiques, comme en témoigne le début : « *La présente loi a pour objectif de fixer les dispositions régissant la liberté des prix, d'établir les règles présidant à la libre concurrence* ». Néanmoins, l'article premier de la Loi de 2015 a été quelque peu remanié par rapport au précédent, et on notera notamment qu'il cite explicitement les objectifs finaux : « *garantir l'équilibre général du marché, l'efficacité économique et le bien-être du consommateur* ». Cette précision n'est pas anodine. Elle s'inscrit dans un objectif de sensibilisation du public aux effets positifs de la concurrence, ce dernier percevant encore « *quelquefois la concurrence comme plus menaçante pour lui que la réglementation des prix qui rassure le consommateur* »¹¹. Il est à noter que des politiques sectorielles sont envisageables et peuvent être adoptées pour la réalisation des objectifs spécifiques de développement, mais les considérations d'ordre social restent

¹¹ Examen collégial volontaire de la politique de concurrence : Tunisie, (CNUCED, 2006)

présentes dans les choix consacrés par le législateur (articles 3, 4 et 6 de la Loi du 15 septembre 2015).

1.2.2. Le champ d'application

Le champ d'application subjectif de la législation sur la concurrence en Tunisie est large et concerne toute entité exerçant une activité économique susceptible d'affecter le marché intérieur. Il englobe donc les personnes physiques et les entreprises nationales et étrangères, des entreprises privées et des entreprises détenues/gérées par l'État ainsi que des autorités publiques, et des associations ou d'autres personnes morales sans but lucratif à condition d'exercer une activité économique et d'affecter l'équilibre général du marché intérieur. D'ailleurs, le Conseil de la concurrence à travers sa jurisprudence a avancé une définition large de la notion d'entreprise économique. Selon cette jurisprudence, l'entreprise économique est toute entité exerçant une activité économique quel que soit son statut juridique, même si elle ne dispose pas de personnalité juridique :

(...) Considérant que la notion d'entreprise économique ne peut être déterminée selon un critère purement juridique, mais plutôt sur la base d'un critère économique lequel ne suppose pas forcément l'existence de la personnalité juridique (...) ¹².

Il s'ensuit que les dispositions de l'article 5 de la Loi du 15 septembre 2015 relatives aux pratiques anticoncurrentielles s'appliquent à tout type de société, d'organisme, de groupement et à toutes les personnes exerçant une activité économique ayant trait à la production, distribution et services, et ce quel que soit leur nature : publique ou privée, morale ou physique, nonobstant leur forme et qu'elles aient une existence juridique ou de fait. Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil de la concurrence a apporté des précisions importantes quant à l'applicabilité du droit de la concurrence aux entreprises publiques. Dans une décision du 26 juillet 2004, il a affirmé que les personnes du droit public sont soumises au droit de la concurrence au même titre que les personnes du droit privé tant qu'elles exercent une activité économique de production, de distribution

¹² Contribution de la Tunisie au Forum mondial sur la concurrence de 2018 sous le titre « Le droit de la concurrence et les entreprises publiques ».

ou de service¹³. Ainsi, le Conseil a condamné des opérateurs publics pour abus de position dominante¹⁴. Dans une décision du 10 novembre 2005, le Conseil a précisé que les actes unilatéraux impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique par l'administration demeurent néanmoins du ressort du juge administratif¹⁵.

Il est également important de noter que le droit tunisien peut s'appliquer extra-territorialement, en tenant compte des effets dirigés sur son marché, de la même façon que le droit d'autres pays membres de l'OCDE ainsi que de l'Union européenne. L'article premier de la Loi de 2015 stipule que celle-ci s'applique à toutes les pratiques anticoncurrentielles, « *y compris les pratiques et accords nées à l'étranger et ayant des effets nuisibles sur le marché intérieur* ».

Les régimes sectoriels spéciaux

Le droit de la concurrence en Tunisie s'applique de manière transversale à tous les secteurs. Cependant, les secteurs des assurances, bancaire, de l'audiovisuel et de la microfinance, sont soumis à des textes spécifiques appliqués par les autorités de régulations sectorielles (voir 1.4). Dans le cas du secteur des assurances, la dérogation au droit de la concurrence se limite aux accords de tarification qui sont notifiés au Comité général des assurances et approuvés par le Ministre des finances. L'article 92 du Code des assurances (Loi n° 92-24 du 9 mars 1992) stipule que :

« Tout accord conclu par des entreprises d'assurances et des entreprises de réassurances soumises aux dispositions du présent code, entre elles ou dans le cadre de leur association professionnelle en matière de tarifs, de conditions générales de contrats d'assurances, de concurrence ou de gestion financière, doit être adressé au ministre chargé des finances. L'accord ne peut être mis en

¹³ Décision n°3152 du 26 Juillet 2004 (La Société des Loisirs de Tabarka contre le Club Municipal de Plongée).

¹⁴ Décision n°5181 du 10 novembre 2005 (Société «MEDIFET» contre la Pharmacie Centrale de Tunisie et deux sociétés médicales et Décision n°161419 du 12 juillet 2018 (orange Tunisie et orange Tunisie internet contre Tunisie télécom et Topnet).

¹⁵ Décision n°5181 du 10 novembre 2005 (Société «MEDIFET» contre La pharmacie centrale de Tunisie et deux sociétés médicales).

application que si, dans un délai de deux mois à compter de la date de sa notification, le ministre chargé des finances n'y a pas fait opposition ».

Le Conseil de la concurrence a, par ailleurs, soulevé cette question dans son avis n° 82235 du 14 mai 2009 et a évoqué que ces accords faussent la concurrence dans ce marché, sont nuisibles aux consommateurs et a recommandé l'harmonisation du code des assurances aux règles de la concurrence.

Pour les secteurs bancaire et audiovisuel, la dérogation concerne les opérations de concentration économiques qui sont soumises à l'accord de la Banque Centrale de Tunisie (BCT) pour le secteur bancaire (article 34 de la Loi n°48-2016 du 11 juillet 2016) alors qu'elles sont simplement interdites dans le secteur de l'audiovisuel (article 15 du Décret-loi n° 2011-116 du 2 novembre 2011) (voir 2.3).

Il est également important de noter que pour certains secteurs comme l'agriculture et l'artisanat, des dérogations à l'application des règles de concurrence sont envisageables afin de soutenir certaines activités. De même dans le domaine des achats publics, il y a des dérogations au profit des petites et moyennes entreprises (PME) dans la mesure où l'acheteur public leur réserve annuellement un pourcentage dans la limite de 20 % de la valeur prévisionnelle des marchés de travaux, de fourniture de biens et de services et d'études.

Le contrôle des prix

Une autre forme de dérogation au régime de la concurrence se matérialise à travers le contrôle des prix. Dans son article 3, la loi sur la concurrence stipule que *« sont exclus du régime de la liberté des prix visé à l'article 2 ci-dessus, les biens, produits et services de première nécessité ou afférents à des secteurs ou zones où la concurrence par les prix est limitée soit en raison d'une situation de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement du marché soit par l'effet de dispositions législatives ou réglementaires ».*

L'État tunisien exerce donc un contrôle direct sur les prix de plusieurs produits, notamment alimentaires et énergétiques. Le système a été établi dans les années 70 avec l'adoption de la Loi n° 70-26 du 19 mai 1970 et de ses décrets d'application. La base juridique actuelle pour le contrôle des prix est assurée par la Loi de 2015 qui reprend l'article correspondant de la Loi n° 91-64. Les conditions et modalités de fixation des prix de revient ou de vente des produits en

question est fixée par le Décret n°91-1996 du 23 Décembre 1991.¹⁶ Depuis la mise en place du contrôle des prix, la liste des produits concernés n'a fait l'objet que de deux révisions, la dernière datant d'il y a plus de 25 ans (Décret n° 95-1142 du 28 juin 1995). Le décret définit trois listes de produits et services exclus du régime général de la liberté des prix :

- La liste A comprend 16 produits soumis au régime de l'homologation des prix à tous les stades (au niveau de la production, de la vente en gros et de la vente au détail) tel que le pain, la farine et la semoule subventionnés, les pâtes, les huiles alimentaires et le sucre subventionnés ainsi que les carburants, y compris le gaz de pétrole liquéfié (GPL), l'électricité, le gaz et l'eau.
- La liste B se compose de 8 produits soumis au régime de l'homologation des prix au stade de la production tel que le sel, le café torréfié, la bière, le ciment gris¹⁷ et le rond à béton et le gaz comprimé.
- La liste C se compose de 33 produits soumis à encadrement des marges de distribution tel que le riz, les fruits et légumes, les voitures particulières et autres types de véhicules, le papier et les cahiers scolaires.

Le régime de contrôle des prix en Tunisie s'accompagne d'un système de subventions qui s'applique à la liste A, y compris un programme de subventions aux produits énergétiques et un programme de subventions aux produits alimentaires de base géré par la Caisse générale de compensation (CGC). Les subventions alimentaires datent de 1945 et de la création du premier fonds de subvention¹⁸. Presque 25 ans plus tard, la CGC a été établie par la Loi n° 70-26 du 29 mai 1970¹⁹.

¹⁶ Décret n°91-1996 du 23 Décembre 1991 relatif aux produits et services exclus du régime de la liberté des prix et aux modalités de leur encadrement tel que modifié par le décret n°93-59 du 11 Janvier 1993 et le décret n°95-1142 et le décret n°2015-307 du 1 Juin 2015.

¹⁷ Les prix du ciment gris ont été libéralisés en 2014, à la suite de la levée des subventions à la consommation d'énergie aux industries énergivores, y compris le secteur du ciment gris.

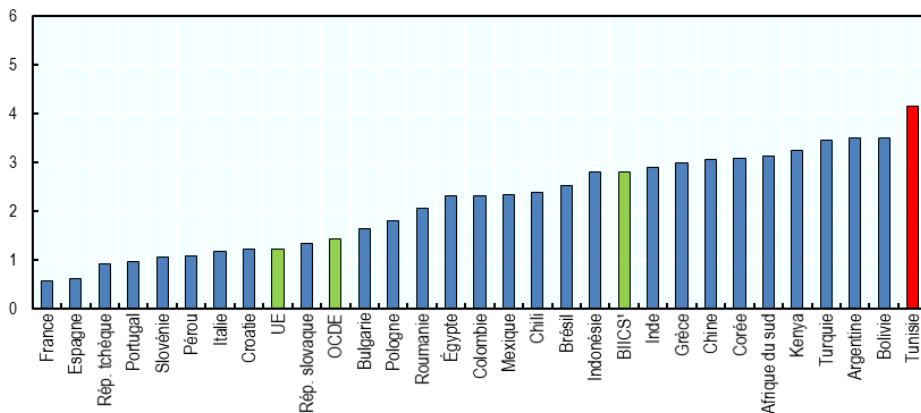
¹⁸ Décret du 28 juin 1945.

¹⁹ L'organisme chargé de gérer le fonds est l'Unité de compensation des produits de base. Elle a été mise en place par le Décret 2002-2145 et est rattachée au ministère du Commerce.

De surcroît, l'Article 4 de la Loi de 2015 réserve au ministre du Commerce, lors d'une hausse excessive ou un effondrement des prix, la possibilité de prendre des mesures temporaires (pendant une période maximum de six mois) motivées par une situation de crise ou de calamité par des circonstances exceptionnelles ou par une situation de marché manifestement anormale. De telles fluctuations pourraient survenir, par exemple, en raison d'une catastrophe naturelle qui limiterait gravement la production. Dans certains cas, les prix ou les cours minimum ont été utilisés afin de tenter de soutenir les revenus des fournisseurs d'un produit ou d'un service donné. Dans ce cadre le ministère du Commerce agit en tant que garant pour la mise en œuvre d'une politique des prix rationnelle reposant sur la protection du consommateur et la pérennité du tissu économique.

Dans la pratique toutefois, ces mesures peuvent être renouvelées indéfiniment et sans restriction, bien que les données sur la mise en œuvre et les effets réels de l'imposition de ces restrictions n'aient pas pu être identifiés (OCDE, 2019). Par ailleurs, l'indicateur de réglementation du contrôle des prix de l'OCDE pour la Tunisie reflète le degré de contrôle exercé par l'État sur les prix. Comme illustré dans le Graphique 1.4, le score de la Tunisie est particulièrement au-dessus de la moyenne des pays émergents et sensiblement plus élevé que la moyenne des pays membres de l'OCDE (OCDE, 2018).

Graphique 1.4. Indicateur de réglementation du marché des produits de l'OCDE : contrôle des prix



1. Les données représentent les moyennes simples des pays suivants : Brésil, Inde, Indonésie, Chine et Afrique du Sud.

Note : Pour la Tunisie, les données concernent l'année 2016. Pour les autres pays, elles concernent l'année 2013.

Source : Base de données OCDE-Banque Mondiale de la Réglementation des marchés de produits

Le secrétariat de l'OCDE a été informé lors des échanges avec les autorités tunisiennes que le décret n° 95-1142 fait actuellement l'objet d'un projet d'amendement visant la mise en conformité du statut juridique de certains produits dont les prix ont été libéralisés.

1.3. Les organes chargés de la concurrence

La Tunisie a opté pour un système bicéphale comportant d'une part une autorité indépendante qui est le Conseil de la concurrence et d'autre part une direction générale de la Concurrence et des enquêtes économiques (DGCEE) au sein du ministère du Commerce avec 24 directions régionales. Le Tribunal administratif qui statue sur les recours en appel et cassation des décisions des organes de la concurrence complète ce dispositif. Les attributions du Conseil de la concurrence et du ministère du Commerce ont grandement évolué depuis l'adoption de la première loi de la concurrence, mais il y a une grande marge d'amélioration concernant le partage de compétences et la coordination.

1.3.1. Le Conseil de la concurrence

Fonctions et responsabilités

À l'origine, l'article 9 de la Loi de 1991 instituait une commission spéciale dénommée commission de la concurrence appelée à connaître des requêtes afférentes aux pratiques anticoncurrentielles et dont l'avis pouvait être requis par le ministre chargé de l'Économie sur tout projet de texte législatif et réglementaire afférent au domaine de la concurrence. C'est à partir de 1995 (Loi 95-42 du 24 avril 1995) que l'organe prend le nom de Conseil de la concurrence. Ce dernier jouit de la personnalité morale et de l'autonomie financière depuis 2005. Depuis sa création, le Conseil de la concurrence s'est distingué par l'évolution constante de ses attributions et de sa composition. Le Conseil de la concurrence a depuis 1995 deux fonctions principales : une fonction juridictionnelle et une fonction consultative dont les pouvoirs en la matière ont été renforcés au fil du temps. Le Conseil s'est vu plus récemment chargé de responsabilités nouvelles, y compris la sensibilisation et la promotion de la culture de concurrence (voir Chapitre 3.).

Comme mentionné précédemment, à l'origine, la commission de la concurrence en 1991 est appelée « à connaître des requêtes afférentes aux pratiques anticoncurrentielles ». La même formule va être conservée à l'article 9 de cette

première loi au fil des modifications en 1995, 1999, 2003 et 2005. Dans la Loi de 2015, bien que la numérotation ait changé, on retrouve également cette formule à l'article 11. Pour autant, après sa transformation en Conseil de la concurrence en 1995, ce dernier va prendre progressivement la forme d'une véritable juridiction administrative. Lui-même s'auto-qualifie depuis 2008 « *d'organe juridictionnel spécialisé intégrant l'ordre juridictionnel administratif* »²⁰. Les aspects relatifs à la fonction juridictionnelle du Conseil, notamment la saisine et les sanctions sont analysés en détails dans le Chapitre 2. sur l'application du droit de la concurrence.

L'article 9 de la Loi du 29 juillet 1991 disposait dans sa première version que l'avis de cette commission pouvait être requis par le ministre de l'Économie sur tout projet de texte législatif et réglementaire afférent au domaine de la concurrence. Après l'intégration d'un contrôle des opérations de concentration dans le droit tunisien de la concurrence, le législateur, en 1995, ajoute dans le même article que le ministre peut également soumettre, s'il le juge nécessaire, à l'avis du Conseil de la concurrence tout projet de concentration ou toute concentration. La Loi n°2005-60 du 18 juillet 2005, notamment l'article 9, a profondément modifié la fonction consultative du Conseil et a rendu sa consultation obligatoire dans certains cas. Les détails relatifs à cette fonction et à son évolution sont analysés dans le Chapitre 3. sur la promotion de la culture de la concurrence

Outre ses activités de juridiction et de conseil, le Conseil de la concurrence a été doté de nouvelles prérogatives par la Loi du 15 septembre 2015 dans une optique de plus grande accessibilité aux ressources et de sensibilisation du public. Ainsi, l'article 14 de la loi indique que le Conseil doit procéder à une veille concurrentielle et à l'élaboration d'une base de données sur l'état des marchés ainsi que sur les informations collectées par le Conseil à l'occasion des enquêtes et investigations et susceptibles d'être échangées avec le reste des services de l'État. Il est également chargé de la mise en œuvre des programmes et plans de sensibilisation et de promotion de la culture de concurrence. Ces missions se font en partenariat avec les services compétents du ministère du Commerce. En outre, le Conseil doit procéder à la publication de ses décisions et avis sur son site web (voir le Chapitre 3.).

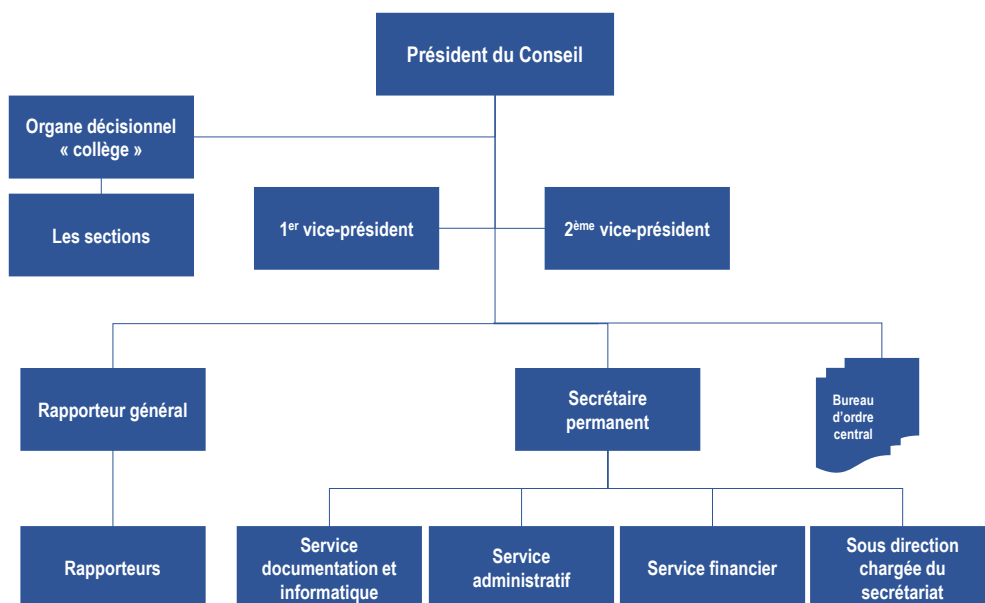
²⁰ Décision n° 71140 du Conseil de la concurrence du 17 juillet 2008 (l'affaire « Topnet »).

Composition et fonctionnement

Composition et organisation

Avec le passage d'une commission de la concurrence à un Conseil de la concurrence par l'adoption de la Loi du 24 avril 1995, l'article 16 a prévu la création de plusieurs sections au sein du Conseil dont la présidence est assurée par son Président ou l'un des deux Vice-présidents. La composition de ces sections et leurs membres sont désignés au début de chaque année judiciaire par le Président. L'organisation du Conseil, que l'on retrouve désormais à l'article 21 de la Loi de 2015, est demeurée relativement identique depuis 1995 (Graphique 1.5). À noter toutefois que si le siège du Conseil demeure à Tunis, la Loi de 2015 ajoute dans son article 11 que le Conseil peut, le cas échéant, tenir ses séances à tout autre endroit du territoire de la République.

Graphique 1.5. Organigramme du Conseil de la concurrence



Source : Conseil de la Concurrence

La composition et les obligations pesant sur les membres du Conseil ont en revanche plus significativement évolué. En effet, l'article 10 de la Loi de 1991, modifié en 1995, prévoyait que le Conseil de la concurrence serait composé de treize membres. On comptait un président, deux vice-présidents (un conseiller au Tribunal administratif et un conseiller auprès d'une des deux chambres chargées du contrôle des entreprises publiques à la Cour des comptes), quatre magistrats de l'Ordre judiciaire du deuxième grade au moins, quatre personnalités ayant exercé ou exerçant dans le domaine de la production, de la distribution, de l'artisanat ou des prestations de service, et deux personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence ou de consommation.

Cette composition a été légèrement modifiée par la Loi de 2015. Désormais le Conseil est composé de quinze membres, puisque ce sont quatre personnalités qui seront choisies en raison de leur compétence en matière de droit, d'économie, de concurrence ou de consommation, et non plus deux. Le Président et les deux vice-présidents exercent leurs fonctions à plein temps contrairement aux autres membres.

Un commissaire du gouvernement est nommé auprès du Conseil, également par décret gouvernemental sur proposition du ministre du Commerce. Le commissaire est principalement chargé de défendre l'intérêt général dans les affaires relatives aux pratiques anticoncurrentielles et de présenter les observations de l'administration devant le Conseil. Le commissaire du gouvernement est généralement incarné par le directeur général de la Concurrence et des enquêtes économiques.

Le personnel du Conseil de la concurrence est recruté essentiellement auprès des fonctionnaires du ministère du Commerce, principalement *via* des mutations de la direction générale de la Concurrence, ou auprès des élèves du cycle supérieur de l'École Nationale d'Administration (ENA). Aucun concours de recrutement externe n'a eu lieu durant les cinq dernières années.

En matière d'organisation interne, il n'y a pas de répartition thématique ou par activité du personnel. Le Conseil semble fonctionner selon un modèle intégré où l'ensemble du staff est impliqué dans plusieurs dossiers à la fois, y compris les affaires relatives à l'application du droit de la concurrence et celles qui concernent plus la protection des consommateurs. Lors des consultations avec le personnel du Conseil, il a été mentionné que la répartition des dossiers à instruire se base sur deux éléments, notamment l'expérience des rapporteurs (surtout pour les avis) et le volume de dossiers pris en charge par chacun. Une enquête en ligne réalisée par

le Secrétariat de l'OCDE auprès du personnel du Conseil a permis de démontrer que presque les deux tiers des participants estiment que l'absence de spécialisation des équipes ne facilite pas l'instruction des dossiers (voir Encadré 1.6).

La vocation juridictionnelle du Conseil est assurée par deux organes indépendants :

- **L'organe chargé de l'instruction** : composé par un rapporteur général et des rapporteurs nommés par décret gouvernemental parmi les magistrats, tel que prévu à l'article 13 de la Loi de 2015, ou parmi les fonctionnaires de la catégorie « A ». Ils prêtent serment et disposent d'une carte professionnelle qui leur est attribuée. Le rapporteur général assure la coordination, le suivi, le contrôle et la supervision des travaux des rapporteurs, ainsi que toute autre mission qui lui est confiée par le président du Conseil. Le rapporteur procède à l'instruction des requêtes qui lui sont confiées par le président du Conseil. À cet effet, il peut : (i) réclamer aux personnes physiques et morales concernées, sous le sceau du président, tous les éléments complémentaires nécessaires aux investigations, (ii) procéder dans les conditions légales, et après autorisation du Président, à toutes enquêtes et investigations sur place, (iii) se faire communiquer tous documents qu'il estime nécessaires à l'instruction de l'affaire et (iv) demander, sous le sceau du Président, que des enquêtes ou expertises soient effectuées, notamment par les agents de l'administration chargés du contrôle économique ou technique. Il est à noter qu'à l'occasion de l'instruction des affaires dont ils ont la charge, les rapporteurs contractuels disposent des mêmes prérogatives prévues à l'article 67 de la Loi de 2015.
- **L'organe chargé d'adopter la décision** : composé par une ou plusieurs sections dont la présidence est assurée par le président du Conseil ou l'un de ses deux vice-présidents. En effet, au début de chaque année judiciaire, le président du Conseil fixe la composition de chaque section et désigne ses membres. Chaque section est composée d'un président et de quatre membres dont au moins un magistrat rendant ses décisions sur les affaires qui lui sont transmises par le président du Conseil à la majorité des voix et en audience publique.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que dans la composition du Conseil, l'Ordre judiciaire est représenté par quatre magistrats alors que le Tribunal administratif, organe de recours pour les décisions du Conseil n'est représenté que par un seul magistrat, notamment le 1^{er} vice-président. Lors de la mission d'exploration, certaines parties prenantes ont plaidé pour un rééquilibrage de la répartition des

magistrats au sein du Conseil afin de mieux refléter le rôle du Tribunal administratif dans l'organisation institutionnelle du régime de la concurrence en Tunisie et de permettre en même temps de renforcer l'expertise des juges administratifs en matière de concurrence (voir 1.3.3). La même remarque a été mentionnée par rapport à la représentativité de la Cour des comptes dans un objectif de renforcement des volets analyse économique, enquête et contrôle des marchés publics.

Nomination et révocation

Nommés par décret gouvernemental sur proposition du ministre du Commerce, le président du Conseil et ses deux vice-présidents ont vu les critères de leur nomination renforcés. Outre ses compétences en matière économique, de concurrence ou de consommation, le Président, nommé parmi les magistrats ou les personnalités ayant une des compétences évoquées, doit depuis 2015 disposer d'au moins vingt ans d'ancienneté. S'agissant des vice-présidents, une condition d'ancienneté existait déjà, mais elle a été doublée, passant de cinq à dix ans. La condition d'ancienneté de 5 ans appliquée aux magistrats quant à elle n'a pas été modifiée depuis 1995. À l'image du commissaire du gouvernement, le secrétaire permanent du Conseil, le rapporteur général et les rapporteurs sont tous nommés par décret gouvernemental. Il est toutefois important de noter que le Secrétariat de l'OCDE n'a pas pu identifier s'il existe une procédure de sélection et d'évaluation des candidats avant leur nomination effective.

S'agissant des mandats, d'une durée de 5 ans depuis 1995 pour le président, les vice-présidents et les magistrats, ils ne sont plus renouvelables depuis 2015. Plus aucun des quinze membres ne peut donc voir son mandat renouvelé. Quant aux experts, leur mandat a été réduit de 6 à 4 ans, ce qui coïncide avec la durée du mandat, inchangée, des personnalités ayant exercé ou exerçant dans le domaine de la production, de la distribution, de l'artisanat.

La logique de la Loi de 2015 ne prévoit pas l'inamovibilité des membres du Conseil durant la durée de leur mandat. L'article 21 dispose cependant que le ministre chargé du Commerce peut, sur rapport du président du Conseil, proposer le remplacement de tout membre du Conseil qui n'a pas participé, sans motif valable, à trois séances consécutives du Conseil. De façon générale et se référant au principe de parallélisme des procédures, la révocation du président, de ses vice-présidents et d'autres dirigeants du Conseil de la concurrence est soumise aux mêmes procédures de leurs nominations.

Cette situation pourrait rendre le processus de nomination et de révocation des dirigeants du Conseil perméable aux interférences politiques. Responsables en dernier ressort de l'adoption des décisions de l'autorité, les membres du conseil ou le président de l'autorité risquent fortement d'être soumis à des pressions extérieures. C'est pourquoi il est primordial de protéger le ou les décideurs de toute influence indue. Revoir ce système revêt donc une importance capitale pour renforcer la transparence et l'équité des procédures et partant l'indépendance de l'institution.

Il est possible de limiter, dans une certaine mesure, les possibilités d'atteinte à l'indépendance de la prise de décision par des procédures de sélection, de nomination et de révocation des membres du conseil ou du président de l'autorité. Afin de dissiper toute présomption de proximité indue entre les membres du conseil et le gouvernement, il est important de veiller à ce que le processus de sélection et de nomination soit transparent et repose sur des critères objectifs et qualitatifs (Alves, Capiou, & Sinclair, 2015), (Monti, 2014), (Commission européenne, 2014), (Commission européenne, 2014), (Gal, 2004), (Ottow, 2015). L'instauration de comités de nomination indépendants peut constituer un moyen efficace de garantir l'impartialité de la direction (OCDE, 2016) (voir Encadré 1.2).

Encadré 1.2. Missions des comités de nomination au Royaume-Uni et au Mexique

Au Royaume-Uni, les membres du conseil de l'Autorité de la concurrence et des marchés (Competition and Markets Authority - CMA) sont nommés par le secrétaire d'État. Cette décision est supervisée par le Commissaire chargé aux nominations publiques qui s'assure que les personnes nommées ne sont pas soumises à une influence d'ordre personnel ou politique. La Commission de la fonction publique régleme le recrutement dans la fonction publique. Ses commissaires président les jurys de sélection du conseil et des plus hauts dirigeants de la CMA.

Au Mexique, les commissaires de la Commission fédérale de concurrence économique (COFECE) sont nommés à l'issue d'un processus mené par un comité d'évaluation autonome. Par le biais d'un processus d'examen impartial, le comité d'évaluation établit une liste de candidats et la communique au président mexicain qui sélectionne alors des personnes dont le Sénat doit ensuite valider la nomination.

Source : (OCDE, 2016)

En matière de révocation, il est légitime de s'interroger sur l'aptitude et l'incitation du président d'une autorité de la concurrence à agir en toute indépendance (c'est-à-dire à prendre des décisions sans crainte de représailles) lorsqu'il peut être révoqué sur simple décision du chef d'État ou de l'exécutif. Aussi de nombreuses juridictions ont mis en place des règles qui prévoient qu'une révocation ne soit prononcée que dans un certain nombre de circonstances bien définies et soit motivée, par exemple, par une faute lourde, une impossibilité à s'acquitter des missions confiées, une condamnation pénale, une infraction aux règles de confidentialité ou de conflit d'intérêt (OCDE, 2016).

Garanties d'impartialité

L'article 14 de la Loi du 15 septembre 2015 a introduit de nouvelles obligations pesant sur les membres du Conseil, dans un souci d'assurer l'impartialité de l'organe. Ainsi, avant d'exercer leurs fonctions, les membres du Conseil doivent prêter serment devant l'assemblée plénière du Conseil. Ils doivent également procéder à la déclaration de leurs biens et informer le président du Conseil de tout risque de conflits d'intérêts en vue de prendre les dispositions nécessaires.

L'article 21 de la Loi de 2015 stipule qu'aucun membre ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées. Toute partie concernée peut récuser tout membre du Conseil par voie de demande écrite soumise au président du Conseil qui tranche définitivement la question dans un délai de cinq jours après l'audition des deux parties. En cas de récusation du président, la question est tranchée par le ministre du Commerce. Il est également important de noter que la Loi de 2015 ne prévoit pas d'interdiction pour les membres du Conseil quittant l'institution d'exercer d'activités professionnelles dans des domaines liés à l'application de la loi sur la concurrence.

1.3.2. Le ministère du Commerce

Fonctions et responsabilités

Le ministère du Commerce est responsable de l'élaboration, de l'exécution et de la bonne application des règles de concurrence par l'intermédiaire notamment de la direction générale de la Concurrence et des enquêtes économiques (DGCEE). Ainsi, depuis 1999, le ministre compétent est habilité à prendre toutes les mesures nécessaires pour l'exécution des décisions, au besoin forcées, du Conseil de la

concurrence, selon l'article 35 de la Loi de 1991, transposé à l'article 44 de la Loi de 2015.

Dans le cas d'un appel de la décision du Conseil devant le Tribunal administratif, le commissaire du gouvernement auprès du Conseil, nommé par décret gouvernemental sur proposition du ministre du Commerce est chargé de représenter la partie publique, y compris le Conseil qui à l'instar des autres parties, doit transmettre au commissaire toute réponse et observation en lien avec l'affaire en question. L'article 18 de la Loi de 2015 dispose que le commissaire du gouvernement est mandaté pour :

« Présenter des observations et des réponses sur ces pratiques et intervenir dans les différends y afférents auprès du tribunal administratif, et ce, nonobstant les dispositions de l'article premier de la loi n°88-13 du 7 mars 1988, relative à la représentation de l'État et des établissements publics à caractère administratif et des entreprises sous-tutelle de l'État auprès des tribunaux ».

Depuis 1991 le ministère du Commerce peut également prendre par arrêté et pour une durée ne pouvant excéder six mois, des mesures temporaires motivées par une situation de crise ou de calamité, par des circonstances exceptionnelles ou par une situation de marché manifestement anormale dans un secteur déterminé, en vue de faire face à des hausses excessives ou un effondrement des prix. Ces mesures sont renouvelables et requièrent la consultation du Conseil de la concurrence (voir 1.2.2).

Le ministère, à travers la DGCEE et ses agents répartis sur l'ensemble du territoire, est l'organe le plus apte à mener des investigations des pratiques anticoncurrentielles. À cette fin, il collabore étroitement avec le Conseil de la concurrence qui peut notamment lui demander de mener des enquêtes. En plus de mener des enquêtes approfondies, le ministère est également chargée de saisir les tribunaux ou le Conseil des faits susceptibles de constituer des infractions relevant de la compétence de ces derniers.

En outre, depuis 1995, selon l'article 6 de la Loi du 29 juillet 1991, il 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. Le législateur a ajouté deux conditions supplémentaires à l'octroi de ces exemptions depuis 2015 : ces pratiques ne doivent pas conduire à imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables

pour atteindre les objectifs visés, ou à éliminer complètement la concurrence sur le marché en cause ou sur une partie substantielle de ce marché.

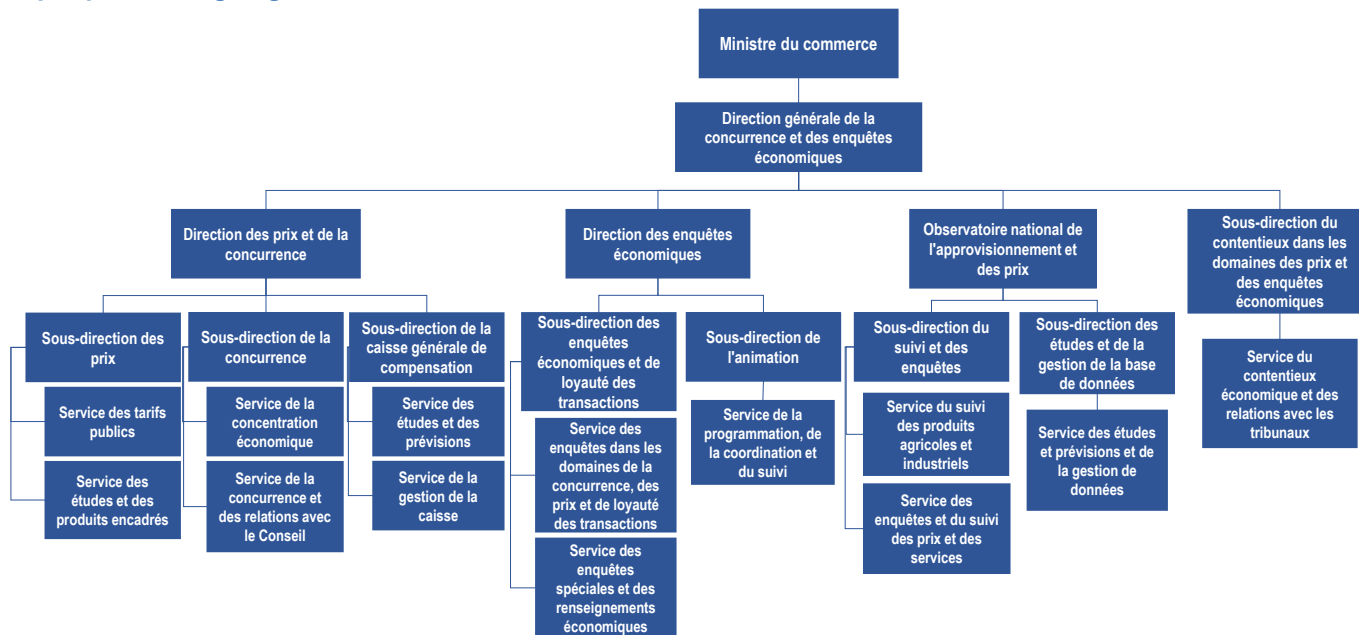
Organisation et fonctionnement

L'article 29 du décret n° 2966-2001 du 20 décembre 2001 portant organisation du ministère du Commerce précise les fonctions et l'organisation de la DGCEE qui est composée de deux directions : (i) la direction des prix et de la concurrence et (ii) la direction des enquêtes économiques. Deux autres structures sont rattachées à la direction : (i) l'observatoire national de l'approvisionnement et prix et (ii) la sous-direction du contentieux dans les domaines des prix et des enquêtes économiques (Graphique 1.6).

L'article 30 du décret de 2001 précise que la direction des prix et de la concurrence est chargée d'assurer, en coordination avec les services enquêteurs, l'analyse des résultats des investigations et la rédaction des rapports administratifs dans les domaines de la concurrence et des prix. La direction est également chargée d'assurer la liaison avec le Conseil de la concurrence, y compris la préparation des saisines. En matière de contrôle des concentrations, la direction assure l'instruction, le suivi et l'octroi des autorisations aux opérations de concentrations économiques notifiées et ce après avis du Conseil de la concurrence. De plus, la direction instruit les demandes d'autorisations relatives aux contrats de concession et de la représentation commerciale dues au progrès économique. Ces fonctions sont assurées par deux services : (i) le service de la concentration économique et (ii) le service de la concurrence et des relations avec le Conseil de la concurrence.

Les prérogatives de la DGCEE lui confèrent également la mission de veiller au fonctionnement normal des marchés, de centraliser et d'enrichir les indices des pratiques anti-concurrentielles ainsi que d'élaborer des programmes et des enquêtes en matière de concurrence et de veiller à leur suivi et exécution.

Graphique 1.6. Organigramme de la DGCEE



Source : Ministère du Commerce

Interactions avec le Conseil de la concurrence

Comme évoqué plus haut, les demandes de consultation du Conseil sur les textes législatifs et réglementaires doivent transiter par le ministre du Commerce selon les procédures fixées par le décret n°2016-1148 du 19 août 2016. Il en est de même des avis du Conseil qui sont transmis au ministre du Commerce qui transmet une copie de ces avis aux ministères concernés par les projets de textes objet de la consultation. Bien que la fonction consultative du Conseil ait été renforcée au fil des modifications législatives, le ministère n'est pas lié par ces avis. Il exerce donc toujours l'essentiel de la fonction régulatrice. De plus, il exerce une influence majeure sur le Conseil. En effet, depuis la création du Conseil, le ministre propose au gouvernement le président, les deux vice-présidents et les membres du Conseil à nommer. Leur nomination s'effectue ensuite par décret. Cette règle n'a pas changé. Le législateur a même prévu dans la Loi de 2015 que le ministre fixe le régime de rémunération du président du Conseil et de ses deux vice-présidents selon la même procédure²¹. Par ailleurs, depuis 2015, l'article 11 de la Loi de 2015 précise que le budget du Conseil est rattaché pour ordre au ministère chargé du Commerce.

Au vu de ces éléments, il paraît judicieux de poser la question du niveau d'indépendance du Conseil de la concurrence. Il est communément admis parmi les acteurs de la concurrence que l'indépendance à l'égard des ingérences politiques est nécessaire pour que la concurrence produise les effets voulus pour le bien de l'ensemble de la société (Encadré 1.3). L'indépendance n'est pas intrinsèquement dans l'intérêt des autorités de la concurrence, mais constitue plutôt une condition préalable qui leur permet de prendre des décisions sur des critères juridiques et économiques uniquement, sans être influencés par des groupes politiques (ou économiques).

Une enquête de l'OCDE consacrée aux autorités de la concurrence (2003) a montré qu'une « plus grande indépendance » était l'élément requis le plus cité pour faciliter la réalisation d'objectifs en matière de droit et de politique de la concurrence (OCDE, 2016). De même, dans une étude de KPMG menée auprès

²¹ Le décret gouvernemental fixant le régime de rémunération des deux vice-présidents, en application de l'article 13 de la loi 2015 n'a pas vu le jour jusqu'à la date de parution de ce rapport.

de responsables des autorités de la concurrence, de juristes et d'économistes spécialisés dans la concurrence, ainsi que de représentants des milieux d'affaires, l'indépendance à l'égard du pouvoir politique constituait sur l'ensemble de l'échantillon le troisième facteur déterminant de l'efficacité d'un régime de concurrence (KPMG, 2017)²². Pour les entreprises et les autorités de la concurrence, il s'agissait du facteur le plus important.

L'indépendance des autorités de la concurrence présente une valeur symbolique. « De même que l'indépendance des tribunaux est un symbole de l'état de droit, celle des autorités de la concurrence est celui de l'attachement au libre jeu du marché » (Wilks & Bartle, 2002). L'indépendance des autorités de la concurrence envoie un signal aux entreprises sur l'attachement des pouvoirs publics à des marchés libres et concurrentiels. C'est pourquoi lorsque l'indépendance des autorités de la concurrence est menacée, leur valeur symbolique ainsi que leur image dans la société en général sont mises à mal.

Comme expliqué dans Thatcher et Sweet (Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions, 2002) , « *lorsque la délégation de compétences vise à assurer la crédibilité de l'engagement, le principal ne peut pas imposer de nombreux contrôles ex post sur un agent sans porter atteinte à l'objectif même de cette délégation de compétences.* » Toutefois, dans certaines instances de réglementation, il est possible que les contrôles *ex post* ou la mise en suspens de l'indépendance n'aient pas de conséquences importantes et n'altèrent pas les signaux sous-jacents adressés à la société car « *lorsque des responsables délèguent des compétences afin de renforcer l'efficacité technique, de réduire leur charge de travail ou d'obtenir davantage d'informations, des contrôles ex post étendus sont souvent davantage compatibles avec les objectifs* » (Thatcher & Sweet, 2002).

