

Examens du droit et de la politique de la concurrence

Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Kenya



Examens du droit et de la politique de la concurrence

Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Kenya

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays Membres de l'OCDE.

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE (2026), *Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Kenya*, Examens du droit et de la politique de la concurrence, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/33e1fc28-fr>.

ISBN 978-92-64-42756-3 (imprimé)

ISBN 978-92-64-52799-7 (PDF)

ISBN 978-92-64-63212-7 (HTML)

Examens du droit et de la politique de la concurrence

ISSN 2220-7775 (imprimé)

ISSN 2220-9166 (en ligne)

Crédits photo : Couverture © SimonSkafar/iStock by Getty Images Plus.

Les corrigenda des publications de l'OCDE sont disponibles sur : <https://www.oecd.org/fr/publications/support/corrigenda.html>.

© OCDE 2026



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Cette œuvre est mise à disposition sous la licence Creative Commons Attribution 4.0 International. En utilisant cette œuvre, vous acceptez d'être lié par les termes de cette licence (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

Attribution – Vous devez citer l'œuvre.

Traductions – Vous devez citer l'œuvre originale, identifier les modifications apportées à l'original et ajouter le texte suivant : *En cas de divergence entre l'œuvre originale et la traduction, seul le texte de l'œuvre originale sera considéré comme valide.*

Adaptations – Vous devez citer l'œuvre originale et ajouter le texte suivant : *Il s'agit d'une adaptation d'une œuvre originale de l'OCDE. Les opinions exprimées et les arguments utilisés dans cette adaptation ne doivent pas être rapportés comme représentant les vues officielles de l'OCDE ou de ses pays Membres.*

Contenu provenant de tiers – La licence ne s'applique pas au contenu provenant de tiers qui pourrait être incorporé dans l'œuvre. Si vous utilisez un tel contenu, il relève de votre responsabilité d'obtenir l'autorisation auprès du tiers et vous serez tenu responsable en cas d'allégation de violation.

Vous ne devez pas utiliser le logo de l'OCDE, l'identité visuelle ou l'image de couverture sans autorisation expresse ni suggérer que l'OCDE approuve votre utilisation de l'œuvre.

Tout litige découlant de cette licence sera réglé par arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de 2012. Le siège de l'arbitrage sera Paris (France). Le nombre d'arbitres sera d'un.

Avant-propos

Les examens par les pairs reposent sur la volonté d'un pays de soumettre sa législation et ses politiques à un examen de fond par d'autres membres de la communauté internationale de la concurrence. Ce processus apporte des éclairages précieux au pays étudié et favorise la transparence et la compréhension mutuelle dans l'intérêt de tous. Un consensus international se dégage sur les meilleures pratiques en matière d'application du droit de la concurrence et sur l'importance d'engager des réformes favorables à la concurrence. Les examens par les pairs constituent un volet essentiel de ce processus, ainsi qu'un outil important pour renforcer les institutions chargées de la concurrence. Des institutions de la concurrence fortes et efficaces peuvent promouvoir et protéger la concurrence dans l'ensemble de l'économie, ce qui accroît la productivité et la situation économique globale.

Un examen par les pairs est un processus en deux étapes : premièrement, le Secrétariat de l'OCDE produit un rapport sur l'état actuel du cadre de la concurrence du pays et de ses pratiques d'application ; et deuxièmement, un examen par les pairs fondé sur ce rapport est réalisé soit par le Comité de la concurrence, soit par le Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence.

Ce rapport de l'OCDE a servi de base à l'examen par les pairs qui s'est déroulé lors du Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence le 2 décembre 2025, en présence des examinateurs principaux. Les examinateurs principaux étaient Gustavo Augusto Freitas de Lima, Président (Conseil administratif de défense économique du Brésil – CADE), Linsey McCallum, Directrice générale adjointe (Direction générale de la concurrence de la Commission européenne – DG COMP) et Doris Tshepe, Commissaire (Commission de la concurrence d'Afrique du Sud). La délégation représentant le Kenya lors de la session consacrée à l'examen par les pairs était conduite par David Kemei (Directeur général, Autorité de la concurrence du Kenya).

Les recommandations spécifiques ont été élaborées par les examinateurs principaux, examinées lors du Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence le 2 décembre 2025 et approuvées selon la procédure écrite le 16 février 2026. Elles figurent dans un chapitre distinct du présent rapport.

Ce rapport a été élaboré par Marcelo Guimarães, Connor Hogg et Saïd Kechida (de la Division de la concurrence de l'OCDE), avec le concours de Tominaga Yuichi (détaché de la Commission de la concurrence japonaise auprès de l'OCDE) et Zeynep Akbas. Ori Schwartz, Antonio Capobianco et Aura García Pabón ont apporté des contributions utiles. Erica Agostinho a préparé le rapport en vue de sa publication.

Le processus d'examen par les pairs a bénéficié d'un large soutien de la part de la direction et des agents de l'Autorité de la concurrence du Kenya, et a été coordonné par Adano Roba et Ninette Mwarania.

Ce rapport tient compte des renseignements fournis dans :

- les réponses au questionnaire du Secrétariat de l'OCDE, ainsi que les explications complémentaires données ;
- les informations recueillies lors de la mission exploratoire menée par le Secrétariat de l'OCDE en mai 2025, à l'occasion de laquelle le Secrétariat a rencontré les parties prenantes suivantes :

- Conseil d'administration, directeur général et agents de l'Autorité de la concurrence du Kenya
- Tribunal de la concurrence du Kenya
- Ministère des finances du Kenya
- Banque centrale du Kenya
- Autorité des communications du Kenya
- Autorité de réglementation des assurances
- Autorité de réglementation des marchés publics
- Groupe de la Banque mondiale
- Autorité de la concurrence de la Communauté d'Afrique de l'Est (CEA)
- Commission de la concurrence du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA)
- Commission de la concurrence d'Afrique du Sud
- Faith Odhiambo : président de l'association professionnelle des avoués du Kenya (*Law Society of Kenya*), associé chez Ombok & Owuor Advocates LLP
- Francis Wang'ombe Kariuki : consultant principal en politique de la concurrence et politique commerciale chez Bowmans, ancien directeur général de l'Autorité de la concurrence du Kenya
- Stephen Kiptiness : associé gérant chez KO Associations, ancien membre du conseil d'administration de l'Autorité de la concurrence du Kenya
- Simon Roberts : professeur d'économie à l'Université de Johannesburg et au Centre pour la concurrence, la réglementation et le développement économique
- Reena das Nair : maître de conférences à l'Université de Johannesburg et directrice exécutive du Centre pour la concurrence, la réglementation et le développement économique
- Dr. Vellah Kigwiru : bénéficiaire de la bourse de recherche Friedrich Schiedel du TUM Think Tank à l'Université technique de Munich
- Joyce Karanja : associée et responsable du département du droit de la concurrence chez Bowmans
- Anne Kiunuhe : associée et co-responsable du département du droit de la concurrence chez ALN Kenya
- Migai Akech : professeur à la faculté de droit de l'Université de Nairobi
- Tamara Cook : directrice générale de Financial Sector Deepening Kenya
- Elias Sang : président de l'Association des souscripteurs d'assurance du Kenya (*Association of Insurance Consumers*)
- Ishmail Bett : directeur général de l'Association des fournisseurs kényans (*Association of Kenyan Suppliers*)
- Alice Kemunto : directrice exécutive de l'Association des consommateurs locaux (*Consumer Grassroots Association*)

Table des matières

Avant-propos	3
Sigles, acronymes et abréviations	8
Résumé	9
1 Environnement et cadre juridique	13
1.1. Contexte juridique général	14
1.2. Développement du droit de la concurrence	15
1.3. Cadre de la concurrence	16
1.4. Analyse	19
Références	20
Notes	21
2 Caractéristiques institutionnelles	23
2.1. Législation et pratique	24
2.2. Analyse	30
Références	34
Notes	34
3 Procédures d'application du droit de la concurrence	37
3.1. Législation et pratique	38
3.2. Analyse	46
Références	56
Notes	58
4 Répression des pratiques anticoncurrentielles	63
4.1. Accords horizontaux	64
4.2. Accords verticaux	67
4.3. Analyse des actions répressives à l'encontre d'accords prohibés	68
4.4. Abus de position dominante	70
4.5. Analyse de la répression de l'abus de position dominante	74
Références	76
Notes	77
5 Fusions	81
5.1. Législation et pratique	82
5.2. Analyse	93

Références	98
Notes	99
6 Promotion de la concurrence	105
6.1. Législation et pratique	106
6.2. Analyse	109
Références	110
Notes	110
7 Études de marché	113
7.1. Législation et pratique	114
7.2. Analyse	117
Références	118
Notes	118
8 Recours judiciaires	119
8.1. Droit et pratique	120
8.2. Analyse	123
Notes	124
9 Action privée	127
9.1. Législation et pratique	128
9.2. Analyse	129
Références	130
Notes	130
10 Coopération	131
10.1. Coopération à l'échelle nationale	132
10.2. Coopération internationale	136
Références	139
Notes	140
11 Recommandations	141
11.1. Recommandations prioritaires	142
11.2. Recommandations d'amélioration	143

GRAPHIQUES

Graphique 1.1. Principales étapes du développement du droit et de la politique de la concurrence au Kenya	15
Graphique 2.1. Organigramme de la CAK	25
Graphique 2.2. Budget total de la CAK et budget dédié aux dossiers de concurrence, 2020-2024	28
Graphique 2.3. Budget (en EUR de 2015) pour 1 million de PIB, 2019-2023	32
Graphique 2.4. Effectifs affectés aux dossiers de concurrence pour 1 million d'habitants	33
Graphique 3.1. Nombre moyen d'affaires d'entente qui ont donné lieu à des perquisitions surprises, 2019-2023	49
Graphique 3.2. Montant total, en EUR, des amendes infligées par des juridictions dans des affaires d'ententes, par région, 2019-2023	52
Graphique 5.1. Nombre moyen de notifications de fusions par juridiction, 2019-2023	94
Graphique 7.1. Diagramme illustrant le processus d'étude de marché suivi par la CAK	115

TABLEAUX

Tableau 1.1. Exclusions accordées par la CAK	18
Tableau 2.1. CAK : effectifs totaux et effectifs affectés aux dossiers de concurrence, 2020-2024	29
Tableau 4.1. Répression des accords horizontaux (ententes et soumissions concertées) au Kenya	66
Tableau 4.2. Répression des accords verticaux au Kenya	68
Tableau 4.3. Répression des situations d'abus de position dominante au Kenya	73
Tableau 5.1. Nombre de notifications de fusion reçues par la CAK, 2020-2024	84
Tableau 5.2. Décisions de la CAK relatives aux fusions, 2020-2024	88
Tableau 6.1. Avis émis par la CAK en vue de promouvoir la concurrence	107
Tableau 6.2. Événements de promotion organisés par la CAK	108
Tableau 7.1. Études de marché de la CAK	115
Tableau 8.1. Décisions du Tribunal et de la Haute Cour relatives à l'application du droit de la concurrence	122

Sigles, acronymes et abréviations

CAE	Communauté de l'Afrique de l'Est
CAK	Autorité de la concurrence du Kenya
CCC	Commission de la concurrence du COMESA
CCSA	Commission de la concurrence d'Afrique du Sud
CMA	Autorité des marchés de capitaux
COMESA	Marché commun de l'Afrique orientale et australe
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
EACCA	Autorité de la concurrence de la Communauté d'Afrique de l'Est
FAC	Forum africain de la concurrence
FMI	Fonds monétaire international
IHH	Indice de Herfindahl-Hirschman
MOA	Moyen-Orient et Afrique
MPME	Micro, petites et moyennes entreprises
ODPP	Bureau du directeur des poursuites publiques
PPRA	Autorité de réglementation des marchés publics
RIC	Réseau international de la concurrence
RMP	Réglementation des marchés de produits
SSNIP	<i>Small but significant and non-transitory increase in price</i> ou Augmentation faible mais significative et non transitoire des prix
USSD	Données de service supplémentaires non structurées
ZLECAf	Zone de libre-échange continentale africaine

Résumé

En soumettant son droit et sa politique de la concurrence à cet examen de l'OCDE, le Kenya franchit une étape importante et démontre son attachement à la mise en œuvre d'un cadre moderne et efficace du droit et de la politique de la concurrence. Le présent rapport contient une description et une analyse du droit et de la politique de la concurrence en vigueur au Kenya, tels qu'ils sont mis en œuvre par l'Autorité de la concurrence du Kenya (CAK, *Competition Authority of Kenya*). Il s'achève par des recommandations élaborées par le Secrétariat de l'OCDE et les examinateurs principaux, lequel sera étudié dans le cadre de l'examen par les pairs, qui aura lieu lors de l'édition 2025 du Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence.

Le Kenya a réalisé des progrès notables dans la mise en place d'un régime de concurrence moderne. Il a été l'un des premiers pays d'Afrique à adopter une législation en matière de concurrence, en 1989, laquelle a été abrogée en 2010 par la Loi sur la concurrence (chapitre 504 du Recueil des lois du Kenya). La loi actuelle confère à la CAK (créée en 2011) un mandat complet englobant la répression des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante, le contrôle des fusions, les études de marché et la promotion de la concurrence. La CAK joue également le rôle d'autorité nationale de protection des consommateurs.

Le droit kényan de la concurrence s'applique à tous les secteurs de l'économie, y compris les entreprises publiques, et il est renforcé par la compétence exercée parallèlement par des instances de réglementation dans des secteurs tels que les banques, l'énergie, les assurances et les télécommunications. L'intégration du pays dans les régimes de concurrence régionaux et continentaux (Marché commun de l'Afrique orientale et australe, Communauté d'Afrique de l'Est et Zone de libre-échange continentale africaine) a créé des niveaux supplémentaires de mise en application, donnant lieu aussi bien à des possibilités de coopération qu'à des risques de chevauchements et d'insécurité juridique.

La CAK dispose d'une structure institutionnelle qui traduit un engagement en faveur de l'indépendance et de la responsabilité, ses activités étant supervisées par un conseil d'administration et un directeur général. L'examen met toutefois en évidence plusieurs domaines se prêtant à des améliorations. Le budget et les effectifs de la CAK restent faibles par rapport aux normes internationales et régionales, ce qui peut entraver son efficacité. En outre, le manque de clarté des critères d'éligibilité pour la nomination des membres du conseil d'administration et du directeur général, ainsi que des règles en matière de révocation, suscite des préoccupations quant à l'influence politique potentielle et à la continuité du conseil d'administration.

La CAK est peu intervenue au cours des cinq dernières années. Ses pouvoirs d'enquête sont étendus et le cadre juridique des sanctions est solide, mais l'application effective des lois est limitée. La CAK recourt beaucoup aux transactions amiables, qui sont souvent assorties de faibles sanctions financières et conclues sans reconnaissance de responsabilité, ce qui peut nuire à la dissuasion et à l'évolution de la jurisprudence. Les programmes de clémence et de protection des lanceurs d'alerte n'ont pas encore porté leurs fruits, du fait du manque de sensibilisation des personnes potentiellement concernées et de leur perception limitée des risques. La transparence est également un sujet de préoccupation, dans la mesure où seules des synthèses des décisions sont publiées, ce qui ne permet pas au public de bien comprendre la manière dont le droit de la concurrence est interprété et appliqué.

Le cadre de contrôle des fusions est bien établi, avec des seuils et des procédures de notification clairs. Toutefois, l'analyse de fond des fusions tend à privilégier les considérations d'intérêt public plutôt que les effets sur la concurrence, et les mesures correctives sont plus souvent d'ordre comportemental que structurel. La CAK n'a interdit aucune fusion à ce jour et le nombre d'affaires ayant débouché sur des mesures correctives demeure faible. Il ressort en outre du présent examen que la coopération de la CAK avec les instances de réglementation sectorielle dans le cadre du contrôle des fusions est généralement efficace.

La promotion de la concurrence et les études de marché sont au cœur des activités de la CAK, qui est parvenue à sensibiliser les parties prenantes du secteur public aux problématiques relatives à la concurrence. Les études de marché ont toutefois un impact limité en raison de difficultés liées à la collecte d'informations et au choix des sujets. L'examen met en lumière la nécessité pour la CAK de concentrer ses ressources limitées sur les marchés ayant un fort impact et de renforcer l'application du droit, en complément de ses efforts de promotion de la concurrence.

Le contrôle juridictionnel des décisions de la CAK est assuré par le tribunal de la concurrence et la Haute Cour, mais le manque de connaissances approfondies du droit de la concurrence parmi les juges et la prévalence des transactions amiables ont entravé le développement de la jurisprudence. L'application du droit de la concurrence par voie d'actions privées est inexistante, ce qui s'explique par les difficultés plus générales liées à la mise en œuvre d'une culture de la concurrence, ainsi que par les risques et les coûts associés aux litiges.

Le rapport se termine par une série de recommandations portant sur l'accroissement des ressources et le renforcement de l'indépendance et des pouvoirs de répression de la CAK, ainsi que sur l'intensification de sa coopération avec des organismes pairs nationaux et internationaux. Ces recommandations constituent des pistes que le Kenya pourrait envisager de suivre afin d'améliorer son droit et sa politique de la concurrence.

Recommandations clés

Amélioration des pratiques d'application du droit

- Veiller à ce que les amendes aient un effet dissuasif en étant proportionnées à la gravité de l'infraction et au chiffre d'affaires des entreprises sanctionnées. Il conviendrait de modifier les Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements (« lignes directrices sur les amendes ») pour faire en sorte que les circonstances aggravantes soient mieux prises en compte dans le calcul des amendes.
- Veiller à ce que les ressources fournies à la CAK par le gouvernement du Kenya soient sanctuarisées et ne puissent pas être ajustées en fonction des recettes tirées des amendes ou des frais perçus par la CAK.
- Établir des règles claires concernant la procédure de transaction amiable et le règlement d'une sanction financière. En outre, clarifier les modalités d'allègement des sanctions dans le cadre de transactions amiables, par exemple en fixant un pourcentage d'allègement maximum et d'autres critères à appliquer. Exiger que la responsabilité soit reconnue dans la plupart des affaires d'application du droit de la concurrence. Éviter d'accorder des allègements excessifs.
- Intensifier le recours aux perquisitions surprises, en mettant à profit les moyens du laboratoire de criminalistique dont elle s'est dotée récemment.
- Habilitier la CAK à infliger des sanctions en cas de non-respect des demandes d'informations et de non-paiement des amendes. La CAK ne devrait pas dépendre du Bureau du directeur des poursuites publiques pour prononcer des injonctions.

Cadre institutionnel

- Mettre en œuvre un processus de sélection transparent applicable à tous les membres du conseil d'administration et au directeur général, en établissant des critères d'éligibilité clairs pour garantir que ceux-ci disposent de compétences en matière de droit de la concurrence ou d'économie, dans toute la mesure du possible.
- Établir des règles pour l'échelonnement des nominations des administrateurs, afin d'assurer le renouvellement partiel du conseil d'administration.

Amélioration de la transparence et des résultats de la CAK

- Veiller à ce que la CAK dispose de ressources (financières et humaines) suffisantes pour s'acquitter de ses fonctions essentielles d'application du droit de la concurrence. Les ressources de CAK devraient être au moins équivalentes à celles des juridictions comparables.
- Veiller à ce que la CAK dispose de ressources et de structures opérationnelles spécifiquement consacrées à l'application du droit de la concurrence et distinctes de celles destinées à la protection des consommateurs.
- Publier, notamment sur le site web officiel de la CAK, l'intégralité des décisions rendues, sous réserve de la protection des informations confidentielles. Les décisions doivent être dûment motivées et s'appuyer sur une analyse économique rigoureuse. Cela vaut pour toutes les décisions relatives aux pratiques anticoncurrentielles, aux études de marché et aux contrôles des fusions.

Coopération

- Accroître sensiblement la coopération entre la CAK et le PPRA. Les autorités devraient élaborer un plan de travail visant à renforcer considérablement la coopération en matière de signalement des soumissions concertées présumées et à recenser les possibilités de collaboration en vue d'améliorer les techniques de détection (notamment les outils de filtrage ou les audits des procédures d'appel d'offres passées pour déterminer les marchés présentant un risque élevé).

1 Environnement et cadre juridique

Le présent chapitre donne un aperçu du cadre institutionnel et juridique du droit de la concurrence au Kenya. Il fournit une description des principales caractéristiques du pays et examine les origines de la Loi sur la concurrence et son champ d'application.

1.1. Contexte juridique général

La République du Kenya (le Kenya) est située sur la côte orientale de l'Afrique, entre l'océan Indien à l'est, le Soudan du Sud et l'Éthiopie au nord, la Somalie au nord-est, l'Ouganda à l'ouest et la Tanzanie au sud. Le pays compte 53.3 millions d'habitants pour une superficie de 580 367 km²¹. Les langues officielles sont le swahili et l'anglais².

Le Kenya est une république présidentielle où le pouvoir est divisé en trois branches (pouvoir législatif, exécutif et judiciaire)³. Son système juridique repose essentiellement sur un modèle de droit commun, régi par une Constitution et des lois votées par le Parlement. Il est doté d'une structure administrative à deux niveaux composée du gouvernement national et des gouvernements de comté. Chacun des 47 comtés est pourvu d'une branche exécutive et d'une branche législative à qui sont délégués des pouvoirs et des responsabilités⁴. Le parlement bicaméral est constitué de l'Assemblée nationale et du Sénat (dont les compétences en matière législative sont toutefois limitées aux lois concernant les gouvernements des comtés)⁵. Le président, élu au suffrage universel, occupe les fonctions de chef d'État et de gouvernement⁶. Le système judiciaire est divisé en tribunaux supérieurs, au nombre de trois, et en juridictions inférieures⁷.

Le droit de la concurrence n'est pas mentionné dans la Constitution. Celle-ci stipule toutefois que les marchés publics s'inscrivent tous dans un système concurrentiel (et également juste, équitable, transparent et efficace) et prévoit des sanctions à l'encontre des infractions à la législation et aux politiques régissant les marchés publics⁸. Elle garantit en outre les droits des consommateurs⁹.

En avril 2025, le produit intérieur brut (PIB) du Kenya s'élevait à environ 132 milliards USD et affichait un taux de croissance de 4.8 % en 2024. Ce montant équivaut à un PIB par habitant de 2 470 USD en prix courants, soit 7 530 USD ajustés des parités de pouvoir d'achat (Fonds monétaire international, 2025_[1]). Le Kenya est la troisième plus grande économie d'Afrique subsaharienne, derrière le Nigéria et l'Afrique du Sud (Fonds monétaire international, 2025_[1]). Son PIB réel a progressé au taux annuel moyen de 5 % au cours de la période 2010-2019, ce qui a permis au pays d'entrer dans la catégorie des pays à revenu intermédiaire de la tranche inférieure en 2014.

Considéré comme la plaque tournante des échanges, des finances et des transports de l'Afrique de l'Est, le Kenya s'appuie sur une économie diversifiée et un secteur des services en croissance rapide, qui contribue à la valeur ajoutée et à l'emploi à hauteur de respectivement 54 % et 45 %, essentiellement dans les secteurs de la finance, de l'information et de la communication, des transports et du tourisme (Banque mondiale, 2023_[2]). L'agriculture continue de peser lourdement dans l'économie et représente environ 24.4 % de la valeur ajoutée. Environ 40 % de la population totale (et plus de 70 % de la population rurale) tirent au moins une partie de leur revenu de l'agriculture, laquelle contribue largement aux moyens de subsistance en milieu rural et dont les cultures commerciales et les matières premières agro-industrielles figurent en bonne place parmi les exportations.

À son indépendance en 1963, le Kenya a continué de mettre en œuvre des politiques de substitution aux importations au moyen d'investissements publics, en encourageant une production agricole reposant sur de petites exploitations et en attirant les investissements industriels privés étrangers. Au lendemain de la crise de la balance des paiements du début des années 70 et des difficultés économiques auxquelles elle a donné lieu, le pays s'est engagé dans des programmes d'ajustement structurel avec la Banque mondiale et le FMI dans les années 80, en adoptant un régime commercial plus libéral et en favorisant les mécanismes du marché et la libre concurrence. L'adoption, en 1989, de la Loi sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle des prix, la première loi du pays sur la concurrence, a été l'un des principaux résultats de la refonte de la réglementation.

Au cours de la dernière décennie, le programme de transformation économique du pays a fortement progressé. L'économie reste toutefois caractérisée par un environnement réglementaire restrictif et une forte présence de l'État. Les recettes des entreprises commerciales publiques représentaient l'équivalent

d'au moins 4.2 % du PIB du pays en 2023 (Banque mondiale, 2025^[3]). D'après la base de données « *The Business of the State* » de la Banque mondiale, le Kenya compte actuellement 209 entreprises publiques qui interviennent pour la plupart dans des secteurs soumis à la concurrence, une situation qui suscite des inquiétudes quant aux distorsions susceptibles de perturber le bon fonctionnement des marchés et au risque d'éviction des opérateurs privés (Banque mondiale, 2025^[3]). Les indicateurs de réglementation des marchés de produits de l'OCDE et la Banque mondiale de 2025 montrent que le score total du Kenya (2.92 sur une échelle de 0 à 6, 0 étant le moins restrictif et 6 le plus restrictif) est largement supérieur à la moyenne des autres pays à revenu intermédiaire, ce qui tend à démontrer que la réglementation des marchés de produits y restreint davantage la concurrence, en particulier pour ce qui est de la participation directe de l'État aux marchés et des obstacles à l'entrée, ces deux critères ne s'étant que peu améliorés au cours de la dernière décennie (Banque mondiale, 2025^[3]).

L'adoption de réformes favorables à la concurrence pourrait avoir des effets positifs substantiels pour le Kenya en termes de croissance et d'emploi. Selon des estimations récentes, la diminution des obstacles à la concurrence dans les secteurs des services de base (tels que l'électricité et les services professionnels) entraînerait une hausse du PIB de 0.55 point de pourcentage par an, et la suppression des obstacles aux échanges et à l'investissement pourrait stimuler l'emploi formel de 2.6 % et la croissance du PIB réel de 4.9 % d'ici 2035 (Banque mondiale, 2025^[4]).

1.2. Développement du droit de la concurrence

Avant 2010, les questions de concurrence au Kenya étaient régies par la Loi de 1989 sur les pratiques commerciales restrictives, les monopoles et le contrôle des prix (la « Loi de 1989 »). Au titre de cette loi, l'instauration de mesures de contrôle des prix relevait de la responsabilité d'un commissaire et d'un département au sein du Trésor national. Le commissaire disposait en outre des pouvoirs nécessaires pour enquêter sur les pratiques commerciales restrictives, les offres collusoires, les monopoles et les fusions. Dans la pratique, très peu d'activités en lien avec la concurrence furent menées au cours de cette période.

