La notion d'entreprise économique dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence

Amine KNANI
Avocat

l'absence de définition légale de l'entreprise

A travers la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix[1], le législateur tunisien a déterminé les personnes soumises aux règles de la libre concurrence. C'est plus précisément l'article 1er qui prévoit que « cette loi a pour objet... d'édicter à cet effet les obligations mises à la charge des producteurs, commerçants, prestataires de services et autres intermédiaires ».

Il s'ensuit que le droit tunisien de la concurrence ne s'applique pas qu'aux seuls commerçants. Au contraire, son champ d'application est clairement plus vaste que celui du droit commercial défini souvent comme étant le droit des commerçants et des actes de commerce.[2]

L'article 1er semble viser toute forme de production de biens et de services, consacrant ainsi une conception large du droit de la concurrence fondée sur la notion d'entreprise.

Vous trouvez la suite de cette étude au n° du mois de Janvier 2015 d'«Infosjuridiques»

INFOS JURIDIQUES LA REVUE DU DROIT القانونية

La notion d'entreprise économique dans la jurisprudence du Conseil de la Concurrence

Amine KNANI
Avocat
Société d'Avocats Boussayene Knani Associes

Introduction : l'absence de définition légale de l'entreprise

A travers la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix[1], le législateur tunisien a déterminé les personnes soumises aux règles de la libre concurrence. C'est plus précisément l'article 1er qui prévoit que « cette loi a pour objet… d'édicter à cet effet les obligations mises à la charge des producteurs, commerçants, prestataires de services et autres intermédiaires ».

Il s'ensuit que le droit tunisien de la concurrence ne s'applique pas qu'aux seuls commerçants. Au contraire, son champ d'application est clairement plus vaste que celui du droit commercial défini souvent comme étant le droit des commerçants et des actes de commerce.[2]

[1] Cette loi a été modifiée et complétée par:
La loi 93-83 du 26 juillet 93;
La loi 95-42 du 24 avril 95;
La loi 99-41 du 10 mai 99;
La loi 2003-74 du 11 novembre 2003;
La loi 2005-60 du 18 juillet 2005.

[2] L'article 1er du Commerce de Commerce dispose qu'il s'applique aux commerçants et aux actes de commerce, mais l'évolution du droit tunisien des affaires depuis quelques décennies montre qu'il a tendance à dépasser le cadre tracé par le législateur de 1959 au droit commercial. C'est ainsi que la

L'article 1er semble viser toute forme de production de biens et de services, consacrant ainsi une conception large du droit de la concurrence fondée sur la notion d'entreprise.

Il convient alors de souligner que ce choix du législateur tunisien de consacrer la notion d'entreprise en tant qu'entité régie par le droit de la concurrence, vise à élargir le champ d'application de la loi de 1991, pour éviter que certaines entités économiques n'éludent l'application de ses règles, au motif que ces entités ne sont pas commerciales au sens des dispositions du Code de Commerce.

Pourtant le législateur tunisien, comme son homologue français, n'a pas donné une définition de l'entreprise[3]. Ce constat semble de prime abord surprenant en droit économique, dans la mesure où l'entreprise est le principal acteur de la vie économique.

Toutefois, il est loin d'être aisé de définir une notion variable dans une économie en gestation permanente. De surcroit, toute définition légale de l'entreprise présenterait un risque de rigidité et ne pourrait plus englober dans son moule les nouvelles formes d'entreprises qui verront le jour ultérieurement.

Cette situation n'est pas le propre du droit de la concurrence, il est courant dans plusieurs disciplines de ne pas définir des notions centrales et ce pour les mêmes raisons exposées. C'est ainsi que dans le Code du Statut Personnel on ne trouve aucune définition directe et expresse de la famille. Dans le Code de Commerce, il n'existe aucune définition des effets de commerce, bien que le législateur ait réglementé la lettre de change et le billet à ordre.