²² D'après l'enquête de KMPG, les facteurs contribuant à l'efficacité du régime de concurrence (classés du plus important au moins important) sont les suivants : 1. la compétence technique en matière d'analyse juridique ; 2. la compétence technique en matière d'analyse économique ; 3. l'indépendance à l'égard du pouvoir politique ; 4. la détention d'un réel droit de recours ; 5. la clarté des procédures ; 6. la capacité des agents chargés du dossier ou de l'enquête de formuler des recommandations indépendantes et impartiales à leurs supérieurs ; 7. la capacité du régime à appliquer des sanctions suffisamment lourdes ; 8. les ressources disponibles pour traiter les dossiers ; 9. l'efficacité des enquêtes et l'efficacité de la politique de la concurrence ; 10. la rapidité de la prise de décision ; 11. la compétence technique du personnel administratif ; 12. la capacité des principaux intervenants du régime à communiquer avec les parties prenantes extérieures ; 13. une charge minimale pour les entreprises.

Encadré 1.3. L'indépendance des autorités de la concurrence selon la Commission européenne

La Commission européenne a accordé une attention particulière à la question de l'indépendance des autorités de la concurrence. Dans une communication au Conseil et au Parlement européens en 2014, la commission indique qu'il est nécessaire d'instaurer des garanties minimales juridiquement contraignantes dans le cas des autorités de la concurrence afin d'assurer leur indépendance. Les facteurs d'indépendance considérés comme importants dans cette communication sont:

- L'existence de procédures de nomination transparentes et reposant sur le mérite et l'établissement de motifs de révocation des hauts responsables objectifs et clairement définis;
- Des ressources suffisantes et stables et l'autonomie budgétaire ;
- Des règles encadrant les conflits d'intérêt et les incompatibilités.

Source : (Commission européenne, 2014); (Commission européenne, 2014).

Par ailleurs, l'indépendance juridique (officielle, statutaire et en droit), ne correspond pas toujours à « l'indépendance de fait (effective, réelle et en dehors de tout cadre officiel) ». Même si l'indépendance juridique n'entraîne pas automatiquement l'indépendance de fait, elle reste importante. Les caractéristiques de l'indépendance juridique offrent aux autorités de la concurrence un minimum de garde-fous qui certes ne permettent pas toujours d'éviter toutes les pressions politiques, mais qui les rendent néanmoins moins probables. Dans ce sens, les garde-fous juridiques renforcent les capacités d'action des autorités et permettent d'accroître leur indépendance de fait.

L'indépendance de fait dépend de différents facteurs. L'un des principaux déterminants de l'indépendance de fait est l'environnement dans lequel l'autorité de la concurrence évolue. Une autorité de la concurrence s'inscrit dans le système administratif du pays et elle est inévitablement influencée par la situation politique, sociale et économique. En particulier, les règles et les traditions administratives et politiques tacites d'une juridiction peuvent jouer un rôle important. Elles peuvent réduire ou accroître le degré d'autonomie qui est formellement spécifié dans les textes juridiques et entraîner des écarts considérables dans les pratiques effectives de l'autorité (Kovacic & Wineman, The Federal Trade Commission as

an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy and Effectiveness, 2015), (RIC, 2005), (RIC, 2002), (CNUCED, 2008), (Kovacic, Competition Agencies, Independence, and the Political Process' in Competition Policy and the Economic Approach, edited by Josef Drexl, Wolfgang Kerber and Rupprecht Podszun, 2011), (Jenny, 2016).

La personnalité des hauts dirigeants peut également avoir une incidence sur l'indépendance de fait des autorités de la concurrence. Les cadres dirigeants qui font connaître le travail de leur autorité peuvent contribuer à donner une grande notoriété à leur autorité au sein des entreprises et de la société dans son ensemble (CNUCED, 2008). Enfin, l'indépendance de fait d'une autorité de la concurrence dépend également de son propre bilan. De bons résultats en matière d'application peuvent également accroître de façon considérable son indépendance de fait en renforçant sa réputation et son image dans la société (OCDE, 2005), (Ottow, 2015), (RIC, 2002).

Encadré 1.4. Indépendance des autorités de la concurrence et efficacité des régimes de concurrence : études empiriques

S'il est largement admis que l'indépendance des autorités de la concurrence renforce l'efficacité des régimes de concurrence, très peu d'études étayent l'existence d'une relation positive entre les deux. Dutz et Vagliasindi (Competition Policy Implementation in Transition Economies: An Empirical Assessment, 2000) ont testé la relation entre l'efficacité institutionnelle des autorités de la concurrence et l'intensité de la concurrence sur le marché à partir d'un échantillon de 18 autorités de la concurrence. Dans cette étude, l'efficacité institutionnelle était évaluée en fonction de trois facteurs : i) le degré d'indépendance de l'autorité à l'égard du pouvoir politique, ii) la transparence et iii) l'efficacité du processus d'appel en fonction de la pertinence de la décision rendue.

D'après les résultats de cette étude, il existe une relation positive entre d'une part, l'efficacité de l'application du droit et de la politique de la concurrence et celle de l'institution et d'autre part, l'intensité de la concurrence sur les marchés. L'étude a aussi montré que l'effet institutionnel était plus de deux fois supérieur à l'effet en matière d'application du droit et de la politique de la concurrence. D'après les auteurs, « cela implique que les facteurs liés à

l'efficacité institutionnelle sont en réalité cruciaux pour que la politique de la concurrence produise les effets voulus dans l'ensemble de l'économie. Le lien plus étroit entre l'efficacité de l'application et la facilitation de l'expansion des entreprises productives laisse penser qu'une réputation d'indépendance, de transparence et de pertinence en matière de prise de décision peut constituer une condition préalable importante pour permettre aux autorités nationales de la concurrence d'appliquer plus efficacement le droit et la politique de la concurrence et de mieux promouvoir la concurrence » (Dutz & Vagliasindi, 2000).

Guidi (Does Independence Affect Regulatory Performance? : The Case of National Competition Authorities in the European Union, 2011) s'est appuyé sur le nombre d'enquêtes ouvertes et sur le nombre de décisions prises pour évaluer l'efficacité des autorités. Il a testé l'hypothèse suivante : plus une autorité de la concurrence est indépendante, plus le nombre d'affaires instruites et de sanctions prises est élevé. Les résultats de son analyse statistique ont corroboré cette hypothèse et montré « *qu'une indépendance en bonne et due forme avait un effet positif sur l'efficacité des autorités de la concurrence. Cela signifie que l'indépendance ne produit pas seulement un effet de réputation mais qu'elle améliore également les performances objectives de ces autorités* » (Guidi, Does Independence Affect Regulatory Performance? : The Case of National Competition Authorities in the European Union, 2011). Ce chercheur s'est également intéressé à l'effet de l'indépendance sur la performance des autorités de la concurrence en utilisant comme indicateurs l'investissement direct étranger et l'indice des prix à la consommation. Dans ce cas, il a obtenu des résultats contradictoires et abouti à la conclusion suivante « *les résultats indiquent que l'indépendance en bonne et due forme d'une autorité de la concurrence n'avait pas d'effet significatif sur les indicateurs, ce qui remet en question l'hypothèse selon laquelle l'indépendance améliore les performances en matière de réglementation* » (Guidi, he Impact of Independence on Regulatory Outcomes: the Case of EU Competition Policy, 2015).

Une étude empirique qui analyse la relation entre l'indépendance et l'efficacité d'une autorité de la concurrence doit nécessairement définir ce qu'est une « autorité de la concurrence efficace » pour faire des comparaisons entre juridictions. Mais, parvenir à une définition satisfaisante dans une optique comparative est une tâche particulièrement complexe. Il est très difficile de choisir un indicateur qui mesure correctement l'efficacité d'une autorité à un

moment donné. Les autorités de la concurrence, par exemple, peuvent avoir des effets semblables par le biais de différents types d'activités ou d'affaires, ou en imposant des amendes de montants différents. Il est toutefois possible que cela ne révèle pas grand-chose sur l'efficacité du régime de concurrence. Une autorité de la concurrence peut résoudre de nombreux conflits par des engagements/accords ou parvenir à prévenir la formation de nouvelles ententes simplement grâce à ses décisions passées. En outre, le travail de promotion de la concurrence pourrait avoir des retombées considérables sur l'ensemble de l'économie bien que cela puisse être difficile à observer à court terme. Ces éléments sont difficiles à saisir à travers un indicateur.

Source : (OCDE, 2016)

1.3.3. Le Tribunal administratif

Le Tribunal administratif (TA) constitue un ordre juridictionnel indépendant. Pendant longtemps, le Tribunal administratif faisait figure de juge unique en l'absence de voie de recours contre ses décisions. La Loi organique n° 2001-79 du 24 juillet 2001 a instauré le principe du double degré de juridiction, sans pour autant entraîner la création d'autres tribunaux. Le TA se compose désormais de plusieurs chambres faisant office de juge de première instance, d'appel et de cassation. Plus précisément, il est composé de sept chambres de première instance, de cinq chambres d'appel, de trois chambres de cassation, de deux chambres consultatives ainsi que d'une assemblée plénière compétente en matière de cassation.

Les chambres de première instance et les chambres d'appel connaissent essentiellement des recours en annulation dirigés contre les actes ou décisions pris par les autorités administratives. L'assemblée plénière dans ses fonctions en matière de cassation statue essentiellement sur les pourvois en cassation dirigés contre les jugements rendus en matière indemnitaires, fiscale, ordinale et électorale.

Le Tribunal administratif s'est vu confier le rôle de la juridiction de contrôle des décisions rendues par diverses autorités de régulation sectorielle, y compris les décisions de la Commission bancaire, du Comité général des assurances ou encore de la Commission de services financiers. Le Tribunal administratif est également l'organe juridictionnel qui statue sur les recours en appel et cassation

des décisions prononcées par le Conseil de la concurrence. De plus, le Tribunal administratif statue également en tant qu'organe juridictionnel d'appel sur les recours d'annulation dirigés contre les actes ou décisions prises par les autorités administratives en matière d'exemption et de concentration. Le Tribunal administratif peut en appel réformer les décisions du Conseil et du ministère en remplaçant le raisonnement de la décision attaquée par son appréciation des faits.

Lors d'échanges avec les parties prenantes, le problème de la spécialisation des magistrats du Tribunal administratif a été évoqué à plusieurs reprises. La rareté des offres de formation d'un côté, et l'absence de chambre ou de section spécialisée en matière de droit de la concurrence de l'autre entravent l'accumulation de connaissances techniques et d'expertise institutionnelle. Ceci rend difficile la tâche des juges limitant souvent leur appréciation aux aspects de forme plutôt que le fond. Ces difficultés se reflètent, par ailleurs, presque naturellement dans la durée moyenne d'une action devant le Tribunal administratif, incluant l'appel et la cassation, qui va de 5 à 10 ans (voir 2.4).

1.4. L'interface avec les autorités de régulation des régimes sectoriels spéciaux

1.4.1. L'Instance nationale des télécommunications (INT)

L'INT est un organe collégial doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière créé par l'article 63 du Code des télécommunications. Elle a pour mission de réguler le marché des télécommunications, de veiller au respect par les opérateurs de télécommunications du 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 marché (opérateurs et fournisseurs de services de télécommunications). 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 à l'encontre des opérateurs ou des fournisseurs de services qui méconnaîtraient les dispositions législatives ou réglementaires régissant le secteur ou une décision prise par l'INT. De ce fait, il

existe un vrai risque de conflit de compétence avec le Conseil de la concurrence comme l'indique la double instruction de l'affaire « offre *familia* » en 2012²³.

Afin de mieux prévenir ce genre de conflits, un Protocol d'accord a été signé par les deux parties en juin 2012 stipulant que le Conseil de la concurrence n'a pas compétence pour émettre des jugements sur les affaires liées aux décisions réglementaires de l'INT, et que l'INT n'est pas compétente pour juger les recours qui lui sont soumis et qui concernent des pratiques anticoncurrentielles telles que stipulées par l'article 5 de la Loi de 2015 sur la concurrence et les prix²⁴. Par ailleurs, l'INT a aussi la faculté de soumettre au Conseil une demande d'avis sur des questions de concurrence ou de déposer une requête concernant des pratiques anticoncurrentielles²⁵. Lors des consultations, le Secrétariat de l'OCDE a été informé que le nouveau code des télécommunications (en cours de préparation) proposerait un partage des rôles entre les deux institutions avec des compétences *ex-ante* pour l'INT et *ex-post* pour le Conseil. Le secrétariat a également appris qu'une première étude sectorielle est en cours de préparation par l'INT. Cependant, il n'a pas été possible de confirmer que le Conseil y prendra part activement.

1.4.2. La Banque Centrale de Tunisie (BCT)

La BCT assure la supervision et la stabilité du secteur bancaire. Elle combine les missions de surveillance, de régulation et de sanctions. Elle est également habilitée à traiter les questions relatives à la concurrence au sein du secteur, y compris sur des projets de concentrations concernant des banques et établissements financiers (voir 2.3). La Commission d'agrément, créé par l'article 26 de la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux

²³ 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.

²⁴ Ce principe a aussi été confirmé dans la décision du Conseil de la Concurrence 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.

²⁵ Voir par exemple l'avis du Conseil de la Concurrence No. 122444 du 12 septembre 2012 émis suite à une demande d'avis de l'INT à proposer d'un litige porté devant elle par Tunisie Télécom à l'encontre de Tunisiana.

établissements financiers, est responsable, entre autres, d'émettre 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 de concert explicites entre actionnaire après consultation du Conseil de la concurrence (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 membres.

La BCT reçoit des réclamations de particuliers et d'entreprises concernant certaines pratiques des banques, tels que des ruptures abusives de crédit ou manque de transparence des taux d'intérêt pratiqués, mais généralement elles ne conduisent pas à des sanctions. Le Gouverneur de la BCT est habilité à infliger des sanctions à l'encontre des banques et des établissements financiers (article 169 de la Loi bancaire), y compris l'avertissement ou une amende dont le montant ne doit pas dépasser 15% du capital minimum en cas de non-respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur. La BCT, à travers la Commission de sanctions peut également émettre des sanctions pécuniaires ou administratives allant jusqu'au retrait de l'agrément pour des infractions bancaires. Lors des consultations, le Secrétariat de l'OCDE a été informé que la Commission de sanctions est peu active et qu'à ce jour, aucune sanction n'a été décidée par la BCT. Le Conseil de la concurrence est également peu actif dans ce secteur. Mis à part la décision n° 3150 du 25 juin 2004 concernant l'entente entre les banques relatives aux commissions sur chèques, le Conseil s'est autosaisi d'une deuxième affaire en juin 2021 concernant les pratiques bancaires relatives au remboursement reporté des prêts en raison de la pandémie du coronavirus.

1.4.3. Le Comité général des assurances (CGA)

Le CGA est l'autorité de tutelle et de contrôle du secteur des assurances. Créé par la Loi n° 2008-8 du 13 février 2008, il est doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière et combine les missions de surveillance, de régulation et de sanctions qui peuvent être prononcées par la commission de discipline émanant du collège du CGA. 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 (voir 2.3). 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 ».

Malgré l'absence de cadre formel de coopération avec le Conseil de la concurrence, le Secrétariat de l'OCDE a été informé lors de la mission d'exploration que des échanges réguliers ont lieu entre les deux institutions sur les questions relatives au respect des règles de la concurrence dans le secteur. 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.

1.4.4. L'Autorité de contrôle de la microfinance (ACM)

L'ACM est un comité doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Créée par le décret n°2012-2128 du 28 septembre 2012, l'ACM exerce un rôle important dans le processus d'octroi d'agrément par l'instruction de la demande et l'établissement du rapport de microfinance. Elle est également dotée des pouvoirs disciplinaires nécessaires permettant de faire respecter la réglementation aux institutions de microfinance assujetties à son contrôle. Les décisions concernant l'agrément, les fusions et les concentrations économiques sont prises par le ministre des Finances après avis de l'ACM. Il est d'ailleurs important de noter que l'article 25 du Décret-loi n° 2011-117 du 5 novembre 2011 qui concerne les opérations de fusions dans le secteur ne prévoit pas de consultation des organes de concurrence.

1.4.5. La haute Autorité indépendante de la communication audiovisuelle (HAICA)

La HAICA est une instance constitutionnelle. Créée par le Décret-loi n° 2011-116 du 02 novembre 2011 et dotée de larges pouvoirs réglementaires et consultatifs, la HAICA a pour mission de veiller à l'organisation et à la régulation de la communication audiovisuelle. Elle peut intervenir, par auto-saisine sur demande préalable, pour contrôler le degré de respect des principes généraux d'exercice des activités de communication audiovisuelle et peut sanctionner les infractions commises. La HAICA a également pour mission d'empêcher la concentration dans la propriété dans les médias audiovisuels et d'instaurer une concurrence loyale au sein du secteur (article 15 du Décret-loi de 2011). De ce fait, les interactions avec les organes de concurrence sont *quasi* inexistantes (voir 2.3).

Dans son avis n°202750 du 23 octobre 2020 au sujet du nouveau projet de loi relatif à la liberté de la communication audiovisuelle, le Conseil de la concurrence a proposé de supprimer l'interdiction de la concentration dans la propriété dans les médias audiovisuels et de s'inspirer d'expériences comparées pour adopter des critères et des seuils propres au secteur de manière à respecter les principes de pluralisme d'un côté et de libre circulation des capitaux de l'autre.

1.5. Les ressources

Disposer d'un personnel et d'un budget suffisants est une condition préalable fondamentale pour permettre le bon fonctionnement et l'indépendance d'une autorité de la concurrence (Commission européenne, 2014). De manière générale, les ressources des autorités de concurrence, que ce soit les jeunes ou les plus anciennes, demeurent soumises à des contraintes sous une forme ou une autre et elles ont tendance à le rester dans la durée (OCDE, 2009). Si toutes les autorités s'emploient à accroître leur budget, il est primordial de faire en sorte d'utiliser leurs deniers avec la plus grande efficacité possible.

1.5.1. Les ressources budgétaires

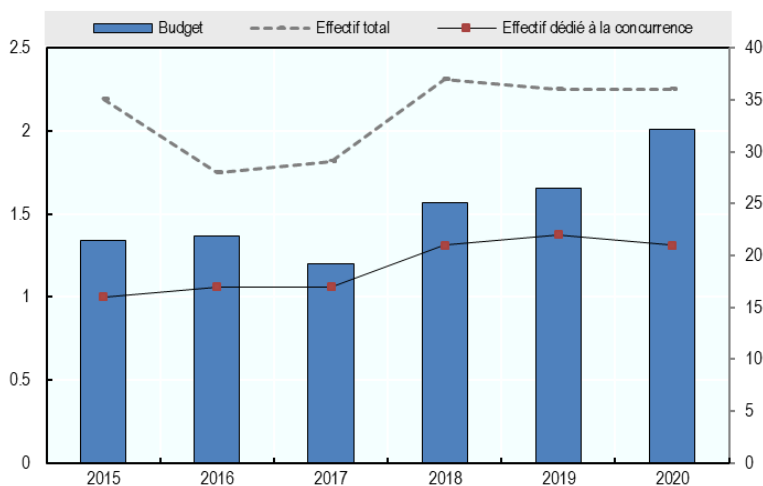
Les autorités de la concurrence sont habituellement financées par les recettes publiques générales. Si le pouvoir en place approuve ou non les décisions de l'autorité, il peut augmenter ou réduire le budget de l'autorité en fonction de ses performances (Commission européenne, 2014), (Commission européenne, 2014), (Monti, 2014), (Alves, Capiou, & Sinclair, 2015), (Gal, 2004), (Kovacic & Wineman, *The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy and Effectiveness*, 2015), (Ottow, 2015). De son côté, l'autorité peut avoir tendance à adapter ses décisions aux attentes du pouvoir en place afin de préserver ses ressources. L'allocation du budget est un paramètre crucial qui peut faire l'objet d'une pression indue et qu'il convient d'encadrer par des garde-fous adéquats.

Selon l'article 11 de la Loi de 2015, le budget du Conseil de la concurrence est financé par le budget général de l'État. Il est rattaché pour ordre au budget du ministère du Commerce. Le décret n°2006-477 du 15 février 2006, fixant les modalités d'organisation administrative et financière et de fonctionnement du Conseil de la concurrence, prévoit dans le chapitre relatif à l'organisation financière, qu'il revient au président du Conseil de préparer le projet du budget. Ledit budget est reparti en deux titres : titre 1 dit, le budget de fonctionnement, et titre 2 nommé le budget d'équipement.

Ce budget comprend les prévisions des dépenses nécessaires au fonctionnement ordinaire du Conseil et la réalisation de son programme d'investissement. Le Conseil (tout en étant un programme) prépare chaque année son budget sous le contrôle du ministère du Commerce (tout en étant une mission). Ce projet de budget est discuté avec les services du comité général de l'Administration du budget de l'État au ministère des Finances, dans le cadre des travaux d'élaboration du budget annuel de la mission dite ministère du Commerce. Le ministère des Finances valide et consolide ensuite les projections de l'ensemble des institutions du secteur public, qu'il transmet à l'Assemblée des représentants du peuple (ARP) pour approbation du budget annuel de l'État, partie intégrale de la Loi de finances.

Le président du Conseil est l'ordonnateur du budget. Toutes les dépenses du Conseil doivent passer par un contrôle préalable comme pour l'ensemble des institutions publiques. En effet, ceci est concrétisé par l'obligation du visa du contrôleur des dépenses avant tout engagement de crédit. Un deuxième contrôle est exercé avant le paiement par le comptable.

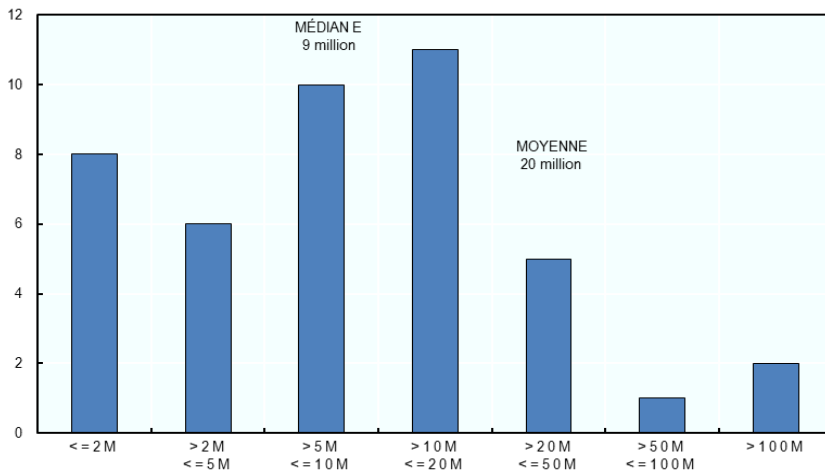
Graphique 1.7. Évolution des ressources budgétaires (millions TND) et humaines du Conseil



Source : OCDE basé sur les données du Conseil de la Concurrence

Avoisinant les 0.65 millions EUR en 2020 et en augmentation de près de 9 % en moyenne sur la période 2015-2020 (Graphique 1.7), le budget du Conseil de la concurrence reste très modeste selon les normes internationales. En 2018, les autorités de la concurrence prises en compte dans la base de données COMPSTATS²⁶ de l'OCDE disposaient d'un budget moyen de 20 millions EUR, mais ce montant est quelque peu faussé par la prise en compte d'un certain nombre d'autorités de la concurrence de grande taille. Le chiffre médian de l'ensemble des budgets était de 9 millions EUR (environ 10.6 millions USD). Le budget moyen des autorités de la concurrence, en termes nominaux, a augmenté d'environ 1% entre 2015 et 2018, en tenant compte des effets de taux de change. D'un autre côté, le budget moyen des 26 autorités de la concurrence des petits pays (moins de 12 millions d'habitants) prises en compte dans COMPSTATS était de 6.3 millions EUR, presque 10 fois celui du Conseil de la concurrence.

Graphique 1.8. Répartition des budgets des agences de la concurrence



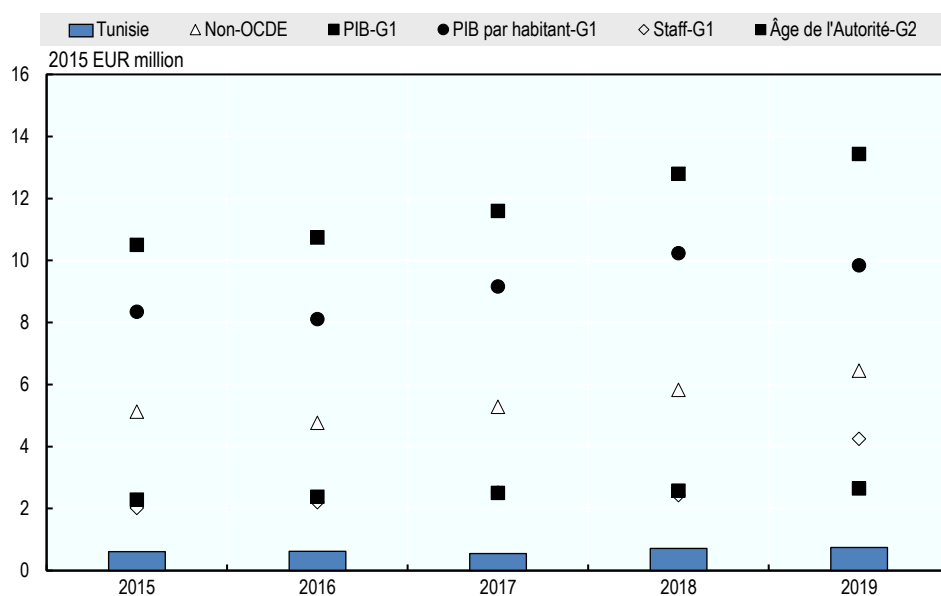
Note : Calculé pour les 43 autorités de la base de données CompStats qui ont fourni des données budgétaires pour quatre ans pour les activités liées à la concurrence uniquement.

Source : Base de données COMPSTATS de l'OCDE

²⁶ La base de données COMPSTATS de l'OCDE comprend des données sur 55 juridictions à travers le monde. Les informations sur la base de données COMPSTATS sont compilées dans la publication « Tendances de la concurrence de l'OCDE 2020 » : <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf>

Une analyse des données budgétaires par groupes de pays participants à la base de données COMPSTATS de l'OCDE permet d'avoir une idée plus claire de la situation du Conseil par rapport aux autorités de concurrence des pays comparables, notamment en matière de PIB et de PIB par tête d'habitant, d'enveloppe budgétaire, de nombre du personnel ou encore d'âge de l'autorité de concurrence. Le Graphique 1.9 montre que les ressources budgétaires du Conseil de la concurrence tunisien restent bien en deca du niveau moyen de tous les pays comparables à travers tous les critères cités ci-haut.

Graphique 1.9. Budget du Conseil de la concurrence par rapport aux groupes de pairs



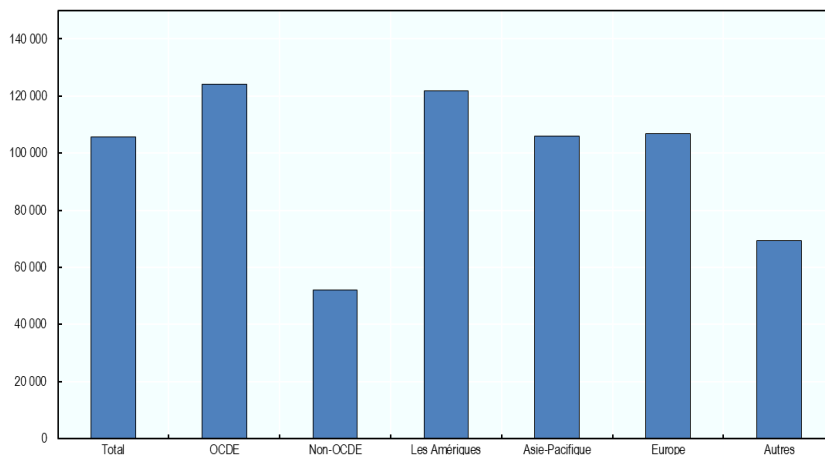
Note : les pays participants à la base de données ont été répartis en trois groupes de pays affichant des performances comparables selon les cinq critères de comparaison retenues pour cet exercice. Au-delà du groupe « non-OCDE » qui regroupe 18 pays non-membres de l'Organisation, le groupe « PIB-G1 » auquel appartient la Tunisie comprend 22 pays ayant un PIB en dessous de 250 milliards EUR, le groupe « PIB par tête d'habitant-G1 » comprend 26 pays ayant un revenu moyen par habitant de moins de 25.000 EUR, le groupe « Personnel-G1 » comprend 22 pays ayant un nombre de fonctionnaires dédiés aux activités liées à la concurrence de moins de 35 et le groupe « Âge de l'autorité-G2 » comprend 29 pays dont les autorités de concurrence ont un âge d'existence entre 25 et 50 ans.

Source : Base de données COMPSTATS de l'OCDE.

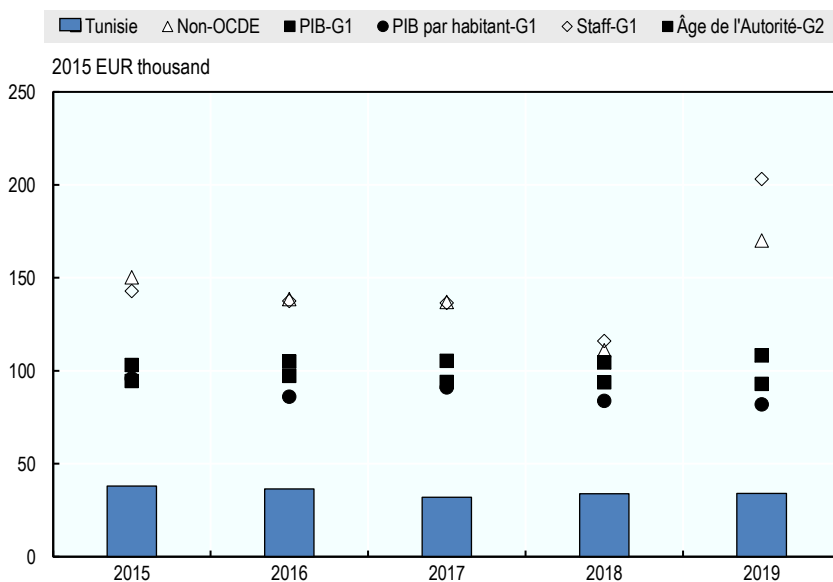
La base de données COMPSTATS permet également une comparaison du budget par rapport au personnel des autorités de concurrence. Graphique 1.10-A montre qu'en 2018, le budget par agent était en moyenne plus élevé dans les pays de l'OCDE (124 000 EUR) que dans les juridictions non membres (52 000 EUR). Pour les 26 pays comparables en terme de population, ce chiffre était de 114 000 EUR. En comparaison, le budget moyen par agent pour la Tunisie était en dessous de 33 000 EUR en 2018. Bien qu'il soit passé à environ 37 000 EUR en 2020, ce chiffre reste très modeste en termes absolus ainsi que relatifs compte tenu de la performance moyenne des différents groupes de pays comparables et prouve encore le manque de moyens du Conseil de la concurrence (Graphique 1.10-B).

Graphique 1.10. Budget moyen par agent

A – Budget par agent par région*



B- Budget par agent pour la Tunisie par rapport aux groupes de pairs



Note : * Calculé pour les 43 autorités de la base de données COMPSTATS qui ont fourni des données budgétaires pour quatre ans pour les activités liées à la concurrence uniquement.

Source : Base de données COMPSTATS de l'OCDE

Historiquement, le ministère des Finances a souvent alloué un budget moins élevé que celui demandé par le Conseil. Le budget, accordé au Conseil chaque année en janvier, ne subit pas de modifications au cours de l'année ce qui confère une certaine stabilité. Le titre 1 du budget relatif au fonctionnement et qui est dédié aux dépenses de rémunération (salaires) accapare les trois quarts des ressources du Conseil. Le quart restant est dédié en majeure partie aux dépenses de gestion (équipements). En pratique, l'exécution du titre 2 du budget est souvent source de complications car certains achats sont centralisés par le ministère du Commerce.

Les sources de financement qui ne dépendent pas exclusivement de la discrétion du pouvoir en place peuvent soustraire les autorités de la concurrence aux ingérences politiques indues. Une autorité qui se finance elle-même n'a pas à négocier ses ressources avec le pouvoir en place. Certains mécanismes d'autofinancement reposent sur certains impôts et cotisations prélevés sur les entreprises (Italie et Turquie notamment) (voir Encadré 1.5) ou sur des commissions perçues sur certains services comme les notifications de fusion (Canada, Autriche, États-Unis et Zambie entre autres).

Toutefois, dépendre exclusivement de ces sources de financement présente des limites et peut engendrer d'autres difficultés pour les autorités. Ainsi, en particulier durant une crise économique, l'autorité peut manquer de ressources en raison d'une baisse des notifications de fusion (Jenny, 2016), (Kovacic & Wineman, *The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy and Effectiveness*, 2015). Afin de réduire les risques découlant de la dépendance à l'égard d'une seule source de financement, il est généralement recommandé de s'appuyer sur une combinaison de différentes sources, comme une combinaison de recettes générales et de commissions.

En outre, l'exercice de priorisation des activités prend tout son sens dans un environnement où les ressources sont très limitées. Afin d'assurer l'efficacité de ses actions, il est nécessaire pour une autorité de la concurrence de pouvoir dans une certaine mesure définir ses priorités de façon indépendante (Ottow, 2015), (Commission européenne, 2014), (Jenny, 2016).

Encadré 1.5. Financement de certaines autorités de la concurrence des pays de l'OCDE

L'exemple de l'Italie

Le financement de l'autorité italienne de la concurrence (Italian Competition Authority - ICA) était assuré jusqu'à 2012 par deux sources principales : le budget de l'État et les redevances versées par les entreprises soumises à l'obligation de notification de fusion. Le décret n. 1/2012 a modifié le système de financement de l'ICA, qui repose désormais sur des cotisations obligatoires imposées aux sociétés de droit italien dont le chiffre d'affaires dépasse un seuil de 50 millions d'euros. Les revenus de ces contributions remplacent toutes les formes de financement antérieures. Le niveau de cotisation, initialement fixé à 0,06 pour mille, a été progressivement abaissé par l'ICA à 0,055 pour mille. Les états financiers de l'Autorité doivent être approuvés au plus tard le 30 avril de l'année suivante et sont soumis au contrôle de la Cour des comptes. L'ancien système de financement comportait le risque d'éventuelles fluctuations du montant du budget annuel, en raison de l'imprévisibilité du nombre de fusions notifiées et du financement de l'État. Le nouveau système met l'ICA à l'abri de ce risque, permettant ainsi une planification des activités et de recrutements plus stable. Le nouveau système de financement est considéré comme une reconnaissance indirecte du rôle positif joué par l'ICA pour favoriser un environnement de concurrence sain et équitable, ce qui justifie l'imposition d'une petite contribution aux plus grandes entreprises de droit italien.

L'exemple du Portugal

Le financement de l'autorité portugaise de la concurrence (Portuguese Competition Authority - PCA) est assuré par des transferts de la part des instances nationales de réglementation, des commissions prélevées dans le cadre de ses activités et les amendes qu'elle inflige. En dernier recours, elle peut aussi utiliser le budget de l'État, ce qui ne s'est toutefois encore jamais produit. Les transferts des instances nationales de réglementation constituent sa principale source de financement et représente environ 81 % de son budget. D'après l'article 35 des nouveaux statuts de la PCA, les contributions sont comprises entre 5.5 % et 7.0 % des recettes totales des autorités nationales de réglementation. Cet article établit également un taux par défaut

de 6.25 % au cas où l'ordonnance ministérielle fixant le taux que les autorités nationales de réglementation doivent verser n'est pas adopté. L'autorité de la concurrence reçoit également 40 % des amendes infligées, les 60 % restants sont alloués au budget de l'État. Elle n'est pas la seule à recourir aux amendes pour se financer, il s'agit d'une pratique courante pour l'ensemble des autorités administratives. Les tribunaux prononcent les arrêts finaux concernant les amendes : ils peuvent confirmer ou modifier (à la hausse comme à la baisse) le montant des amendes infligées par l'autorité. En 2014, ce mode de financement représentait 4 % du budget de l'autorité portugaise de la concurrence.

L'exemple de la Turquie

L'autorité turque de la concurrence (Turkish Competition Authority - TCA) est financée par le budget de l'État, par les impôts prélevés sur certaines entreprises et par les ventes de publications. Les amendes constituaient auparavant une source de financement de cette autorité. L'article qui lui octroyait le droit de retenir 25 % de l'amende imposée a été abrogé en 2003 en réponse aux critiques des entreprises selon lesquelles l'autorité avait tendance à infliger des amendes pour se financer. En outre, si les tribunaux peuvent accepter ou rejeter une décision de la TCA, ils ne peuvent pas décider du montant de l'amende, ce qui donne une grande marge de manœuvre à la TCA sur ce point. Depuis sa création en 1997, la TCA n'a reçu aucun financement de la part de l'État et, à la suite du changement opéré en 2003, son financement repose exclusivement sur les recettes fiscales. L'impôt s'élève à 0.04 % des capitaux de toute société à responsabilité limitée de droit turc nouvellement constituée et des nouveaux capitaux en cas d'augmentation de capital.

Source : (OCDE, 2016)

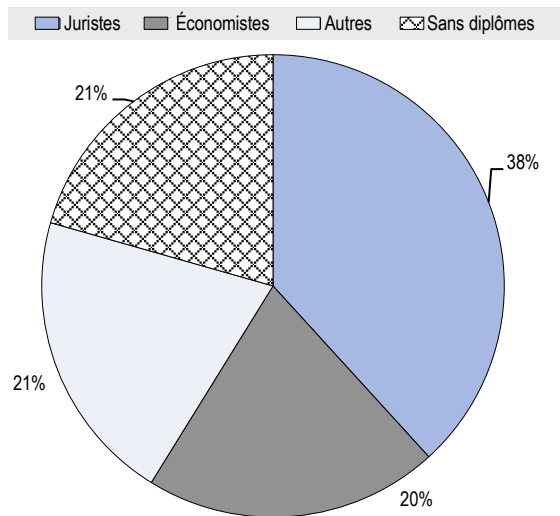
Concernant la direction générale de la Concurrence et des enquêtes économiques, il convient de noter que celle-ci n'a pas de budget autonome. Ses ressources proviennent du budget du ministère du Commerce. Néanmoins, une estimation de ses dépenses budgétaires montre que ces ressources sont plus importantes que celles du Conseil.

1.5.2. Les ressources humaines

Les ressources humaines jouent un rôle essentiel dans le bon fonctionnement des autorités de la concurrence. Les agents instruisent les dossiers, rassemblent toutes les données et les informations requises, font les recoupements et les analyses nécessaires et préparent les rapports sur lesquels le conseil de l'autorité fonde ses décisions finales. Le manque d'agents compétents mine nécessairement la capacité d'une autorité de la concurrence à faire preuve de professionnalisme ce qui peut alors compromettre son indépendance.

Le Conseil de la concurrence compte actuellement 34 employés à temps plein composant essentiellement le corps des rapporteurs et le corps des cadres administratifs. Les deux tiers du staff (62 %) sont affectés aux principales activités de concurrence du Conseil. En termes de spécialisation, les juristes forment 38 % et les économistes 21 % du staff alors que 21 % du personnel détiennent d'autres diplômes d'études supérieures, principalement en informatique, gestion d'entreprise et comptabilité. 42% du personnel a suivi une formation complémentaire à l'École Nationale d'Administration (ENA) alors que 20 %, principalement du personnel de soutien administratif, n'ont pas de diplômes d'études supérieures.

Graphique 1.11. Répartition du personnel du Conseil par spécialité

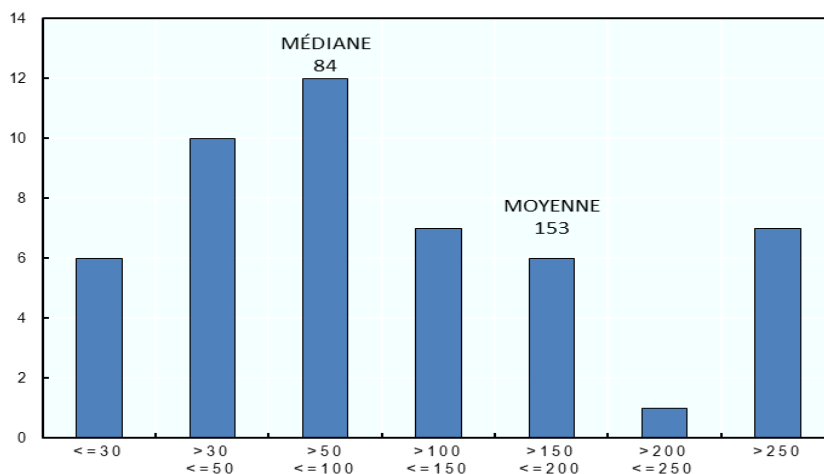


Source : Conseil de la Concurrence

Deux principaux faits ressortent des données relatives aux ressources humaines du Conseil. Tout d'abord, le pourcentage relativement important du personnel administratif non-spécialiste dans le domaine de la concurrence et non-affecté aux activités s'y référant. Deuxièmement, la prédominance des juristes sur les économistes, dans un rapport de 13 juristes pour 7 économistes. De plus, il n'y a pas d'économiste en chef pour fournir des informations économiques et coordonner l'approche économique du Conseil.

De manière plus générale, les ressources humaines du Conseil demeurent très en deçà des normes internationales. Selon la base de données COMPSTATS de l'OCDE de 2018, le nombre médian d'employés spécialisés dans le domaine de la concurrence est de 84 et la moyenne, également biaisé en raison des grandes autorités de la concurrence, est de 153. En outre, la moyenne des 26 autorités de la concurrence dans les petits pays (ayant une population inférieure à 12 millions d'habitants) était de 53 employés, plus du double du nombre des employés du Conseil. Cet écart se réduit et se rapproche de la norme dans les pays comparables si on prend en considération le nombre des employés de la DGCEE.

