

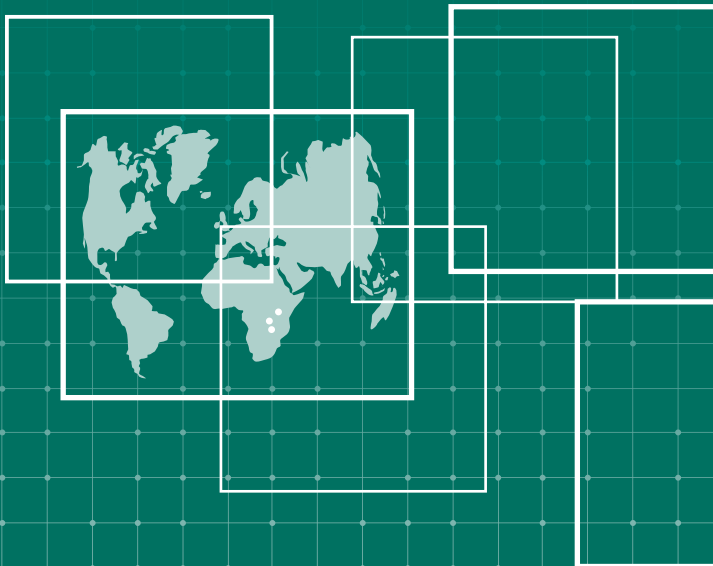


EXAMEN COLLÉGIAL VOLONTAIRE DU DROIT ET
DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE:

**RAPPORT TRIPARTITE SUR LA RÉPUBLIQUE-UNIE DE
TANZANIE, LA ZAMBIE ET LE ZIMBABWE**

ÉVALUATION COMPARATIVE

Aperçu général





EXAMEN COLLÉGIAL VOLONTAIRE DU DROIT
ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

**RAPPORT TRIPARTITE SUR LA RÉPUBLIQUE-UNIE DE
TANZANIE, LA ZAMBIE ET LE ZIMBABWE**

ÉVALUATION COMPARATIVE

Évaluation comparative



NOTE

Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies. Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites, ni quant à leur système économique ou degré de développement.

UNCTAD/DITC/CLP/2012/1 (OVERVIEW)
ÉVALUATION COMPARATIVE

ACKNOWLEDGEMENT

La CNUCED réalise les examens collégiaux volontaires du droit et de la politique de la concurrence à l'occasion des réunions annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence ou de la session quinquennale de la Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies. Le travail de fond est assuré par le Service du droit de la concurrence et des politiques de protection des consommateurs de la CNUCED, sous la direction de M. Hassan Qaqaya, Chef du Service.

Le présent rapport a été rédigé pour la CNUCED par M. Alberto Heimler, Directeur central de la recherche et des affaires internationales de l'Autorité italienne de la concurrence. Il s'inspire des trois rapports d'évaluation nationaux établis par M. Thulasoni Kaira, Directeur et secrétaire de la Commission de la concurrence du Botswana, M. Alex Kububa, Directeur de la Commission de la concurrence et des tarifs douaniers du Zimbabwe et M. Allan Mlulla, Directeur des recherches, des opérations de concentration et de la promotion de la Commission de la concurrence loyale de la République-Unie de Tanzanie en vue de l'examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence tripartite consacré à ces trois pays. L'appui technique et l'examen du rapport ont été assurés par M^{me} Elizabeth Gachui. M. Geoffrey Mariki, Directeur général de la Commission de la concurrence loyale de la République-Unie de Tanzanie, M. Alex Kububa, M. Chilufya Sampa, Directeur exécutif de la Commission zambienne de la concurrence et de la protection des consommateurs, et M^{me} Ulla Schwager ont fourni des avis précieux.

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	1
II.	EXAMEN COMPARATIF	2
	1. Les dispositions de fond de la loi: Une interprétation commune est-elle possible?	2
	2. Pouvoirs d'enquête des autorités chargées de la concurrence.....	4
	3. Sanctions.....	5
	4. Contrôle juridictionnel.....	7
	5. Contrôle des fusions	8
	6. Ressources publiques consacrées à l'application de la législation antitrust	11
	7. Bilan de l'application du droit.....	13
III.	ACCORDS RÉGIONAUX.....	15
IV.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.....	17
	1. Recommandations à mettre en œuvre au niveau national.....	18
	2. Recommandations à appliquer au niveau régional	23

PRÉFACE

1. La présente évaluation comparative fait partie intégrante de l'examen collégial volontaire tripartite des politiques de concurrence de la République-Unie de Tanzanie, de la Zambie et du Zimbabwe. Le but de cet examen est d'évaluer le cadre juridique de chacun de ces pays et l'expérience acquise en matière d'application, d'en tirer des enseignements et de bonnes pratiques et de s'interroger sur ce qu'ont apporté l'harmonisation du droit de la concurrence et son application à la sous-région ainsi que le renforcement de la coopération. Les rapports nationaux, qui passent en revue les systèmes de politique de concurrence mis en place dans chacun des pays susmentionnés, servent à établir la présente évaluation, qui traite des sujets pertinents dans une optique sous-régionale.

I. INTRODUCTION

2. La République-Unie de Tanzanie, la Zambie et le Zimbabwe ont tous les trois instauré leur droit de la concurrence au milieu des années 1990, poussés par un processus de privatisation et de libéralisation qui avait démarré à la fin des années 1980. Après avoir fait l'expérience d'une économie planifiée pendant de nombreuses années, l'ouverture des marchés était considérée comme le moyen de remédier à une grande inefficacité et à une faible croissance économique. La libéralisation n'est pas encore achevée et les restrictions réglementaires, héritage de l'époque coloniale et de la tradition socialiste¹, sont encore monnaie courante.

3. Partant, dans ces trois pays, le droit de la concurrence avait pour objet:

- D'accompagner le développement de mécanismes de marché, en veillant à ce que les entreprises dominantes, souvent protégées par des décennies de protectionnisme, n'abusent pas de leur position en bloquant ou en retardant l'entrée de concurrents sur le marché;
- De veiller à ce que les marchés ne soient pas cartellisés et que des fusions anticoncurrentielles n'entraînent pas une forte diminution de la concurrence;
- De promouvoir les principes de la concurrence dans le cadre d'une réforme de la réglementation.

¹ Stiglitz, J. (2000) «Allocution liminaire», premier cours sur le droit et la politique de la concurrence, Banque mondiale, Washington, (souvenirs de l'auteur).

II. EXAMEN COMPARATIF

4. Les rapports consacrés à chaque pays renferment des propositions très utiles sur les modifications à apporter aux dispositions de fond de la loi. L'adoption par les trois pays d'une position convergente, au moins quant à l'interprétation à donner aux dispositions juridiques, ce qui renforcerait la coopération et permettrait à chacun d'apprendre davantage des autres, marquerait incontestablement un net progrès. Le présent rapport porte donc essentiellement sur le processus de convergence à l'œuvre entre ces trois pays, mais il ne propose d'apporter des modifications à la loi que lorsque cela est absolument nécessaire.

5. Les comparaisons qui sont faites entre les trois pays considérés concernent surtout:

- Les dispositions de fond du droit de la concurrence;
- Les différents pouvoirs d'enquête dont sont dotées les autorités;
- Les sanctions dont sont passibles les infractions de procédure et les infractions de fond;
- Le rôle de l'autorité judiciaire;
- L'efficacité du contrôle des fusions;
- Les ressources allouées à ces autorités par rapport aux tâches qui leur sont assignées;
- Le rôle des autorités chargées de la concurrence dans le bilan en matière d'application du droit de la concurrence; et
- Le rôle des accords régionaux² dans la promotion d'un environnement plus propice à l'application de la législation antitrust.