Cependant la doctrine s'est chargée de cette mission de définition de l'entreprise en vue de déterminer ses éléments. Selon un auteur autorisé, le terme « entreprise » est utilisé pour désigner les commerçants personnes physiques et les sociétés, d'une part, et toutes les unités de production, indépendamment de la nature de leur activité (entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole, libérale), d'autre part[4].

L'analyse de la jurisprudence permet d'affirmer que le Conseil de la Concurrence a bien saisi l'orientation du législateur. Plus concrètement, la volonté légale de couvrir d'une manière large l'activité économique s'est traduite en pratique par une interprétation jurisprudentielle extensive de la notion d'entreprise.

En partant d'un cadre légal tracé pour dépasser le clivage classique entre les activités civiles et les activités commerciales, le Conseil de la Concurrence a contribué à la définition de l'entreprise, en tant qu'acteur du droit de la concurrence.
D'abord, cette interprétation extensive de l'entreprise en tant que partie demanderesse se manifeste par l'indifférence quant au caractère libéral de l'activité.

En effet, L'Art.11 (nouveau) de la loi 29 juillet 1991 [5] énumère les entités habilitées à saisir le Conseil de la concurrence. Parmi ces entités, le texte prévoit les entreprises économiques.

---

loi du 17 avril 1995 régissant le redressement des entreprises en difficultés s'applique à toute personne physique ou morale assujettie au régime d'imposition réel, exerçant une activité commerciale ou artisanale (donc civile) ainsi qu'aux sociétés agricoles ou de pêche, ayant un caractère commercial (commercialité formelle) , même si leur objet est civil. Voir article 3 nouveau de la loi précitée. On consultera sur cette question les développements de M. Adel Brahmi. Le droit du redressement des entreprises en difficulté. Tunis 2002. p.14 et s. L'auteur qualifie l'entreprise comme étant « une notion fonctionnelle ».

[3] V. Khelifa Kharroubi. Droit des Sociétés. Tunis 2008.p.44

[4] YVES GUYON. Droit des affaires, Ed Economia 2003, p 35

[5] *L'Art.11 (nouveau)* de la loi 29 juillet 1991 dispose

« Les requêtes sont portées devant le Conseil de la concurrence par :

Le problème qui s'est posé à cet égard en jurisprudence était celui de savoir si les membres des professions libérales et plus précisément les avocats devaient être considérés au regard du droit de la concurrence, comme étant des entreprises.

Dans une affaire intentée par une pléiade d'avocats[6], le Conseil de la Concurrence a admis leur droit d'agir sur la base de l'article 11 ci-dessus cité, au motif qu'ils constituent des entreprises économiques à part entière, sachant qu'ils exercent une activité économique relevant du secteur des services.

Cette décision, faisant preuve d'une interprétation extensive, est d'une importance capitale dans la mesure où elle permet à l'avocat, agissant individuellement[7] de saisir le Conseil de la Concurrence à titre personnel et sans qu'il n'ait donc besoin de passer par l'ordre des avocats lequel est désigné expressément par l'article 11 à travers l'expression « organisation professionnelle ».

La qualification d'entreprise économique conférée à l'avocat par le Conseil de la Concurrence n'est pas dénuée d'intérêt sur le plan pratique. Elle permet à toute personne exerçant cette profession (personne physique ou morale) de prendre l'initiative d'une action devant le Conseil de la Concurrence pour dénoncer l'atteinte au libre jeu de la concurrence. Elle octroie à l'avocat agissant en son nom et pour le compte de toute la profession la qualité de s'ériger en défenseur et gardien du marché des prestations juridiques, sans être obligé de passer par l'ordre des avocats en tant que représentant officiel de la profession.

