



**Conférence des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr. générale
2 mai 2018
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement
Commission du commerce et du développement
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Dix-septième session
Genève, 11-13 juillet 2018
Point 3 b) de l'ordre du jour provisoire

**Examen collégial volontaire du droit
et de la politique de la concurrence
du Botswana**

Aperçu général*

* Les résultats, interprétations et conclusions exprimés dans le présent document n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les points de vue de l'Organisation des Nations Unies, de ses fonctionnaires ou de ses États Membres. Le présent document n'a pas été revu par les services d'édition.



Table des matières

	<i>Page</i>
Préface.....	3
I. Fondements et histoire de la politique de la concurrence au Botswana	4
A. Introduction	4
B. Contexte historique, social, politique et économique	4
C. Évolution du droit et de la politique de la concurrence du Botswana	5
D. Cadre de la politique de concurrence	5
E. Cadre juridique en matière de droit de la concurrence	5
II. Cadre institutionnel pour la mise en œuvre de la politique et du droit de la concurrence	6
A. L’Autorité de la concurrence du Botswana.....	6
B. La Commission de la concurrence du Botswana	6
C. Dispositif institutionnel prévu par le projet de loi sur la concurrence n° 22 (2017)	6
D. Procédure de traitement des fusions notifiées et des autres pratiques soumises à des restrictions	6
E. Le Tribunal	7
F. Sanctions.....	8
III. Application du droit de la concurrence	8
A. Fusions.....	8
B. Pratiques commerciales restrictives	9
C. Abus de position dominante	11
IV. Questions relatives à la concurrence non liées à l’application de la loi.....	12
Analyse des marchés.....	12
V. Promotion de la concurrence	13
A. Ministère.....	13
B. Milieux universitaires	13
C. Milieux d’affaires	13
VI. Autres lois importantes pour l’application du droit de la concurrence	14
A. Organismes de réglementation sectoriels.....	14
B. Propriété intellectuelle	15
C. Protection du consommateur	15
VII. Organisation de l’Autorité de la concurrence du Botswana	15
A. De la Commission de la concurrence au Conseil de la concurrence et de la consommation	15
B. Secrétariat	16
VIII. Ressources de l’Autorité de la concurrence du Botswana.....	16
IX. Appareil judiciaire.....	17
X. Considérations générales et recommandations.....	17
A. Recommandations à l’intention du Gouvernement.....	17
B. Recommandations à l’intention de l’Autorité de la concurrence du Botswana	17
C. Recommandations à l’intention de l’appareil judiciaire	18

Préface

Le présent aperçu général fait partie du rapport intitulé *Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy : Botswana*¹. L'examen collégial volontaire vise à évaluer le cadre du droit de la concurrence au Botswana et l'application qui en est faite, à dégager les leçons à retenir et à formuler des recommandations en vue d'améliorer le système conformément aux meilleures pratiques internationales.

L'état actuel du droit et de la politique de concurrence au Botswana est ici examiné à partir d'une étude approfondie des documents pertinents et des résultats d'une mission d'enquête menée à Gaborone pour recueillir des informations sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence et des représentants des parties prenantes concernées, à savoir, entre autres, les ministères, les organismes de réglementation sectorielle, le secteur privé et les milieux universitaires. Parmi les documents étudiés figurent un rapport d'inventaire économique (2002), un rapport d'inventaire législatif (2002), la politique de concurrence (2005), la loi sur la concurrence (2009), le projet de loi sur la concurrence (2017), différents textes réglementaires sectoriels, le discours sur l'état de la nation prononcé par le Président botswanais, le général de corps d'armée et docteur Seretse Khama Ian Khama, en octobre 2017, Botswana Vision 2036 et le onzième plan national de développement.

Une mission d'enquête s'est rendue au Botswana du 6 au 11 novembre 2017. Les membres de cette mission se sont entretenus avec des représentants de diverses institutions, de ministères, d'organismes de réglementation sectoriels, du secteur privé, ainsi qu'avec des plaignants et défenseurs, des universitaires et des représentants d'autres entités concernées par les questions de concurrence.

¹ UNCTAD, 2018 (à paraître). Le rapport complet de l'examen collégial contient des informations plus détaillées sur l'application du droit de la concurrence au Botswana. Il comprend notamment un compte rendu des entretiens que la CNUCED a menés durant sa mission d'enquête à Gaborone.

I. Fondements et histoire de la politique de la concurrence au Botswana

A. Introduction

1. Le présent rapport est fondé sur des informations recueillies à l'occasion d'une mission d'enquête menée au Botswana en octobre 2017 ou émanant de sources diverses telles que les sites Web des ministères. L'évolution de la législation depuis le recueil initial d'informations a été pris en compte pour l'établissement du rapport définitif.

B. Contexte historique, social, politique et économique

1. Contexte historique et social

2. Le Botswana, anciennement Bechuanaland, est un pays enclavé d'Afrique australe limitrophe de la Zambie au nord, du Zimbabwe au nord-est, de la Namibie à l'ouest et de l'Afrique du Sud au sud et au sud-est. Son principal accès à un port maritime se fait par l'Afrique du Sud. Le Botswana s'étend sur 582 000 km², ce qui représente une superficie importante compte tenu du nombre relativement réduit de ses habitants, qui était estimé à 2 230 905 en 2016. Bien que le pays soit peu peuplé, le Gouvernement botswanais consacre des ressources à la protection et à la préservation de certaines zones sauvages qui comptent parmi les plus vastes d'Afrique.

2. Contexte politique

3. Le Botswana se distingue par sa stabilité politique et sa bonne gouvernance. C'est la plus ancienne démocratie multipartite d'Afrique, son bilan en matière de droits de l'homme est positif et le pays est stable depuis son accession à l'indépendance. Dans cette république multipartite, des élections sont organisées tous les cinq ans. Le Parlement se compose de deux chambres : l'Assemblée nationale et la Chambre des chefs. Le Président, qui est nommé par le Parlement, est le chef de l'État et du gouvernement. Il ne peut exercer plus de deux mandats de cinq ans². Depuis le 1^{er} avril 2018, le Président en exercice est M. Mokgweetsi Eric Keabetswe Masisi.

3. Contexte économique

4. Le Botswana connaît une croissance remarquable depuis 1966, date de la proclamation de son indépendance à l'égard du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Son économie est devenue l'une des plus dynamiques du monde, puisque son taux de croissance moyen annuel pour les dix dernières années est de 5 %. Une saine gestion des revenus de l'activité minière, qui concerne principalement le diamant, ainsi qu'une bonne gouvernance, lui ont permis de se hisser au rang de pays à revenu intermédiaire supérieur.

5. Vision 2036 est un programme par lequel le Gouvernement botswanais s'efforce d'atteindre les objectifs qu'il s'est fixés pour le XXI^e siècle. Ce programme comporte quatre axes et s'appuie sur le principe fondamental selon lequel les grandes questions économiques, sociales, environnementales et de gouvernance du Botswana sont interdépendantes. Le taux d'inflation, dont la moyenne annuelle pour la période 2014-2017 s'établissait à 3,5 %, est relativement faible, et il devrait rester dans la fourchette de 3 à 6 % fixée comme objectif à court et moyen terme par la Banque du Botswana.