1. Les dispositions de fond de la loi: Une interprétation commune est-elle possible?

6. Dans les trois pays, la loi traite des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante ainsi que du contrôle des fusions. Elle vise toutes les activités économiques, à quelques rares exceptions près. Pourtant, alors que les législations zambienne et tanzanienne s'alignent presque totalement sur les meilleures pratiques internationales, la loi zimbabwéenne sur la concurrence a besoin d'être remaniée en profondeur. Son principal défaut est le fait d'instaurer une distinction très artificielle entre des pratiques commerciales déloyales passibles

² La République-Unie de Tanzanie est membre de la Communauté d'Afrique de l'Est et de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), tandis que la Zambie et le Zimbabwe sont tous les deux membres du Marché commun des États de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) et de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC).

de sanctions et des pratiques commerciales déloyales qui ne peuvent être que déclarées nulles et non avenues. Même si cette situation résulte manifestement d'un manque de coordination lors de la rédaction de la version révisée de la loi, en 2001, l'interprétation ne saurait pallier cette lacune. Sous sa forme actuelle, cette loi n'a aucun rôle dissuasif.

7. Outre la reformulation des dispositions relatives aux sanctions, la loi zimbabwéenne doit faire l'objet d'autres améliorations. Pour en savoir plus, il convient de se reporter aux recommandations figurant dans le rapport national d'évaluation adressé au corps législatif.

8. Comme le montrent les rapports consacrés respectivement à la République-Unie de Tanzanie et à la Zambie, suite aux modifications apportées récemment, le droit de ces deux pays est déjà conforme aux meilleures pratiques internationales. Il contient en effet une interdiction générale des accords restrictifs et des abus de position dominante. La différence essentielle entre ces deux pays est que la loi zambienne sur la concurrence instaure un système de notification et de dérogations individuelles visant les accords horizontaux et verticaux qui dépassent certains seuils exprimés en parts de marché. En République-Unie de Tanzanie, de tels seuils n'existent pas et les parties peuvent volontairement notifier un accord dont elles estiment qu'il mérite une dérogation. Le critère retenu pour l'octroi d'une dérogation est très semblable dans les deux pays et exige que les gains d'efficacité réalisés soient supérieurs aux effets négatifs liés aux restrictions de la concurrence.

9. Un système de notification n'est pas très efficace pour inciter au respect d'une loi antitrust, puisque les plus graves restrictions à la concurrence ne sont jamais notifiées. Comme le montre l'expérience européenne (en Europe, le système de notification a été abandonné en 2004), les entreprises, quand elles sont soumises à un système d'autorisation, ne notifient que les accords qu'elles estiment pouvoir faire l'objet d'une dérogation. Les infractions graves sont, elles, tenues secrètes. Les autorités chargées de la concurrence croulent sous le poids administratif des notifications sans pour autant que cela se traduise par une amélioration de la concurrence. Par conséquent, si le volume des notifications augmentait exagérément, les autorités zambiennes et tanzaniennes pourraient devoir adopter des règlements d'exemption par catégories qui en réduiraient considérablement le nombre, à l'instar de ce qui s'est passé dans l'Union européenne avant 2004.

10. Les rapports concernant respectivement la République-Unie de Tanzanie et la Zambie ne recommandent pas de modifier les dispositions de fond du droit de la concurrence mais ils contiennent des propositions visant à revoir telle ou

telle question de procédure. Si cela ne peut pas se faire par voie législative, ces propositions peuvent être appliquées en faisant évoluer la jurisprudence ou en adoptant des directives.

11. Les groupements régionaux auxquels appartiennent les trois pays pourraient contribuer à mettre au point ces directives en fournissant des documents de référence.

12. En outre, il importe au plus haut point que les décisions des autorités soient motivées et publiées sur leur site Web afin d'éduquer les acteurs économiques et de créer une sécurité juridique. Il conviendrait de publier également les décisions rendues par les tribunaux dans des affaires de concurrence.

2. Pouvoirs d'enquête des autorités chargées de la concurrence

13. La difficulté à obtenir des preuves d'une infraction pose un très sérieux problème dans les affaires antitrust. Il ne servirait à rien de demander à des contrevenants potentiels de fournir volontairement des preuves les incriminant. Les entreprises ne donnent volontairement des renseignements que si cela sert leur propre intérêt. Par conséquent, hormis le cas du contrôle des fusions³, les autorités chargées de la concurrence ont besoin de disposer de pouvoirs d'enquête étendus pour rassembler les preuves nécessaires.

14. Dans les trois pays, l'autorité chargée de la concurrence peut ouvrir une enquête d'office, donner suite à une plainte ou demander à un individu de fournir des renseignements, de produire un document ou de comparaître en personne.

15. En outre, si l'autorité compétente a des raisons de croire que des documents susceptibles de présenter de l'intérêt pour une enquête sont en la possession ou sous le contrôle d'une personne donnée, elle peut, sous réserve d'obtenir l'autorisation préalable d'un tribunal, perquisitionner des locaux et faire des copies ou prélever des extraits des documents qui s'y trouvent. Sur les trois pays, seule la Zambie commence à avoir une certaine expérience des perquisitions inopinées, deux opérations de ce type y ayant été effectuées ces dernières années. Les autorités des trois pays auraient besoin d'une formation spécialisée pour mener à bien ces perquisitions.

16. Au Zimbabwe, l'autorité chargée de la concurrence ne peut faire usage de ses pleins pouvoirs d'enquête qu'une fois qu'un avis précisant la nature de l'enquête envisagée a été publié au Journal officiel et dans les journaux nationaux

³ En ce qui concerne le contrôle des fusions, les entreprises ont intérêt à fournir les renseignements nécessaires, car cela permet à l'autorité de rendre une décision rapidement.

diffusés dans la région visée. Même si cette publication peut être nécessaire pour inviter les parties intéressées à présenter des éléments de preuve en rapport avec l'affaire, elle ne devrait pas être exigée pour pouvoir enquêter. En effet, il importe au plus haut point que les inspections, en particulier, prennent par surprise les entreprises impliquées. Si un trop grand nombre de renseignements étaient divulgués à l'avance, cela risquerait de rendre les enquêtes inutiles, les entreprises pouvant prendre les devants en détruisant toutes les preuves. La publication officielle devrait donc avoir lieu le même jour que l'inspection.

17. Au terme de la procédure d'enquête, tous les intéressés sont entendus par l'autorité compétente dans les trois pays. En principe, la communication des griefs doit être préalablement envoyée aux parties, de façon à ce que celles-ci connaissent les charges retenues contre elles et puissent assurer correctement leur défense. Même s'il importe de faire preuve de transparence, la presse ne devrait pas pour autant être présente aux auditions, comme c'est le cas au Zimbabwe. Sinon, les entreprises risquent de ne pas vouloir discuter d'informations confidentielles, ce qui compliquerait énormément la tâche de l'autorité, qui est de comprendre tous les tenants et aboutissants de l'affaire examinée.

18. En ce qui concerne la charge de la preuve, toute infraction à la loi doit être prouvée par l'autorité compétente, les parties devant fournir les preuves nécessaires en vue d'une éventuelle dérogation dont elles feraient la demande. En général, la structure de la loi, dans les trois pays, suit ce modèle. Cependant, la prescription tanzanienne selon laquelle l'infraction doit être intentionnelle affaiblit considérablement l'ensemble du système et le rend beaucoup plus difficile à appliquer. Un système de respect des dispositions administratives ne devrait pas contenir d'appréciations subjectives de ce type, qui devraient être supprimées. Si ce n'est pas possible, le critère d'intentionnalité devrait être interprété de façon très stricte. Il pourrait par exemple l'être dans le sens qu'une amende ne peut être infligée que s'il est de notoriété publique, grâce à la jurisprudence ou aux indications données par l'autorité, que certaines pratiques sont effectivement prohibées ou que la loi s'étend à des domaines nouveaux.