Le Graphique 1.1 ci-dessous représente les principales étapes du développement du droit de la concurrence au Kenya.

Graphique 1.1. Principales étapes du développement du droit et de la politique de la concurrence au Kenya



Source : Créé par l'OCDE sur la base d'informations communiquées par la CAK.

En 2009, le Parlement kényan a entrepris de moderniser le cadre législatif du pays, notamment en créant une autorité de la concurrence indépendante, en ajoutant à la loi des interdictions de l'abus de position dominante et en mettant en place un régime de protection des consommateurs. Il a par la suite abrogé la Loi de 1989 et voté la Loi de 2010 sur la concurrence (la « Loi sur la concurrence »)¹⁰.

L'Autorité de la concurrence du Kenya (« la CAK ») a été créée en 2011 conformément à la Loi sur la concurrence¹¹.

La Loi sur la concurrence a été modifiée à trois reprises : en 2014, lorsqu'un programme de clémence a été mis en place ; en 2016, où elle a étendu les pouvoirs de la CAK à la publication de lignes directrices, l'octroi d'exclusions par catégorie et (en consultation avec le ministre compétent) la fixation de seuils de notification des fusions ; et plus récemment, en 2019, par un amendement visant à renforcer les dispositions relatives à l'abus de la puissance d'achat et la conduite d'associations professionnelles.

Le Parlement kényan examine actuellement des amendements à la Loi sur la concurrence qui donneraient à la CAK des pouvoirs *ex ante* supplémentaires en lien avec la réglementation applicable aux marchés numériques. Les amendements proposés portent également sur une révision de la Loi sur la concurrence visant à renforcer la protection des plus petites parties face à des conditions contractuelles déloyales dans les négociations commerciales¹².

1.3. Cadre de la concurrence

1.3.1. Objet et application de la loi

L'objet de la Loi sur la concurrence est d'améliorer la prospérité de la population kényane en promouvant et en préservant une concurrence efficace sur les marchés et en empêchant les pratiques déloyales et trompeuses dans tout le pays¹³. La Loi sur la concurrence vise à¹⁴ :

- (a) renforcer l'efficacité de la production, la distribution et l'offre de biens et services ;
- (b) promouvoir l'innovation ;
- (c) optimiser l'efficacité de l'affectation des ressources ;
- (d) protéger les consommateurs ;
- (e) créer un environnement propice à l'investissement, étranger et local ;
- (f) rendre compte des obligations nationales en matière de questions de concurrence au titre des initiatives d'intégration régionale ;
- (g) mettre la législation, les politiques et les pratiques nationales sur la concurrence en conformité avec les meilleures pratiques internationales ; et
- (h) promouvoir la compétitivité des entreprises nationales sur les marchés internationaux.

La Loi sur la concurrence s'applique à toutes les personnes au Kenya. Le gouvernement, les entreprises publiques et les autorités locales y sont soumis dès lors qu'ils pratiquent des échanges¹⁵. Bien que non exhaustive, la Loi précise que¹⁶ :

- La cession d'une entreprise ou d'un actif par l'administration ou une entité publique constitue un échange.
- L'imposition et la collecte de l'impôt ne constituent pas un échange.
- L'octroi, la révocation et la collecte de redevances en lien avec les licences, les permis et les autorisations ne constituent pas un échange.
- Les transactions internes au sein de l'administration ou d'autres entités publiques ne constituent pas un échange.

La Loi sur la concurrence s'applique aux cas suivants¹⁷ :

- un citoyen ou un résident kényan,
- une entreprise kényane ou des entreprises menant ses activités au Kenya,

- toute personne fournissant ou acquérant des biens ou des services au Kenya ou sur le territoire national,
- toute personne à l'extérieur du Kenya qui acquiert des parts ou des actifs entraînant un changement de contrôle d'une entreprise, d'une partie d'une entreprise ou de l'actif d'une entreprise, au Kenya.

La Loi sur la concurrence couvre tous les domaines typiques de la promotion et du respect du droit de la concurrence, à savoir les accords interdits (horizontaux, verticaux et soumissions concertées), les abus de position dominante, le contrôle des fusions, les études de marché et la formulation d'avis.

Une décision administrative de droit civil de la CAK peut permettre de lancer des poursuites à l'encontre d'infractions à la Loi sur la concurrence. Toutefois, toute infraction à la Loi constitue également une infraction pénale passible de sanctions pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et/ou 10 millions KES (environ 66 000 EUR) d'amende. Dans la pratique, aucune sanction pénale n'a jamais été appliquée en lien avec la Loi sur la concurrence. Ce point est abordé au Chapitre 3 qui traite du régime des sanctions au Kenya.

La partie VI de la Loi sur la concurrence contient des dispositions relatives à la protection des consommateurs. La CAK joue également le rôle d'autorité de protection des consommateurs.

La Loi sur la concurrence consacre en outre l'interdiction de l'abus de puissance d'achat. Les dispositions dans ce domaine ont trait à des conduites telles que les conditions contractuelles déloyales, les délais de paiement injustifiés, la rupture injustifiée et unilatérale des relations commerciales et les demandes de conditions préférentielles défavorables au fournisseur¹⁸. L'abus de puissance d'achat n'est pas considéré au titre de l'application du droit de la concurrence aux fins du présent examen par les pairs. Les pratiques de la CAK en lien avec l'abus de puissance d'achat ne sont examinées au Chapitre 2 que lorsqu'elles sont en lien avec ses priorités d'application.

1.3.2. Exclusions

Il n'existe aucune exclusion générale à la Loi sur la concurrence. Celle-ci prévoit toutefois des exceptions aux dispositions de la législation régissant les accords ou l'abus de position dominante pour des raisons impérieuses d'intérêt public. Les quatre critères permettant de décider d'une exception ont trait à la mesure dans laquelle une conduite donnée peut contribuer ou aboutir à¹⁹ :

- (a) *la préservation ou la promotion des exportations ;*
- (b) *l'amélioration ou la prévention du déclin de la production ou de la distribution de biens ou la prestation de services ;*
- (c) *la promotion du progrès ou de la stabilité technique ou économique dans quelque secteur que ce soit ;*
- (d) *l'obtention d'un bénéfice au profit du public qui dépasse ou dépasserait l'affaiblissement de la concurrence qui résulterait ou serait susceptible de résulter d'un accord, d'une décision ou de pratiques concertées, ou d'une catégorie d'accords, de décisions ou de pratiques concertées.*

Les demandes d'exclusion doivent être adressées à la CAK, qui les publie alors dans le journal officiel et invite les parties intéressées à lui soumettre leur avis par écrit²⁰. Cette invitation est suivie de la publication, par la CAK, de sa décision motivée (positive ou négative)²¹, qui peut être assortie, ou non, de conditions.

Les exclusions peuvent être révoquées en cas de changement important des faits, si elles ont été accordées sur la base d'informations erronées ou trompeuses, ou en cas d'infraction des conditions dans lesquelles elles ont été octroyées. Les révocations doivent être elles aussi publiées dans le journal officiel, assorties d'un appel à contribution de tiers²². Toute infraction aux conditions imposées à une exclusion constitue par ailleurs un délit en vertu de la Loi sur la concurrence²³. La sanction maximale pour une

violation de la Loi sur la concurrence est une amende n'excédant pas 500 000 KES (environ 3 300 EUR), ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas trois ans, ou les deux²⁴.

Les parties peuvent également demander une exclusion relative aux conduites en lien avec un droit ou un intérêt acquis ou protégé par les droits de propriété intellectuelle²⁵. Les restrictions anticoncurrentielles des règles régissant les associations ou les organismes professionnels peuvent elles aussi bénéficier d'une exclusion si elles sont raisonnablement nécessaires pour maintenir les normes professionnelles ou le fonctionnement ordinaire d'une profession²⁶.

Il n'existe pas d'exclusion *de minimis* du champ de la Loi sur la concurrence.

Le Tableau 1.1 ci-dessous montre le nombre d'exclusions accordées au cours des cinq dernières années.

Tableau 1.1. Exclusions accordées par la CAK

Année	Demandes déposées	Exclusions accordées*	Secteurs/industries concernés par les exclusions
2020	2	0	Énergie ; agriculture
2021	3	1	Agriculture ; fabrication ; énergie
2022	0	2	Énergie ; agriculture
2023	3	2	Aviation ; commerce de détail
2024	1	2	Aviation ; agriculture

Note : *Les demandes n'aboutissent pas toujours l'année où elles ont été déposées.

Source : CAK.

La CAK indique que si elle procède à des contrôles de conformité des exclusions qu'elle accorde, elle n'évalue pas régulièrement les exclusions pour déterminer si elles sont nécessaires et ne vont pas au-delà de leur objectif.

Le Chapitre 4 examine plus en détail une demande d'exclusion déposée par la *Energy Dealers Association* en 2019 qui a mis au jour une entente de longue date non autorisée sur le marché des bouteilles de gaz.

1.3.3. Création d'une instance de recours

La Loi sur la concurrence porte également création du Tribunal de la concurrence, qui est compétent pour les auditions des recours contre les décisions de la CAK. La législation stipule que les décisions du Tribunal de la concurrence peuvent faire l'objet d'un appel auprès de la Haute Cour du Kenya, qui est le second et dernier niveau d'appel²⁷.

Le Chapitre 8 du présent examen par les pairs fournit une évaluation détaillée des pratiques et des procédures d'appel et de recours judiciaire prévues par la Loi sur la concurrence.

1.3.4. Secteurs réglementés

La Loi sur la concurrence s'applique à tous les secteurs de l'économie et la CAK est la seule autorité compétente pour faire respecter la législation. Dans certains secteurs réglementés toutefois, des autorités disposent de pouvoirs juridiques limités en lien avec le droit et la politique de la concurrence au Kenya.

L'Autorité des communications est habilitée à enquêter sur les conduites anticoncurrentielles au titre de sa législation²⁸. Elle ne l'a toutefois jamais fait dans la pratique. L'Autorité de régulation de l'énergie et du pétrole est par ailleurs chargée d'une mission spécifique consistant à collaborer avec la CAK pour assurer le suivi des conditions dans lesquelles les prestataires mènent leurs activités et de leurs pratiques commerciales, et à garantir et faciliter la concurrence, l'accessibilité des installations et leur utilisation par de tierces parties²⁹.

Par ailleurs, dans les secteurs de la banque, de l'énergie, des assurances et des télécommunications, la CAK et l'instance de réglementation sectorielle concernée sont également compétentes pour l'examen des fusions. Leur autorisation est nécessaire pour qu'une opération soit réalisée. Chaque autorité procède à sa propre évaluation et rend une décision indépendante, et est habilitée à imposer des mesures correctives ou à interdire une opération. L'évaluation menée par l'instance de réglementation sectorielle porte avant tout sur les aspects techniques et réglementaires (tels que les conditions d'octroi de licence et le respect des obligations réglementaires), tandis que celle de la CAK a trait aux répercussions des fusions sur la concurrence, bien que cette distinction ne soit pas toujours facile à opérer dans la pratique.

L'Autorité des marchés de capitaux est par ailleurs compétente pour examiner les fusions impliquant des sociétés cotées en bourse.

Le Chapitre 10 du présent examen par les pairs consacré à la coopération expose plus en détail les pratiques et les protocoles d'accord en vigueur entre la CAK et les instances de réglementation sectorielle portant sur les fonctions liées à la concurrence.

1.3.5. Cadres supranationaux de concurrence

Le Kenya est membre de trois blocs commerciaux supranationaux qui influent sur son cadre de la concurrence. Il s'agit des blocs suivants :

- Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), doté d'un cadre supranational actif d'application du droit de la concurrence et d'une autorité régionale de la concurrence. Son cadre lui permet d'enquêter et de faire appliquer le droit de la concurrence au Kenya pour ce qui est des questions ayant des répercussions à l'échelon régional. La CAK est tenue de lui apporter son soutien.
- La Communauté d'Afrique de l'Est (CAE), pourvue d'un cadre supranational d'application du droit de la concurrence, et dont l'autorité régionale de la concurrence doit commencer à exercer ses fonctions en matière de contrôle des fusions en novembre 2025. Son cadre lui permet d'enquêter et de faire appliquer le droit de la concurrence au Kenya pour ce qui est des questions ayant des répercussions à l'échelon régional. La CAK est tenue de lui apporter son soutien.
- La Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf), qui a entrepris la conception d'un cadre supranational de respect du droit de la concurrence prévoyant notamment la création d'une autorité de la concurrence à l'échelle du continent. Au moment de la rédaction du présent examen par les pairs, le fonctionnement spécifique de ce cadre était toujours en cours de négociation.

Le Chapitre 5 consacré aux fusions examine les pratiques de la CAK relatives à l'application du droit de la concurrence à l'échelon supranational, le contrôle des fusions étant la principale activité de ce type menée dans la région.

Les pratiques de la CAK en matière de coopération internationale font pour leur part l'objet d'un examen plus approfondi au Chapitre 10 du présent examen par les pairs, notamment pour ce qui est de l'application du droit de la concurrence à l'échelon supranational.

1.4. Analyse

Les principaux fondements du droit de la concurrence sont présents dans la législation et conformes aux bonnes pratiques internationales. De manière générale, les parties prenantes n'ont fait état d'aucune préoccupation grave concernant le cadre sous-jacent du droit de la concurrence au Kenya.

La mission exploratoire menée par l'OCDE a toutefois mis au jour quatre sujets spécifiques de préoccupation en lien avec le cadre législatif.

Le premier a trait aux amendements apportés précédemment à la Loi sur la concurrence, et plus précisément au fait que ces changements ont été apportés au coup par coup sans tenir suffisamment compte de ce que contenait déjà la Loi. Les parties prenantes ont ainsi exprimé leur confusion quant à la difficulté d'interpréter les lois sur l'abus de position dominante et l'abus de puissance d'achat en raison de leur chevauchement, ainsi qu'aux dispositions concernant les associations professionnelles et commerciales.

Le deuxième est de nature anticipative et porte sur la réforme potentielle de la Loi sur la concurrence visant à ajouter des dispositions relatives à la réglementation ex ante des plateformes numériques. Les parties prenantes se sont déclarées préoccupées par le fait que les modifications de grande ampleur qu'il est proposé d'apporter à la législation ne suivent les conclusions d'aucune étude de marché sur le sujet, et qu'aucune mesure d'application prise à ce jour dans ce domaine ne prouve que la législation en vigueur n'est pas appropriée pour remédier aux préjudices.

Le troisième point porte sur la création d'autorités supranationales de la concurrence supplémentaires ayant compétence au Kenya. Quatre cadres de la concurrence pourraient à terme coexister dans le pays, un nombre sans précédent comparé aux autres autorités de la concurrence à l'échelle mondiale. Cette situation risque d'entraîner une confusion et des chevauchements inutiles pour les différents acteurs (notamment la CAK). Nombre de parties prenantes externes ont fait part de leurs inquiétudes quant au coût et à la charge, en termes de ressources, qui risqueraient de peser sur les parties et d'avoir un effet potentiellement dissuasif sur l'investissement. Le Chapitre 5 consacré aux fusions et le Chapitre 10 sur la coopération décrivent plus en détail ces cadres supranationaux.

Enfin, des données concrètes recueillies par l'OCDE montrent que la CAK ne procède à aucune évaluation régulière des exclusions qu'elle accorde, et qu'elle se borne à réaliser des contrôles de conformité à l'issue de la période de validité de chacune d'entre elles. En cela, l'autorité n'est pas conforme aux recommandations de l'OCDE suivantes concernant les exclusions.

- Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452], qui demande aux adhérents de « faire toute la transparence sur leurs exclusions et [de] les réévaluer périodiquement pour s'assurer qu'elles restent nécessaires et qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est indispensable pour atteindre leur objectif ».
- Recommandation du Conseil sur l'évaluation d'impact sur la concurrence [OECD/LEGAL/0455], qui demande aux adhérents de veiller à ce qu'une « exception [soit] adoptée pour une période limitée, généralement en prévoyant une date butoir, afin que l'exception ne soit pas maintenue plus longtemps que nécessaire pour atteindre l'objectif de politique publique identifié ».

Références

- Banque mondiale (2025), *Beyond the Budget : Fiscal Policy for Growth and Jobs - A Public Finance Review for Kenya*, Banque mondiale, Washington, D.C. [3]
- Banque mondiale (2025), *From Barriers to Bridges: Procompetitive Reforms for Productivity and Jobs in Kenya*, <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/099112125052016953>. [4]
- Banque mondiale (2023), *Kenya Country Economic Memorandum 2023 : Seizing Kenya's Services Momentum*, Banque mondiale, Washington, D.C., <http://documents.worldbank.org/curated/en/099072623125529056> (accessed on 12 November 2025). [2]

Fonds monétaire international (2025), *IMF Datamapper - Kenya Datasets*,
<https://www.imf.org/external/datamapper/profile/KEN> (accessed on 12 November 2025).

[1]

Notes

¹ Office national des statistiques du Kenya, « Population », <https://www.knbs.or.ke/>.

² Constitution du Kenya, art. 7(2).

³ Constitution du Kenya, art. 1(3).

⁴ Constitution du Kenya, art. 6 ; Constitution du Kenya, annexe 4.

⁵ Constitution du Kenya, chap. 8.

⁶ Constitution du Kenya, chap. 9.

⁷ Voir la Constitution kényane, chapitre 10. Les trois juridictions supérieures sont la Cour suprême, la Cour d'appel et la Haute Cour. Le Tribunal de l'emploi et des relations de travail et le Tribunal de l'environnement et des terres sont considérés comme ayant le même statut que la Haute Cour. Les juridictions inférieures sont les cours de magistrats, les tribunaux d'instance, les cadis, les juridictions et tribunaux locaux et les tribunaux militaires.

⁸ Constitution du Kenya, article 227.

⁹ Constitution du Kenya, article 46.

¹⁰ Cette loi vise à promouvoir et préserver la concurrence dans l'économie nationale ; à protéger les consommateurs de toute pratique déloyale ou trompeuse sur les marchés ; à prévoir la création, les compétences et le fonctionnement de l'autorité de la concurrence et du tribunal de la concurrence, ainsi que tout objectif connexe (Loi sur la concurrence), CAP 504 (2010).

¹¹ Loi sur la concurrence, art. 8.

¹² Projet de loi (amendement) sur la concurrence 2024.

¹³ Loi sur la concurrence, art. 3.

¹⁴ Loi sur la concurrence, art. 3.

¹⁵ Loi sur la concurrence, art. 5.

¹⁶ Loi sur la concurrence, art. 5(5).

¹⁷ Loi sur la concurrence, art. 6.

¹⁸ Loi sur la concurrence, art. 24A.

¹⁹ Loi sur la concurrence, art. 26(3).

²⁰ Loi sur la concurrence, art. 25.

²¹ Loi sur la concurrence, art. 26(1).

²² Loi sur la concurrence, art. 27 (1)-(2).

²³ Loi sur la concurrence, art. 27 (3)-(4).

²⁴ Loi sur la concurrence, art. 91.

²⁵ Loi sur la concurrence, art. 28.

²⁶ Loi sur la concurrence, art. 29.

²⁷ Loi sur la concurrence, partie VII.

²⁸ Loi sur l'information et la communication (2012), partie VIC.

²⁹ Loi sur l'énergie (2019), art. 10(m), 10(bb).

2

Caractéristiques institutionnelles

Le présent chapitre s'intéresse au mandat, à la structure et aux ressources de l'Autorité de la concurrence du Kenya (CAK).

2.1. Législation et pratique

La CAK joue à la fois le rôle d'autorité de la concurrence du Kenya et celui d'autorité nationale chargée de la protection des consommateurs. Elle a vu le jour en 2011, en remplacement de l'ancien Département des monopoles et des prix au sein du Trésor, qui était chargé de faire appliquer la Loi de 1989. La CAK a été créée en tant qu'organisme officiel indépendant, doté de son propre budget et de sa propre autonomie organisationnelle¹. Elle relève du Trésor national et rend compte au Bureau de l'Auditeur général, qui vérifie ses comptes chaque année², ainsi qu'à l'Assemblée nationale, à laquelle elle présente des rapports annuels³.

Ces rapports doivent contenir des informations sur les activités et les projets annuels de la CAK, y compris des données détaillées sur les résultats obtenus au regard d'indicateurs de performance clés, tels que le nombre et la nature des plaintes réglées ou en cours d'examen, les enquêtes achevées ou en cours, et les études de marché et enquêtes importantes menées ou prévues⁴.

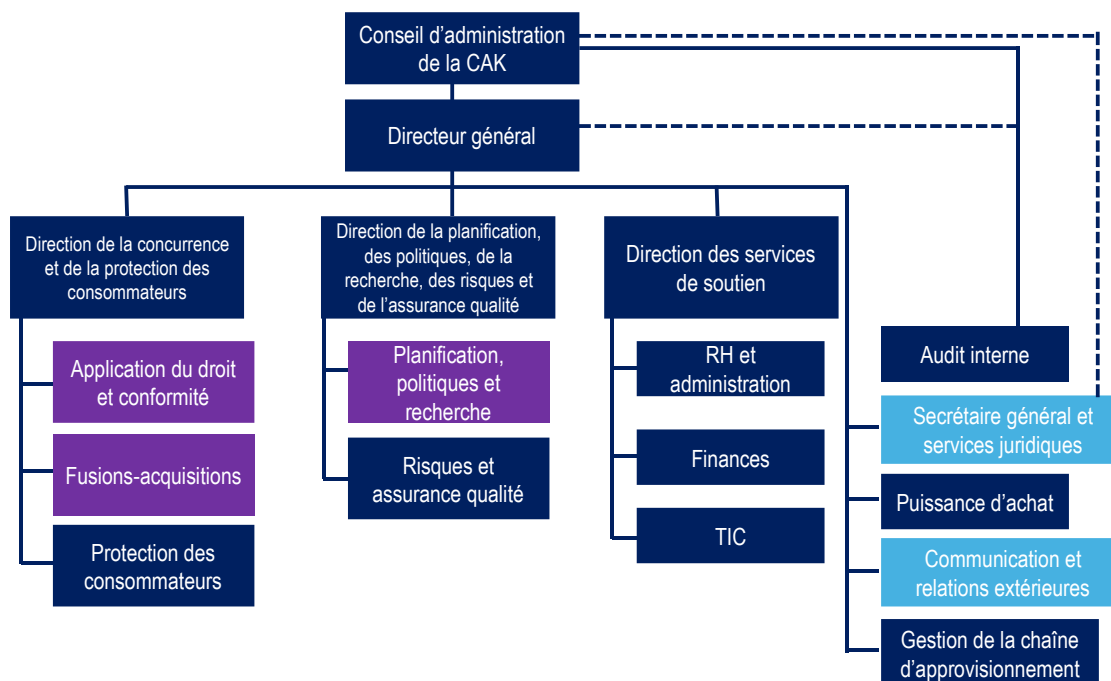
La CAK est chargée de faire appliquer le droit de la concurrence (c'est-à-dire de contrôler et d'autoriser les fusions, ainsi que d'enquêter sur les accords anticoncurrentiels, les abus de position dominante et les infractions aux règles de contrôle des fusions et de les sanctionner), de réaliser des études de marché et de mener des activités de promotion de la concurrence. Il lui appartient en outre de faire appliquer les dispositions relatives à la protection des consommateurs et à l'abus de puissance d'achat, lesquelles n'entrent pas dans le champ du présent examen par les pairs.

Comme on le verra plus en détail dans les chapitres 3, 4 et 5 du présent examen par les pairs, l'application du droit de la concurrence au Kenya est encore en cours de développement, d'après les informations obtenues par l'OCDE. Dans le cadre de l'exercice de collecte de données mené par l'OCDE, la CAK a fourni plusieurs séries de données statistiques différentes concernant ses pratiques en matière d'application du droit de la concurrence. Le manque de cohérence observé entre ces chiffres et ceux qu'elle avait communiqués précédemment dans le cadre du rapport annuel *Tendances de l'OCDE sur la concurrence* (qui utilise les années civiles) est dû, selon elle, à la transformation des données relatives à un exercice financier (juillet à juin) en données se rapportant à une année civile. Et compte tenu du fait que la CAK ne publie pas toutes ses décisions d'application (comme on le verra plus loin), il n'a pas été possible de rendre compte avec certitude des chiffres relatifs à l'application du droit de la concurrence au Kenya et d'évaluer en détail la façon le droit de la concurrence est interprété et appliqué dans la pratique.

2.1.1. Structure interne de la CAK

La CAK est composée d'un conseil d'administration (« le conseil ») et d'un directeur général, qui bénéficient de l'appui de différentes unités, ainsi qu'il est expliqué ci-après.

Graphique 2.1. Organigramme de la CAK



Note : Les unités figurant dans un encadré violet participent exclusivement aux activités liées à la concurrence, tandis que celles qui se trouvent dans un encadré bleu clair prennent partiellement part aux activités liées à la concurrence. Les autres unités se consacrent soit à des tâches administratives, soit à d'autres activités de substance (protection des consommateurs ou abus de puissance d'achat).

Source : OCDE, à partir du Plan stratégique 2023-2027 de la CAK, *Strategic Plan (2023-2027) - Promoting and Sustaining Enforcement for Enhanced Consumer Welfare* (2024^[1]), <https://cak.go.ke/sites/default/files/downloads/2025-06/COMPETITION-AUTHORITY-STRATEGIC-PLAN-2023-2027.pdf>.

Le conseil est composé de neuf membres : (i) le président ; (ii) le Secrétaire principal du Trésor national ou son représentant ; (iii) le Secrétaire principal du ministère de l'Investissement, du Commerce et de l'Industrie ou son représentant ; (iv) le Procureur général ou son représentant ; et (v) cinq membres indépendants n'exerçant aucune fonction de direction. En outre, le directeur général est membre d'office du conseil d'administration, mais il ne dispose d'aucun droit de vote⁵.

Principal organe de décision de la CAK, le conseil d'administration est notamment chargé d'imposer des sanctions administratives en cas de pratiques anticoncurrentielles, d'abus de puissance d'achat et d'infractions aux règles de protection des consommateurs, ainsi que de contrôler les fusions. Il définit en outre l'orientation stratégique générale de la CAK.

Le conseil compte quatre comités, chacun composé de deux à quatre membres. Chacune de ses décisions doit être examinée et approuvée par le comité compétent :

1. Comité technique et stratégique : chargé de formuler des conseils sur la planification stratégique et la mise en œuvre de la Loi sur la concurrence, y compris les décisions d'application.
2. Comité des finances : chargé de formuler des recommandations de politiques, d'objectifs et de budgets à l'appui du fonctionnement de la CAK.
3. Comité des ressources humaines : chargé de la mise en œuvre des politiques de ressources humaines.
4. Comité d'audit : chargé de veiller au respect de la déontologie et de l'intégrité.