Graphique 1.12. Effectifs des autorités de la concurrence, 2018

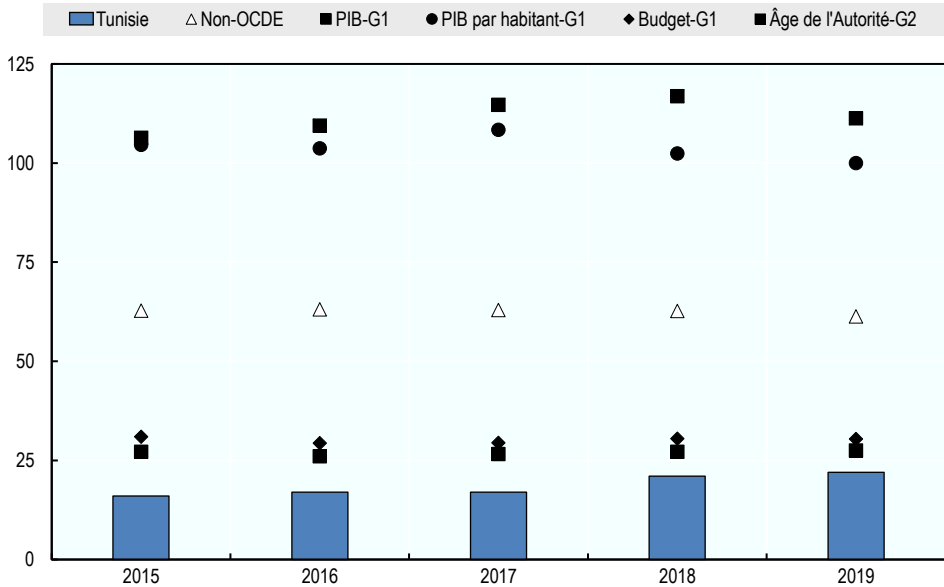


Note : Basé sur les 49 juridictions qui ont fourni des données pour les quatre années.

Source : Base de données COMPSTATS de l'OCDE.

La comparaison des ressources humaines du Conseil de la concurrence avec les autorités de pays comparables selon les mêmes critères mentionnés dans le Graphique 1.9, permet de prendre la mesure de l'écart et du besoin de renforcement de ces ressources.

Graphique 1.13. Effectif du Conseil de la concurrence par rapport aux groupes de pairs

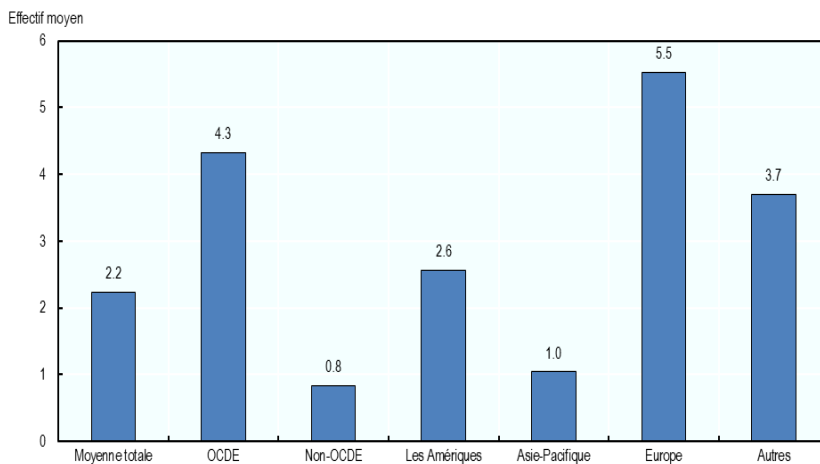


Source : Base de données COMPSTATS de l'OCDE

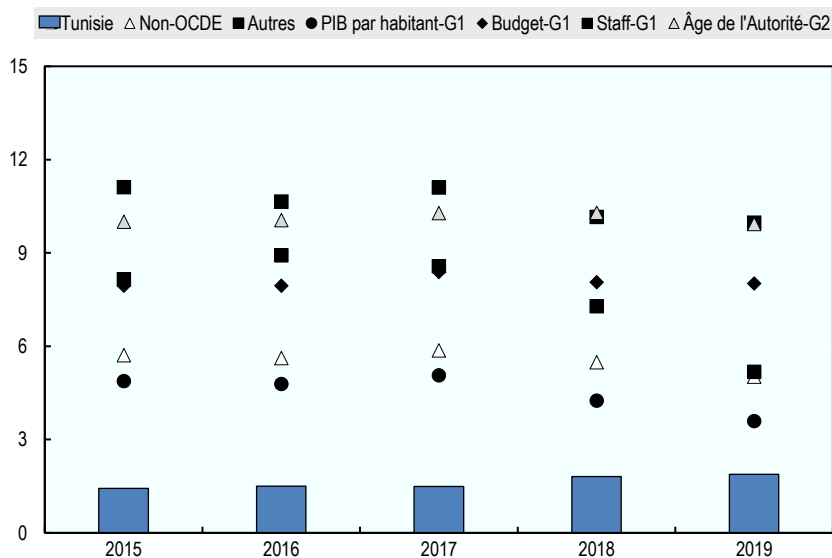
La moyenne de l'effectif réservé aux fonctions de la concurrence au sein des autorités de concurrence participantes à la base de données COMPSTATS pour 1 million d'habitants était de 2,2 personnes en 2018. Cette moyenne est nettement plus élevée dans les pays de l'OCDE 4,3 personnes pour 1 million d'habitants contre 0,8 personne pour 1 million d'habitants dans les juridictions non membres. Pour la Tunisie, cette moyenne était de 1.58 en 2018 en comptant seulement l'effectif du Conseil et de 3.5 en ajoutant celui de la DGCEE. En mesurant le nombre de personnel dédié à la concurrence pour chaque million d'euros de PIB, les autorités de la concurrence employaient en moyenne 1 personne pour 100 millions d'euros de PIB. Ce chiffre était autour de 0.5 pour la Tunisie en 2018. En ajoutant le personnel de la DGCEE, il monte à 1.2.

Graphique 1.14. Effectifs des autorités de la compétition pour 1 million d'habitants

A - Effectifs pour 1 million d'habitants par région, 2018



B - Effectifs pour 1 million d'habitants en Tunisie par rapport aux groupes de pairs



Source : Base de données COMPSTATS de l'OCDE

La DGCEE, notamment la direction des prix et de la concurrence, compte 23 employés dédiés aux différentes activités au niveau central et 55 répartis à travers les 24 gouvernorats du pays. Les juristes et les économistes constituent la quasi majorité du staff de la direction. Le ministère du Commerce est de ce fait bien plus outillé que le Conseil de la concurrence, notamment en ce qui concernant les enquêtes terrain et les perquisitions qui ne peuvent être conduites que par les inspecteurs de contrôle économique.

Tableau 1.1. Répartition du personnel de la direction des prix et de concurrence (DGCEE)

Domaine ou unité	Nombre	Formation académique
Direction des prix et de concurrence		
Animation / enquêtes en matière des pratiques anti concurrentielles	4	Juristes + économistes
Contrôles des opérations de concentrations et exemptions	2	Économistes
Consultations	3	Juristes
Études sectorielles	4	Juristes + économistes
Culture de la concurrence	2	Juristes + économistes
Observation commissaire du gouvernement	4	Juristes
Suivi exécution des décisions du conseil de la concurrence	2	Juristes
Suivi et statistique	2	Administrateurs
Directions régionales du commerce		
Détections régionales du commerce	48	Juristes économistes Ingénieurs
Animation / enquêtes en matière des pratiques anti concurrentielles	5	Juristes + économistes
Contrôles des opérations de concentrations et exemptions	2	Économistes

Source : Ministère du Commerce

En matière de rémunération, les salaires des employés du Conseil et du Ministère sont déterminés par l'échelle de rémunération de la fonction publique, qui classe tous les fonctionnaires dans six catégories ou grades à 25 niveaux de rémunération chacune, et sont donc équivalents aux salaires des autres institutions publiques. Le régime de rémunération du président du Conseil et de

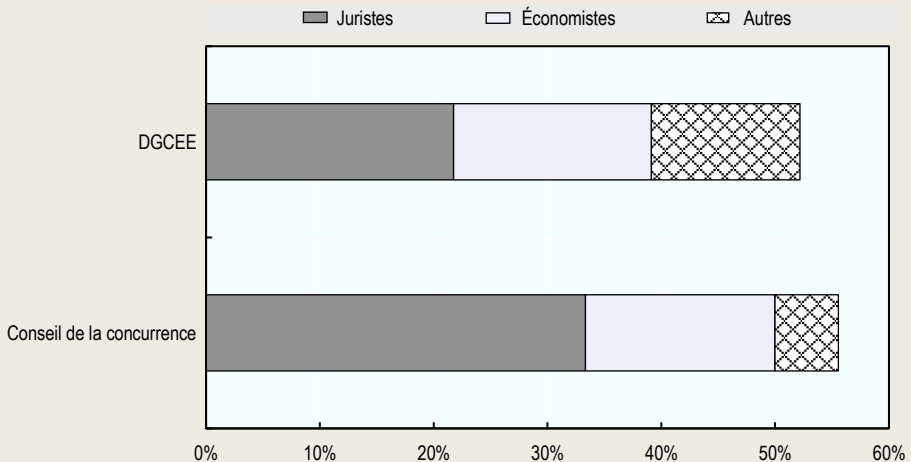
ses deux vice-présidents est fixé, comme évoqué plus haut, par décret gouvernemental sur proposition du ministre du Commerce.

Les salaires de départ dans la fonction publique en Tunisie sont relativement compétitifs par rapport au secteur privé. Au fur et à mesure que les employés gagnent en expertise et montent en hiérarchie, l'écart salarial entre le public et le privé tend à augmenter en faveur de ce dernier. Dans les postes de niveau intermédiaire, les fonctionnaires gagnent généralement un peu moins que leurs équivalents du secteur privé, tandis que pour les postes de haute responsabilité, les salaires ne sont pas compétitifs par rapport au secteur privé. Ceci est doublement problématique, car il devient difficile de garder les talents au sein du Conseil de même que de les attirer de l'extérieur. De plus, la faiblesse du salaire ne semble pas être compensée par un projet de carrière attractif. L'enquête en ligne réalisée par le Secrétariat auprès du personnel du Conseil de la concurrence a, en effet, révélé que 50% des participants estiment ne pas bénéficier d'un projet de carrière attractif avec des perspectives claires.

Encadré 1.6. Enquête en ligne auprès du Conseil de la concurrence et de la DGCEE

Afin de compléter les informations recueillies à travers le questionnaire de l'examen par les pairs ainsi que lors des entretiens organisés dans le cadre de la mission exploratoire, le Secrétariat de l'OCDE a réalisé une enquête en ligne auprès du personnel du Conseil de la concurrence et de la Direction générale de la concurrence et des enquêtes économiques (DGCEE) du ministère du Commerce. L'enquête a eu lieu entre juillet et août 2021. Elle a été conduite dans le but de recueillir des informations sur les conditions de travail du personnel dédié à la concurrence. Le questionnaire portait sur dix questions à échelles d'intervalle de satisfaction allant de 1 à 5. Les thèmes évoqués incluent les conditions matérielles de travail, le projet de carrière, la formation, la spécialisation des équipes, la coopération avec les autorités de régulation sectorielle, les activités de sensibilisation et la reconnaissance du travail des organes de la concurrence par le grand public. Le taux de réponse a été de 56% pour le personnel du Conseil de la concurrence et de 52% pour le personnel au sein de la direction centrale de la DGCEE.

Graphique 1.15. Taux de réponse par institution et par spécialisation



Source : Enquête en ligne de l'OCDE

Une autorité de la concurrence doit consacrer une énergie et des efforts particuliers pour définir une politique efficace en matière de ressources humaines. Une considération particulière doit être donnée aux questions relatives au recrutement et à la gestion des carrières. Afin de limiter le risque que le recrutement de personnel ne soit utilisé pour orienter abusivement l'autorité, celle-ci doit être habilitée à définir ses propres critères de recrutement et employer son propre personnel. Pour dissiper tout soupçon de partialité des agents, le processus de recrutement doit reposer sur un concours transparent et fondé sur le mérite. La sélection transparente et objective des agents peut également contribuer à la création d'une culture institutionnelle d'indépendance.

Il est enfin essentiel pour une autorité de la concurrence de renforcer sa politique du personnel de façon tant à attirer et qu'à retenir à son service un personnel qualifié. La création d'un cadre de travail qui encourage et récompense le perfectionnement professionnel peut contribuer à inciter le personnel à rester dans l'institution et à accumuler les connaissances professionnelles nécessaires au sein de l'organisation. Une offre de formation pointue et en phase avec les défis émergents peut également contribuer à attirer et à fidéliser des collaborateurs compétents (OCDE, 2009). Les résultats de l'enquête en ligne réalisée auprès du personnel du Conseil montrent cependant que 70% des participants n'estiment pas bénéficier d'une offre de formation qui répond à leurs besoins.

Il est également important de veiller soigneusement aux incitations non monétaires car elles peuvent compenser l'écart de rémunération avec le secteur privé (OCDE, 2016). Accorder une importance particulière au sens du service public, permettre un meilleur équilibre entre vie privée et vie professionnelle et offrir davantage de possibilités de perfectionnement professionnel et de perspectives professionnelles au sein de l'organisation sont des solutions possibles. La compétence et la réputation de l'autorité au sein de la société peut également contribuer à attirer et à retenir un personnel plus qualifié (Gal, 2004). L'enquête en ligne réalisée auprès du personnel du Conseil et de la DGCEE a néanmoins révélé que beaucoup de travail reste à faire dans ce domaine. En effet, 90% des participants du Conseil et 75% des participants du Ministère estiment que le travail des deux institutions n'est pas assez reconnu et respecté par la population en général.

Chapitre 2. L'application du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence est essentiellement appliqué par la direction générale de la Concurrence et des enquêtes économiques (DGCEE) du ministère du Commerce et par le Conseil de la concurrence. Comme évoqué dans le chapitre précédent, certains secteurs sont soumis à un régime spécial de contrôle des concentrations avec leur régulateur sectoriel respectif. Cette section analyse les types d'infractions concernant les pratiques anticoncurrentielles, la procédure d'enquête, le contrôle des concentrations, ainsi que les aspects relatifs au pouvoir Judiciaire.

2.1. Les types d'infractions

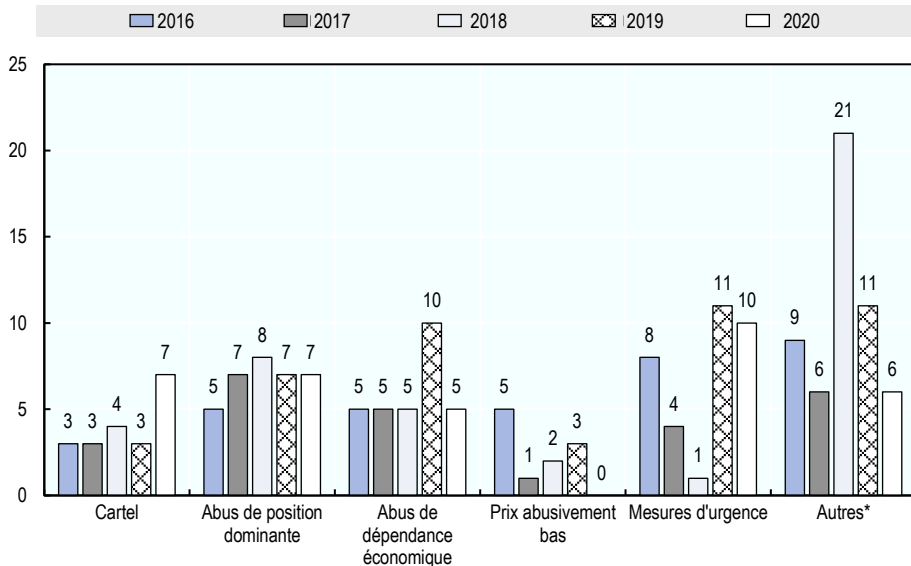
La loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015 établit une liste des pratiques qui sont considérées comme anticoncurrentielles en Tunisie, et donc interdites. Selon l'article 5 de la loi, cela concerne notamment les ententes, les abus de position dominante, les abus de dépendance économique et les prix abusivement bas. Cette liste est indicative et non limitative des pratiques prohibées selon la jurisprudence du Conseil de la concurrence et la doctrine tunisienne (Madani, Le Juge et la Concurrence, 2021).²⁷ Le graphique ci-dessous montre le nombre de

²⁷ Selon (Madani, Le Juge et la Concurrence, 2021), « Il y a des pratiques anticoncurrentielles qui ne sont pas citées par l'article 5 mais qui sont condamnées par le Conseil de la concurrence lorsqu'elles faussent le jeu de la libre concurrence. Il s'agit des cas de concurrence déloyale ou encore d'infractions économiques relevant en principe de la compétence du juge judiciaire et qui ne constituent pas, au sens juridique du terme

décisions du Conseil de la concurrence par type d'infraction pendant les cinq dernières années (2016 à 2020) :

Graphique 2.1. Décisions du Conseil de la concurrence (2016-2020)

Décisions du Conseil de la Concurrence



Note : * Les décisions de rejet par absence de juridiction, par demande d'abandon, par délai de prescription, entre autres.

Source : élaboré par le Secrétariat de l'OCDE avec les informations du site du Conseil de la Concurrence

L'analyse préliminaire du graphique révèle que le Conseil de la concurrence consacre un temps considérable sur des affaires qui ne sont pas au cœur du droit et de la politique de la concurrence de la plupart des pays membres de l'OCDE, c'est-à-dire des affaires de cartel et d'abus de position dominante. Autrement dit, le Conseil de la concurrence mobilise des ressources importantes pour enquêter

des pratiques anticoncurrentielles. Or, le Conseil de la concurrence se déclare compétent, selon les dispositions de l'article 5 de la loi de la concurrence, dès lors que ces pratiques faussent le jeu du marché » (pp. 190 et suivants).

sur des pratiques dites de dépendance économique et de prix abusivement bas. Il en va de même pour les demandes de mesures conservatoires ou d'urgence, la plupart étant liée à des contrats de distribution commerciale et aux appels d'offres.

En ce qui concerne les procédures en phase d'instruction, le nombre est resté relativement stable ces dernières années, autour de 120 procédures par an. La qualification par type d'infraction, ainsi que le rejet par absence de juridiction ou pour d'autres raisons se font pendant l'analyse des dossiers.

Les sous-sections suivantes examinent chaque type d'infraction prévue dans la législation tunisienne sur la concurrence et les prix : les ententes, les abus de position dominante, les abus de dépendance économique et les prix abusivement bas.

2.1.1. Les ententes

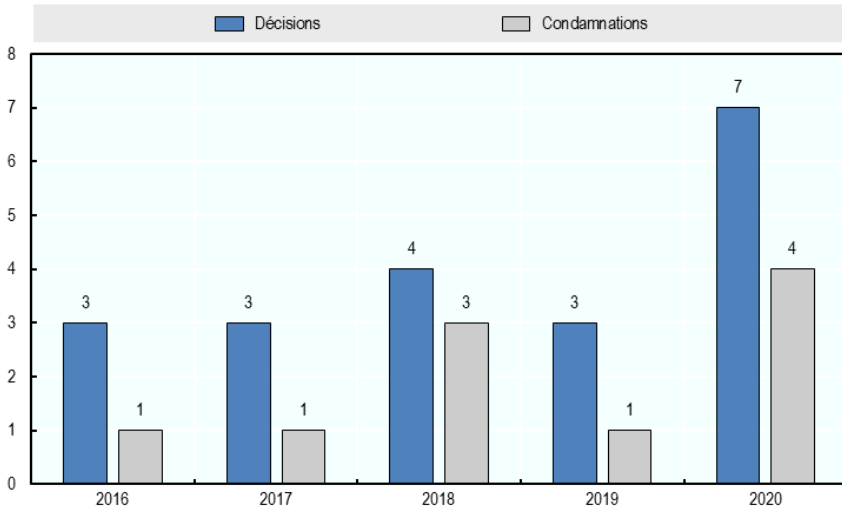
La législation tunisienne précise que « sont prohibées, les actions concertées, les cartels, et les ententes expresses ou tacites ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel et lorsqu'elles visent à : faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de l'offre et de la demande ; limiter l'accès au marché à d'autres entreprises ou le libre exercice de la concurrence ; limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements, ou le progrès technique ; répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement » (Article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015). Nettement inspiré de l'actuel article 101 du TFEU, cet article vise expressément certains types de pratiques en fonction de leurs effets (fixation de prix, limitation de l'accès au marché, limitation de la production, répartition des marchés). Cette disposition est restée inchangée en Tunisie depuis 1991 et a été reprise comme telle dans la loi du 15 septembre 2015.

La définition légale du type d'infraction paraît conforme aux standards des pays membres de l'OCDE qui interdisent strictement les ententes injustifiables (OECD, Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, 2019). Ces dernières sont des accords entre concurrents ayant pour objet la fixation des prix, le partage des marchés ou des soumissions concertées. Elles constituent la forme la plus nuisible de violation du droit de la concurrence et doivent être sévèrement sanctionnées.

Au cours de la période 2016-2020, une vingtaine de décisions et une dizaine de condamnations ont été rendues par le Conseil de la concurrence en matière d'entente. On constate également une légère augmentation dans le nombre des

décisions rendues en matière de cartel ces dernières années, ce qui est un signe positif pour la politique de concurrence en Tunisie comme le montre le graphique ci-dessous :

Graphique 2.2. Décisions de cartel du Conseil de la concurrence (2016-2020)



Source : Élaboré par le Secrétariat de l'OCDE avec les informations du site du Conseil de la Concurrence

Une affaire illustre bien l'application du droit de la concurrence sur ce terrain.

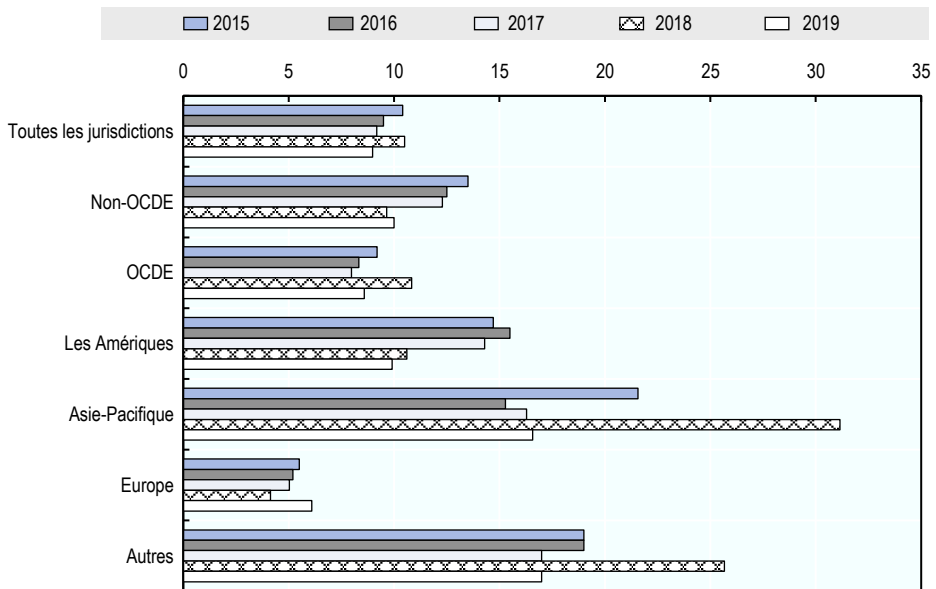
Encadré 2.1. L'affaire de cartel sur le marché public de fourniture de mobiliers scolaires

En 2018, le Conseil de la concurrence a sanctionné un cartel agissant sur le marché public de la fourniture de mobiliers scolaires aux établissements d'enseignement. À la suite d'une plainte du Ministère du Commerce, le dossier a révélé que les sociétés défenderesses ont fait des offres à des prix identiques. Le Conseil de la concurrence a constaté que le processus d'échange d'informations avait conduit à la répartition des appels d'offres entre les parties concernées, grâce à l'échange de données et un comportement collusif entre les sociétés concernées. Les offres soumises par les sociétés ont été identifiées comme des offres dites de rotation, qui consistent en une forme de collusion en matière de marchés publics et qui se traduisent par une augmentation de la valeur des offres. Pour ces raisons, le Conseil de la concurrence a qualifié ces pratiques d'entente et a condamné les trois entreprises à des sanctions financières ainsi qu'à la publication de la décision dans deux journaux à leurs frais.

Source : Décision n° 141346 du Conseil de la concurrence du 4 janvier 2018

Cependant, le nombre de décisions finales et surtout de condamnations en la matière reste faible en Tunisie lorsqu'on le compare au nombre moyen de décisions dans d'autres pays, comme le montre le graphique ci-dessous :

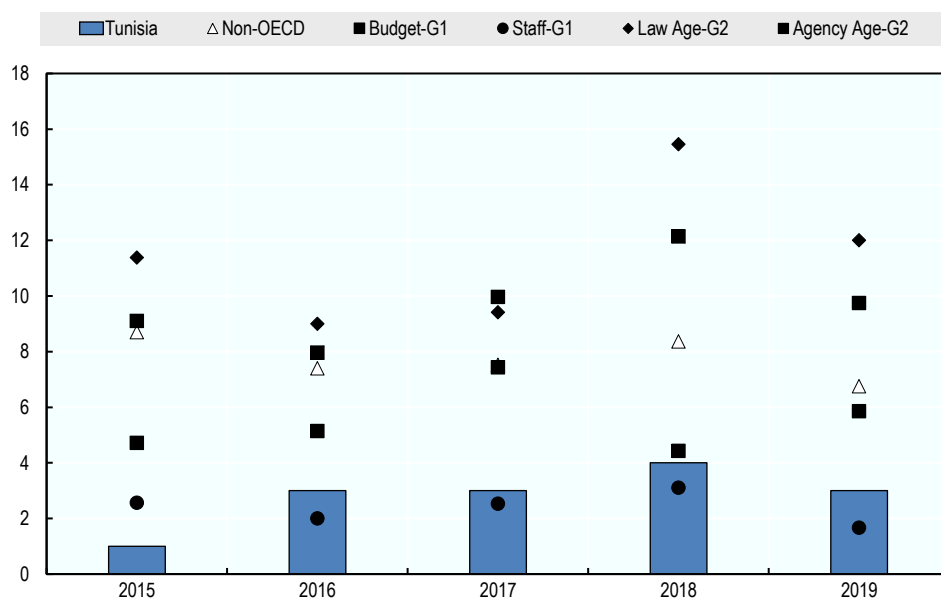
Graphique 2.3. Décisions de cartels dans le monde, moyenne (2016-19)



Source : OECD Trends (2021)

Le graphique ci-dessous montre une comparaison, en termes de décisions de cartels, entre la Tunisie et les regroupements de pays comme définis dans la 1.5.1. Ces données montrent que le nombre de décisions de cartels effectuées au Conseil de la concurrence est considérablement moindre que dans d'autres pays comparables.

Graphique 2.4. Décisions de cartels – comparaison entre la Tunisie et d'autres pays (2015-2019)



Note : Les regroupements des pays ont été définis dans la section 1.5.1, Graphique 1.9.

Source : OECD CompStats.

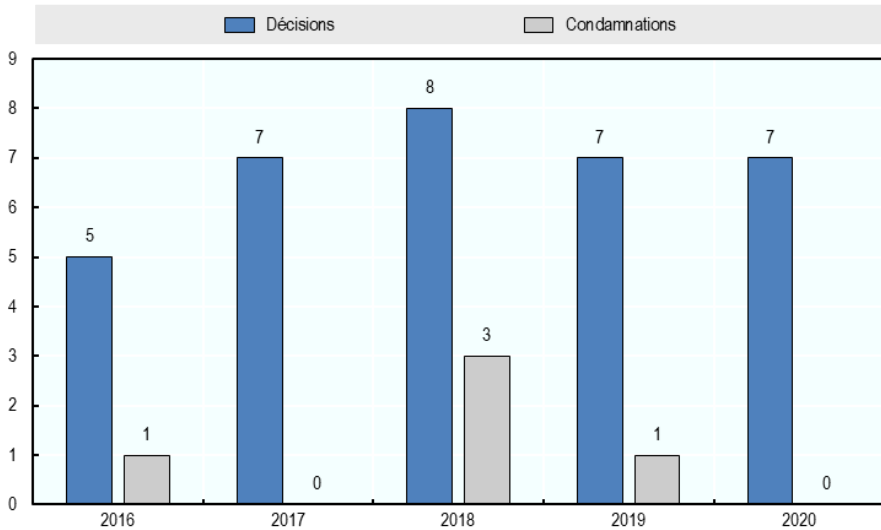
2.1.2. Les abus de position dominante

La loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015 établit que « *Est également prohibée, l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci (...). L'exploitation abusive d'une position dominante (...) peut consister notamment en refus de vente ou d'achat, en ventes ou achats liés, en l'imposition d'un prix minimum pour la revente, en l'imposition des conditions de vente discriminatoires ainsi que la rupture de relations commerciales sans motif valable ou au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales abusives* » (Article 5).

La loi tunisienne interdit ainsi « l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci », de la même façon que l'article 102 TFUE. Cette disposition a également été conservée à l'identique dans la loi du 15 septembre 2015.

Le graphique ci-dessous indique le nombre de décisions et de condamnations d'abus de position dominante rendues par le Conseil de la concurrence de 2016 à 2020.

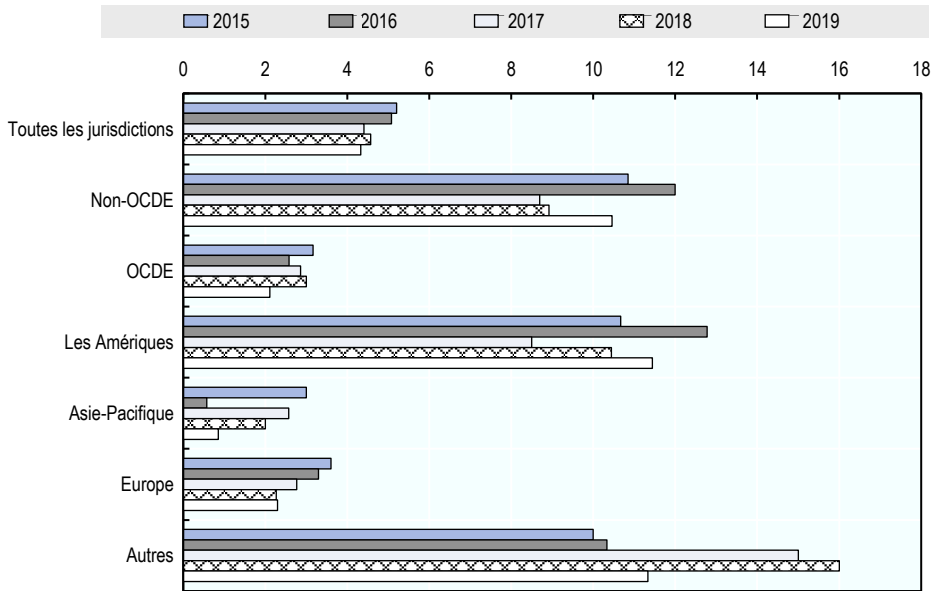
Graphique 2.5. Décisions d'abus de position dominante au Conseil de la concurrence (2016-2020)



Source : élaboré par le Secrétariat de l'OCDE avec les informations du site du Conseil de la concurrence.

Le nombre des décisions en matière d'abus de position dominante sont en ligne avec la moyenne dans le monde comme indiqué dans le graphique ci-dessous :

Graphique 2.6. Décisions d'abus de position dominante dans le monde (2016-2019)

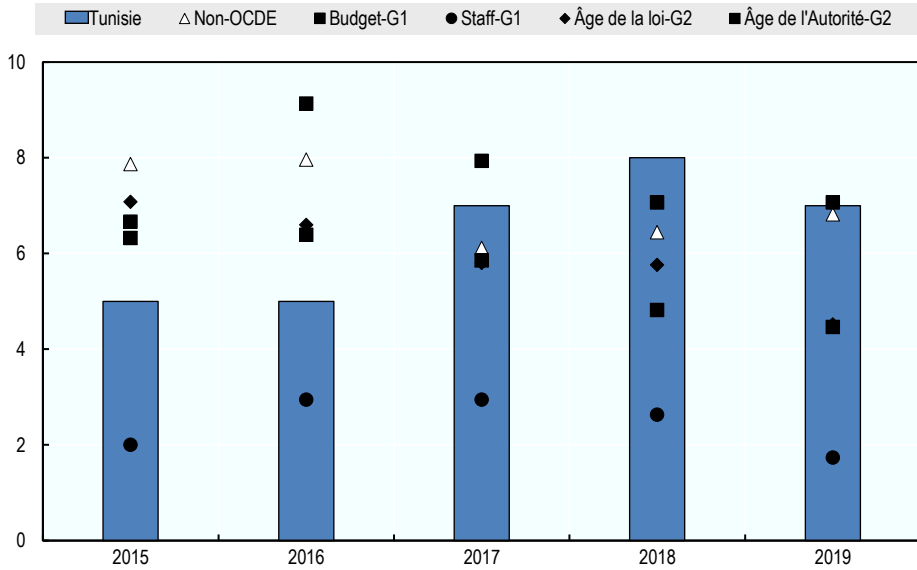


Source : OECD Trends (2021)

Il s'agit du type d'infraction le plus fréquent parmi les décisions rendues par le Conseil de la concurrence sur cette période. L'affaire ci-dessous qui concerne le secteur des télécommunications est un bon exemple de l'application de ces règles par le Conseil de la concurrence.

Le graphique ci-dessous montre une comparaison, en termes de décisions d'abus de position dominante, entre la Tunisie et les regroupements de pays comme définis dans la section 1.5.1, Graphique 1.9.

Graphique 2.7. Décisions d'abus de position dominante – comparaison entre la Tunisie et d'autres pays (2015-2019)



Note : Les regroupements des pays ont été définis dans la section 1.5.1, graphique 1.9.

Source : OECD CompStats.

Encadré 2.2. L'affaire d'abus de position dominante dans le secteur de télécommunications

Deux décisions rendues le même jour ont condamné la société Tunisie Télécom à une amende totale de 1 700 000 TND et à la publication des décisions dans deux journaux. Dans l'une de ces deux affaires, le Conseil de la concurrence a également sanctionné la société Topnet à une amende de 200 milles TND.

Dans une première affaire, la société Tunisie Télécom était accusée de refuser l'accès à son infrastructure, ce qui serait nécessaire pour la commercialisation des services de connexion internet avec la technologie fibre optique à haut débit, et d'en faire bénéficier la société Topnet au détriment d'autres fournisseurs. Le Conseil de la concurrence a considéré que Tunisie Télécom détenait une position dominante sur le marché pertinent, et que sa qualité de fournisseur unique de l'infrastructure lui imposait l'obligation d'étendre le service à toutes les parties du marché et de ne pas accorder à Topnet ou à d'autres un avantage concurrentiel au détriment du reste des fournisseurs. Le Conseil de la concurrence a considéré que ce comportement constituait un abus de position dominante et avait porté atteinte à l'équilibre général du marché de la distribution de services internet au détail. En outre, la commercialisation de l'offre commerciale par Topnet sans avoir obtenu l'approbation de l'Instance nationale des télécommunications, a constitué également une violation des règles de concurrence.

Dans l'autre affaire, une plainte déposée par Orange Tunisia Internet reprochait à Tunisie Télécom d'exploiter sa position dominante en promouvant une double offre ADSL SMART qui engageait l'accès au réseau avec la promotion de l'offre Internet à travers la société Topnet. Cela conduisait à une pratique d'exclusion, les clients migrant vers le fournisseur Topnet par la voie d'un système de guichet unique. Le Conseil de la concurrence a rapporté la preuve que Tunisie Télécom a commis des pratiques constitutives de comportements discriminatoires visant à amener les clients la société Orange Tunisia Internet, de manière illégale, à utiliser le service au guichet unique.

Source : Décisions n° 161429 et n° 161419 du Conseil de la concurrence du 12 juillet 2018

Dans l'exemple ci-dessus, il y a une application classique du droit de la concurrence, en particulier de la lutte contre les abus de position dominante, avec une utilisation standard des étapes d'analyse concurrentielle de ce type d'infractions à savoir la définition de marché pertinent, l'existence d'une position dominante, l'identification d'un abus de position dominante, et les effets anticoncurrentiels sans gain d'efficacités justifiable.

Dans d'autres affaires d'abus de position dominante, on constate un lien étroit entre le droit de la concurrence et le droit du consommateur. Tel était le cas dans l'affaire des yaourts « Délice » dans laquelle la baisse du prix du yaourt de 50 centimes s'était accompagnée d'une réduction du poids du produit. L'analyse a conclu qu'il s'agissait d'un cas de publicité mensongère. Or, étant donné que l'entreprise en question jouissait d'une position dominante, cette pratique a été qualifiée d'abus de position dominante.²⁸

2.1.3. Les abus de dépendance économique

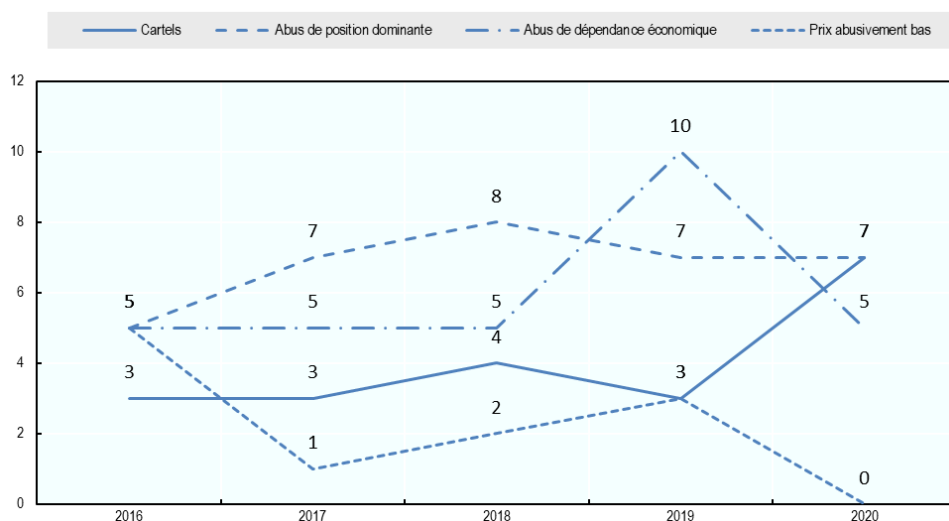
L'abus de dépendance économique est également prévu dans l'Article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015 : « Est également prohibée, l'exploitation abusive (...) d'un état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solutions alternatives, pour la commercialisation, l'approvisionnement ou la prestation de service. L'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique peut consister notamment en refus de vente ou d'achat, en ventes ou achats liés, en l'imposition d'un prix minimum pour la revente, en l'imposition des conditions de vente discriminatoires ainsi que la rupture de relations commerciales sans motif valable ou au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales abusives ».

Celui trouve sa source dans l'ordonnance française de 1986, c'est à dire le fait d'exploiter abusivement « d'un état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solutions alternatives, pour la commercialisation, l'approvisionnement ou la prestation de service ». Cette disposition a également été conservée à l'identique dans la loi du 15 septembre 2015.

²⁸ Décision n° 3146 du Conseil de la Concurrence du 27 mars 2004.

Les affaires sur ce type d'infraction représentent une quantité importante des décisions prises par le Conseil de la concurrence dans les dernières années :

Graphique 2.8. Décisions du Conseil de la concurrence par type d'infraction (2016-2020)

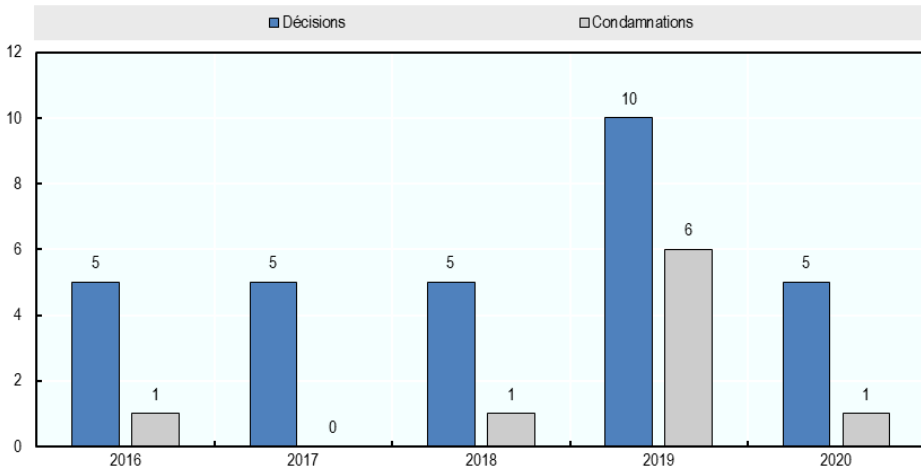


Source : Élaboré par le Secrétariat de l'OCDE avec les informations du site du Conseil de la concurrence

Il s'observe dans des relations commerciales verticales, généralement entre un fournisseur et son client, où une des parties profitant abusivement de l'état de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie afin de lui imposer ses conditions ou rompre la relation contractuelle unilatéralement. Certains pays font référence à la notion de « *bargaining power* » pour analyser les problèmes concurrentiels causés par ces relations.

La plupart des décisions de condamnation rendues par le Conseil de la concurrence au cours des 5 dernières années concerne notamment ce type d'infraction :

Graphique 2.9. Décisions d'abus de dépendance économique au Conseil de la concurrence (2016-2020)



Source : élaboré par le Secrétariat de l'OCDE avec les informations du site du Conseil de la concurrence.

En général, le Conseil de la concurrence exige quatre critères cumulatifs pour examiner l'infraction d'abus de dépendance économique: (i) la notoriété de la marque du fournisseur, (ii) sa position sur le marché, (iii) sa part de marché sur les transactions du requérant, et (iv) l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents. Ces critères ressortent d'une jurisprudence constante du Conseil de la concurrence :

« Présence d'éléments qui placent un commerçant dans une situation dans laquelle il est difficile pour celui-ci de se soustraire à l'incidence que son fournisseur a sur ses activités et bénéfices. De tels éléments incluent : la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents pour autant que cette impossibilité ne résulte pas des choix stratégiques de l'entreprise qui allègue qu'elle est en situation de dépendance. La dépendance économique doit nécessairement résulter d'une contrainte et non du libre choix »²⁹.

²⁹ Décision n° 131341 du Conseil de la Concurrence du 26 novembre 2015.

Selon la doctrine tunisienne, l'objectif premier d'une telle prohibition est celui de la protection de la partie plus faible au contrat, puisque des abus peuvent être commis par la partie la plus forte économiquement (Madani, Le Juge et la Concurrence, 2021). Il paraît que cette pratique est généralement provoquée par les grands groupes tunisiens qui se rapprochent des entreprises étrangères et les convainquent de rompre leurs relations commerciales établies avec les petites et moyennes entreprises qui les représentent dans le marché local depuis plusieurs années. Ceci pose un problème par rapport à leurs investissements tenant compte la dépendance économique créée par la notoriété des marques et la continuité de ces activités.