19. Enfin, dans les trois pays sans exception, l'autorité est investie du pouvoir d'adopter des mesures provisoires visant à prévenir la survenue d'un préjudice grave ou irréparable causé par un comportement potentiellement anticoncurrentiel.

3. Sanctions

20. Il faut des sanctions pour être sûr que les dispositions juridiques sont respectées. Chacune des trois autorités a le pouvoir d'infliger des sanctions procédurales. En République-Unie de Tanzanie et en Zambie, les autorités

peuvent également infliger des sanctions pour infraction aux dispositions antitrust; comme cela a déjà été indiqué, au Zimbabwe, la loi ne prévoit aucune sanction à l'encontre des accords anticoncurrentiels entre entreprises hormis celle de les déclarer nuls et non avenus.

21. S'agissant du non-respect des règles de procédure, en République-Unie de Tanzanie, la sanction prévue en cas de non-divulgation d'informations ou de divulgation d'informations fausses est assez légère, alors qu'en Zambie et au Zimbabwe, elle est très lourde (peine d'emprisonnement pour avoir fait obstruction à l'enquête de l'autorité compétente ou pour l'avoir retardée, ou pour avoir fourni des informations fausses ou trompeuses). Dans de tels cas, la sanction est manifestement excessive et, partant, non dissuasive, car il est difficilement concevable qu'un juge condamne quelqu'un à une peine de prison pour avoir induit l'autorité en erreur. En revanche, s'il est peu probable que des sanctions pénales soient appliquées, leur existence, en cas de non-respect de la procédure, peut avoir un effet négatif sur l'investissement en effrayant les investisseurs étrangers et en les maintenant hors du pays. C'est pourquoi il serait plus efficace d'adopter des sanctions administratives appropriées, comme une amende à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires réalisé lors de l'exercice précédent, par exemple.

22. Quant aux sanctions pécuniaires infligées pour avoir enfreint les dispositions de fond de la loi, le montant des amendes infligées en Zambie – à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise contrevenante – est conforme aux meilleures pratiques internationales. En revanche, la politique zimbabwéenne en la matière, outre le fait que les infractions à la législation antitrust ne sont pas passibles d'une amende, est manifestement trop clément, le montant maximal de l'amende étant de 5 000 dollars. Plus problématique encore: le montant des amendes n'est pas fixé par l'autorité de la concurrence elle-même mais par un autre organisme qui n'a pas une idée précise de la gravité des infractions à la législation antitrust. La meilleure solution, pour la Zambie et le Zimbabwe, serait de modifier la loi en supprimant les peines d'emprisonnement pour les infractions mineures. Une autre solution pourrait être que l'autorité publie une déclaration précisant les cas dans lesquels des sanctions pénales seront appliquées et limitant rigoureusement les possibilités d'emprisonnement. Au Zimbabwe, il faudrait fixer des amendes administratives dont le montant serait un pourcentage du chiffre d'affaires mondial réalisé par les entreprises concernées, comme en Zambie ou en République-Unie de Tanzanie, en fixant un intervalle compris entre 0 % et 10 %.

23. Dans tous les cas, l'élément déterminant pour l'efficacité de l'application de la législation antitrust est le fait que les amendes soient bel et bien acquittées,

ce qui suppose que les entreprises n'aient pas à attendre que le jugement d'appel soit rendu avant de les payer. Ce n'est que lorsqu'un juge (dans le cadre d'une demande de décision avant dire droit) conclut qu'une décision est de prime abord erronée qu'il peut suspendre l'obligation de payer l'amende après examen du recours en appel. En tout état de cause, l'administration publique doit faire preuve d'efficacité dans la collecte des amendes.

24. Les amendes ne doivent pas devenir une source de revenus pour l'autorité, comme c'est le cas en Zambie, où la loi l'autorise à conserver un pourcentage des amendes acquittées, même si elle n'est pas appliquée. Ce faisant, l'autorité a agi très sagement, car un tel système modifie à l'évidence les raisons qui poussent l'autorité à infliger des amendes aux entreprises contrevenantes et devrait donc être aboli, comme le propose le rapport concernant la Zambie, puisque l'autorité pourrait manquer de neutralité dans les décisions qu'elle est amenée à prendre au sujet des affaires dont elle est saisie.

4. Contrôle juridictionnel

25. L'état de droit exige qu'il puisse être fait appel devant un juge des décisions prises par les autorités chargées de la concurrence et c'est effectivement le cas dans les trois pays à l'étude.

26. En ce qui concerne le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence, quatre points présentent un intérêt particulier: a) la question de savoir si la décision de l'autorité chargée de la concurrence est exécutoire dans l'attente d'un jugement en appel; b) la portée de l'examen auquel se livre le juge (le critère en fonction duquel il prend sa décision); c) le niveau de ses connaissances spécialisées en matière de concurrence; et d) les délais du contrôle juridictionnel.

27. En République-Unie de Tanzanie, le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence relève d'un tribunal spécialisé, appelé tribunal de la concurrence loyale. Malgré sa spécialisation, ce tribunal met trop de temps à rendre des décisions ou des jugements définitifs, car le personnel chargé d'aider les juges à rédiger les jugements après que les décisions ont été rendues n'est pas assez nombreux. Cette lacune est très grave, car en matière d'application de la législation antitrust, la rapidité des jugements est un facteur très important. En outre, les juges devraient recevoir une formation à l'application de la législation, la plupart d'entre eux n'ayant pas été formés spécifiquement à ces questions pendant leurs études universitaires ou pendant leur stage. Pour ce qui est du degré de contrôle juridictionnel exercé, les juges devraient fonder leurs jugements sur la décision de l'autorité compétente, les preuves que celle-ci a recueillies (qui

doivent être portées à sa connaissance) et les doléances des parties concernées par la décision.

28. En Zambie, la nouvelle loi de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs prévoit la création d'un tribunal spécialisé dans ce domaine. La loi n'est pas explicite quant au degré de contrôle juridictionnel qui sera exercé par le tribunal et, plus important, ne précise pas clairement si celui-ci est tenu par les preuves recueillies par l'autorité chargée de la concurrence. Or, cet aspect ne devrait faire l'objet d'aucune ambiguïté. Le tribunal, créé en 2011 mais pas encore entré en fonctions, n'est pas habilité à examiner les sanctions pénales infligées pour non-respect du droit national de la concurrence. Le ministre peut en révoquer les membres sans raison précise, menace vague qui peut gravement porter atteinte à l'indépendance de cet organe. Les juges ne devraient être révoqués que pour des motifs très précis et très graves prévus par la loi, à l'instar des règles qui existent en République-Unie de Tanzanie.

29. Au Zimbabwe, le tribunal administratif et la Haute Cour constituent une double instance chargée du contrôle juridictionnel des affaires de concurrence, sans que le lien qui existe entre elles soit clairement défini. Or, cette situation peut aboutir à des décisions contradictoires, sans compter que cela ne permet pas aux juges chargés des affaires de concurrence d'acquérir des compétences techniques valables dans ce domaine. Il faut donc que l'une de ces deux instances ait compétence exclusive pour connaître de telles affaires. À des fins de renforcement des capacités, l'instance retenue devrait alors veiller à ce que les affaires de concurrence soient toujours confiées aux mêmes juges. Il serait également préférable d'instaurer un tel système – qui consiste à regrouper les affaires dans une chambre d'une instance plus large – en République-Unie de Tanzanie et en Zambie (où des tribunaux spécialisés ont été créés), où les juges n'ont guère d'affaires à même de leur permettre d'acquérir de l'expérience alors qu'ils exerceraient encore leurs fonctions de juge s'ils étaient rattachés à une instance plus grande.