6. Conformément à la Vision à long terme du Botswana, le Gouvernement s'est lancé dans une initiative de développement par domaines d'activité visant à renforcer la diversification économique dans les cinq secteurs prioritaires que sont la viande bovine, la

² La bibliographie à laquelle il est fait référence dans la présente synthèse se trouve dans CNUCED, 2018, *Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy : Botswana* (Publication des Nations Unies, New York et Genève), à paraître.

valorisation du diamant, les services financiers, l'exploitation minière et le tourisme. Dans chacun de ces domaines, un plan de renforcement des capacités est en cours de mise en place.

C. Évolution du droit et de la politique de la concurrence du Botswana

7. Le Botswana, dont l'économie est ouverte depuis l'indépendance qu'il a acquise en 1966, a toujours cherché à renforcer le fonctionnement des marchés.

8. Dès 1999, le pays a entrepris d'étudier les marchés et de réfléchir à la mise en œuvre de mesures réglementaires propres à garantir des règles du jeu équitables pour les entreprises. Deux rapports (un inventaire économique et un inventaire législatif) terminés en 2002 étudient la structure du marché, les pratiques et les lois, l'objectif étant d'éviter que des dispositions législatives puissent être considérées comme néfastes à la concurrence et contraires aux intérêts des consommateurs. Ce processus consultatif était dirigé par la CNUCED et financé par le Programme des Nations Unies pour le développement par l'intermédiaire de son programme de pays sur le développement du secteur privé.

9. Les rapports mentionnés ont servi à élaborer la politique de concurrence, qui a été adoptée en 2005, ainsi qu'une loi sur la concurrence, qui a été promulguée en 2009 et est entrée en vigueur en 2010. Cette loi prévoyait la création d'une commission de la concurrence et d'une autorité de la concurrence. Ces deux organismes ont été mis sur pied en 2011 ; ils s'occupent des problèmes relatifs à la concurrence se posant dans le cadre du contrôle des fusions, des abus de position dominante et d'autres pratiques anticoncurrentielles.

10. Un nouveau texte, le projet de loi sur la concurrence n° 22 de décembre 2017, a récemment été adopté. Une nouvelle autorité de la concurrence rebaptisée Autorité de la concurrence et de la consommation a été instituée. Au moment de l'élaboration du présent rapport, le projet de loi attendait l'aval du Président.

D. Cadre de la politique de concurrence

11. La politique nationale de concurrence que le Botswana a adoptée en 2005 répond à la volonté gouvernementale de tirer le meilleur parti des avantages que procurent la déréglementation, la privatisation et la libéralisation du commerce et de l'investissement, et de préserver les acquis auxquels les pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles de porter atteinte dans un environnement déréglementé. Elle vise également à faire face aux problèmes liés à la mondialisation des ententes, aux abus de position dominante et à la constitution de monopoles dans des secteurs clefs, consécutifs à l'ouverture des marchés ainsi qu'à la multiplication des questions commerciales transfrontalières et à l'accroissement des flux d'investissements, qui l'accompagnent et en découlent.

E. Cadre juridique en matière de droit de la concurrence

12. Le texte actuellement en vigueur est la loi n° 17 de 2010, relative à la concurrence ; il convient également de mentionner le règlement sur la concurrence de 2011 et le règlement de la Commission de la concurrence (dite « le Tribunal ») de 2012. En décembre 2017, le Parlement botswanais a adopté le projet de loi sur la concurrence, qui doit à présent être ratifié par le Président puis être promulgué par le Ministère. Dans le présent rapport, il sera essentiellement question des dispositions de ce projet de loi, mais il sera parfois fait référence à l'actuelle loi sur la concurrence.

II. Cadre institutionnel pour la mise en œuvre de la politique et du droit de la concurrence

A. L'Autorité de la concurrence du Botswana

13. L'article 4 de l'actuelle loi sur la concurrence institue l'Autorité de la concurrence, personne morale pouvant engager des actions en justice et être poursuivie, sous réserve des dispositions de la loi susmentionnée.

Fonctions de l'Autorité de la concurrence du Botswana

14. Le document intitulé « Politique de concurrence » ne mentionne que la création de l'Autorité de la concurrence et précise que cette instance, dans le cadre de sa mission de mise en œuvre de la politique de concurrence et de la législation connexe, aura pour tâche d'appliquer la loi sur la concurrence, notamment en menant des enquêtes, en poursuivant les contrevenants et en statuant sur les litiges, et que les parties s'estimant lésées par l'une de ses décisions auront le droit d'interjeter appel devant la Haute Cour.

B. La Commission de la concurrence du Botswana

15. L'article 9 de l'actuelle loi sur la concurrence institue la Commission de la concurrence, qui est l'organe directeur de l'Autorité et l'administre. La Commission statue sur les questions dont elle est saisie par l'Autorité en vertu de la loi et donne à cette dernière des orientations générales.

16. Compte tenu de ses fonctions, de la nomination de ses membres ainsi que du pouvoir d'engager des poursuites et de faire respecter les dispositions du projet de loi sur la concurrence dont elle dispose, l'Autorité de la concurrence et de la consommation (ACC) peut enquêter sur les obstacles à la concurrence en sa qualité d'organisme de réglementation.

C. Dispositif institutionnel prévu par le projet de loi sur la concurrence n° 22 (2017)

17. L'article 6 du projet de loi sur la concurrence institue le « Conseil de la concurrence et de la consommation » qui, en tant qu'organe directeur de l'Autorité, l'administre et lui donne des orientations générales.

18. L'actuelle loi sur la concurrence dispose que l'Autorité et la Commission sont des organismes distincts, mais de nombreux autres éléments et indicateurs montrent que la Commission se confond avec l'Autorité, comme s'il s'agissait d'un seul et même organisme. Si le projet de loi sur la concurrence vise à clarifier les choses, le libellé ci-dessus risque toujours de conduire à l'interprétation selon laquelle l'Autorité et l'ACC sont deux organismes distincts.

D. Procédure de traitement des fusions notifiées et des autres pratiques soumises à des restrictions

1. Procédure de traitement des fusions notifiées

19. La procédure relative aux fusions notifiées est prévue aux paragraphes 2 et 3 de l'article 51 du projet de loi sur la concurrence. Une partie s'estimant lésée a la possibilité d'interjeter appel devant le Tribunal conformément à l'article 57.

2. Procédure relative aux autres pratiques soumises à des restrictions

20. En vertu de l'article 36 du projet de loi sur la concurrence, l'ACC, de sa propre initiative ou à réception d'informations ou d'une plainte émanant de toute personne à

propos d'une pratique qu'elle a des motifs raisonnables de considérer comme une infraction probable, peut mener une enquête préliminaire avant d'instruire l'affaire.

