

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

**LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES ENTREPRISES PUBLIQUES -
Contribution de la Tunisie**

- Session V -

30 novembre 2018

Cette contribution est soumise par la Tunisie au titre de la Session V du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 29 et 30 novembre 2018.

La documentation relative à cette discussion est disponible sur le lien : oe.cd/cenp.

Veillez contacter Mme Lynn Robertson, si vous avez des questions sur ce document [Tél. : +331 45 24 18 77 courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03440045

Le droit de la concurrence et les entreprises publiques

- Contribution de la Tunisie -

Introduction

1. Tunisie s'est engagée depuis les années 1980, dans un processus de réformes économiques adoptant notamment la libéralisation du commerce et des prix, la privatisation des entreprises publiques et ce dans un objectif visant son intégration dans une économie de marché et le renforcement de la compétitivité des entreprises.

2. Dans ce cadre, la Tunisie a adopté une loi sur la concurrence et les prix depuis 1991. Cette loi a été révisée à plusieurs reprises en 1993, 1995, 1999, 2003, et 2005 avant d'être abrogée par la loi n°2015-36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation des prix et de la concurrence. Cette loi a consacré l'ensemble des principes en matière des pratiques restrictives de concurrence en interdisant les pratiques anticoncurrentielles ou discriminatoires et en établissant un contrôle des concentrations. Le cadre juridique, tel qu'il se présente aujourd'hui, est exhaustif, proche de la réglementation européenne et très adapté aux exigences nationales et internationales. La promulgation de la loi sur la concurrence s'est accompagnée d'un processus de libéralisation économique qui a concerné le commerce, l'investissement et la privatisation des entreprises publiques. La déréglementation a été aussi une composante essentielle de la réforme en vue de créer un contexte favorable à la concurrence et à l'initiative privée.

3. Des politiques sectorielles sont adoptées pour la réalisation des objectifs spécifiques de développement, mais les considérations d'ordre social restent présentes dans les choix consacrés par le législateur (articles 3, 4 et 6 de la loi du 15 septembre 2015).

4. En outre, l'État marque encore sa présence comme acteur économique à travers notamment les entreprises publiques qui ont servi au développement de l'infrastructure et des services sous la conduite de l'État.

5. La présence des entreprises publiques pouvant bénéficier de plusieurs avantages peut causer de sérieuses atteintes à la concurrence. Ceci est dû notamment au rapport complexe des entreprises publiques avec l'État régulateur, contrôleur, mais aussi détenteur de ses entreprises. Ce rapport complexe se manifeste notamment à travers :

- La participation de l'État au capital des établissements publics et des entreprises publiques ;
- La fixation des orientations stratégiques des secteurs de production ;
- Le contrôle de la conformité des actes de gestion aux réglementations en vigueur ;
- La régulation des prix des biens et services ;
- La garantie de la continuité des services publics ;
- La création des conditions adéquates pour les grands projets ;
- L'instauration d'une dynamique économique à travers les marchés publics conclus avec le secteur privé.

6. Cette coexistence entre entreprises publiques et privées dans un contexte d'ouverture suscite la réflexion sur la neutralité concurrentielle en Tunisie. Cette neutralité suppose l'existence d'un cadre juridique et réglementaire dans lequel tous les acteurs économiques sont soumis aux mêmes règles, et aucun acteur ne se voit conférer des avantages injustifiés au motif que l'État en est propriétaire ou partie prenante.

7. Cette contribution présentera une analyse de la situation des entreprises publiques et leur impact sur la concurrence en Tunisie à travers la présentation du cadre juridique et le poids de ces entreprises dans l'économie tunisienne (I) et les principes adoptés quant à l'application du droit de la concurrence (II).

1. Le cadre juridique des entreprises publiques et leur poids dans l'économie

1.1. Cadre juridique

8. La notion d'entreprise publique pose de sérieux problèmes de délimitation et de définition. Il s'avère difficile de trouver un critère unique pour la cerner. Le secteur public constitue un ensemble d'entreprises hétérogènes sur le plan juridique (établissements publics, sociétés anonymes, etc.) ainsi que sur le plan de l'organisation et de la gestion des activités exercées (service public, activités monopolistiques, activités concurrentielles, industrie, commerce, services, etc.).