Le conseil d'administration bénéficie du soutien du Département du secrétaire général et des services juridiques, qui lui donne des avis, organise ses réunions, rédige ses décisions et les communique une fois adoptées. Ce département fournit également des conseils juridiques aux différentes unités opérationnelles de la CAK et représente celle-ci devant les tribunaux.

Le directeur général de la CAK est chargé de la gestion des activités quotidiennes de l'autorité, y compris des tâches administratives et opérationnelles (enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles, abus de puissance d'achat, infractions en matière de protection des consommateurs et contrôle des fusions, entre autres)⁶. Il est habilité à assigner des tâches aux différentes unités de la CAK, à prendre des décisions relatives aux procédures pendant les enquêtes et à approuver et soumettre les rapports d'enquête finaux, accompagnés d'une proposition de décision, pour examen par le conseil d'administration.

Les départements chargés des activités liées à la concurrence sont les suivants : le Département de l'application du droit et de la conformité et le Département des fusions-acquisitions (tous deux relevant de la Direction de la concurrence et de la protection des consommateurs), qui sont chargés respectivement d'enquêter sur les pratiques anticoncurrentielles et de procéder au contrôle des fusions ; et le Département de la planification, des politiques et de la recherche (relevant de la Direction de la planification, des politiques, de la recherche, des risques et de l'assurance qualité), qui réalise des études de marché et mène des activités de promotion de la concurrence (en collaboration avec le Département de la communication et des relations extérieures). En outre, comme indiqué plus haut, le Département du secrétaire général et des services juridiques – qui rend officiellement compte au conseil d'administration – participe directement aux activités liées à la concurrence (parallèlement aux autres activités de substance).

La CAK n'a pas de chef économiste attitré ni d'unité économique distincte pour appuyer les équipes responsables de l'application de la loi et de la promotion de la concurrence au moyen d'analyses économiques.

2.1.2. Direction, nominations et révocations

Ainsi qu'il est indiqué plus haut, le conseil d'administration de la CAK est composé de neuf membres⁷. Ceux-ci sont nommés pour un mandat de trois ans, renouvelable une fois⁸.

Le président du conseil d'administration est nommé par le Président de la République et n'est soumis à aucune approbation parlementaire. La nomination des représentants du gouvernement (c'est-à-dire du Trésor national, du ministère de l'Investissement, du Commerce et de l'Industrie et du Procureur général) ne nécessite pas non plus l'approbation du Parlement⁹. La Loi sur la concurrence ne définit aucun critère d'éligibilité encadrant leur sélection.

Les cinq membres indépendants n'exerçant aucune fonction de direction sont nommés par le Secrétaire du Cabinet chargé du Trésor national et leur nomination nécessite une approbation parlementaire. Ils doivent avoir une expérience des questions de concurrence et de protection des consommateurs, et au moins l'un d'eux doit posséder une expérience du domaine de la protection des consommateurs¹⁰.

Ni la Loi sur la concurrence ni les règlements d'application ne prévoient de règles relatives au processus de sélection, telles que des délais, des procédures ou des conditions d'éligibilité. Il n'existe pas non plus de dispositions relatives à l'échelonnement des nominations des membres du conseil d'administration.

Le conseil d'administration fonctionne en tant qu'organe indépendant, et ses membres ne peuvent être révoqués de leur mandat que dans les conditions prévues par la Loi sur la concurrence, à savoir : (i) s'ils démissionnent pendant leur mandat ; (ii) s'ils sont déclarés en faillite ou insolvable ; (iii) s'ils sont condamnés pour infraction pénale ; (iv) s'ils se trouvent en situation de conflit d'intérêts susceptible d'entraver de manière significative l'exercice approprié et efficace de leurs fonctions ; (v) s'ils sont dans l'incapacité (mentale ou physique) d'exercer leurs fonctions ; (vi) s'ils ne participent pas à au moins deux tiers des réunions du conseil d'administration sans l'autorisation de celui-ci au cours d'une période de

12 mois consécutifs ; (vii) s'ils commettent une infraction importante au code de conduite de la CAK¹¹. Le Secrétaire du Cabinet chargé du Trésor national est habilité à révoquer tout membre du conseil, moyennant une notification écrite préalable adressée au membre concerné, précisant les motifs de la révocation¹².

Tous les membres du conseil (à l'exception du directeur général) travaillent à temps partiel et perçoivent une indemnité en fonction du nombre de réunions auxquelles ils assistent. Le conseil d'administration doit se réunir au moins quatre fois par exercice, chaque réunion ayant lieu au plus tard quatre mois après la précédente¹³. Chaque année, le Trésor national approuve le nombre de réunions à tenir ; toute modification (ajout de réunions supplémentaires, par exemple) est soumise à son approbation préalable. Le conseil a tenu 15 réunions au cours de l'exercice 2023/24 et 12 réunions au cours de l'exercice 2022/23¹⁴.

Le quorum du conseil est de quatre membres et les décisions sont prises à la majorité. En cas d'égalité des voix, le membre qui préside la réunion (soit le président, lorsqu'il est présent, soit un autre membre désigné par le conseil en l'absence du président) dispose d'une voix délibérative et prépondérante¹⁵.

Au moment de la rédaction du présent rapport, seuls quatre membres du conseil étaient en fonction : le président, ainsi que les représentants du Trésor national, du ministère des Investissements, du Commerce et de l'Industrie et du Procureur général (en sus du directeur général). Parmi les administrateurs n'exerçant pas de fonctions de direction, aucun n'était en fonction.

Le directeur général est nommé par le conseil d'administration pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois ; sa nomination doit être approuvée par le Parlement. Le directeur général doit avoir des connaissances et une expérience en matière de concurrence¹⁶. La Loi sur la concurrence et les règlements d'application ne prévoient pas d'autres critères d'éligibilité ou règles relatives processus de sélection. Il n'existe pas non plus de dispositions particulières relatives à la révocation du directeur général ; la Loi sur la concurrence établit explicitement que les règles relatives à la révocation des membres du conseil d'administration ne s'appliquent pas au directeur général¹⁷.

Le personnel technique des deuxième et troisième niveaux de direction est nommé par le conseil d'administration à l'issue d'une procédure de mise en concurrence. Tous les autres membres du personnel sont sélectionnés par voie de recrutement concurrentiel, par un groupe de personnes désignées par le directeur général, sur délégation de pouvoir par le conseil¹⁸. Les membres du personnel peuvent être licenciés en cas de faute grave, notamment d'abandon de poste, d'insubordination, de mauvais résultats et de travail sous l'emprise de l'alcool ou de stupéfiants pendant les heures de travail¹⁹.

Les membres du conseil d'administration, le directeur général et le personnel de la CAK sont assujettis à des règles en matière de conflits d'intérêts. Ils sont notamment tenus de faire tout leur possible pour éviter les situations susceptibles d'engendrer un conflit d'intérêts. Lorsque cela n'est pas possible, la personne en situation de conflit d'intérêts doit signaler le conflit dès qu'il survient et s'abstenir de prendre part à toute question s'y rapportant. Les conflits d'intérêts comprennent tout intérêt financier ou autre intérêt personnel susceptible d'entraver la bonne exécution des fonctions officielles²⁰. Les membres du conseil d'administration, le directeur général et le personnel de la CAK sont également soumis à des obligations de secret professionnel, comme on le verra plus en détail au chapitre 3.

2.1.3. Ressources

Budget

Le budget de la CAK provient de deux sources principales²¹ : la première est le budget de l'État (par le biais de transferts du Trésor), qui représente environ 70 % du budget de la CAK, et la deuxième, représentant les 30 % restants, correspond aux amendes et frais perçus par la CAK, dont les amendes infligées et les frais de notification des fusions (à la fois à l'échelle locale et à l'échelle du régime du

COMESA). Autrement dit, la CAK conserve les recettes issues des frais et des amendes et les utilise pour financer ses propres activités.

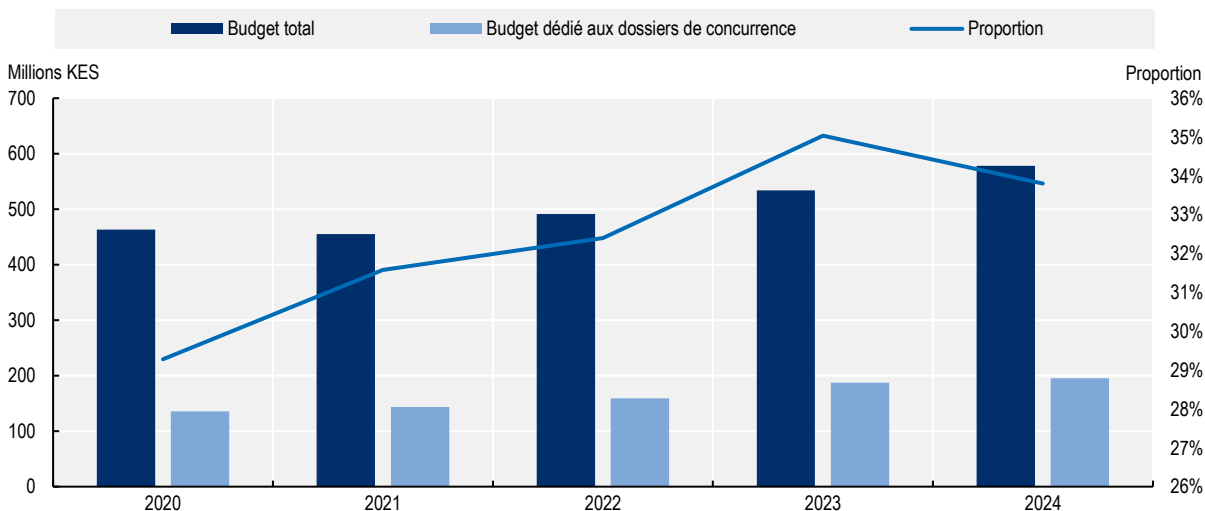
Le budget de la CAK est coordonné par le Département des finances, qui relève de la Direction des services de soutien. Chaque exercice, le Département des finances, avec l'aide des différentes unités de la CAK, établit un projet de budget (comprenant les deux sources de financement), lequel est ensuite approuvé par l'équipe de direction et le conseil d'administration. Le projet de budget est ensuite soumis au Trésor national, qui l'intègre dans le budget de l'État en vue de son approbation par le Parlement²². Le Trésor national et le Parlement peuvent ajuster le projet de budget en fonction des ressources globales disponibles et de la stratégie nationale de hiérarchisation des priorités qui guide la répartition des ressources entre les différentes entités publiques.

La part du budget financée par les frais et les amendes perçus par la CAK est estimée à partir des tendances antérieures en matière de recouvrement des amendes et des activités de fusion dans la région. Si des changements surviennent au cours de l'exercice, notamment en ce qui concerne le recouvrement des amendes et frais estimés, le budget doit être révisé, sous réserve de l'approbation du conseil d'administration, du Trésor national et du Parlement. Il en va de même si le montant des ressources collectées par la CAK est supérieur aux projections initiales.

En plus du budget annuel, la CAK établit un plan budgétaire triennal afin d'améliorer la prévisibilité et de faciliter la planification à plus long terme de ses activités. Ce plan n'est toutefois pas contraignant pour le gouvernement.

En 2024, le budget de la CAK s'élevait à 578 181 004 KES (soit 3.8 millions EUR), dont 195 439 032 KES (soit 707 000 EUR) ont été alloués aux activités liées à la concurrence (le « budget dédié aux dossiers de concurrence »), selon les données fournies par la CAK. Le Graphique 2.2 présente le budget total de la CAK et le budget dédié aux dossiers de concurrence sur la période 2020-24.

Graphique 2.2. Budget total de la CAK et budget dédié aux dossiers de concurrence, 2020-2024



Source : Données nominales communiquées par la CAK.

On constate que le budget total et la part consacrée aux activités liées à la concurrence ont augmenté au fil des ans ; cette dernière a atteint un sommet en 2024, représentant environ un tiers du budget total.

D'après la CAK, les augmentations budgétaires récentes s'expliquent par le fait qu'elle est parvenue à convaincre le Trésor national et le Parlement de l'importance de son mandat, ainsi que par la clôture de plusieurs affaires très médiatisées.

Une fois approuvé par le Parlement et distribué à la CAK, le budget est géré et dépensé sous l'autorité du directeur général²³. Les dépenses liées aux ressources humaines représentent généralement plus de 50 % du budget. Parmi les autres dépenses figurent les espaces de bureaux, les biens et services, la formation et les déplacements, ainsi que les coûts liés aux activités de substance de la CAK.

Ressources humaines

En 2025, la CAK comptait 84 agents, dont 35 (41,7 %) étaient affectés – au moins en partie – à des activités liées à la concurrence (c'est-à-dire à l'application du droit de la concurrence et à la promotion de la concurrence). Le Tableau 2.1 ci-dessous montre l'évolution des effectifs totaux et des effectifs affectés aux dossiers de concurrence entre 2020 et 2025.

Tableau 2.1. CAK : effectifs totaux et effectifs affectés aux dossiers de concurrence, 2020-2024

Année	Effectifs totaux	Effectifs affectés aux dossiers de concurrence
2020	85	29
2021	84	30
2022	84	30
2023	84	30
2024	84	29

Note : Les effectifs affectés aux dossiers de concurrence comprennent les membres de la Direction de la concurrence et de la protection des consommateurs (qui comprend le Département de l'application du droit et de la conformité et le Département des fusions-acquisitions), la Direction de la planification, des politiques, de la recherche, des risques et de l'assurance qualité (à savoir le Département de la planification, des politiques et de la recherche), le Département du secrétaire général et des services juridiques et le Département de la communication et des relations extérieures.

Source : Données communiquées par la CAK.

Parmi la trentaine d'agents actuellement affectés à des activités liées à la concurrence, on compte 10 juristes et 16 économistes.

La sélection et la promotion des membres du personnel de la CAK se font via un processus de mise en concurrence²⁴, auquel aucun autre ministère ne participe. La création de nouveaux postes nécessite toutefois l'approbation du Trésor national. La structure salariale et les prestations versées au personnel sont fixées par la Commission de la fonction publique, qui est chargée de définir les barèmes de rémunération, les allocations et les autres droits des agents publics dans l'ensemble de l'administration.

Selon la CAK, les salaires sont compétitifs par rapport à ceux d'autres organismes publics. Néanmoins, les rémunérations dans le secteur privé et les communautés économiques régionales (en particulier le COMESA et la CAE) sont souvent plus intéressantes. Bien que le taux de rotation du personnel ne soit pas élevé (cinq départs en 2024 et quatre en 2023, par exemple), il impose des coûts supplémentaires de recrutement et de formation des remplaçants. Le recrutement de nouveaux agents est particulièrement difficile compte tenu du caractère très technique et spécialisé de l'économie et du droit de la concurrence. Dans la pratique, les nouvelles recrues doivent suivre une formation intensive une fois embauchées.

Afin de renforcer le maintien en poste des effectifs, la CAK a mis sur pied un programme qui prévoit des possibilités de formation (notamment des études de troisième cycle), la valorisation des performances exceptionnelles, la promotion interne plutôt que le recrutement externe, ainsi que l'octroi de prêts hypothécaires et de prêts automobiles à des taux préférentiels.

2.2. Analyse

2.2.1. Structure interne de la CAK

Toutes les décisions du conseil d'administration doivent d'abord être examinées et approuvées par l'un des quatre comités du conseil. Cette étape supplémentaire est susceptible de ralentir le processus de prise de décision et pourrait se révéler superflue, compte tenu notamment du nombre actuel d'administrateurs.

Comme on l'a vu, la CAK ne dispose ni d'un chef économiste attitré ni d'une unité économique distincte pour appuyer les équipes responsables de l'application de la loi et de la promotion de la concurrence au moyen d'analyses économiques. La création d'un tel poste ou d'une unité de ce type pourrait aider la CAK à mieux utiliser les analyses économiques à l'appui des enquêtes et des décisions, en particulier dans les affaires d'abus de position dominante et de fusion.

Aujourd'hui, l'analyse économique joue un rôle crucial dans l'application du droit de la concurrence (OCDE, 2021^[2]; 2021^[3]). On constate que 90 % des autorités de la concurrence de l'OCDE ont créé un poste de chef économiste et/ou mis en place une unité économique distincte (OCDE, 2023^[4]).

2.2.2. Direction, nominations et révocations

Trois des neuf membres du conseil d'administration sont des représentants directs du gouvernement. Bien qu'il existe des règles relatives aux conflits d'intérêts, cette structure de gouvernance peut exposer la prise de décision de la CAK à une influence politique. De plus, le conflit d'intérêts potentiel n'est pas considéré comme un critère d'inéligibilité lors de la nomination de membres du conseil d'administration ; il constitue en revanche un motif de révocation²⁵. Ce risque est accentué par l'absence de critères d'éligibilité permettant de garantir que ces quatre administrateurs possèdent des connaissances et une expérience dans le domaine de la concurrence.

La Loi sur la concurrence prévoit que les membres indépendants qui n'exercent aucune fonction de direction doivent avoir une expérience des questions de concurrence et de protection des consommateurs. Cette exigence est toutefois trop générale et ne permet pas de garantir qu'ils disposent de compétences suffisantes en matière de droit de la concurrence.

Plus généralement, il n'existe pas de règles claires régissant le processus de sélection des membres du conseil d'administration, ce qui expose leur nomination à des risques d'influence politique.

Plusieurs parties prenantes interrogées par l'OCDE ont fait part de leurs vives préoccupations concernant le processus de sélection des membres du conseil d'administration, y compris de ceux qui n'exercent aucune fonction de direction. Selon elles, bien qu'il existe de nombreux professionnels qualifiés au Kenya, dans la pratique, les nominations ne sont pas nécessairement fondées sur le mérite ou les connaissances techniques. Elles ont indiqué que les conseils d'administration antérieurs comptaient des membres plus qualifiés, qui jouaient un rôle plus actif dans la prise de décision. Des parties prenantes ont également déploré le manque général de transparence du processus de sélection.

Cette approche déroge à la Recommandation de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [[OECD/LEGAL/0465](#)], qui dispose que les juridictions devraient :

« [v]eiller à ce que la mise en œuvre du droit de la concurrence soit indépendante, impartiale et professionnelle, en (...) garantissant que la mise en œuvre du droit de la concurrence soit assurée par des organes publics responsables et indépendants, c'est-à-dire qui ne font l'objet d'aucune interférence ou pression, et qui interprètent, appliquent et mettent en œuvre le droit de la concurrence sur la base d'arguments juridiques et économiques pertinents, fondés sur les principes rigoureux de la politique de la concurrence ».

En outre, l'absence de règles relatives à l'échelonnement des nominations au conseil d'administration ne permet pas de procéder à des renouvellements partiels ni d'assurer la continuité du conseil d'administration, créant un risque d'absence de quorum susceptible de paralyser la CAK. Dans la pratique, la nomination des administrateurs n'exerçant pas de fonctions de direction prend souvent trop de temps, ce qui peut nuire davantage à l'indépendance de la CAK, dans la mesure où le conseil peut continuer de fonctionner même sans aucun de ces administrateurs. En fait, au moment de la rédaction du présent rapport, tous les postes d'administrateurs n'exerçant aucune fonction de direction étaient vacants. La brièveté du mandat des membres du conseil d'administration (trois ans) accentue ces difficultés et engendre des coûts supplémentaires liés à la formation, la plupart des personnes nommées ne disposant pas d'une vaste expertise en matière de concurrence.

Des préoccupations analogues concernant la transparence, l'influence politique et les critères d'éligibilité ont également été soulevées en lien avec la nomination du directeur général ; de tels problèmes pourraient nuire au bon fonctionnement et à l'indépendance de la CAK. En outre, l'absence de calendrier pour le processus de nomination peut se traduire par des périodes prolongées de direction par intérim et nuire considérablement au fonctionnement de l'Autorité.

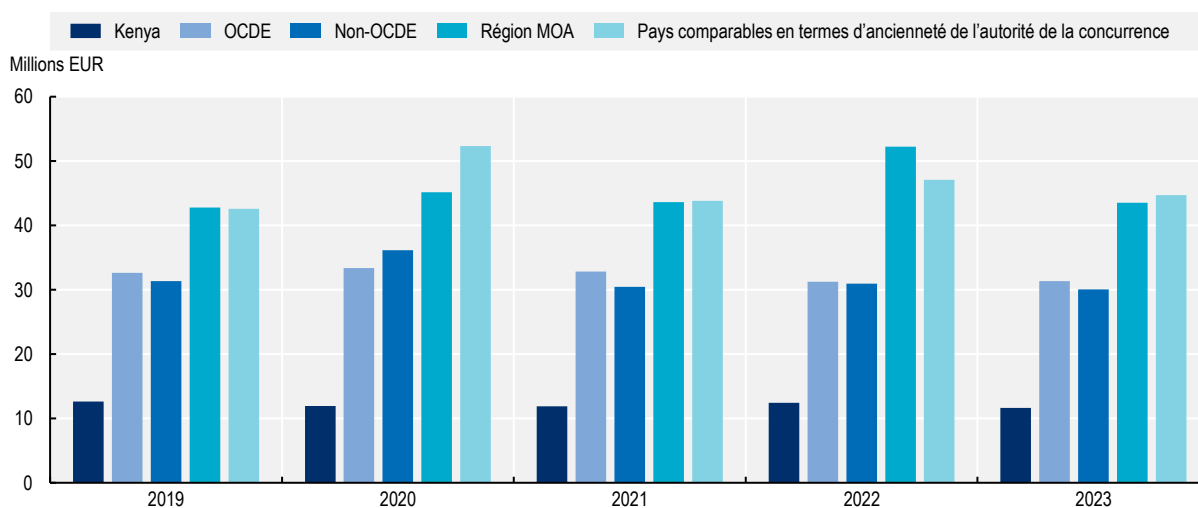
En outre, l'absence de règles claires garantissant que le directeur général ne peut être révoqué que pour des motifs spécifiques clairement définis risque également compromettre l'indépendance de son mandat. En effet, la possibilité de révocations arbitraires peut saper la capacité des hauts fonctionnaires d'agir de manière indépendante.

2.2.3. Ressources

Budget

Malgré son augmentation progressive au cours des dernières années, le budget de la CAK reste très faible au regard des normes internationales et régionales. Le Graphique 2.3 ci-dessous met en regard les budgets moyens dédiés à la concurrence au Kenya et dans certains groupes de juridictions ayant communiqué des données destinées à la base CompStats de l'OCDE²⁶, à savoir (i) les juridictions de l'OCDE, (ii) les juridictions non membres de l'OCDE, (iii) les juridictions de la région Moyen-Orient et Afrique, et (iv) les juridictions ayant une autorité de la concurrence d'une ancienneté comparable (10 à 20 ans). Le budget de la CAK est nettement inférieur à celui de tous les autres groupes considérés.

Graphique 2.3. Budget (en EUR de 2015) pour 1 million de PIB, 2019-2023



Note : Le PIB est exprimé en PPA (parité de pouvoir d'achat). Comme les juridictions qui communiquent des données destinées à la base CompStats de l'OCDE appartiennent à différentes catégories de revenu, selon la classification du Groupe de la Banque mondiale, il n'apparaît pas utile de comparer le Kenya aux juridictions comparables en termes de PIB ou de population. La base de données CompStats ne contient pas assez de données provenant de juridictions dont le PIB par habitant est suffisamment comparable pour que cette comparaison soit utile. Par conséquent, on a jugé qu'il était plus pertinent de comparer le Kenya avec des juridictions ayant disposé de délais comparables pour créer leur autorité de la concurrence, compte tenu de l'insuffisance des données. Le groupe de juridictions comparables ayant une autorité de la concurrence active depuis 10 à 20 ans, est composé du COMESA, de l'Équateur, d'El Salvador, de l'Espagne, de Hong Kong (Chine), de Maurice, du Panama, du Paraguay et de la République dominicaine.

Source : Base de données CompStats de l'OCDE, Banque mondiale et CAK.

Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les parties prenantes ont fait part de leurs préoccupations concernant le faible niveau du budget de la CAK, qui pourrait limiter l'efficacité de cette dernière. Certaines se demandent en outre si l'allocation actuelle des ressources est la plus efficace, donnant à penser que des améliorations pourraient être apportées, notamment en accordant un degré de priorité plus élevé aux activités fondamentales d'application de la loi plutôt qu'à la formation ou à certaines dépenses administratives.

Des préoccupations ont également été exprimées concernant le manque de prévisibilité du budget de la CAK, qui entrave la planification à plus long terme de ses activités. Premièrement, le budget est approuvé annuellement, et des coupes imprévues restent possibles, même si, ces dernières années, la CAK est parvenue à s'assurer d'une augmentation progressive de ses ressources budgétaires, ainsi qu'il est indiqué plus haut. Deuxièmement, la part du budget financée par les amendes et les frais de notification des fusions est difficile à prévoir et reste incertaine dans la pratique. Les écarts par rapport aux prévisions, qui ne sont perceptibles qu'en cours d'exercice, peuvent avoir une incidence significative sur le fonctionnement de la CAK.

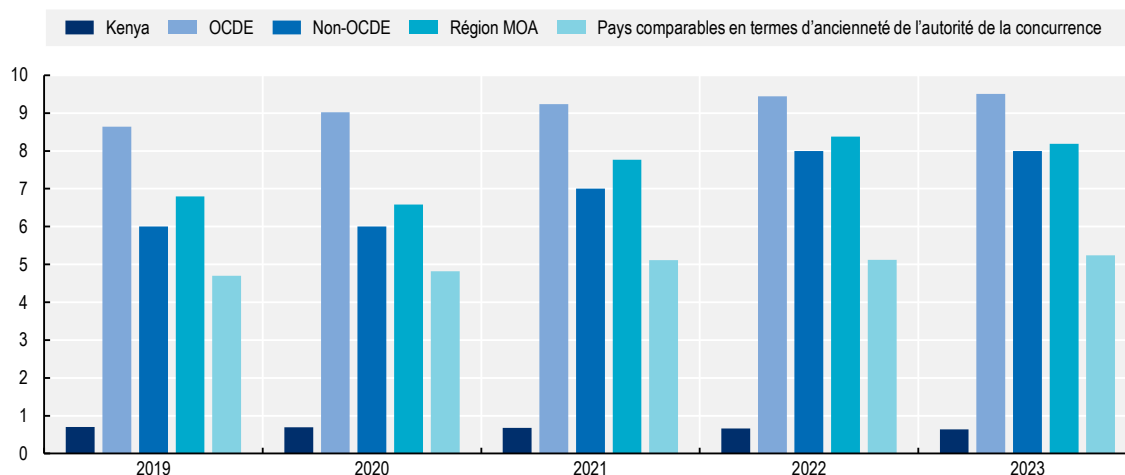
Les parties prenantes interrogées par l'OCDE ont souligné que la tendance générale consiste à favoriser l'autofinancement des organismes indépendants, en réduisant progressivement la dépendance de ces derniers à l'égard des ressources de l'État. Un précédent rapport de l'OCDE (OCDE, 2016^[5]) soulignait que l'autofinancement pouvait saper la légitimité d'une autorité de la concurrence, car la dépendance à l'égard des amendes peut inciter de manière perverse une autorité à imposer indûment davantage d'amendes ou à se concentrer uniquement sur des affaires offrant de meilleures perspectives d'amendes élevées, et le recours aux frais de notification des fusions peut entraîner des déficits en période de résultats économiques plus médiocres.