21. L'article 39 du projet de loi sur la concurrence dispose que l'ACC peut charger un inspecteur d'établir un rapport à propos de l'infraction présumée. Dans les douze mois suivant la fin de l'enquête, elle doit renvoyer l'affaire devant le Tribunal si elle a établi que la pratique en question était illégale ou, dans le cas contraire, notifier sa décision de non-renvoi.

E. Le Tribunal

22. L'article 62 du projet de loi sur la concurrence prévoit la création du Tribunal, et l'article 63 précise sa compétence. Le Tribunal peut statuer en première instance ou en appel.

1. Compétence de première instance

23. Il incombe au Tribunal de statuer sur toute affaire concernant une violation d'une disposition de la loi, pour laquelle il aura été saisi par l'Autorité ou par un plaignant.

2. Compétence d'appel

24. Le Tribunal statue sur tout appel interjeté conformément aux dispositions de la loi.

25. À cet égard, il ressort de la lecture du paragraphe 73 du projet de loi sur la concurrence que toute affaire faisant l'objet d'une enquête au titre du paragraphe 39 du même texte doit dans les douze mois suivant la fin de ladite l'enquête être renvoyée devant le Tribunal pour que ce dernier statue à son sujet, l'ACC agissant dans ce cadre en tant que ministère public, conformément aux alinéas o) et p) du paragraphe 2 de l'article 5.

26. Le paragraphe 3 de l'article 67 de la loi sur la concurrence de 2009 prévoit qu'il peut être interjeté appel d'un jugement de la Haute Cour devant la Cour d'appel, mais uniquement sur une question de droit soulevée par ledit jugement ou par toute décision de ladite juridiction portant sur le montant d'une amende. Le projet de loi sur la concurrence s'écarte de cette position, puisque ses articles 83 et 84 se contentent d'évoquer la possibilité de former devant la Haute Cour un appel ou une demande d'examen judiciaire.

27. Il a été constaté que l'Autorité avait perdu toutes les affaires ayant trait à des points de procédure dont avait été saisies la Commission de la concurrence, la Haute Cour ou la Cour d'appel, et qu'aucune décision quant au fond relative à la concurrence n'avait été prise par la Haute Cour ou par la Cour d'appel pendant les six années pendant lesquelles le Botswana avait appliqué le droit de la concurrence.

28. Il a également été montré que la Haute Cour du Botswana n'était pas très experte en matière de droit de la concurrence, et que cela était lié au fait que la culture de la concurrence et l'application du droit connexe étaient aussi modestes que récentes dans ce pays.

29. Étant donné les avantages qu'offre une instance d'appel spécialisée dans les affaires de concurrence, et dans la mesure où le Tribunal est à la fois doté d'une compétence de première instance et d'une compétence d'appel, il devrait être possible de faire en sorte que toutes les affaires relevant du droit de la concurrence passent en première instance devant l'ACC puis en appel devant le Tribunal, et qu'il y ait une possibilité d'appel supplémentaire devant la Haute Cour.

30. Les articles 94 et 95 du projet de loi sur la concurrence portent sur les prérogatives de l'ACC en matière de règles de procédure et de réglementation dans l'exercice de ses fonctions. Compte tenu de ce qui précède, l'ACC n'a en règle générale pas le droit d'outrepasser le cadre spécifié par sa législation habilitante (doctrine de l'*ultra vires*). Il est peu probable que le projet de loi sur la concurrence soulève des questions relatives à la violation des principes élémentaires de l'équité dans la mesure où il y a séparation des pouvoirs ; en tant que telle, l'ACC est consciente des principes élémentaires de la justice, comme montré précédemment.

F. Sanctions

31. L'application de la réglementation est habituellement de nature criminelle. Le projet de loi sur la concurrence prévoit que « tout dirigeant ou administrateur d'une entreprise qui contrevient aux dispositions de l'article 25 se rend coupable d'un délit et est passible d'une amende n'excédant pas 100 000 pula ou d'une peine d'emprisonnement ne dépassant pas cinq ans, ou des deux ».

32. Le projet de loi sur la concurrence ne prévoit pas de procédure formelle lorsqu'une personne doit être incarcérée.

33. Il est prévu, aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 76 du projet de loi sur la concurrence, d'infliger des amendes, certes de façon discrétionnaire, aux entreprises ayant conclu des accords horizontaux (art. 25) ou verticaux (art. 25). Le projet de loi dit à cet égard que le Tribunal peut rendre une ordonnance infligeant à l'entreprise concernée une amende n'excédant pas 10 % de son chiffre d'affaires pendant la période de violation de l'interdiction (cette durée étant limitée à trois ans), laquelle s'ajoute ou se substitue aux mesures qu'il pourrait lui imposer.

34. Il est prévu, à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 58 du projet de loi sur la concurrence, de sanctionner les fusions non notifiées par une amende ne dépassant pas 10 % de la valeur de l'opération ou de la somme des chiffres d'affaires des parties à la fusion, le montant le plus élevé étant retenu. Une fourchette de 0 à 10 % du chiffre d'affaires est peut-être trop large. En l'absence de directives précises permettant d'établir un montant d'amende proportionné, cela peut être la source de problèmes.

35. Le projet de loi sur la concurrence ne sanctionne pas directement un accord non notifié que la règle de raison interdit en vertu de l'article 28 lu conjointement avec l'article 33, ni l'abus de position dominante visé à l'article 31. L'article 77 prévoit que lorsque le Tribunal reconnaît des entreprises coupables de telles infractions, il est tenu de leur prescrire les mesures qu'il jugera nécessaires, raisonnables ou réalisables, y compris les mesures structurelles mentionnées à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 77.

36. Il peut y avoir, pour des faits délictueux dont les conséquences pour l'économie et les marchés sont d'une égale importance, un décalage entre le niveau de gravité de l'infraction commise et le degré de sévérité de la peine prononcée, lorsque des entreprises sont condamnées par ce même Tribunal mais de façon différente.

37. L'idéal serait de traiter à part les infractions relevant de la responsabilité individuelle, comme c'est le cas dans le projet de loi sur la concurrence, et de regrouper toutes les infractions reprochées à l'entreprise au titre des articles 25, 27, 28, 31 et du paragraphe 2 de l'article 59 dudit projet de loi, pour que les infractions d'une gravité similaire s'accompagnent de peines appropriées et similaires.

III. Application du droit de la concurrence

A. Fusions

38. Le paragraphe 1 de l'article 45 du projet de loi sur la concurrence définit la fusion, tandis que le paragraphe 2 prévoit la manière dont l'acquisition peut être réalisée.

39. La « fusion », telle que la définit le projet de loi sur la concurrence, n'inclut pas les coentreprises aboutissant à la création d'entreprises entièrement nouvelles, et la disposition générale de l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 45 ne peut justifier l'omission d'une disposition spécifique concernant de telles fusions. Le principe sous-jacent était que de telles coentreprises et alliances stratégiques ont le même effet que les fusions pures et devraient donc être examinées afin d'y détecter d'éventuels effets anticoncurrentiels.