9. Ceci étant, l'entreprise publique est caractérisée par la personnalité morale, l'autonomie financière, l'appartenance du capital (totale ou partielle) à l'État ou aux collectivités publiques et par un objet d'activité qui consiste, soit à diriger un secteur stratégique ou un service public, soit à gérer comme une simple entreprise privée, une activité qui lui est confiée par l'État.

10. La loi n°89-9 du 1er février 1989 relative aux participations entreprises et établissements publics telle que modifiée et complétée par la loi n°94-102 du 1er août 1994, la loi n°96-74 du 29 juillet 1996, la loi n°99-38 du 3 mai 1999 et la loi n°2001-33 du 29 mars 2001, a défini les entreprises publiques comme étant :

- Les établissements publics à caractère non administratif et dont la liste est fixée par décret¹ ;
- Les sociétés dont le capital est entièrement détenu par l'État ;
- Les sociétés dont le capital est détenu par l'État, les collectivités locales, les établissements publics et les sociétés dont le capital est détenu entièrement par l'État à plus de 50 % chacun individuellement ou conjointement.

11. Le régime juridique applicable aux entreprises publiques s'est toujours caractérisé par la recherche d'un certain équilibre entre, d'une part, la nécessité de soumettre ces entités aux règles de droit commun caractérisées par la souplesse et d'autre part, la nécessité de les soumettre à certaines obligations afin de permettre aux pouvoirs publics d'orienter leurs actions et de les intégrer dans le cadre général de la politique économique de l'État.

¹ Décret n° 2265 du 27 septembre 2004.

1.2. Poids des entreprises publiques dans l'économie tunisienne

12. Aujourd'hui, on compte en Tunisie 102 entreprises publiques, l'État détient aussi des participations publiques dans un certain nombre d'entreprises².

13. Les entreprises publiques opèrent dans différents secteurs, aussi bien concurrentiels que non concurrentiels ainsi que dans les services publics marchands.

14. Selon une étude de la banque mondiale³, Les entreprises publiques représentent approximativement 13 % du PIB et près de 4% de l'emploi total dans le pays. L'État est actif particulièrement dans le domaine des services publics (électricité, eau, traitement des eaux, transport) ainsi que dans l'importation de certains produits de base considérés sensibles, tels que les céréales, le thé, le café, l'huile végétale, le fer et les produits pharmaceutiques. Les entreprises publiques détiennent entre 50 % et 100 % des marchés du gaz, de l'électricité, du transport ferroviaire, du transport aérien, et des services de télécommunication de ligne fixe, d'autres, jouissent de monopoles pour la production, l'importation et la distribution de divers produits (les céréales, l'huile, ou le sucre...).

15. Il est à noter que certaines entreprises publiques bénéficient d'un traitement de faveur et reçoivent régulièrement des «Aides de l'État» sous formes diverses telles que les augmentations de capital et l'octroi de garanties pour les entreprises en difficulté financière ou des prêts préférentiels émanant de banques publiques, exonérations fiscales, réductions des charges sociales, etc.

16. Sur un autre plan, le contrôle étendu par l'État, des prix et d'autres variables de marché augmentent les risques des entreprises tunisiennes et réduisent leur capacité concurrentielle.

17. Le contrôle des prix touche les produits et services de première nécessité. Une revue des pairs conduite sous l'égide de la CNUCED a montré que dans le secteur productif, les prix de 13% des produits sont encore réglementés. Le rapport a conclu qu'une partie non négligeable de l'économie tunisienne n'est pas ouverte à la concurrence libre (CNUCED 2006). Les secteurs où les prix sont contrôlés à tous les niveaux de distribution sont aussi associés à une présence significative des entreprises publiques.

18. La concurrence dans certains secteurs économiques est fortement contrainte, à cause d'un mélange d'obstacles réglementaires et monopoles légaux, un appui privilégié pour les entreprises publiques et un contrôle extensif des prix.

19. La présence des entreprises publiques et leur rapport avec l'État dans un contexte concurrentiel impose une réflexion sur le respect du principe de la neutralité concurrentielle. Les analyses qui suivent, montreront que la loi relative à la concurrence en Tunisie et la jurisprudence du conseil de la concurrence consacrent la soumission des entreprises publiques aux droit de la concurrence et ce abstraction faite du secteur dans lequel elles opèrent. Entreprises publiques et règles de concurrence :

² Livre blanc sur la réforme des entreprises publiques, présidence du gouvernement, mars 2018.

