

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

Forum mondial sur la concurrence

**ÉCHANGES, DÉVELOPPEMENT ET CONCURRENCE - Poursuivre des buts de
développement moyennant le droit commercial et le droit de la concurrence :
perspectives et expériences de l'Afrique du Sud**

- par Precious N. Ndlovu

6 décembre 2021

Ce document, rédigé par Precious Nonhlanhla Ndlovu (maîtresse de conférences, Université du Cap-Occidental), a été soumis en tant que document de référence en vue de la première session de la 20^e édition du Forum mondial sur la concurrence, qui se tiendra du 6 au 8 décembre 2021.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays Membres.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante : oe.cd/cpta.

Pour toute question concernant ce document, veuillez contacter M. James Mancini [courriel : James.Mancini@oecd.org].

JT03486889

Poursuivre des buts de développement moyennant le droit commercial et le droit de la concurrence : perspectives et expériences de l’Afrique du Sud

– par Precious N. Ndlovu¹ –

1. Au début du millénaire, l’ONU a adopté les Objectifs du Millénaire pour le développement. Alors que l’ère des OMD touchait à sa fin, l’ONU a adopté les Objectifs de développement durable en 2015, lançant ainsi un appel universel à agir pour mettre fin à la pauvreté. Il est depuis longtemps admis que la libéralisation des échanges est vectrice de développement. Le Programme de Doha pour le développement élaboré par l’Organisation mondiale du commerce l’atteste. De même, l’adoption, par l’Union africaine, de l’Agenda 2063 (« L’Afrique que nous voulons ») et la création consécutive de la Zone de libre-échange continentale africaine témoignent de l’importance de la libéralisation des échanges dans la réalisation des objectifs de développement. Les membres de l’Organisation mondiale du commerce ont eux aussi reconnu la nécessité de disposer d’un cadre juridique de la concurrence qui empêche de fausser le marché et garantisse la concrétisation de tous les avantages potentiels de la libéralisation des échanges. Par conséquent, la libéralisation des échanges et le droit de la concurrence sont étroitement liés en ce qu’ils se renforcent et se complètent mutuellement. Sur la scène internationale, l’Afrique du Sud est membre de l’Organisation mondiale du commerce, tandis qu’à l’échelon régional, le pays fait partie de l’Union douanière d’Afrique australe, de la Communauté de développement de l’Afrique australe et de la Zone de libre-échange continentale africaine. L’un des axiomes du commerce international est le principe de non-discrimination, qui impose, entre autres, que les biens provenant d’un partenaire commercial bénéficient du « traitement national » dès leur entrée sur le marché d’un autre partenaire commercial. Concrètement, le principe du traitement national interdit d’accorder aux biens provenant de l’étranger des conditions plus favorables ou moins favorables qu’à ceux d’origine locale. Les biens d’origine étrangère (provenant d’un partenaire commercial) doivent recevoir un traitement identique à celui qui est réservé aux biens locaux. En conséquence, l’Afrique du Sud est liée par le principe du traitement national (et d’autres règles de droit commercial international), ce qui signifie que les entreprises implantées sur son territoire doivent rivaliser avec une concurrence étrangère dont elles ne sont pas protégées. À l’inverse, les entreprises étrangères qui mènent des activités en Afrique du Sud doivent s’abstenir de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles. Récemment, l’association des producteurs sud-africains de volaille (SAPA) a demandé l’imposition de droits antidumping sur les poulets importés du Brésil, du Danemark, de l’Espagne, de l’Irlande et de la Pologne. En effet, l’association a fait valoir que le dumping observé sur le marché sud-africain du poulet constituait une pratique déloyale qui portait préjudice aux producteurs nationaux et à l’emploi local.

2. Les autorités de la concurrence sud-africaines ont engagé des poursuites pour pratiques de cartel contraires au droit de la concurrence sud-africain, et obtenu gain de cause, à l’encontre de l’ANSAC (*American Natural Soda Association*), association pratiquant le commerce d’exportation créée en vertu de la loi américaine dite « Webb-

¹ Maîtresse de conférences, droit commercial et droit du travail, faculté de droit, Université du Cap-Occidental. Courriel : ndlovupn@gmail.com ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-2607-9226>.