Il est intéressant de noter que l'impact de cette pratique sur les consommateurs n'est pas évoqué parmi les critères utilisés par le Conseil de la concurrence. La protection du consommateur ne semble donc pas d'être un élément dans l'analyse de ces infractions.

On constate également un grand nombre de demandes de mesures conservatoires ou d'urgence dont la plupart est liée à ce type d'infraction. Souvent, une société dépose une telle demande auprès du Conseil de la concurrence dans le but de maintenir une relation de distribution commerciale ou similaire. L'affaire ci-dessous concernant le secteur de la distribution des détergents, des couches pour bébés et des shampoings, illustre le fait qu'une demande de mesure conservatoire accompagne fréquemment les demandes relatives aux abus de dépendance économique.

Encadré 2.3. L'affaire d'abus de dépendance économique dans le secteur de distribution des détergents, des couches de bébés et des shampoings

L'affaire concerne une plainte relative à un abus de dépendance économique déposée à l'encontre de la société ID sur le marché de distribution de plusieurs produits consommables dont des détergents, des couches de bébés et des shampoings.

Le Conseil de la concurrence a considéré que la société ID avait rompu arbitrairement la relation commerciale qu'elle avait avec un client, en s'abstenant de lui fournir les produits demandés. L'analyse se concentre sur deux éléments : l'existence d'une dépendance économique, et l'étendue de l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique.

Après avoir examinée la plainte, le Conseil a conclu qu'il existait d'une situation de dépendance économique en raison du manque de solutions alternatives pour la partie plaignante. La nature, la taille et la durée de la relation commerciale l'ont empêchée de diversifier la base de ses fournisseurs et limité sa capacité à trouver et à conclure des contrats dans un délai raisonnable avec d'autres fournisseurs de même taille, ce qui lui aurait permis de compenser la perte du chiffre d'affaires due à la rupture de la relation commerciale existante. Ainsi, la nature exclusive de la relation commerciale, sa durée, la notoriété des marques du défendeur et l'importance du chiffre d'affaires en jeu ont fait partie des facteurs pris en compte par le Conseil de la concurrence.

Le Conseil a rendu une décision d'urgence ordonnant à la société ID de rétablir la relation commerciale jusqu'à ce que le Conseil prenne sa décision. N'ayant pas respecté la mesure d'urgence, le Conseil a imposé une amende de 100 000 TND pour non-respect de la mesure conservatoire. Par ailleurs, sur le fond, le Conseil a décidé de sanctionner la société ID pour abus de dépendance économique et lui a infligé une amende de 978 911 946 TND ainsi que la publication de la décision dans deux journaux.

Source : Décision n° 141362 du Conseil de la concurrence du 27 août 2020

Enfin, certaines affaires sont analysées à la fois sous l'angle de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique. Il reste donc possible qu'une décision de condamnation soit fondée sur les deux infractions.³⁰

Une originalité concerne « l'abus de dépendance économique collective », qui qualifie la situation d'une entreprise victime d'un abus provenant de plusieurs personnes juridiques. En 2015, le Conseil de la concurrence a décidé que la société STID était dans une situation de dépendance économique collective par rapport aux grandes et moyennes surfaces (GMS): Carrefour, Magasin Général, et Monoprix, notamment sur le marché de la distribution des détergents.³¹ Il s'agirait d'un type spéciale de dépendance économique, et le Conseil a imposé des sanctions aux GMS allant de 500 000 à 800 00 TND. Le Tribunal administratif a cependant révisé cette décision et a requalifié la pratique anticoncurrentielle pour écarter la dimension « collective » de la pratique non prévue dans la législation.³²

2.1.4. Les prix abusivement bas

La législation tunisienne 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 marché » (Article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015). L'infraction a été créé par la loi 2005-60 du 18 juillet 2005 qui a ajouté un alinéa supplémentaire prohibant 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 marché. Cette disposition a été maintenue depuis.

³⁰ Voir par exemple l'affaire « Black & Decker » où la société a été condamné à la fois pour abus de position dominante et pour abus de dépendance économique. Décision n° 51102 du Conseil de la Concurrence du 27 décembre 2007.

³¹ Décision n° 121301 du Conseil de la Concurrence du 25 décembre 2015.

³² Pour une analyse critique de la décision, voir (Knani, 2017). À noter également que la décision du Tribunal administratif concernant l'affaire STID n'est pas une décision finale et donc on ne peut pas avancer que le Tribunal administratif a écarté en définitif la dimension « collective » de la pratique.

En pratique, cette infraction est généralement constatée dans le cadre de marchés publics. L'article 65 de décret n° 2014-1039 du 13 mars 2014, portant réglementation des marchés publics stipule que :

Si une offre de prix est jugée anormalement basse, l'acheteur public propose de la rejeter, et ce, après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et après vérification des justifications fournies. L'acheteur public informe le ministre chargé du commerce des offres financières éliminées en raison des prix excessivement bas portant atteinte à la concurrence loyale. Le ministre chargé du commerce peut saisir le conseil de la concurrence d'une requête à l'encontre des soumissionnaires de ces offres³³.

Elle peut avoir lieu à toutes les étapes de la procédure d'appel d'offre, 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 effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits » (Article L420-5 du Code de commerce en France). Cependant, la jurisprudence française a évolué pour limiter son application aux « consommateurs finaux » et ainsi exclure son application aux offres d'achat public qui sont régies par le droit de la commande publique³⁴.

En Tunisie, cette infraction n'est pas conditionnée par l'existence préalable d'une position dominante. Le Conseil de la concurrence affirme d'ailleurs que « *des entreprises ne tenant aucune position dominante sont sanctionnées* »³⁵ par cette

³³ Art. 65 du décret n° 2014-1039 du 13 mars 2014.

³⁴ Décision n° 09-D-20 du 11 juin 2009 de l'Autorité française de la concurrence : « cette appréciation [de l'Article L. 420-5 par l'Autorité de la concurrence] vise exclusivement les offres de prix ou de services faites au consommateur final. À plusieurs reprises, lorsqu'il a été saisi au regard de l'article L. 420-5 d'offres de prix en matière de marchés publics de collectivités locales, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'une collectivité locale ne pouvait être assimilée à un consommateur final ».

³⁵ Réponses au questionnaire de l'OCDE de mars 2021.

pratique. Il suffit qu'il y ait un lien de causalité entre une pratique de prix abusivement bas et un comportement qui vise à l'élimination des concurrents du marché. La jurisprudence du Conseil de la concurrence va dans la même direction³⁶.

L'analyse des prix abusivement bas obéit à une logique similaire à celle des prix prédateurs mis en place par une entreprise dominante, notamment en ce qui concerne l'analyse des coûts de production, de transformation et de commercialisation des produits. Cependant les infractions de prix abusivement bas ne se limitent pas aux pratiques des entreprises détenant une position dominante. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de se pencher sur la distinction entre le prix prédateur et le prix abusivement bas.

La position dominante et les effets sur la concurrence

L'existence d'une position dominante est généralement une étape préliminaire pour l'analyse des effets concurrentiels sur le marché. Inversement, lorsqu'une autorité de la concurrence estime qu'il n'existe pas de position dominante, une pratique commerciale unilatérale n'est normalement pas en mesure de produire des effets négatifs sur le marché.

Enfin, les effets sur la concurrence restent néanmoins différents lorsqu'il s'agit d'une pratique commise par une entreprise qui détient ou non une position dominante. Ceci devrait jouer un rôle dans le cadre d'une amélioration de la politique nationale de la concurrence.

2.1.5. Les exemptions

Alors que l'Article 5 de la loi n° 2015-36 définit les types d'infractions, l'Article 6 établit ensuite une procédure d'autorisation préalable pour les pratiques qui ne font pas objet d'une enquête ou d'une décision par le Conseil de la concurrence. Il dispose que les pratiques mentionnées (les ententes, les abus de position dominante, les abus de dépendance économique, et les prix abusivement bas) sont légales lorsqu'elles sont « *indispensables pour garantir un progrès technique* »

³⁶ Décision 141349 du 24.07.2014 du Conseil tunisien de la concurrence relative aux prix abusivement bas dans le secteur de l'auto-école.

ou économique et qu'elles procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte » à condition qu'elles ne conduisent pas à une élimination substantielle de la concurrence sur le marché concerné.

La procédure pour présenter une demande d'exemption a été fixée par le décret gouvernemental No. 2016-1204 du 18 octobre 2016.³⁷ Les exemptions sont accordées, dans un délai de trois mois à compter du jour de la réception du dossier, par le ministre du Commerce par un arrêté motivé après avis du Conseil de la concurrence émis dans un délai de deux mois à compter du jour de la transmission du dossier, et publiée au Journal Officiel (JORT). Le Ministre peut déterminer la durée de l'exemption dans la limite de cinq ans renouvelables, ainsi que la soumettre à une révision périodique.

2.2. La procédure d'enquête sur les infractions

La procédure d'enquête sur les infractions comprend les phases de détection, d'instruction, et les sanctions qui seront examinées ci-dessous. Une analyse sera également faite pour les transactions faisant office de solution alternative pour la clôture des dossiers, ainsi que pour l'équité et la transparence des procédures.

2.2.1. La détection

Le déclenchement d'une procédure d'enquête sur une pratique anticoncurrentielle peut se faire par trois moyens : une plainte d'un tiers, une demande de clémence ou une auto-saisine par l'autorité d'enquête.

L'article 15 paragraphe 1 fixe la liste des organes qui peuvent saisir le Conseil de la concurrence : le ministre du Commerce (ou toute personne ayant une délégation à cet effet), les entreprises économiques, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations ou groupements de consommateurs légalement établis, les chambres de commerce et d'industrie, les autorités de régulation, et les collectivités locales. À cet égard, on retrouve que la

³⁷ Décret gouvernemental No. 2016-1204 du 18 octobre 2016, portant fixation des procédures de présentation des demandes d'exemption et de sa durée en application de la loi No. 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix.

plupart des enquêtes a été ouverte suite à une plainte, par exemple déposée par de l'Organisation de défense du consommateur (ODC).

On constate tout d'abord que le nombre de personnes pouvant saisir le Conseil dans le cadre de sa mission juridictionnelle a augmenté avec la loi de 2015. En 1991, l'article 11 disposait que la commission pouvait être saisie des requêtes « *soit à l'initiative du ministre chargé de l'économie, soit à l'initiative des entreprises, des organisations professionnelles ou syndicales, des organismes ou de groupements de consommateurs agréés, des chambres d'agriculture, ou de commerce et d'industrie* ». Depuis 2005, se sont ajoutés à cette liste, les autorités de régulation et les collectivités locales. On la retrouve désormais à l'article 15 de la loi du 15 septembre 2015. De manière plus significative, la possibilité de l'auto-saisine va être introduite en 1999. L'article 11 n'envisage alors que les cas où la requête, dans un premier temps déposée par les parties, aurait été ensuite retirée. Cette condition est finalement abandonnée en 2005. L'article dispose que « *le conseil de la concurrence peut, sur rapport du rapporteur général et après avoir entendu le commissaire du gouvernement, se saisir d'office des pratiques anticoncurrentielles sur le marché* ». Cette formule a été transposée à l'identique à l'article 15 de la loi du 15 septembre 2015.

Au cours de 5 dernières années, il y a eu 23 enquêtes ouvertes d'office (auto-saisine) dont 9 par la DGCEE et 14 par le Conseil de la concurrence. Environ 5 enquêtes été ouvertes via l'auto-saisine chaque année.

On constate également qu'un programme de clémence est en place depuis 2003. Le dernier alinéa de l'article 19 disposait ainsi que « *le conseil peut, après audition du commissaire du gouvernement, exonérer de la sanction ou l'alléger pour quiconque qui apporte des informations pertinentes non accessibles à l'administration et de nature à révéler des accords ou des pratiques anticoncurrentielles auxquels il a pris part* ». Le programme de clémence a été complété et modernisé par la loi du 15 septembre 2015, notamment par l'article 26 et les détails ressortant du décret gouvernemental No. 2017-252 du 8 février 2017³⁸. Une distinction est faite entre le bénéficiaire de l'exemption totale et le bénéficiaire de l'exemption partielle. Désormais l'exemption totale n'est accordée

³⁸ Décret gouvernemental n° 2017-252 du 8 février 2017, portant fixation des procédures de présentation des demandes d'exonération totale de la sanction ou de sa réduction en application des dispositions de l'article 26 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix.

qu'à celui qui fournit, le premier, des informations dont l'administration ou le Conseil ne disposaient pas et qui permettent de procéder à une enquête sur les infractions à la concurrence sur un marché donné, ou qui fournit des éléments de preuve déterminants permettant de prouver l'existence d'une infraction. L'exemption partielle est accordée à celui, peu importe son rang, qui fournit des éléments de preuve apportant une valeur ajoutée significative, ou ne conteste pas l'existence des pratiques qui lui sont reprochées. Enfin, il en va de même pour celui qui prend l'initiative de mettre en œuvre des mesures qui conduisent à rétablir la concurrence sur le marché. Les conditions suivent en général le standard présent dans d'autres pays de l'OCDE, mise à part l'exigence d'entendre au préalable le commissaire du gouvernement au sein du Conseil de la concurrence, qui réduit *de facto* l'autonomie du Conseil dans l'application du programme de clémence.

Cependant il n'existe aucune affaire déclenchée par telle voie de détection, ce qui pose une question légitime de politique publique sur les raisons d'une telle statistique. Lors de la mission d'exploration, plusieurs raisons ont été évoquées pour expliquer cette absence dont notamment le manque d'une culture de la concurrence, l'insuffisance d'informations sur la procédure (selon l'Article 1 du décret la demande peut être présentée à la DGCEE ou au rapporteur général du CC), ou encore une certaine méfiance à l'égard de l'administration publique. On pourrait également ajouter le nombre limité de sanctions à l'égard des cartels et le faible montant des amendes, ce qui réduit leur caractère dissuasif et n'incite pas les entreprises à participer au programme de clémence.³⁹

Dans ce contexte, les études menées par l'OCDE démontrent qu'il est avantageux de trouver un équilibre entre les méthodes proactives (par exemple les auto-saisines) et réactives (par exemple les programmes de clémence) d'enquête, l'une pouvant renforcer l'efficacité de l'autre (OECD, Table-ronde de l'OCDE sur "Ex-Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels", 2013). En effet, le membre d'un cartel serait plus incité à dénoncer l'entente en cas d'une crainte réelle de faire l'objet d'une investigation par auto-saisine de l'autorité de la

³⁹ Il faut préciser que le Conseil de la Concurrence applique généralement une amende de 10% sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées, et celles-ci sont la plupart des cas de moyenne taille. Les faibles montants des amendes sont ainsi une conséquence du texte juridique, et pas forcément de la performance du Conseil de la Concurrence.

concurrence. Un plus grand équilibre entre les moyens de détection serait ainsi positif pour la politique de la concurrence en Tunisie.

2.2.2. Les pouvoirs d'enquête

La DGCEE et le Conseil de la concurrence peuvent mener des enquêtes portant sur les pratiques anticoncurrentielles. Selon les informations communiquées par les autorités tunisiennes, les enquêteurs des deux organes ont une compétence similaire sur ce terrain. Pour éviter une duplication des enquêtes sur le même objet, la loi tunisienne précise que le ministre du Commerce doit informer le Conseil de la concurrence des enquêtes en cours, et vice-versa.

Les deux organes de concurrence peuvent faire des inspections inopinées et des perquisitions. Selon les Articles 67 et 68 de la loi n° 2015-36, une autorisation préalable du Procureur de la République est nécessaire en cas d'inspection ou de perquisition en dehors des heures de travail. Lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est détectée, la DGCEE peut transmettre le dossier au Conseil de la concurrence. Alors que les inspecteurs (avec l'autorisation du ministre du Commerce) font les perquisitions au nom du ministère, les rapporteurs (avec l'autorisation du président du Conseil) les font au nom du Conseil de la concurrence. Celles-ci sont appelées perquisitions « ordinaires » et elles sont les plus fréquentes. Il existe également des perquisitions dites « extraordinaires » qui sont faites par un inspecteur du contrôle économique général (Ministère) ou par un rapporteur (Conseil de la concurrence) sous le contrôle du Procureur et, dans ces hypothèses, sans l'autorisation préalable du ministre ou du président du Conseil de la concurrence.

Seulement 5 inspections inopinées ont été réalisées au cours des 5 dernières années,⁴⁰ ce qui semble très limitée. À la fin de l'enquête, un rapport final d'enquête doit être rédigé.

La duplication des compétences entre la DGCEE et le Conseil de la concurrence peut engendrer plusieurs problèmes. D'abord, elle peut engendrer de coûts de coordination entre les deux organes de concurrence, ce qui peut réduire l'efficacité de l'action administrative. Une telle duplication réduit également l'indépendance et l'autonomie du Conseil de la concurrence puisque le

⁴⁰ Réponses au questionnaire de l'OCDE de mars 2021.

gouvernement, par la voie de la DGCEE, pourrait obtenir des informations concernant toute enquête ouverte par le premier.

Les autorités de concurrence doivent également demander l'avis technique des organes de régulation lorsque les enquêtes concernent les secteurs dont ils sont respectivement chargés. La législation ne prévoit pas de délai pour l'envoi de cet avis technique, ce qui pourrait trainer la marche normale des investigations. En revanche, certains pays de l'OCDE prévoient ainsi un délai pour telle manifestation technique (par exemple 30-60 jours), ou bien rendent cet avis facultatif.

En ce qui concerne la diversité des secteurs économiques enquêtés, on constate que la plupart des affaires reste concentrée sur certains marchés, notamment ceux liés à la distribution, la santé, les télécommunications, et l'électricité. Les investigations sur d'autres secteurs économiques, comme le tourisme et les finances, sont quasi-inexistantes. Puisque les autorités de concurrence en Tunisie ne semblent pas avoir une politique de priorisation pour l'ouverture ou l'instruction des enquêtes anticoncurrentielles, la priorisation des enquêtes est donc un domaine qui pourrait s'améliorer. Ceci permettrait de concentrer les efforts sur certains marchés, par exemple ceux qui jouent un rôle important dans le développement du pays ou qui touchent en particulier les plus pauvres.

Enfin s'agissant du délai de prescription, l'article 11 de la loi du 29 juillet 1991 prévoyait que les actions afférentes à des pratiques anti-concurrentielles remontant à plus de trois ans étaient prescrites. L'article 14 de la loi du 15 septembre 2015 allonge ce délai et en précise le point de départ : « *Sont prescrites les actions afférentes à des pratiques anticoncurrentielles à l'expiration de cinq ans après la date de commission de la pratique* ».

2.2.3. Les sanctions et les transactions

Si la pratique est avérée, la décision rendue par le Conseil de la concurrence comporte obligatoirement la condamnation des auteurs de cette pratique selon l'article 27 de la loi de 2015. Cette obligation de sanctionner se retrouve encore à l'article 43 de la loi du 15 septembre 2015. La sanction elle-même en revanche a évolué au fil des évolutions législatives. Dans l'article 34 de la première version de la loi du 29 juillet 1991, il était prévu que le montant de l'amende pécuniaire infligée par la commission de la concurrence ne pouvait excéder 5% du chiffre d'affaires réalisé en Tunisie par l'opérateur concerné au cours du dernier exercice écoulé. Seul un plafond proportionnel était donc prévu. Cet article va ensuite être

modifié en 1995. Le plafond proportionnel demeure fixé à 5% du chiffre d'affaires jusqu'à la réforme de 2015. À celui-ci s'ajoute un plafond fixe dans le cas où le contrevenant est une personne morale ou une organisation n'ayant pas un chiffre d'affaires propre. L'amende varie alors entre 1 000 et 50 000 TND.

Toutefois, en pratique le Conseil de la concurrence a dans un premier temps peu utilisé son pouvoir de sanction. Entre 1990 et 2000 par exemple, dans seulement 17% des cas, la décision était accompagnée d'une sanction. Une amélioration a pu être notée par la suite. En 2004, la moitié des cas était sanctionnée. Le manque de caractère répressif et dissuasif de la sanction pécuniaire a ainsi souvent été pointé du doigt. La loi du 15 septembre 2015 est donc venue renforcer le pouvoir de sanction du Conseil de la concurrence. L'article 43 prévoit en effet un rehaussement des plafonds au double. Désormais, s'agissant du plafond proportionnel, le montant de ladite amende ne peut excéder 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Tunisie par l'opérateur concerné au cours du dernier exercice écoulé. Si la personne morale n'a pas de chiffre d'affaires propre, l'amende pécuniaire varie de 2 000 à 100 000 TND.

En ce qui concerne les personnes physiques, les sanctions comprennent une peine de prison allant de seize jours à un an, et/ou une amende de 2 000 à 100 000 TND. Cela s'applique notamment aux personnes ayant pris « une part déterminante » (article 45) dans les infractions prévues par l'article 5 de la loi n° 2015-36 sur la concurrence.

Le Tableau ci-dessous montre le montant des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence entre 2016 et 2019.

Tableau 2.1. Montant total des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence (2016-2019) (en dinars)

	Ententes horizontales	Abus de position dominante	Abus de dépendance économique	Prix abusivement bas
2016	140 000		100 000	
2017	1 800 000			30 000
2018	740 850	2 200 000	150 000	
2019	50 000	1 640 000	2 574 500	
2020	612 500		946 978 911	180 000

Source: Conseil de la Concurrence

On constate cependant que certaines condamnations sont prononcées sans imposition de sanction pécuniaire, ce qui les prive de leur caractère dissuasif. Cela s'est vérifié par exemple dans le cas du cartel des tomates concentrées, ayant fait l'objet d'une condamnation par le Conseil de la concurrence en 2018⁴¹.

Encadré 2.4. L'affaire de cartel de tomates concentrées

À la suite de la décision des autorités tunisiennes de libéraliser les prix du double concentré de tomate en 2013, les prix au détail du concentré ont augmenté d'environ 9% pour les boîtes de 800 g et de 20% pour celles de 400 g. L'Organisation de défense du consommateur (ODC) a porté une affaire de collusion et de fixation de prix à la consommation devant le Conseil de la concurrence qui a lancé une enquête sur 24 producteurs de concentré de tomates en 2014.

L'enquête menée par le Conseil de la concurrence a démontré l'importance de ce produit pour les consommateurs tunisiens : le pays est l'un des plus gros consommateurs de double concentré de tomates avec une consommation annuelle de 109 000 tonnes soit une consommation annuelle moyenne par ménage de 57 kg, comparé à 35 kg aux États-Unis ou 24 kg en Italie. L'enquête a aussi confirmé l'existence d'augmentation coordonnée des prix à la suite de l'entrée en vigueur de l'Arrêté du ministre du Commerce du 22 février 2014 qui entérinait une politique de liberté des prix sur le double concentré de tomates. Des échantillons de factures de vente examinés par le Conseil ont révélé que les prix atteignaient 1.23 dinar pour la boîte de 400 g et 2.05 dinars pour celle de 800 g pour 22 marques sur l'ensemble du pays.

Le Conseil de la concurrence a condamné le comportement anticoncurrentiel sur la base de l'Article 5 de la Loi n° 2015-36 relative à la réorganisation de la concurrence et des prix. Elle a exigé que les défendeurs cessent leurs pratiques immédiatement, mais n'a pas imposé d'amende.

Source : Décision n° 141356 du Conseil de la concurrence du 10 mai 2018

⁴¹ Décision 141356 du 10.05.2018 du Conseil de la concurrence relative au cartel de tomates concentrées.

En outre, le Conseil de la concurrence peut prononcer des mesures supplémentaires ou alternatives à la sanction pécuniaire. La première version de la loi du 29 juillet 1991 prévoyait dans un article 20 que la commission de la concurrence peut également :

« Adresser les injonctions aux opérateurs concernés pour mettre fin aux pratiques anti-concurrentielles, dans un délai déterminé, ou leur imposer des conditions particulières dans l'exercice de leur activité; prononcer la fermeture provisoire de ou des établissements incriminés, pendant une période n'excédant pas trois mois. Toutefois, la réouverture desdits établissements ne peut intervenir qu'après que ces établissements aient mis fin aux pratiques objet de leur condamnation.

Transmettre le dossier au parquet en vue d'engager les poursuites pénales ».

En 1995, cette disposition a été légèrement remanié dans sa structure, notamment en séparant la possibilité de faire des injonctions de celle de prononcer une fermeture provisoire. Surtout, le législateur a ajouté la possibilité pour le Conseil, dans le cas d'un abus de position dominante résultant d'un cas de concentration, de proposer au ministre chargé du Commerce d'enjoindre le cas échéant conjointement avec le ministre dont relève le secteur intéressé, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, de modifier, de compléter ou de résilier, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration qui a permis les abus, et ce, nonobstant l'accomplissement des procédures prévues aux articles 7 et 9 de la présente loi (procédure de notification).

À présent, la législation tunisienne permet au Conseil de la concurrence d'imposer des injonctions à l'encontre des sociétés condamnées, ainsi que de prononcer la fermeture provisoire des établissements incriminés pour une période n'excédant pas trois mois (Article 27 de la loi n° 2015-36). La possibilité de fermeture d'établissement est également évoquée dans d'autres situations prévues par la loi. L'intention serait de toucher la réputation de l'entreprise dans l'expectative que cela la dissuade à pratiquer à nouveau les infractions. Mais la sanction de fermeture pourrait aussi nuire au bien être des consommateurs en réduisant leur choix pendant la période de fermeture.

Enfin, depuis 2005, le Conseil de la concurrence peut également ordonner la publication de ses décisions ou d'un extrait de celles-ci dans les journaux qu'il désigne, et ce, aux frais du condamné. L'ensemble de ces mesures a été repris à l'article 27 de la loi du 15 septembre 2015.

Le Conseil de la concurrence peut également transmettre le dossier au Parquet en vue d'engager des poursuites pénales (Article 27 de la loi n° 2015-36). Ceci peut se faire à l'encontre de toute personne physique qui, par des moyens détournés, aura pris une part déterminante dans la violation des interdictions édictées par l'Article 5 de la loi n° 2015-36, c'est-à-dire toutes les ententes, les abus de position dominante, les abus de dépendance économique, et les prix abusivement bas. L'emprisonnement peut aller de 16 jours à 1 an, et une amende de 2 000 à 100 000 TND peut être prononcée de manière complémentaire ou alternative à la prison. À cet égard, on constate que l'emprisonnement est généralement limitée aux ententes dans les pays membres de l'OCDE qui ont adopté une responsabilité pénale dans le domaine de la concurrence. Ceci s'explique à la fois en raison de l'atteinte grave que constitue les ententes, mais également en raison du contexte imprécis dans lequel s'insère les abus de position dominante.

En ce qui concerne les transactions, la loi tunisienne permet au Ministre du commerce de terminer les investigations sur certaines infractions prévues dans la loi n° 2015-36. Mais ceci ne s'applique pas aux infractions anticoncurrentielles indiquées à l'Article 5 de la loi : *« À l'exception des infractions aux dispositions des articles 5, 7, 8, 9, 10, et 69 de la présente loi et sur demande du contrevenant, le ministre chargé du commerce peut, avant l'engagement de l'action publique, ou le tribunal saisi de l'affaire, autoriser la conclusion d'une transaction, et ce tant qu'un jugement définitif n'a pas été prononcé »* (Article 73 de la loi n° 2015-36). Le Conseil de la concurrence n'est pas habilité à faire de transaction. À ce propos l'expérience des pays membres de l'OCDE montre que les transactions permettent d'économiser des ressources publiques, et les rapporteurs peuvent ainsi consacrer leurs temps à d'autres investigations. De même, l'autonomie et l'indépendance de l'autorité compétente pour conclure des transactions semblent décisives pour que le recours à cet instrument soit une réussite.

Le Conseil de la concurrence peut enfin statuer en référé (art 15) ce qui arrive souvent dans le cadre des procédures concernant l'abus de dépendance économique. Ceci permet aux entreprises de demander au Conseil qu'il ordonne des mesures provisoires, mais rapides tendant à préserver les droits du demandeur.

2.2.4. La transparence et l'équité procédurale

La loi n° 2015-36 prévoit certaines obligations pour assurer la transparence des actions menées par les autorités de concurrence en Tunisie. Dans ce contexte, la

législation oblige le Conseil de la concurrence à établir un rapport annuel sur ses activités, ainsi qu'à publier ses décisions et avis sur son site internet (Article 14 de loi n° 2015-36).

En pratique, on retrouve facilement les décisions, les avis, et le rapport annuel du Conseil de la concurrence sur son site internet. Ces documents sont disponibles en arabe. Une traduction intégrale ou partielle en français pourrait élargir son audience (y compris internationale). Les décisions relatives au contrôle des concentrations rendues par la DGCEE devraient en principe être présentes sur le site internet du ministère du Commerce mais elles ne sont que rarement disponibles. L'absence de transparence à cet égard constitue un frein au développement de la politique de concurrence en Tunisie et pourrait être facilement corrigée.

En ce qui concerne l'équité procédurale, il semble important de renforcer la séparation entre les fonctions d'enquête et de jugement. Par exemple pour l'affectation des dossiers aux rapporteurs, le président du Conseil de la concurrence devrait s'abstenir d'y participer et laisser cette attribution au rapporteur général. Ceci permettrait de mieux séparer les fonctions d'investigations et de jugement au sein du Conseil.

La législation établit que les infractions anticoncurrentielles doivent être constatées par procès-verbal établi par deux agents du contrôle économique (ou deux agents relevant du ministère du Commerce) et les officiers de la police judiciaire. L'original et une copie de ces procès-verbaux sont directement adressés au ministre chargé du Commerce, et ils doivent contenir la date, le lieu, l'objet, les agents verbalisateurs, entre autres.

Quant au secret professionnel, le Conseil de la concurrence affirme que les communications entre les avocats et leurs clients sont protégées par le secret professionnel. Il n'est pas clairement établi que le même principe s'applique à la DGCEE. De plus, les perquisitions dans les cabinets d'avocat doivent rester interdites, ou du moins exceptionnelles, les rapports entre avocats et clients étant au cœur du droit de la défense.

2.2.5. L'exécution des décisions

Le ministre du Commerce est chargé de l'exécution des décisions du Conseil de la concurrence ainsi que du recouvrement des amendes, conformément à l'Article 44 de la loi n° 2015-36. La législation prévoit aussi que le recouvrement des montants des amendes s'effectue selon les mêmes méthodes et procédures que

pour les créances publiques auprès du ministère des Finances (Article 75), notamment en collaboration avec la direction générale de la Comptabilité publique du ministère chargé des Finances.

Selon le ministère du Commerce, le recouvrement des amendes infligées aux entreprises nationales est presque à 100%, alors que pour les entreprises étrangères la procédure est compliquée et l'administration est appelée à conclure des accords bilatéraux pour qui prévoit une procédure en la matière. Par conséquent aucune amende n'est recouverte concernant les amendes imposées aux entreprises étrangères.

Il serait important d'avoir un suivi rigoureux des montants qui ont été recouverts car le paiement effectif des amendes est primordial pour dissuader de commettre des infractions.

2.3. Le contrôle des concentrations

Le premier projet de loi sur la concurrence en 1985 prévoyait un titre spécial relatif au contrôle des concentrations. Ce titre n'a finalement pas été retenu dans la loi originale du 29 juillet 1991, notamment parce que l'économie tunisienne n'était pas encore suffisamment développée pour mettre en place ce type de contrôle. La loi ne prévoyait donc pas de contrôle des concentrations initialement. Le projet de loi va finalement être repris et un contrôle des concentrations va être introduit dans la loi de 1991 par la loi n° 95-42 du 24 avril 1995.

Aujourd'hui le contrôle des concentrations est régi par la loi No. 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix. Certaines dispositions sectorielles prévoient des dérogations au régime général, telles qu'en matière bancaire ainsi que dans les secteurs des assurances, de la microfinance et de l'audiovisuel. Ces exceptions feront l'objet d'une analyse dans la section 2.3.5 ci-dessous.

2.3.1. Les autorités compétentes

Le ministère du Commerce et le Conseil de la concurrence

En vertu de l'article 7 de la loi No. 2015-36, le contrôle horizontal des concentrations relève de la compétence du ministre chargé du commerce, auquel les entreprises concernées doivent notifier tout projet de concentration

économique remplissant les critères énumérés à l'article 7 (voir section 2.3.2 ci-dessous). Certaines lois sectorielles prévoient une compétence dérogatoire, notamment dans le secteur des assurances conformément au Code des assurances, dans le secteur bancaire, conformément à la loi No. 2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers, dans le secteur de la microfinance, conformément au décret-loi No. 2011-117 et dans le secteur audiovisuel, conformément au décret-loi n° 2011-116 du 2 novembre 2011 (voir section 2.3.5 ci-dessous). De surcroît, la Tunisie est membre du Marché Commun de l'Afrique oriental et australe (COMESA), qui prévoit des règles spécifiques, y compris en ce qui concerne l'autorité chargée de recevoir les notifications, en matière de concentrations ayant une dimension régionale.

Le Tableau 2.2 montre que sur la période 2015-2020, le ministère du Commerce a examiné 26 projets de concentration : 22 ont été autorisés sans conditions, 3 avec engagements, et un refusé en 2017⁴². Autrement dit, 88% des concentrations ont été approuvées sans conditions.⁴³ À titre de comparaison, d'après les statistiques *OECD Competition Trends*⁴⁴, sur la période 2015-2019,

⁴² Voir avis du Conseil de la concurrence No. 162623 du 26 janvier 2017. Il s'agit de l'acquisition de l'intégralité du capital de SGTM par Mosni Gas Bottles (MGB), qui affecte les deux marchés interconnectés de la galvanisation et de la production de tubes en fer. Le Conseil a estimé que la concentration allait à l'encontre de l'intérêt des consommateurs. En particulier, elle n'aurait pas contribué au progrès technique et économique et aurait créé une position de monopole à la fois sur le marché de la galvanisation des métaux et sur celui de la production de tuyaux en fer.

⁴³ Les avis du Conseil de la concurrence concernant les concentrations sont publiés en arabe sur son site web, conformément à l'obligation prévue par l'article 14, dernier alinéa, de la loi No. 2015-36. Le site dispose d'une section pour la publication des avis en version PDF, mais il n'est pas possible de filtrer les avis en fonction de leur objet (par exemple, s'il s'agit d'avis issus de son rôle consultatif en matière législative ou d'avis concernant une concentration économique), de mots-clés ou de la décision proposée par le Conseil. Une obligation de publication similaire est aussi prévue pour les décisions du Ministre du commerce en vertu de l'article 10, alinéa 2, de la loi No. 2015-36 mais dans la pratique les décisions du ministère du commerce concernant les concentrations ne sont pas promptement publiées sur le site internet et par conséquent elles ne sont pas toujours disponibles en ligne ou sont publiées des années après leur adoption.

⁴⁴ La base de données *OECD Competition Trends* (2020) comprend les données de 56 pays, dont 19 juridictions qui ne sont pas membres de l'OCDE.

97.9% des concentrations notifiées ont été autorisées sans engagements, soit en phase 1 soit en phase 2, et seulement 0.22% des concentrations ont été bloquées suite à un examen approfondi en phase 2.

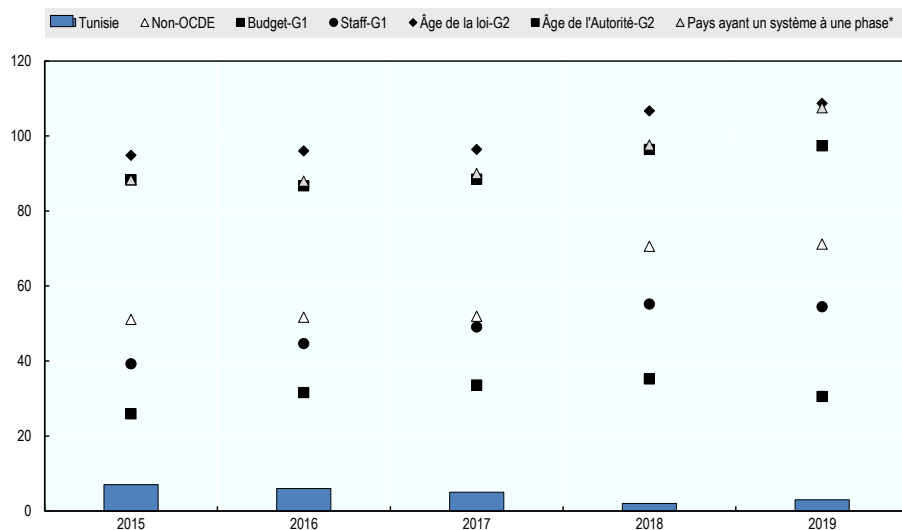
Tableau 2.2. Concentrations notifiées au ministère du Commerce

Années	Nombre de décisions relatives aux concentrations	Nombre d'avis émis par le Conseil de la Concurrence	Nombre d'avis du Conseil non suivis par le Ministère du Commerce	Nombre de concentrations autorisées	Nombre de concentrations autorisées avec engagements	Nombre de concentrations refusées
2015	7	7		6	1	..
2016	6	6		6
2017	5	5	1	4	..	1
2018	2	2		1	1	..
2019	3	3		3
2020	3	3		2	1	..
TOTAL	26	26	1	22	3	1

Source : Conseil de la concurrence ; Ministère du Commerce

Le graphique ci-dessous montre une comparaison, en termes de nombres de concentrations notifiées à l'autorité de la concurrence, entre la Tunisie et des regroupements de pays comme définis ci-dessous. Ces données montrent que le nombre de notifications effectuées au Ministère du Commerce est considérablement moindre que dans d'autres pays comparables.

Graphique 2.10. Notifications des concentrations (2015-2019)



Note : Budget G1 comprend 20 juridictions ; Staff G1 comprend 22 juridictions ; Age de la loi G2 comprend 25 juridictions ; Age de l'Autorité G2 comprend 29 juridictions.

Source : OECD CompStats.

Le contrôle des concentrations en Tunisie est également fait par certains régulateurs sectoriels qui seront analysés dans la 2.3.5 ci-dessous. Il s'agit de dérogations au régime général sur le contrôle des concentrations dont sont chargés les organes de concurrence.

La Commission de la Concurrence du COMESA

En tant que membre du COMESA,⁴⁵ la Tunisie est aussi assujettie aux règles de concurrence du COMESA. L'article 24 des règlements relatifs à la concurrence

⁴⁵ Les pays membres du COMESA sont : Burundi, Djibouti, Égypte, Érythrée, Eswatini, Éthiopie, Kenya, Libye, Madagascar, Malawi, Maurice, Ouganda, République démocratique du Congo, Rwanda, Seychelles, Somalie, Soudan, Tunisie, Union des Comores, Zambie et Zimbabwe.

du COMESA dispose que les parties concernées doivent notifier à la Commission de la Concurrence du COMESA (CCC) tout projet de concentration remplissant les conditions fixées à l'article 23 des mêmes règlements⁴⁶. L'article 23(3)(a) prévoit que l'obligation de notification concerne les concentrations dans lesquelles les parties sont actives dans deux ou plusieurs États membres du COMESA. Cependant ces dispositions supranationales ne font pas l'objet d'une interprétation uniforme dans tous les États membres.

D'une part, le paragraphe 3.10 des lignes directrices du COMESA sur le contrôle des concentrations interprète l'article 23(3)(a) à la lumière de sa nature supranationale qui justifierait une attribution de compétence exclusive à la CCC et non pas à l'autorité nationale compétente en matière de contrôle des concentrations ayant une dimension régionale. D'autre part, la loi tunisienne 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 No. 2015-36. Cette interprétation est actuellement fournie par le Ministre du Commerce, qui estime qu'une notification à la CCC ne suffirait pas à déroger à l'obligation de notification en Tunisie (Jabnoun, 2021) (Baker McKenzie, 2019).⁴⁷

⁴⁶ L'article 23 des Règlement COMESA donne au Conseil des commissaires de la CCC le pouvoir de fixer les seuils de notifications basés sur le chiffre d'affaires ou les actifs. Ceux-ci ont été fixés par les « Règles sur la détermination des seuils de notifications des concentrations and leur méthode de calcul ». En particulier, l'article 4 dispose qu'une concentration doit être notifiée lorsque (a) le chiffre d'affaire annuel ou les actifs combinés dans le marché commun dépassent 50 millions de dollars COMESA ; et (b) le chiffre d'affaires ou le montant des actifs totales réalisés individuellement dans COMESA par au moins deux des entreprises concernées représentent un montant supérieur à 10 millions de dollars COMESA, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans le COMESA à l'intérieur d'un seul et même État membre.

⁴⁷ D'après (Baker McKenzie, 2019), « Even though the COMESA treaty suggests that under certain conditions the filing with the COMESA Competition Commission substitutes the merger filing domestically, we do not have information confirming such an interpretation under the domestic competition law. »

À ce propos, l'OCDE, dans la Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions, recommande que

Les pays Membres sont 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.

Le Tableau 2.3 montre les opérations de concentration notifiées à la CCC sur la période 2015-2020. D'après les décisions disponibles, certains projets de concentrations notifiés à la CCC avaient aussi des effets en Tunisie mais ils n'ont pas été notifiés au ministère du Commerce tunisien ou, le cas échéant, aux autres régulateurs sectoriels en Tunisie⁴⁸.

Tableau 2.3. Concentrations notifiées à la Commission de la Concurrence COMESA (CCC)

Années	Nombre total de concentrations traitées	Concentrations autorisées sans engagements	Concentrations autorisées avec engagements
2015	21	16	2
2016	32	19	7
2017	34	18	3
2018	45	35	4
2019	46	37	6

Note : les données sur les notifications en 2020 ne sont disponibles que jusqu'à mars 2020 et n'ont donc pas été incluses dans le tableau.

Source : Commission de la Concurrence COMESA, Statistiques sur les concentrations, <https://www.comesacompetition.org/?p=1286>.