³ « La Révolution Inachevée Créer des opportunités, des emplois de qualité et de la richesse pour tous les Tunisiens », Banque mondiale, May 2014.

2. Entreprises publiques et règles de concurrence

20. L'étude du rapport des entreprises publiques et la concurrence peut être menée sous deux angles différents à savoir l'ouverture à la concurrence et l'applicabilité du droit de la concurrence. Les analyses précédentes ont montré que bien que la Tunisie a opté pour l'ouverture de son économie et son intégration à l'économie mondiale, certains secteurs et activités économiques demeurent encore non suffisamment ouverts à la concurrence. Toutefois, ils ne sont pas exceptés de l'application du droit de la concurrence qui se réfère à des critères relatifs à la notion de l'entité économique (1), à la nature de l'activité (2), et à la preuve des pratiques anticoncurrentielles (3).

2.1. Notion de l'entreprise économique

21. L'article 1^{er} de la loi relative à la réorganisation de la concurrence et aux prix, consacre le principe de neutralité concurrentielle en stipulant que les règles de la concurrence sont applicables à toutes les entreprises économiques.

22. L'article 15 de la même loi, confirme ce principe en stipulant que : « les entreprises économiques » sont habilitées à porter les requêtes devant le conseil de la concurrence, confirmant ainsi l'absence de distinction entre entreprises publiques et entreprises privées. Le conseil de la concurrence a consacré le principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence au même titre que les personnes privées. Le concept d'entreprise économique n'est pas délimité par des critères juridiques mais plutôt économiques afin d'englober toutes sortes d'entreprises, d'organismes ou de groupements et toutes personnes publiques ou privées exerçant une activité économique.

23. Le conseil de la concurrence a considéré 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 ou de service.

Encadré 1. 4. Décision n° 3152 du 26 Juillet 2004 (La Société des Loisirs de Tabarka contre le Club Municipal de Plongée)

Le conseil de la concurrence a considéré que le concept d'entreprise économique du point de vue de la loi de la concurrence n'est pas déterminé selon des critères uniquement juridiques. La loi est applicable à toutes les personnes physiques ou morales qui exercent une activité économique, indépendamment de leur nature ou leur forme juridique, de leur existence de fait ou de droit.

Le Club de Plongée à Tabarka, en plus de sa mission d'animation et de formation gratuite en matière de plongée, exerce parallèlement et de manière continue, une activité commerciale dans un secteur concurrentiel en fournissant des services rémunérés à des non affiliés. Cependant le club n'a pas supporté les mêmes charges que ses concurrents ce qui lui a permis d'appliquer des prix excessivement bas.

Le conseil a Considéré que les agissements du club municipal de plongée sont contraires aux règles de la concurrence et lui a adressé l'ordre de cesser l'application des prix qui ne tiennent pas compte du coût réel des prestations fournies.

2.2. Notion de l'activité économique

24. Se référant à l'article 1^{er} de la loi relative à la réorganisation de la concurrence et aux prix, et la jurisprudence du Conseil de la concurrence, les règles de la concurrence sont applicables à toutes les activités économiques y compris celles exercées par les personnes publiques. La loi ne tient pas compte du critère organique ni de la nature ou de la forme de l'entreprise, mais retient plutôt le critère de l'activité ayant trait à la production, à la distribution ou à la prestation de services.

25. La loi consacre le principe de liberté des prix des biens, produits et services tout en excluant de cette liberté, les biens, les produits et les 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.

26. Les activités économiques soustraites de l'application de la loi sur la concurrence doivent être expressément prévues par des textes spéciaux. Ainsi, la législation sur la concurrence ne s'applique pas aux actes souverains de l'État. Les actes unilatéraux révélant l'exercice par l'administration de prérogatives de puissance publique demeurent du ressort du juge administratif.

27. Le conseil de la concurrence, reconnaissant sa compétence de contrôle des pratiques émanant d'entreprises publiques jouissant d'un monopole juridique, a distingué entre les décisions administratives soumises au contrôle de légalité du juge administratif et les opérations économiques effectuées sur le marché qui sont soumises à la loi de la concurrence et donc à son contrôle. Ce principe a été énoncé clairement par le conseil de la concurrence dans plusieurs décisions.