Pomerene ». Dans le droit de la concurrence sud-africain, les cartels sont considérés comme la forme la plus grave de pratique anticoncurrentielle et, de l'avis de la Commission des droits de l'homme, lorsqu'ils concernent les produits alimentaires de base, ils reviennent à voler le pain des pauvres et des plus vulnérables de la société. Il est donc normal que le droit de la concurrence protège les secteurs vulnérables de la société en sanctionnant les cartels. Ainsi, ses dispositions s'appliquent à toute activité économique qui est engagée sur le territoire national (ou dont les effets s'y font ressentir). Le rôle de la concurrence étrangère y est en outre reconnu, de même que l'obligation de favoriser et de maintenir la compétition afin d'élargir les débouchés des entreprises sud-africaines sur les marchés mondiaux.

3. Dans le cas de l'Afrique du Sud, la politique de concurrence correspond à un cadre général composé d'une pléthore de mesures gouvernementales visant à encourager les pratiques commerciales et les structures de marché concurrentielles. Il s'agit notamment, mais non exclusivement, de mesures de politique commerciale, de déréglementation, de privatisation et d'encadrement juridique de la concurrence. En revanche, le droit de la concurrence correspond aux dispositions législatives adoptées par le parlement afin de garantir et de préserver des conditions de concurrence libre et loyale. Il s'agit de la Loi 89 de 1998 relative à la concurrence. Cette loi a été adoptée au lendemain de la mise en place d'une nouvelle démocratie, conformément au vœu du nouveau gouvernement d'instaurer un environnement économique plus concurrentiel pour faire face aux problèmes de concentration des marchés et d'abus de position dominante, notamment. Trois instances ont été créées en vertu de la Loi pour veiller au respect de ses dispositions (la Commission de la concurrence, le Tribunal de la concurrence et la Cour d'appel de la concurrence) et, ainsi, faciliter la mise en place de conditions de concurrence réelle et garantir la participation des citoyens autrefois privés de droits civiques à l'activité économique sur le territoire national. La question du développement est donc omniprésente dans la Loi relative à la concurrence. Si son but premier est de favoriser et de préserver la concurrence en Afrique du Sud dans un souci d'efficacité de base (protéger et préserver le processus concurrentiel, l'efficacité économique, l'innovation et le bien-être des consommateurs), la Loi répond également à des buts de développement, qui, dans le droit sud-africain de la concurrence, entrent dans la catégorie des « objectifs d'intérêt public ». Ces buts de développement sont les suivants : promouvoir l'emploi et faire progresser le bien-être social et économique des citoyens sud-africains en veillant à ce que les petites et moyennes entreprises (PME) disposent de possibilités équitables d'intervenir dans l'économie et en agissant en faveur d'une présence plus importante des personnes traditionnellement désavantagées au capital des entreprises.

4. Les dispositions de fond de la Loi relative à la concurrence répondent aux buts de développement sous une forme ou une autre. Par exemple, les pratiques commerciales interdites en vertu de la Loi peuvent faire l'objet d'une exemption temporaire dès lors que celle-ci réponde à des objectifs particuliers, tels que la participation ou l'expansion de PME ou d'entreprises contrôlées ou détenues par des personnes traditionnellement désavantagées. Lorsqu'elles évaluent les fusions et acquisitions à déclarer, les autorités de la concurrence ont également l'obligation, en vertu de la Loi relative à la concurrence, d'examiner si l'opération est justifiée par un motif sérieux d'intérêt général qui serait lié, par exemple, à l'emploi, à la compétitivité des petites entreprises ou des sociétés contrôlées ou détenues par des personnes traditionnellement désavantagées ou encore à la diffusion accrue de l'actionnariat, le but étant notamment d'augmenter le nombre de participations détenues par des personnes traditionnellement désavantagées et des travailleurs sur le marché. La prise en compte de ces facteurs peut conduire à l'interdiction d'une fusion qui ne présente pourtant pas de caractère anticoncurrentiel ou, à l'inverse, à ce que soit autorisée une fusion qui aurait été rejetée sur le seul fondement du critère de la concurrence. Dans d'autres circonstances, il peut ressortir de l'analyse réalisée sous l'angle de la