⁴⁸ Voir décision CCC/MER/12/33/2020 du 16 avril 2021 concernant l'acquisition de la branche l'assurance médicale de Jubilee Holdings Limited par Allianz Africa Holding GmbH ; décision CCC/MER/8/20/2020 du 12 novembre 2020 concernant l'acquisition du contrôle de Società Finanziaria Macchine Automatiche S.p.A. par BC European Capital et BC Partners Fund XI ; décision CCC/MER/6/16/2020 du 4 septembre 2020 concernant l'entreprise commune de Ford Motor Company et Mahindra and Mahindra Limited ; décision CCC/MER/11/41/2019 du 22 décembre 2019 concernant la concentration de Marinvest S.r.l., Ignazio Messina & C. S.p.A. and RORO Italia S.r.l.

2.3.2. Le champ d'application

Notion de concentration

En vertu de l'article 7 de la loi No. 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix, est considéré comme une concentration économique :

tout acte, quelle 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 autre entreprises une influence déterminante.

La loi ne donne pas de définition précise et objective de « concentration » et ne définit pas explicitement si certaines opérations, telle que la création d'une entreprise commune, doivent être aussi considérées comme concentrations économiques et donc soumises au régime prévu par l'article 7. Par exemple, le texte de la loi ne semble pas couvrir une prise de contrôle *de facto*, lorsqu'un actionnaire acquiert le contrôle par fragmentation des participations précédemment majoritaires et compte tenu du niveau de participations des autres actionnaires, et semble en revanche conditionner l'obligation de notification d'une concentration à l'existence d'un acte juridique entre deux entreprises indépendantes conférant un contrôle *de jure* sur l'entreprise.

En l'absence de dispositions explicites fixant une définition précise de la notion de concentration économique et de contrôle, les organes de concurrence ont expliqué que dans la pratique une opération de concentration est considérée avoir lieu lorsque :

- Deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;
- Une ou plusieurs personnes physiques ou juridiques, détenant déjà le contrôle d'une entreprise, acquièrent, directement ou indirectement, le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une ou plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.

Lors des discussions avec les organes de concurrence et en dépit de l'absence de dispositions législatives ou réglementaires sur ce point, il a été déterminé que la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration. En

revanche, en vue de l'absence de dispositions claires et publiques sur ce point, les entreprises pourraient ne pas être au courant de l'obligation de notifier ce type de transactions.⁴⁹

Conditions fixées pour l'obligation de notification

L'article 7, alinéa 3, fixe les conditions alternatives pour que les entreprises soient soumises à une obligation de notification du projet de concentration. Il s'agit de deux tests alternatifs⁵⁰ :

Un test basé sur le **chiffre d'affaires** : le chiffre d'affaires global réalisé par ces entreprises sur le marché intérieur dépasse un montant déterminé par décret gouvernemental. Ce montant a été fixé à 100 000 000 TND (cent million de dinars) par l'article 1 du décret gouvernemental No. 2016-780 du 13 juin 2016, portant fixation du seuil du chiffre d'affaires global à partir duquel les opérations de concentration sont soumises à une autorisation préalable. Il n'existe pas de lignes directrices concernant la méthode de calcul du chiffre d'affaires mais il relève d'une pratique courante d'inclure le chiffre d'affaires de toutes les entreprises faisant partie du même groupe d'entreprises, à savoir l'entité concernée par la transaction ainsi que toutes les entreprises soumises au contrôle d'une même entité (Jabnoun, 2021) ;

Un test basé sur les **parts de marché** : la part moyenne des entreprises réunies dépasse 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. Par ailleurs, dans certains cas, ce test a permis de soumettre à l'obligation d'autorisation préalable

⁴⁹ Dans une décision récente, le Conseil de la Concurrence a refusé de donner son avis sur une opération de concentration résultant de la création d'une entreprise commune (décision No. 211475 du 14 juillet 2021).

⁵⁰ Contrairement aux lois successives, la loi 95-42 du 24 avril 1995 prévoyait des seuils cumulatifs en chiffres d'affaires et en parts de marché. Ce n'est qu'avec la loi 2005-60 du 10 juillet 2005 que les deux seuils conditions sont devenus alternatifs. Ce modèle a été répliqué lors de la loi actuellement en vigueur.

des transactions qui n'atteignaient pas le seuil de chiffre d'affaires prévu par le décret gouvernemental⁵¹.

Si les deux tests concernent les entreprises parties à la concentration de façon unitaire, ces dispositions ne fixent pas de seuils concernant les deux entreprises séparément ou concernant spécifiquement l'entreprise cible. Ainsi, il existe un risque qu'une entreprise ayant une taille significative et dépassant de façon autonome ces seuils soit soumise à une obligation de notification même lors du rachat d'une entreprise de petite dimension ou lors d'une opération n'entraînant pas de changement significatif de la structure du marché ou n'ayant pas de véritable impact sur la concurrence en Tunisie. Cet aspect des seuils de notification unitaires a fait l'objet d'un débat à l'occasion de la Table Ronde de l'OCDE sur le « Lien juridictionnel dans les régimes de contrôle des fusions », qui a eu lieu en 2016 et où il a été noté que

Par exemple, une opération dans laquelle une des parties seulement a un lien avec la juridiction présente à l'évidence une forme de rattachement local. Pourtant, l'objectif des seuils de notification étant de veiller à ce que seules les fusions susceptibles d'avoir un impact important sur la concurrence dans la juridiction concernée fassent l'objet d'un contrôle, on peut faire valoir que ce contrôle ne doit être déclenché que si chacune d'au moins deux parties à l'opération est présente dans cette juridiction ; si le chiffre d'affaires réalisé localement par une seule des parties à la fusion était suffisant pour déclencher une notification, un très grand nombre de fusions ayant un impact très faible, voire nul, sur la concurrence dans le pays seraient soumises à une obligation de notification.⁵²

Les deux tests prévus par la loi No. 2015-36 exigent un lien avec le marché tunisien, lorsqu'ils requièrent, dans le premier test, une part de marché combinée

⁵¹ Voir avis du Conseil de la Concurrence No. 182588 du 16 mai 2016 concernant la fusion entre les filiales de Coty et Procter & Gamble. Le Conseil observe que le chiffre d'affaires des parties concernées ne dépassait pas 20 millions de dinars, mais en revanche leurs parts de marché combinées dépassaient 30%, ce qui soumet la concentration à l'obligation d'obtenir l'approbation du ministre chargé du commerce.

⁵² Voir la synthèse de la table ronde sur le lien juridictionnel dans les régimes de contrôle des fusions, tenue au sein du Groupe de travail No. 3 sur la coopération et l'application de la loi le 14-15 juin 2016.

de 30% sur le marché intérieur et, sous le deuxième test, un montant de chiffre d'affaires réalisé sur le marché intérieur fixé par décret. En ce qui concerne le premier test, la détermination des parts de marché au stade de la notification peut toutefois exiger une évaluation complexe du marché pertinent et des activités des entreprises, nécessitant des données spécifiques sur les marchés concernés. Cela peut entraîner des coûts élevés pour les entreprises concernées et générer une incertitude considérable sur l'appréciation de l'obligation de notification qui peut à son tour causer des délais significatifs dans les notifications voire des doutes sur l'existence d'une telle obligation.⁵³

Pour cette raison, la Recommandation de l'*International Competition Network* (ICN) sur les bonnes pratiques en matière de fixation des seuils de notifications n'encourage pas l'utilisation des parts de marché en tant que critère de notification (International Competition Network - Merger Working Group, 2008). De la même manière, dans le but d'éviter d'imposer des coûts et des charges excessives aux parties à la fusion, dans sa Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions, l'OCDE recommande d'utiliser

des critères clairs et objectifs pour déterminer si et quand une fusion doit être notifiée ou, dans les pays n'ayant pas prévu de notification obligatoire, si et quand une fusion va répondre aux conditions d'un contrôle.

Par ailleurs, d'après (OECD, 2021), sur les 54 pays qui ont fourni des données statistiques, 51 d'entre eux prévoient des critères basés sur le chiffre d'affaires, alors que seulement 12 prévoient des conditions fondées sur les parts de marché des entreprises.

Il est opportun que la Tunisie prenne en compte attentivement les avantages d'un test basé sur les parts de marché (à savoir, le fait que ce type de seuils soient de nature à déclencher une notification alors même que les entreprises concernées ont un faible chiffre d'affaire) avec ses désavantages (en particulier, les

⁵³ Pour un exemple, voir le contentieux né de l'acquisition en 2017 de la totalité du capital de l'école supérieure privée des sciences de la santé UPSAT Sousse par le groupe Université Centrale. Suite à la décision du ministère du commerce qui avait estimé que l'acquisition ne remplissait pas les critères de notification, l'université concurrente Mahmoud El Materi a porté plainte devant le tribunal administratif pour excès de pouvoir, estimant que la condition fondée sur les parts de marché était remplie. La question concerne notamment la définition du marché pertinent. Au moment de la rédaction de ce rapport, le tribunal administratif n'a pas encore adopté de décision.

incertitudes liées à ce type de test ainsi que la nécessité de mener une analyse complexe et moins objective, étant donné que le calcul des parts de marché requiert de définir en amont le marché pertinent et d'identifier les principaux concurrents).

Comme indiqué ci-dessous dans le Tableau 2.4, le seuil du chiffre d'affaires global à partir duquel les opérations de concentration sont actuellement soumises à une autorisation préalable du ministre du Commerce a été fixé par le décret gouvernemental No. 2016-780 du 13 juin 2016 à 100 000 000 D (cent million de dinars). Ce décret a abrogé le décret précédent No. 2005-3238 du 12 décembre 2005 qui fixait ce seuil à 20 000 000 TND (vingt millions de dinars) et qui à son tour avait augmenté le seuil précédent s'élevant à 3 000 000 TND (trois millions de dinars). Comme montré dans le Tableau 2.2 ci-dessus, à l'heure actuelle le nombre de concentrations notifiées au ministère chargé du commerce semble être limité, s'élevant en moyenne à cinq notifications par an entre 2016 et 2020.

Tableau 2.4. Évolution du chiffre d'affaires fixé pour les notifications des concentrations économiques au Ministère du Commerce

	Décret No. 2016-780 du 13 juin 2016	Décret No. 2005-3238 du 12 décembre 2005	Loi No. 95-42 du 24 avril 1995
Chiffre d'affaires	100 millions	20 millions	3 millions *

Note : * Contrairement aux lois successives, la loi 95-42 du 24 avril 1995 prévoyait des seuils cumulatifs en chiffres d'affaires et en parts de marché.

Source : Décret No. 2016-780 du 13 juin 2016 ; Décret No. 2005-3238 du 12 décembre 2005 ; Loi No. 95-42 du 24 avril 1995.

De manière générale, d'une part, les seuils de notification doivent être assez élevés afin d'éviter que les autorités de la concurrence avec des ressources limitées étudient de trop nombreux projets de concentrations, ce qui pourrait entraîner des coûts d'opportunité trop élevés et ainsi soustraire des ressources à d'autres activités de détection et de répression des pratiques anticoncurrentielles. D'autre part, les seuils de notification doivent assurer que les projets de concentrations susceptibles de poser des problèmes de concurrence sur le marché intérieur soient notifiés à l'autorité compétente (International Competition Network - Merger Working Group, 2008).

En Tunisie, l'augmentation progressive des seuils au cours des années visait à exclure des transactions d'importance mineure qui n'avaient pas d'impact

significatif sur le marché intérieur afin de mobiliser les ressources (financières, techniques et humaines) des organes de concurrence sur les transactions les plus importantes, susceptibles d'affecter le bon fonctionnement du marché (Gani, 2012). Cependant le nombre de notifications semble être aujourd'hui particulièrement dérisoire, en partie à cause du seuil de chiffre d'affaires trop élevé, par rapport à la réalité économique du pays, fixé par le décret gouvernemental No. 2016-780.

Enfin, il est important de noter que, lorsqu'un projet de concentration économique remplit les conditions énumérées par la loi No. 2015-36 sans que les entreprises se conforment à l'obligation de notification, elles sont passibles d'une amende conformément à l'article 43, deuxième alinéa, de la loi No. 2015-36, pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Tunisie par les entreprises concernées. Comme confirmé par certaines parties prenantes, ce dispositif s'applique aussi bien à une infraction intentionnelle qu'à une omission par négligence. Cependant dans la pratique il n'y a jamais eu d'amendes imposées pour violation de l'obligation de notification (Jabnoun, 2021)⁵⁴.

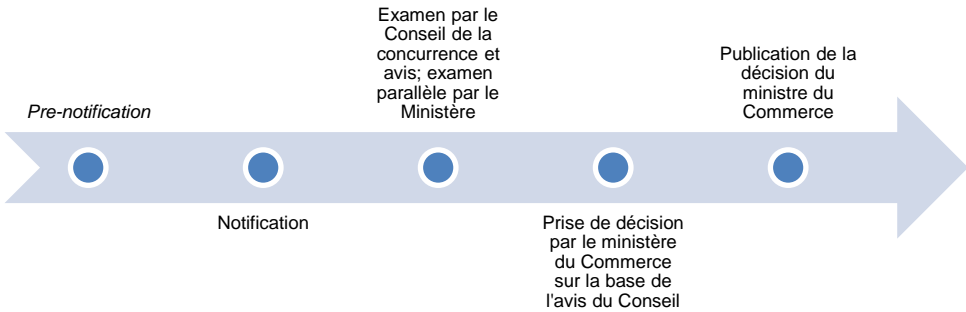
2.3.3. La procédure

Conformément à l'article 7 de la loi No. 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix, est soumis à une notification obligatoire préalable devant le ministre chargé du Commerce « *tout projet ou opération de concentration économique de nature à créer ou à renforcer une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de ce marché* ».

Comme le montre le Graphique 2.11 ci-dessous, la procédure de contrôle des concentrations se compose de différentes phases.

⁵⁴ Par exemple, dans sa décision No. 111289 du 16 mai 2019 le Conseil de la concurrence a trouvé que l'une des entreprises accusées (SNMVT) avait acquis une autre société (SGS TOUTA) en 2003 sans que l'opération ait été notifiée. Bien que l'opération remplît les conditions de notification, le droit de poursuivre la violation de l'obligation de notification avait expiré. Similairement, une autre opération a eu lieu en 2009 par la même entreprise SNMVT qui avait acquis la société SAHARA CONFORT mais qui avait notifié l'opération hors délais (avis du Conseil de la concurrence No. 102400 du 9 août 2012).

Graphique 2.11. Les phases de la procédure de contrôle des concentrations



Source : élaboré par le Secrétariat de l'OCDE

Pré-notification

La phase de **pré-notification** est facultative et elle est déclenchée à l'initiative des entreprises parties au projet de concentration souhaitant consulter la DGCEE au sujet de l'existence d'une obligation de notification de l'opération dans le cas d'espèce ou, dans le cas d'opérations complexes, afin d'entamer le processus d'évaluation de l'opération et ainsi anticiper d'éventuels aménagements nécessaires à son approbation. Cette première prise de contact se déroule de manière officielle. Elle ne produit aucun engagement ou effet mais permet aux entreprises et à la DGCEE d'échanger des informations, de définir le marché pertinent, d'identifier les données nécessaires à fournir et ainsi construire de manière concertée le dossier de notification dans le but de permettre plus rapidement une meilleure analyse des effets de l'opération. Cette phase permet ainsi de minimiser les risques d'incomplétude du dossier lorsque celui-ci est formellement notifié au ministre chargé du Commerce conformément à l'article 7. En effet, une fois le dossier notifié et lorsque la DGCEE estime que le dossier est incomplet, cette dernière peut demander des informations additionnelles aux entreprises concernées avec sursis du délai jusqu'à leur communication, conformément à l'article 9, alinéa 6.

Notification

En vertu de l'article 9, premier alinéa, les parties à la concentration doivent en informer le ministre chargé du commerce dans un délai de 15 jours à compter de la date de la conclusion de l'accord, de la fusion, de la publication de l'offre d'achat ou d'échanges des droits ou obligations, ou de l'acquisition d'une participation de contrôle.

La notification du projet de concentration au ministre chargé du commerce n'est soumise à aucun frais de notification (Jabnoun, 2021). De manière générale, le nombre de concentrations notifiées aux autorités de la concurrence ou leur niveau de complexité échappent au contrôle de ces dernières, et par conséquent, les autorités de la concurrence peuvent devoir analyser plusieurs transactions complexes en même temps et dans les délais prévus par la loi. Afin de gérer les coûts qu'entraîne la procédure de contrôle, il n'est pas rare que les autorités chargées de cette fonction imposent des frais de notification raisonnables et adaptés.⁵⁵ Si les frais de notification ne sont pas en mesure de couvrir l'entièreté des coûts entraînés par la procédure de contrôle des concentrations, leur versement permet, entre autres, de contribuer au renforcement de l'autonomie budgétaire de l'autorité. En même temps, il est important que ces frais soient adaptés et raisonnables, compte tenu des coûts générés par la procédure de contrôle, sans qu'ils soient imposés afin de couvrir les coûts liés aux autres fonctions et activités de l'autorité.

L'ouverture de la phase de notification déclenche le **délai de trois mois** dans lequel le ministre du Commerce doit se prononcer sur le projet de concentration. Plus précisément, cette phase s'ouvre seulement une fois que le service chargé de la réception du dossier au sein de la DGCEE a vérifié que le dossier soumis comporte tous les éléments énumérés à l'article 9, alinéa 5⁵⁶.

⁵⁵ D'après (OECD, 2021), sur les 54 pays qui ont fourni des données statistiques, 35 prévoient des frais de notifications des concentrations.

⁵⁶ L'article 9, alinéa 5, dispose qu'il incombe aux parties de présenter un dossier en double exemplaire comprenant : 1) une copie de l'acte ou du projet d'acte soumis à notification et une note sur les conséquences attendues de cette opération ; 2) la liste des dirigeants et des principaux actionnaires ou associés des entreprises parties à l'acte ou qui en sont l'objet ; 3) les états financiers des trois derniers exercices des entreprises concernées et

Si le ministre du Commerce n'a émis aucune décision dans le délai imparti, la concentration économique telle qu'elle résulte de la lettre de notification est considérée comme autorisée.

Ces délais s'appliquent quel que soit le niveau de complexité de l'opération. En effet, le système tunisien ne prévoit aucune différenciation de la procédure et des délais, selon la complexité de l'opération et les résultats d'une première analyse. Autrement dit, même si les problèmes de concurrence sont aisément identifiables et peuvent être facilement résolus dans de courts délais, aussi grâce à la coopération des parties qui proposent des engagements dès le début de la procédure, le délai pour obtenir une prononciation du ministre reste le même, à savoir quatre-vingt-dix jours à compter de la notification.

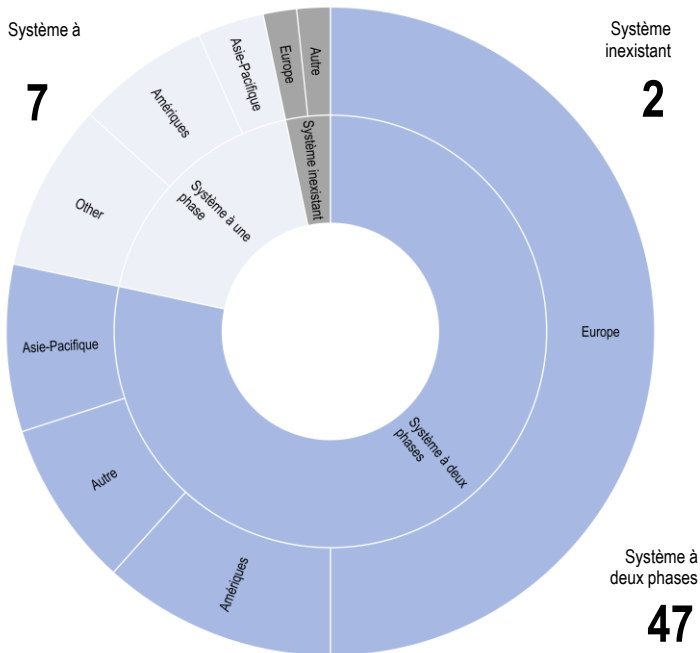
En revanche, l'opportunité d'avoir une procédure avec potentiellement différentes étapes selon le niveau de complexité de l'opération sous examen voire des problématiques soulevées par celle-ci est un principe reconnu par l'OCDE dans la Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions, dans laquelle il est recommandé de

prévoir des procédures qui visent à s'assurer que les fusions qui ne suscitent pas de préoccupations importantes du point de vue de la concurrence fassent l'objet d'une procédure d'examen et d'approbation accélérée.

Par ailleurs, d'après (OECD, 2021), sur les 56 pays qui ont fourni des données statistiques, 47 d'entre eux prévoient un système de contrôle des concentrations en deux phases, comme le montre le Graphique 2.12.

les parts de marché de chaque société intéressée ; 4) la liste des entreprises filiales, avec indication du montant de la participation au capital ainsi que la liste des entreprises qui leur sont économiquement liées au regard de l'opération de concentration ; 5) une copie des rapports des commissaires aux comptes ; 6) un rapport sur les avantages économiques du projet de concentration.

Graphique 2.12. Juridictions avec un système de contrôle des concentrations en une ou deux phases



Source : (OECD, 2021, p. 15)

L'article 9, deuxième alinéa, prévoit que la notification peut être assortie d'engagements destinés à atténuer les effets sur la concurrence et ces engagements doivent également être considérés comme approuvés en cas d'acceptation tacite de l'opération de concentration par le ministre.

Effet suspensif de la notification

Pendant le délai de trois mois donné au ministre chargé du commerce pour évaluer les informations lui ayant été soumises, les entreprises concernées « ne peuvent prendre aucune mesure rendant la concentration irréversible ou modifiant de façon durable la situation du marché ». Les organes de concurrence interprètent cette disposition comme imposant un **effet suspensif** sur toute opération de concentration, qui ne peut donc pas être réalisée avant d'obtenir

l'approbation du ministre chargé du commerce. Il a été précisé que, dans la pratique, il s'agit donc d'un système de contrôle préalable et obligatoire des concentrations, compte tenu du fait que les entreprises tendent à notifier les projets de concentrations ou leurs mémorandums d'accord. Cependant l'article 9 permet également de procéder à la notification de l'opération suite à « l'acquisition d'une participation de contrôle », ce qui, d'un point de vue purement juridique, semblerait permettre aussi un contrôle des concentrations *ex post*, à savoir une fois l'opération réalisée.

De surcroît, l'article 7, dernier alinéa, prévoit aussi une dérogation explicite à cette obligation de suspension. Cette disposition donne aux tribunaux, statuant sur des affaires concernant des entreprises en difficultés économiques, le pouvoir d'envisager la cession de ces entreprises à leurs concurrents. Dans ce cas de figure, le tribunal peut demander l'avis technique et non contraignant du ministre chargé du Commerce s'il estime que ladite cession peut conduire à une concentration de nature à créer ou à renforcer une position dominante sur le marché.

Avis du Conseil de la concurrence

Une fois la notification acceptée, l'article 11, alinéa 8, prévoit que le ministre chargé du Commerce demande l'**avis du Conseil de la concurrence**. Le dossier de l'opération est donc inscrit au bureau d'ordre du Conseil et au greffe consultatif avec l'attribution d'un numéro d'identification. Le dossier est ensuite attribué à un ou plusieurs rapporteurs chargés de rédiger un rapport à soumettre lors de la séance plénière du Conseil⁵⁷. À cet effet, conformément à l'article 20, le Conseil peut procéder à l'audition des parties concernées (par exemple pour demander des clarifications sur les engagements proposés),⁵⁸ qui peuvent se faire représenter par leurs avocats. Suite à l'audition des parties et à l'analyse du

⁵⁷ Conformément à l'article 22, le Conseil ne peut valablement délibérer en séance plénière que si au moins la moitié de ses membres dont au moins quatre magistrats sont présents, sauf s'il s'agit d'un cas de demande consultative urgente ou de demande transmise au Conseil pendant les vacances judiciaires. Ainsi siégeant en séance plénière, le Conseil doit donner son avis dans un délai ne dépassant pas 60 (soixante) jours à compter de la date de réception de la demande d'avis.

⁵⁸ Voir avis du Conseil de la concurrence No. 202744 du 18 octobre 2020 concernant le secteur des établissements d'enseignement supérieur privé.

Conseil, un rapport consultatif est rédigé et envoyé à la séance plénière du Conseil pour que celle-ci adopte son avis, mais ce rapport consultatif ainsi que l'avis émis par le Conseil ne sont pas accessibles aux parties.

De manière générale, il est opportun que toute la procédure de contrôle assure l'équité procédurale aux parties à la fusion et, comme prévu par la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur le contrôle des fusions :

notamment la possibilité pour elles d'obtenir en temps opportun les informations suffisantes sur les préoccupations significatives pour la concurrence suscitées par une fusion, une véritable opportunité de répondre à ces préoccupations et le droit de demander la révision par une instance distincte statuant en dernier ressort, d'une décision finale défavorable sur la légalité d'une fusion. Une telle révision doit être effectuée dans des délais raisonnables.

En ce qui concerne les tierces parties à la concentration, la Recommandation de Conseil de l'OCDE sur le contrôle des fusions prévoit également que :

Les tiers ayant un intérêt légitime dans la fusion examinée, conformément aux lois relatives aux fusions du pays procédant au contrôle, doivent avoir une véritable opportunité d'exprimer leurs avis au cours du processus de contrôle de la fusion.

Ce principe semble être respecté en Tunisie. Comme indiqué par les organes chargés de la concurrence en Tunisie, les tierces parties peuvent aussi être convoquées pour être entendues par le rapporteur chargé du dossier et elles peuvent aussi demander d'être auditionnées lorsque la concentration peut avoir un effet sur le marché dans lequel elles sont actives. Par ailleurs, en dépit du silence du texte législatif, une obligation de diligence incombe aux rapporteurs instruisant le dossier, qui doivent collecter des informations fiables et tangibles, y compris auprès des tierces parties si nécessaire.

Lorsqu'il se prononce, le Conseil doit apprécier si le projet de concentration porte atteinte à la concurrence et, dans l'affirmative, s'il apporte une contribution au progrès technique ou économique suffisante pour compenser lesdites atteintes à la concurrence. L'appréciation du Conseil ne se borne pas aux seules considérations de concurrence, mais, conformément à l'article 12 de la loi No. 2015-36, elle s'étend à d'autres considérations d'intérêt public, à savoir « *la nécessité de la consolidation ou de la préservation de la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale* » (voir 2.3.4 ci-dessous).

Le Conseil peut aviser le ministre de :

- Autoriser l'opération dans les conditions proposées par les entreprises concernées ;
- Autoriser l'opération sous conditions, tout en imposant aux entreprises concernées l'exécution des engagements visant à rééquilibrer les progrès économiques attendus avec les atteintes à la concurrence
- Refuser d'approuver l'opération.

Si le Conseil n'a pas émis son avis dans le délai de 60 jours susmentionné, le ministre du Commerce est en droit d'exercer ses prérogatives, y compris l'adoption d'une décision sans l'avis du Conseil.

Ainsi qu'il ressort du Tableau 2.2, le Conseil a émis son avis dans toutes les affaires sur lesquelles le ministère chargé du Commerce s'est prononcé. Dans un seul cas sur les dernières cinq années, le Conseil de la concurrence a exprimé un avis négatif en s'opposant en 2017 à l'autorisation de l'acquisition de l'intégralité du capital de SGTM par Mosni Gas Bottles (MGB) dans les deux marchés interconnectés de la galvanisation et de la production de tubes en fer⁵⁹. Par ailleurs, il s'agit aussi de la seule affaire dans laquelle le ministre du commerce s'est explicitement écarté de l'avis du Conseil et a autorisé l'opération en vue des considérations économiques et sociales telles que le maintien de l'emploi et l'augmentation de la capacité de production (voir Encadré 2.5). Dans la plupart des cas, le Conseil a proposé d'autoriser les projets de concentrations sans engagements et dans deux cas depuis 2016 il a avisé le ministre de conditionner l'autorisation de l'opération au respect de certains engagements comportementaux⁶⁰.

⁵⁹ Voir avis du Conseil de la Concurrence No. 162623 du 26 janvier 2017. Il s'agit de l'acquisition de l'intégralité du capital de SGTM par Mosni Gas Bottles (MGB), qui affecte les deux marchés interconnectés de la galvanisation et de la production de tubes en fer. Le Conseil a estimé que la concentration allait à l'encontre de l'intérêt des consommateurs. En particulier, elle n'aurait pas contribué au progrès technique et économique et aurait créé une position de monopole à la fois sur le marché de galvanisation des métaux et sur celui de la production de tuyaux en fer.

⁶⁰ À titre d'exemple, voir avis relatif à la prise de participation par les sociétés Total et Mobil dans le capital de la société ESSO ; avis relatif à la concentration entre la société tunisienne de peinture Astral et la société Flash.

Encadré 2.5. Le refus d'autorisation de l'acquisition de SGTM par MGB

L'avis du Conseil de la concurrence portait sur l'acquisition de l'intégralité du capital de la société de galvanisation et transformation des métaux (SGTM) par Mosni Gas Bottles (MGB). La société MGB appartient au groupe Poulina Holding (GPH), qui est actif sur différents marchés tels que la construction, l'immobilier et la sidérurgie et possède plusieurs filiales et entreprises actives sur le marché national et les marchés étrangers.

L'opération a été notifiée au ministère du Commerce car le chiffre d'affaires des entreprises concernées dépassait les cent millions de dinars, rendant obligatoire l'obtention d'une autorisation préalable.

Le marché pertinent

La procédure de concentration concernait deux marchés de référence, à savoir le marché de la galvanisation et de l'industrie des tuyaux en fer. Tenant compte que les tuyaux en fer nécessitent dans tous les cas une galvanisation, le Conseil a considéré les deux marchés comme interconnectés.

L'offre sur le marché de la galvanisation provient des entreprises possédant les moyens de production nécessaires à la galvanisation des métaux, sachant que de nombreuses entreprises combinent l'activité de galvanisation avec d'autres activités liées à la sidérurgie et à la transformation de métaux. Ce marché se caractérise par le nombre réduit de producteurs, ce qui s'explique par l'importance des barrières à l'entrée, car en plus de l'importance du capital, l'activité de galvanisation est considérée comme une activité polluante nécessitant l'obtention de plusieurs licences du ministère de l'environnement. L'activité de galvanisation est considérée comme une activité complémentaire essentielle qui permet à l'usine d'obtenir un produit final commercialisable. L'accent est mis à cet égard sur les moyens de production des entreprises opérant sur le marché de la galvanisation. SGTM dispose d'une technologie qui contribue à réduire les coûts de production, car ses deux pools de galvanisation fonctionnent de manière automatique, rendant la galvanisation plus rapide. Par conséquent, la présence d'autres entreprises sur le marché de la galvanisation aux côtés de SGTM ne constitue pas une alternative à ses services au motif que le reste des entreprises actives sur le marché de la galvanisation ne disposent pas des mêmes moyens de production. De plus, le Conseil a trouvé dans les documents du dossier qu'il était expressément indiqué que SGTM détenait le monopole de ce type de production.

Quant au marché des tuyaux en fer, il représente le deuxième marché de référence dans le projet de concentration. Il est à noter que le rapport envoyé par les parties au processus de concentration au Conseil a abordé seulement le marché de la galvanisation. En revanche, le marché de l'industrie des tuyaux en fer n'a pas été mentionné, alors qu'il s'agissait d'un marché directement lié au marché de la galvanisation.

L'analyse concurrentielle et la théorie du préjudice

Après l'étude du marché pertinent et les documents du dossier du projet de concentration, le Conseil est arrivé à la conclusion que le processus de concentration permettrait aux entreprises appartenant au groupe Poulina Holding d'acquérir un monopole dans le marché de la galvanisation des métaux d'une longueur comprise entre 13 et 15 mètres, avec une capacité de production annuelle totale de 70 000 tonnes (à savoir, 30 mille tonnes de MBG et 40 mille tonnes de SGTM). De plus, PAF (l'autre société appartenant avec MBG au groupe Poulina Holding) aurait renforcé sa position dominante sur le marché de l'industrie de la tuyauterie et le projet de concentration lui aurait permis de fabriquer des tuyaux en fer de grande taille suite à l'acquisition de la société SGTM (lui permettant de galvaniser des métaux de cette taille) et ainsi de monopoliser la fabrication de ce type de tuyaux.

Suite à l'identification des potentiels effets anticoncurrentiels, conformément au chapitre 12 de la loi de la concurrence et des prix, le Conseil a examiné 1) dans quelle mesure le projet de concentration économique aurait contribué au progrès technique ou économique permettant de compenser le préjudice à la concurrence ; et 2) la nécessité d'améliorer ou de maintenir la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale.

D'après les informations fournies dans le dossier de notification, MBG se contenterait d'exploiter les moyens de production de SGTM, sans aucun impact sur de nouveaux investissements ou sur la création de technologie moderne au niveau de ce marché. Par conséquent, rien ne permet de conclure que la concentration aurait permis d'attendre un progrès technique et économique.

Quant à l'aspect lié au maintien et à l'amélioration de la compétitivité des entreprises face à la concurrence étrangère, le Conseil souligne que le projet de concentration se limiterait au renforcement de la position de MBG sur le marché étranger, mais cet élément ne constitue pas une compensation suffisante en raison de l'impact important de la concentration sur le marché national des métaux de galvanisation, qui se répercuterait inévitablement sur l'équilibre de nombreux autres secteurs économiques, tels que le secteur de constructions et l'agriculture, et sur les prix de divers services et produits.

Quant au marché des tuyaux en fer, le Conseil aboutit aux mêmes conclusions. Si, d'un côté, la concentration aurait consolidé la position dominante de PAF et lui aurait permis d'imposer des prix de monopole entraînant l'augmentation de coûts de production des entreprises utilisant ce type de tuyaux pour fabriquer leurs produits, avec les conséquences néfastes sur le pouvoir d'achat du consommateur final, de l'autre côté, la concentration n'aurait pas eu d'effets positifs sur le progrès technique ou économique car l'opération se limiterait à faciliter l'exploitation des moyens de production dont dispose SGTM.

Par conséquent, le Conseil est arrivé à une conclusion que le projet de concentration va créer une position dominante à la fois sur le marché de la galvanisation des métaux et sur le marché de l'industrie de tuyaux en fer. En revanche, la transaction ne contribuera pas au progrès technique et économique et n'aura pas généré de bénéfices sur le bien-être du consommateur.

Le refus du Conseil de la concurrence

Pour ces raisons, le Conseil a proposé au ministère du Commerce de ne pas approuver le projet de concentration économique.

La décision du Ministre du commerce

Le ministre a finalement autorisé la concentration en vue des considérations économiques et sociales, telles que le maintien de l'emploi, la maîtrise des coûts et l'augmentation de la capacité de production en Tunisie.

Source : Conseil de la Concurrence, avis No. 162623 du 26 janvier 2017, <http://www.cct.gov.tn/wp-content/uploads/2019/07/162623.pdf>.

Décision par le ministre du Commerce

Une fois que le Conseil de la concurrence a émis son avis ou une fois le délai de 60 jours dépassé sans que le Conseil n'ait émis aucun avis, le ministre du Commerce est en droit d'exercer ses prérogatives et d'émettre une **décision sur la concentration** dans le respect du délai de trois mois à compter du moment où le service chargé de la réception du dossier du projet de concentration au sein de la DGCEE a vérifié que celui-ci comporte tous les éléments énumérés à l'article 9, alinéa 5. Le cas échéant, à savoir lorsque le ministre chargé du commerce a besoin d'informations additionnelles, celles-ci peuvent être demandées avec sursis du délai jusqu'à leur communication. Même si les demandes d'informations additionnelles peuvent potentiellement porter atteinte aux parties, par exemple elles peuvent donner lieu à des sanctions en cas de non-respect de l'obligation de répondre ou encore le refus ou défaut de coopération peuvent constituer une circonstance aggravante, ces demandes d'informations additionnelles ne peuvent

pas faire l'objet d'un recours, étant donné que seules les décisions finales peuvent être attaquées devant le tribunal administratif. Par conséquent, le manque d'une voie de recours efficace peut donner lieu à des demandes indument onéreuses, excessives, disproportionnées ou sans rapport avec l'opération soumise à examen. Ces demandes peuvent aussi être utilisées comme un moyen de prolonger les délais prévus par la loi ou peuvent potentiellement porter atteinte aux normes de protection des informations confidentielles.

Il ressort de la pratique décisionnelle que la procédure de contrôle, compte tenu de la phase de pré-notification et du besoin que la notification soit accompagnée de toutes les informations pertinentes et complètes, prend entre 6 et 12 mois pour une opération complexe et entre 6 et 8 mois pour les transactions plus simples (Baker McKenzie, 2019, p. 127).

Le silence gardé par le ministre du Commerce pendant trois mois vaut acceptation tacite du projet de concentration ou de l'opération de la concentration ainsi que des engagements soumis par les parties dans la lettre de notification.

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 No. 2015-36 du 15 septembre 2015

- d'approuver l'opération de concentration dans les conditions proposées par les entreprises concernées ;
- d'approuver l'opération de concentration tout en imposant aux entreprises concernées l'exécution des conditions visant à rééquilibrer le progrès économique avec les atteintes à la concurrence ;
- refuser l'opération.

Même si le Ministère a tendance à suivre l'avis du Conseil dans la grande majorité des cas, car ceci se fonde toujours sur une plus précise analyse des données⁶¹, il n'est pas exclu qu'il s'en écarte *de facto*. Par exemple, dans l'affaire de l'acquisition de la SGTM par MBG (une filiale du groupe tunisien Poulina), dans la décision du ministre, les considérations sur les avantages sociaux et industriels

⁶¹ Entre 2015 et 2020, dans un seul cas en 2017 le ministre s'est explicitement écarté de l'avis du Conseil de la Concurrence (voir Tableau 2.2. Concentrations notifiées au ministère du Commerce

de l'opération semblent primer sur les risques concurrentiels identifiés par le Conseil, sans que le ministre ne réfute l'objection du Conseil fondée sur l'existence d'alternatives permettant de sauvegarder la pérennité de l'outil de production et de l'emploi⁶². De surcroît, le caractère succinct des décisions du ministre publiées sur le site de la DGCEE ne permet pas toujours de comprendre les raisons pour lesquelles il s'écarte de l'avis du Conseil ou pourquoi il estime, suite à leur mise en balance, que d'autres considérations (telles qu'énumérées dans la 2.3.4 ci-dessous) priment sur l'atteinte à la concurrence. En vue de l'obligation de motiver ses décisions conformément à l'article 10 de la loi No. 2015-36, l'absence de motivation dans la décision du ministère du Commerce peut justifier un recours envers la décision devant le Tribunal administratif.

Engagements

Lorsque le ministre chargé du Commerce estime que l'opération porte atteinte à la concurrence et que les gains en termes de progrès technique ou économique, voire en termes de compétitivité des entreprises nationales, ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte, il peut soit refuser l'opération soit l'approuver à condition de respecter certains engagements. Ces engagements peuvent être proposés par les parties et ensuite rendu obligatoires par le ministre dans sa décision d'autorisation.

Conformément à l'article 9, deuxième alinéa, les parties ont le droit de soumettre une notification assortie d'engagements afin d'atténuer les effets de la concentration économique sur la concurrence. Suite à leurs propositions, le Ministre du commerce, après avis du Conseil, peut imposer aux entreprises concernées l'exécution de ces engagements visant à rééquilibrer le progrès technique ou économique attendu et les atteintes à la concurrence.

⁶² Dans son avis, le Conseil avait observé que la cession des actions SGTM n'avait pas fait l'objet d'un processus de publicité, mais s'était faite par mutualisation et par contacts personnels. Ainsi, l'absence d'annonce de la cession d'actions n'avait pas permis de proposer des offres alternatives, la seule offre disponible étant plutôt une offre qui impliquait le renforcement de la position dominante des sociétés affiliées au groupe Poulina Holding et constituait une menace pour l'équilibre général du marché de la galvanisation et du marché de l'industrie de la tuyauterie. D'après le Conseil, les difficultés économiques de SGTM pouvaient être surmontées sans céder inévitablement ses parts à MBG.

En vertu de l'article 43, deuxième alinéa, en cas de non-respect des engagements pris, les entreprises sont passibles d'une amende allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Tunisie au cours du dernier exercice écoulé. La constatation de non-respect des engagements est effectuée par le Ministre du commerce à travers une requête déposée devant le Conseil de la Concurrence (sur la base d'un rapport rédigé par les agents du contrôle économique habilités à intervenir sur des questions de concurrence, auquel fait suite une requête déposée par le ministre du commerce devant le Conseil de la concurrence). En outre, suite à leur acceptation, la loi prévoit deux possibilités de révoquer voire de modifier les engagements :

- L'article 10, dernier alinéa donne au ministre chargé du Commerce le pouvoir de retirer son approbation de la concentration lorsque les entreprises ne respectent pas leurs engagements ou s'il s'avère que les informations fournies par les parties étaient erronées ;
- L'article 27, deuxième alinéa, prévoit qu'en cas d'exploitation abusive d'une position dominante résultant d'un cas de concentration d'entreprises, le Conseil de la concurrence peut proposer au ministre chargé du commerce de « modifier, de compléter ou de résilier tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration qui a permis les abus ».

Pour que les engagements proposés par les parties soient acceptés, il faut qu'ils respectent plusieurs conditions :

- Ils doivent être **efficaces** et ainsi permettre de remédier de façon efficace aux atteintes à la concurrence ;
- Leur **mise en œuvre** ne doit pas soulever de doutes. Dans ce but, ils doivent être rédigés de manière précise et sans ambiguïté et les parties doivent fournir suffisamment de détails concernant leur mise en œuvre ;
- Leur mise en œuvre doit être **rapide**, pour éviter de porter atteinte à la concurrence pendant leur délai de mise en œuvre ;
- Ils doivent être **contrôlables**. À cette fin, les parties doivent identifier un dispositif de contrôle permettant aux organes de concurrence de s'assurer de leur réalisation effective.

Les organes de concurrence peuvent accepter ou imposer deux types d'engagements :

- Des engagements **structurels**, visant à garantir des structures de marché compétitives à travers des cessions d'activités ou d'actifs à un acquéreur approprié qui soit en mesure d'exercer une concurrence effective ;
- Des engagements **comportementaux** pouvant compléter les mesures structurelles et visant à encadrer certains comportements de l'entreprise résultant de la concentration. Dans certains cas des engagements comportementaux peuvent être considérés comme suffisants, par exemple lorsqu'aucun acheteur n'a été trouvé.