Encadré 2. Décision n° 5181 du 10 novembre 2005 (Société «MEDIFET» contre La pharmacie centrale de Tunisie et deux sociétés médicales)

Le conseil a considéré que la pharmacie centrale de Tunisie occupe une position dominante sur le marché de l'importation du médicament en vertu des dispositions de loi N° 90-105 du 26 novembre 1990.

La législation tunisienne régissant le secteur des médicaments repose sur la séparation entre, d'une part, l'autorité chargée de la prise des décisions relatives aux autorisations de mise en circulation et à l'octroi des visas, lesquelles décisions sont prises par les services du ministère de la Santé et les structures qui y sont rattachées, et sont d'ordre administratif dépassant le champ de compétence du Conseil de la concurrence, et, d'autre part, la mission relative à la vente, à l'achat et à la distribution dont est chargée la pharmacie centrale, laquelle mission lui rend applicable la loi relative à la concurrence.

Le fait que la Pharmacie Centrale occupe une position dominante sur le marché de l'importation du médicament, ne l'exonère pas à l'égard de ses clients et de ceux qui entretiennent des relations commerciales avec elle, du devoir d'observer les règles de la concurrence et de veiller à ne pas se livrer à des activités de nature à fausser le jeu de la concurrence et de porter atteinte aux intérêts du consommateur et des concurrents. En effet, en procédant à l'importation et à la distribution d'un médicament dont l'importation est prohibée, La Pharmacie Centrale, a nui à l'équilibre général du marché en portant préjudice au fabricant local unique de ce médicament dont le volume des ventes a régressé et le chiffre d'affaires a baissé d'une manière considérable, durant la période considérée.

Le conseil a condamné la pharmacie centrale pour ces pratiques anticoncurrentielles et lui a infligé une amende de 50.000 TND.

2.3. Les pratiques anticoncurrentielles

28. La loi relative à la concurrence est applicable à toutes les entreprises tant qu'elles exercent une activité économique de production, de distribution ou de service. Le conseil de la concurrence se charge de la preuve des pratiques anticoncurrentielles qui marquent les limites de sa compétence juridictionnelle.

29. En effet, l'article 5 de la loi relative à la concurrence interdit les pratiques anticoncurrentielles à savoir 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.

30. Est également prohibée, l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci, ou 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.

31. Est également prohibée, 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.

32. En effet, dans le marché des télécommunications, le conseil de la concurrence a condamné l'opérateur historique (Tunisie Télécom) qui est une entreprise publique jouissant d'une position dominante sur le marché de la téléphonie fixe en prouvant un comportement abusif de sa part.

Encadré 3. Décision n°161419 du 12 juillet 2018 (orange Tunisie et orange Tunisie internet contre Tunisie télécom et Topnet)

Tunisie télécom étant l'opérateur historique, occupe une position dominante sur le marché de la téléphonie fixe (nécessaire pour le service ADSL), est propriétaire de la société Topnet (exerçant dans le marché de l'internet). Tunisie télécom a commercialisé une offre «Smart Adsl» combinant le service de liaison au réseau fixe et le service internet à travers la société « Topnet » qui lui appartient et ce en détournant les demandeurs d'abonnement vers sa filiale Topnet à travers le guichet unique.

Le conseil a considéré que les pratiques de Tunisie télécom sont des pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante) et lui a infligé une amende de 500.000 TDN.

Décision n°161429 du 12 juillet 2018 (orange Tunisie internet contre Tunisie télécom et Topnet)

La société Topnet a commercialisé une offre «Smart Rapido» qui est une solution d'accès très haut débit basée sur une technologie hybride en fibre optique et VDSL qui offrent des débits qui peuvent atteindre 100 Méga. Tunisie télécom a accordé un avantage concurrentiel illégal à Topnet (priorité de commercialisation de l'offre) sans l'autorisation de l'Instance Nationale des Télécommunications.

Le conseil a considéré ces pratiques anticoncurrentielles et a infligé une amende de 1.200.000 TDN à Tunisie télécom et de 200.000 TND à Topnet.

3. Conclusion

33. L'application du droit de la concurrence ne peut constituer la seule solution aux problèmes posés par la présence des entreprises publiques dans les différentes activités économiques. Cette présence relève en Tunisie comme ailleurs, de la politique économique de l'État.

34. Seuls le niveau de développement des secteurs et le changement du rôle de l'État peuvent pousser vers plus d'ouverture du marché et par conséquent, plus de neutralité concurrentielle.