Toutefois, comme on l'a vu dans les chapitres 3 et 4 du présent rapport, le nombre de décisions de la CAK et le montant des amendes sont faibles, ce qui donne à penser que l'autorité de la concurrence doit se concentrer davantage sur les activités répressives et augmenter le montant des amendes. Compte tenu de ces préoccupations divergentes, il est préférable que la CAK maintienne un niveau de financement constant de la part de l'État pendant qu'elle s'emploie à améliorer ses pratiques d'application du droit de la concurrence.

Ressources humaines

Le nombre d'agents de la CAK affectés à des dossiers de concurrence est très faible par rapport aux effectifs observés dans d'autres juridictions comparables. Le Graphique 2.4 ci-dessous met en regard les effectifs affectés aux dossiers de concurrence par million d'habitants au Kenya et dans (i) les juridictions de l'OCDE, (ii) les juridictions non membres de l'OCDE, (iii) les juridictions de la région Moyen-Orient et Afrique, et (iv) les juridictions ayant une autorité de la concurrence d'une ancienneté comparable (10 à 20 ans).

Graphique 2.4. Effectifs affectés aux dossiers de concurrence pour 1 million d'habitants



Note : Les groupes de pays comparables en termes d'ancienneté de l'autorité de la concurrence désignent le même groupe que dans le Graphique 2.3.

Source : Base de données CompStats de l'OCDE et CAK.

Bien que le budget de la CAK ait progressivement augmenté ces dernières années, les effectifs sont restés stables, ce qui renforce l'opinion selon laquelle les ressources supplémentaires n'ont pas été allouées de manière efficace et donne à penser qu'il existe une marge d'amélioration à cet égard, ainsi qu'il est indiqué plus haut.

Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, le personnel de la CAK a déclaré être généralement satisfait de ses conditions de travail, y compris de ses conditions matérielles, et a souligné la bonne réputation dont jouit l'Autorité. Cette perception positive a également été confirmée par une enquête en ligne anonyme menée par l'OCDE auprès du personnel de la CAK²⁷. La principale préoccupation soulevée concerne les perspectives de carrière et les possibilités de promotion en interne. De fait, de nombreux agents se sentent bloqués à certaines étapes de leur carrière, car les possibilités de promotion sont limitées. La CAK a entrepris de revoir sa réglementation en matière de gestion des ressources humaines dans le but de remédier à ce problème.

Les parties prenantes du secteur privé interrogées par l'OCDE ont fait part de leurs préoccupations concernant la rotation des effectifs, en particulier au niveau des hauts responsables. Elles ont fait remarquer que plusieurs membres du personnel hautement qualifiés avaient quitté la CAK au cours des dernières années et n'avaient pas nécessairement été remplacés par des professionnels dotés d'une expertise équivalente. Selon ces parties prenantes, cette situation a eu une incidence négative sur les activités de la CAK, en particulier en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence.

Références

- CAK (2024), *Strategic Plan (2023-2027) - Promoting and Sustaining Enforcement for Enhanced Consumer Welfare*, <https://cak.go.ke/sites/default/files/downloads/2025-06/COMPETITION-AUTHORITY-STRATEGIC-PLAN-2023-2027.pdf>. [1]
- OCDE (2024), *Tendances de l'OCDE sur la concurrence*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/e69018f9-en>. [6]
- OCDE (2023), "The Optimal Design, Organisation and Powers of Competition Authorities", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 304, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/dea26a24-en>. [4]
- OCDE (2021), "Economic Analysis and Evidence in Abuse Cases", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 269, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/63e6d5f0-en>. [3]
- OCDE (2021), "Economic Analysis in Merger Investigations", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 261, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/f9cc5dc4-en>. [2]
- OCDE (2016), "Independence of Competition Authorities - From Design to Practice", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 195, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/ea9749e1-en>. [5]

Notes

¹ Loi sur la concurrence, article 7.

² Loi sur la concurrence, article 81.

³ Loi sur la concurrence, article 83.

⁴ Loi sur la concurrence, article 83, paragraphe 2. Les rapports annuels antérieurs sont disponibles à l'adresse suivante : <https://cak.go.ke/planning/annual-reports>

⁵ Loi sur la concurrence, article 12, paragraphe 3.

⁶ Loi sur la concurrence, articles 12 et 19.

⁷ Le directeur général est en outre membre d'office du conseil d'administration.

⁸ Loi sur la concurrence, Annexe, dispositions relatives à l'Autorité, article 1.

⁹ Loi sur la concurrence, article 10, paragraphe 1.

¹⁰ Loi sur la concurrence, article 10, paragraphe 1, alinéa f, et paragraphe 2.

¹¹ Loi sur la concurrence, Annexe, dispositions relatives à l'Autorité, article 2, paragraphe 1.

¹² Loi sur la concurrence, Annexe, dispositions relatives à l'Autorité, article 2, paragraphe 2.

¹³ Loi sur la concurrence, Annexe, dispositions relatives à l'Autorité, article 3, paragraphe 1. En l'occurrence, le conseil d'administration a tenu 15 réunions au cours de l'exercice 2023/24. Voir CAK (2024), *Strategic Plan (2023-2027) - Promoting and Sustaining Enforcement for Enhanced Consumer Welfare*.

¹⁴ CAK (2024), *Annual Report & Financial Statements – FY 2023/24* ; CAK (2023), *Annual Report & Financial Statements – FY 2022/23*, <https://cak.go.ke/planning/annual-reports>.

¹⁵ Loi sur la concurrence, Annexe, dispositions relatives à l'Autorité, article 3, paragraphes 4, 5 et 6.

¹⁶ Loi sur la concurrence, article 12, paragraphes 1 et 2.

¹⁷ Loi sur la concurrence, Annexe, dispositions relatives à l'Autorité, article 2, paragraphe 1.

¹⁸ Loi sur la concurrence, article 13, paragraphe 3, et article 19.

¹⁹ Loi sur l'emploi, 2007, article 41 et suivants.

²⁰ Loi sur la concurrence, article 13, paragraphe 4, et article 85, paragraphe 1 ; Loi sur la concurrence, Annexe, dispositions relatives à l'Autorité, article 4 ; et Loi sur l'éthique dans la fonction publique, rév. 2016, article 12.

²¹ Loi sur la concurrence, article 78.

²² Loi sur la concurrence, article 80.

²³ Loi sur la concurrence, article 80, paragraphe 4.

²⁴ Loi sur la concurrence, article 13, paragraphe 3.

²⁵ Loi sur la concurrence, Annexe, dispositions relatives à l'Autorité, article 2, paragraphe 1, alinéa b, point iii.

²⁶ La base de données CompStats de l'OCDE réunit des statistiques générales liées à 69 juridictions membres et non membres de l'OCDE. Les informations de la base de données CompStats sont présentées de manière synthétique dans les *Tendances de l'OCDE sur la concurrence* (OCDE, 2024^[6]).

²⁷ Pour compléter les informations recueillies dans le cadre du questionnaire d'examen par les pairs et des entretiens menés au cours de la mission d'enquête, l'OCDE a mené une enquête en ligne auprès du personnel de la CAK entre mars et avril 2025. Celle-ci visait à recueillir des informations sur les conditions de travail, notamment les évolutions professionnelles, la formation, la spécialisation des équipes, les échanges avec d'autres organismes publics et la perception du travail de la CAK par le public. Le questionnaire comportait huit questions destinées à évaluer le niveau de satisfaction sur une échelle de 1 à 5. Au total, 80 membres du personnel de la CAK y ont répondu.

3 Procédures d'application du droit de la concurrence

Le présent chapitre porte sur les pouvoirs et procédures d'application du droit de la concurrence au Kenya. Il s'agit notamment des pouvoirs dont dispose l'autorité de la concurrence pour classer les affaires par ordre de priorité et les ouvrir, mener des enquêtes, prendre des décisions d'application et imposer des sanctions.

3.1. Législation et pratique

3.1.1. Classement des affaires selon leur priorité

Tous les cinq ans, la CAK élabore un plan stratégique qui définit ses orientations et priorités. Il est préparé en consultation avec des parties prenantes externes, notamment des milieux d'affaires, des juristes et d'autres institutions publiques. Une fois approuvé par le Conseil d'administration, ce plan stratégique est publié sur la page web de la CAK. Le plan stratégique actuel, lancé en décembre 2024, guidera la CAK dans l'accomplissement de son mandat jusqu'en juin 2028 (CAK, 2024^[1]).

Il définit quatre objectifs stratégiques qui sous-tendent la mission de la CAK : (i) application renforcée et soutenue du droit de la concurrence et de la protection des consommateurs ; (ii) décisions fondées sur des données probantes et promotion de la politique de concurrence ; (iii) information et mobilisation des citoyens sur le droit de la concurrence et le bien-être des consommateurs ; et (iv) renforcement des capacités institutionnelles et de la durabilité. Pour chaque objectif stratégique, le plan stratégique identifie les principaux domaines de résultats, les résultats attendus, les indicateurs de résultats et les cibles annuelles. La CAK assure un suivi régulier de la mise en œuvre du Plan stratégique afin de suivre les progrès accomplis, d'évaluer la réalisation de ses objectifs, d'évaluer les résultats du programme et de s'assurer que l'effet souhaité est obtenu.

Lors de l'élaboration du Plan stratégique, la CAK prend en compte les priorités du gouvernement actuel, en identifiant les domaines et les secteurs dans lesquels elle peut contribuer le plus efficacement à l'exécution de son mandat. Le Plan stratégique actuel met l'accent sur cinq domaines prioritaires : la transformation de l'agriculture ; les micro, petites et moyennes entreprises (MPME) ; le logement et l'installation ; la santé ; les autoroutes numériques et le secteur créatif. Ces priorités guident les mesures prises d'office par la CAK. Néanmoins, l'autorité est tenue d'enquêter sur toutes les plaintes qu'elle reçoit, au moins à un niveau préliminaire, et ne peut les rejeter en se fondant uniquement sur les priorités stratégiques.

3.1.2. Ouverture des enquêtes

La CAK peut ouvrir des enquêtes sur des pratiques anticoncurrentielles de sa propre initiative, ou à la suite de plaintes ou de demandes de clémence¹.

Détection proactive

La Loi sur la concurrence indique explicitement que la CAK peut ouvrir une enquête de sa propre initiative², notamment à la suite d'un filtrage des ententes, d'une surveillance sectorielle (par exemple dans la presse et sur Internet) ou d'une étude de marché. La CAK indique chercher actuellement à renforcer ses enquêtes d'office et l'utilisation de méthodes de détection proactives. Elle a par exemple récemment mis en place un laboratoire équipé de logiciels spécialisés et d'outils numériques, qui peuvent être utilisés pour détecter de manière proactive les comportements anticoncurrentiels (Capital Business, 2025^[2]).

Plaintes

La Loi sur la concurrence prévoit que toute personne, tout organisme public ou tout ministère peut déposer une plainte auprès de la CAK³. Les plaintes peuvent être déposées en soumettant des informations écrites ou en remplissant un formulaire élaboré par la CAK⁴. Les plaintes anonymes sont acceptées.

Lorsque les plaintes sont déposées à l'aide du formulaire officiel de la CAK, elles doivent comporter les éléments suivants : (i) le nom et les coordonnées du plaignant (sauf si la plainte est anonyme) ; (ii) le nom des auteurs présumés de l'infraction et le secteur dans lequel ils exercent leurs activités ; (iii) les faits et toute preuve étayant l'infraction présumée ; (iv) une indication précisant si le comportement a cessé et,

lorsqu'il n'a pas cessé, si le plaignant demande que des mesures provisoires soient appliquées ; et (v) le nom d'autres organisations et organismes publics qui ont également été contactés au sujet de l'infraction présumée⁵.

À réception, les plaintes sont confiées aux enquêteurs, qui doivent procéder à une évaluation préliminaire pour vérifier si la CAK est compétente et s'il existe des indices raisonnables d'infraction⁶. Dans un délai de 14 jours à compter de la réception de la plainte⁷, les enquêteurs doivent soumettre au directeur général un rapport proposant l'ouverture d'une enquête officielle, rejetant la plainte, renvoyant l'affaire à l'autorité compétente (si la CAK n'est pas compétente), demandant des éclaircissements ou des documents supplémentaires au plaignant, ou demandant des informations à des tiers. Si le directeur général décide de ne pas ouvrir d'enquête officielle, le plaignant doit être informé par écrit des motifs de cette décision⁸.

Programme de clémence relatif aux ententes

En 2014, la loi sur la concurrence a été modifiée pour inclure l'article 89A, qui dispose que la CAK peut mettre en œuvre un programme de clémence, en n'en donnant les éléments que de manière très générale. En particulier, cette disposition indique qu'un programme de clémence est celui par lequel une entreprise divulgue spontanément l'existence d'un accord ou d'une pratique interdits par la loi sur la concurrence et (ii) coopère avec la CAK dans le cadre de l'enquête, cette entreprise étant en contrepartie (iii) exemptée en tout ou partie d'une amende qui pourrait sinon lui être infligée en vertu de la loi sur la concurrence. L'article 89A, paragraphe 2, de la loi sur la concurrence dispose également que la CAK doit donner de plus amples informations sur les programmes de clémence dans des lignes directrices.

En 2017, la CAK a publié les « Lignes directrices relatives aux programmes de clémence » (ci-après les « Lignes directrices relatives à la clémence »), qui contiennent les règles détaillées de ces programmes (CAK, 2017^[3]). Les Lignes directrices relatives à la clémence précisent que le programme de clémence vise à encourager les auteurs d'infractions à fournir à la CAK des preuves d'accords horizontaux et à coopérer de manière proactive au succès de l'action contre les ententes en contrepartie d'une immunité partielle ou totale.

Les demandes doivent être soumises par une entreprise, mais ses dirigeants et salariés peuvent en bénéficier, pour autant qu'ils respectent l'obligation de coopérer avec la CAK⁹. Les entreprises qui ont contraint ou incité d'autres entreprises à mettre en œuvre l'entente ne peuvent bénéficier de la clémence.

Les Lignes directrices relatives à la clémence prévoient quatre types de demandes de clémence¹⁰ :

- la première entreprise à faire une demande bénéficie d'une réduction de 100 % des sanctions (immunité) ;
- la deuxième entreprise à faire une demande peut bénéficier d'une réduction des sanctions pouvant aller jusqu'à 50 % ;
- la troisième entreprise à faire une demande peut bénéficier d'une réduction des sanctions pouvant aller jusqu'à 30 % ;
- les entreprises faisant une demande après cette dernière peuvent bénéficier d'une réduction des sanctions pouvant aller jusqu'à 20 %.

Les demandes doivent être présentées avant que la CAK ne conclue l'enquête et sont acceptées lorsque : (i) la CAK n'a pas connaissance de l'infraction ; (ii) la CAK a connaissance de l'infraction mais ne dispose pas d'informations suffisantes pour ouvrir une enquête ; ou (iii) la CAK a ouvert une enquête mais a besoin d'éléments de preuve supplémentaires pour sanctionner les auteurs de l'infraction, auquel cas le demandeur doit fournir de nouveaux éléments de preuve¹¹.

Pour pouvoir bénéficier d'une immunité ou d'une réduction de la sanction, le demandeur doit ¹² :

- communiquer à la CAK des informations complètes, actualisées et véridiques sur l'infraction ;

- coopérer pleinement et avec diligence avec la CAK ;
- préserver la confidentialité du processus de candidature ;
- mettre immédiatement fin à sa participation à l'entente, sauf instruction contraire de la CAK.

Les Lignes directrices relatives à la clémence prévoient que l'identité du demandeur doit rester confidentielle à tous les stades de l'enquête et même après qu'une décision définitive a été prise¹³. Les Lignes directrices relatives aux programmes de clémence détaillent également la procédure à suivre lors d'une demande de clémence, notamment le contact initial, la demande de marqueur, le dépôt de la demande, le processus d'évaluation des demandes par la CAK et l'octroi de la clémence conditionnelle, ainsi que la décision finale¹⁴. La clémence conditionnelle peut être révoquée en cas de manquement grave à l'obligation de coopération¹⁵. En pareil cas, la CAK peut décider de poursuivre l'enquête sur l'entreprise en question, même s'il est possible que celle-ci reste admissible à une procédure transactionnelle¹⁶.

En vertu des Lignes directrices sur la clémence, une fois la clémence conditionnelle accordée, la CAK doit prendre l'attache du Bureau du directeur des poursuites publiques (ODPP) pour que les aspects pénaux de l'infraction ne fassent pas l'objet de poursuites¹⁷. Il n'existe aucune disposition concernant les effets des demandes de clémence sur la responsabilité civile au titre des dommages.

Programme « lanceur d'alerte »

En 2021, la CAK a mis en place un programme de lanceur d'alerte nommé *Informant Reward Scheme* (dispositif de récompense des informateurs) (CAK, 2021^[4]). Il permet à la CAK d'accorder une rémunération pécuniaire à toute personne qui fournit des informations sur l'existence et le fonctionnement d'ententes.

Selon les « Lignes directrices externes relatives au dispositif de récompense des informateurs » (ci-après les « Lignes directrices relatives aux informateurs »), le programme s'applique aux informateurs qui possèdent des informations privilégiées mais n'ont pas été directement impliqués dans le processus décisionnel de l'entente (et ne peuvent donc pas bénéficier du programme de clémence)¹⁸. Il peut s'agir, par exemple, de salariés qui, sur instruction de leurs supérieurs, ont assisté à une réunion sans avoir de pouvoir de décision (des secrétaires, par exemple)¹⁹.

Les Lignes directrices relatives aux informateurs énoncent les conditions qu'un informateur doit remplir pour être admissible à une rémunération financière. Il s'agit notamment des conditions suivantes : fournir systématiquement des informations véridiques ; fournir des informations indispensables, précieuses, utiles, fiables et pertinentes pour l'enquête ; se conformer aux instructions de l'agent chargé de l'enquête ; et, si nécessaire, témoigner devant un tribunal²⁰. Les Lignes directrices relatives aux informateurs détaillent également les aspects procéduraux du programme, comme le type d'informations qui doivent être soumises²¹.

Une rémunération pécuniaire est accordée à l'issue de l'enquête, une fois que les amendes administratives ont été recouvrées par la CAK, à condition que l'autorité soit convaincue que l'informateur a coopéré et que les informations fournies étaient crédibles, pertinentes et authentiques. Le montant exact est déterminé par la CAK sur la base de la valeur matérielle des informations fournies et doit être inférieur ou égal à 1 % de la sanction administrative et à 1 million KES (environ 6 500 EUR)²².

D'après les Lignes directrices relatives aux informateurs, la CAK doit garantir la confidentialité de l'identité de l'informateur pendant et après l'enquête. Quelques garde-fous sont en place pour protéger la confidentialité, notamment le stockage des informations dans des armoires verrouillées ou des coffres-forts, la limitation de l'accès du personnel à ces informations et l'attribution d'un pseudonyme à toutes les communications²³.

3.1.3. Enquête

Lorsqu'une enquête officielle est ouverte, sur décision du directeur général, le chef du Département de l'application du droit et de la conformité (sous la direction du directeur de la concurrence et de la protection des consommateurs) la confie à une équipe, généralement dirigée par un enquêteur principal, qui travaille avec un enquêteur et, dans certains cas, un enquêteur junior ou un stagiaire. L'équipe d'enquête dispose de divers pouvoirs pour collecter des preuves, comme mener des perquisitions, demander des informations et recueillir des déclarations orales, comme décrit ci-dessous. Au cours de l'enquête, l'équipe informe régulièrement le directeur général, le directeur de la concurrence et de la protection des consommateurs et le chef du Département de l'application du droit et de la conformité. Le Département du secrétaire général et des services juridiques est également consulté tout au long du processus.

Il n'existe pas de délai légal fixe pour la conclusion des enquêtes. Néanmoins, la Charte des services de la CAK stipule que les enquêtes devraient être complètement achevées dans un délai de 180 jours à compter de la réception de toutes les informations demandées et de la coopération des parties concernées²⁴.

À l'issue d'une enquête, s'il est proposé au conseil d'administration de prendre une décision constatant une infraction, chaque partie visée par l'enquête susceptible d'être concernée par cette décision doit recevoir une notification écrite officielle. La notification doit inclure : (i) les motifs de la décision proposée ; (ii) des informations sur toute mesure corrective que la CAK pourrait envisager d'imposer ; et (iii) une mention du fait que la partie peut, dans le délai indiqué dans l'avis, présenter des observations écrites à la CAK et indiquer si elle souhaite présenter des observations orales²⁵. Les parties visées par l'enquête se voient accorder le droit à une procédure régulière, y compris l'accès aux preuves sur lesquelles se fonde la CAK²⁶.

Après avoir examiné les arguments de la défense des parties visées par l'enquête (y compris, le cas échéant, les déclarations orales), un rapport est soumis au directeur général, accompagné d'une proposition de décision, pour examen par le conseil d'administration. Si le directeur général approuve la proposition, celle-ci est transmise au conseil d'administration pour décision.

La Loi sur la concurrence prévoit la protection des informations confidentielles, et fixe les règles de procédure pour garantir la confidentialité lorsque la CAK estime que la divulgation des informations pourrait nuire à la position concurrentielle d'une personne, quelle qu'elle soit, ou est commercialement sensible d'une autre manière. Les parties intéressées peuvent faire appel devant le Tribunal de la concurrence d'une décision de la CAK de refuser une demande de confidentialité²⁷. La divulgation d'informations confidentielles obtenues au cours d'une enquête constitue une infraction pénale, passible d'une amende pouvant atteindre 500 000 KES (environ 3 300 EUR) et/ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans²⁸.

Perquisitions inopinées

Si elle le juge nécessaire à ses enquêtes (qu'elles concernent des accords anticoncurrentiels ou des abus de position dominante), la CAK a le pouvoir de mener des perquisitions inopinées dans tous locaux occupés ou contrôlés par une entreprise ou toute autre personne soupçonnée de détenir des informations et documents pertinents.²⁹ En général, la CAK doit préalablement obtenir qu'un mandat de perquisition lui soit donné par ordonnance judiciaire pour mener des perquisitions³⁰. Toutefois, une ordonnance judiciaire n'est pas nécessaire en cas d'urgence, lorsque le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat risquerait de permettre la falsification, la soustraction, l'altération ou la destruction de preuves. Dans de tels cas, le directeur général doit autoriser la perquisition³¹. Dans ces deux hypothèses, le Code de procédure pénale doit être appliqué³².

Lors des perquisitions, la CAK peut accéder à tout type d'informations nécessaires pour prouver un comportement anticoncurrentiel. Cela inclut les équipements informatiques et toutes les formes de

stockage de données, y compris les appareils et supports privés utilisés à des fins professionnelles qui se trouvent dans les locaux³³. Dans ce contexte, le laboratoire récemment mis en place permet à l'autorité d'extraire et d'analyser des données provenant d'ordinateurs, de téléphones, de serveurs et de systèmes de stockage en nuage utilisés par les entreprises faisant l'objet d'une enquête (Capital Business, 2025^[2]).

Les lignes directrices en matière de perquisition et de saisie contiennent des règles de procédure, y compris les obligations et les droits des parties faisant l'objet d'une perquisition, visant à garantir la régularité de la procédure. La CAK doit tenir un inventaire de tous les éléments saisis lors de la perquisition, qui doit être signé par les parties perquisitionnées ou leurs représentants légaux³⁴.

Le fait de ne pas coopérer avec la CAK lors d'une perquisition ou toute action faisant obstacle à la procédure constitue une infraction pénale passible d'une amende pouvant atteindre 500 000 KES (environ 3 300 EUR) et/ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans³⁵.

Entre 2020 et 2024, la CAK a mené deux perquisitions inopinées dans le cadre d'enquêtes sur des ententes, toutes deux avec autorisation judiciaire préalable. Elle n'a pas sollicité de mandat de perquisition dans les autres affaires.

Demandes d'informations

La Loi sur la concurrence habilite la CAK à demander aux personnes physiques et morales, notamment aux entreprises faisant l'objet d'une enquête, aux tiers (par exemple aux plaignants, concurrents, fournisseurs et prestataires) et aux autorités publiques, de fournir des informations, des documents ou toute autre preuve au cours des enquêtes³⁶. Les demandes d'informations doivent indiquer leur base juridique, leur objet et les conséquences du non-respect de l'obligation d'y répondre³⁷.

Le fait de ne pas fournir les informations demandées, les retards dans la communication de ces informations ou la communication de fausses informations constituent une infraction pénale, passible d'une amende pouvant atteindre 500 000 KES (environ 3 300 EUR) et/ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans³⁸.

Selon les agents de la CAK interrogés lors de la mission d'enquête de l'OCDE, les parties prenantes ne répondent pas toujours aux demandes d'informations, en particulier celles qui ne connaissent pas bien les travaux de la CAK. Néanmoins, la CAK n'a jamais imposé de sanctions à ce titre.

Déclarations orales

La CAK peut demander aux défendeurs et à des tiers de faire des déclarations orales pendant les enquêtes³⁹.

Le fait de ne pas faire de déclarations orales, de les faire avec retard ou de communiquer de fausses informations constitue une infraction pénale passible d'une amende pouvant atteindre 500 000 KES (environ 3 300 EUR) et/ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans⁴⁰.

Comme pour les demandes d'informations, les parties prenantes ne répondent pas toujours aux demandes de déclarations orales. De la même manière, la CAK n'a jamais imposé de sanctions dans ce cas.

3.1.4. Processus décisionnel

Après avoir reçu le rapport préparé par l'équipe d'enquête et approuvé par le directeur général, le conseil d'administration doit prendre une décision, disposant à cet effet des pleins pouvoirs, notamment celui de formuler des conclusions et d'imposer des sanctions⁴¹.