30. Enfin, le contrôle juridictionnel des affaires de concurrence doit se faire dans des délais raisonnables afin de ne pas perdre toute utilité, voire devenir préjudiciable aux activités économiques.

5. Contrôle des fusions

31. Les trois pays considérés ont instauré un système de notification obligatoire pour le contrôle des fusions qui est très utile.

32. Pour qu'un tel système fonctionne correctement, il faut une définition claire et incontestée des opérations faisant l'objet d'un contrôle. Conformément aux

meilleures pratiques internationales, dans les trois pays considérés, la prise de contrôle d'une entreprise indépendante est l'élément déclencheur du contrôle des fusions.

33. Étant donné que seules les fusions potentiellement anticoncurrentielles devraient faire l'objet d'un contrôle, disposer d'un système de notification reposant sur des seuils de chiffre d'affaires aide à identifier les types de fusion à examiner. En République-Unie de Tanzanie, ces seuils sont fixés par l'autorité elle-même, ce qui permet d'adapter le système avec une grande précision.

34. Le système tanzanien de contrôle des fusions présente toutefois une faiblesse, qui est l'octroi de l'immunité à une personne qui contrevient sans le vouloir aux dispositions relatives à la notification des concentrations. Ce critère est malaisé à appliquer et explique vraisemblablement que de nombreuses fusions ne soient pas notifiées. Il devrait donc être soit supprimé de la loi soit interprété de façon si stricte qu'il ne serait guère appliqué.

35. En République-Unie de Tanzanie, les concentrations restrictives peuvent être autorisées si un intérêt général supérieur est en jeu. Les exemples d'intérêt général énumérés par la loi relèveraient de critères de concurrence usuels dans la plupart des pays, tels que l'argument de l'entreprise défaillante ou celui de l'efficacité. Seule la protection de l'environnement est considérée comme relevant exclusivement de l'intérêt général. Il semble donc que les objectifs d'intérêt général à prendre en compte dans ce pays n'impliquent qu'une évaluation de la concurrence.

36. En Zambie et au Zimbabwe également, les fusions qui dépassent un certain seuil doivent être notifiées. Les seuils fixés dans ces deux pays suivent la même structure et ne reposent que sur le chiffre d'affaires global ou les actifs combinés des parties qui opèrent la fusion sur le marché intérieur. Cela lèse les grandes entreprises qui atteignent à elles seules le seuil de notification et doivent donc notifier les plus modestes opérations et acquisitions, alors même que l'influence de telles opérations sur l'économie nationale est négligeable.

37. Pour remédier à cette situation, le système de notification doit reposer sur la combinaison de deux facteurs déclenchants: a) le chiffre d'affaires global ou les actifs combinés des parties qui opèrent la fusion doivent dépasser un certain seuil; et b) au moins deux parties doivent réaliser ou détenir, chacune sur le territoire national, un chiffre d'affaires ou des actifs supérieurs à un minimum fixé. C'est la solution vers laquelle les trois pays devraient s'acheminer.

38. La Zambie et le Zimbabwe n'ont pas fixé les mêmes délais pour le contrôle des fusions. La loi zambienne prévoit un délai de quatre-vingt-dix jours

prorogeable de trente jours. Toutefois, les opérations simples devraient être autorisées beaucoup plus rapidement. Si la loi n'est pas modifiée selon les principes proposés dans le rapport de pays (procédure en deux phases), l'autorité peut décider de prendre elle-même l'initiative de les autoriser plus rapidement.

39. Au Zimbabwe, la loi ne prévoit pas de délai obligatoire pour l'évaluation des fusions, ce qui peut être synonyme de décisions très lentes. Bien qu'il soit manifestement préférable de modifier la loi pour remédier à cette situation, l'autorité chargée de la concurrence peut prendre l'initiative d'annoncer qu'elle respectera un délai raisonnable de trois à quatre mois.

40. En ce qui concerne la norme utilisée pour le contrôle des fusions, la Zambie et le Zimbabwe adoptent aussi le critère de l'intérêt général. Au Zimbabwe, une fois que l'autorité a conclu qu'une fusion affaiblit considérablement la concurrence, elle détermine si l'efficacité technologique ou d'autres gains favorables à la concurrence compensent ce désavantage. Dans ce pays, comme en République-Unie de Tanzanie, le critère de l'intérêt général est avant tout un argument fondé sur l'efficacité et fait incontestablement partie des meilleures pratiques en matière de contrôle des fusions.

41. En Zambie, la définition de l'intérêt général est beaucoup plus large: outre qu'elle prend à juste titre en compte les arguments de l'efficacité et de l'entreprise défaillante, la loi permet d'autoriser une fusion par ailleurs anticoncurrentielle pour un certain nombre de motifs très généraux, dont d'éventuels facteurs socioéconomiques ou tout autre facteur ayant une incidence sur l'intérêt général.

42. Des considérations d'intérêt général formulées de manière aussi vague font qu'il est beaucoup plus difficile à l'autorité d'évaluer les fusions d'un point de vue technique. Alors qu'une autorité chargée de la concurrence est bien armée pour évaluer l'effet d'une fusion sur la concurrence sur les marchés concernés, un critère d'intérêt général qui introduit une perspective multidimensionnelle nécessite de concilier différents grands objectifs, tâche à laquelle elle n'est pas préparée. La meilleure façon de faire serait de limiter le critère de l'intérêt général appliqué en Zambie aux motifs de l'efficacité et de l'entreprise défaillante, à l'instar des lois tanzanienne et zimbabwéenne.

43. Si la loi reste inchangée, l'autorité zambienne devrait interpréter très strictement ces dispositions relatives à l'intérêt général et n'autoriser une fusion anticoncurrentielle que si les éléments laissent à penser que celle-ci est bénéfique sont décisifs et incontestables.

6. Ressources publiques consacrées à l'application de la législation antitrust

44. Dans les trois pays sans exception, l'autorité antitrust est d'une taille assez modeste et, outre l'application de la législation antitrust, s'occupe de la protection du consommateur et des pratiques commerciales loyales, sans compter les marchandises de contrefaçon (République-Unie de Tanzanie), le transfert d'installations et d'équipements (Zambie) ou les questions tarifaires (Zimbabwe). Cela réduit le volume des ressources consacrées à l'application du droit et de la politique de la concurrence.

45. Au Zimbabwe, l'autorité a une dotation d'effectifs de 29 personnes (16 affectées aux tâches techniques et 13 à l'appui). Le chef, qui est le directeur et le secrétaire de la Commission, est aussi la personne qui a le plus d'expérience des questions de concurrence. Il travaille à la Commission depuis 1999. Aucun exécutant n'a été formé à la concurrence à l'université et la formation du personnel dispensée en interne est insuffisante⁴. À cet égard, l'autorité chargée de la concurrence devrait envisager de mobiliser des ressources et d'organiser une formation adaptée aux besoins ayant pour but de remédier au manque de connaissances et de compétences aussi bien des membres de la Commission que du personnel.

46. Le personnel de l'autorité compétente perçoit un traitement de fonctionnaire qui est sept fois inférieur à la rémunération versée par les organismes de réglementation sectoriels ou par la Banque centrale⁵. Du coup, l'autorité n'attire pas les personnes les mieux formées, le traitement perçu n'étant pas susceptible de motiver un spécialiste de la législation antitrust très qualifié. Les ressources consacrées à la concurrence doivent augmenter très nettement afin de permettre de verser de meilleures rémunérations, d'employer davantage de personnel et d'améliorer la qualité de l'organisation dans son ensemble. Autrement, l'économie zimbabwéenne risque de ne pas tirer pleinement parti d'un environnement concurrentiel.

47. L'autorité tanzanienne est mieux dotée financièrement. Elle emploie 58 personnes, dont 24 sont chargées de l'application de la législation antitrust et de la promotion de la concurrence. Contrairement au Zimbabwe, les traitements perçus par le personnel sont beaucoup plus élevés que ceux de la moyenne des fonctionnaires et rivalisent avec les salaires du secteur privé.