En principe, le choix entre les deux types d'engagements dépend des effets de l'opération et de l'atteinte à la concurrence identifiés lors de l'analyse concurrentielle. Par exemple, lorsque l'atteinte à la concurrence résulte du chevauchement horizontal des activités des parties, des cessions d'actifs semblent être le remède le plus adapté, contrairement au cas où l'atteinte à la concurrence résulte du risque de verrouillage de marchés qui semble pouvoir être mieux abordé par des mesures comportementales garantissant l'accès des concurrents aux intrants ou à la clientèle. Cependant, à titre d'exemple, dans une affaire concernant l'acquisition du contrôle de la société Esprit SA par Honoris Holding Limited dans le marché de l'enseignement supérieur privé, en dépit du fait que la transaction résulterait dans une modification de la structure du marché de référence, en termes de parts de marché et de degré de concentration,⁶³ le Conseil de la concurrence a avisé le ministre du Commerce d'accepter des engagements comportementaux⁶⁴. En particulier, Honoris Holding Limited s'était

⁶³ Comme observé par le Conseil de la Concurrence dans son avis, l'acquisition permettrait à Honoris Holding Limited de doubler sa part totale du marché de l'enseignement supérieur privé pour atteindre 33% et ainsi obtenir un pouvoir de marché et une domination économique claire sur deux segments de marché, à savoir les départements préparatoires avec une part supérieure à 50% et la formation d'ingénieurs avec une part de 40%. En revanche, les concurrents resteraient à des niveaux faibles qui ne leur permettraient pas d'exercer une pression concurrentielle efficace susceptible d'empêcher la société d'augmenter les frais de scolarité, avec de graves risques de menacer une concurrence effective.

⁶⁴ Avis du Conseil de la Concurrence No. 202744 du 18 août 2020 concernant l'acquisition de 56.6% du capital de la société Esprit SA par Honoris Holding Limited.

engagée à garder la même politique de prix sur les frais d'inscription et les frais d'études ainsi qu'à respecter le plafond annuel de promotion et d'augmentation des frais et à améliorer le niveau de la formation académique dans l'intérêt des étudiants.

Même si les organes de concurrence recherchent en priorité des engagements structurels, l'analyse de la pratique décisionnelle montre une prédominance des mesures comportementales.⁶⁵ Entre 2016 et 2020, il n'y a pas eu d'avis d'autorisation soumis à des engagements structurels.

2.3.4. L'analyse de fond

Critères de l'analyse concurrentielle

Comme il a été indiqué par les organes de concurrence, le contrôle des concentrations vise à maintenir une concurrence effective sur les marchés concernés. Lorsque le ministère chargé du Commerce lui soumet une demande d'avis, le Conseil de la concurrence suit une démarche systématique commençant par la délimitation des marchés pertinents⁶⁶. La définition du marché pertinent,

⁶⁵ Voir décision concernant la prise de participation par TOTAL et MOBIL dans le capital de ESSO Lubrifiants Tunisie, où les acquéreurs se sont engagés entre autres à éviter toute pratique de discrimination tarifaire entre clients associés et non-associés ainsi qu'à améliorer la qualité des services offerts aux consommateurs ; voir aussi décision concernant la concentration entre Astral et Flash, soumise à la condition de conclure un contrat de sous-traitance.

⁶⁶ Dans son rapport annuel de 2012 (p. 23), le Conseil a expliqué la démarche qu'il entreprend. Il procède de la manière suivante :

1. Vérification de l'applicabilité des dispositions de l'article 7 ;
2. Si tel est le cas, le Conseil procède à l'analyse de la concurrence dans le marché pertinent ;
3. Délimitation du progrès économique éventuel de l'opération susceptible de compenser le préjudice subi ;

d'un point de vue du produit ainsi que d'un point de vue géographique, revêt une importance significative, surtout car il s'agit de la condition préalable nécessaire au calcul des parts de marché. À titre d'exemple, dans un avis concernant la concentration entre Honoris Holding Limited et Esprit SA, le Conseil a fait une distinction entre le marché de l'enseignement supérieur privé et celui de l'enseignement supérieur public en raison de la différence importante des frais d'inscription aux cours de formation continue⁶⁷. Sur la base de cette définition du marché, le Conseil a estimé que, suite à la concentration, Honoris Holding Limited aurait détenu 33% du marché, doublant ainsi ses parts de marché dans l'enseignement supérieur privé pour atteindre une position dominante dans les segments des classes préparatoires et des formations destinées aux ingénieurs.

Une fois le(s) marché(s) pertinent défini(s), il prend en compte le degré de concentration sur ces marchés afin de vérifier si la concentration peut porter atteinte à la concurrence, notamment d'un point de vue structurel.

L'analyse concurrentielle menée par le Conseil de la concurrence et la DGCEE vise en effet à déterminer si l'opération de concentration est de nature à créer ou renforcer une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de ce marché. Si tel est le cas, les organes de concurrence doivent apprécier si la concentration apporte au progrès technique ou économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et ils doivent aussi prendre en compte la nécessité de consolider ou de préserver la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale.

Conformément au texte de la loi No. 2015-36 et comme confirmé par les parties prenantes, il s'agit donc d'un test fondé sur la création ou le renforcement d'une position dominante, assorti de considérations d'intérêt public, à savoir une analyse des bienfaits de l'opération en termes de progrès technique ou économique qui soit en mesure de compenser les atteintes à la concurrence ou une analyse de la nécessité de la concentration pour des raisons de politique industrielle.

-
4. Possibilité d'émettre des amendements au projet de concentration dans le but de rétablir l'équilibre du marché.

⁶⁷ Avis du Conseil de la Concurrence No. 202744 du 18 août 2020.

Concernant le test délimitant l'analyse concurrentielle, la grande majorité des juridictions adoptent un test basé sur la diminution substantielle de la concurrence (*substantial lessening of competition* ou *SLC test*). Comme il a été noté lors de la Table Ronde de l'OCDE sur les normes d'examen des fusions, qui a eu lieu en 2009,

nombre de spécialistes ont plaidé pour une modification des textes législatifs et réglementaires relatifs aux fusions en vue d'adopter un critère plus souple comme le critère de SLC, qui permettrait de couvrir sans aucun doute tous les effets anticoncurrentiels possibles des fusions. Au fil des années, un certain nombre de juridictions ont changé de critère juridique d'examen des fusions et sont passées du critère de position dominante au critère de SLC ou à des critères équivalents⁶⁸.

Un test fondé sur la diminution substantielle de la concurrence permettrait de prendre en compte les effets d'une concentration sur le marché ainsi que la détérioration de la concurrence entre entreprises plutôt que de se baser uniquement sur les questions structurelles telles que l'analyse des parts de marché sur laquelle s'appuie en grande partie un test de dominance. Ce test de diminution substantielle de la concurrence enracinerait dans la lettre de la loi l'obligation de prendre en compte les effets anticoncurrentiels d'une concentration, alors même que celle-ci ne crée pas de position dominante. Il permettrait aussi de considérer des effets autres que ceux unilatéraux, en prenant en compte la probabilité qu'il y ait des effets de coordination et des effets congloméraux.

En revanche, en suivant le test prévu par la loi tunisienne, dans certains avis, 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 avis concernant la concentration entre Total et le Groupe SAFT SA, le Conseil observe que, en l'absence de chevauchement horizontal entre les parties sur le marché local tunisien, le projet de concentration

⁶⁸ Voir la note de Synthèse de la Table Ronde du Comité de la Concurrence sur la norme d'examen des fusions (2009).

n'amène pas au renforcement d'une position dominante et, *par conséquent*, avise le ministre du commerce de donner son autorisation⁶⁹.

Néanmoins, le cas échéant, le Conseil de la concurrence prend aussi en compte les effets verticaux ou congloméraux ainsi que les risques d'effets de coordination provoqués par l'opération, par exemple lorsque les parties créent une entreprise commune susceptible de donner lieu à des risques de coordination entre les sociétés mères. À titre d'exemple, dans la concentration entre Sidel Participation SAS et le consortium français Holcom SAS, propriétaire de la branche COMEP spécialisée dans la fabrication de moules pour le moulage de bouteilles triple polyéthylène, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas d'effets horizontaux significatifs, étant donné que la transaction n'entraînait pas la disparition de l'une des deux sociétés et que chacune poursuivrait ses activités de manière indépendante⁷⁰. En revanche, le Conseil a analysé les effets verticaux de la transaction, compte tenu du fait que COMEP était le principal fournisseur de produits entrants pour la production de bouteilles en PET. De manière similaire, dans son avis concernant la vente du complexe conteneurisé de Dr Oetker Group au transporteur Maersk (Sealand), le Conseil a analysé les potentiels effets congloméraux susceptibles de restreindre la concurrence à travers le verrouillage d'un ou plusieurs marchés interconnectés ou en entravant l'entrée de nouveaux concurrents⁷¹.

S'agissant d'une analyse prospective, le Conseil mène un examen de fond en tenant compte d'un scénario contrefactuel adéquat et plausible, tel qu'il existe au moment du contrôle mais tenant compte des évolutions envisageables.

Lors de la table ronde de 2011 sur les preuves économiques dans l'analyse des fusions, le Groupe de Travail No. 3 sur la coopération et l'application de la loi a souligné comme les preuves économiques peuvent jouer un rôle important dans l'appréciation des fusions et a conclu que

⁶⁹ Avis 162610 du 13 octobre 2016 concernant le projet de concentration économique entre Total et le Groupe SAFT SA.

⁷⁰ Voir avis du Conseil de la Concurrence No. 192726 du 17 octobre 2019 concernant la concentration entre le complexe suisse mondial "Sidel Participation SAS" et le consortium français "Holcom SAS", propriétaire de COMEP.

⁷¹ Voir avis du Conseil de la Concurrence No. 172645 du 20 septembre 2017 concernant la vente du complexe conteneurisé de Dr Oetker Group au transporteur Maersk (Sealand).

Les preuves économiques doivent reposer sur une théorie économique claire, et être transparentes, reproductibles et intuitives pour permettre aux non-économistes de comprendre pleinement l'analyse connexe. Afin d'aider les entreprises impliquées dans une affaire de concurrence à respecter ce principe, un certain nombre d'autorités de la concurrence ont établi des lignes directrices sur les pratiques optimales en matière de présentation des preuves économiques dans les affaires de fusion. (OCDE, 2011)

En revanche, comme évoqué aussi par certaines parties prenantes, le Conseil fonde ses avis sur une analyse juridique et de respect des textes législatifs plutôt que sur une analyse économique des effets de la concentration, laquelle se limite généralement à la définition des parts de marché et aux effets de la concentration sur les structures de marché. Cela est aussi dû aux ressources humaines du Conseil, lequel compte sur une prédominance de juristes (13) sur les économistes (7), avec un pourcentage relativement important du personnel étant non-spécialiste dans le domaine de la concurrence et non-affecté aux activités d'application des règles de concurrence. De plus, comme noté dans la section 1.5.2 ci-dessus, il n'y a pas d'économiste en chef pour fournir des informations économiques et coordonner l'approche économique du Conseil.

Autres considérations dans le contrôle des concentrations

Ces considérations strictement liées à la concurrence doivent être mises en balance avec d'autres considérations prévues par la loi No. 2015-36.

Premièrement, en vertu de l'article 12, premier alinéa, lorsque le Conseil estime que l'opération porte atteinte à une concurrence effective, il doit mener un bilan avec les considérations concurrentielles susmentionnées et vérifier si la concentration apporte au progrès technique ou économique une contribution suffisante pour compenser lesdites atteintes à la concurrence. La décision finale sur cette mise en balance est ensuite adoptée par le Ministre du commerce.

Le concept de progrès technique ou économique n'est toutefois pas précisément défini dans la loi et peut faire l'objet d'une interprétation assez flexible. À titre d'exemple, dans son avis concernant la concentration entre ABB Verwaltungs LTD et General Electric (GE), le Conseil a pris en compte les avantages économiques découlant de la transaction, tels que l'amélioration des capacités d'innovation, le renforcement des moyens de recherche et développement, le renforcement de la compétitivité des entreprises nationales et la réduction des coûts pour l'entreprise acquéreuse avec une incidence positive sur l'efficacité et

la compétitivité de son offre de produits électriques de basse tension, tant en termes de qualité que de prix⁷².

Deuxièmement, conformément à l'article 12, deuxième alinéa, le Conseil doit prendre en considération « la nécessité de la consolidation ou de la préservation de la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale. » Cette disposition introduit dans le contrôle des concentrations des considérations allant au-delà des objectifs économiques fondamentaux de la concurrence afin de prendre en compte des objectifs de politique industrielle tel que la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale, la protection de l'industrie nationale et la préservation d'un champion national. Ces considérations entrent souvent en jeu dans l'analyse concurrentielle et jouent un rôle significatif dans la décision finale. À titre d'exemple, dans une affaire concernant l'acquisition de 60% du capital de la société Al Rayan par la société Lesaffre Yeast, le Conseil de la concurrence a pris en compte l'impact positif sur l'entreprise tunisienne découlant de l'acquisition de nouvelles technologies de fabrication et de commercialisation et de l'engagement pris par la société acquéreuse de mener des sessions de formation continue au profit des boulangers tunisiens, ce qui leur permettrait de renforcer leurs capacités d'exportation⁷³. De même, dans son avis concernant la concentration entre la société Tec MMP, la société MM Packaging Tunisie et la Société Tunisienne d'Emballages Modernes, le Conseil semble accorder un poids non négligeable à l'impact positif de la transaction sur le développement d'un produit national avec en conséquence la réduction de la dépendance vis-à-vis des exportations ainsi que la promotion des investissements, la création d'emplois et la contribution à la formation professionnelle des employés locaux⁷⁴.

⁷² Avis du Conseil de la Concurrence No. 172655 du 21 décembre 2017 concernant l'acquisition d'actions et d'actifs dans General Electric (GE) par ABB Verwaltungs LTD.

⁷³ Avis du Conseil de la Concurrence No. 182662 du 15 janvier 2018 concernant l'acquisition de 60% du capital de la société Al Rayan par la société Lesaffre Yeast.

⁷⁴ Voir avis du Conseil de la Concurrence No. 162598 du 30 juin 2016 concernant le projet de concentration entre la société Tec MMP, la société MM Packaging Tunisie et la Société Tunisienne d'Emballages Modernes, dans lequel le Conseil observe que la concentration profite à la promotion des investissements, à la création d'emplois, à l'encouragement et aux contributions à la formation professionnelle et au développement de la qualité des produits.

Même s'il n'y a pas de consensus au sein des pays membres de l'OCDE concernant l'introduction de ces considérations dans le test normalement appliqué par les organes de concurrence lorsqu'ils analysent des projets de concentrations, il ressort de la discussion tenue en 2016 à l'occasion de la table ronde de l'OCDE sur les considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations que :

Les autorités chargées de la concurrence préfèrent en général se concentrer sur les objectifs économiques fondamentaux de la concurrence et ne pas avoir à tenir compte de considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations.

Lors de cette discussion, il a été à juste titre souligné à quel point :

La prise en compte de considérations d'intérêt public risque d'avoir pour corollaire : a) un manque de prévisibilité et de sécurité juridique, b) une complexité accrue, c) des interrogations sur le point de savoir si les problèmes liés à l'intérêt public sont spécifiques à l'opération de concentration en cause.

De surcroît, les dispositions tunisiennes concernant la prise en compte de la compétitivité des entreprises nationales face à la concurrence internationale semblent contraires aux principes établis dans plusieurs recommandations de l'OCDE. En particulier, dans la Recommandation sur le contrôle des fusions, l'OCDE recommande que :

Les lois relatives aux fusions doivent traiter les entreprises étrangères de façon non moins favorable que les entreprises nationales dans des circonstances analogues.

Dans la Recommandation du Conseil relative à la coopération entre pays membres dans les domaines de conflit potentiel entre politique de la concurrence et politique commerciale, considérant que :

l'application efficace de la politique de la concurrence joue un rôle essentiel pour le développement des échanges internationaux car elle assure un fonctionnement dynamique des marchés à l'échelon national et favorise la diminution ou la réduction des obstacles à l'accès rencontrés par les importations étrangères

l'OCDE recommande aux gouvernements de ne :

pas non plus encourager d'autres pratiques commerciales restrictives sur leurs marchés d'exportation ou d'importation, par exemple des dispositifs de limitation

des exportations et des ententes à l'importation qui restreignent la concurrence sur ces marchés.

2.3.5. Les régimes spéciaux

Si, conformément au régime général en matière de concentration, la compétence horizontale en matière de contrôle revient au ministère chargé du commerce avec un pouvoir consultatif du Conseil de la Concurrence, des lois spécifiques y dérogent en prévoyant un régime spécial dans les secteurs des assurances, de la microfinance, des banques et de l'audiovisuel.

Secteur des assurances

Dans le secteur des **assurances**, l'article 62 du Code des assurances donne au ministre des Finances le pouvoir d'approuver le transfert total ou partiel, par des entreprises d'assurances, de leur portefeuille de contrats, avec ses droits ou obligations, à une ou plusieurs autres entreprises d'assurances agréées. Cette compétence s'étend aussi aux fusions ou absorptions d'entreprises d'assurances ainsi que, en vertu de l'article 92 du Code des assurances, à tout accord conclu par des entreprises d'assurances ou de réassurances soumises aux dispositions du code, y compris les accords en matière de concurrence. Conformément à l'article 92, deuxième alinéa, ces accords doivent être notifiés au ministre chargé des finances et ne peuvent être mis en application que si le ministre n'y a pas fait opposition dans un délai de deux mois à compter de la date de leur notification.

La loi No. 2008-8 du 13 février 2008 complétant le Code des assurances a créé un Comité général des assurances (CGA), un organe relevant du ministère des Finances, doté de la personnalité morale et jouissant d'une autonomie financière pour mener ses fonctions d'organe régulateur⁷⁵. Parmi ses fonctions, le CGA est

⁷⁵ Le CGA a pour missions: 1) le contrôle des entreprises d'assurances et de réassurance et des professions liées au secteur des assurances et du suivi de leurs activités ; 2) la veille à la protection des droits des assurés et des bénéficiaires des contrats d'assurances ; 3) l'étude des questions d'ordre législatif, réglementaire et organisationnel se rapportant aux opérations d'assurance et de réassurance ; 4) l'étude des questions d'ordre technique et économique se rapportant au développement du secteur. Lors des discussions avec les parties prenantes, il a été clarifié que la CGA garde aussi un droit de regard sur le sort des accords conclus entre les entreprises d'assurances et les entreprises de réassurances en matière de tarifs et de conditions générales de contrats d'assurances.

en droit d'échanger des informations avec les organes chargés de la concurrence dans le cadre de leurs missions respectives.

Ce contrôle par le ministre des Finances remplace complètement le contrôle horizontal normalement assuré par le ministre chargé du commerce dans le contrôle des concentrations. Par conséquent, comme confirmé lors des discussions avec plusieurs parties prenantes, les entreprises ne sont soumises à aucune obligation de notification d'un projet de concentration économique devant le ministre chargé du commerce, comme prévu par l'article 7 de la loi No. 2015-36. Au moment de la rédaction de ce rapport, cela n'a pas été confirmé par la pratique car il n'y a pas encore eu de concentrations soumises au contrôle du ministre des Finances dans le secteur des assurances. Néanmoins, en dépit de l'absence d'une obligation juridique *stricto sensu* ou d'un accord formel de coopération, les dispositions concernant la possibilité du CGA d'échanger des informations avec les organes chargés de la concurrence dans le cadre de leurs missions respectives lui permettraient de solliciter l'avis du Conseil de la Concurrence.

Secteur de la microfinance

Les institutions de microfinance, comme définies par l'article 1 du décret-loi No. 2011-117 du 5 novembre 2011 portant organisation de l'activité des institutions de microfinance, sont soumises à un régime spécial lors des opérations de fusions et acquisitions.

L'article 25 du décret-loi No. 211-117 dispose que deux ou plusieurs entreprises de microfinance peuvent fusionner et former une nouvelle institution de microfinance à condition d'obtenir l'agrément du ministre des Finances après avis de l'autorité de contrôle de la microfinance⁷⁶.

⁷⁶ Cette autorité indépendante a été créée par l'article 43 du décret-loi No. 2011-117. Elle est chargée 1) d'instruire les dossiers d'agrément des institutions de micro finance et d'émettre un avis à leurs propos ; 2) d'informer les institutions de microfinance des décisions d'autorisation prises par le ministre des finances ; 3) de contrôler sur pièces et sur place les institutions de micro finance, leurs unions et les associations qui ont procédé à la filialisation de leur activité ; 4) de désigner un administrateur provisoire pour l'institution de micro finance selon des conditions fixées par arrêté du ministre des finances ; 5) de prononcer des sanctions administratives, à l'exception du retrait d'agrément, en cas de violation des dispositions du décret-loi No. 2011-117 et de ses textes d'application ; 6) de

Comme pour le secteur des assurances, l'article 14 du décret-loi No. 211-117 dispose que toute opération de fusion entre institutions de microfinance et « *toute acquisition, directe ou indirecte, par une ou plusieurs personnes, de parts du capital d'une institution de microfinance susceptible d'entraîner le contrôle de celle-ci et dans tous les cas toute opération dont il résulte l'acquisition du dixième, du cinquième, du tiers et de la moitié ou des deux tiers des droits de vote* » sont soumises à l'obtention de l'agrément accordé par le ministre des finances sur rapport de l'autorité de contrôle de la microfinance.

Secteur bancaire

En ce qui concerne le secteur **bancaire**, le pouvoir d'approuver les concentrations revient à la Commission d'agrément sur la base d'un rapport rédigé par la Banque centrale de Tunisie (BCT)⁷⁷.

L'article 34 précise que la nécessité d'agrément préalable s'applique à toute « acquisition, directe ou indirecte, de parts du capital d'une banque ou d'un établissement financier ou des droits de vote par une personne ou un groupe de personnes liées par une action de concert explicite ou appartenant à un même groupe, au sens du code des sociétés commerciales, susceptible d'entraîner le contrôle de la banque ou de l'établissement financier et, dans tous les cas, toute opération dont il résulte l'acquisition du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers des droits de vote. »

prononcer des pénalités, en cas de non-respect des dispositions du décret-loi No. 2011-117 et de ses textes d'application, payables au profit du trésor public. Leurs montants sont fixés par arrêté du ministre des finances ; 7) de proposer, avec justification, au ministre des finances le retrait de l'agrément des institutions de micro finance et de leurs unions ; 8) de mettre en place un système de centralisation des risques du secteur et de les communiquer aux institutions de micro finance à leur demande, elle peut à cette fin demander aux institutions de micro finance de lui fournir toutes les statistiques et informations lui permettant de suivre le développement de leurs activités. Elle peut également conclure des contrats de partenariat avec des autorités de contrôle similaires pour l'échange d'informations ; 9) d'émettre son avis au ministre des Finances sur la législation relative à la micro finance.

⁷⁷ 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.

La Commission d'agrément est composée du gouverneur de la Banque centrale de Tunisie⁷⁸ ou de son représentant (qui exercent les fonctions de président) ainsi que de quatre membres indépendants, reconnus pour leur intégrité et compétence dans le domaine financier, bancaire ou économique, nommées par le conseil d'administration de la BCT⁷⁹ pour une durée de trois années renouvelables une seule fois. Aucun représentant du Conseil de la concurrence ne siège donc à la Commission d'agrément.

À la lecture des dispositions de la loi No. 2016-48, suite aussi aux discussions avec les parties prenantes, il n'est pas clairement déterminé si le contrôle des concentrations par la Commission d'agrément après avis de la BCT remplace ou s'ajoute au contrôle des concentrations par le ministère du Commerce sur avis du Conseil de la concurrence. D'ailleurs, le ministère du commerce n'a jamais reçu de notifications d'opérations de concentrations dans le secteur bancaire (même pas à titre d'information) et le problème de la compétence ne s'est pas encore posé dans la pratique mais, comme souligné par certaines parties prenantes, pourrait surgir lors d'une concentration future dans le secteur bancaire.

D'un côté, l'article 27 de la loi No. 2016-48 énumère les critères sur la base desquels la Commission octroie son agrément préalable. Parmi ceux-ci, cette disposition inclut le programme d'activité présenté par le demandeur d'agrément

⁷⁸ Conformément à l'article 46 de la loi No. 2016-35 du 25 avril 2016 portant fixation du statut de la Banque Centrale de Tunisie, le gouverneur de la BCT est nommé conformément aux dispositions de l'article 78 de la constitution, à savoir par le président de la République sur proposition du chef du gouvernement et après approbation de la majorité absolue des membres présents à l'Assemblée des représentants du peuple. Il est mis fin à ses fonctions avant le terme de son mandat suivant la même procédure ou à la demande du tiers des membres de l'Assemblée des représentants du peuple et l'approbation de la majorité absolue des membres de l'Assemblée.

⁷⁹ Conformément à l'article 57 de la loi No. 2016-35 du 25 avril 2016 portant fixation du statut de la Banque Centrale de Tunisie, le Conseil d'administration de la BCT est composé du gouverneur (président), du vice-gouverneur, du président du conseil du marché financier, du cadre chargé de la gestion de la dette publique au ministère chargé des finances, du cadre chargé des prévisions au ministère chargé du développement économique, de deux professeurs universitaires spécialistes dans les domaines financier et économique (nommés par décret gouvernemental après délibération du conseil des ministres, sur proposition du gouverneur et après avis du ministre chargé de l'enseignement supérieur), de deux membres ayant précédemment exercé des fonctions dans une banque, et justifiant d'une expérience d'au moins 10 ans dans le domaine bancaire ou financier.

(devant montrer le plan d'affaires et le modèle économique de la banque), la qualité des actionnaires directs et indirects, l'adéquation des moyens financier, humains et logistiques (y compris le montant du capital et les fonds propres à affecter au programme d'activité), l'expérience et la compétence des dirigeants et le dispositif de gouvernance ainsi que la structure organisationnelle et administrative et les politiques et procédures pour la gestion des risques et la conformité. Étant donnée la nature éminemment prudentielle de ce contrôle, ces critères ne supposent pas d'analyse de la structure de la concurrence du marché concerné. Par conséquent, dans la mesure où ces règles prudentielles sont respectées, il est théoriquement et juridiquement possible que la Commission d'agrément approuve des accords de fusions pouvant donner lieu à des problèmes de concurrence. Par ailleurs, l'absence de tout accord formel de coopération rend probable le risque de décisions contradictoires voire le risque que les conditions imposées dans une décision se reflètent négativement sur les intérêts protégés par la décision d'une autre autorité.

D'un autre côté, compte tenu de la nature dérogatoire de la loi No. 2006-48 par rapport à la loi 2015-36 et du fait que l'analyse menée par la Commission d'agrément ne comprenne pas de critères concurrentiels, il est légitime de s'interroger sur le point de savoir si les aspects de concurrence relèvent donc de la compétence horizontale et générale du ministre chargé du commerce après avis du Conseil de la Concurrence. Il convient aussi de noter que la loi No. 2015-36 n'exclue pas formellement les concentrations de banques ou d'établissements financiers de son champ d'application, y compris de l'obligation de notification au ministre du commerce en vertu de l'article 7. Celle-ci semble être l'interprétation fournie par le Conseil de la concurrence qui a estimé, dans son avis No. 52109 du 24 novembre 2005, que le contrôle des opérations de concentrations par le ministre du commerce avec avis consultatif du Conseil peut se superposer au contrôle des mêmes opérations par la Banque Centrale de Tunisie. Cependant, en l'absence à l'heure actuelle d'accords de coopération ainsi que de dispositions claires sur le partage de compétences relatives aux aspects de contrôle prudentiel et de concurrence, cette superposition pourrait conduire à des conflits voire des difficultés d'application, par exemple lorsque les deux contrôles aboutissent à des décisions incompatibles.

Enfin, certains acteurs ont confirmé la plausibilité d'une interprétation selon laquelle la Commission d'agrément devrait demander l'avis du Ministère du Commerce et du Conseil de la concurrence concernant les aspects de droit de la concurrence avant d'adopter toute décision. Il n'est pas certain, cependant, que de ces avis auraient une portée contraignante vis-à-vis la Commission d'agrément. Par ailleurs, cette possibilité n'est pas explicitement prévue par la loi 2016-48, dont l'art. 29 dispose seulement que la BCT peut demander des renseignements « auprès des autorités judiciaires et de la commission tunisienne

des analyses financières ainsi qu'auprès des autorités de régulation financière nationales ou étrangères » sous certaines conditions.

Secteur de l'audiovisuel

Enfin, en ce qui concerne le secteur de l'**audiovisuel**, l'article 15 du décret-loi No. 2011-116 du 2 novembre 2011 prévoit que la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle (HAICA) veille à « *l'empêchement de la concentration dans la propriété dans les médias audiovisuels et l'instauration de la concurrence loyale dans le secteur.* » Lors des discussions avec les parties prenantes, il a été confirmé que, dans la pratique, il s'agit d'une interdiction presque absolue de rachat.

Dans son avis n°202750 du 23 octobre 2020 au sujet du nouveau projet de loi relatif à la liberté de la communication audiovisuelle, le Conseil de la concurrence a proposé de supprimer l'interdiction de la concentration dans la propriété dans les médias audiovisuels et de s'inspirer d'expériences comparées pour adopter des critères et des seuils propres au secteur de manière à respecter les principes de pluralisme d'un côté et de libre circulation des capitaux de l'autre.

2.4. Le pouvoir judiciaire

Le pouvoir judiciaire joue deux rôles clés dans la politique de concurrence en Tunisie : il offre des voies de recours contre les décisions rendues par les deux autorités de concurrence et traite les actions en réparation.

2.4.1. Les voies de recours contre les décisions administratives

Les décisions administratives du Conseil de la concurrence sont susceptibles d'appel devant le Tribunal administratif, plus précisément devants ses organes d'appel et de cassation. Ainsi, les chambres de première instance du Tribunal administratif ne traite pas les recours déposés contre les décisions du Conseil de la Concurrence⁸⁰.

⁸⁰ Comme déjà évoqué dans ce rapport, c'est le Commissaire-Général du gouvernement (généralement le Directeur-Général de la DGCEE) qui représente à la fois le Ministère et le Conseil de la Concurrence auprès du pouvoir judiciaire lors d'un appel devant le Tribunal Administratif. Il est à noter qu'il peut avoir des recours pénaux également car l'Article 45

Il s'agit d'un signe supplémentaire de l'évolution du Conseil de la concurrence en tant qu'organe juridictionnel. La loi sur la concurrence, dans sa première rédaction, en 1995, indiquait que les décisions du Conseil de la concurrence, revêtues de la force exécutoire, étaient susceptibles d'un pourvoi en cassation devant le tribunal administratif. À partir de 2003, conformément à la loi n°72-40 du 1^{er} juin 1972 relative au tribunal administratif, l'article 21 de la loi de 1991 indique que les décisions rendues par le Conseil de la concurrence sont désormais susceptibles d'appel devant le Tribunal administratif. Le cas échéant, le Conseil peut toutefois ordonner l'exécution provisoire de ses décisions. Transposée dans son article 28, la loi du 15 septembre 2015 ajoute que « *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* ».

Parmi les actes qui peuvent être attaqués devant le Tribunal administratif, on retrouve les décisions du Conseil de la Concurrence, les décisions du ministre du Commerce relatives au contrôle des concentrations, les décisions prises par le ministre du Commerce en application de l'Article 6 de la loi sur la concurrence (les exemptions), et les décisions prises par le ministre du Commerce en application de l'Article 4 (les mesures temporaires motivées par une situation de crise ou de calamité, par des circonstances exceptionnelles ou par une situation de marché manifestement anormale dans un secteur déterminé).

Le Tribunal administratif peut rejuger partiellement ou intégralement l'affaire, soit pour réformer soit pour annuler la décision rendue antérieurement.⁸¹ Alors que le Tribunal administratif confirme souvent les décisions des autorités de concurrence, certaines ont été réformées afin de réduire le montant des amendes imposées par le Conseil de la concurrence.

Les appels ont un effet suspensif sur les décisions du Conseil de la concurrence, ce qui incite les parties condamnées à user de cette voie de recours. L'instauration d'un appel dénué d'effet suspensif pourrait accroître l'efficacité des décisions du Conseil de la concurrence et par conséquent renforcer la politique de concurrence en Tunisie. L'instauration des astreintes irait dans le même sens. Ceci dit, l'efficacité de l'Article 28 de la loi n° 2015-36 qui prévoit que « *le Conseil*

de la loi tunisienne prévoit la possibilité d'emprisonnement allant de seize jours à une année à toutes personnes physiques qui auront pris une part déterminante dans la violation des interdictions édictées par l'Article 5 de la même loi.

⁸¹ Les exemples suivants illustrent cette possibilité dans la pratique : les arrêts du Tribunal administratif dans les affaires n° 2488 du 13 décembre 2006, n° 26049 du 20 février 2010, et n° 29475 du 20 janvier 2014.

de la concurrence peut, le cas échéant, ordonner l'exécution provisoire de ces décisions » n'est pas tout à fait avérée.

La durée moyenne d'une action devant le Tribunal administratif, incluant l'appel et la cassation, va de 5 à 10 ans. Le tableau ci-dessous montre le nombre de décisions du Conseil de la concurrence qui ont fait l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif au cours des 5 dernières années :

Tableau 2.5. Appels devant le Tribunal administratif (2016-2020)

Année	Nombre de décisions	Nombre de recours	Délai moyen par jours
2016	35	8	542
2017	26	3	682
2018	52	15	576
2019	45	14	634
2020	35	6	-

Source : Conseil de la Concurrence

En dépit du délai d'un an prévu par l'article 28, alinéa 3, de la loi No. 2015-36, plusieurs raisons peuvent expliquer la lenteur des recours à l'encontre des décisions prises par le Conseil de la concurrence. Parmi elles, on pourrait s'interroger sur l'absence de spécialisation des juges administratifs en matière de concurrence, entre autres.

2.4.2. Les actions privées en réparation

Les victimes d'une pratique anticoncurrentielle peuvent demander des réparations en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire en Tunisie. Plus précisément, cela se fait devant un juge civil au sein de l'ordre judiciaire. Une décision de condamnation de la part du Conseil de la concurrence ne constitue pas un prérequis pour déposer une demande civile, mais il semble en pratique plutôt préférable de s'appuyer sur une telle décision pour supporter l'action en réparation civile.

Les actions en réparation n'entrent cependant pas dans le champ de compétence des autorités de concurrence. Pour cette raison, ni le Conseil de la concurrence ni la DGCEE n'ont voix au chapitre dans le cadre de ces demandes privées. Le nombre de ces actions reste donc inconnu par ces autorités. En tout état de cause, étant donné le nombre réduit de condamnations qui ont été prononcées

au cours des dernières années, surtout en matière d'ententes, la possibilité d'agir devant le juge civil semble plutôt appartenir à l'avenir, celle-ci étant normalement liée au succès d'une politique effective de lutte contre les cartels et à l'existence d'un programme de clémence actif. Certains évoquent aussi un manque de culture de concurrence et le fait que le droit de la concurrence est récent en Tunisie comme raisons pour un faible nombre d'actions privées en réparation (Madani, Le Juge et la Concurrence, 2021).

En ce qui concerne l'accès aux informations, les parties privées peuvent avoir accès aux dossiers des autorités de concurrence afin d'obtenir des informations sur leur demande. Une législation spéciale a d'ailleurs été adoptée en 2016 : la loi organique n° 2016-22 du 24 mars 2016 relative au droit d'accès à l'information. Selon l'article 9 : « *Toute personne physique ou morale peut présenter une demande écrite d'accès à l'information conformément à un modèle préétabli, mis à la disposition du public par l'organisme concerné ou sur papier libre contenant les mentions obligatoires prévues aux articles 10 et 12 de la présente loi* ». Le secret des affaires reste protégé par la législation.

Chapitre 3. La promotion de la concurrence et la coopération institutionnelle

Ce chapitre examine la promotion de la concurrence par les organes de la concurrence en Tunisie, ainsi que les questions afférentes à la coopération institutionnelle entre ceux-ci et d'autres organismes – tels que les organisations de protection du consommateur à l'échelle nationale, la Commission du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) à l'échelle régionale, et le réseau international pour la concurrence (ICN) à l'échelle globale.

3.1. La promotion de la concurrence

La promotion de la concurrence revêt une importance particulière dans les pays en voie de développement où les politiques publiques et les réglementations sont soumises à d'importantes révisions. Le rôle des organes de concurrence lors des révisions de ces réglementations est primordial car il assure la prise en compte des principes d'une concurrence efficace. Cependant cela demande que ces organes aient les pouvoirs nécessaires à cette fin. Cette section examine les outils à disposition du Conseil de la concurrence et de la DGCEE afin d'assurer leur tâche de promotion de la concurrence, dans le secteur public ainsi que dans le secteur privé.

Conformément à l'article 14, alinéa 4, de la loi 2015-36, les services compétents du ministère du Commerce coopèrent avec le Conseil de la concurrence pour « la mise en œuvre des programmes et plans de sensibilisation et de promotion de la culture de la concurrence ».

Comme expliqué dans la section 3.1.1 ci-dessous, le ministère du Commerce, véritable pivot en charge de recevoir les différentes requêtes d'avis en provenance d'autres ministères ainsi que destinataire de l'avis émis par le Conseil de la concurrence, joue un rôle clef dans la procédure de consultation du Conseil sur les textes législatifs et réglementaires.

D'un côté, l'article 29 du décret No. 2001-2966 du 20 décembre 2001 fixant les attributions du ministère du Commerce donne à la DGCEE plusieurs fonctions en matière de promotion de la concurrence, telles que la vulgarisation de la réglementation au profit des opérateurs pour contribuer au développement de la culture de la concurrence et le développement d'études et de recherches dans le domaine de l'économie appliquée et du droit de la concurrence. Par ailleurs, lors des Conseils des ministres, le ministre du Commerce se fait le porte-parole des observations formulées par la DGCEE sur les questions susceptibles d'avoir un impact sur la politique de concurrence.

Le site internet du ministère du Commerce est essentiel afin d'assurer la transparence de ses actions ainsi que pour augmenter l'impact et la visibilité de son travail en matière de promotion de la concurrence. Entre le 1^{er} juillet et le 29 décembre 2020, le site du ministère du commerce a reçu 116 466 visites. Il semblerait cependant que plusieurs sections du site internet ne sont guère disponibles ou ne sont pas mises à jour. À titre d'exemple, les décisions en matière de concentrations économiques adoptées en vertu de l'article 7, deuxième alinéa de la loi 2015-36 ne sont pas promptement publiées sur le site internet.⁸² En outre, bien que le site comprenne une section avec les règles en matière de concurrence, il s'agit souvent d'informations datant de l'époque antérieure aux dernières réformes de 2015-2016.

De l'autre côté, le Conseil de la concurrence joue aussi un rôle clef dans la promotion de la concurrence en Tunisie, par exemple à travers son rôle consultatif sur les textes législatifs et réglementaires (sections 3.1.1 ci-dessous et 3.1.2 ci-dessous) ou les activités de formation ou les événements de sensibilisation aux enjeux du droit de la concurrence.

⁸² Comme noté dans la section 2.3.1, l'article 14, dernier alinéa, de la loi No. 2015-36 prévoit une obligation de publication des avis du Conseil de la concurrence. L'article 10, alinéa 2, de la loi No. 2015-36 prévoit une obligation de publication des décisions (ou d'un extrait) du ministère du commerce en matière de concentrations.

Il existe enfin plusieurs instruments de promotion de la concurrence à disposition des organes chargés de la concurrence. Les sous-sections ci-dessous présentent les principaux outils de la politique de la concurrence en Tunisie.

3.1.1. Les avis sur les textes législatifs et réglementaires

L'article 9 de la loi du 29 juillet 1991 disposait dans sa première version que l'avis de la commission de la concurrence⁸³ pouvait être requis par le ministre chargé de l'économie sur tout projet de texte législatif et réglementaire afférent au domaine de la concurrence.

Aujourd'hui, l'article 11 de la loi No. 2015-36 donne au Conseil de la concurrence un rôle consultatif concernant certains textes législatifs et réglementaires. Cette disposition prévoit que, lorsque des projets de textes législatifs et réglementaires⁸⁴ « tendant de manière directe à imposer des conditions particulières pour l'exercice d'une activité économique ou d'une profession » ou visant à « établir des restrictions pouvant entraver l'accès à un marché donné » sont présentés ou discutés, le Conseil de la concurrence doit être obligatoirement consulté. Dès lors, le Conseil doit être entendu de manière systématique sur les projets de textes législatifs relatifs au droit de la concurrence.

Sont réputés être des textes législatifs et réglementaires les projets de lois, de décrets gouvernementaux, d'arrêtés et de cahiers des charges.

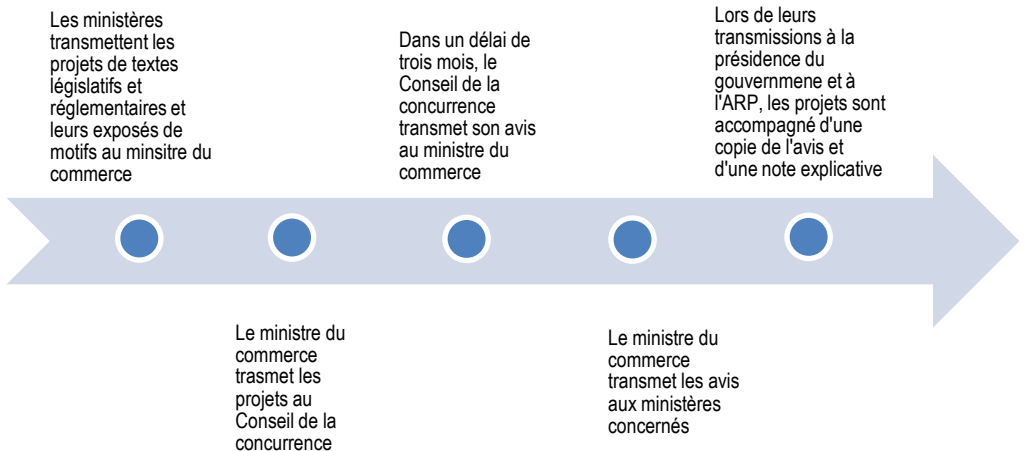
Conformément à l'article 11, alinéa 5, les procédures et les modalités de cette consultation ont été fixées par le décret gouvernemental No. 2016-1148 du 19 août 2016, portant fixation des procédures et des modalités de la consultation

⁸³ La Commission de la concurrence est le prédécesseur du Conseil de la concurrence. Comme il a été noté dans la Section 1.3.1, l'article 9 de la loi de 1991 instituait une commission spéciale dénommée commission de la concurrence appelée à connaître des requêtes afférentes aux pratiques anticoncurrentielles et dont l'avis pouvait être requis par le Ministre chargé de l'économie sur tout projet de texte législatif et réglementaire afférent au domaine de la concurrence. C'est avec la loi 95-42 du 24 avril 1995 que l'organe prend le nom de Conseil de la concurrence.