Dans la pratique, avant d'être soumis au conseil d'administration en assemblée plénière, chaque cas est d'abord examiné par le comité technique, qui est composé de quatre membres du conseil d'administration.

Le directeur général présente l'affaire et les recommandations au comité technique. Lorsque le comité technique approuve la ligne de conduite proposée, le Département du secrétaire général et des services juridiques rédige la décision pour soumission au conseil d'administration réuni en assemblée plénière, qui approuve ensuite la décision finale. Tant au niveau du comité technique qu'à celui du conseil d'administration en assemblée plénière, des discussions peuvent avoir lieu et des ajustements peuvent être apportés. Une fois la décision finale prise, le Département du secrétaire général et des services juridiques la communique à la fois en interne et à l'extérieur, en publiant un avis dans le journal officiel (voir ci-dessous)⁴².

Cadres de répression administratif et pénal

Comme indiqué au chapitre 1, toutes les infractions en matière de concurrence prévues par la loi sur la concurrence peuvent être sanctionnées soit administrativement (par des décisions du conseil d'administration de la CAK), soit pénalement (par des décisions de justice à l'issue des poursuites engagées par le Bureau du directeur des poursuites publiques). Les sanctions pénales et administratives sont des substituts plutôt que des compléments, en raison de la protection contre la dualité des poursuites pour la même infraction (principe *non bis in idem*), ce qui signifie que la CAK doit choisir une seule façon de faire respecter le droit dans chaque affaire. Si la CAK décide d'engager des poursuites pénales, une fois que le conseil d'administration a approuvé les conclusions de l'enquête, l'affaire est transmise au Bureau du directeur des poursuites publiques pour qu'il engage une action pénale. En pareil cas, les tribunaux ont le pouvoir de statuer sur l'infraction et d'imposer des sanctions⁴³.

Mesures provisoires

La CAK peut prendre des mesures provisoires avant l'adoption d'une décision définitive. Les critères généraux à respecter pour que des mesures provisoires soient prises sont les suivants : (i) la CAK a des raisons de penser qu'une entreprise s'est livrée, se livre ou a l'intention de se livrer à un comportement anticoncurrentiel ; et (ii) une action urgente est nécessaire pour prévenir un préjudice grave et irréparable ou pour protéger l'intérêt public⁴⁴. Les mesures provisoires peuvent être levées lorsque la partie faisant l'objet de l'enquête démontre qu'il existe des motifs pour le faire ou que l'affaire est conclue⁴⁵.

Ni la loi sur la concurrence ni la réglementation interne de la CAK ne précisent qui peut demander des mesures provisoires (la CAK d'office, les plaignants, ou des tiers, par exemple), ni quand ces mesures peuvent être demandées (à quel stade de l'enquête), ni même qui, au sein de la CAK, a le pouvoir de les prendre (le directeur général ou le conseil d'administration, par exemple). Dans la pratique, le directeur général prend les mesures provisoires au nom du conseil.

Les décisions imposant des mesures provisoires peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal de la concurrence, puis devant la Haute Cour⁴⁶.

Au moment de la rédaction du présent rapport, la CAK avait pris des mesures provisoires dans deux affaires de concurrence (l'une concernant des pratiques concertées et l'autre un abus de position dominante). Ces décisions n'avaient pas fait l'objet d'un recours devant le Tribunal de la concurrence, mais les deux affaires étaient toujours en cours.

Transparence des décisions.

En vertu de la loi sur la concurrence, lorsqu'elle prend une décision finale, la CAK doit publier un avis dans le journal officiel, indiquant le nom de toutes les entreprises concernées et la nature du comportement faisant l'objet de l'action ou de l'accord de règlement⁴⁷.

L'exigence de transparence repose sur la constitution du Kenya, qui prévoit un droit général pour les citoyens d'accès aux informations publiques détenues par l'État⁴⁸. Dans le même ordre d'idées, la loi sur

l'accès à l'information de 2016 établit une obligation de divulgation et dispose que la non-divulgation n'est autorisée que dans des circonstances spécifiques, par exemple lorsqu'elle porte atteinte à la sécurité nationale du Kenya ou à la régularité de la procédure, porte un préjudice substantiel aux intérêts commerciaux de quelque personne que ce soit et nuit à la confidentialité professionnelle⁴⁹.

Toutefois, dans la pratique, seuls de brefs résumés des décisions de la CAK sont rendus publics, tant dans le journal officiel que sur le site web de la CAK.

3.1.5. Sanctions

Comme indiqué plus haut, les infractions au droit de la concurrence (accords anticoncurrentiels et abus de position dominante) sont passibles de sanctions pénales ou administratives⁵⁰, comme suit :

- Sanctions pénales (applicables aux entreprises et aux personnes physiques) : peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 5 ans et/ou amende pouvant atteindre 10 000 000 KES (environ 66 000 EUR)⁵¹
- Sanctions administratives (applicables uniquement aux entreprises) : amende pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires annuel brut de l'entreprise au Kenya réalisé l'année précédente et/ou toute mesure corrective non financière appropriée⁵².

En outre, les infractions procédurales sont passibles de sanctions pénales : une peine d'emprisonnement de 3 ans au plus et/ou une amende de 500 000 KES au plus (environ 3 300 EUR)⁵³.

Seules les personnes morales et les personnes physiques qui exercent des activités commerciales peuvent faire l'objet de sanctions administratives au Kenya, ce qui signifie qu'il n'existe pas de sanctions individuelles pour les personnes physiques agissant pour le compte d'entreprises (les administrateurs ou les dirigeants, par exemple).

La CAK a adopté des lignes directrices sur les amendes, qui fournissent une méthodologie pour calculer les amendes administratives (CAK, 2023^[5]), sur la base des orientations énoncées dans les Règles (générales) de concurrence⁵⁴. Les lignes directrices décrivent les étapes suivantes pour déterminer le montant des amendes :

- Premièrement, la CAK doit déterminer le montant de base de l'amende, qui correspond à 10 % du chiffre d'affaires annuel brut réalisé au Kenya par l'entreprise ou l'association d'entreprises au cours de l'année précédente⁵⁵.
- Ensuite, le pourcentage de base peut être augmenté en raison de facteurs aggravants, notamment l'impact de l'infraction, la durée du comportement, la couverture du marché, la récidive et des questions d'intérêt public (par exemple les effets sur un secteur industriel ou une région spécifique, l'emploi, les MPME et la capacité des industries nationales à être concurrentielles sur les marchés internationaux)⁵⁶.
- Par la suite, le montant peut être réduit en tenant compte de circonstances atténuantes, notamment la coopération avec la CAK, le fait qu'il s'agit d'une première infraction, l'intérêt public et les justifications relatives à l'efficacité et aux avantages pour les consommateurs (sauvegarde d'une entreprise défaillante, prévention des pertes d'emplois, renforcement de la compétitivité internationale ou régionale, attraction de l'investissement direct étranger et création d'emplois, par exemple)⁵⁷.
- Après avoir évalué les circonstances aggravantes et atténuantes pertinentes, la CAK fixe le montant final de la sanction, qui ne doit pas dépasser 10 % du chiffre d'affaires annuel brut de l'entreprise ou de l'association d'entreprises de l'année précédente⁵⁸. Cela signifie que le point de départ de l'amende et le point d'arrivée de la sanction maximale sont les mêmes. Dans la pratique, la CAK n'a dans aucune affaire constaté que les circonstances aggravantes étaient plus

nombreuses que les circonstances atténuantes, ce qui l'aurait obligée à réduire le pourcentage à 10 % du chiffre d'affaires.

En outre, dans des cas exceptionnels, la CAK peut autoriser les entreprises à payer les pénalités par tranches, à condition que l'entreprise démontre qu'un versement unique compromettrait irrémédiablement sa viabilité économique et sa capacité à poursuivre ses activités⁵⁹.

Si les entreprises ne s'acquittent pas des amendes infligées, la CAK ne peut pas saisir directement les tribunaux d'une demande d'exécution forcée pour obtenir le paiement des pénalités. Dans ce cas, elle doit saisir le Bureau du directeur des poursuites publiques pour action.

La CAK peut également imposer des mesures correctives non financières, y compris des injonctions enjoignant aux entreprises de prendre des mesures spécifiques ou toute autre mesure corrective appropriée⁶⁰.

Malgré les dispositions prévoyant des sanctions pénales pour des violations de fond et de procédure de la loi sur la concurrence, des poursuites pénales n'ont jamais été engagées à ce titre. La CAK a recensé un certain nombre de facteurs qui ont motivé sa décision de ne pas engager de poursuites pénales pour faire appliquer la loi sur la concurrence :

- La CAK hésite toujours à faire prononcer de lourdes sanctions pécuniaires, et a fortiori des peines d'emprisonnement, estimant que la conscience des problématiques relatives à la concurrence au Kenya reste faible et que l'éducation et la sensibilisation restent efficaces.
- Le Bureau du directeur des poursuites publiques, l'organe chargé de la répression pénale en vertu de la loi sur la concurrence, ne dispose pas des ressources nécessaires pour traiter ces affaires et ne donne pas la priorité à l'application des lois lorsque des sanctions administratives peuvent également être appliquées. Toutefois, la CAK n'a pas confirmé avoir reçu explicitement de telles directives du ministère public.
- Le fait que les tribunaux et les jurys au Kenya ne connaissent pas bien le droit de la concurrence en général et qu'ils ne disposent pas des compétences nécessaires pour statuer sur les affaires.

Règlements

La loi sur la concurrence permet à la CAK de régler toute affaire à n'importe quel stade, que ce soit pendant ou après une enquête sur un comportement anticoncurrentiel. Les règlements transactionnels peuvent prévoir une sanction pécuniaire réduite, qui est déterminée en tenant compte des mêmes éléments que ceux retenus lors du calcul des amendes, comme décrit ci-dessus⁶¹. Les règlements transactionnels peuvent également prévoir des mesures correctives pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés. Les parties ne sont pas nécessairement tenues d'admettre une infraction pour qu'une affaire fasse l'objet d'un règlement transactionnel.

Conformément à la Constitution du Kenya, la CAK doit faciliter les règlements afin de résoudre les problèmes rapidement⁶².

Si un accord de règlement transactionnel est conclu avant que le conseil d'administration de la CAK ne prenne une décision définitive, il appartient au conseil de l'approuver, sur proposition du directeur général. Si l'affaire est déjà devant les tribunaux – soit le Tribunal de la concurrence, soit la Haute Cour – le règlement (appelé « ordonnance d'expédient ») continue d'être négocié avec la CAK, sans l'intervention directe du tribunal. En pareil cas, une fois que les deux parties se sont entendues sur les termes du règlement (avec l'approbation du conseil d'administration), le tribunal doit en être informé et ratifier le règlement.

Les Règles (générales) de concurrence et les Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements décrivent la procédure à suivre lors de la négociation de règlements

transactionnels⁶³. En particulier, si les négociations de règlement échouent, la CAK ne doit pas utiliser les informations fournies par les parties au cours des négociations⁶⁴. Dans ce cas, la CAK reprendra l'enquête ou les tribunaux poursuivront la procédure de recours (si l'affaire a déjà été portée devant eux).

3.2. Analyse

3.2.1. Classement des affaires selon leur priorité

La CAK n'a pas le pouvoir de rejeter des plaintes au motif qu'elles ne sont pas prioritaires. Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les membres de la CAK ont déclaré ne pas être actuellement submergés. Néanmoins, le dépôt d'un nombre important de plaintes peut entraîner une lourde charge de travail et absorber du temps et des ressources qui ne pourront dès lors être consacrés par la CAK aux violations les plus graves du droit de la concurrence.

Dans de nombreuses juridictions, les autorités de la concurrence peuvent décider, en fonction de priorités préétablies, d'enquêter, ou non, sur telle ou telle affaire. Le pouvoir discrétionnaire dont elles jouissent pour définir leurs priorités est plus ou moins étendu selon les juridictions, et les critères utilisés sont variables ; ils peuvent tenir à la nature de l'affaire, à sa portée géographique, à la pertinence des éléments de preuve, à l'importance du secteur concerné ou encore à la taille du marché. Les autorités de la concurrence associent souvent des tierces parties (groupes d'entreprises, consommateurs, autres organismes publics) à la définition des priorités avant de les rendre publiques (OCDE, 2015^[6]).

3.2.2. Ouverture d'une affaire

Dans la plupart des cas, la décision de la CAK d'ouvrir une affaire fait suite à une plainte. Sur les 69 enquêtes ouvertes entre 2020 et 2023 sur des accords horizontaux, par exemple, 37 l'ont été à la suite d'une plainte, et 56 des 80 enquêtes ouvertes pour abus de position dominante ont également fait suite à une plainte.

L'utilisation, par la CAK, d'outils de détection proactifs est encore très récente au Kenya. Il semble que cette situation s'explique, au moins en partie, par le caractère limité des ressources, tant matérielles (dispositifs technologiques, notamment) qu'humaines, à sa disposition. La CAK ne possède pas, par exemple, d'outil de suivi des offres soumises dans le cadre de procédures de passation de marchés publics, qui l'aiderait à repérer d'éventuelles soumissions concertées.

La Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [\[OECD/LEGAL/0452\]](#) reconnaît l'importance des enquêtes d'office, en indiquant que les juridictions devraient recourir à « des outils proactifs de détection des ententes, tels que l'analyse des données relatives aux marchés publics, pour déclencher et faciliter les enquêtes sur les ententes ». De fait, compte tenu de l'élargissement de l'accès à des volumes importants de données numériques sur les prix et les quantités, ainsi que de l'émergence de nouvelles technologies permettant d'extraire et d'analyser des données de manière de plus en plus automatisée, les autorités de la concurrence se montrent de plus en plus enclines à utiliser des filtres pour détecter les ententes à l'échelle mondiale (OCDE, 2022^[7]).

En ce qui concerne le programme de clémence, le cadre juridique en place au Kenya est conforme aux pratiques internationales, en particulier à la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [\[OECD/LEGAL/0452\]](#).

La CAK n'a cependant reçu aucune demande de clémence à ce jour. Pour qu'un programme de clémence fonctionne de façon efficace, les autorités de la concurrence doivent veiller à ce que le risque que les infractions soient détectées et que des sanctions lourdes soient appliquées soit suffisamment élevé. En effet, ces programmes produisent généralement les effets attendus lorsque l'autorité de la concurrence

concernée a acquis une solide expérience de l'application du droit de la concurrence, et lorsque les membres d'une entente perçoivent un risque réel que celle-ci soit détectée, même en l'absence de demande de clémence. En outre, l'efficacité des programmes de clémence est également conditionnée par la sévérité des sanctions infligées aux membres de l'entente qui ne remplissent pas les conditions pour en bénéficier (OCDE, 2023^[8]). Dans ce contexte, le nombre limité d'affaires ayant donné lieu à une action répressive et la légèreté des sanctions prononcées peuvent expliquer pourquoi le programme de clémence du Kenya n'a pas encore été fructueux.

De plus, bien qu'il soit mentionné, dans les Lignes directrices relatives au programme de clémence, que l'auteur d'une infraction qui demande à en bénéficier ne fera pas l'objet de poursuites pénales, il faudrait pour cela que la CAK demande pour lui une immunité pénale auprès de l'ODPP. Sachant que le programme de clémence n'est guère utilisé et que l'application du droit de la concurrence ne donne pas lieu à des actions pénales, il n'est pas certain que cela arrive dans les faits. Les membres de la CAK ont précisé que le dépôt d'une demande de clémence ne garantit pas l'immunité face à des sanctions pénales. L'absence d'une véritable coopération entre la CAK et l'ODPP peut également contribuer à l'insécurité juridique. Cette ambiguïté pourrait aussi être une des raisons de l'inefficacité du programme de clémence au Kenya, même si, dans la pratique, aucune infraction au droit de la concurrence n'a jusqu'ici donné lieu à des poursuites pénales. Parmi les autres raisons invoquées par les personnes que l'OCDE a rencontrées, figurent la méconnaissance du programme de clémence dans le monde de l'entreprise et la crainte de représailles de la part d'autres membres de l'entente.

Si la Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [\[OECD/LEGAL/0452\]](#) appelle les adhérents à exclure du champ des programmes de clémence une entreprise qui a contraint d'autres entreprises à participer à une entente, elle ne préconise pas l'exclusion d'une entreprise les ayant seulement incitées à participer à une entente, comme le fait le programme de clémence kényan en l'état actuel. Comme mentionné précédemment dans (OCDE, 2016^[9]), empêcher les instigateurs d'une entente de demander à bénéficier d'un programme de clémence peut être contreproductif :

(i) Cela décourage les entreprises parties à des ententes qui existent depuis des années et dont les membres ont joué tour à tour le rôle d'instigateur, et des entreprises qui étaient initialement en position d'instigateur, mais ont désormais à leur tête de nouveaux dirigeants ayant mis fin à leur participation à une entente et désireux de déposer une demande auprès de l'autorité de la concurrence.

(ii) Cela réduit l'incertitude autour de la question de savoir laquelle des entreprises parties à une entente pourrait demander à bénéficier du programme de clémence.

(iii) Cela rend difficile l'administration, par l'autorité de la concurrence, parce que, mais ce n'est pas la seule raison, cela crée des différends entre les entreprises demandant à bénéficier d'un programme de clémence dont chacune cherche à remonter dans la liste en arguant qu'une entreprise la précédant n'est pas un instigateur éligible au programme.

Enfin, il est indiqué dans les Lignes directrices relatives au programme de clémence que seul un manquement grave à l'obligation de coopérer peut justifier le refus d'accorder le bénéfice d'un tel programme. Elles ne précisent toutefois pas ce qui constitue un manquement grave, ni si cette notion recouvre également les autres conditions qui doivent être satisfaites pour pouvoir prétendre au bénéfice du programme, telles que la fourniture d'informations complètes, actualisées et véridiques, le respect de la confidentialité des données contenues dans la demande et la fin de la participation au comportement illicite. Ce manque de clarté peut être source d'insécurité juridique et pourrait décourager le dépôt de d'éventuelles demandes. En revanche, étant donné qu'une transaction amiable est toujours possible en cas de rejet d'une demande, la crédibilité du programme de clémence peut s'en trouver amoindrie, ce qui risque d'inciter les auteurs d'infractions à utiliser abusivement cet outil à leur avantage.

En ce qui concerne le programme sur les lanceurs d'alerte, il est également conforme à la Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [[OECD/LEGAL/0452](#)], dans laquelle il est recommandé de « faciliter la communication d'informations sur les ententes par les lanceurs d'alerte qui ne sont pas candidats à la clémence, en prévoyant des protections appropriées de l'anonymat des informateurs ».

La CAK n'a jamais reçu de signalement de la part de lanceurs d'alerte. Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les personnes interrogées ont invoqué plusieurs raisons pouvant expliquer cet état de fait. Premièrement, le programme est peu connu. Deuxièmement, des inquiétudes ont été exprimées quant à la capacité de garantir effectivement la confidentialité des informations relatives à l'identité de l'informateur ; ces inquiétudes sont un facteur qui pourrait dissuader certaines personnes de s'exprimer, par crainte de perdre leur emploi ou de porter atteinte à leur réputation professionnelle. Troisièmement, bien que le dispositif prévoie des incitations financières, les récompenses sont perçues comme trop faibles par rapport à la charge supportée et aux risques encourus (licenciement, mise à l'index, changement de poste ou rétrogradation), en particulier compte tenu des inquiétudes relatives au respect de la confidentialité.

Dans ce contexte, des mesures supplémentaires pourraient être envisagées pour renforcer la confidentialité, notamment l'adoption d'outils numériques, tels que des plateformes sécurisées permettant des signalements chiffrés, à l'instar de celles mises en place dans d'autres juridictions (OCDE, 2023^[8]). En outre, si les récompenses financières se sont révélées productives pour encourager les lanceurs d'alerte dans certains pays, il en a généralement été ainsi quand elles étaient suffisamment élevées (OCDE, 2023^[8]). Le plafond actuellement en vigueur au Kenya (environ 6 500 EUR) semble relativement bas. Au Pérou par exemple, le programme de récompense prévoit un versement plafonné à environ 100 000 EUR (Indecopi, 2019^[10]).

3.2.3. Enquête

Au Kenya, les fonctions d'enquête et de prise de décision sont formellement séparées au sein de l'autorité de la concurrence. Concrètement néanmoins, le Département du secrétaire général et des services juridiques – qui conseille le conseil d'administration et rédige ses décisions – est très impliqué dans le processus d'enquête. Le conseil d'administration suit donc généralement les propositions du directeur général, comme on le verra plus loin.

Bien qu'il n'existe pas de délai légal, la CAK a fixé à 180 jours, dans sa Charte de service, le délai accordé pour mener à bien une enquête. Selon ses propres dires, les enquêtes durent toutefois entre 6 et 12 mois en général, selon la complexité de l'affaire et le nombre d'éléments de preuve et d'informations à recueillir. L'équipe de l'OCDE s'est également aperçue que certaines enquêtes peuvent durer jusqu'à deux ans, ce qui laisse penser que la Charte de service de la CAK n'est pas toujours respectée.

En ce qui concerne la notification aux parties visées par une enquête des faits qui leur sont reprochés et de leur droit de se défendre, la législation est conforme aux normes internationales, en particulier à la Recommandation de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [[OECD/LEGAL/0465](#)]⁶⁵.

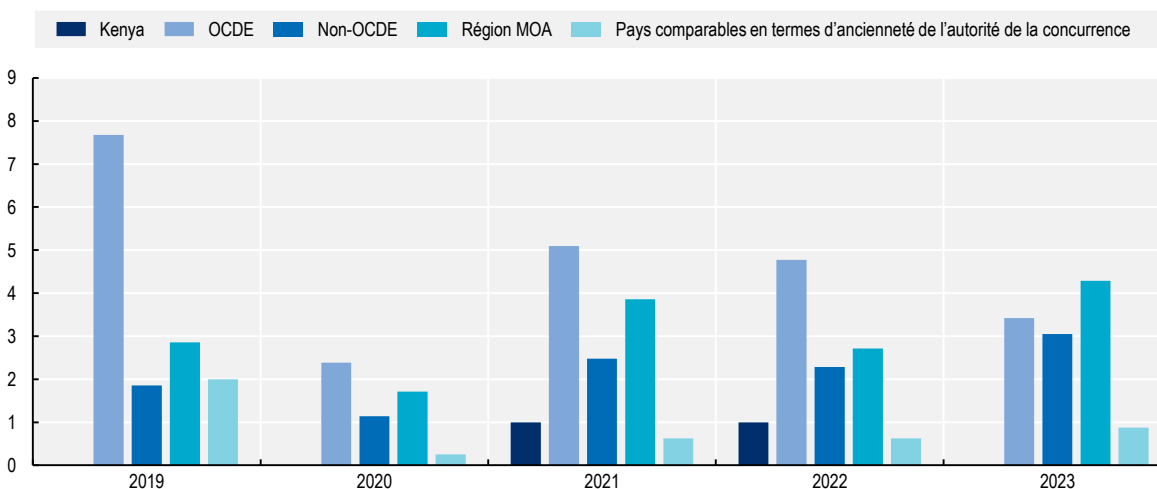
Néanmoins, les personnes interrogées par l'OCDE ont fait part de leur crainte que la CAK ne partage pas systématiquement tous les documents pertinents et ne donne pas systématiquement accès au dossier, et qu'elle porte ainsi atteinte à la capacité des parties faisant l'objet d'une enquête d'exercer pleinement les droits de la défense. Selon elles, dans certaines affaires anciennes, la liste des documents communiqués aux parties était limitée, ce qui pourrait laisser penser qu'elles n'ont donc pas eu accès à une partie des éléments de preuve. Certaines d'entre elles ont toutefois fait observer que l'explication pouvait aussi être que les conclusions de la CAK n'étaient pas suffisamment étayées, et que ses décisions ne comportaient pas suffisamment de détails sur les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuyait pour les motiver. La

Recommandation de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [OECD/LEGAL/0465] souligne l'importance d'« informer les parties de toutes les allégations portées contre elles et [de] leur donner accès aux preuves pertinentes collectées par, ou soumises à l'autorité de la concurrence ou au tribunal, sous réserve de la protection des informations qui sont confidentielles ou protégées par le secret professionnel ».

Les règles relatives à la protection des informations confidentielles semblent en conformité avec la Recommandation de l'OCDE sur la transparence et l'équité des procédures dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [OECD/LEGAL/0465], selon laquelle les juridictions devraient avoir « des règles, des politiques ou des orientations concernant l'identification et le traitement des informations confidentielles ». La Recommandation appelle également ses adhérents à « protéger les informations confidentielles et couvertes par le secret professionnel (...) en : a) veillant à ce que les autorités de la concurrence protègent convenablement les informations confidentielles en leur possession contre toute divulgation illicite (...) ». Les personnes interrogées au cours de la mission d'enquête de l'OCDE ont cependant exprimé des interrogations quant à la capacité de la CAK de protéger efficacement des informations confidentielles. Elles ont également fait valoir que lorsque celle-ci rejette une demande de respect de la confidentialité, les parties concernées retirent souvent de leur dossier les informations confidentielles qu'elles lui ont communiquées.

Le nombre de perquisitions surprises effectuées par la CAK (dont toutes l'ont été dans le cadre d'enquêtes sur des ententes) est très faible au regard des données comparables disponibles aux niveaux international et régional (voir Graphique 3.1 ci-après).

Graphique 3.1. Nombre moyen d'affaires d'entente qui ont donné lieu à des perquisitions surprises, 2019-2023



Note : Les groupes de pays comparables en termes d'ancienneté de l'autorité de la concurrence désignent le même groupe que dans le Graphique 2.3.

Source : Base de données CompStats de l'OCDE et CAK.

Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les agents de la CAK ont expliqué que des perquisitions surprises sont organisées uniquement lorsqu'elles sont absolument nécessaires car elles représentent une limitation du droit à la protection de la vie privée inscrit dans la Constitution. Ils ont également précisé que dans la plupart des cas, les preuves exigées aux fins de l'enquête peuvent être obtenues par d'autres moyens. En outre, les perquisitions surprises sont très coûteuses, en particulier au regard des ressources matérielles et humaines limitées dont dispose la CAK. Néanmoins, celle-ci compte intensifier à l'avenir le

recours aux perquisitions surprises afin de mettre à profit les moyens du laboratoire de criminalistique dont elle s'est dotée récemment.