⁴ Voir *Voluntary Peer Review of Competition Policy: Zimbabwe, Part 3.8 «Agency Resources, Caseload, Priorities and Management»* (Examen collégial volontaire des politiques de la concurrence: Zimbabwe, partie 3.8 «Ressources, dossiers, priorités et gestion de l'institution»).

⁵ *Ibid.*

48. En Zambie, l'autorité emploie 29 personnes, dont 17 s'occupent directement de questions liées à la concurrence et aux consommateurs et la moitié seulement de faire appliquer la législation antitrust. Le personnel est plutôt bien rémunéré aux niveaux national et régional. Les effectifs actuels sont toutefois très insuffisants et le personnel, qui doit traiter un nombre croissant d'affaires, travaille sous pression. L'autorité a récemment nommé 10 inspecteurs à temps partiel et un total de 60 inspecteurs devrait être embauché dans les neuf provinces. Ces inspecteurs ont besoin d'une formation spécialisée.

49. La principale difficulté de l'autorité zambienne touche à son financement. La part des fonds publics doit augmenter très nettement par rapport à son niveau actuel (environ 36 % du total). Les redevances et amendes prévues par la loi, dont les redevances de notification en cas de fusion constituent la majeure partie, sont la principale source de revenus de la Commission. De nouvelles redevances, qui devraient être instaurées prochainement au titre des dérogations accordées à des accords anticoncurrentiels, permettent d'espérer une forte augmentation du total des recettes (il se peut que ce ne soit pas le cas, ces redevances pouvant dissuader de nombreuses entreprises de notifier les accords conclus).

50. Il n'est pas recommandé que des organismes publics soient financés par des redevances perçues sur des activités prévues par la loi. Le problème est qu'une fois ces redevances instaurées, des considérations financières risquent de l'emporter au moment où l'autorité compétente devra prendre des décisions importantes. En d'autres termes, la question du financement de l'autorité peut justifier l'absence de réformes souhaitables (comme la suppression de la procédure de dérogation ou la modification des seuils de notification des fusions si cela diminue les recettes de l'autorité, par exemple).

51. Il convient d'éviter de financer directement l'autorité par le biais des amendes. Les amendes infligées en cas d'infraction à la loi sur la concurrence doivent être perçues par le Trésor, afin d'éviter que l'autorité ne résolve des affaires en fonction de ses impératifs budgétaires, ce qui nuirait à son indépendance.

52. S'il est besoin de financements extérieurs, les redevances de notification en cas de fusion posent moins problème, étant donné que leur structure peut être fonction de la complexité de l'analyse requise. Autrement dit, elles peuvent augmenter au prorata du chiffre d'affaires de l'entreprise acquise, et non simplement en tenant compte du chiffre d'affaires de la partie à l'origine de la notification.

53. Les redevances de notification en cas de fusion existent dans les trois pays et sont partout fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise à l'origine de la notification. Or, il convient de supprimer ce lien. En Zambie, s'y ajoute le

fait, problématique, que ces redevances sont beaucoup trop élevées – jusqu'à 3 milliards de kwacha – (soit environ 600 000 dollars des États-Unis). Comme on peut à juste titre le lire dans le rapport sur la Zambie, le niveau très élevé des redevances de notification en cas de fusion augmente les coûts de transaction des opérations de concentration et fait peser une lourde charge financière sur les parties qui opèrent la fusion, lesquelles, le plus souvent, réalisent des opérations de concentration pour des raisons d'économie et de viabilité. Deuxièmement, il ne serait pas prudent que la Commission compte exagérément sur les redevances de notification exigées en cas de fusion pour financer ses activités, ces redevances n'étant pas une source stable de revenus.

54. Tant que les autorités chargées de la concurrence conservent leur indépendance, ce sont les fonds publics qui permettent au mieux d'assurer leur financement. En effet, toute source de financement en rapport avec une mesure prise par l'autorité peut influencer sur l'issue de cette mesure. Un autre avantage des fonds publics est que l'autorité est appelée à répondre de l'utilisation de ses ressources et doit en rendre compte au Parlement. Les États-Unis ou le Royaume-Uni peuvent fournir des exemples dans ce domaine, leurs gouvernements respectifs évaluant régulièrement les résultats des autorités antitrust et leur demandant de justifier leurs dépenses.

55. Les fonds publics ont des inconvénients, car ils peuvent remettre en question l'indépendance de l'autorité en l'incitant à favoriser des intérêts particuliers par ses décisions. Si tel est le cas, il peut être indiqué d'assurer le financement direct de l'autorité par le biais d'un impôt sur les entreprises, comme cela s'est fait, par exemple, en Turquie (où une taxe sur les augmentations de capital de toutes les entreprises constituées en société et de toutes les sociétés à responsabilité limitée permet de financer l'autorité) ou, plus récemment, en Italie (où l'autorité est financée par un impôt sur le chiffre d'affaires).

7. Bilan de l'application du droit

56. Dans les rapports concernant chacun des trois pays, il est fait état du nombre d'affaires de concurrence traitées par l'autorité nationale compétente; la période considérée est de onze et dix ans respectivement pour la Zambie et le Zimbabwe, et de trois ans pour la République-Unie de Tanzanie.

57. Dans la période 1998-2010, l'autorité zambienne a traité 386 affaires concernant des pratiques commerciales restrictives et 331 notifications de fusions-acquisitions. Si l'on s'en tient à la période 2008-2010, elle a traité 103 dossiers, dont 13 se sont conclus par une injonction de ne pas faire et 55 ont été clôturés, ce qui tendrait à indiquer qu'elle reste saisie d'un nombre substantiel

d'affaires. L'introduction du système de notification résultant de l'application de la loi de 2010 a entraîné une forte augmentation du nombre de nouvelles affaires. Ce système risque de mobiliser des ressources considérables qui pourraient être mieux employées pour détecter et poursuivre les infractions graves à la loi – ententes, par exemple. Dans la même période, l'autorité zambienne a examiné 93 notifications de fusions, statuant sur 49 dossiers.

58. Dans la période 1999-2010, l'autorité zimbabwéenne a traité 220 affaires concernant des pratiques restrictives et 222 notifications de fusions. Elle a rendu chaque année en moyenne huit décisions concernant des pratiques commerciales restrictives: dans 18 % des cas, elle a décidé de procéder à une enquête approfondie et dans 7 % des cas de renvoyer l'affaire devant le Bureau du Procureur général. En l'absence de sanctions, il semble que la décision la plus appropriée soit l'annulation de l'opération. Dans les affaires de contrôle de fusions, l'autorité zimbabwéenne de la concurrence a rendu en moyenne 10 décisions par an. Un pour cent des fusions examinées entre 1999 et 2011 ont été interdites et 20 %, approuvées sous conditions. Soixante-dix-neuf pour cent des fusions ont été approuvées sans conditions ou n'ont pas fait l'objet d'un examen.

59. Pendant la période de 2008/09 à 2010/11, l'autorité tanzanienne a été saisie de 4 affaires concernant des accords restrictifs, de 8 dossiers de fusions non notifiées et de 32 dossiers de fusions notifiées soumises à examen. Plusieurs affaires sont en instance. Le plan stratégique 2011-2013 prévoit de mettre l'accent sur les enquêtes concernant les ententes.