⁸⁴ La loi sur la concurrence précédente ne prévoyait un rôle consultatif que pour les textes réglementaires. La loi 2015-36 a élargi cette consultation aux textes législatifs.

obligatoire du Conseil de la concurrence sur les projets de textes législatifs et réglementaires⁸⁵. Le Graphique 3.1 donne un aperçu des principales étapes de cette procédure.

Graphique 3.1. Les étapes de la procédure de consultation obligatoire du Conseil de la Concurrence



Source : élaboré par le Secrétariat de l'OCDE.

Les ministères doivent transmettre au ministre du commerce tout projet de texte législatif ou réglementaire visant à imposer des conditions quantitatives ou qualitatives à l'entrée sur un marché ou à l'exercice d'une activité économique ou d'une profession. Le dossier doit aussi comprendre les exposés des motifs d'adoption du texte en question.

Le ministre chargé du commerce saisit le Conseil de la concurrence au nom du gouvernement.

⁸⁵ L'article 6 de ce décret a abrogé les dispositions du décret No. 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.

Dans un délai de trois mois à compter de la réception du dossier complet, le Conseil de la concurrence transmet son avis au ministre du commerce. Ce délai est suspendu lorsque le Conseil de la concurrence demande des informations et/ou documents additionnels.

Une fois l'avis du Conseil reçu et lorsque les projets de textes législatifs sont transmis aux services de la présidence du gouvernement et à l'assemblée des représentants du peuple, ils doivent être accompagnés d'une copie de l'avis du Conseil de la concurrence ainsi que d'une note explicative comprenant les propositions du Conseil, le degré de leur prise en considération, les commentaires qu'elles suscitent et le cas échéant les raisons pour lesquelles ces propositions ne peuvent être prises en considération. *Mutatis mutandis*, cela est valable aussi lors de la transmission des projets de textes réglementaires aux services de la présidence du gouvernement⁸⁶. L'obligation de justifier un éventuel écart par rapport aux propositions du Conseil est importante car elle permet de trouver un équilibre entre, d'un côté, l'autonomie démocratique et réglementaire des organes élus tels que l'Assemblée des représentants du peuple et, de l'autre côté, la nécessité de prendre en compte les propositions de nature technique du Conseil de la concurrence.

⁸⁶ Dans le cas des projets de textes réglementaires, il doit être fait allusion aux propositions du Conseil de la concurrence dans les visas du texte du projet.

Tableau 3.1. Avis émis par le Conseil sur des textes législatifs et réglementaires portant sur les activités de services

Année	Nombre total de consultations du Conseil de la Concurrence	Consultation sur les textes législatifs et réglementaires
2016	37	2 projets de loi
		13 projets d'arrêtés gouvernementaux
		8 projets de décrets relatifs aux conditions d'exercice d'activités
		1 autre consultation
2017	42	2 projets de loi
		9 projets d'arrêtés gouvernementaux
		8 projets de décrets relatifs aux conditions d'exercice d'activités
2018	30	8 projets d'arrêtés gouvernementaux
		8 projets de décrets relatifs aux conditions d'exercice d'activités
2019	47	1 projet de loi
		22 projets d'arrêtés gouvernementaux
		10 projets de décrets relatifs aux conditions d'exercice d'activités
2020	23	1 projet de loi
		9 projets d'arrêtés gouvernementaux
		4 projets de décrets relatifs aux conditions d'exercice d'activités

Note : le nombre total d'avis émis par le Conseil de la concurrence comprend aussi les avis sur les concentrations, sur les exonérations ainsi que les avis faisant suite à une consultation facultative.

Source : Conseil de la concurrence

Ces avis concernent de nombreux secteurs. À titre d'exemple, en ce qui concerne les avis émis par le Conseil sur des projets de loi, ceux-ci portaient sur la libre concurrence, les produits industriels, les services logistiques, les engrais et les métaux précieux.

En revanche, s'il n'est guère consulté, le Conseil de la concurrence n'est pas en mesure de saisir *de sa propre initiative* le ministre du Commerce ou un autre ministre du gouvernement afin de soumettre ses propositions lorsque leurs initiatives, par exemples des cahiers de charges fixant les conditions d'exercice d'une activité économique, posent des entraves à la concurrence. Pourtant le pouvoir, dans le chef d'une autorité sectorielle, de proposer des mesures, y compris d'ordre juridique, sans qu'elle soit préalablement saisie, afin de garantir

le respect de certains principes énoncés dans les textes législatifs n'est pas méconnu en Tunisie. À titre d'exemple, la Haute Autorité Indépendante de la Communication (HAICA) a le pouvoir de « *proposer toutes les mesures et particulièrement les mesures d'ordre juridique, qui sont de nature à garantir le respect des principes énoncés dans la constitution et dans les textes législatifs et réglementaires qui s'y rattachent* » et de « *présenter des propositions relatives aux réformes à caractère législatif et réglementaire exigées par l'évolution technologique, économique, sociale et culturelle* »⁸⁷.

Le rôle consultatif du Conseil de la concurrence revêt une importance significative. Ce contrôle permet en effet, en partie, d'éviter que des lois ou règlements créent des entraves injustifiées au fonctionnement du marché. Les avis du Conseil permettent d'évaluer les projets de dispositions avant qu'ils n'entrent en vigueur afin de déterminer s'ils sont susceptibles de limiter indument la concurrence.

Par ailleurs, l'existence de ce dispositif de consultation semble être conforme aux bonnes pratiques internationales et aux principes établis par la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'évaluation d'impact sur la concurrence, qui prévoit que

L'évaluation d'impact sur la concurrence devrait être intégrée dans l'examen des politiques publiques de la manière la plus efficiente et efficace possible, compte tenu des contraintes tenant aux institutions et aux ressources disponibles.

Les organismes ou les agents responsables de la concurrence disposant d'une expertise en concurrence devraient être associés au processus d'évaluation d'impact sur la concurrence.

L'évaluation d'impact des politiques publiques envisagées sur la concurrence devrait être intégrée dans le processus de décision publique à un stade précoce.

En Tunisie, le champ d'application de l'article 11 de la loi 2015-36 concernant le rôle consultatif du Conseil de la concurrence semble être assez large pour inclure tout projet de loi ou règlement susceptible de poser des entraves au jeu de la concurrence. Ce principe de contrôle *ex ante* est aussi inscrit dans la Recommandation de l'OCDE sur l'évaluation d'impact sur la concurrence, laquelle

⁸⁷ Article 19 du décret-loi No. 2011-116 du 2 novembre 2011, relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle (HAICA).

prévoit que les politiques publiques devraient être soumises à une évaluation d'impact sur la concurrence en particulier

1. *Lorsqu'elles instaurent ou révisent un nouvel organisme ou régime de réglementation (l'évaluation peut, par exemple, vérifier, entre autres, que le nouvel organisme réglementaire est suffisamment indépendant du secteur soumis à la réglementation) ;*
2. *Lorsqu'elles instaurent un dispositif de réglementation des prix ou de l'entrée (l'évaluation peut, par exemple, s'assurer qu'il n'existe pas de modes d'intervention raisonnables qui soient moins anticoncurrentiels) ;*
3. *Lorsqu'elles restructurent des monopoles existants (l'évaluation peut, par exemple, s'assurer que les mesures de restructuration atteignent réellement leurs objectifs proconcurrentiels) ;*
4. *Lorsqu'elles instaurent des procédures concurrentielles (l'évaluation peut, par exemple, s'assurer que la procédure d'appel d'offres crée des incitations à opérer efficacement dans l'intérêt des consommateurs) ;*
5. *Lorsqu'elles établissent une exception au droit de la concurrence dans un but spécifié (l'évaluation peut, par exemple, s'assurer que toute exception est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs déclarés).*

Alors que le dispositif de contrôle en tant que tel est un instrument important pour éviter toute entrave à la concurrence posée par des dispositions législatives ou réglementaires, il semblerait toutefois que, lorsqu'il émet ses avis, le Conseil ne suit pas de méthodologie spécifique fondée sur des critères préétablis et transparents visant à identifier de potentielles restrictions à la concurrence dans les dispositions législatives et réglementaires⁸⁸. La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'évaluation d'impact sur la concurrence préconise à cet égard que :

Les gouvernements devraient mettre en place un processus approprié pour la révision des politiques publiques existantes ou envisagées qui restreignent

⁸⁸ Pour un exemple de méthodologie d'analyse de l'impact des dispositions législatives et réglementaires sur la concurrence, voir le Manuel pour l'évaluation de la concurrence mis au point par l'OCDE, <https://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>.

indûment la concurrence et élaborer des critères spécifiques et transparents pour l'évaluation de politiques de rechange adéquates.

Enfin, afin de promouvoir la prise en compte des considérations et recommandations soumises par différentes parties prenantes, à l'occasion de l'élaboration de projets de lois ou d'aménagement du cadre législatif et réglementaire, des concertations entre les différentes parties, à la fois du secteur public et privé, sont assurées sous forme de conseils nationaux sectoriels (par exemple, le conseil national du commerce, le conseil national de la consommation, le conseil de lutte contre la contrefaçon, le conseil national des services, le conseil national du commerce extérieur). Comme noté par les organes chargés de la concurrence, ces concertations sont aussi l'occasion de discuter des propositions du Conseil de la concurrence ainsi que de leur faisabilité à la lumière des objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur.

Néanmoins ces mécanismes visant à sauvegarder les prérogatives du Conseil de la concurrence et à assurer la cohérence des politiques publiques aux principes de concurrence n'ont pas atteint leurs objectifs. À maintes reprises, les avis du Conseil de la Concurrence n'ont pas été pris en compte et/ou ont été écartés. À titre d'exemple, dans l'avis No. 82209 du 13 mars 2008 concernant le transport de marchandises, le Conseil de la concurrence avait demandé d'abroger la condition selon laquelle les entreprises devaient disposer de six camions afin de pouvoir opérer. Le législateur a pourtant revu à la hausse cette condition et a finalement requis aux nouveaux entrants de disposer de 18 camions, ainsi allant à l'encontre de l'avis du Conseil.

3.1.2. Les avis sur demande de certaines autorités ou organisations

Le rôle consultatif du Conseil s'étend toutefois aussi au-delà de ce cas de figure de consultation obligatoire sur demande du ministre du Commerce.

Avant la loi sur la concurrence de 1991, seul le ministre chargé du commerce pouvait requérir l'avis du Conseil, et ce, généralement de façon optionnelle,

comme noté ci-dessus⁸⁹. La loi n°99-41 du 10 mai 1999 a élargi la demande de consultation auprès du Conseil. Elle a ajouté que :

« Les organisations professionnelles ou syndicales, les organismes ou groupements de consommateurs agréés, les chambres d'agriculture ou du commerce et d'industrie peuvent également requérir l'avis du Conseil par l'intermédiaire du ministre chargé du commerce sur les questions de concurrence dans les secteurs relevant de leur ressort ».

À noter toutefois que cet élargissement restait alors mesuré puisque ces nouveaux acteurs devaient toujours requérir l'avis du Conseil par l'intermédiaire du ministre. La loi n°2005-60 du 18 juillet 2005 a profondément modifié la fonction consultative du Conseil. Outre les cas de consultation obligatoire sur les textes législatifs et réglementaires analysés ci-dessus, s'agissant de la demande d'avis facultative, l'article 11 de la loi 2015-36 prévoit désormais que :

les commissions parlementaires, le ministre chargé du commerce et les autorités de régulation sectorielles peuvent consulter le Conseil de la Concurrence sur les questions afférentes au domaine de la concurrence.

Similairement :

les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs légalement établis et les chambres de commerce et d'industrie peuvent également requérir l'avis du conseil sur les questions de concurrence dans les secteurs relevant de leur ressort. Une copie de la demande de consultation ainsi que de l'avis du Conseil de la Concurrence y afférent sont obligatoirement notifiées au ministre chargé du commerce.

3.1.3. Les études de marché

Les études de marché sont un outil efficace pour aider les autorités de la concurrence à examiner les conditions concurrentielles prévalant dans un ou plusieurs secteurs. Si le terme « étude de marché » est couramment accepté, il

⁸⁹ Les seuls cas où le ministre devait obligatoirement prendre l'avis du Conseil depuis 1995, étaient les cas d'exemption prévus à l'article 5, s'agissant des contrats de concession et de représentation commerciale (cette mesure n'apparaît plus dans la loi de 2015) et à l'article 6, s'agissant des pratiques dont les auteurs justifient qu'elles ont pour effet un progrès technique ou économique et qu'elles procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

convient de noter qu'une étude de marché ne se limite pas nécessairement à un seul marché. Les études de marché visent souvent plusieurs marchés, ou types de comportements en vigueur sur plusieurs marchés.

L'article 14, alinéa 4, de la loi No. 2015-36 donne au Conseil de la concurrence, en partenariat avec les services compétents du ministère du Commerce, la tâche d'élaborer une base de données sur l'état des marchés, comprenant aussi les informations collectées à l'occasion des enquêtes et investigations susceptibles d'être échangées avec le reste des services de l'État. Pourtant cette base de données n'existe pas encore. Par ailleurs, conformément à l'article 62, deuxième alinéa, toute constatation d'infraction au droit de la concurrence se base sur une étude analytique du marché, de sorte que chaque décision émise par le Conseil de la concurrence comprend une étude de marché plus ou moins large. En revanche, lorsqu'ils réalisent des études de marché, la loi n'accorde aucun pouvoir aux organes chargés de la concurrence d'envoyer des requêtes d'informations obligatoires (avec possibilité d'imposer des amendes) à des entités publiques ou privées.

En revanche, à présent ni le Conseil de la concurrence ni la DGCEE n'ont réalisé d'études sectorielles de marché, bien que le Conseil de la concurrence prenne part actuellement à une étude dans le secteur bancaire menée par l'OCDE. Il est également à noter que l'INT s'apprête à lancer une étude du secteur des télécommunications.

Dans les juridictions qui les réalisent, celles-ci sont un outil de diagnostic de certains secteurs qui permet de déterminer le niveau de concurrence dans ledit marché et d'identifier les restrictions de concurrence et les éventuelles défaillances du marché, leurs causes et les meilleurs moyens pour y remédier. Les études de marché permettent aussi de déterminer quels sont les secteurs qui nécessitent le plus l'intervention des organes de concurrence dans le but de promouvoir la concurrence, permettant ainsi de prioriser les actions des autorités ayant des contraintes budgétaires. Enfin, si elles sont réalisées par des employés des organes de concurrence, les études de marché permettent aussi de construire une expertise interne qui peut s'avérer utile lors d'une enquête sur une pratique anticoncurrentielle ou une concentration. Le réseau international de la concurrence et l'OCDE ont publié un manuel et un guide de bonnes pratiques concernant la collecte et l'analyse des informations destinées aux études de marché (Encadré 3.1).

Encadré 3.1. Le manuel de bonnes pratiques en matière d'études de marché

L'OCDE a publié en 2018 un guide sur les études de marché destiné aux autorités de la concurrence. Ce guide doit être lu conjointement avec le *Market Studies Good Practice Handbook* préparé par le Réseau international de la concurrence, un manuel de bonnes pratiques s'inspirant de l'expérience des autorités membres du réseau.

Le guide de l'OCDE s'articule autour des principales phases des études de marché : le choix du marché ou du secteur, les méthodologies pour mener de telles études, y compris la participation des parties prenantes, les sondages, la collecte et l'analyse des informations, l'identification des structures de marchés et leurs caractéristiques et enfin les remèdes et les initiatives qui pourraient être lancées suite à ces études.

Le manuel du Réseau international de la concurrence fournit des détails additionnels et formule un large éventail d'orientations utiles, notamment pour :

Planifier le processus de collecte d'informations, y compris en organisant des consultations internes, déterminer si les autorités disposent déjà des informations nécessaires ou peuvent les obtenir auprès de sources publiques, et examiner la charge que représente, pour les parties prenantes, les réponses aux demandes de données qui leur sont adressées.

Organiser les recherches, en tenant compte des contraintes financières et en envisageant des solutions de remplacement si les efforts initiaux s'avèrent infructueux. Il est admis dans le manuel que les autorités de la concurrence peuvent avoir du mal à déterminer les pistes de recherche les plus prometteuses dès le début de l'étude, de sorte qu'elles pourront être amenées à peut-être réorienter leurs efforts.

Choisir les méthodes de collecte d'informations, en notant que les éléments empiriques peuvent avoir plus de poids que les éléments plus qualitatifs. Le manuel fait apparaître les avantages et les inconvénients de certaines méthodes de collecte, comme le ciblage de groupes spécifiques et les enquêtes.

Analyser les informations, en examinant par exemple si elles correspondent aux besoins des autorités et si elles confirment les hypothèses de départ. Certaines autorités considèrent utile de publier les constatations initiales et/ou les

conclusions possibles, car cela les aide à valider les résultats qu'elles ont obtenus, à faire émerger de nouvelles informations et à identifier les éventuelles lacunes de l'analyse.

Garantir la confidentialité des informations au moyen de procédures de traitement de l'information.

Source : OCDE (2018), Market Studies Guide for Competition Authorities, <http://www.oecd.org/daf/competition/market-studies-guide-for-competition-authorities.htm>; RIC (2016), Market Studies Good Practice Handbook, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1088.pdf>.

En revanche, le Conseil de la concurrence et la DGCEE n'ont pas mis au point des lignes directrices qui puissent guider des futures études de marché. Cependant ce type de lignes directrices n'est pas inconnu en Tunisie. À titre d'exemple, avec la décision 91/2015 du 19 août 2015 émise en application des dispositions de l'article 3, deuxième alinéa, du décret No. 2014-53 du 10 janvier 2014, modifiant et complétant le décret No. 2008-3026 du 15 septembre 2008, l'INT a adopté des lignes directrices pour l'analyse du marché des télécommunications. Elles visent à fixer le cadre général de l'analyse de marché, y compris les principes, les méthodes, les critères, les procédures et la périodicité que l'INT devrait suivre lorsqu'elle mène ces analyses.

Au niveau international, certaines autorités de la concurrence ou organisations internationales ont aussi mis au point des lignes directrices sur les études de marché afin de rendre plus transparents les critères de priorisation dans le choix des secteurs soumis à une étude de marché, la méthodologie utilisée pour mener ces études ainsi que leurs objectifs (voir Encadré 3.2)⁹⁰.

Il est important en effet de publier les critères de sélection des secteurs en identifiant certaines caractéristiques des marchés susceptibles d'indiquer *prima facie* des problèmes de concurrence ou des défaillances dans la réglementation, afin de diriger les ressources limitées des autorités vers les secteurs qui en ont le plus besoin.

⁹⁰ Voir « Market Studies Guide for Competition Authorities » publiée par l'OCDE en 2018) <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Market-Studies-Guide-for-Competition-Authorities-2018.pdf> ; voir aussi Market Studies Good Practice Handbook préparé par l'International Competition Network en 2016 (https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_MktStudiesHandbook.pdf).

Encadré 3.2. Le guide méthodologique pour les études de marché de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

En Espagne, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a publié un guide méthodologique pour les méthodologies des études de marché. Elle y expose les étapes à suivre pour mener une étude de marché, notamment la sélection des marchés à analyser et la participation des parties prenantes, et le plan du rapport de l'étude. Elle décrit en outre les principaux moyens de diffusion des conclusions et invite à évaluer l'impact de l'étude. Avant de lancer une étude de marché, il convient d'effectuer des recherches préliminaires pour : i) identifier les marchés dont les caractéristiques pourraient augurer de problèmes de concurrence ou d'inefficiences de la réglementation ; et ii) évaluer l'importance de ces marchés pour l'économie espagnole dans son ensemble. Si l'autorité décide de lancer une étude de marché, le secteur ou le marché visé sera inscrit au plan de travail de la CNMC, assorti des motifs justifiant l'étude.

Une fois l'étude officiellement lancée, deux des principaux outils de collecte d'informations sont les demandes d'information et les réunions avec les parties prenantes concernées, telles que les opérateurs économiques, les associations, les autorités de réglementation du secteur et les experts extérieurs du domaine. Dans son guide méthodologique, la CNMC recommande d'identifier les parties prenantes intéressées, et d'établir un contact avec les plus pertinentes, dès le début. Elle décrit les méthodes permettant d'accroître la participation des parties prenantes, en soulignant l'importance pour la CNMC de communiquer efficacement sur les avantages que ces acteurs peuvent en tirer.

Le cœur de la méthodologie concerne le type d'information et d'analyse à inclure dans chaque étude de marché : i) la nature juridique du marché ; ii) la nature économique du marché ; et iii) l'analyse du degré de concurrence dans le marché. Le cadre réglementaire et les évolutions récentes sont présentés. L'étude déterminera s'il existe des défaillances du marché justifiant l'intervention réglementaire et si la réglementation limite inutilement la concurrence dans le marché. La méthodologie précise les « principes d'efficacité de la réglementation économique » à suivre pour évaluer l'intervention publique dans le marché, notamment les principes de nécessité,

de proportionnalité et de non-discrimination (voir paragraphe 124 du guide méthodologique).

Pour déterminer la nature économique, il convient de partir de la définition du marché. D'après le guide méthodologique, « sauf autres motifs, on appliquera un test SSNIP préalable afin de définir le marché pertinent ». Divers indicateurs doivent ensuite être collectés afin d'analyser la structure du marché, les caractéristiques de la demande et l'évolution des prix, entre autres. Il est également recommandé de dresser des comparaisons internationales, selon qu'il convient. Le guide méthodologique fournit en outre la liste de certains indicateurs de la demande et de l'offre à analyser et insiste sur l'importance d'examiner conjointement les divers facteurs afin d'en tirer une conclusion. Du côté de la demande, les indicateurs recommandés englobent notamment des comparaisons internationales des niveaux de prix, l'évolution des prix et l'élasticité de la demande. Du côté de l'offre, les informations utiles sont notamment la compréhension du processus productif et des données financières sur la rentabilité.

Les indicateurs utiles à l'analyse du degré de concurrence se divisent en facteurs structurels et facteurs comportementaux. Les facteurs structurels englobent notamment les parts de marché et leur stabilité ou leur variation dans le temps, ainsi qu'un certain nombre de caractéristiques de coût, telles que les coûts irrécupérables, les économies d'échelle et les effets d'apprentissage. Les facteurs comportementaux sont notamment l'accroissement des frais de changement de prestataire, de fournisseur ou d'offre, la communication d'informations inadéquates aux consommateurs ou l'augmentation des coûts pour les nouveaux entrants (par exemple, en tirant à hausse les dépenses de publicité). Du côté de la demande, le guide méthodologique insiste sur les frais de recherche et de changement de prestataire, de fournisseur ou d'offre encourus par les consommateurs.

Source : Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2013), Instrucción del director del departamento de promoción de la competencia: Metodología para la elaboración de estudios de mercado en la CNMC, <https://www.cnmc.es/ambitos-deactuacion/promocion-de-la-competencia/estudios#Metodologia>

3.1.4. Les évaluations d'impact concurrentiel

Lors des discussions avec les organes chargés de la concurrence, le Secrétariat de l'OCDE a appris que ceux-ci ne conduisent guère d'études sur l'impact de leurs recommandations, y compris pour évaluer si les avis émis sur les textes législatifs et réglementaires ont été suivis et quel a été leur impact.

En revanche, concernant l'action des organes chargés de la concurrence, il existe en Tunisie une évaluation de l'action de l'ensemble des services publics dans le cadre du suivi et de l'évaluation des plans de développement économiques et sociaux. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence publie chaque année un rapport annuel dans lequel, entre autres, il évalue l'impact de ses activités. Cependant, le dernier rapport disponible sur le site du Conseil de la concurrence date de 2017.

En ce qui concerne les activités de la DGCEE, la Gestion du Budget par Objectifs (GBO) fixe des objectifs spécifiques pour la DGCEE, comme par exemple la garantie du bon fonctionnement du marché et la protection du consommateur, mesurées entre autres à travers des indicateurs collectés par l'Observatoire national de l'approvisionnement et des Prix placé sous la tutelle du ministère du Commerce ou sur la base des enquêtes et des rapports administratifs réalisés en vertu des articles 5, 17 et 62 de la loi No. 2015-36. Le décret gouvernemental No. 2018-882 du 14 octobre 2018 a créé une unité de gestion par objectifs au sein du ministère du Commerce.

3.1.5. Les lignes directrices

Dans les pays où l'émanation de lignes directrices relève de la pratique administrative courante, le terme « lignes directrices » ne se réfère pas spécialement à un acte juridique précis et par conséquent ne porte pas forcément sur leur nature juridique, mais plutôt sur leur contenu. Il s'agit de documents par lesquels une autorité administrative, dans les domaines où elle dispose d'une marge d'appréciation plus ou moins discrétionnaire, se fixe elle-même à l'avance et de manière transparente une ligne de conduite, des orientations, des pratiques décisionnelles, des principes généraux et des méthodologies appliquées dans les décisions individuelles afin d'éviter des attitudes disparates parmi les fonctionnaires.

En droit tunisien, la publication de lignes directrices par des autorités administratives n'est pas une pratique courante⁹¹. Lorsqu'il est question de fixer des critères ou des principes, par exemple pour rendre plus transparentes les étapes de certains processus décisionnels, cela se fait en principe au niveau de la loi ou des textes réglementaires.

Bien qu'il y ait des documents émis par des autorités administratives fournissant des critères d'orientation, ceux-ci ne s'adressent pas à un public externe à l'autorité même. Il s'agit plutôt d'instruments internes de travail, visant par exemple à faciliter les tâches des fonctionnaires. À titre d'exemple, le Conseil de la concurrence a mis au point huit manuels de procédure élaborés dans le cadre d'un programme de jumelage avec l'UE en 2006-2008, sur les sujets suivants :

- Ententes horizontales ;
- Restrictions verticales ;
- Abus de position dominante ;
- Concentration ;
- Techniques d'enquêtes ;
- Pouvoirs et moyens d'investigations ;
- Marchés publics ;
- Auto-saisine.

Pourtant, les lignes directrices ont une importance fondamentale pour les entreprises. Elles leur permettent en effet d'évaluer leur position et leur comportement en appliquant les mêmes critères d'appréciation que l'autorité administrative. Aux yeux des entreprises, elles renforcent la transparence de l'action administrative, elles contribuent à clarifier la portée de certaines dispositions telles qu'interprétées par l'autorité, elles permettent de créer des attentes légitimes, par exemple concernant la cohérence dans la mise en application des règles, et renforcer ainsi la sécurité juridique.

Dans les états où les autorités indépendantes n'ont pas le pouvoir d'émettre des lignes directrices à portée générale, celles-ci peuvent être adoptées par voie d'arrêtés ministériels, étant donné que, comme noté ci-dessus, le terme de

⁹¹ Le terme « lignes directrices » ne porte pas sur la nature juridique de l'acte, mais sur son contenu.

« lignes directrices » ne porte pas forcément sur leur nature juridique, mais plutôt sur leur contenu.

Par ailleurs, l'adoption de lignes directrices n'est pas nouvelle en Tunisie. Par exemple, l'article 2 du décret No. 2014-53 du 10 janvier 2014, modifiant et complétant le décret n° 2008-3026 du 15 septembre 2008 fixant les conditions générales d'exploitation des réseaux publics des télécommunications et des réseaux d'accès, prévoit que l'Instance nationale des télécommunications fixe des lignes directrices en collaboration avec les opérateurs des réseaux publics de télécommunications concernant la réalisation des analyses de marché. Celles-ci ont été adoptées sur décision de l'INT le 19 août 2015⁹². De la même manière, l'INT a aussi adopté d'autres lignes directrices en 2012 concernant les offres de services de détail offertes par les opérateurs de réseaux publics de télécommunications⁹³ et en 2009 concernant l'interconnexion des opérateurs de réseaux publics de télécommunications⁹⁴.

Enfin, au niveau régional, en matière de droit de la concurrence, la Commission du COMESA a émis des lignes directrices portant sur l'évaluation des concentrations⁹⁵, sur la définition du marché⁹⁶, sur les pratiques commerciales

⁹² Décision No. 91/2018 de l'Instance Nationale des Télécommunications, datée 19 août 2015, portant adoption de lignes directrices pour l'analyse du marché des télécommunications,

http://www.intt.tn/upload/txts/fr/d%C3%A9cision_de_l'int_n%C2%B091.pdf.

⁹³ Décision n°159 en date du 20 décembre 2012 portant adoption de lignes directrices sur les offres de services de détail Offertes par les opérateurs de réseaux Publics de télécommunications, http://www.intt.tn/upload/txts/fr/decision_159-.pdf.

⁹⁴ Décision n°35 portant adoption de lignes directrices sur l'interconnexion des opérateurs de réseaux publics de télécommunications, http://www.intt.tn/upload/txts/fr/decision_35_version_fr.pdf.

⁹⁵ COMESA Merger Assessment Guidelines, 31 octobre 2014, https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2014/10/141121_COMESA-Merger-Assessment-Guideline-October-31st-2014.pdf.

⁹⁶ Lignes directrices du COMESA sur la définition du marché, 2 avril 2019, https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2021/03/Final-Guidelines-on-Market-Definition_FR.pdf.

restrictives⁹⁷ et sur l'abus d'une position dominante⁹⁸. Bien qu'elles ne soient pas contraignantes, elles contribuent à clarifier l'approche de la Commission COMESA dans l'application des règles de concurrence, l'obligeant aussi à fournir des justifications lorsqu'elle se départ de ses lignes directrices.

3.1.6. Les programmes de conformité

Parmi les outils visant à développer une culture de la concurrence au sein des entreprises, les programmes de conformité revêtent sans doute une importance particulière. Outre la mise en application des règles de concurrence et l'imposition d'amendes par les autorités de la concurrence, les programmes de conformité permettent de promouvoir une culture de la concurrence au sein de l'entreprise et ainsi de détecter les infractions commises par les employés afin d'y remédier. Ces programmes comprennent notamment des informations disponibles en ligne et des séminaires sur le droit de la concurrence destinés aux employés afin de leur permettre d'identifier d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, ainsi que les procédures à suivre en cas de constat d'une potentielle violation.

Pour promouvoir l'adoption de programmes de conformité aptes à éviter et/ou détecter des infractions, plusieurs autorités de la concurrence récompensent les entreprises qui les adoptent, par exemple sous forme de réduction des amendes en cas de violation.

L'attribution ou non d'un avantage en contrepartie de l'existence d'un programme de conformité ne dépend pas de la région où se trouve une juridiction. En Asie, beaucoup de juridictions sont disposées à accorder des réductions d'amende et les directives de l'ASEAN laissent penser qu'un allègement des amendes pourrait inciter les entreprises à introduire ou améliorer ces programmes. Certains pays d'Amérique latine ont mis au point des politiques en matière de conformité, et le Brésil, le Chili et le Pérou accordent une réduction d'amende si

⁹⁷ Lignes directrices du COMESA sur les pratiques commerciales restrictives, 2 avril 2019, <https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2021/03/FRE-Final-Guidelines-on-RBP.pdf>

⁹⁸ Directives du COMESA sur l'abus d'une position dominante, 2 avril 2019, https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2021/03/Final-Guidelines-on-Abuse-of-Dominance_FR.pdf.

les critères définis dans leurs directives sont satisfaits. De même, certaines juridictions européennes sont disposées à accorder une réduction d'amende. En Amérique du Nord, le paysage a fondamentalement changé depuis 2011, le Canada et les États-Unis faisant désormais clairement connaître leur volonté de tenir compte des programmes de conformité⁹⁹.

Lors des discussions avec les parties prenantes, il a été plusieurs fois confirmé que l'adoption de programmes de conformité en Tunisie ne relève pas d'une pratique courante, quelle que soit la taille de l'entreprise.

Le Conseil de la Concurrence et la DGCEE peuvent jouer un rôle fondamental à cet égard, en contactant les entreprises afin de leur expliquer quelles sont les obligations découlant du droit de la concurrence et de promouvoir l'adoption des programmes de conformité dans tous les secteurs économiques.

3.1.7. Les formations et les événements de sensibilisation

En Tunisie, la promotion et la vulgarisation de la culture de la concurrence se font par différents moyens. Ceux-ci incluent :

- Des conventions avec les milieux universitaires. Par exemple, en 2018, le Conseil de la concurrence a conclu un partenariat avec la faculté de droit de Sousse ayant pour objectif de favoriser l'échange d'expériences entre les deux entités et mettre en place un « programme d'actions communes pour conserver et publier toutes les données relatives à la concurrence et aux transaction économiques et œuvrer pour la diffusion de la culture de la concurrence »¹⁰⁰. Ce même partenariat prévoit aussi la création d'une unité de recherche chargé de la concurrence. Par ailleurs, dans le cadre de ce partenariat, en février 2019, les deux entités ont aussi organisé un colloque ayant pour thème la « Concurrence et services publics » pour discuter de l'application du droit de la concurrence dans les secteurs

⁹⁹ Note de référence du Secrétariat de l'OCDE, 'Les programmes de conformité au droit de la concurrence', préparée pour le groupe de travail No. 3 sur la coopération et l'application de la loi (8 juin 2021).

¹⁰⁰ <https://www.webmanagercenter.com/2018/03/17/417418/parteneriat-entre-la-faculte-de-droit-de-sousse-et-le-conseil-de-la-concurrence/>

caractérisés par une forte intervention de la part de l'État, tels que la santé, le transport et l'énergie¹⁰¹. En outre, la politique de la concurrence fait partie des épreuves au concours d'entrée à l'École Nationale d'Administration de Tunis et des fonctionnaires de la DGCEE assurent des formations dans le cadre des cours assistés de l'École. La DGCEE reçoit aussi des étudiants stagiaires de l'École Nationale d'Administration de Tunis ou de la faculté de droit ou d'économie préparant des projets de fin d'études ou des masters spécialisés traitant des sujets de concurrence. Cela peut constituer un moyen de faciliter le futur recrutement de personnel spécialisé en droit et/ou économie de la concurrence.

- Des formations universitaires au niveau master spécialisées en droit de l'entreprise et des affaires, avec des cours spécifiques en droit de la concurrence, par exemple auprès de l'Université Internationale de Tunis et de l'Université Centrale ;
- Des formations en collaboration avec les milieux professionnels. À titre d'exemple, en mai 2019, le Conseil de la concurrence a organisé, en coopération avec la Section Régionale des avocats de Bizerte et la Section Régionale des avocats de Tunis, une journée d'étude sur « La Compétence du Conseil de la concurrence »
- Des ateliers, séminaires, colloques et conférences de divulgation visant à vulgariser le droit de la concurrence, y compris auprès d'autres autorités sectorielles ;
- Des publications en ligne, y compris de décisions, avis, points de presse et d'autres types d'informations. À titre d'exemple, en décembre 2018, le Ministère du Commerce et le Conseil de la Concurrence, dans le cadre du Programme américain de développement de droit commercial, ont publié un guide pratique sur les contrats de franchise en Tunisie¹⁰². Par ailleurs, les sites web du Conseil et de la DGCEE, dès lors qu'ils sont bien structurés et qu'ils permettent un accès facile aux informations, peuvent contribuer à augmenter la visibilité et l'impact des activités de promotion de la concurrence. À cette fin, l'article 14, dernier alinéa, prévoit l'obligation

¹⁰¹ <http://www.cct.gov.tn/?p=2214&lang=fr>

¹⁰² Guide Pratique de la Franchise en Tunisie, https://tn.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/59/guide_franchise-final-18.pdf.

pour le Conseil de la concurrence de publier ses décisions et ses avis sur son site web. Une telle obligation n'est pourtant pas prévue pour la DGCEE, dont le site semble contenir des informations non mises à jour étant antérieures aux réformes du droit de la concurrence de 2015-2016.

Tableau 3.2. Événements de promotion de la concurrence organisés en 2016-2020

	Nombre
Ateliers et séminaires au profit des universitaires	8
Formations au profit des professionnels (avocats, magistrats, chambres syndicales)	10
Ateliers avec les autorités de régulation	4
Média	6

Source : Conseil de la concurrence

À titre d'exemple, en 2019 le Conseil de la concurrence a délivré un cours sur le droit de la concurrence adressé aux avocats et portant sur les sujets suivants :

- « Présentation du Conseil de la concurrence »
- « La compétence juridictionnelle du Conseil de la concurrence »
- « L'action en référé devant le Conseil de la concurrence »
- « Le traitement des plaintes par le Conseil de la concurrence »
- « La compétence consultative du Conseil de la concurrence »
- « Les procédures d'exemption »
- « Le contrôle des opérations de concentrations économiques »

En ce qui concerne les formations auprès des régulateurs sectoriels, suite à la promulgation du décret No. 2014-1039 du 13 mars 2014 portant réglementation des marchés publics, le Conseil de la concurrence a présenté une session de formation au profit des autorités chargées de la passation des marchés publics afin de les former à détecter et empêcher les soumissions concertées dans les marchés publics ainsi que pour clarifier le rôle de l'acheteur public dans l'application des dispositions des articles 65 et 69 relatives aux prix abusivement bas et aux ententes manifestes. Pourtant, en dépit de son utilité dans l'apprentissage des techniques de détection des pratiques anticoncurrentielles, cette formation n'a eu lieu qu'une seule fois, à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau décret.

De manière générale, le Conseil de la concurrence et la DGCEE ont développé des événements, des formations et des activités de promotion de la concurrence au cas par cas, sans une stratégie générale préalable visant à fixer des priorités ou à poursuivre ces initiatives qui se sont avérées efficaces dans la diffusion d'une culture de la concurrence. Les formations ont souvent été organisées de façon ponctuelle et sans aucune évaluation de leur impact. Par ailleurs, l'enquête en ligne mentionnée à l'Encadré 1.6 menée par le Secrétariat de l'OCDE a montré que 90% des participants employés au sein du Conseil et 58% de ceux travaillant auprès de la DGCEE estiment que ces initiatives n'ont pas été efficaces afin de promouvoir la politique de concurrence auprès du grand public.

3.2. La coopération au niveau national

Comme il a été noté dans la 1.4 ci-dessus, certaines lois sectorielles prévoient des spécificités dans l'application des règles de concurrence, telles que l'intervention de régulateurs sectoriels dans la procédure voire une dérogation à la compétence horizontale du Conseil de la Concurrence. Ces régimes spéciaux ont fait l'objet d'une analyse détaillée dans les Sections 1.4 et 2.3.5 ci-dessus.

Bien qu'ils n'aient pas de compétences spécifiques en matière d'application des règles de concurrence, d'autres régulateurs sectoriels ou organisations peuvent jouer un rôle en vue d'assurer le bon fonctionnement des marchés. Ces entités peuvent coopérer avec le Conseil de la concurrence et/ou la DGCEE et il existe à l'heure actuelle des mécanismes de coopération, bien qu'imparfaits, mis en place à cette fin.

En revanche, à présent, exception faite pour le Protocol d'accord signé en 2012 avec l'Instance Nationale des Télécommunications (voir 1.4.1 ci-dessus), il n'existe pas d'accords formels de coopération en place entre le Conseil de la concurrence et d'autres organismes sectoriels. Or, l'existence d'un cadre formel de coopération pourrait faciliter les relations et les travaux conjoints entre différents organismes, y compris en vue de développer des initiatives de promotion de la concurrence.

L'enquête en ligne mentionnée à l'Encadré 1.6 réalisée par le Secrétariat de l'OCDE auprès du Conseil de la concurrence et de la DGCEE a montré que 50% des participants employés par le Conseil et 58% des ceux travaillant auprès de la DGCEE estiment que la coopération avec les organismes sectoriels se déroule *parfois* bien. En revanche, 40% du staff du Conseil et 8% de la DGCEE

considèrent que cette coopération se déroule *rarement* de manière fluide, par exemple lorsque les organes chargés de la concurrence demandent des informations auprès de ces régulateurs concernant une affaire en cours.

3.2.1. La lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics

Créée auprès de la Présidence du gouvernement par le décret n°2013-5096, la Haute Instance de la Commande Publique (HAICOP) est chargée de veiller à la bonne organisation et au bon déroulement des marchés publics. Elle se compose principalement de la commission supérieure de contrôle et d'audit des marchés publics et du comité de suivi et d'enquête des marchés publics. Une commission d'exclusion des opérateurs économiques de la participation aux marchés publics est venue compléter le dispositif de la HAICOP en 2016 (décret n° 2016-498). Cette commission veille au respect de l'intégrité des procédures de passation des marchés et se prononce sur l'exclusion de tout opérateur économique ayant, entre autres, fait l'objet d'une décision juridictionnelle définitive attestant qu'il a eu recours à des pratiques anticoncurrentielles se rapportant à la participation aux marchés publics (article 13). Le Conseil de la concurrence siège au sein de cette commission dont les décisions sont intégrées dans une base de données gérée par l'observatoire national des marchés publics (ONMP).

Il existe un lien étroit entre la réglementation sur la concurrence et celle concernant les marchés publics. L'article 82 du décret No. 2002-3158 du 17 décembre 2021 dispose que :

Dans le cas d'entente manifeste entre les participants ou certains d'entre eux, il y a lieu de déclarer impérativement l'appel d'offres infructueux et de procéder à une nouvelle mise en concurrence, sauf cas d'impossibilité matérielle ou d'urgence impérieuse il est fait recours à un marché par entente directe précédé d'une consultation en vertu des dispositions prévues par l'article 39 du présent décret.

Cependant, dans la pratique, les interactions directes entre le Conseil de la concurrence et la HAICOP restent rares, peu structurées et bien en deçà des attentes des deux parties. Tout d'abord, si le Conseil a affirmé sa compétence quand il s'agit de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de marchés publics, il a en revanche écarté sa compétence en faveur de celle du juge administratif (dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir) lorsqu'il est question de trancher un litige concernant l'octroi des marchés publics car :

lorsque l'acheteur public établit ses besoins dans le cadre d'un marché public, il n'accomplit pas dans ce cadre une activité commerciale de production ou de distribution ou de services mais plutôt des actes administratifs dans le cadre des textes législatifs et réglementaires¹⁰³.