Les perquisitions surprises sont considérées dans le monde entier comme fondamentales dans les enquêtes sur les ententes car elles constituent l'un des outils les plus puissants de lutte contre ces pratiques, en particulier lorsque l'effet de surprise est essentiel pour obtenir des preuves et lorsque d'autres méthodes d'enquête peuvent aboutir à la dissimulation, à l'élimination ou à la destruction de preuves (ICN, 2025^[11]). Selon la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452], les autorités de la concurrence devraient avoir le pouvoir de « mener des inspections spontanées (perquisitions surprises) dans les locaux professionnels et privés, et se procurer l'ensemble des documents et des informations nécessaires pour établir l'existence d'une entente ».

Le non-respect des demandes d'informations porte atteinte aux pouvoirs d'enquête de la CAK. Il est donc important de sanctionner de façon appropriée ce type de comportement afin de renforcer à la fois l'effet dissuasif ciblé (sur les auteurs d'infractions) et l'effet dissuasif général (sur le grand public). Dans la loi sur la concurrence, une telle pratique est considérée comme une infraction pénale, ce qui signifie que la CAK doit saisir l'ODPP, détenteur du pouvoir d'engager des poursuites pénales. La CAK ne l'a cependant jamais saisi à ce titre en raison d'une surcharge de dossiers et de son choix de donner la priorité à d'autres sujets. Concrètement, elle a eu recours à l'envoi de relances et elle a préféré encourager les intéressés à répondre sans contrainte à ses demandes d'informations. Les personnes interrogées au cours de la mission d'enquête de l'OCDE ont déclaré que l'application du droit de la concurrence serait plus efficace si ce type de comportement était assimilé à une infraction administrative que la CAK pourrait elle-même sanctionner.

Dans la Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452], l'importance de cet outil d'enquête est soulignée et il est recommandé de faire en sorte que les autorités de la concurrence disposent de pouvoirs effectifs de « demander et obtenir des informations auprès des personnes faisant l'objet d'une enquête et de tierces parties, y compris d'autres entités publiques » et d'« infliger des sanctions en cas de non-respect des requêtes exécutoires et d'obstruction aux enquêtes ».

Les mêmes considérations s'appliquent aux infractions liées au non-respect des requêtes visant à recueillir des témoignages oraux. En vertu de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452], les autorités de la concurrence devraient disposer de pouvoirs effectifs pour « recueillir le témoignage oral de témoins » et « infliger des sanctions en cas de non-respect des requêtes exécutoires et d'obstruction aux enquêtes ».

3.2.4. Processus décisionnel

Bien que le conseil d'administration soit formellement indépendant pour la prise de décisions, il suit dans la plupart des cas les recommandations du directeur général. L'une des explications pourrait être que le Département du secrétaire général et des services juridiques assure à la fois le secrétariat du conseil d'administration et des fonctions de conseil juridique auprès de la CAK, y compris pendant les enquêtes. En réalité, le département participe aux enquêtes et formule des commentaires sur le rapport final établi par les équipes chargées d'enquêter, mais il dispense également des avis au conseil d'administration et rédige ses décisions.

Comme indiqué précédemment, les décisions de la CAK (en matière de pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des fusions) ne sont pas publiées dans leur intégralité ; seules des synthèses, mentionnant notamment le nom des entreprises concernées, la nature du comportement ayant donné lieu à une enquête et l'issue de l'affaire, sont rendus publics, conformément à l'article 39 de la loi sur la concurrence. Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les agents de la CAK ont expliqué que les

décisions ne sont pas divulguées dans leur intégralité parce qu'elles contiennent des informations confidentielles. Ils ont toutefois reconnu qu'elles soient intégralement publiées, à condition que toutes les informations confidentielles soient masquées. Le Tribunal de la concurrence, en revanche, publie des versions complètes de ses décisions, ce qui laisse penser que si ce n'est pas le cas des décisions de la CAK, cet état de fait n'est pas imputable à des contraintes juridiques au Kenya.

C'est au Département de la communication et des relations extérieures qu'il incombe d'établir des synthèses des décisions définitives du conseil d'administration. Celles-ci doivent être approuvées avant publication par le Département du secrétaire général et des services juridiques, le directeur de la concurrence et de la protection des consommateurs et le directeur général. Elles semblent avoir davantage vocation à faire office de communiqués de presse qu'à informer le public sur la manière dont le droit de la concurrence est interprété et appliqué au Kenya.

Les personnes interrogées par l'OCDE au cours de la mission d'enquête ont fait remarquer qu'il n'existe pas de calendrier prédéfini pour la publication des synthèses. Selon elles, plusieurs mois ont pu s'écouler, dans certains cas, avant qu'une synthèse ne soit finalement rendue publique.

Le manque de transparence freine le développement de la politique de la concurrence au Kenya. Il empêche par exemple les entreprises et la société de mieux comprendre comment le droit de la concurrence est interprété et appliqué par la CAK.

Les pratiques qui prévalent au Kenya ne sont pas en conformité avec la Recommandation de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [[OECD/LEGAL/0465](#)], dans laquelle il est recommandé aux juridictions de veiller à ce que la mise en œuvre du droit de la concurrence soit transparente et prévisible, en (...) publiant les faits, le fondement légal des décisions et les sanctions prononcées par celles-ci, y compris les décisions de règlement transactionnel des affaires, sous réserve de la protection des informations confidentielles ». La Recommandation livre la définition suivant des informations confidentielles : « fait référence à des secrets d'affaires et à d'autres informations sensibles, ainsi qu'à toutes autres informations traitées comme confidentielles en vertu de la loi applicable »⁶⁶.

La plupart des juridictions publient leurs décisions sans divulguer les informations relevant du secret des affaires et autres informations confidentielles. En règle générale, une version intégrale de la décision est mise à la disposition du public⁶⁷.

En outre, les personnes interrogées par l'OCDE ont indiqué que si les parties visées par l'enquête reçoivent une version plus détaillée des décisions que les synthèses publiées sur le site web de la CAK, il est cependant douteux qu'il s'agisse véritablement d'une version complète. Les décisions communiquées aux parties ont été critiquées pour leur caractère très succinct et la pauvreté du raisonnement et de l'analyse économique. L'équipe de l'OCDE n'a pas été en mesure de vérifier ces allégations. Bien qu'elle ait demandé à consulter un échantillon de décisions pour analyse, elle n'a reçu que des synthèses de décisions à peine plus longues (généralement trois à quatre pages) que celles publiées sur le site web de la CAK. Or ces synthèses ne comportaient aucun élément attestant la conduite d'un raisonnement ou d'une analyse économique détaillés.

En réalité, la CAK n'a mené que des actions répressives de nature administrative et ne prévoit pas de recourir à des actions pénales qu'elle estime plus complexes et moins efficaces. Comme indiqué précédemment, l'ODPP, qui est l'instance investie du pouvoir d'engager des poursuites pénales, est surchargé de dossiers et a d'autres priorités. Par ailleurs, il est à craindre que les tribunaux ne possèdent pas une expertise suffisante dans le traitement des affaires de concurrence. Les personnes consultées par l'OCDE ont souligné la nécessité de renforcer la répression des comportements anticoncurrentiels, mais en précisant que l'absence de répression pénale n'a jamais été considérée comme problématique.

Les conditions requises pour que des mesures provisoires soient prises, à savoir la probabilité que l'affaire aboutisse, au vu des faits, et l'urgence de prévenir d'éventuels préjudices, sont généralement conformes

aux pratiques internationales (OCDE, 2022^[12]). L'absence de règles procédurales précises relatives aux mesures provisoires (définissant notamment qui peut les demander, quand elles peuvent être demandées et qui a le pouvoir de les imposer) peut toutefois accroître l'insécurité juridique. Selon la CAK, des mesures provisoires peuvent être prises à la demande du plaignant ou d'office. La CAK a également indiqué que c'est au conseil d'administration qu'incombe la décision d'imposer des mesures provisoires, sauf lorsque ce pouvoir est délégué au directeur général en cas d'urgence. Néanmoins, la répartition des pouvoirs reste floue, d'autant que l'urgence est en soi l'un des critères légitimant de telles mesures.

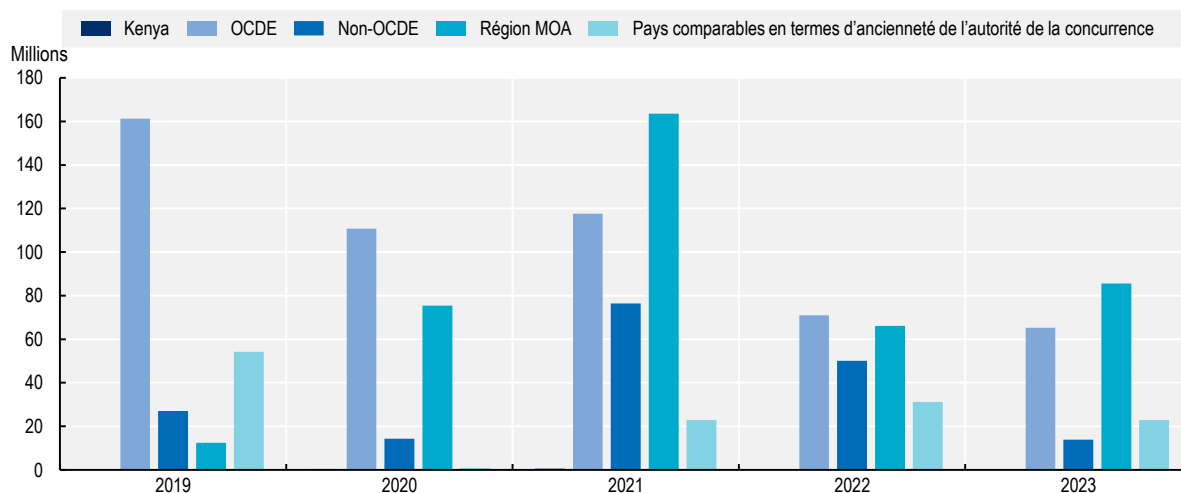
3.2.5. Sanctions

Le cadre juridique régissant les sanctions administratives est dans l'ensemble en conformité avec les pratiques internationales, en particulier la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452] et la Recommandation du Conseil sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [OECD/LEGAL/0465]. Il est à noter que la méthode de calcul des amendes est de fait similaire à celle utilisée dans la plupart des juridictions (OCDE, 2016^[13]).

Il semble néanmoins que l'application de ces règles ne soit pas effective. Comme on l'a vu, l'OCDE n'a pas été en mesure de vérifier combien de décisions avaient été rendues par la CAK. En ce qui concerne les sanctions en particulier, seuls les montants définitifs des amendes sont communiqués, de sorte que l'OCDE n'a pas eu la possibilité d'évaluer comment ceux-ci sont déterminés dans la pratique (pourcentage de base utilisé, prise en compte de circonstances aggravantes ou atténuantes, etc.).

En tout état de cause, d'après les chiffres les plus récents fournis par la CAK, le montant total des amendes infligées dans des affaires d'entente (y compris à l'issue d'une transaction amiable) est nettement inférieur aux moyennes internationale et régionale, et aux moyennes des pays comparables, comme le montre le Graphique 3.2 ci-après.

Graphique 3.2. Montant total, en EUR, des amendes infligées par des juridictions dans des affaires d'ententes, par région, 2019-2023



Note : Les pays comparables en termes d'ancienneté de l'autorité de la concurrence désignent le même groupe que dans le Graphique 2.3.
Source : Base de données CompStats de l'OCDE et CAK.

Ces conclusions sont cohérentes avec les éléments recueillis auprès de divers acteurs interrogés par l'OCDE, qui ont indiqué que les amendes infligées par la CAK sont très faibles, souvent calculées en

fonction d'un pourcentage bien inférieur au maximum autorisé (soit 10 % du chiffre d'affaires annuel brut réalisé par l'entreprise au Kenya au titre de l'année précédente). Certaines personnes ont fait observer que dans la plupart des affaires, le montant des amendes représente un pourcentage inférieur ou égal à 1 %. Des interrogations ont également été soulevées à propos de la manière dont les Lignes directrices sont utilisées dans la pratique, en particulier à propos de la cohérence au stade de leur application.

Les agents de la CAK ont reconnu que les sanctions étaient moins lourdes dans les premiers temps de la mise en application du fait que la loi sur la concurrence était encore mal connue et que les sanctions avaient donc une finalité avant tout pédagogique. Selon eux, la CAK a progressivement relevé le montant des amendes au fil du temps, même s'ils admettent que des progrès sont encore possibles. Ils soulignent également que l'objectif premier de l'application du droit de la concurrence n'est pas de mettre en faillite des entreprises, mais plutôt de les dissuader d'adopter des comportements anticoncurrentiels. Certains ont également déclaré craindre qu'en infligeant des amendes élevées, on ne décourage les investisseurs.

En vertu de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452], les juridictions devraient « prévoir des sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propres à dissuader les personnes physiques et morales de participer à des ententes injustifiables ». En outre, la Recommandation de l'OCDE sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [OECD/LEGAL/0465] souligne, au point II.3, la nécessité de « veiller à ce que la mise en œuvre du droit de la concurrence soit non discriminatoire, proportionnée et cohérente dans des affaires similaires ». Il est de fait primordial que les amendes soient proportionnées pour que les entreprises soient dissuadées d'enfreindre la loi, autrement dit pour que les infractions ne puissent pas être perçues comme rentables. Dans l'idéal, il faudrait que le montant des amendes excède les gains escomptés de la commission d'infractions, divisés par la probabilité que celles-ci soient détectées (Ginsburg and Wright, 2010^[14]; Connor and Lande, 2012^[15]). Si en revanche le montant des bénéfices attendus de la commission d'une infraction excède celui des amendes auxquels s'exposent les auteurs, il se peut que les entreprises agissant rationnellement choisissent de ne pas renoncer à un comportement anticoncurrentiel (OCDE, 2016^[13]).

Dans la plupart des cas, les autorités de la concurrence poursuivent, en infligeant des amendes, un ou plusieurs des objectifs suivants en parallèle : dissuasion, sanction, recouvrement ou réparation. Bien qu'elles puissent décider de privilégier plutôt tel ou tel objectif, ceux-ci ne s'excluent pas mutuellement. Un argument souvent opposé aux autorités de la concurrence est que le montant élevé des amendes incite des entreprises à se détourner du marché. Ces considérations ne devraient toutefois être prises en compte pour déterminer le montant des amendes que dans des cas exceptionnels. Les dispositions consistant à définir des amendes maximales, en pourcentage du chiffre d'affaires (comme il en existe au Kenya), sont déjà un moyen de tenir compte de la capacité des intéressés à les payer. De plus, si de nombreuses juridictions peuvent prendre en considération l'éventuelle impossibilité de payer des amendes au moment où elles en fixent le montant, de façon à préserver la légitimité et la crédibilité des autorités de la concurrence, les réductions consenties doivent l'être en fonction de critères précis, objectifs et transparents. Il existe également d'autres moyens de préserver l'effet de dissuasion sans accroître le risque de faillite, notamment en allongeant les délais de paiement ou en proposant des paiements échelonnés plutôt qu'une réduction du montant de l'amende (OCDE, 2016^[13]; ICN, 2008^[16]), cette possibilité étant également offerte dans le cadre du régime kényan. En conclusion, les répercussions possibles des amendes sur les entreprises ne devraient pas être invoquées, de façon générale, pour justifier le renoncement à des sanctions qui seraient par ailleurs suffisamment dissuasives.

En cas de non-paiement des amendes infligées par la CAK, cette dernière n'est pas directement investie de pouvoirs d'exécution, ce qui peut, concrètement, porter atteinte à l'efficacité de ses décisions. Néanmoins, l'OCDE n'a pas réussi à obtenir de statistiques sur le niveau réel de non-respect des sanctions pécuniaires et elle n'a donc pas pu évaluer si le phénomène était réellement problématique. Quoiqu'il en

soit, le renforcement des pouvoirs dévolus à la CAK pour faire appliquer ses propres décisions représenterait une avancée bienvenue.

Bien que la législation prévoit l'adoption de sanctions non financières, les agents de la CAK ont indiqué que celles-ci ne peuvent être effectivement appliquées. Des mesures telles que l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur ou l'interdiction de soumissionner ont été mises en œuvre dans de nombreuses juridictions et se sont révélées être un mécanisme de dissuasion puissant (OCDE, 2022^[17]). Par ailleurs, le cadre en vigueur au Kenya ne prévoit pas de sanctions administratives à l'encontre des personnes physiques (administrateurs ou dirigeants, par exemple). Étant donné que les infractions au droit de la concurrence n'ont pas fait l'objet de poursuites pénales au Kenya et que les personnes physiques ne soient pas sanctionnées dans les faits, ceci pourrait, selon les personnes interrogées par l'OCDE, réduire l'effet dissuasif global des mesures répressives dans des affaires de concurrence. Comme énoncé dans la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452], les juridictions devraient « se doter d'un ensemble de sanctions (civiles, administratives et/ou pénales, monétaires et non monétaires) de nature à produire un effet dissuasif approprié dans leur juridiction » et également « envisager d'instaurer des sanctions à l'encontre des personnes physiques qui ont participé à des ententes ».

Enfin, comme indiqué précédemment, aucune sanction n'a été infligée pour des infractions aux règles de procédure, bien que de tels abus aient effectivement été commis. Il s'agit d'infractions pénales devant donner lieu à des poursuites engagées à l'instigation de l'ODPP. Ce dernier n'a cependant jamais été saisi par la CAK d'affaires concernant des infractions de cette nature. Cette pratique va à l'encontre de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452], qui recommande aux juridictions d'« infliger des sanctions en cas de non-respect des requêtes exécutoires et d'obstruction aux enquêtes ».

Transactions amiables

Au Kenya, les transactions amiables entre parties présentent des caractéristiques communes avec ce que la plupart des juridictions désignent comme la procédure d'engagements et, dans la pratique, il s'agit d'un dispositif combinant ces deux outils de règlement précoce des affaires. Dans de nombreux pays, les transactions amiables sont plus fréquentes dans les affaires d'entente et concernent des situations dans lesquelles l'autorité de la concurrence et les parties visées par l'enquête s'accordent sur certaines conclusions relatives au fond (comportant, souvent, une reconnaissance de responsabilité) ainsi que sur des questions de procédure, en contrepartie d'un règlement plus rapide de l'affaire et d'une réduction des amendes. La prise d'engagements par les entreprises mises en cause, en revanche, est plus commune dans les affaires d'abus de position dominante et d'accords anticoncurrentiels verticaux, dans lesquelles les autorités acceptent les mesures correctives proposées par les parties visées par l'enquête en réponse aux préoccupations qu'elles avaient initialement soulevées dans le cadre d'une procédure ouverte pour infraction au droit de la concurrence. S'ils sont acceptés, les engagements deviennent contraignants pour la partie qui les propose, mais aucune infraction à la concurrence n'est formellement établie (OCDE, 2016^[18]).

Au Kenya, les transactions amiables sont applicables à tous les types d'infractions au droit de la concurrence et ne nécessitent pas que les parties visées par l'enquête reconnaissent leur responsabilité. Selon la CAK, les parties qui reconnaissent effectivement leur responsabilité bénéficient de réductions d'amendes plus importantes. En vertu de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, les juridictions [OECD/LEGAL/0452] devraient « autoriser et encourager l'utilisation d'outils de règlement précoce des affaires, tels que les transactions amiables et les procédures de négociation de peine, qui présupposent souvent une reconnaissance de culpabilité et/ou des faits et/ou une renonciation au droit de faire appel ».

La législation prévoit que les transactions amiables peuvent comporter une sanction financière, ce qui donne à penser qu'une telle sanction n'est pas obligatoire, même si, en réalité, elle est toujours appliquée dans les affaires d'entente. Ces règlements transactionnels peuvent en outre comporter des mesures correctives, mais il n'existe pas d'orientations claires indiquant quand et comment celles-ci doivent être mises en œuvre. La CAK a fait savoir que, dans un petit nombre de cas, les transactions amiables prévoyaient l'obligation, pour les entreprises, d'adopter des programmes de conformité aux règles de concurrence.

Ni les Règles (générales) de concurrence, ni les Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements n'énoncent de règles claires concernant les modalités d'allègement des sanctions dans le cadre de règlements transactionnels ; elles font uniquement référence à la méthode générale de calcul des amendes. Les décisions de la CAK n'étant pas publiées dans leur intégralité, l'OCDE n'a pas été en mesure d'évaluer comment les allègements de sanctions (ou toute autre modalité) fixés dans le cadre de règlements transactionnels sont effectivement appliqués. Selon la CAK, ces allègements sont principalement fonction de l'étroitesse de la coopération entre les parties. Néanmoins, les personnes interrogées par l'OCDE ont fait part de leur inquiétude face au risque que la CAK puisse exercer un pouvoir discrétionnaire excessif au moment de la négociation et de la détermination de la sanction financière, en particulier dans un contexte se caractérisant par un manque de transparence. De nombreuses juridictions fixent des pourcentages maximums d'allègement des sanctions dans le cadre de règlements transactionnels, en définissant des critères d'application précis, de façon à garantir le respect du principe de proportionnalité dans toutes les affaires. Les juridictions évitent aussi généralement d'accorder des allègements trop généreux, ce qui pourrait amoindrir la motivation à demander à bénéficier d'un programme de clémence et limiter l'effet dissuasif des amendes (OCDE, 2008^[19]).

En outre, bien que la loi sur la concurrence exige la publication d'un avis dans le journal officiel lorsqu'un accord de règlement transactionnel est conclu, avis mentionnant notamment le nom de toutes les entreprises impliquées et la nature du comportement à l'origine de l'affaire⁶⁸, les personnes interrogées par l'OCDE ont précisé qu'en réalité, les entreprises peuvent même négocier, dans le cadre de la transaction amiable, afin de n'être pas citées dans les communiqués de presse ou les décisions publiées.

Dans les faits, la CAK parvient à régler la plupart des affaires. Elle considère que les règlements transactionnels sont souhaitables car ils permettent de régler plus rapidement des affaires sans passer par les tribunaux, ce qui est un moyen, pour les parties visées par l'enquête, d'épargner du temps et des ressources, tout en assurant l'application du droit de la concurrence. La CAK juge également cette approche conforme à la Constitution du Kenya. Les parties faisant l'objet d'une enquête s'accordent sur le fait que les règlements transactionnels sont synonymes d'une résolution rapide et prévisible et représentent donc le meilleur moyen de conclure une enquête. De fait, les parties sont fortement incitées à y recourir, d'autant que ce dispositif n'impose pas d'obligation formelle d'admettre l'infraction, et que les sanctions financières en jeu sont en général relativement faibles.

Le fait que la CAK soit encline à clore presque toutes les affaires par des règlements transactionnels qui, dans certains cas, ne supposent pas la reconnaissance d'une infraction quelconque, fait obstacle à la constitution d'un corpus de décisions et à l'établissement d'une jurisprudence par la voie du contrôle juridictionnel. À long terme, la transparence et le respect global des règles pourraient en pâtir. Par ailleurs, le fait que les règlements transactionnels donnent lieu à des négociations à tous les niveaux (y compris devant les tribunaux), conjugué aux allègements notables des sanctions financières proposées, encourage les parties à s'en remettre largement à cet outil, au risque d'amoindrir l'effet dissuasif des actions répressives de la CAK et d'entamer sa crédibilité.

Dans les cas où des transactions amiables sont conclues après que la CAK a rendu une décision définitive, une approbation judiciaire (soit par le Tribunal de la concurrence, soit par la Haute Cour) est requise. Néanmoins, les négociations ont lieu avec la CAK et, concrètement, une fois approuvés par le conseil

d'administration de la CAK, les accords de règlement transactionnel sont généralement validés par le pouvoir judiciaire (voir le chapitre 8).

Il n'existe pas de règles spécifiques applicables en cas de non-respect des accords de règlement transactionnel. Dans une telle hypothèse, la CAK pense qu'elle serait amenée, plutôt qu'à saisir l'ODPP, à conduire une enquête sur le plan interne et à imposer les mesures correctives prévues par la loi sur la concurrence. À ce jour, elle déclare qu'aucun incident de cette nature n'a été signalé.

Sanctions pénales

Dans la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [OECD/LEGAL/0452], il est recommandé de « prévoir des sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propres à dissuader les personnes physiques et morales de participer à des ententes injustifiables, et inciter les membres d'une entente à quitter l'entente et à coopérer avec l'autorité de la concurrence », y compris de se doter d'« un ensemble de sanctions (civiles, administratives et/ou pénales, monétaires et non monétaires) de nature à produire un effet dissuasif approprié dans leur juridiction ».

Dans la plupart des juridictions, la pénalisation des infractions au droit de la concurrence se limite généralement aux ententes injustifiables, qui sont considérées comme la violation la plus flagrante du droit de la concurrence, comme le reconnaît la Recommandation de l'OCDE [OECD/LEGAL/0452]. Dans certaines juridictions, la pénalisation est encore plus limitée puisqu'elle ne concerne que les pratiques de soumission concertée. En règle générale, l'abus de position dominante n'est pas pénalement répréhensible. Les actions pénales sont beaucoup moins fréquentes que les actions civiles à l'échelle mondiale et le nombre de juridictions qui y ont recours est beaucoup plus faible (OCDE, 2020^[20]).

Alors que la portée des interdictions prévues par le droit de la concurrence et pouvant donner lieu à des actions pénales est généralement restreinte, tout comportement anticoncurrentiel contraire à la loi sur la concurrence constitue une infraction pénale, de même que toute infraction aux règles de procédure inscrites dans la loi. La législation qui pénalise un comportement n'est efficace que s'il est possible de l'appliquer. On pourrait en déduire que la loi sur la concurrence instaure actuellement un régime de répression pénale inutile, sans rapport avec l'application effective du droit de la concurrence au Kenya. Dans (OCDE, 2020^[20]), il avait été précédemment observé que :

Si elle n'était pas suivie d'une application pratique par les juridictions répressives, l'introduction de sanctions pénales dans la loi enverrait un message de faiblesse des autorités de la concurrence et réduirait donc l'effet dissuasif de ces sanctions (au lieu de l'augmenter), et pourrait même nuire à la crédibilité des amendes administratives.

Le chapitre 10 du présent examen par les pairs consacré à la coopération a pour objet d'examiner les difficultés spécifiques que pose la répression des infractions aux règles de procédure contenues dans la loi sur la concurrence.