La qualification de l'avocat comme étant une entreprise économique mérite d'être soulignée. Elle contredit et dépasse la conception classique de la profession d'avocat comme profession libérale. En Tunisie, comme en France, les professions libérales sont traditionnellement considérées comme des professions intellectuelles et largement désintéressées[8]. Le droit de la concurrence semble à cet égard avoir fait preuve de réalisme, en considérant les professions libérales comme étant compatibles avec l'existence d'entreprises économiques, car (au fond) elles opèrent dans le secteur des services (médicaux, comptables, légaux, financiers et autres), sans qu'il y ait de différences majeures entre leur objet et celui des autres entreprises dites commerciales qui relèvent du même secteur , c'est-à-dire le secteur des services.

Le Conseil a interprété d'une manière large la notion d'entreprise non seulement en tant que partie demanderesse mais aussi en tant que partie défenderesse.

La notion d'entreprise (en tant que partie défenderesse) permet de cerner le champ d'application du droit de la concurrence. Si l'entité en cause n'est pas une entreprise le droit de la concurrence ne peut pas s'appliquer et le Conseil de la concurrence doit se déclarer incompétent.
Cette interprétation extensive se manifeste par l'indifférence quant à l'existence de la personnalité morale (A), l'indifférence quant aux personnes de droit public (B) et l'indifférence quant au lieu d'établissement (C)

---

le ministre chargé du commerce ou toute personne ayant délégation à cet effet,

- ***les entreprises économiques,***
- *les organisations professionnelles et syndicales,*
- *les organismes ou groupements de consommateurs légalement établis,*
- *les chambres de commerce et d'industrie,*
- *les autorités de régulation,*
- *les collectivités locales, (…) ».*

[6] Conseil de la concurrence, affaire n°5178 du 2 juin 2005.
[7] Voir l'affaire n°5197 du 20 Avril 2006.
[8] V. Ripert et Roblot par Louis Vogel, traité de droit commercial. L.G.D.J 18e édition .T 1.volume 1. N°169.

A- L'Indifférence quant à l'existence de la personnalité morale

Dans sa mission de définition et parfois d'élaboration de ce concept clé qui n'a pas été défini par le législateur, le Conseil de la concurrence a développé une interprétation large de la notion d'entreprise en vue d'y intégrer des personnes morales dont l'existence juridique même n'est pas certaine.

Selon la jurisprudence du Conseil, l'entreprise est toute entité exerçant une activité économique quelque soit son statut juridique, même si elle ne dispose pas de personnalité juridique.

L'article 1er de la loi prévoit les sujets régis par le droit de la concurrence et soumises à ses règles. Il s'agit des *« producteurs, commerçants, prestataires de services et autres intermédiaires ».*

La jurisprudence a considéré que le législateur vise à travers ces sujets la notion d'entreprise économique et a conclu dans plusieurs arrêts que cette notion peut englober des entités diverses.

C'est ainsi que le Conseil de la concurrence a admis dans sa décision du 27 Mars 2003 (affaire n°2137)[9] que l'entente pouvait être retenue entre plusieurs entreprises, combien même l'une d'entre elles ne serait pas dotée d'une existence juridique certaine et établie.

Cette affaire porte sur une entente entre plusieurs entreprises dans le domaine du transport terrestre de ciment et de chaux dans le sud-est tunisien.

L'une des sociétés défenderesses impliquées dans l'entente avait fait valoir l'antériorité des agissements qui lui étaient reprochés à (l'acquisition) de (sa) personnalité morale et par voie de conséquence à son existence juridique.

Le Conseil de la concurrence a réfuté cet argument en ces termes :
« 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 forcement l'existence de la personnalité juridique... Il s'ensuit que les dispositions de l'art.5 de la loi de la concurrence et des prix, 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 quelque soit leur nature : publique ou privée, morale ou physique, nonobstant leur forme et qu'elles aient une existence juridique ou de fait ».