concurrence que la fusion et l'intérêt général convergent et pointent dans la même direction, auquel cas les autorités de la concurrence peuvent s'appuyer sur les buts de développement pour étayer leurs décisions fondées sur des motifs de concurrence. Parmi les fusions majeures que les autorités de la concurrence ont évaluées figure l'acquisition, par la société multinationale de distribution américaine Walmart Inc, d'une participation majoritaire dans le groupe de distribution sud-africain Massmart Holdings Limited. Plusieurs services de l'État étaient alors intervenus auprès des autorités de la concurrence pour formuler des recommandations sur les conditions à imposer à la transaction. Après analyse, la Commission de la concurrence avait considéré que la fusion ne soulevait aucun problème de concurrence dans la mesure où la société de Walmart n'était pas une rivale de Massmart en Afrique du Sud. En revanche, le Tribunal de la concurrence avait estimé que la fusion soulevait bien des problèmes d'intérêt général, notamment en termes d'emploi et de par ses répercussions sur les petites entreprises et les fournisseurs. Compte tenu de ces préoccupations, la fusion a été approuvée sous réserve qu'il soit satisfait à certaines conditions, notamment qu'un fonds soit créé dans le but exclusif de soutenir le développement des fournisseurs sud-africains, y compris des PME et entreprises détenues par des personnes traditionnellement désavantagées, et qu'un programme de formation soit mis en place à l'intention des fournisseurs locaux afin de les aider à faire des affaires avec l'entité issue de la fusion et Walmart.

5. Les observateurs sud-africains critiquent le traitement réservé aux objectifs de développement dans la Loi relative à la concurrence : cela rend imprévisibles les décisions des autorités de la concurrence ; la Loi ne permet pas de favoriser l'emploi ; le caractère indéfini de l'objectif de bien-être social énoncé dans la Loi le met potentiellement en contradiction avec les autres objectifs ; le but (aussi noble soit-il) de conquête de marchés étrangers relève du droit du commerce international et non du droit de la concurrence ; et c'est, non pas en s'appuyant sur le droit de la concurrence, mais en supprimant les instruments juridiques qui perpétuent la discrimination que l'on réussira à augmenter la participation des personnes traditionnellement désavantagées à l'économie.

6. À plusieurs égards toutefois, les autorités de la concurrence ont répondu de façon ferme à ces critiques. Par exemple, il ressort clairement de la Loi relative à la concurrence que les buts de développement font toujours suite à une analyse complète, réalisée sous l'angle de la concurrence, en vue d'établir si la pratique commerciale considérée a pour effet d'empêcher ou d'amoinrir de manière notable le libre jeu de la concurrence. En d'autres termes, ce n'est pas uniquement au regard des buts de développement que l'on évalue si des pratiques commerciales entrent dans le champ d'application de la Loi relative à la concurrence. Par ailleurs, la prise en compte des buts de développement est spécifique aux pratiques commerciales dont les autorités sont susceptibles d'être saisies. Ainsi, dans le cas des fusions et acquisitions, les buts de développement ne peuvent être examinés que s'ils résultent de la transaction. En d'autres termes, le droit de la concurrence n'a pas vocation à sortir du cadre de la transaction en question et à traiter de considérations étrangères à la fusion. De même, l'intérêt général n'est pas un concept indéfiniment élastique ; il est circonscrit dans les dispositions de la Loi relative à la concurrence, principalement parce qu'il ne relève pas directement du droit de la concurrence. Surtout, les autorités de la concurrence ont reconnu qu'il leur fallait s'abstenir de prêter une considération excessive aux buts de développement dans l'application de la Loi relative à la concurrence afin de ne pas transformer une loi antitrust en mécanique de redistribution non maîtrisée, même au nom de l'intérêt général. De plus, il n'est pas concevable que le législateur ait eu l'intention de conférer un tel pouvoir à des institutions non électives comme la Commission de la concurrence et le Tribunal de la concurrence. Cela étant, les autorités de la concurrence ont expressément fait savoir que la prise en compte de considérations d'équité, par exemple lorsque des PME demandent à bénéficier d'une

exemption, n'est pas incompatible avec les objectifs poursuivis à travers la Loi relative à la concurrence et qu'elle ne les affecte en rien, même si, de l'avis de certains, cela peut être frappé d'anathème.