Références

- CAK (2024), *Strategic Plan (2023-2027) - Promoting and Sustaining Enforcement for Enhanced Consumer Welfare*, <https://cak.go.ke/sites/default/files/downloads/2025-06/COMPETITION-AUTHORITY-STRATEGIC-PLAN-2023-2027.pdf>. [1]
- CAK (2023), *Consolidated Administrative Remedies and Settlement Guidelines*, [https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/Consolidated Administrative Remedies and Settlement Guidelines 2023.pdf](https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/Consolidated%20Administrative%20Remedies%20and%20Settlement%20Guidelines%202023.pdf). [5]

- CAK (2021), *External Guidelines on the Informant Reward Scheme Policy*, [4]
[https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/External_Guidelines_on_the_Informant_Reward_Scheme_Policy_\(2\).pdf](https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/External_Guidelines_on_the_Informant_Reward_Scheme_Policy_(2).pdf).
- CAK (2017), *Leniency Program Guidelines*, [3]
<https://www.cak.go.ke/arch/sites/default/files/guidelines/enforcement-compliance/Leniency%20Programme%20Guidelines.pdf>.
- Capital Business (2025), *CAK invests Sh45mn in forensic lab to boost probes*, [2]
https://www.capitalfm.co.ke/business/2025/06/cak-invests-sh45mn-in-forensic-lab-to-boost-probes/#google_vignette.
- Connor, J. and R. Lande (2012), “Cartel as Rational Business Strategy: Crime Pays”, *Cardozo Law Review*, Vol. 34/2, pp. 427-490. [15]
- European Commission (2024), *Publication of Commission decisions adopted under Regulation (EC) No 1/2003*, https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/public-versions-commission-decisions_en. [22]
- Ginsburg, D. and J. Wright (2010), “Antitrust Sanctions”, *Competition Policy International*, Vol. 6/2, pp. 3-39. [14]
- ICN (2025), *Anti-Cartel Enforcement Manual - Raids*, [11]
<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2025/04/ICN-ACEM-Chapter-1.pdf>.
- ICN (2008), *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, [16]
https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_SettingFines.pdf.
- Indecopi (2019), *Lineamientos del Programa de Recompensas*, [10]
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131176/Lineamientos%20del%20programa%20de%20recompensas.pdf?v=1629902109>.
- OCDE (2023), “The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 299, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9bc9dd57-en>. [8]
- OCDE (2022), “Data Screening Tools for Competition Investigations”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 284, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/4c5bbb9d-en>. [7]
- OCDE (2022), “Director Disqualification and Bidder Exclusion in Competition Enforcement”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 291, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/fe39ea1a-en>. [17]
- OCDE (2022), “Mesures provisoires dans les enquêtes de concurrence”, No. 283, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/d0ccfae3-fr>. [12]
- OCDE (2020), “Criminalisation of Cartels and Bid Rigging Conspiracies: A Focus on Custodial Sentences”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 246, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/d3c75fb3-en>. [20]

- OCDE (2019), "Access to the Case File and Protection of Confidential Information", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 236, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/91c55a68-en>. [21]
- OCDE (2016), *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy 2016*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/6dedc241-en>. [9]
- OCDE (2016), "Commitment Decisions in Antitrust Cases", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 190, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/bf426e05-en>. [18]
- OCDE (2016), "Sanctions in Antitrust Cases", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 199, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/10c1b129-en>. [13]
- OCDE (2015), *Summary Record: Annex to the Summary Record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15-19 June 2015 - Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN9/FINAL/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL/En/pdf). [6]
- OCDE (2008), "Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases : Key findings, summary and notes", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 75, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/3338fb2f-en>. [19]

Notes

- ¹ Loi sur la concurrence, articles 31 et 89A, et Règles (générales) de concurrence, 2019, article 34.
- ² Loi sur la concurrence, article 31, paragraphe 1.
- ³ Loi sur la concurrence, article 31, paragraphe 1.
- ⁴ Loi sur la concurrence, art. 34, et Règles (générales) de concurrence, deuxième annexe, formulaire I.
- ⁵ Règles (générales) de concurrence, deuxième annexe, formulaire I.
- ⁶ Règles (générales) de concurrence, article 34, paragraphe 3.
- ⁷ Charte de la CAK relative à la prestation de services aux citoyens, <https://cak.go.ke/sites/default/files/CAKCitizensServiceDeliveryCharter.pdf>
- ⁸ Loi sur la concurrence, article 31, paragraphe 2.
- ⁹ Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, art. 5. Les Lignes directrices définissent également les règles régissant les demandes des filiales et des sociétés mères, ainsi que des entités juridiques participant à une coentreprise (Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, articles 7 à 10).

- ¹⁰ Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, art. 13.
- ¹¹ Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, art. 11, 13(iv).
- ¹² Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, art. 12.
- ¹³ Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, art. 14.
- ¹⁴ Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, articles 18 à 31.
- ¹⁵ Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, art. 30.
- ¹⁶ Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, art. 31.
- ¹⁷ Lignes directrices relatives aux programmes de clémence, art. 25.
- ¹⁸ Lignes directrices externes relatives au dispositif de récompense des informateurs, art. 5.
- ¹⁹ Lignes directrices externes relatives au dispositif de récompense des informateurs, art. 6.
- ²⁰ Lignes directrices externes relatives au dispositif de récompense des informateurs, art. 7.
- ²¹ Lignes directrices externes relatives au dispositif de récompense des informateurs, art. 9.
- ²² Lignes directrices externes relatives au dispositif de récompense des informateurs, articles 10 à 12.
- ²³ Lignes directrices externes relatives au dispositif de récompense des informateurs, art. 8.
- ²⁴ Charte de la CAK relative à la prestation de services aux citoyens.
- ²⁵ Loi sur la concurrence, art. 34, et Règles (générales) de concurrence, art. 38(a).
- ²⁶ Règles (générales) de concurrence, art. 38(b).
- ²⁷ Loi sur la concurrence, art. 20 et Règles (générales) de concurrence, art. 47.
- ²⁸ Loi sur la concurrence, article 20, paragraphe 10, et article 91.
- ²⁹ Loi sur la concurrence, art. 32 et Règles (générales) de concurrence, art. 37.
- ³⁰ Lignes directrices en matière de perquisition et de saisie, art. 7.
- ³¹ Lignes directrices en matière de perquisition et de saisie, articles 16 et 17.
- ³² Règles (générales) de concurrence, art. 37.
- ³³ Lignes directrices en matière de perquisition et de saisie, art. 29.
- ³⁴ Lignes directrices en matière de perquisition et de saisie, art. 14.
- ³⁵ Loi sur la concurrence, articles 89 et 91.

³⁶ Loi sur la concurrence, article 31, paragraphe 4, et Règles (générales) de concurrence, article 36, paragraphe 1.

³⁷ Règles (générales) de concurrence, article 36, paragraphe 2.

³⁸ Loi sur la concurrence, articles 88 et 91.

³⁹ Loi sur la concurrence, articles 33 et 35 et Règles (générales) de concurrence, art. 39.

⁴⁰ Loi sur la concurrence, articles 88 et 91.

⁴¹ Loi sur la concurrence, art. 36.

⁴² Loi sur la concurrence, art. 39.

⁴³ Loi sur la concurrence, art. 92.

⁴⁴ Loi sur la concurrence, art. 37, et Règles (générales) de concurrence, art. 35, paragraphe 1.

⁴⁵ Règles (générales) de concurrence, article 35, paragraphe 2.

⁴⁶ Loi sur la concurrence, art. 40.

⁴⁷ Loi sur la concurrence, art. 39.

⁴⁸ Constitution du Kenya, 2010, article 35.

⁴⁹ Loi sur l'accès à l'information, 2016, articles 4 et 6.

⁵⁰ Bien que le système juridique du Kenya fonctionne selon un modèle de common law, dans la pratique, la CAK est habilitée à imposer des sanctions administratives.

⁵¹ Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 9, article 22, paragraphe 6, article 24, paragraphe 3.

⁵² Loi sur la concurrence, art. 36.

⁵³ Loi sur la concurrence, article 20, paragraphe 10, et articles 88, 89, 90 et 91.

⁵⁴ En vertu des articles 42 et 45 des Règles (générales) de concurrence, la CAK doit prendre en compte les éléments suivants pour déterminer les amendes administratives : la nature de la violation ; la coopération de l'entreprise avec la CAK ; le fait qu'il s'agit ou non de la première infraction commise par l'entreprise ; la cessation ou non de ce comportement ; l'effet et la durée de celui-ci ; le volume des ventes concerné ; les bénéfices tirés de ce comportement ; la préméditation ; et tout autre facteur pertinent.

⁵⁵ Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, 2023, art. 8.1.2.

⁵⁶ Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, 2023, art. 8.1.3.

⁵⁷ Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, 2023, art. 8.1.4.

⁵⁸ Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, 2023, art. 8.4.

⁵⁹ Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, 2023, art. 10.

⁶⁰ Loi sur la concurrence, art. 36.

⁶¹ Règles (générales) de concurrence, article 45, paragraphe 1, et Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, art. 107.

⁶² Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, art 99.

⁶³ Règles (générales) de concurrence, art. 41, et Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, articles 100 à 108.

⁶⁴ Règles (générales) de concurrence, article 41, paragraphe 5.

⁶⁵ En vertu de la Recommandation du Conseil sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [[OECD/LEGAL/0465](#)], les juridictions devraient « informer les parties et leur donner l'opportunité de s'engager utilement dans le processus de mise en œuvre du droit de la concurrence, sans compromettre pour autant l'efficacité de l'enquête, en : a) veillant à ce que les parties soient avisées par écrit, dès que cela est faisable et légalement autorisé, de l'ouverture d'une enquête, de son fondement légal et de son objet, dans la mesure où cela ne compromet pas l'efficacité de l'enquête ; b) expliquant aux parties, dès que cela sera raisonnablement possible et approprié pendant le processus de mise en œuvre du droit de la concurrence, le fondement factuel et légal, les préoccupations éprouvées au regard du droit de la concurrence, et le statut de l'enquête ; (...) e) fournissant aux parties des opportunités d'intervenir utilement lors d'étapes clés de la procédure, afin de discuter avec l'autorité de la concurrence des faits objets de l'enquête, de l'avancement de l'enquête et des mesures procédurales, ainsi que du raisonnement juridique et économique ; f) offrant aux parties l'opportunité de présenter une défense adéquate avant le prononcé d'une décision finale, ce qui inclut les mesures suivantes : i. informer les parties de toutes les allégations portées contre elles et leur donner accès aux preuves pertinentes collectées par, ou soumises à l'autorité de la concurrence ou au tribunal, sous réserve de la protection des informations qui sont confidentielles ou protégées par le secret professionnel ; et ii. donner aux parties une opportunité véritable de présenter une réponse complète aux allégations et de soumettre des preuves à l'appui de leurs arguments devant les décideurs clés.

⁶⁶ Bien que la définition des informations confidentielles varie suivant les juridictions, elle recouvre généralement les informations relevant du secret des affaires et autres données sensibles sur le plan commercial, les informations personnelles sensibles (telles que les numéros de téléphone et adresses privés, les dossiers médicaux et professionnels), les informations touchant à la sécurité nationale, et les informations qui ne peuvent être divulguées en raison d'obligations découlant du droit international (OCDE, 2019^[21])

⁶⁷ C'est ce que fait notamment la Commission européenne. Voir (European Commission, 2024^[22]).

⁶⁸ Loi sur la concurrence, art. 39.

4 Répression des pratiques anticoncurrentielles

Ce chapitre traite de la législation et des pratiques du Kenya relatives à la répression des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante.

4.1. Accords horizontaux

4.1.1. Cadre juridique – accords horizontaux

La Loi sur la concurrence interdit tout accord, ainsi que toute décision et pratique concertée entre entreprises ou associations d'entreprises ayant pour objet ou pour effet d'entraver, de fausser ou de restreindre la concurrence dans les échanges de biens ou de services au Kenya, ou dans une partie du Kenya¹.

Outre l'interdiction générale, la Loi sur la concurrence contient une liste non exhaustive de comportements susceptibles de constituer une infraction². Ces comportements sont les suivants :

1. fixation directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente
2. partage de marchés
3. soumissions concertées
4. restrictions ou contrôle concernant la production, l'accès, le développement technologique ou l'investissement

Les pratiques des entreprises appartenant à une même unité économique sont exclues du champ d'application de la loi sur les ententes³.

La Loi sur la concurrence comporte également un article relatif aux accords horizontaux conclus sous l'égide d'associations professionnelles⁴. Cet article interdit :

- l'exclusion non justifiée des associations professionnelles
- toute recommandation, directe ou indirecte, émanant d'une association concernant les prix, marges bénéficiaires à appliquer ou formules de fixation des prix
- toute recommandation émanant d'une association concernant des conditions de vente (telles que remises, crédits, livraisons ou garanties des produits et services) qui ont une incidence sur la fixation des prix.

Comme indiqué au chapitre 1, les parties ont la possibilité de solliciter auprès de la CAK une dérogation concernant l'interdiction générale des accords horizontaux, ainsi que les dispositions visant les associations professionnelles.

En vertu des lignes directrices de la CAK, l'autorité considère que tout accord horizontal mettant en œuvre des pratiques d'entente injustifiable constitue, par objet, une violation de la Loi sur la concurrence⁵. Aucune règle *de minimis* n'est prévue dans la Loi sur la concurrence ni dans les lignes directrices correspondantes publiées par la CAK (voir Chapitre 1).

Un régime de sanctions, à la fois administratives et pénales, s'applique aux ententes. En vertu du régime civil, la CAK peut⁶ :

- déclarer que le comportement constitue une violation de la Loi sur la concurrence
- ordonner aux parties de mettre fin à la pratique incriminée
- exiger des parties qu'elles rétablissent la situation antérieure ou prennent toute mesure nécessaire pour remédier aux effets du comportement
- imposer une sanction financière pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires annuel brut réalisé au Kenya au cours de l'année précédente

Comme on l'a vu au chapitre 3, les parties peuvent également conclure des transactions amiables avec la CAK, pouvant inclure une sanction pécuniaire payée à la CAK et/ou le versement de dommages-intérêts au plaignant. La conclusion d'une transaction amiable ne requiert aucune reconnaissance de responsabilité par les parties⁷.

En vertu du régime pénal, toute violation des interdictions applicables aux accords horizontaux est passible, en cas de condamnation, d'une peine d'emprisonnement pouvant atteindre cinq ans, d'une amende pouvant s'élever à dix millions de shillings, ou des deux sanctions⁸.

La CAK n'a pas le pouvoir d'engager des poursuites au pénal. Elle doit saisir le Bureau du directeur des poursuites publiques, qui conduit les enquêtes et engage les poursuites en matière pénale. La législation kényane ne permet pas la conduite simultanée de procédures pénales et civiles.

4.1.2. Cadre juridique – soumissions concertées

La Loi sur la concurrence ne contient aucune définition spécifique de ce qui constitue une soumission concertée. La liste non exhaustive des comportements susceptibles d'être assimilés à une entente précise que les offres collusoires constituent une infraction à la loi⁹. Dans ses lignes directrices, la CAK explique qu'elle considère quatre activités comme des offres collusoires aux fins de la Loi sur la concurrence, à savoir : les soumissions de couverture, la suppression d'offres, la rotation d'offres et la répartition des marchés¹⁰. La CAK déclare également s'appuyer sur les Lignes directrices sur la lutte contre les soumissions concertées (OCDE, 2009^[11]) pour analyser les cas potentiels¹¹.

Le régime de sanctions applicable aux accords horizontaux s'étend également aux pratiques de soumissions concertées.

4.1.3. Pratiques en matière d'application du droit de la concurrence

Le Département de l'application du droit et de la conformité est chargé de mener les enquêtes de la CAK relatives aux accords horizontaux et verticaux (en plus des enquêtes sur les abus de position dominante). En avril 2025, il comptait neuf agents.

Au cours de l'exercice de collecte de données mené par l'OCDE, la CAK a transmis différentes séries de statistiques concernant ses pratiques en matière d'application du droit, lesquelles contenaient toutes des chiffres contradictoires. Si l'on ajoute à cela le fait que la CAK ne publie pas ses décisions d'application (et qu'elle peut également convenir de ne pas diffuser le résumé d'une affaire afin de conclure une transaction amiable avec une partie), il n'est pas possible de rendre compte avec certitude des chiffres relatifs à l'application du droit de la concurrence au Kenya.

S'agissant des enquêtes ouvertes, les données relatives aux cinq dernières années montrent que la CAK a ouvert en moyenne 6.6 enquêtes par an portant sur des affaires d'entente. Environ 54 % des enquêtes ont été ouvertes à la suite d'une plainte et 46 % ont été ouvertes d'office par la CAK.

D'après les moyennes quinquennales calculées à partir des dernières données de la base de données CompStats de l'OCDE, le nombre moyen d'enquêtes ouvertes portant sur des ententes s'élève à 11.8 pour les juridictions de l'OCDE, à 5.9 pour les juridictions non membres de l'OCDE, à 8 pour les juridictions de l'AME et à 3.6 pour les juridictions comparables en termes d'ancienneté de l'autorité de la concurrence.

En ce qui concerne les soumissions concertées, la CAK a ouvert 2.6 enquêtes par an en moyenne au cours des cinq dernières années. Dix enquêtes ont été ouvertes à la suite d'une plainte et trois d'office.

La CAK n'a reçu aucune demande de clémence ni aucun signalement de lanceurs d'alerte, de sorte qu'aucune enquête n'a été ouverte sur la base de ces mécanismes pour des comportements relevant d'un accord horizontal.

Le Tableau 4.1 présente les statistiques disponibles les plus fiables sur les ententes et les soumissions concertées au Kenya.

Tableau 4.1. Répression des accords horizontaux (ententes et soumissions concertées) au Kenya

	2020	2021	2022	2023	2024
Nombre total de décisions définitives rendues	15	7	5	7	2
Décisions définitives constatant une infraction et donnant lieu à une amende (y compris des transactions amiables)	2	0	1	1	0
Décisions définitives mettant fin à une enquête consécutivement à l'acceptation des engagements	0	0	0	0	0
Décisions définitives mettant fin à une enquête sans établir d'infraction	13	7	4	6	2

Source : CAK.

L'encadré 4.1. passe en revue les affaires dont l'OCDE a eu connaissance ; rappelons qu'il ne s'agit que de résumés expurgés, la version originale de la décision n'étant pas disponible.

Encadré 4.1. Décisions majeures rendues dans des affaires d'ententes ou de soumissions concertées au Kenya

2020 – Energy Dealers Association et ses membres – CAK/EC/05/182/A

L'enquête a porté sur l'existence d'un accord entre la Energy Dealers Association et ses membres visant une répartition du marché, une harmonisation des conditions commerciales et un partage d'informations commercialement sensibles. La CAK a eu connaissance de cette pratique après que l'association a sollicité une dérogation relative à un accord d'échange de bouteilles de gaz entre ses membres.

La CAK a constaté que les règles de l'association instaurent une formule de fixation des prix pour ses membres. Bien qu'aucune preuve de mise en œuvre de ces règles par les membres n'ait été établie, la pratique poursuivait bel et bien un objectif de fixation des prix. La CAK n'a relevé aucune infraction s'agissant des autres aspects examinés au cours de l'enquête.

L'association professionnelle a été condamnée à une amende de 408 000 KES (~ 2 700 euros), soit environ 5 % de son chiffre d'affaires et a dû mettre en place un programme de conformité destiné à sensibiliser ses membres aux règles de concurrence.

2020-2021 – Soumissions concertées relatives à la fourniture de poteaux électriques – CAK/EC/05/188/A

La CAK a enquêté sur un certain nombre de plaintes relatives à des soumissions concertées dans le cadre de la fourniture de poteaux électriques. Les enquêtes ont mis en évidence une collusion généralisée, caractérisée notamment par la présence d'administrateurs communs dans les entreprises censées être concurrentes dans les appels d'offres, la soumission d'offres pour leur propre compte et celui de leurs concurrents, ainsi que des échanges sur WhatsApp émanant du président de l'association sectorielle en vue de fixer les prix.

L'association professionnelle et la majorité des entreprises incriminées n'ont pas été sanctionnées et ont dû suivre une formation sur la conformité.

Dans une décision distincte, l'autorité de la concurrence a infligé des amendes à quatre entreprises ayant accepté de conclure une transaction amiable avec elle. L'amende la plus élevée s'est élevée à 410 000 KES (~ 2 750 euros), soit 3.5 % de la valeur de l'appel d'offres. Les trois autres entreprises sanctionnées n'ont pas été citées dans le résumé de l'affaire et le montant de l'amende n'a pas été communiqué.

2020-2021 – Entente dans le secteur de la fabrication de peintures – CAK/EC/05/166/A

Par l'intermédiaire de leur association professionnelle non officielle, quatre fabricants de peintures ont échangé des informations, convenu d'augmentations tarifaires concertées et fixé un prix de livraison unique.

Crown Paints, leader du marché, s'est vu infliger la sanction la plus lourde : 29.92 millions KES (soit près de 200 000 EUR). Les quatre entreprises ont dû s'engager à cesser la pratique incriminée et à mettre en place des programmes de conformité.

2021 – Entente dans le secteur de la fabrication d'acier – CAK/EC/05/200/A

La CAK a mené une enquête sur 14 entreprises du secteur de la sidérurgie. Les éléments recueillis ont révélé que les entreprises ont échangé des informations sensibles concernant les capacités des concurrents et les plans d'investissement futurs. La CAK a également établi que les entreprises se sont concertées sur les prix, les remises, la restriction des importations d'intrants, la réduction de la production et la normalisation des spécifications des produits.

Cinq entreprises ont conclu des règlements précoces. Les amendes infligées à ces 14 entreprises se sont élevées au total à 338.85 millions KES (~2.27 millions EUR).

Source : CAK.

La Loi sur la concurrence ne fixe aucun délai pour la réalisation d'une enquête. La Charte de service de la CAK stipule que les enquêtes relatives à des plaintes complexes, telles que les affaires d'entente, doivent se tenir dans un délai de 180 jours ouvrables. Dans les quatre affaires pour lesquelles la CAK a communiqué des délais d'enquête, ceux-ci s'échelonnent entre 268 jours ouvrables (environ 13 mois) et 753 jours ouvrables (près de 3 ans), avec une moyenne de 491 jours ouvrables (un peu moins de 2 ans).

Un protocole d'accord entre la CAK et l'Autorité de régulation des marchés publics autorise la transmission de données relatives aux marchés publics dans le cadre des enquêtes sur les soumissions concertées. Dans les faits, aucune coopération n'a eu lieu entre les deux autorités lors des enquêtes sur des cas de soumissions concertées. Ce point est examiné en détail dans le chapitre 10 consacré à la coopération.

4.2. Accords verticaux

4.2.1. Cadre juridique

La Loi sur la concurrence précise que l'interdiction des accords anticoncurrentiels s'applique aux relations verticales, notamment entre une entreprise et ses fournisseurs ou ses clients, ou les deux¹². Comme pour les accords horizontaux, la Loi sur la concurrence contient également une liste non exhaustive de pratiques susceptibles de constituer des accords verticaux prohibés, à savoir :

- maintien du prix de revente¹³, sauf indication explicite du caractère non contraignant du prix recommandé et présence de la mention « prix recommandé » sur toute étiquette affichant un prix¹⁴
- ventes liées et ventes groupées¹⁵
- accords relatifs à des remises et des rabais assortis de conditions
- pratique impliquant l'usage d'un droit de propriété intellectuelle dépassant les limites d'une utilisation juste, raisonnable et non discriminatoire¹⁶. Selon les lignes directrices de la CAK, ces pratiques peuvent notamment comprendre l'octroi de licences exclusives, des limitations

territoriales, une influence excessive sur le contrôle de la qualité et la détermination des prix des produits sous licence¹⁷.

Les accords verticaux sont appréciés selon la règle de raison, qui exige de la CAK qu'elle apporte la preuve de l'existence du comportement et de ses effets anticoncurrentiels¹⁸. La CAK doit également démontrer que les entreprises en cause occupent une position dominante sur le marché en cause.

4.2.2. Application effective du droit de la concurrence

Au cours de la période d'évaluation de cinq ans, la CAK a ouvert 22 affaires liées à des accords verticaux : 21 à la suite de plaintes et une d'office.

Le Tableau 4.2 donne un aperçu des décisions de la CAK concernant les accords verticaux au cours des cinq dernières années.

Tableau 4.2. Répression des accords verticaux au Kenya

	2020	2021	2022	2023	2024
Enquêtes ouvertes	4	3	5	7	3
Décisions définitives	0	0	5	7	2
Décisions de clôturer une affaire sans constater d'infraction	0	0	5	7	2
Décisions de clôturer une affaire avec engagements	0	0	0	0	0
Décisions impliquant des sanctions ou des injonctions, y compris en cas de transaction amiable	0	0	0	0	0

Source : CAK.

À ce jour, la seule décision d'application portant sur des accords verticaux reste l'affaire *Airtel contre Safaricom*, rendue par la CAK en 2014¹⁹. Il convient toutefois de noter que cette affaire a été instruite en vertu des dispositions de la Loi sur la concurrence relatives aux abus de position dominante et non en application directe de l'interdiction des accords verticaux visée à la section 4.4.

4.3. Analyse des actions répressives à l'encontre d'accords prohibés

4.3.1. Faible niveau de répression

Au cours des cinq dernières années, la CAK a sanctionné en moyenne 0.8 entente horizontale par an et aucune entente verticale. Le recul observé ces dernières années au Kenya est particulièrement marqué.

Un niveau de répression trop faible compromet l'effet dissuasif du droit de la concurrence, dans la mesure où la dissuasion ne fonctionne que si les acteurs estiment réelle la probabilité que leurs agissements soient détectés et sanctionnés. Les parties prenantes externes ont vivement critiqué l'approche de la CAK en matière de sanction des accords prohibés. Comme indiqué au chapitre 2, des préoccupations ont été exprimées à plusieurs reprises quant au manque d'attention stratégique accordée par la CAK aux enquêtes sur les ententes, ses ressources étant trop orientées vers des formations et des ateliers destinés à son personnel, ainsi que vers que des activités de sensibilisation. Les parties prenantes reconnaissent certes l'importance de former le personnel et de mener des actions de sensibilisation. Elles estiment toutefois que les affaires concrètes d'application du droit de la concurrence, notamment en matière d'ententes, constituent à la fois le meilleur outil de formation et le moyen de sensibilisation le plus efficace.

La Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables demande aux juridictions adhérentes [\[OECD/LEGAL/0452\]](#) d'« autoriser et encourager l'utilisation d'outils de

règlement précoce des affaires, tels que les transactions amiables et les procédures de négociation de peine, qui présupposent souvent une reconnaissance de culpabilité et/ou des faits et/ou une renonciation au droit de faire appel ». Cela nécessite toutefois de trouver le juste équilibre entre privilégier d'une part un règlement précoce des affaires pour optimiser l'utilisation des ressources de l'autorité de la concurrence et éviter d'autre part que des sanctions trop clémentes n'affaiblissent l'effet dissuasif, tant à l'égard de l'entreprise sanctionnée que de l'ensemble des acteurs du marché.