40. Le paragraphe 3 de l'article 45 du projet de loi sur la concurrence dit qu'une entreprise exerce une influence notable sur une autre lorsqu'elle a la possibilité matérielle de peser sur la politique de cette dernière, à l'exemple d'une personne qui, dans la pratique commerciale ordinaire, peut exercer un type de contrôle visé dans la loi sur les sociétés, en

particulier la détention d'au moins 50 % des actions ou de la majorité des droits de vote d'une société. Cela signifie que, quelle que soit la part du capital social ou des droits de vote en jeu dans une opération de fusion, cette opération équivaut à une fusion si elle donne lieu à l'exercice d'une influence notable.

41. L'article 46 du projet de loi sur la concurrence reprend l'article 53 de l'actuelle loi sur la concurrence. Il donne au ministre la possibilité d'établir des règlements exemptant des entreprises de l'examen des fusions si elles appartiennent à un secteur commercial ou industriel donné, en fonction de la nature de leurs activités, ou s'il en va de l'intérêt général. Le ministre peut en outre prescrire un système d'examen des fusions de substitution qu'il jugerait approprié.

42. Bien que cette disposition n'ait pas encore été appliquée à ce jour, elle est susceptible d'être utilisée abusivement ou en contradiction avec l'esprit de l'article 3 du projet de loi sur la concurrence, dans lequel est soulignée la règle générale selon laquelle le texte s'applique aux activités économiques menées au Botswana ou ayant des conséquences pour le pays.

43. Généralement, les exemptions à l'application de la législation sur la concurrence visent les règlements sectoriels prévus à l'article 86 du projet de loi sur la concurrence et concernent tous les aspects de la concurrence et pas seulement les fusions.

44. L'article 49 du projet de loi sur la concurrence prévoit un régime de notification préalable pour les fusions d'une valeur égale ou supérieure à un certain seuil (correspondant à la somme des chiffres d'affaires réalisés au Botswana par les parties à la fusion ou à la valeur totale de leurs actifs au Botswana, qui est actuellement fixé à 1 200 000 dollars).

45. En cas de fusion non notifiée, il ne peut être prononcé d'autre sanction, conformément à l'article 63 de la loi sur la concurrence actuellement en vigueur au Botswana, que l'injonction de remédier à l'infraction. Le paragraphe 3 de l'article 58 du projet de loi sur la concurrence spécifie au contraire que le défaut de notification d'une fusion devant faire l'objet d'un avis constitue une infraction qui, si elle fait l'objet d'une condamnation, est passible d'une amende n'excédant pas 10 % de la valeur de la transaction ou de la somme des chiffres d'affaires des parties à la fusion, le montant le plus élevé étant retenu. Il s'agit d'une évolution positive et conforme aux meilleures pratiques internationales.

46. Dans le projet de loi sur la concurrence, les fusions non notifiées sont traitées sur le plan procédural conformément au paragraphe 2 de l'article 58, lu conjointement avec le paragraphe 1 de l'article 59.

47. La procédure de traitement des fusions non notifiées est contentieuse et litigieuse, tout comme le processus de révocation d'une fusion approuvée ou de rejet d'une fusion notifiée. Compte tenu de cette similitude, on pourrait s'attendre à ce que le traitement soit similaire. Néanmoins, la procédure utilisée pour la révocation d'une fusion approuvée et le rejet d'une fusion notifiée est différente de celle employée pour le traitement des fusions non notifiées.

48. La révocation d'une fusion approuvée et le rejet d'une fusion notifiée sont traités en première instance par l'ACC, tandis que les fusions non notifiées font *de jure* l'objet de poursuites en première instance devant le Tribunal. Cette lacune devrait également être examinée en vue d'une éventuelle rectification visant à améliorer l'application du droit de la concurrence en matière de fusions et d'acquisitions.

B. Pratiques commerciales restrictives

1. Accords interdits constituant des infractions formelles

49. Les accords horizontaux sont des infractions formelles tombant sous le coup de l'article 25 du projet de loi sur la concurrence, qui traite uniquement des pratiques relatives aux ententes sur les prix, au partage de marchés et au truquage des offres. Cet article ne précise cependant pas en quoi consistent lesdites infractions. Étant donné le caractère délictueux de ces infractions et les sanctions prévues à l'article 26, il serait judicieux de

préciser quels éléments de preuve l'ACC doit apporter pour établir qu'elles ont été commises.

50. L'article 25 du projet de loi sur la concurrence ne prévoit pas le cas des ententes entre concurrents en vue de restreindre la production ou celui des boycottages collectifs orchestrés par des concurrents, qui sont fréquents et constituent des accords horizontaux interdits par de nombreuses législations indépendamment de leurs effets (infractions formelles).

51. Le projet de loi sur la concurrence ne prévoit pas de procédure claire pour donner effet à la criminalisation des infractions visées à l'article 26. Il est seulement prévu, à l'alinéa r) du paragraphe 2 de l'article 5, que l'ACC est tenue d'aviser la police de toute enquête menée à propos d'agissements criminels relevant du projet de loi sur la concurrence. Le texte ne définit toutefois pas clairement le rôle de la police, sachant que l'ACC a également pour mission d'enquêter sur les faits interdits par le projet de loi sur la concurrence. L'obligation de signalement à la police, dont les questions de concurrence ne sont pas nécessairement le domaine, peut constituer un obstacle sérieux à l'application de la disposition.

52. Normalement, une fois que l'ACC a terminé son enquête, la suite de la procédure au niveau de l'appareil de justice pénale pourrait être le renvoi de l'affaire devant la juridiction appropriée par le Procureur général, dans le but d'obtenir le prononcé d'une peine privative de liberté. Il est également à noter que dans l'actuelle loi sur la concurrence, la juridiction à saisir en vue de l'application de l'article 26 n'est pas précisée.

53. Il est en outre à noter qu'en vertu de l'article 73 du projet de loi sur la concurrence, les affaires relevant de l'article 25 sont renvoyées par l'ACC devant le Tribunal, lequel statue en première instance. On ne voit pas très bien comment concilier sans heurts le renvoi d'une affaire ayant fait l'objet d'une enquête devant le Tribunal et le signalement de ladite affaire à la police.

2. Accords interdits au nom de la règle de raison

54. L'article 28 du projet de loi sur la concurrence traite des accords horizontaux interdits par la règle de la raison. La notification au titre d'accords interdits au nom de la règle de raison est prévue aux paragraphes 1 et 2 dudit article. Si les critères permettant qu'un accord puisse être exempté d'interdiction sont prévus à l'article 33, la procédure de notification par les parties à l'accord n'est pas prévue dans le projet de loi. Il aurait dû être expressément prévu que les parties à l'accord devaient faire la demande d'exemption à l'Autorité.