60. Quelques conclusions peuvent être tirées de ce bilan de l'application du droit. À part l'autorité de la concurrence du Zimbabwe, les autorités des deux autres pays ont statué sur un plus grand nombre d'affaires non liées à la concurrence tout au long des périodes considérées. Ces affaires sont dans une certaine mesure plus faciles à traiter et exigent moins de ressources. En dehors des sanctions procédurales, très peu de décisions d'interdiction ont été rendues, à quelques exceptions notables près, ainsi dans le secteur de la brasserie (*Serengeti Breweries c. Tanzanian Breweries* ou l'affaire impliquant les brasseries zambiennes), qui montrent la portée que peut avoir un durcissement de l'application du droit. Le problème du nombre excessif de notifications de fusions peut être résolu par l'établissement de seuils de notification adaptés et par le recours à un système de décision simplifiée.

61. Le meilleur moyen de faire bénéficier l'économie et le consommateur du droit de la concurrence et, par la même occasion, de renforcer la crédibilité et le respect de l'autorité responsable est d'afficher un bilan positif en matière d'application de la loi à travers les décisions d'interdiction. La plupart des

autorités ont mis en place des programmes de formation et de renforcement des capacités en matière de détection des ententes, de méthodes d'enquête, d'évaluation des fusions à l'intention du personnel d'exécution ainsi que des programmes de formation aux techniques de gestion et d'évaluation des dossiers à l'intention du personnel d'encadrement. S'agissant des trois pays examinés, il serait particulièrement utile d'organiser une formation aux aspects pratiques de la réalisation d'une enquête (comment mener une enquête inopinée, quel type d'information solliciter dans le courant d'une enquête, comment traiter une demande d'accès au dossier, comment fixer les sanctions, comment établir la preuve de l'existence d'une entente, quel type de comportement considérer comme un abus, comment élaborer un plan stratégique d'action, etc.). Une plus grande efficacité dans l'instruction des dossiers peut rehausser le prestige des autorités de la concurrence des trois pays. Il faut commencer par instruire les affaires qui le méritent et rendre des décisions d'interdiction. La crédibilité de l'autorité de la concurrence de même que son statut d'institution publique de première importance s'en trouveraient renforcés.

III. ACCORDS RÉGIONAUX

62. Les trois pays examinés sont parties à des accords régionaux. La République-Unie de Tanzanie est membre de la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) et de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), tandis que la Zambie et le Zimbabwe sont tous deux membres du Marché commun des États de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) et de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC). La SADC est l'organisation régionale à laquelle les trois pays appartiennent.

63. Dans l'économie mondialisée, les autorités de la concurrence doivent absolument coopérer aux niveaux international et régional pour traiter les affaires de concurrence touchant plusieurs pays; or, la principale faiblesse de certains accords régionaux réside dans la complexité des tâches qu'ils assignent à ces autorités et dans l'insuffisance des fonds disponibles pour l'exécution.

64. Le COMESA vise à constituer une union douanière. Les dispositions du traité qui l'établit portent en premier lieu sur la suppression des obstacles au commerce, l'application des règles antidumping et la création d'une zone de libre-échange. Récemment, dans le cadre de la mise en place progressive d'un marché commun, des mesures ont été prises, notamment en matière d'application des règles antitrust.

65. En 2006, une Commission de la concurrence composée de neuf commissaires originaires des États membres du COMESA a été créée. Elle

est entrée pleinement en fonctions en décembre 2009. La Commission de la concurrence du COMESA est chargée de l'application des règles relatives à l'abus de position dominante et aux comportements d'entente et dispose également de pouvoirs de contrôle des fusions.

66. La structure institutionnelle du COMESA et, en particulier, l'existence d'une cour de justice pourrait permettre la mise en place rapide d'un système efficace d'application des règles antitrust. Toutefois, plusieurs États membres du COMESA appartenant également à d'autres groupements régionaux, les problèmes de compétence sont considérables, et les juridictions sont surchargées. Pour statuer sur toute affaire concernant les trois pays examinés, la Commission de la concurrence du COMESA devra tout d'abord prendre en considération les dispositions de la CAE.

67. L'expérience européenne suggère que l'adoption du principe d'«effet utile» pourrait être un moyen d'atténuer les problèmes de compétence rencontrés par les groupements régionaux tels que le COMESA. Selon ce principe, pour déterminer la compétence, ce qui compte c'est le fond de la décision. Le juge ou l'autorité nationale antitrust peut appliquer aussi bien la législation communautaire que la législation nationale, mais la décision rendue doit être conforme à la jurisprudence communautaire. En vertu de l'application de ce principe, les législations nationales relatives à la concurrence sont devenues pleinement conformes au droit communautaire et non plus simplement complémentaires.

68. Dans le passé, la Commission de la concurrence du COMESA a pâti du manque de fonds pour assurer son fonctionnement et recruter du personnel. Il est essentiel pour toute organisation de disposer de moyens financiers suffisants. Récemment, le COMESA a commencé à recruter du personnel, ce qui est de bon augure pour l'efficacité de l'organisation. Toutefois, comme la République-Unie de Tanzanie n'en est pas membre, le COMESA n'est pas une solution pour l'ensemble des pays examinés. Cela n'empêche pas la Zambie et le Zimbabwe de faire part de leur expérience de l'application internationale du droit à la République-Unie de Tanzanie et de procéder à un échange de meilleures pratiques avec elle. Ils peuvent aussi plaider en faveur d'une cohérence des politiques et de l'application des règles de la concurrence dans les deux régions.

69. La SADC, dont les trois pays examinés sont membres, a pour objectif de renforcer la coopération et l'intégration socioéconomiques de ses 15 États membres. Elle a créé un cadre de coopération et non une structure institutionnelle supranationale comme le COMESA. La politique de concurrence de la SADC est régie par la Déclaration sur la coopération régionale en ce qui concerne les politiques de concurrence et de protection des consommateurs, qui vise à faciliter

les enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles ayant des effets au-delà des frontières. La Déclaration encourage la coopération entre les États membres de la SADC, établissant entre eux des principes de courtoisie et créant une structure institutionnelle, le Comité chargé de la politique et du droit de la concurrence et de la protection des consommateurs (CCOPOLC). Ce comité, créé en 2008, prend la forme d'un forum où les autorités de la concurrence des États membres se rencontrent une fois par an pour échanger des informations et des données d'expérience sur l'application des lois.

70. La structure de la SADC n'a pas de pouvoir de contrainte. En plus de promouvoir la coopération en matière d'application des règles de la concurrence, la SADC pourrait aussi devenir un centre de promotion des meilleures pratiques sur les questions de fond, de procédure et sur les structures institutionnelles. Une formation adaptée dispensée au sein du Secrétariat et dans les États membres pourrait être utile à cet égard.

71. Dans l'exécution de son mandat en faveur du renforcement de la coopération, la SADC devrait élaborer un rapport comparatif sur les résultats obtenus par les autorités de la concurrence de ses États membres en matière d'application du droit, en commençant par les trois pays examinés. Un tel rapport pourrait être très utile pour échanger des informations sur les pratiques d'exécution des lois, adopter des procédures plus efficaces et renforcer les institutions nationales.

72. Des efforts sont déployés au niveau régional pour créer une zone de libre-échange tripartite qui réduirait l'effet des chevauchements dus à l'appartenance simultanée au COMESA, à la SADC et à la CAE. Il a été jugé sage que les trois groupements régionaux coopèrent et harmonisent leurs programmes commerciaux, leurs programmes d'infrastructure ainsi que leurs autres programmes d'intégration régionale, y compris leur droit et leurs politiques de la concurrence. Dans ce dernier domaine, les trois groupements régionaux devraient coopérer et échanger des informations sur l'élaboration et/ou la mise en œuvre des politiques et de la législation. Cela serait en effet un bon moyen de contribuer à la réduction des chevauchements en matière d'application du droit et à l'amélioration de la mise en œuvre des recommandations issues du présent examen dans les trois pays, considérés individuellement et ensemble.