Il est évident qu'à travers cette importante décision, le Conseil a voulu d'une manière solennelle, affirmer le réalisme du droit de la concurrence. Son application ne devrait pas être contrecarrée par le caractère inachevé de la constitution d'une société, dès lors que celle-ci a agi *de facto* comme une entreprise et adopté un comportement anticoncurrentiel. En d'autres termes, les règles qui relèvent du droit des sociétés ne devraient pas permettre d'éluder l'application de la loi de la concurrence et notamment de se soustraire à ses normes impératives.

D'ailleurs, selon le rapport du Conseil de la concurrence, cette démarche extensive des juges dans l'élaboration de ce qu'on a désigné sous le vocable d' « entreprise », est motivée par une volonté de rompre avec le formalisme et de privilégier la référence aux éléments de faits, eu égard, aux missions du Conseil de la Concurrence ayant trait à la protection : de l'ordre public économique, de l'économie nationale et de la communauté des consommateurs.

[9] Rapport CC 2003

B- L'Indifférence par rapport aux personnes de droit public

Cette même interprétation extensive a été reprise presque intégralement dans l'affaire n°3152, arrêt du 26 juillet 2004 ; ce qui prouve que la position de la jurisprudence en la matière demeure ferme et constante[10].

Il était question dans cette affaire de savoir si le club municipal de plongée sous-marine de Tabarka devait se soumettre aux règles de la concurrence et si par conséquent le Conseil de la concurrence était compétent pour connaître des pratiques anticoncurrentielles qui lui étaient reprochées.

Le représentant de la partie défenderesse a fait valoir que le club de plongée n'était qu'une association à but non lucratif, destinée à promouvoir le sport dans la région. De fait, l'action dirigée à son encontre devant le Conseil de la concurrence devait être déclarée irrecevable vu le caractère d'utilité publique de son activité.

Sur le plan juridique, quelle est la valeur de ces arguments ? Pour y répondre, le Conseil a commencé par scruter les prétentions du club pour constater qu'en l'espèce l'association ne s'est pas contentée de fournir des services aux seuls adhérents. Elle ne s'est pas limitée non plus à une mission de formation et d'animation. Au contraire, *« son activité principale était constituée par des prestations de service payantes au profit des clients non-abonnés ».* Le Conseil en a déduit : *« Il ne fait aucun doute alors qu'il s'agit au sens du droit de la concurrence d'une entreprise économique ».*

L'analyse juridique de cette décision capitale permet de souligner que la qualification d'entreprise suppose deux critères indissociables : l'existence d'une clientèle et d'un service payant. Le fait que le club de plongée sous-marine offrait ses services, non seulement à ses membres, mais aussi aux tiers (amateurs divers et touristes de passage dans la région) signifiait clairement que cet organisme n'était pas « fermé », mais avait une clientèle au même titre que les groupements régis par le Code de Commerce et le Code des Sociétés Commerciales. L'existence d'une clientèle devrait donc conduire à la qualification du club comme entreprise au sens du droit de la concurrence.

Par ailleurs le Conseil a constaté que le fait que les prestations fournies à la clientèle soient payantes, montre qu'il ne s'agit pas d'une activité purement associative et d'utilité publique. Le club de plongée ne poursuivait pas en fait un idéal, mais était motivé dans ses activités par le lucre. Cet élément a plaidé en faveur de sa qualification comme entreprise, abstraction faite de sa nature juridique au regard de la loi du 7 novembre 1959 qui gouvernait les associations.

Il convient de souligner que cette démarche est critiquable dans la mesure où le rapport entre les associations et l'argent est devenu aujourd'hui non seulement possible, mais presque inévitable. Ce rapport fait partie du quotidien, tant dans les pays développés que dans les pays en voie de développement tels que la Tunisie où le modèle européen est une source d'inspiration courante. En fait, il n'est pas rare qu'une association organise une fête, une manifestation sportive ou culturelle dans un but lucratif, sauf que les excédents de ces évènements servent à poursuivre l'objet de l'association. Ces excédents ou bénéfices ne font l'objet de distribution ni au profit des membres du comité directeur ni au profit des adhérents, mais servent le plus souvent à promouvoir l'activité de l'association.