55. Le délai d'examen de l'accord n'est pas précisé, et le seul délai, par défaut, est celui prévu au paragraphe 1 de l'article 73 du projet de loi sur la concurrence, ce qui revient à dire que l'ACC doit renvoyer l'affaire devant le Tribunal dans un délai d'un an après qu'elle a terminé son enquête. En l'état, cette disposition est utile pour les accords non notifiés, tout comme les fusions non notifiées sont soumises à la procédure d'enquête en vertu de l'article 39 du projet de loi. Pour ces accords notifiés, il aurait fallu fixer des délais spécifiques d'examen raisonnables, comme cela est prévu pour les fusions notifiées, à l'article 49 du projet de loi.

56. Les interdictions prévues aux alinéas b), c) et d) du paragraphe 1 de l'article 28 s'appliquent respectivement aux accords qui restreignent la production ou la vente, y compris au moyen de quotas (al. b)), à ceux qui supposent une action concertée (al. c)), ou à ceux qui supposent le refus collectif d'admission d'une entreprise à la qualité de partie à un accord ou de membre d'une association qui est d'une importance décisive pour la concurrence (al. d)). Les dispositions des alinéas b) et c) mélangent différents types d'interdictions puisqu'elles semblent renvoyer à la restriction de la production et au boycottage collectif par des concurrents, pratiques traitées dans la section consacrée aux accords interdits constituant des infractions formelles. D'un autre côté, l'alinéa c) fait référence à l'action concertée, qui n'est pas définie mais renvoie généralement à un accord dans le domaine de la concurrence par opposition à l'action unilatérale.

57. En ce qui concerne les interdictions mentionnées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 de l'article 28, on peut considérer que la disposition de l'alinéa a) fait référence à la restriction de la production, une pratique traitée dans la section des accords interdits constituant des infractions formelles, et que les alinéas b) et c) font référence à la discrimination par les prix et aux ventes liées et groupées, qui sont traitées au titre de l'abus de position dominante en tant que formes d'exploitation prohibées.

58. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que la notion de règle de raison s'est perdue en raison du mélange des types d'interdictions mentionné précédemment. Les insuffisances relevées devraient également être examinées et éventuellement rectifiées afin de mieux lutter contre les accords nuisant à la concurrence interdits au nom de la règle de raison.

C. Abus de position dominante

59. Les dispositions relatives à l'interdiction de l'abus de position dominante sont généralement rédigées de façon à viser les entreprises ayant ce type de pratiques seules ou en association avec d'autres entreprises. Il s'agit généralement de pratiques « qui ont eu, qui ont ou qui auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché ».

60. Le paragraphe 1 de l'article 31 du projet de loi sur la concurrence interdit effectivement de façon expresse et générale l'abus de position dominante. Au paragraphe 2 du même article, il est également prévu de prendre en compte diverses considérations d'intérêt public lorsqu'il s'agit de faire la preuve de l'abus de position dominante. Cette infraction est définie à l'article 32.

61. La disposition prévoit les deux types de positions dominantes, à savoir unilatérales et en association, conformément aux meilleures pratiques du droit de la concurrence moderne. Toutefois, il ressort de l'examen attentif conjoint des deux dispositions que les alinéas a) et b) de l'article 32 prévoient qu'une ou plusieurs entreprises doivent être considérées comme occupant une position dominante à partir d'un certain seuil, sans qu'il soit toutefois précisé à quel pourcentage de parts du marché correspondait ce seuil, ce qui peut être librement interprété et donner lieu à de long débats.

62. Les alinéas a) et b) de l'article 32 ne précisent donc pas ce qui permet de déterminer catégoriquement qu'une entreprise occupe une position dominante parce que ses agissements « ont eu, ont ou auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché ».

63. Des seuils chiffrés précis et une condition préalable sont utiles pour l'établissement des faits et l'application de la loi, par rapport à d'autres approches plus souples qui exigent une compréhension approfondie de la concurrence, laquelle fait cruellement défaut dans les pays en développement, notamment au Botswana.

64. Le paragraphe 2 de l'article 31 permet de prendre en compte de manière discrétionnaire les considérations d'intérêt public énumérées aux alinéas a) à e) dudit paragraphe dans le cadre des enquêtes menées sur des cas d'abus de position dominante. Si l'ACC décide de prendre en compte ces considérations dans son évaluation, ce paragraphe devient inapplicable et inopérant.

65. La question se pose lorsque l'ACC invoque le paragraphe 2 de l'article 31 du projet de loi sur la concurrence ; il s'agit de savoir si l'ACC peut refuser d'interdire une pratique d'abus de position dominante au titre des alinéas a) à e) du paragraphe 1 de l'article 31 dans la mesure où elle est relative à un marché situé au Botswana, conformément au premier alinéa de l'article 31. Le projet de loi sur la concurrence est muet quant aux effets de l'application de du paragraphe 2 de l'article 31 sur l'interdiction par l'ACC d'une pratique d'abus de position dominante conformément au paragraphe 1 de l'article 31.

66. Dans le paragraphe 2 de l'article 31, il est question de la prise en compte des questions d'intérêt public dans l'examen mené en vue de déterminer si un accord entre entreprises constitue une infraction d'abus de position dominante. Cela est incorrect du

point de vue taxonomique puisque les accords verticaux ou horizontaux constituent une catégorie différente de pratiques interdites visée dans les articles 25, 27 et 28 du projet de loi sur la concurrence et se distinguent des questions d'abus de position dominante. Il a certes été souligné plus haut que certains problèmes d'abus de position dominante étaient prévus au titre des accords interdits au nom de la règle de raison visés dans l'article 28. Ces deux anomalies doivent être examinées et éventuellement rectifiées afin d'éviter aux usagers de la loi toute confusion.

67. La liste des pratiques abusives visées aux alinéas a) à e) du paragraphe 1 de l'article 31 est exhaustive, ce qui légalement ne permet pas de prendre en compte les pratiques qui n'y figurent pas. En général, une telle liste doit être laissée ouverte (non exhaustive) afin de laisser la place à toutes les autres réflexions relatives aux préjudices résultant d'abus de position dominante susceptibles à un moment ou à un autre de se faire jour au fil de l'élaboration du droit de la concurrence ou à celles qui auraient été omises par inadvertance, telles que les rabais ou ristournes de fidélité.

68. Dans la pratique, au cours de la période considérée, 73 dossiers relatifs à des abus de position dominante ont été ouverts, dont 54 (soit 74 %) ont été classés parce qu'aucun problème de concurrence n'y avait été décelé et 9 (soit 12,3 %) ont été classés pour des raisons non précisées. Au total 63 dossiers (soit 86,3 % de l'ensemble des dossiers relatifs à des abus de position dominante ouverts au cours de la période) ont donc été classés soit parce qu'aucun problème de concurrence n'y avait été décelé, soit pour d'autres raisons. Aucune affaire n'a été portée devant la Commission de la concurrence et 9 dossiers (soit 12,3 %) étaient encore en cours d'examen devant la Commission de la concurrence lorsque la mission d'enquête a été menée dans le cadre de l'examen collégial.