IV. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

73. Dans le domaine de la lutte antitrust, la République-Unie de Tanzanie, la Zambie et le Zimbabwe présentent de nombreux points communs. Leurs législations ont été adoptées à peu près en même temps, au milieu des années 1990, et le mandat des autorités de la concurrence va au-delà de la mise en

œuvre de la législation antitrust. C'est ainsi que l'autorité zambienne est chargée des délocalisations entreprises, l'autorité tanzanienne des contrefaçons, et l'autorité zimbabwéenne des droits de douane. Ces autres missions influent sur les ressources qui peuvent être consacrées à l'application des règles antitrust. Pour être plus efficaces, les autorités ont besoin de ressources et de moyens financiers plus importants. Pour vaincre la réticence des Gouvernements, le meilleur moyen est de traiter quelques affaires de grande envergure, comme celles concernant le secteur de la brasserie en République-Unie de Tanzanie et en Zambie. Elles peuvent faire comprendre l'importance de la législation et de la politique de la concurrence au public et au Gouvernement. Si l'augmentation des ressources et des fonds mis à la disposition des autorités nationales de la concurrence est bien la principale recommandation de la présente analyse comparative, d'autres problèmes doivent également être résolus pour améliorer l'application de la législation et de la politique de la concurrence dans les trois pays comme dans la région.

1. Recommandations à mettre en œuvre au niveau national

a. Recommandations à l'intention des instances législatives

74. En ce qui concerne les réformes législatives, la loi zimbabwéenne de la concurrence doit être révisée, conformément à ce qui est indiqué dans le rapport national d'évaluation, de sorte que les infractions aux règles antitrust puissent faire l'objet de sanctions pécuniaires. La loi en vigueur au Zimbabwe n'est pas dissuasive. La Zambie et la République-Unie de Tanzanie n'ont pas de modifications importantes à apporter à leur législation. Il leur faut toutefois modifier et réinterpréter plusieurs dispositions à la lumière des meilleures pratiques.

Sanctions

75. L'adoption de sanctions appropriées applicables en cas d'infraction touchant au fond du droit de la concurrence et de non-respect des règles de procédure est un point essentiel sur lequel les trois pays doivent engager un travail de révision/réinterprétation.

76. Les autorités de la concurrence zambienne et zimbabwéenne devraient veiller à ce que les infractions mineures ne fassent pas l'objet de sanctions pénales. La non-notification d'une fusion ou la communication d'informations trompeuses à l'autorité devrait être sanctionnée par une amende. La peine de prison n'est pas recommandée dans ces cas. Des sanctions inutilement sévères risquent de freiner l'investissement étranger direct et de pénaliser le

développement économique du pays. Il est en outre peu vraisemblable qu'un juge prononce une peine de prison pour des infractions aussi mineures. Toutefois, l'existence de ces sanctions est tout de même une menace pour les étrangers. Dans les cas où il est difficile de modifier la loi, l'autorité compétente devrait élaborer des directives qui feraient l'objet de textes réglementaires précisant les circonstances tout à fait exceptionnelles justifiant l'application des dispositions pénales, par exemple des infractions répétées s'inscrivant manifestement dans le cadre d'un plan d'obstruction à la justice.

77. En Zambie, exception faite de l'incrimination d'infractions mineures, les dispositions en matière de sanctions sont conformes aux meilleures pratiques internationales. En République-Unie de Tanzanie, il convient de modifier légèrement la loi, car la sanction en vigueur (5 % à 10 % du chiffre d'affaires annuel) ne prévoit pas d'exonération en faveur des entreprises qui décident de coopérer avec l'autorité. Il est donc proposé d'abaisser le plancher des sanctions pécuniaires à zéro. Ces réformes ne sont toutefois peut-être pas urgentes. Un programme de clémence devient nécessaire et utile dès lors que l'action de l'autorité de la concurrence en matière d'application du droit se renforce. L'autorité tanzanienne peut progresser dans le cadre de la législation existante. Le Zimbabwe doit, pour sa part, procéder à quelques aménagements importants: rendre passibles d'amende les infractions aux règles antitrust, réviser la structure des amendes en vigueur qui n'est pas suffisamment dissuasive et fixer le montant des amendes en pourcentage du chiffre d'affaires (0 % à 10 %).

Contrôle des fusions

78. Dans les trois pays, les fusions qui dépassent un certain seuil doivent être notifiées. Toutefois, en République-Unie de Tanzanie, ces seuils peuvent être modifiés par l'autorité de la concurrence. Il est très important d'envisager un ajustement des régimes en vigueur en Zambie et au Zimbabwe, qui défavorisent les grandes entreprises. Selon la législation de ces pays, les grandes entreprises sont tenues de notifier les transactions qu'elles effectuent, même dans les cas où l'entreprise dont elles font l'acquisition réalise un chiffre d'affaires dans le pays extrêmement faible. Ces lois doivent être révisées afin que l'autorité compétente dispose d'une certaine latitude pour déterminer le seuil de chiffre d'affaires le plus approprié. Au Zimbabwe, dans l'attente de la révision de la loi, l'autorité de la concurrence pourrait, par décision administrative, décider d'évaluer toutes les fusions simples dans un délai d'un mois et les fusions plus complexes dans un délai de quatre mois.

79. Les trois pays appliquent le principe de la défense de l'intérêt général dans le cas de fusions anticoncurrentielles. Si, en République-Unie de Tanzanie et

au Zimbabwe, les critères utilisés sont pertinents puisque, en pratique, ils ne prennent en compte que l'argument des gains d'efficience et celui de l'entreprise défaillante, les critères de l'intérêt général retenus en Zambie sont beaucoup plus étendus. En effet, dans ce pays, outre l'argument des gains d'efficience et celui de l'entreprise défaillante, la loi retient aussi la promotion de l'exportation, la compétitivité ainsi qu'un certain nombre de facteurs socioéconomiques. S'il n'y a pas révision de la loi, l'autorité zambienne devrait donc interpréter ces dispositions d'une manière très stricte et n'accorder de dérogations au titre de l'intérêt général que dans les cas où il existe un avantage net pour les consommateurs (autrement dit comme s'il s'agissait d'un argument de gains d'efficience plus étendus).

Examen judiciaire

80. En République-Unie de Tanzanie et en Zambie, l'examen judiciaire des affaires de concurrence relève de tribunaux qui sont constitués spécialement à cet effet et dont les juges ont les compétences requises pour ce travail.

81. Toutefois, en règle générale, il est inutile de constituer des tribunaux spécialisés; il suffit de veiller à ce que l'examen judiciaire des décisions rendues par l'autorité de la concurrence soit toujours réalisé par les mêmes juges d'un tribunal ordinaire afin que ceux-ci puissent acquérir les compétences nécessaires à l'examen des affaires de concurrence. Il convient de réexaminer la double compétence de la Cour administrative et de la Haute Cour en vigueur au Zimbabwe. Si une révision de la loi visant à donner compétence pour l'examen judiciaire des affaires de concurrence à un seul organe juridictionnel semble la meilleure solution, il peut y en avoir d'autres, par exemple la conclusion d'un mémorandum d'accord répartissant les tâches entre les deux juridictions.

b. Recommandations à l'intention des gouvernements

82. Dans les trois pays, l'autorité antitrust est une institution relativement restreinte qui a plusieurs attributions (protection des consommateurs, loyauté des pratiques commerciales, contrefaçons, délocalisation d'entreprises et d'équipements, droits de douane). Les ressources consacrées à l'application des politiques et des législations relatives à la concurrence sont donc limitées. S'agissant des rémunérations, les traitements versés au personnel de l'autorité zambienne sont corrects. En République-Unie de Tanzanie, les conditions d'emploi sont bien supérieures à celles de la fonction publique et soutiennent la concurrence avec celles du secteur privé. Au Zimbabwe, en revanche, la faiblesse des salaires nuit à la rétention du personnel.