[10] Le Conseil affirme que *« La notion d'entreprise économique au regard du droit de la concurrence ne peut être déterminée selon des critères purement juridiques, mais aussi économiques permettant ainsi de couvrir toutes les* sociétés, organismes et groupements et toutes les personnes physiques et morales exerçant une activité économique, et ce abstraction faite de leur nature et leur forme et peu importe si leur existence est une existence de droit ou de fait , abstraction faite de la qualité de leur fondateur ou initiateur et sans tenir compte de l'appartenance de leurs dirigeants aux personnes de droit privé ou de droit public».

Il apparaît à travers les considérants de l'arrêt objet de cette analyse que le Conseil n'a pas vérifié si la partie défenderesse répartissait entre ses membres les bénéfices résultant de son activité ou se contentait de les utiliser pour réaliser ses objectifs associatifs.

Le Conseil n'a aucunement cherché à distinguer l'association de la société commerciale. Il a seulement vérifié si cette entité réalisait des bénéfices. Dès lors qu'il a relevé que la défenderesse réalisait des gains, il l'a considérée comme une entreprise soumise au droit de la concurrence et à la compétence du Conseil qui veille sur son application.

En effet, il est admis en droit français, comme en droit communautaire que le principe d'indifférence fait qu'une personne « qui ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'elle exerce sa nature économique », dès lors qu'elle « peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer »[11]. Plusieurs sont les arrêts de la CJCE qualifiant d'entreprise divers organismes, alors même qu'ils ne poursuivent nullement un but lucratif[12].

Cette position est à notre sens parfaitement en accord avec l'esprit et les objectifs du droit de la concurrence. Il n'est pas exclu en fait que des associations se conduisent comme de véritables entreprises économiques et s'écartent directement ou indirectement de leur objet social, culturel ou sportif. En agissant de la sorte, elles peuvent entrer en concurrence avec les autres opérateurs de la vie économique et elles devraient ainsi tomber sous le coup de la loi relative à la concurrence et aux prix.

L'apport du Conseil de la concurrence en l'espèce reste considérable. Il est désormais clair que l'association qui exerce totalement ou partiellement une activité inhérente à un secteur concurrentiel, relative à la production, distribution ou services et nonobstant les buts prévus dans les statuts, est soumise aux règles de la concurrence et à la compétence du Conseil.

Tout comme dans l'affaire n°2137 (décision du 27 Mars 2003), le juge de la concurrence a privilégié les éléments de fait (l'activité exercée effectivement) sur les éléments de droit (l'activité statutaire telle qu'elle est prévue dans l'acte de constitution et dans la loi gouvernant l'institution en question).

C- <u>L'Indifférence quant au lieu d'établissement</u>

Dans le même contexte, le Conseil de la concurrence a également consacré une conception large de l'entreprise lorsqu'il s'agit d'une société étrangère implantée à l'extérieur du territoire tunisien. Il a déduit la possibilité de soumission de ces entreprises au Droit tunisien de la concurrence.

Dans l'affaire n°3149 du 9 décembre 2004, la société requérante reproche à la défenderesse, société étrangère dont le siège est en Espagne, la vente d'un produit sur le marché tunisien à un prix excessivement bas arguant l'existence d'un cas d'abus de position dominante.

Le Conseil a confirmé sa compétence soulignant " *que la compétence du Conseil de la concurrence s'étend à toute les pratiques entravant la liberté de la concurrence et portant atteinte au marché, et ce quelque soient leurs origines et sans distinction entre les entreprises installées sur le territoire tunisien et celles à l'étranger exerçant la totalité ou une partie de leurs activités sur le marché tunisien*".

[11] MARIE- Anne-FRISON-ROCHE MARIE STEPHANE PAYET, Droit de la concurrence, Paris, Dalloz, 2006,p80.