69. Au cours de la période considérée, 38 dossiers relatifs à des abus de position dominante ont été ouverts. Vingt et un d'entre eux (soit 55,3 %) ont été classés parce qu'aucun problème de concurrence n'y avait été décelé et 9 (soit 23,6 %) l'ont été pour d'autres raisons non précisées. Cela représente au total 30 affaires (soit 79 % de l'ensemble des dossiers relatifs à des accords horizontaux ou verticaux ouverts au cours de la période) classées soit parce qu'aucun problème de concurrence n'y avait été décelé, soit pour d'autres raisons. Quatre affaires (soit 10,5 %) ont été portées devant la Commission de la concurrence et 4 affaires (soit 10,5 %) étaient encore en cours d'examen par la Commission de la concurrence au moment de l'examen collégial.

70. En ce qui concerne les prix de vente imposés, six dossiers ont été ouverts, dont un a été classé parce qu'aucun problème de concurrence n'y avait été décelé, quatre ont été portés devant la Commission de la concurrence, et un est en cours d'examen par cette Commission.

71. Compte tenu de l'architecture du projet de loi sur la concurrence en ce qui concerne la nature des interdictions associées aux pratiques restrictives anticoncurrentielles dont il a été question précédemment, et sans préjudice de la souveraineté de l'Autorité de la concurrence et des décisions de la Commission de la concurrence, il est clair que le projet de loi sur la concurrence doit être reformulé pour que les différentes pratiques restrictives soient dûment prévues, associées à des infractions et interdites.

IV. Questions relatives à la concurrence non liées à l'application de la loi

Analyse des marchés

72. Des analyses des marchés sont effectuées au titre de l'alinéa g) du paragraphe 2 de l'article 5 du projet de loi sur la concurrence, dans le but de fournir des pistes à l'Autorité de la concurrence dans le cadre de son activité de répression des infractions, et, dans le cadre de son action de sensibilisation, d'apporter des informations sur les politiques, les programmes et les diverses interventions qui ont pour effet de fausser les marchés mais ne tombent pas sous le coup de la loi.

73. L'Autorité a récemment réalisé cinq études, qui portaient sur les secteurs de l'aviation, des centres commerciaux et du commerce de détail (marques de distributeurs). Rien n'indique que les conclusions de ces études aient fourni des éléments propres à favoriser les activités de l'Autorité relatives à l'application de la loi ou à la sensibilisation.

74. Il serait bon de développer la relation entre les études et les dossiers dans l'intérêt de la pratique de la concurrence au Botswana. Le nombre réduit des études prouve qu'il est nécessaire de recruter du personnel supplémentaire pour les services des enquêtes et des questions juridiques.

V. Promotion de la concurrence

75. L'Autorité mène des activités de sensibilisation au titre des alinéas d) et e) du paragraphe 2 de l'article 5 de l'actuelle loi sur la concurrence, qui sont *in pari materia* (de même nature) que les alinéas d) et e) du paragraphe 2 de l'article 5 du projet de loi sur la concurrence.

A. Ministère

76. Conformément aux dispositions du projet de loi sur la concurrence, l'Autorité de la concurrence et de la consommation relèvera, au même titre que l'actuelle Autorité de la concurrence du Ministère de l'investissement, du commerce et de l'industrie.

77. Le Ministre a également reçu autorité sur des questions techniques relatives à la concurrence qui devraient normalement être du ressort des membres de la Commission instituée en vertu de l'actuelle loi sur la concurrence ou du Conseil institué en vertu du projet de loi sur la concurrence, telles que celles qui sont examinées au titre des dispositions sur les fusions, ce qui lui permet de décider du sort d'une fusion. Cela devrait être évité. Le Ministre ne devrait s'occuper que de la supervision globale et des aspects administratifs du fonctionnement de l'ACC, et laisser aux membres du Conseil, qu'il désigne au vu de leur savoir-faire et de leurs compétences, le soin de s'occuper des questions techniques.

B. Milieux universitaires

78. La faculté d'économie de l'Université du Botswana est en train de réfléchir à un programme d'études de troisième cycle d'économie sur la politique et la réglementation en matière de concurrence, dont l'élaboration pourrait prendre encore au moins un an.

79. La faculté d'économie souhaiterait collaborer avec l'Autorité de la concurrence dans le domaine des études et des travaux de recherche sur les marchés, notamment en tant que prestataire extérieur.

80. La faculté de droit organise des cours d'été sur la législation sur les contrats de vente et de crédit et la protection des consommateurs.

81. La faculté de droit a recommandé la conclusion d'un mémorandum d'accord entre l'Autorité de la concurrence et l'Université du Botswana en vue d'une coopération sur les questions relatives à la concurrence et à la protection des consommateurs. Les enseignants et les étudiants qui s'intéressent aux questions de concurrence et de consommation pourraient à l'avenir être invités à participer à des activités de sensibilisation relatives à la concurrence organisées par l'Autorité de la concurrence.

C. Milieux d'affaires

82. Les entretiens menés avec des juristes ont montré qu'il y avait très peu d'échanges entre le milieu des affaires et les établissements publics d'enseignement et qu'il n'y avait pas de relation officielle à proprement parler. Il a été dit qu'il n'existait pas de cabinet spécialisé en droit de la concurrence, mais que les praticiens du droit des affaires pouvaient être considérés comme des candidats possibles pour une telle spécialisation dans la mesure

où ils travaillaient dans un domaine voisin. Il a en outre été constaté que pour la plupart des cabinets juridiques la concurrence n'était pas un sujet prioritaire et que cela était en partie dû au fait que le marché n'était pas directement demandeur de services de ce type, une autre raison étant que l'Autorité ne s'était pas efforcée d'utiliser le barreau du Botswana en tant que forum pour la promotion de la pratique du droit de la concurrence.

83. La plupart des personnes interrogées ont indiqué que l'Autorité avait surtout acquis une notoriété dans le domaine du contrôle des fusions, et qu'un travail important avait déjà été accompli.

84. Il a été révélé qu'il n'y avait pas de relation officielle entre Business Botswana et l'Autorité et que rien n'indiquait que cette institution eût profité des plateformes disponibles dans le cadre de Business Botswana pour progresser.

85. Il a également été constaté que le lien entre la recherche et la mission de sensibilisation de l'Autorité restait ténu ou inexistant, dans la mesure où rien n'indique que des travaux de recherche aient été utilisés dans le cadre des activités de sensibilisation de cette institution au cours des six dernières années.

VI. Autres lois importantes pour l'application du droit de la concurrence

A. Organismes de réglementation sectoriels

86. L'ACC est réputée n'avoir aucune compétence sur tous les secteurs réglementés (réseaux publics), à savoir : l'électricité, le pétrole, l'eau, le gaz, regroupés sous le vocable « énergie » ; les télécommunications, les transports terrestres et maritimes et l'aviation civile. Ceci est cohérent avec la politique nationale de la concurrence et conforme aux meilleures pratiques internationales relatives à la sélection des secteurs qui doivent être contraints à la réglementation. Étant donné que la politique nationale de la concurrence et le paragraphe 5 de l'article 86 du projet de loi sur la concurrence prévoient un mécanisme consultatif pour l'ACC et les organismes de réglementation sectorielle, il est clair qu'il devrait y avoir compétence concurrente entre l'ACC et les organismes de réglementation sectoriels.