Le secrétariat de l'OCDE a été informé lors de la mission d'exploration que la communication à la commission d'exclusion des décisions du Conseil concernant les pratiques anticoncurrentielles telles que les soumissions concertées dans les marchés publics prohibées par l'article 5 de la loi No. 2015-36 n'est pas systématique. L'absence d'un cadre formel de coopération entre les deux institutions et l'obligation de passage à travers le Ministère du Commerce, notamment pour communiquer les avis du Conseil (ex. avis n° 182669 du 4 mai 2018 et avis n°182689 du 13 décembre 2018, tous deux en lien directe avec la marchés publics) ou pour signaler les infractions potentielles liées aux pratiques de prix excessivement bas (article 65) ou de soumissions concertées (article 69 du décret n° 2014-1039), rendent tout échange directe difficile. Les deux articles en question disposent que l'acheteur public informe le ministre du commerce de ces cas manifestes et que celui-ci « peut » saisir le Conseil d'une requête à l'encontre des soumissionnaires de ces offres.

Enfin, lors de la création de la HAICOP, le Conseil de la concurrence a partagé son expérience en matière de lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics. Cependant, ceci a été le seul événement de formation et d'échange d'expériences entre les deux instances.

3.2.2. La coopération en matière financière

Le Conseil du Marché Financier (CMF) est une autorité publique, indépendante, qui dispose de la personnalité civile et de l'autonomie financière. Créé par la loi n°94-117 du 14 Novembre 1994 portant réorganisation du marché financier, le CMF est l'instance de tutelle des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM). Il assure les missions de réglementation et de surveillance du marché financier, de contrôle de l'information financière et de protection de l'épargne. Il a également le pouvoir de procéder à des investigations auprès de toute personne physique ou morale et de sanctionner les manquements ou infractions à la réglementation en vigueur. Le CMF se prononce sur toute offre

¹⁰³ Rapport d'activité du Conseil de la concurrence de 2006, pp. 39-40. Voir aussi (Madani, Le juge et la concurrence, 2021, p. 141).

publique émanant d'une personne physique ou morale, en vue d'acheter, échanger, vendre ou retirer un bloc de titres émis par une société faisant appel public à l'épargne après consultation des autorités de régulation sectorielle concernées.

Lors de la mission exploratoire, le secrétariat de l'OCDE a été informé qu'à présent les échanges avec le Conseil de la concurrence sont très rares. Pendant les cinq dernières années, le Conseil a été saisi une seule fois pour émettre son avis sur une proposition de l'association des intermédiaires en bourse d'introduire des tarifs et des commissions minimums facturés aux clients (avis n°192735 du 12 décembre 2019).

Or, l'article 46 (nouveau) la loi n°94-117 mentionne particulièrement les autorités de régulation des secteurs bancaire et des assurances et prévoit la signature de conventions de coopération dans ce sens. Une meilleure coopération et des échanges systématiques entre le CMF et les organes de concurrence peuvent aider à détecter certaines infractions aux dispositions financières et en matière de concurrence. De surcroît, la fixation d'un cadre de coopération pourrait permettre au CMF de donner sa contribution aux efforts de sensibilisation et de promotion d'une culture de conformité.

3.2.3. L'interface avec les politiques de protection des consommateurs

Comme souligné par les parties prenantes, il existe une convergence entre le droit de la concurrence et la politique de protection des consommateurs. Cette convergence résulte de plusieurs dispositions.

Tout d'abord, l'article 1 de la loi No. 2015-36 prévoit parmi les objectifs généraux de la loi le bien être du consommateur au même titre que l'équilibre général du marché et l'efficacité économique. Comme noté par le Conseil, « la concurrence n'est pas un but en soi mais un moyen par lequel se réalise un intérêt pour le consommateur et pour l'économie nationale en générale »¹⁰⁴. Ainsi, la lutte contre les ententes illicites et les abus de position dominante vise en dernier lieu à

¹⁰⁴ Avis du Conseil de la concurrence No. 2267 du 12 décembre 2002.

augmenter le bien être des consommateurs à travers des prix plus bas, plus de choix de produits et de services et plus d'innovation¹⁰⁵.

Au niveau institutionnel, l'article 13 de la loi No. 2015-36 dispose que certains membres du Conseil de la concurrence aient une expérience dans le domaine de la protection des consommateurs.

La loi No. 2015-36 prévoit plusieurs mécanismes permettant au Conseil de la concurrence d'intervenir pour défendre l'intérêt du consommateur. Conformément à l'article 15, alinéa 8, de la loi No. 2015-36, le Conseil de la concurrence a le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires afin d'éviter un préjudice imminent et irréparable pouvant affecter l'intérêt du consommateur jusqu'à ce qu'il statue sur le fond du litige. De surcroît, le Conseil de la concurrence peut être saisi d'un avis par les organisations de consommateurs légalement établies en Tunisie, lesquelles peuvent requérir l'avis du Conseil de la concurrence sur les questions de concurrence dans les secteurs relevant de leur ressort. Parmi ces organisations, figure aussi le Conseil National de Protection du Consommateur, créé par la loi No. 92-117 du 7 décembre 1992 relative à la protection du consommateur et qui comprend aussi un représentant du Ministère du Commerce, conformément au décret No. 2004-1108 du 17 mai 2004, modifiant le décret No. 93-1886 du 13 septembre 1993, portant composition et modalités de fonctionnement du Conseil National de Protection du Consommateur. Cependant, le nombre de requêtes introduites par des organisations des consommateurs est bien timide (Madani, *Le juge et la concurrence*, 2021, p. 226)¹⁰⁶. Bien que ce Conseil ait le pouvoir d'émettre des avis visant à assurer la sécurité des produits, l'orientation du consommateur et de manière générale à assurer la protection du

¹⁰⁵ Voir par exemple avis No. 142514 du 15 mai 2014 relatif aux cigarettes électroniques et leur monopole par la régie nationale du tabac et des allumettes. Le Conseil donne un avis favorable à la possibilité de leur monopolisation car ces cigarettes peuvent constituer un danger pour la santé du consommateur.

¹⁰⁶ (Madani, *Le juge et la concurrence*, 2021, p. 226) donne deux raisons pouvant expliquer le nombre limité de requêtes introduites par ces organisations. La première est l'absence d'une grande culture de la concurrence en Tunisie, où le consommateur joue un rôle passif et n'est pas averti de ses droits. La deuxième réside dans l'éparpillement des lois relatives à la consommation.

consommateur, le Secrétariat de l'OCDE n'est pas été informé de l'existence d'un quelconque accord de coopération avec le Conseil de la Concurrence.

En outre, l'article 15 de la loi No. 2015-36 donne aux organisations de consommateurs légalement établies le droit de déposer une requête concernant de supposées pratiques anticoncurrentielles devant le Conseil de la Concurrence. À cet égard, ces organisations ont introduit plusieurs plaintes qui ont parfois amené à l'ouverture d'une enquête par le Conseil de la Concurrence¹⁰⁷.

Enfin, la loi sur la concurrence de 1991 prévoyait dans son Titre II un certain nombre d'obligations à l'égard du consommateur et d'infractions relatives aux pratiques restrictives. Étaient donc prohibées les restrictions verticales comme la représentation exclusive, la subordination de la vente à l'achat d'une quantité imposée ou à la revente à un prix imposé. Le contenu est globalement resté le même dans la nouvelle loi, dont le deuxième titre prévoit aussi de nombreuses dispositions sur la protection des consommateurs, telles que les obligations d'information sur les prix et les conditions et modalités de vente aux consommateurs. Conformément à l'article 63 de la loi No. 2015-36, les infractions à ces dispositions sont constatées par les services compétents pour le contrôle économique et la protection du consommateur relevant du Ministère du Commerce. Il existe par ailleurs un lien étroit entre ce type d'infractions et les pratiques typiquement interdites par le droit de la concurrence, comme le démontre l'affaire des yaourts « Délice » dans laquelle la baisse du prix de du

¹⁰⁷ Voir décision No. 181520 du 3 octobre 2019 concernant une plainte de l'Organisation tunisienne de conseil aux consommateurs contre les deux marques Délice et Vitaly, soupçonnées d'avoir abusé de leur position dominante sur le marché du lait conservé et d'avoir exercé une pression délibérée sur le gouvernement afin d'imposer une augmentation successive de prix, ce qui pouvait porter un préjudice grave aux consommateurs ; décision No. 141356 du 10 mai 2018 émise suite à une plainte déposée par l'Organisation de défense des consommateurs contre 24 entreprises fabriquant des denrées alimentaires et ayant augmenté simultanément les prix de la pâte de tomate en conserve après la libéralisation de leur prix ; décision No. 131335 du 27 octobre 2016 émise suite à une plainte du Conseil des consommateurs contre une décision du ministre du Commerce et de l'artisanat, qui fixait les augmentations des prix de vente maximaux et des marges de profits appliquées aux boîtes de tomate de 800 g et 400 g, considérant que cette décision résultait d'un accord entre les producteurs de tomates en conserve sur les prix de vente au public, entravant ainsi la détermination des prix selon les règles de l'offre et de la demande en violation du droit de la concurrence..

yaourt de 50 centimes s'était accompagnée d'une réduction du poids du produit. L'analyse a conclu qu'il s'agissait d'un cas de publicité mensongère. Or, étant donné que l'entreprise en question jouissait d'une position dominante, cette pratique a été qualifiée d'abus de position dominante. En pratique, le lien étroit entre ces différentes pratiques a souvent créé confusion entre les infractions anticoncurrentielles et les pratiques déloyales, ce qui a amené le Conseil de la concurrence à émettre une série d'avis en 2002 et 2003 afin de clarifier la distinction devant être faite. Encore aujourd'hui l'interface entre le droit de la concurrence et du consommateur peut néanmoins bénéficier d'améliorations.

De même que la loi de 1991, si la loi No. 2015-36 établit à l'article 2 un régime général de libre concurrence et de liberté des prix, son article 3 prévoit des exclusions à ce régime pour les « produits et services de première nécessité ou afférents à des secteurs ou zones où la concurrence par les prix est limitée soit en raison d'une situation de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement du marché soit par l'effet de dispositions législatives ou réglementaires ». La liste de ces biens, produits et services demeure fixée par le décret gouvernemental No. 95-1142 du 28 juin 1995, qui définit les produits et services qui sont exclus de la liberté des prix et les répartit en trois catégories en fonction du degré de liberté, selon qu'il y ait un contrôle des prix à tous les stades de la commercialisation, uniquement au stade de la production ou au stade du détail¹⁰⁸. Cet aspect a été analysé plus en détail dans la Section 1.2.2 ci-dessus.

3.3. La coopération au niveau international

3.3.1. La coopération bilatérale avec les autorités étrangères

L'article 76 de la loi No. 2015-36 discipline la coopération du Conseil de la concurrence et de la DGCEE avec les autorités de la concurrence étrangères. Cette disposition stipule que :

Sous réserve du principe de réciprocité et dans le cadre d'accords de coopération, le Conseil de la concurrence ou les services compétents du

¹⁰⁸ Depuis sa mise en place, ce système de contrôle des prix n'a fait l'objet que de deux révisions, la dernière étant celle du décret No. 95-1142 ici mentionné. Pour plus de détails, voir OCDE (2019), Examens de l'OCDE pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence : Tunisie, p. 60.

ministère chargé du commerce peuvent, dans les limites de leurs compétences et après notification du ministre chargé du commerce, procéder à l'échange avec des institutions étrangères homologues, des expériences, des informations et des pièces relatives à l'instruction des affaires de concurrence, et ce, à condition d'assurer la confidentialité des informations échangées.

Cet article encadre sous plusieurs aspects les possibilités pour les organes de concurrence tunisiens de coopérer avec des autorités étrangères.

Premièrement, d'un point de vue objectif, les organes de concurrence, à condition qu'ils notifient préalablement le ministre du commerce, peuvent coopérer avec des autorités étrangères seulement dans la mesure où il y a un accord de coopération préexistant et ce, dans le respect du principe de réciprocité. La coopération peut porter seulement sur l'échange d'expériences, d'informations et de pièces relatives à l'instruction des affaires de concurrence, pourvu que ces échanges ne portent pas atteinte à la garantie de confidentialité des informations échangées.

Deuxièmement, d'un point de vue subjectif, le Conseil de la concurrence et la DGCEE sont les seuls organes compétents pour procéder à cette coopération, dans la mesure où ils coopèrent avec des autorités étrangères de la concurrence seulement excluant ainsi toute autre autorité étrangère. Par ailleurs, les parties à cette coopération ne peuvent pas aller au-delà des compétences qui leur sont respectivement attribuées.

À l'heure actuelle, le seul accord de coopération existant entre le Conseil de la concurrence et une autorité de concurrence étrangère que le secrétariat de l'OCDE a pu lire est le Mémoire de coopération dans le domaine de la concurrence entre l'Autorité de la concurrence turque et les organes tunisiens chargés de la concurrence, signé à Tunis en juillet 2017 et pour lequel n'est prévue aucune date d'expiration. Ce mémoire se compose de onze articles visant à renforcer la coopération sur trois fronts :

- L'échange d'informations non-confidentielles sur les développements législatifs, les affaires de concurrence et les publications respectives ;
- L'échange d'expériences dans le domaine des enquêtes, à travers des réunions d'experts, des séminaires et des conférences ;
- Le partage d'expérience sur les relations entre les organes de concurrence et les autres autorités nationales sectorielles de réglementation.

Cependant, bien qu'il y ait eu des affaires dans lesquelles l'Autorité de la concurrence turque ainsi que le Conseil de la concurrence tunisien se sont prononcés, il doit être précisé qu'aucune coopération sur des affaires de concurrence a eu lieu entre les organes de concurrence tunisiens et des autorités étrangères de la concurrence dans les dernières cinq années, pas même sur la base de cet accord.

En revanche, cet accord a donné lieu à des échanges d'expériences, en permettant par exemple au président du Conseil de la concurrence et au premier vice-président de participer à un colloque sur le droit de la concurrence et son impact macroéconomique, qui s'est tenu en novembre 2017 à Istanbul.

Outre cet accord, le Secrétariat de l'OCDE a été informé que la DGCEE a d'autres accords en place avec le Maroc, la Jordanie, l'Égypte et l'Uruguay mais ils n'ont pas encore été mis en œuvre, y compris dans la partie concernant les échanges d'informations et d'expériences. Les textes de ces accords ne sont pas publiés.

3.3.2. La coopération régionale au sein du COMESA

Le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) a été créé par le Traité instituant le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe en 1994. La Tunisie est devenue membre du COMESA en 2018.

L'article 55 du Traité établit un principe de libre concurrence et interdit toute pratique contraire à ce principe, y compris les accords anticoncurrentiels ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Cette disposition a servi de base juridique au Conseil du COMESA pour pouvoir adopter des règlements spécifiques sur la concurrence au fil des années. À l'heure actuelle les règles de concurrence sont établies dans les actes suivants :

- Règlement du COMESA relatif à la concurrence (2004) ;
- Règles de concurrence du COMESA (2004) établies en vertu du Règlement du COMESA relatif à la concurrence, modifiées en 2012 et en 2014 ;
- Règles sur le partage des revenus pour les notifications des concentrations (« Rules on Revenue Sharing of Merger Filing Fees » (2012) ;
- Règles du COMESA sur la fixation des seuils de notification des fusions (2015) ;

- Règles sur la Commission de la Concurrence du COMESA (procédures devant le collège d'appel) Rules (2017) (« COMESA Competition Commission (Appeals Board Procedure) Rules »).

La Commission de la Concurrence du COMESA (CCC) se compose de plusieurs départements, dont un est en charge de la coopération avec les États membres.

Comme noté par (OCDE, 2018), le traité COMESA a adopté un modèle d'application conjointe des règles de concurrence, dans lequel les autorités nationales ainsi que l'autorité régionale appliquent les dispositions régionales sur la concurrence dans les affaires régionales et nationales. Le partage de juridiction entre la CCC et les autorités nationales se fait sur la base de plusieurs critères.

En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, le partage se fait selon que la pratique a un impact au niveau national ou transfrontalier. La règle 34 stipule que l'obligation de notifier un accord à la CCC ne s'applique pas lorsque les parties aux accords sont des entreprises d'un seul État membre ou lorsque les pratiques anticoncurrentielles ne concernent ni les importations ni les exportations entre les États membres, autrement dit lorsque la pratique n'a pas d'impact significatif sur le commerce entre les États membres. Néanmoins, conformément à la règle 39 des Règles de concurrence du COMESA, tant que la CCC n'a pas engagé de procédure en vertu des règles sur les accords anticoncurrentiels et les abus de position dominante, les autorités des États membres restent compétentes pour les appliquer. L'amorçage d'une procédure peut consister en :

- Une décision d'après laquelle il n'existait pas de motifs de constater une pratique anticoncurrentielle ;
- Une décision de non-applicabilité des règles du COMESA ;
- Une décision visant à ordonner la cessation d'une infraction.

En ce qui concerne les enquêtes de concurrence, les règles du COMESA prévoient différents mécanismes de coopération avec les autorités des États membres, y compris la conduite d'une enquête par l'autorité nationale sous la supervision de la CCC ou la conduite d'une enquête par un membre du personnel de la CCC dans l'État membre concerné. En effet, lorsque la CCC reçoit un exemplaire des demandes et des notifications concernant une pratique anticoncurrentielle, elle les transmet immédiatement aux autorités de concurrence des États membres (en Tunisie le ministère du commerce agit en tant que point focal) et toute la procédure se déroule « en liaison étroite et constante avec les autorités compétentes des États membres », lesquelles ont le droit d'exprimer leurs opinions. En outre, suite à une demande de la CCC, les autorités des États

membres entreprennent les enquêtes jugées nécessaires par la CCC et les fonctionnaires de cette dernière peuvent apporter leur aide aux fonctionnaires de l'autorité nationale dans l'exécution de leurs fonctions.

Concernant les concentrations, les règles sur le partage de juridiction ne font pas l'objet d'une interprétation uniforme en Tunisie et au niveau du COMESA. L'article 24 du règlement du COMESA relatif à la concurrence dispose que les parties concernées par un projet de concentration doivent notifier à la CCC tout projet de concentration remplissant les conditions fixées à l'article 23 du même règlement. L'article 23(3)(a) prévoit que l'obligation de notification concerne les concentrations dans lesquelles les parties sont actives dans deux ou plusieurs États membres du COMESA.

D'une part, le paragraphe 3.10 des lignes directrices du COMESA sur le contrôle des concentrations interprète l'article 23(3)(a) à la lumière de sa nature supranationale, ce qui justifierait, en matière de contrôle des concentrations ayant une dimension régionale, une attribution de compétence exclusive à la CCC et non pas à l'autorité nationale compétente. En d'autres termes, d'après cette interprétation, l'article 23(3)(a) aurait établi un système de guichet unique dans lequel la notification à la CCC exclut toute notification aux autorités nationales de concurrence.

D'autre part, la loi tunisienne 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 auprès du ministère chargé du commerce conformément à l'article 7 de la loi No. 2015-36. C'est cette interprétation qui est actuellement fournie par le ministre du commerce, qui estime qu'une notification à la CCC ne suffirait pas à déroger à l'obligation de notification en Tunisie (Jabnoun, 2021) (Baker McKenzie, 2019). Cependant, comme noté dans la section 2.3.1 ci-dessus, bien que plusieurs projets de concentrations notifiés à la CCC avaient un impact aussi sur le marché intérieur tunisien, le Ministère du Commerce n'a pas adopté de décisions les concernant.

3.3.3. La coopération multilatérale avec les organisations internationales

Comme précisé dans le dernier rapport annuel du Conseil de la concurrence disponible en ligne, au cours de l'année 2017, le Conseil a continué à renforcer

sa coopération avec les organisations internationales actives dans son domaine de compétence, notamment en répondant aux invitations qui lui ont été adressées, en participant à des conférences et en permettant à ses dirigeants de participer aux événements et aux formations à l'étranger.

La Tunisie a mis en place plusieurs accords en matière de concurrence avec des organisations internationales.

Premièrement, la DGCEE a bénéficié de plusieurs programmes et actions avec la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) et, en 2006, dans le cadre de ce programme, le droit et la politique de la concurrence en Tunisie ont été soumis à un examen par les pairs du groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de concurrence. En outre, la Tunisie faisait partie des pays bénéficiaires du programme MENA mené par la Competition and Consumer Protection Branch (CCPB) de la CNUCED visant à renforcer les politiques de concurrence et de protection des consommateurs dans la région. La Tunisie a participé, à travers la DGCEE, aux séminaires organisés par la CNUCED dans la région MENA, notamment concernant le principe de neutralité concurrentielle, la définition du marché pertinent, les abus de position dominante et les techniques d'enquête en 2017, ou en 2018 sur l'efficacité des autorités de concurrence et la conformité des entreprises au droit de la concurrence.

Deuxièmement, le Conseil de la concurrence est un membre fondateur du Réseau international de la concurrence (RIC) et participe régulièrement à sa conférence annuelle, comme en 2017, lors de la conférence sur les enjeux posés par l'économie numérique pour les activités de promotion de la concurrence, qui a eu lieu à Porto.

Enfin, la DGCEE et le Conseil de la concurrence coopèrent étroitement avec l'OCDE. Les organes de concurrence participent activement au Forum mondial sur la concurrence qui se réunit annuellement. Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de présenter ses affaires relatives aux pratiques anticoncurrentielles et a régulièrement soumis des contributions écrites concernant les différents sujets de discussion. La participation de la Tunisie au Forum CESAOC-OCDE-CNUCED sur la concurrence a contribué de manière déterminante au succès des deux premières éditions en 2020 et 2021, lesquelles ont été l'occasion d'échanger des expériences entre pairs. Par ailleurs, la Tunisie a présenté les résultats et recommandations du projet d'évaluation de l'impact concurrentiel mené sur la base de la méthodologie de l'OCDE fixée par le Manuel pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence (OCDE, 2019).

3.3.4. Le principe de la libre concurrence dans les accords commerciaux

Lors de la signature d'un accord commercial, il relève d'une pratique courante en Tunisie de créer des commissions regroupant les différents régulateurs sectoriels et services compétents et chargées de leur mise en œuvre. La DGCEE fait partie de ces commissions et donne son avis sur les questions liées à l'ouverture et la liberté d'accès aux marchés. Par ailleurs, comme noté dans la 3.1.2 ci-dessus, les ministères et les commissions parlementaires peuvent saisir d'un avis le Conseil de la concurrence sur les questions afférentes à son domaine de compétence.

Ces mécanismes permettent aux organes de concurrence de coopérer indirectement avec des autorités étrangères et ainsi d'assurer la prise en compte des principes de libre concurrence lors de la signature ou de la mise en œuvre des accords commerciaux. Par exemple, même en l'absence d'un mécanisme formel de coopération, dans la dernière version du texte proposé par l'UE pour un accord de libre-échange complet et approfondi (ALECA) avec la Tunisie figure un chapitre sur la concurrence, soulignant l'importance d'une concurrence libre et non faussée face au risque que les pratiques commerciales anticoncurrentielles puissent perturber le bon fonctionnement des marchés.

Chapitre 4. Recommandations

4.1. Cadre institutionnel

- Clarifier l'application transversale du droit de la concurrence à tous les secteurs et l'alignement de la réglementation sectorielle sur les règles de la concurrence.
- Séparer la législation sur la concurrence et de régulation de prix. Progresser vers la libéralisation de davantage de prix en assurant l'actualisation assidue des trois listes de produits et services inscrites au Décret n° 95-11. S'assurer que l'accord ou au moins l'avis préliminaire du Conseil de la concurrence est systématiquement obtenu à chaque fois que l'application de l'Art. 4 de la loi de 2015 relative à la fixation temporaire des prix est considérée;
- Renforcer le mandat et les pouvoirs du Conseil de la concurrence et assurer son indépendance:
 - Donner les pleins pouvoirs de représentation au Conseil de la concurrence devant d'autres organes publics dont le Parlement, le Tribunal administratif et la Cour des comptes ;
 - Supprimer l'obligation de passage par le ministère du Commerce pour saisir le Conseil de la concurrence en cas d'infraction potentielle ou pour solliciter un avis ;
 - Doter le Conseil des pouvoirs pour surveiller l'exécution de ses propres décisions ;
 - Revoir et annoncer publiquement les procédures de nomination du président, des vice-présidents et des membres du Conseil pour éviter les interférences politiques et encourager les notions de transparence et du mérite dans ces procédures.

- Prévoir des règles claires, objectives et motivées pour la procédure de révocation du président et des membres du Conseil.
- Clarifier les rôles et la séparation des pouvoirs entre le Conseil de la concurrence et le ministère du Commerce pour éviter les chevauchements de compétences et l'utilisation efficace des ressources.
 - Renforcer l'organisation du Conseil de la concurrence de manière à lui permettre de remplir son mandat et de poursuivre ses objectifs de manière efficace :
 - Permettre au Conseil de définir ses priorités et son plan d'activités de façon indépendante de manière à éviter les stimuli externes, avec le pouvoir de ne pas accepter ou de clore des dossiers en raison de ses priorités et/ou de la disponibilité des ressources ;
 - Repenser l'organisation interne en clarifiant l'interface entre l'application du droit de la concurrence et la protection des consommateurs et organiser les équipes spécialisées en conséquence ;
 - Renforcer les compétences économiques du staff et créer un département économique, y compris le poste d'économiste en chef ;
 - Penser à meilleur équilibre entre les membres de l'Ordre Judiciaire et de l'Ordre Administratif qui siègent au Conseil de la concurrence compte tenu du rôle de contrôle juridictionnel du Tribunal administratif dans l'organisation institutionnelle du régime de la concurrence en Tunisie ;
 - Repenser l'occupation à temps partiel des membres du Conseil et privilégier une mise à disposition totale ;
 - Renforcer les règles encadrant les conflits d'intérêt et les incompatibilités en incluant des clauses de période d'interruption (cooling-off period) qui peuvent être limitées dans le temps pour les postes à haute responsabilité ;

Renforcer les ressources budgétaires et humaines du Conseil :

- Considérer l'augmentation du budget alloué au Conseil, diversifier les sources de financement et ainsi explorer de nouvelles pistes afin d'identifier des ressources en dehors des dotations budgétaires de l'État ;

- Permettre au Conseil de définir ses propres critères de recrutement et d'employer son propre personnel en veillant à une sélection transparente et objective des agents ;
- Prévoir un programme de formation continue avec des sessions régulières pour le staff, y compris sur les questions d'économie de la concurrence ;
- Embaucher et affecter plus de personnel aux postes d'analyse de la concurrence ;
- Reconsidérer la rémunération des postes de responsabilité pour améliorer l'attractivité du Conseil en tant qu'employeur de long terme.

4.2. Pratiques anticoncurrentielles

- Renforcer l'utilisation du programme de clémence et améliorer l'utilisation des techniques d'enquête d'office comme instruments de lutte contre les ententes injustifiables.
- Accroître les investigations sur les ententes impliquant des marchés publics et adhérer à la Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables.
- Imposer des amendes adéquates, en particulier dans les affaires d'entente, notamment en tenant compte de la durée de l'infraction, afin d'augmenter la dissuasion des actes répréhensibles.
- Permettre au Conseil de la Concurrence de négocier et de conclure à la fois des transactions et des décisions d'engagements relatives à toutes les pratiques anticoncurrentielles.
- Consolider la pratique du Conseil de la Concurrence d'application du droit de la concurrence dans les enquêtes sur les entreprises publiques et adhérer à la Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle.

4.3. Contrôle des concentrations

- Transférer les compétences sur le contrôle de concentrations au Conseil de la concurrence avec des critères clairement définis à suivre lors de l'évaluation des concentrations. Accorder au Ministre du Commerce le pouvoir d'adopter, à titre exceptionnel, une décision différente remplaçant

la décision du Conseil, motivée par des raisons d'intérêt général établies par la loi autres que le maintien de la concurrence.

- Éliminer l'interdiction ex ante de toute concentration dans le secteur des media audiovisuels. Si nécessaire, d'autres mécanismes de protection de la diversité dans les media pourraient être créés.
- Ajouter un deuxième barème au critère de notification basé sur les chiffres d'affaires pour considérer également celui de la société cible ;
- Considérer les avantages et désavantages d'un critère de notification fondé sur les parts de marché, en particulier s'il est de nature à assurer la sécurité juridique et à éviter des coûts excessifs pour les entreprises au moment de l'évaluation de l'obligation de notification (par exemple, des faibles parts de marché cumulées pourraient constituer un critère juridique donnant lieu à une présomption d'absence de problèmes de concurrence ; elles pourraient aussi justifier le recours à une procédure de contrôle simplifiée) ;
- Assurer que l'acquisition de contrôle de facto est soumise au contrôle des concentrations lorsque cette acquisition remplit les autres critères de notification ;
- Clarifier (dans la loi ou dans des lignes directrices) le concept d'entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, notamment en vue d'évaluer l'existence d'une obligation de notification. Cette définition doit garantir la sécurité juridique afin que les entreprises puissent évaluer avec certitude si leurs transactions sont soumises à une obligation de notification ;
- Créer une procédure simplifiée pour la notification des concentrations plus simples qui ne donnent guère lieu à des problèmes de concurrence.
- Si le pouvoir de contrôle des concentrations n'est pas transféré au Conseil, assurer que les décisions du ministre du commerce fournissent une motivation claire et précise, y compris en ce qui concerne les arguments soulevés par le Conseil de la concurrence dans son avis et les éventuelles raisons de s'en écarter.
- Ajouter à l'article 12 de la loi sur la concurrence de 2015 une mention des intérêts des consommateurs, conformément à la pratique courante (c'est-à-dire, en prévoyant que les consommateurs reçoivent une partie équitable des avantages résultant de la fusion) ;

- Rendre accessible aux parties le rapport consultatif sur la base duquel la séance plénière du Conseil de la Concurrence adopte son avis sur les concentrations. De la même manière, rendre accessible aux parties l'avis émis par le Conseil.
- Éliminer les exceptions sectorielles dans le cadre du contrôle des concentrations de manière à centraliser ce mécanisme au sein d'une seule autorité de concurrence, avec faculté de demander l'avis du régulateur sectoriel. Lorsque des raisons d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence surgissent, la loi peut accorder au ministre du commerce le pouvoir d'intervenir à titre exceptionnel avec une décision motivée.
- Assurer que toutes les décisions et les avis en matière de concentrations, de pratiques anticoncurrentielles et concernant les textes législatifs et réglementaires sont disponibles en ligne, et que les décisions et avis peuvent être filtrés sur la base de différents critères.
- Introduire un test d'analyse des concentrations fondé sur la diminution substantielle de la concurrence (*substantial lessening of competition* (SLC) test) en plus d'un test fondé sur la création ou le renforcement d'une position dominante. Cela rendra plus facile la prise en compte d'autres problèmes de concurrence relevés par le Conseil, et créera un cadre juridique dans lequel l'évaluation menée par le Conseil est plus clairement distinguée du rôle du Ministre du Commerce.
- Fournir des orientations aux entreprises confirmant l'alinéa 4 de l'article 9 de la loi sur la concurrence de 2015, précisant que suite à l'écoulement du délai, les autorités ne peuvent que confirmer que la transaction est autorisée.

4.4. Pouvoir judiciaire

- Permettre au Conseil de la Concurrence de défendre ses décisions devant le Tribunal Administratif.
- Investir dans la formation économique et concurrentielle des juges administratifs qui auront un rôle dans le domaine concurrentiel.
- Recruter du personnel de soutien pour les juges qui ont une formation spécialisée en économie, en finance et en concurrence.

- Accroître l'efficacité des procédures devant le Tribunal Administratif, notamment en ajoutant plus de juges ou une chambre spécifique à la concurrence si nécessaire.
- Éliminer l'effet suspensif automatique lorsqu'un recours est formé devant le Tribunal Administratif contre une décision du Conseil de la Concurrence.
- Assurer que tout acte pouvant potentiellement porter atteinte à un personne physique ou moral (à l'instar d'une demande d'informations assortie d'une sanction en cas de défaut de coopération) est susceptible de faire l'objet d'un recours devant un juge indépendant.
- Envisager des mesures supplémentaires qui pourraient réduire la durée des procédures/appels devant les tribunaux administratifs afin de respecter le délai législatif d'un an.

4.5. Promotion de la concurrence

- Assurer la mise à jour du site internet de la DGCEE, avec publication des avis, des décisions et des initiatives visant à promouvoir la concurrence. Ces décisions et avis devraient pouvoir être filtrés en fonction des mots clefs, du type de décision, etc.
- Assurer la publication sur le site internet du rapport annuel du Conseil de la concurrence dès qu'il est disponible.
- Donner au Conseil de la concurrence le pouvoir de soumettre au ministère du commerce des propositions sur des textes législatifs et réglementaires (lois, décrets gouvernementaux, arrêtés et cahiers des charges) de sa propre initiative, sans qu'il soit préalablement saisi.
- Élaborer une méthodologie avec des critères spécifiques et transparents préalablement publiés pour l'évaluation des textes législatifs et réglementaires.
- Conformément à l'article 14, alinéa 4, de la loi No. 015-36, créer une base de données sur l'état des marchés, comprenant aussi les informations collectées à l'occasion des enquêtes et investigations susceptibles d'être échangées avec le reste des services de l'État.
- Élaborer des lignes directrices sur les études de marchés visant à fixer le cadre général de l'analyse de marché, y compris les critères de

priorisation et de sélection des marchés/secteurs, les principes, les méthodes, les critères d'analyse et les procédures

- Dans le cadre d'une étude de marché, accorder aux organes chargés de la concurrence le pouvoir de recueillir des informations et imposer des amendes lorsque les destinataires d'une demande d'informations ne répondent guère ou fournissent des informations fausses et trompeuses.
- Élaborer des lignes directrices publiques pour renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité de l'action des organes chargés de la concurrence, par exemple en matière de définition du marché pertinent, de calcul des amendes, d'analyse de certains types d'accords.
- Développer une stratégie générale préalable visant à fixer des priorités dans l'organisation d'initiatives de promotion de la concurrence et/ou à poursuivre ces initiatives qui se sont avérées efficaces dans ce but. Assurer aussi que ces activités font l'objet d'une évaluation d'impact.
- Promouvoir l'adoption de programmes de conformité au droit de la concurrence au sein des entreprises.
- Renforcer les liens avec les milieux universitaires et le monde académique en Tunisie, y compris à travers des accords permettant aux étudiants de faire des stages auprès de la DGCEE et le Conseil de la Concurrence, afin de faciliter le futur recrutement de personnel spécialisé en droit et/ou économie de la concurrence.
- Renforcer la coopération avec les régulateurs sectoriels - par exemple la Banque Centrale de Tunisie (BCT), le Comité général des assurances (CGA), le Conseil du marché financier (CMF), y compris à travers des accords formels de coopération facilitant les échanges d'informations et les canaux de communication directe. Des échanges de personnel pourraient aussi être considérés lorsqu'une plus étroite coopération est nécessaire.
- Exiger que le CGA et les autres régulateurs demandent l'avis du Conseil de la concurrence sur les problématiques de concurrence.
- Renforcer la coopération dans le domaine des marchés publics, notamment pour la lutte contre les ententes et les soumissions concertées, et considérer l'opportunité d'adhérer à la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics. Considérer aussi une meilleure coordination avec la Haute Instance de la Commande Publique (HAICOP) afin d'affronter les

problématiques liées aux pratiques de prix excessivement bas dans les marchés publics.

4.6. Coopération internationale

- Renforcer les efforts de coopération internationale surtout dans le domaine du contrôle des concentrations internationales.
- Adopter des dispositions légales (des « mécanismes de communication des informations ») autorisant l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence, sans que celles-ci aient besoin d'obtenir le consentement préalable de la source des informations en question.
- Clarifier si la notification d'une concentration ayant une dimension régionale à la Commission de la Concurrence du COMESA (CCC) exclut toute notification à l'autorité tunisienne chargée du contrôle des concentrations.

Références

- Alves, S., Capiiau, J., & Sinclair, A. (2015). Principles for the Independence of Competition Authorities. *Competition Law International*, 11(1). Récupéré sur http://www.ibanet.org/Publications/Competition_Law_International_April_2015.aspx
- Baker McKenzie. (2019). *An Overview of Competition and Antitrust Regulations in Africa*.
- Banque mondiale. (2014). *La révolution inachevée*.
- CNUCED. (2006). *Examen collégial volontaire de la politique de concurrence: Tunisie*.
- CNUCED. (2008). *United Nations Conference on Trade and Development, Independence and Accountability of Competition Authorities*. Récupéré sur http://unctad.org/en/docs/c2clpd67_en.pdf.
- Commission européenne. (2014). *Commission Staff Working Document SWD (2014) 231 - Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues Accompanying the document Communication from The Commission to the European Parliament*.
- Commission européenne. (2014). *Communication from The Commission to the European Parliament and the Council Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*.
- Dutz, M. A., & Vagliasindi, M. (2000). Competition Policy Implementation in Transition Economies: An Empirical Assessment. *European Economic Review*.

- FMI. (2021). *2021 Article IV consultation*.
- Gal, M. S. (2004). *The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries Competition, Competitiveness and Development*. Récupéré sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=665181.
- Gani, W. (2012). The Tunisian competition authority rules on a merger case and considers that it lies within the notification threshold of national competition law (Carlyle Group/Gores Broadband). *Concurrences*(78522).
- Guidi, M. (2011). *Does Independence Affect Regulatory Performance? : The Case of National Competition Authorities in the European Union*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Récupéré sur <http://www.ieb.ub.edu/aplicacio/fitxers/140982ART129.pdf>.
- Guidi, M. (2015). The Impact of Independence on Regulatory Outcomes: the Case of EU Competition Policy. *Journal of Common Market Studies*, 53(6), pp. 1195–1213.
- INS. (2021). Ménages et conditions de vie: taux de pauvreté par milieu de résidence. Consulté le May 27, 2021, sur <http://www.ins.tn/statistiques/102>
- International Competition Network - Merger Working Group. (2008). *Setting notification threshold for merger review*.
- ITCEQ. (2020). *Tableau de bord sur la compétitivité de l'économie tunisienne*. Institut tunisien de la compétitivité et des études quantitatives. Récupéré sur <http://www.itceq.tn/files/tableaux-de-bord/competitivite/tbord-competitivite-dec-2020.pdf>
- Jabnoun, A. (2021). *'Tunisia', Merger Thresholds Monitor*.
- Jenny, F. (2016). *Institutional Designs of Competition Authorities: Debates and Trends' in Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries: Legal and Economic Aspects*, ed. by Frederic Jenny and Yannis Katsoulacos.

- Knani, A. (2017). La nouvelle jurisprudence du Conseil de la Concurrence en matière d'abus de dépendance économique : la dépendance économique collective. *InfoJuridiques*.
- Kovacic, W. (2011). *Competition Agencies, Independence, and the Political Process' in Competition Policy and the Economic Approach*, edited by Josef Drexl, Wolfgang Kerber and Rupprecht Podszun. Récupéré sur http://www.e-elgar.com/shop/competition-policy-and-the-economic-approach?___website=uk_warehouse.
- Kovacic, W., & Wineman, M. (2015). The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy and Effectiveness. *Iowa Law Review*, Vol 100, p2108. Récupéré sur http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/ilr_100-5_kovacic_winerman.pdf.
- KPMG. (2017). *Peer Review of UK Competition Policy*.
- Madani, N. (2021). *Le juge et la concurrence*. Latrach Edition.
- Madani, N. (2021). *Le Juge et la Concurrence*. Edition Latrach.
- Monti, G. (2014). *Independence, Interdependence and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and the European Competition Network*.
- OCDE. (2005). *Working Party on Regulatory Management and Reform- Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation: Proceedings of an Expert Meeting in London, United Kingdom*. Récupéré sur <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35028836.pdf>.
- OCDE. (2009). *Les défis que doivent relever les jeunes autorités de la concurrence - Note du secrétariat*. Récupéré sur <https://www.oecd.org/daf/competition/GFC2009-Challenges-faced-by-young-competition-authorities.pdf>
- OCDE. (2011). *Synthèse de la table ronde sur Les preuves économiques dans l'analyse des fusions*.

- OCDE. (2016). *Being an Independent Regulator, The Governance of Regulators*. Paris: OECD Publishing. Récupéré sur <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/being-an-independent-regulator-9789264255401-en.htm>.
- OCDE. (2016). *L'indépendance des autorités de la concurrence - Note de référence par le Secrétariat*.
- OCDE. (2018). *Note de référence du Secrétariat pour le Forum mondial sur la concurrence sur les Accords de coopération régionale en matière de concurrence: avantages et défis*.
- OCDE. (2018). *OECD Economic Surveys: Tunisia 2018: Economic Assessment*. OECD publishing, Paris. Récupéré sur https://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-tun-2018-en
- OCDE. (2019). *EXAMENS DE L'OCDE POUR L'ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR LA CONCURRENCE: TUNISIE*.
- OCDE. (2020). *OECD-IDB Peer Reviews of Competition Law and Policy: El Salvador*.
- OCDE. (2021). *Tunisia Economic Snapshot*.
- OECD. (2013). *Table-ronde de l'OCDE sur "Ex-Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels"*.
- OECD. (2019). *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*.
- OECD. (2021). *Global Merger Control - OECD Competition Trends, Volume II*.
- Ottow, A. (2015). *Market & Competition Authorities: Good Agency Principles*. OXFORD University Press.
- Présidence du gouvernement. (2018). *Livre blanc sur la réforme des entreprises publique*.

- RIC. (2002). *Advocacy and Competition Policy, Advocacy Working Group*. Récupéré sur <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>.
- RIC. (2005). *Aspects of the Independence of Regulatory Agencies and Competition Advocacy, Competition Policy Implementation Working Group*. Récupéré sur <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc507.pdf>.
- Rijkers, B., Freund, C., & Nucifora, A. (2017). *All in the family: State capture in Tunisia*. Récupéré sur <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304387816300608>
- Thatcher, M., & Sweet, A. S. (2002). Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions. *West European Politics*, pp. 1–22.
- Wilks, S., & Bartle, I. (2002). The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies. *West European Politics*, pp. 148-172.

www.oecd.org/competition



Cofinancé par
l'Union européenne