83. L'application des règles antitrust est une activité qui exige des compétences professionnelles, et la qualité du personnel de l'autorité de la concurrence est un atout sur lequel chaque gouvernement peut compter pour mettre en place un environnement réglementaire qui réponde mieux aux besoins du marché. Si les autorités de la concurrence avaient une réputation comparable à celle des banques centrales, les traitements seraient suffisamment élevés pour attirer du personnel qualifié. Un personnel mal formé ne permet pas de garantir une application de la loi telle que l'autorité de la concurrence sera en mesure d'avoir un réel impact dans son pays.

84. Il faut renforcer le financement de l'autorité de la concurrence dans les trois pays. Le financement doit être assuré soit directement par le Gouvernement, soit par une taxe prélevée sur les entreprises qui dépassent un certain seuil, comme cela se pratique en Italie ou en Turquie, par exemple. Les dispositions relatives à la perception de frais de notification (dans les trois pays) ou au versement à l'autorité d'un pourcentage du montant des amendes (en Zambie) devraient être modifiées car le système n'est pas fiable et risque d'influencer l'autorité dans les décisions qu'elle rend.

c. Recommandations à l'intention des autorités de la concurrence

Pratique en matière d'application du droit

85. Premièrement, il est recommandé aux autorités de la concurrence des trois pays d'appliquer la loi d'une manière plus efficace; elles devraient commencer par quelques affaires importantes mises au jour par des visites inopinées et sévèrement sanctionnées. Leur réputation s'en trouverait fortement rehaussée, ce qui, sur le plan politique, faciliterait leur renforcement (y compris par un financement supplémentaire).

86. Les visites inopinées sont la méthode la plus couramment utilisée pour découvrir si une entreprise a effectivement enfreint les dispositions antitrust, en particulier les dispositions en matière d'entente et d'abus de position dominante. Ces visites doivent surprendre l'entreprise qui, autrement, risque de détruire des éléments de preuves. En République-Unie de Tanzanie et en Zambie, les autorités de la concurrence ont manifestement la possibilité de réaliser de telles visites. En Zambie, deux visites de ce type ont eu lieu au cours des dernières années. Il faudrait que les autorités des trois pays se familiarisent encore avec cette pratique; une formation aux visites inopinées serait très utile.

87. Au Zimbabwe, la publication des motifs des enquêtes étant obligatoire, les visites devraient être organisées le jour de cette publication.

88. La République-Unie de Tanzanie devra veiller à ce que la disposition relative au caractère intentionnel de l'infraction au droit de la concurrence soit interprétée d'une manière très restrictive. Ainsi, lorsque la jurisprudence élargit l'application de la loi à de nouvelles situations ou à de nouvelles pratiques, l'amende ne devrait être prononcée que lorsqu'il est établi que ces situations ou ces pratiques font effectivement l'objet d'une interdiction. Dans le cas contraire, des appréciations subjectives quant à l'intentionnalité risquent de nuire à l'application effective du droit de la concurrence dans le pays.

89. Pour que l'effet dissuasif soit réel, les amendes doivent être effectivement payées. Le recouvrement ne doit pas être réalisé par les autorités de la concurrence; les autorités des trois pays devraient demander à leur Gouvernement de se charger de cette tâche.

90. En outre, les autorités de la concurrence tanzanienne et zambienne devraient faire preuve d'un grand discernement dans la manière dont elles traiteront le flux de notifications de pratiques restrictives que la nouvelle loi a rendu possible. Comme l'expérience de l'Union européenne le montre très bien, ces notifications ne permettront sans doute pas de déceler les infractions les plus graves. C'est la raison pour laquelle l'Union européenne a supprimé le système de notification en 2003. Plus de 1 000 accords ont été notifiés à la Commission européenne sur une période de plus de quarante ans et seule une poignée d'entre eux ont été interdits.

Formation du personnel

91. Pour renforcer la réputation des autorités de la concurrence, il faut que leur personnel et les juges chargés de l'examen judiciaire reçoivent une solide formation. Le personnel des autorités de la concurrence devrait être formé aux questions de fond ainsi qu'aux questions touchant les règles de procédure: comment réaliser une visite inopinée, quelles pièces porter au dossier d'une affaire, comment traiter une demande d'accès au dossier, comment rédiger une communication des griefs et une décision finale, comment fixer l'amende, quel type de mesures correctives imposer, quand adopter une procédure simplifiée pour les fusions, etc.

92. Il faudrait aussi organiser des formations en ce qui concerne l'élaboration de directives et de communications sur la manière d'interpréter les dispositions de fond contenues dans la loi. Ces formations devraient être dispensées directement dans les trois pays ainsi qu'aux organisations régionales dont ils

font partie. Les problèmes d'application qui se posent dans les trois pays sont similaires, et des documents thématiques communs pourraient être élaborés avec l'aide des autorités de la concurrence coopérant au niveau régional sous l'égide d'organisations internationales qui pourraient fournir les compétences spécialisées nécessaires.

2. Recommandations à appliquer au niveau régional

93. Dans les efforts qu'ils déploient pour assurer le bon fonctionnement de l'économie de marché, les trois pays connaissent plus ou moins les mêmes restrictions de concurrence. En outre, la région est en proie aux mêmes pratiques anticoncurrentielles internationales que le reste du monde. Récemment, la SADC, le COMESA et le CAE ont mis en place des cadres en matière de concurrence, qui devraient permettre de s'attaquer à ce problème. Les trois pays examinés devraient profiter autant que possible de ces initiatives régionales pour renforcer leurs efforts en matière d'application du droit en faisant converger leur interprétation des lois, en échangeant leurs données d'expérience et en coopérant au traitement des dossiers.

94. Les trois pays sont membres de la SADC, qui a ceci de particulier parmi les organisations régionales concernées (CAE, COMESA et SADC) qu'elle n'offre qu'un cadre de coopération et d'échange d'expériences et non un régime supranational de la concurrence mis en œuvre par une autorité régionale spécialisée.

95. La SADC peut donc être un forum au sein duquel les trois pays considérés peuvent rechercher une convergence et élaborer des pratiques optimales, par exemple pour résoudre des problèmes de fond et des problèmes de procédure communs.

96. Les deux pays examinés qui sont membres du COMESA (Zambie et Zimbabwe) ont la possibilité de bénéficier des procédures d'exécution prévues dans la réglementation de la concurrence de l'organisation et d'échanger les meilleures pratiques issues du règlement des affaires internationales. Il leur est recommandé de partager l'expérience acquise au sein du COMESA avec la République-Unie de Tanzanie, troisième pays à l'examen. Parallèlement, comme la Zambie et le Zimbabwe sont membres à la fois du COMESA et de la SADC, ils sont bien placés pour plaider en faveur de la compatibilité des deux régimes régionaux de la concurrence.

97. À cet égard, l'effort visant à créer une zone de libre-échange tripartite pour réduire au minimum les effets résultant de l'appartenance simultanée au COMESA, à la SADC et à la CAE sera probablement positif. Il a été jugé sage que

les trois groupements régionaux coopèrent et harmonisent leurs programmes commerciaux, leurs programmes d'infrastructure et leurs autres programmes d'intégration régionale, y compris leur droit et leurs politiques de la concurrence. Dans ce dernier domaine, les trois groupements régionaux devraient coopérer et échanger des informations sur l'élaboration et/ou l'application des lois et des politiques.

98. Parallèlement à la coopération officielle qui est menée au sein des groupements régionaux en matière de concurrence, les autorités compétentes des trois pays examinés devraient resserrer les liens informels qu'ils entretiennent afin d'échanger des données d'expérience et, éventuellement, de coopérer à la mise en œuvre des lois. Des programmes de formation commune devraient viser à renforcer les connaissances spécialisées dans le domaine du droit de la concurrence tout en contribuant à développer les réseaux et les relations professionnelles.



NATIONS UNIES