87. L'Autorité de la concurrence a signé des mémorandums d'accord avec les organismes de réglementation des secteurs des télécommunications et de l'aviation civile. Sans préjudice du contenu des protocoles d'accord en question, il est impératif que les statuts de l'Autorité de la concurrence et des organismes chargés de la réglementation économique à l'échelle sectorielle prévoient un mécanisme permettant de garantir que les questions de concurrence concernant les secteurs relevant de leurs domaines de compétence respectifs seront prises en compte. Cela pourrait être obtenu grâce à des instruments juridiques distincts, ou à des instruments renvoyant ces questions à l'ACC. Il apparaît, à la lecture des dispositions habilitantes des deux organismes de réglementation économique rencontrés ainsi que des dispositions pertinentes de l'actuelle loi sur la concurrence et du projet de loi sur la concurrence, que l'architecture souhaitée n'est pas prévue.

88. L'article 20 de la loi sur les télécommunications prévoit le contrôle de la concurrence dans le secteur des télécommunications, mais la législation sur l'aviation civile est muette sur ces questions. L'organisme de réglementation de l'énergie vient à peine d'être créé et il n'y a pas encore d'organisme de ce type pour les transports terrestres et maritimes.

89. Pour remédier aux problèmes constatés, il pourrait être envisagé de placer les autorités chargées de la réglementation et les autorités chargées de la concurrence sous la tutelle d'un seul ministère, afin d'éviter qu'elles n'aient des objectifs concurrents et contradictoires et qu'un fossé ne se creuse entre la concurrence et la réglementation au Botswana.

B. Propriété intellectuelle

90. Au Botswana, la propriété intellectuelle est du ressort de l'Autorité des entreprises et de la propriété intellectuelle (Companies and Intellectual Property Authority (CIPA)), qui administre quatre textes législatifs. La CIPA fait également fonction de registre du commerce et d'organisme de dépôts et d'administration des brevets. Sous sa forme actuelle, il s'agit davantage d'un registre du commerce que d'un organisme de réglementation.

91. En ce qui concerne le système juridique et la politique générale relatifs à la concurrence, il est question des droits de propriété intellectuelle tant dans la politique nationale de la concurrence que dans le projet de loi sur la concurrence. Toutefois, ces deux documents excluent la propriété intellectuelle de leur champ d'application.

92. Malgré l'exclusion mentionnée ci-dessus, la CIPA et l'Autorité ont signé un mémorandum d'accord valable pour une durée de trois ans qui, entre autres choses, préside à la coordination entre les deux institutions, et la CIPA a inclus dans sa liste de vérification relative aux absorptions (fusions et acquisitions) l'obligation pour chacune des parties concernées d'obtenir l'accord écrit de l'Autorité.

93. À un stade ultérieur de l'élaboration des deux législations, la CIPA et l'ACC devraient envisager d'établir un système de renvois à la législation d'habilitation afin de permettre l'évaluation des droits de propriété intellectuelle enregistrés.

C. Protection du consommateur

94. Au Botswana, les questions relatives à la protection des consommateurs relèvent de la loi n° 42-07 de 1998 sur la protection des consommateurs. L'Office de la protection des consommateurs du Ministère de l'investissement, du commerce et de l'industrie (Ministry of Investment, Trade and Industry (MITI)) a toujours appliqué cette loi. En décembre 2017, le Parlement a adopté le projet de loi n° 23 de 2017 sur la protection des consommateurs. Dès que le Président l'aura ratifiée, la loi adoptée entrera en vigueur et la nouvelle Autorité de la concurrence et de la protection des consommateurs commencera immédiatement à mettre en œuvre la législation sur la concurrence et la protection des consommateurs au Botswana.

95. Bien qu'aucun problème relatif à la protection des consommateurs n'ait à ce jour été traité, l'examen du projet de loi sur la protection des consommateurs adopté peut fournir quelques éléments utiles à l'ACC et favoriser son efficacité dès son démarrage.

VII. Organisation de l'Autorité de la concurrence du Botswana

A. De la Commission de la concurrence au Conseil de la concurrence et de la consommation

96. L'article 6 du projet de loi sur la concurrence institue le Conseil de la concurrence et de la consommation en remplacement de la Commission de la concurrence, qui est son équivalent dans le cadre de l'actuelle loi sur la concurrence. Conformément à l'article 7 du projet de loi, le ministre nomme les sept membres de cette institution et choisit parmi eux un président (par. 4). L'article ne précise cependant pas la procédure que doit suivre le ministre à cet effet. L'article 8 prévoit que la durée maximale du mandat des membres du Conseil est de cinq ans, mais que ce premier mandat peut être suivi d'un autre mandat de même durée. On peut estimer qu'en dix ans, un membre du Conseil dispose d'un temps suffisant pour mener une action efficace.

97. Le ministre peut néanmoins, dans le cadre de la loi, désigner des membres pour une durée inférieure aux cinq ans prévus. Cette disposition, si elle est mal appliquée, peut produire les mêmes difficultés que dans certaines institutions dont les membres ont un mandat trop bref, ou même avoir pour conséquence la vacance du Conseil ou de la Commission, comme ce fut le cas pour la République-Unie de Tanzanie en 2015-2016.

Cette disposition garantit la continuité des activités de l'ACC, surtout lorsqu'elle est appliquée avec sagesse, de façon à assurer un renouvellement progressif des membres.

B. Secrétariat

98. Le secrétariat comprend un Directeur général et le reste du personnel. En conséquence, il existe un lien très fort entre le Département des enquêtes, le Département des affaires juridiques et du respect de la législation et le Département des fusions et des monopoles.

99. C'est le ministère, dont relève la Commission, qui approuve l'organigramme en vertu du projet de loi sur la concurrence. Toutefois, il serait nécessaire de procéder à des ajustements pour que l'organigramme proposé tienne compte de l'intégration des questions de protection des consommateurs dans le mandat de l'ACC. Il s'agit d'une contrainte évitable, et l'ACC devrait être autorisée à modifier l'organigramme sans que le ministère ait à intervenir, afin d'accélérer les procédures pour gagner en efficacité.

100. En ce qui concerne les fonctions relatives à la concurrence, il est important de concevoir un organigramme permettant à chaque département de mener à bien chaque tâche de bout en bout. Cela signifie qu'une direction qui s'occupe d'une pratique commerciale restrictive donnée devrait être en mesure de traiter la totalité de l'affaire jusqu'à sa conclusion définitive.