[12] CJCE 16 novembre 1995féderation française des sociétés d'assurance(FFSA)

Ainsi en principe, la compétence du Conseil est établie dés lors qu'il y a eu une atteinte au marché tunisien, et ce, abstraction faite de la nationalité ou du lieu d'implantation de l'auteur de ces atteintes. Malheureusement le Conseil s'est égaré de cette voie en déclarant sa compétence dans l'affaire n° 101213 du 10 octobre 2013.

En l'espèce la demanderesse était une société de droit marocain établie au Maroc et qui importait des dattes tunisiennes. Elle a dénoncé les pratiques du Groupement Interprofessionnel des fruits qui ont été de nature à lui interdire l'importation des dattes au Maroc. Or, il va sans dire qu'en l'espèce les agissements attribués à la défenderesse ne portent pas atteinte au marché tunisien. Ils fausseraient uniquement la situation de la concurrence entre sociétés marocaines opérant sur le marché marocain dans la mesure où les mesures restrictives objet de la dénonciation auraient favorisé sans raison valable les unes au détriment des autres.

Conclusion : l'influence des Droits français et communautaire

La définition extensive de l'entreprise et la consécration pragmatique du caractère économique de cette notion, abstraction faite de la forme juridique de la personne initiatrice de la pratique anticoncurrentielle, reflète l'influence du droit français mais aussi du droit communautaire[13].

En effet, la CJCE a qualifié un chanteur d'opéra comme une entreprise puisqu'il offre des services sur un marché donné, faisant ainsi preuve d'indifférence quant à son statut juridique[14]. La CJCE a également qualifié d'entreprises des associations sportives ayant en fait des activités économiques telles que la conclusion de contrats de publicité et la transmission par télévision[15].

Les membres d'une profession libérale ont été également qualifiés d'entreprise par la commission[16]. Elle a considéré qu'une entente existe entre deux ou plusieurs associations professionnelles, même si elles ne jouissent pas de la personnalité juridique.

Une société qui n'a pas encore été immatriculée au registre de commerce a été reconnue coupable d'une entente.[17]

En outre, le raisonnement adopté par le Conseil de la concurrence tunisien en matière de sociétés établies en dehors du territoire tunisien rejoint ce qui a été consacré aussi bien en Droit français, qu'en Droit européen.

Selon la CJCE, pour que le droit communautaire de la concurrence s'applique, il faut que l'effet anticoncurrentiel se situe dans le territoire de la communauté, autrement dit, même si une pratique est localisée à l'extérieur de la Communauté, le doit communautaire est applicable s'il est établi que les effets de cette pratique se produisent dans le territoire de la Communauté. Il s'ensuit que les entreprises, dans leurs relations juridiques transfrontalières, peuvent tomber sous le coup de la loi communautaire, même si les sociétés dont elles relèvent, ont une nationalité autre que celle d'un état membre.

Cette solution a été maintes fois rappelée par la formule de l'arrêt Béquelin du 25 novembre 1971 où l'on peut lire : *« Il importe peu que l'une des sociétés participantes à l'entente soit située dans un pays tiers, dés lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun".*

Dans cette affaire, la cour a décidé l'application du droit communautaire du marché intérieur à des accords conclus en dehors de la communauté entre des producteurs canadiens, scandinaves et américains de pate à papier.

[13] JAIDANE RIADH, l'influence du droit communautaire sur le droit tunisien de la concurrence.

[14] Arrêt du 18 juin 1998, Commission/ Italie(C-35/96, Rec. p.1-3851)

[15] Cf. l'arrêt Bosman du 15 décembre 1995.Aff.-41593 Rec.1p.5040

[16] Cf. décision de la commission du30/6/1993.JOCE n° 1203 du 13Aout1993

[17] Cf. décision du16/12/1985JOCEn°1376 du 31 décembre 1985sur la distinction entre les syndicats ouvriers et les syndicats patronaux