VIII. Ressources de l'Autorité de la concurrence du Botswana

101. L'effectif de l'Autorité est de 34 personnes, dont 16 techniciens, 18 employés du Bureau de la Direction générale, et les Services généraux ont principalement un rôle d'appui. Dans l'ensemble, la plupart des employés actuels étaient expérimentés et connaissaient bien les fonctions qu'ils exercent au sein de l'Autorité, pour avoir travaillé pour cette entité pendant au moins quatre ans. Seuls quelques-uns d'entre eux étaient novices.

102. Depuis sa création, en 2011, beaucoup de temps et de ressources ont été consacrés à la formation et au perfectionnement du personnel de l'Autorité s'occupant des enquêtes, des poursuites et de l'analyse économique, ainsi que des spécialistes travaillant pour les services d'appui. Contrairement à ce qui se passe dans la plupart des organismes de la région s'occupant des affaires de concurrence, aucune revendication grave touchant aux rémunérations n'a été constatée. Il est également à noter que le taux de rotation du personnel est relativement faible.

103. L'Autorité ne dispose pas d'un nombre suffisant d'employés s'occupant spécifiquement de ses TIC, mais un poste supplémentaire à plein temps, de préférence un gestionnaire spécialisé dans ce domaine, a à juste titre été demandé.

104. Sur le plan financier, l'Autorité ne dispose pas de ressources suffisantes pour honorer le mandat étendu qu'elle s'est vu confier par la loi. Sa seule ressource fiable est la subvention d'État, qui devrait théoriquement être sa seule source de financement de l'ACC. Il a été signalé que le Trésor avait toute latitude pour prélever les droits perçus par l'Autorité au titre des fusions, même si cela ne s'est pas encore produit.

105. Les activités liées à la réglementation de la concurrence et celles qui concernent la réglementation économique sont séparées. Dans la pratique, les autorités chargées de la réglementation économique disposent souvent de fonds excédentaires, qu'elles tirent de leur activité même. Dans d'autres pays tels que la Turquie et la République-Unie de Tanzanie, la législation sur la concurrence prévoit un financement par des fonds émanant des autorités supervisant les secteurs réglementés, en s'appuyant sur le principe selon lequel étant donné que le même consommateur tire profit des deux activités il est nécessaire de faire un partage afin d'éviter que les autorités en place ne multiplient les prélèvements fiscaux.

IX. Appareil judiciaire

106. Le paragraphe 3 de l'article 67 de la loi de 2009 sur la concurrence prévoit qu'il peut être interjeté appel d'un jugement de la Haute Cour devant la Cour d'appel, mais uniquement sur une question de droit soulevée par ledit jugement ou par toute décision de la Cour quant au montant d'une amende. Le projet de loi sur la concurrence s'écarte de cette position, puisque ses articles 83 et 84 se contentent d'évoquer la possibilité de former devant la Haute Cour un appel ou une demande d'examen judiciaire. Le Bureau du Procureur général a confirmé que la disposition relative à la Cour d'appel avait été supprimée parce qu'elle était redondante. Toutes les affaires jugées devant la Haute Cour peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel.

107. Cette confirmation devrait être envisagée et être adoptée par le pouvoir judiciaire, le but étant de veiller à ce que les affaires de concurrence ne sont pas exclues du bénéfice de l'examen de la Cour d'appel, ce qui offrirait une deuxième ou une troisième possibilité d'appel aux parties s'estimant lésées dans le cadre de l'exercice de la justice de concurrence au Botswana.

X. Considérations générales et recommandations

108. Le système politique doit protéger tous les investisseurs, qu'ils soient nationaux ou étrangers, et leur garantir un accès juste, équitable, transparent et responsabilisé aux possibilités d'investissement et aux processus et incitations correspondants.

109. En vertu de la future loi sur la concurrence, l'ACC et le Tribunal sont sur le point de devenir des entités juridiques distinctes. Il a été constaté ailleurs qu'un tel duo devait coexister dans un environnement de travail marqué par la rapidité et la brièveté des délais, où les relations de travail personnelles peuvent ne pas être prioritaires.

110. Il est important que l'ACC et le Tribunal s'engagent davantage dans des activités de consolidation d'équipe afin de favoriser l'esprit d'équipe.

A. Recommandations à l'intention du Gouvernement

111. Il serait bon de mobiliser des ressources financières et humaines propres à combler les lacunes observées afin d'assurer l'autosuffisance de l'Autorité.

112. L'Autorité devrait être en mesure de disposer d'une indépendance lui permettant de modifier ses outils de travail, notamment son organigramme, sans que le ministère n'ait à donner son aval, ce qui lui donnerait plus de souplesse et accroîtrait l'efficacité de son action.

113. Il faudrait envisager de placer les autorités sectorielles de réglementation économique et l'Autorité de la concurrence sous la tutelle du même ministère central chaque fois que cela est possible afin de promouvoir leur coexistence, leur indépendance et leur efficacité.

B. Recommandations à l'intention de l'Autorité de la concurrence du Botswana

114. Les pratiques et le cadre institutionnels relatifs à l'application du droit et de la politique de la concurrence devraient être revus pour que soit mis en place un dispositif pratique et dynamique garantissant aux parties intéressées l'exercice de leurs droits procéduraux fondamentaux.

115. Il convient de prévoir, dans les différents services, les aptitudes et compétences requises pour faire face aux attentes de bout en bout tout en réduisant la dépendance entre lesdits services, en particulier en plaçant des juristes dans tous ceux qui s'occupent de l'application de la législation.

116. La priorité devrait être accordée au renforcement des capacités du personnel et à sa formation, ce qui comprend l'évaluation des besoins afin de faciliter la mise au point des programmes de formation.

117. Compte tenu du nouveau mandat relatif à la protection des consommateurs, il convient d'établir un rapport sur la marche à suivre pour la fusion des deux fonctions et d'attribuer des compétences dans les deux domaines.

118. Il convient de mener des actions de renforcement des capacités et de formation appropriées sur le thème de la protection des consommateurs, ce qui comprend l'évaluation des besoins afin de faciliter la mise au point de programmes de formation adéquats.

119. Il convient de travailler avec les universités locales à l'élaboration d'un programme d'études sur la concurrence et la protection des consommateurs.

120. Il serait également nécessaire d'envisager la tenue d'une conférence annuelle sur le droit de la concurrence avec la Law Society du Botswana et ses parties prenantes, sur le modèle des réunions antitrust organisées par l'American Bar Association au cours du deuxième trimestre de chaque année.

121. Il faudrait concevoir des programmes de sensibilisation sur mesure à l'intention de certains publics cibles du monde économique tels que les milieux d'affaires, les organisations de consommateurs, les ministères et les administrations, l'appareil judiciaire et les juristes d'affaires.

C. Recommandations à l'intention de l'appareil judiciaire

122. Il est nécessaire d'accroître les interactions entre l'ACC et l'appareil judiciaire.

123. Les membres de l'appareil judiciaire devraient envisager de participer à certains forums sur l'application du droit de la concurrence afin d'interagir avec d'autres magistrats s'occupant de questions de concurrence et ainsi d'améliorer et de maintenir leurs connaissances et leurs compétences en la matière.