4.3.2. Sanctions et dissuasion

La Recommandation sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics [OECD/LEGAL/0396] préconise des sanctions suffisamment dissuasives en cas de soumissions concertées, incluant notamment la responsabilité pénale et l'emprisonnement des personnes physiques responsables.

Au sein de la CAK, tant le personnel que la direction considèrent que l'approche de l'autorité en matière de sanction des ententes demeure perfectible. Depuis le début de ses activités en 2011, la CAK est passée de simples avertissements à des amendes symboliques puis plus significatives désormais, contribuant à une meilleure sensibilisation au droit de la concurrence dans le pays. Les parties prenantes internes demeurent très préoccupées par les éventuelles critiques extérieures négatives concernant le caractère excessivement punitif de la réglementation, pouvant entraîner des fermetures d'entreprises avec des pertes d'emplois, ou décourager l'investissement étranger. Pour la CAK, l'ambition n'est pas tant de sanctionner les entreprises que de les convertir en ambassadeurs de la conformité. La CAK n'exige pas des entreprises qu'elles reconnaissent un comportement répréhensible. De fait, les entreprises peuvent même négocier dans le cadre de transactions amiables pour éviter d'être citées dans les communiqués de presse ou dans les affaires publiées (sachant, rappelons-le, que les décisions formelles de la CAK ne sont pas rendues publiques).

Par conséquent, le règlement transactionnel constitue l'approche par défaut adoptée par la CAK. Bien que la sanction civile maximale dans le cas d'ententes s'élève à 10 % du chiffre d'affaires, la CAK n'a jamais infligé une amende proche d'un tel montant et n'a manifesté aucune intention de le faire à court ou moyen terme. Selon les estimations fournies par les parties prenantes, les sanctions appliquées dans le cadre d'une transaction amiable représentent généralement moins de 1 % du chiffre d'affaires total. Dans les affaires récentes pour lesquelles on dispose de données sur le montant des sanctions issues de transactions amiables, les montants sont les suivants :

- 5 % du chiffre d'affaires de l'association professionnelle dans le cas de l'entente impliquant la Energy Dealers Association²⁰.
- 3.5 % de la valeur de l'appel d'offres (et non du chiffre d'affaires total de l'entreprise) dans le cas de l'entente relative aux poteaux électriques²¹.

La CAK a indiqué que le montant peu élevé des amendes transactionnelles s'explique aussi en partie par la crainte que des sanctions trop lourdes ne dissuadent l'investissement au Kenya, ou ne conduisent les entreprises sanctionnées à la faillite (ce qui aurait également des répercussions sur l'emploi). Les préoccupations quant à un affaiblissement de la concurrence sur un marché en cas de retrait d'une entreprise lourdement sanctionnée doivent être évaluées au regard des gains concurrentiels générés par une politique de dissuasion des ententes à l'échelle du Kenya (Buccirossi et al., 2009^[2]). En outre, une réduction trop importante du montant des amendes motivée par un risque de faillite pourrait avoir un effet contreproductif sur les incitations des entreprises à respecter les règles de concurrence. Elle entraînerait un traitement différencié des contrevenants uniquement en fonction de leur situation financière et pourrait même inciter certaines à augmenter leur endettement pour paraître insolvables, afin de réduire le niveau des amendes escomptées (Buccirossi et al., 2009^[2]).

Plusieurs parties prenantes externes ont fait observer que si l'approche conciliante de la CAK en matière de règlement transactionnel pouvait se justifier durant ses premières années d'activité, il était désormais temps, après 14 ans d'existence, d'infliger des sanctions substantielles si nécessaire. Aucune partie n'a jamais sollicité la clémence au Kenya, plusieurs parties prenantes externes expliquant que cela tenait au faible risque de faire l'objet d'une enquête et à la générosité des transactions amiables, permettant aux entreprises de ne payer que des montants modestes lorsqu'elles sont prises en faute.

Il convient de concilier le règlement précoce des affaires par voie de transaction avec l'impératif de dissuader efficacement les ententes et d'encourager les entreprises à demander la clémence (OCDE, 2019^[3]). Cela revêt une importance particulière dans le contexte kényan, où la CAK souligne la nécessité de continuer à sensibiliser au droit de la concurrence, alors qu'aucune entreprise n'a sollicité la clémence et qu'aucun lanceur d'alerte ne s'est manifesté. Pour la CAK, renforcer la répression des ententes et augmenter le niveau des sanctions infligées devraient constituer une priorité.

4.3.3. Prévenir les soumissions concertées

La Recommandation sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics [OECD/LEGAL/0396] reconnaît que les soumissions concertées constituent l'une des violations les plus graves du droit de la concurrence. Elles portent préjudice à l'acheteur public par une augmentation des prix, une diminution de la qualité, l'instauration de restrictions ou de quotas de production, ainsi que par un partage ou une division des marchés (OCDE, 2021^[4]).

Les marchés publics représentent 60 % du budget annuel du gouvernement kényan, soit entre 10 % et 13 % du PIB (National Treasury of Kenya, 2025^[5]; Kenyan Public Procurement Regulatory Authority, 2023^[6]). La Constitution kényane impose que le système de passation des marchés soit juste, équitable, transparent, concurrentiel et rentable²². L'article 227 exige également du Parlement qu'il établisse un cadre législatif sanctionnant, entre autres, la violation des procédures de passation des marchés publics, ainsi que les pratiques de corruption²³.

Il existe un protocole d'accord entre la CAK et l'Autorité de réglementation des marchés publics (*Public Procurement Regulatory Authority*, PPRA). Toutefois, dans la pratique, aucune coopération n'a à ce jour abouti à une quelconque action de lutte contre les soumissions concertées. Jusqu'à présent, la coopération s'est concentrée *a minima* sur le renforcement des capacités et la formation des acheteurs, les autorités ne communiquant pas régulièrement entre elles.

Bien que son utilisation soit obligatoire, à peine 800 des 34 000 autorités adjudicatrices du Kenya recourent au portail national de passation de marchés publics en ligne. Ni la CAK ni la PPRA ne disposent de capacités d'examen de sorte qu'elles dépendent entièrement des plaintes pour détecter les soumissions concertées.

La PPRA n'a jamais prononcé de sanction pour une quelconque violation de la loi sur les marchés publics, et encore moins pour des pratiques de corruption telles que les soumissions concertées. Les pratiques de soumissions concertées sur lesquelles la CAK a enquêté et qui ont donné lieu à des sanctions dans le cadre d'appels d'offres relatifs à des poteaux électriques ont été révélées à la suite d'une plainte et grâce à une veille médiatique.

4.4. Abus de position dominante

Le cadre juridique de l'abus de position dominante est défini par les articles 23 et 24 de la Loi sur la concurrence. L'article 24 de ladite loi interdit tout abus de position dominante par une entreprise opérant sur un marché au Kenya, y compris par les pratiques suivantes :

- imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions commerciales déloyales
- limiter ou restreindre la production, les débouchés ou l'accès au marché, l'investissement, la distribution, le développement technique ou le progrès technologique par des pratiques prédatrices ou autres
- appliquer des conditions différentes à des transactions équivalentes avec d'autres partenaires commerciaux
- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les autres partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont aucun lien avec l'objet des contrats
- abuser de droits de propriété intellectuelle (PI)

La liste des pratiques abusives figurant dans la Loi sur la concurrence porte à la fois sur les pratiques d'exploitation et d'exclusion. Il s'agit d'une liste non exhaustive de comportements potentiellement abusifs, ce qui signifie que d'autres pratiques peuvent également constituer un abus de position dominante²⁴.

Pour déterminer si une entreprise s'est rendue coupable d'un abus de position dominante, la CAK doit dans un premier temps définir le marché en cause, puis établir si l'entreprise jouit d'une position dominante et enfin décider si elle a abusé de cette position²⁵.

Au Kenya, l'abus de position dominante constitue une infraction pénale ou administrative. Les sanctions pénales comprennent une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans et/ou une amende pouvant atteindre 10 000 000 KES (environ 66 000 EUR)²⁶. Les sanctions administratives comprennent une amende pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires annuel brut réalisé par l'entreprise au Kenya au cours de l'année précédente²⁷.

4.4.1. Définition du marché

En vertu de l'article 4, paragraphe 1, alinéa b de la Loi sur la concurrence, la CAK a élaboré les Lignes directrices sur la définition des marchés en cause afin d'expliquer la manière dont elle applique ce concept (CAK, 2019^[7]). Les lignes directrices s'appliquent aux accords verticaux, aux abus de position dominante et au contrôle des fusions.

Les lignes directrices précisent que si la définition du marché n'est pas une fin en soi, elle constitue la première étape d'une analyse complète de la concurrence, qui aide la CAK à définir les limites dans lesquelles la concurrence s'exerce et à évaluer les effets sur la concurrence d'un comportement ou d'une opération par le calcul des parts de marché et l'identification des concurrents réels ou potentiels des entreprises concernées²⁸.

Pour déterminer les marchés en cause, la CAK se concentre à la fois sur la substituabilité de l'offre et de la demande. Elle définit les marchés en cause selon deux dimensions principales : le marché de produits (qui regroupe tous les produits ou services considérés comme raisonnablement interchangeables ou substituables en fonction des préférences des consommateurs, des caractéristiques des produits, de l'utilisation prévue, des méthodes de production, des matières premières utilisées et des modalités d'accès au marché) et le marché géographique (qui correspond à la zone dans laquelle les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande de produits ou de services, dans des conditions de concurrence suffisamment homogènes)²⁹.

Selon les lignes directrices, le test du monopoleur hypothétique (également appelé test « SSNIP » pour *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*) est le principal critère utilisé par la CAK pour définir les marchés en cause³⁰.

Les lignes directrices précisent également les types de preuves et d'informations que la CAK peut utiliser dans le processus de définition du marché. Parmi ces éléments, figurent entre autres les caractéristiques des produits et l'utilisation prévue, la substitution observée récemment, les opinions des clients et des concurrents, les préférences des consommateurs, les obstacles à la substitution, l'évolution des prix, les importations et les coûts de transport³¹.

Les lignes directrices contiennent également des éléments relatifs à la définition des marchés dans des contextes spécifiques comme les marchés multifaces, les marchés non tarifaires, les marchés numériques et les marchés secondaires (ou l'après-vente)³².

4.4.2. Position dominante

En vertu de la Loi sur la concurrence, une entreprise est considérée comme détenant une position dominante lorsque³³ :

- Elle détient une part de marché de plus de 50 % sur un marché en cause.
- Elle détient une part de marché comprise entre 40 % et 50 % sur un marché en cause, à moins qu'elle ne prouve qu'elle n'a pas de pouvoir de marché.
- Elle détient une part de marché inférieure à 40 % sur un marché en cause, mais dispose d'un pouvoir de marché.

En fonction de la disponibilité des données et des caractéristiques du marché, la CAK peut évaluer différents facteurs pour déterminer les parts de marché, tels que le chiffre d'affaires (ventes en valeur), les unités de demande (ventes unitaires), la production ou la capacité potentielle de production ou de vente³⁴.

La législation établit une présomption de position dominante pour les entreprises détenant plus de 50 % de parts de marché. Pour les entreprises détenant moins de 50 % de parts de marché, la CAK doit évaluer si celles-ci détiennent un pouvoir de marché ou si elles sont en mesure d'exercer un tel pouvoir³⁵. Selon la CAK, une entreprise détient un pouvoir de marché lorsqu'elle a : (i) la capacité d'agir sans contrainte notable de la part de ses clients, ses concurrents et ses fournisseurs ; et/ou (ii) la capacité de contrôler les prix, de maintenir des tarifs supérieurs aux niveaux concurrentiels de manière rentable, ou de limiter la production ou la qualité en deçà des niveaux concurrentiels (c'est-à-dire si elle peut agir sans être contrainte par ses clients, ses concurrents et ses fournisseurs)³⁶.

Plusieurs facteurs sont pris en compte à cet égard, notamment les barrières à l'entrée, le pouvoir compensateur, les importations, la différenciation des produits, la stabilité des parts de marché et la capacité de l'entreprise à maintenir des hausses de prix au fil du temps³⁷.

4.4.3. Comportement abusif

L'abus de position dominante est apprécié à l'aune la règle de raison, ce qui signifie qu'un comportement ne sera considéré comme illégal que si ses effets anticoncurrentiels l'emportent sur ses effets proconcurrentiels.

En effet, lorsqu'elle évalue une pratique unilatérale, la CAK prend en compte la pratique en question, ainsi que le niveau de concurrence sur le marché avec et sans cette pratique. De manière générale, elle cherche à déterminer si le comportement se traduit par une situation de verrouillage du marché, entraîne l'exclusion des concurrents ou conduit à l'exploitation des consommateurs. Elle peut également examiner si la pratique renforce les barrières à l'entrée³⁸. Il appartient à la CAK de démontrer les effets anticoncurrentiels de la pratique unilatérale, tandis que les parties visées par l'enquête sont en droit de justifier objectivement leur pratique ou de faire valoir des arguments liés à l'efficacité³⁹.

Les lignes directrices de la CAK fournissent des orientations plus spécifiques sur l'évaluation des différents types d'abus, en particulier ceux relevant des pratiques mentionnées dans la liste non exhaustive prévue

à l'article 24, paragraphe 2 de la Loi sur la concurrence. Par exemple, en ce qui concerne les prix ou les conditions commerciales déloyaux, la CAK évalue : les prix facturés à divers clients et fournisseurs, la structure des coûts de production des biens ou des services, les coûts réels de production des biens ou des services, les prix et les coûts sur un marché concurrentiel ou comparable et la rentabilité de l'entreprise dominante⁴⁰. S'agissant de la discrimination par les prix, la CAK examine : si l'entreprise dominante exerce un contrôle sur les prix, a la capacité et l'intention de segmenter les clients en différents groupes et s'il existe un préjudice pour les clients⁴¹. Pour ce qui est des ventes liées et des ventes groupées, la CAK évalue si les produits ou services en question sont distincts et si les ventes liées ou groupées affectent négativement la concurrence sur le marché lié ou sur le marché liant, ou sur les deux⁴². Enfin, bien que le fait de détenir un droit de PI ne confère pas automatiquement un pouvoir de marché, il est entendu que les titulaires de droits de PI peuvent abuser de leur position dominante, par exemple s'ils utilisent leurs droits de PI pour empêcher le développement d'un nouveau produit ou marché⁴³.

4.4.4. Pratiques en matière d'application du droit de la concurrence

Le Département de l'application du droit et de la conformité est chargé de mener les enquêtes de la CAK sur les abus de position dominante. En avril 2025, il comptait neuf agents.

Selon ses propres données, entre 2020 et 2023, la CAK a rendu 82 décisions dans des affaires d'abus de position dominante. Toutes les enquêtes ont été clôturées sans constater d'infraction (voir Tableau 4.3 ci-après). La durée des procédures varie considérablement, de 268 à 753 jours. L'affaire d'abus de position dominante la plus notable remonte à 2014, année où une transaction amiable a été conclue avec la partie visée par l'enquête (voir le prochain encadré).

Entre 2020 et 2023, la CAK a ouvert 80 enquêtes, dont 56 à la suite d'une plainte.

Tableau 4.3. Répression des situations d'abus de position dominante au Kenya

	2020	2021	2022	2023	2024
Nombre total de décisions définitives rendues	17	20	27	18	
Décisions définitives constatant une infraction et donnant lieu à une amende (y compris des transactions amiables)	0	0	0	0	
Décisions définitives mettant fin à une enquête consécutivement à l'acceptation des engagements	0	0	0	0	
Décisions définitives mettant fin à une enquête sans établir d'infraction	17	20	27	18	

Source : CAK.

Encadré 4.2. Airtel Kenya Limited contre Safaricom Limited (2014)

En 2014, la CAK a été saisie d'une plainte d'Airtel Kenya Limited contre Safaricom Limited (« Safaricom »), alléguant que cette dernière avait abusé de sa position dominante en concluant des accords d'exclusivité sur le marché des services de transfert d'argent par téléphone mobile. Safaricom était notamment soupçonnée d'avoir noué des accords avec ses agents M-PESA leur interdisant de proposer des services concurrents de transfert d'argent par téléphone mobile, une pratique constitutive d'un abus de position dominante.

En réponse, la CAK a mené une enquête en deux étapes : premièrement, pour établir si Safaricom détenait une position dominante et deuxièmement, pour déterminer si Safaricom avait abusé de sa position dominante.

Pour commencer, la CAK a constaté que Safaricom était l'entreprise dominante sur le marché des services de transfert d'argent par téléphone mobile, avec une part de marché de plus de 75 %. Par la suite, elle a déterminé que les contrats d'agent M-PESA comportaient des clauses d'exclusivité interdisant aux agents de faire la promotion ou de vendre des services concurrents, alors que les banques et les grandes enseignes de supermarché en étaient exemptées. Cela a dissuadé les agents d'investir dans des services concurrents par crainte de représailles, alors même que Safaricom n'avait consenti que des investissements minimes dans le réseau de vente au détail, insuffisants pour justifier une exclusivité. Cette pratique a eu pour effet de brider la concurrence sur le marché des transferts d'argent par téléphone mobile, entraîné une utilisation inefficace des ressources des « super agents » et entravé la croissance socio-économique, ce qui constitue un abus de position dominante par limitation de la production.

Un règlement transactionnel été conclu aux conditions suivantes : (i) Safaricom doit rapidement réviser les contrats des agents M-PESA afin de supprimer la clause d'exclusivité, permettant aux agents de traiter avec d'autres prestataires de services de transfert d'argent ; (ii) sa surveillance des agents doit être limitée à ses propres services ; et (iii) chaque prestataire de services de transfert d'argent mobile doit veiller à se conformer aux réglementations de la Banque centrale du Kenya.

Source : Décision de la CAK n° CAK/EC/05/34/A du 18 juillet 2014.

4.5. Analyse de la répression de l'abus de position dominante

4.5.1. Définition du marché

Bien que la méthodologie exposée dans les Lignes directrices sur la définition des marchés en cause soit, dans l'ensemble, conforme aux meilleures pratiques internationales, l'OCDE n'a pas été en mesure d'évaluer précisément son application par la CAK, ni par conséquent comment les marchés en cause sont définis dans la pratique. Cela tient au fait que les décisions ne sont pas rendues publiques dans leur intégralité et n'ont pas été communiquées à l'équipe. En effet, les décisions publiées ne présentent que les conclusions relatives à la définition du marché, sans en expliciter le raisonnement sous-jacent.

Lors de la mission d'enquête de l'OCDE, plusieurs parties prenantes ont fait part de leurs préoccupations quant à la définition des marchés en cause par la CAK. Elles ont souligné que l'analyse est souvent peu détaillée et reposait davantage sur des considérations qualitatives que sur des éléments quantitatifs. Selon les parties prenantes, bien que les Lignes directrices sur la définition des marchés en cause fassent du test SNIPP l'instrument principal pour délimiter les marchés en cause, elles constatent que concrètement il n'a été appliqué qu'à de rares occasions.

Le personnel de la CAK a reconnu que la définition des marchés en cause se heurte à un accès insuffisant aux données nécessaires, situation qui découle de la capacité limitée de la CAK en matière de collecte d'informations, ainsi qu'on l'a indiqué plus haut. Le personnel souligne également que ces problèmes sont particulièrement marqués dans les secteurs où l'économie informelle est très présente, ce qui a déjà été constaté dans des affaires antérieures.

4.5.2. Position dominante et comportement abusif

De manière générale, le cadre juridique kényan relatif à l'abus de position dominante est conforme aux meilleures pratiques internationales. En effet, détenir une position dominante ne constitue pas en soi une atteinte au droit de la concurrence au Kenya et, pour caractériser un abus, la CAK doit démontrer que l'entreprise en cause est dominante et qu'elle a abusé de cette position. Par ailleurs, la liste des pratiques unilatérales potentielles énumérées dans la Loi sur la concurrence n'est pas exhaustive, ce qui tend à

montrer que la CAK s'intéresse davantage aux effets anticoncurrentiels plutôt qu'à la forme. L'abus de position dominante est examiné au regard de la règle de raison : l'autorité de la concurrence doit commencer par démontrer les effets anticoncurrentiels du comportement (notamment au vu de sa capacité à exclure des concurrents ou à altérer le processus concurrentiel), puis déterminer s'il existe des motifs légitimes fondés sur des gains d'efficacité.

Il semble cependant que la définition de la position dominante et du pouvoir de marché soit peu précise. D'une part, les entreprises détenant une part de marché supérieure à 50 % sur un marché en cause sont présumées dominantes. D'autre part, celles qui détiennent moins de 50 % de parts de marché sont également considérées comme dominantes si : (i) elles détiennent entre 40 % et 50 % de parts de marché, sauf si elles peuvent démontrer l'absence de pouvoir de marché ; ou (ii) elles détiennent moins de 40 % de parts de marché, mais disposent d'un pouvoir de marché. Selon ces dispositions, la notion de position dominante repose sur des éléments structurels, comme un seuil de part de marché, tandis que le pouvoir de marché s'apprécie au regard d'autres conditions et dynamiques du marché, telles que les barrières à l'entrée, le pouvoir compensateur, etc.

Dans la pratique, selon la CAK, pour établir l'existence d'un abus de position dominante, l'autorité doit démontrer l'existence d'une position dominante, laquelle repose sur la capacité à exercer un pouvoir de marché. Pour les entreprises détenant plus de 50 % de parts de marché, la position dominante est présumée, ce qui signifie qu'il suffit de démontrer que le seuil est atteint. Pour les entreprises situées en deçà de ce seuil, la CAK doit apprécier l'existence d'un pouvoir de marché, ce qui nécessite une analyse des conditions et des dynamiques du marché afin de déterminer si l'entreprise est en mesure de fixer ses prix, ses volumes de production ou ses conditions commerciales sans être dans les faits contrainte par ses clients, ses concurrents ou ses fournisseurs.

Le texte de la Loi sur la concurrence semble introduire une présomption irréfragable de position dominante pour les entreprises détenant plus de 50 % de parts de marché, car ni la Loi ni les lignes directrices de la CAK ne mentionnent la possibilité de renverser cette présomption en démontrant l'absence de pouvoir de marché. En revanche, pour les entreprises dont la part de marché se situe entre 40 % et 50 %, la loi prévoit également une présomption de position dominante, tout en leur permettant expressément de prouver qu'elles ne détiennent pas de pouvoir de marché. Néanmoins, lors de la mission d'enquête de l'OCDE, les parties prenantes de la CAK ont indiqué que les deux présomptions de position dominante sont, dans la pratique, réfragables : les entreprises peuvent ainsi apporter des éléments démontrant qu'elles ne disposent pas d'un pouvoir de marché suffisant leur permettant de s'affranchir des contraintes concurrentielles.

Par conséquent, bien que le cadre juridique semble s'écarter des meilleures pratiques internationales relatives à la définition de la position dominante, dans la pratique, les évaluations menées par la CAK sont globalement conformes à ces normes. Toutefois, le manque de clarté du cadre juridique peut toujours engendrer une insécurité juridique, notamment en raison du risque de nouvelles interprétations des dispositions existantes. De nombreuses juridictions prévoient un seuil de part de marché en deçà duquel l'existence d'une position dominante est jugée peu probable et au-delà duquel elle est présumée probable. Le plus souvent, les parts de marché ne constituent qu'une première étape de l'établissement d'une position dominante (c'est-à-dire une présomption réfragable) ; cette analyse est ensuite complétée par l'appréciation au cas par cas d'autres conditions et dynamiques du marché, comme l'entrée potentielle de nouveaux concurrents et la croissance des concurrents existants, le pouvoir d'achat compensateur, les sources d'approvisionnement alternatives et les barrières à l'entrée (OCDE, 2021^[8]).

En ce qui concerne la répression des abus de position dominante, plusieurs enquêtes ont été menées par le passé, mais aucune décision constatant une infraction n'a été rendue à ce jour. Une seule affaire peut être considérée comme significative : celle dans laquelle la CAK a conclu une transaction amiable en 2014 avec la partie faisant l'objet de l'enquête, comme mentionné plus haut.

Selon la base de données CompStats de l'OCDE, entre 2019 et 2023, le nombre moyen de décisions constatant une infraction pour abus de position dominante s'élevait à 1.5 dans les juridictions de l'OCDE, à 2 dans les juridictions non OCDE, à 3 dans les juridictions de la région MOA et à 0.8 dans les juridictions comparables en termes d'ancienneté de l'autorité de la concurrence.

L'OCDE n'a pas pu accéder à l'intégralité des décisions rendues dans les affaires d'abus de position dominante (y compris les décisions concluant à l'absence d'infraction), ce qui a limité la capacité de l'équipe à évaluer plus avant les raisons sous-jacentes de l'absence de répression effective. Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les parties prenantes de la CAK ont indiqué que le nombre limité de plaintes pouvait expliquer, au moins en partie, la faiblesse de l'action répressive contre les pratiques unilatérales, tout en précisant que l'autorité s'efforce de renforcer ses actions d'office destinées à détecter d'éventuels abus de position dominante. Elles ont en outre souligné qu'il est très difficile de prouver l'existence d'une position dominante, en particulier en raison des obstacles rencontrés pour obtenir des données actualisées permettant de calculer les parts de marché. Dans la pratique, la CAK s'appuie sur des données ventilées provenant du Bureau national des statistiques du Kenya (avec lequel elle a conclu un protocole d'accord), complétées par des informations provenant d'organismes de réglementation sectoriels, d'études documentaires et d'acteurs du marché. Des efforts supplémentaires sont nécessaires pour contraindre les acteurs du marché à communiquer les données requises, notamment en mobilisant les pouvoirs de la CAK pour assurer le respect des demandes d'informations obligatoires.

Références

- Buccirossi, P. et al. (2009), *Deterrence in Competition Law*, <http://nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=nbn:de:bvb:19-epub-13269-7>. [2]
- CAK (2019), *Competition Authority of Kenya Revised Guidelines on Relevant Market Definition*, [https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/Guidelines%20on%20Relevant%20Market%20Definition%20\(1\).pdf](https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/Guidelines%20on%20Relevant%20Market%20Definition%20(1).pdf). [7]
- Kenyan Public Procurement Regulatory Authority (2023), *Public Consultation/Invitation of Comments and Feedback on the Proposed Public Procurement Capacity Building Levy*, <https://ppra.go.ke/capacity-building-levy/> (accessed on 12 November 2025). [6]
- National Treasury of Kenya (2025), *The launch of the Electronic Government Procurement System*, <https://newsite.treasury.go.ke/launch-electronic-government-procurement-system> (accessed on 12 November 2025). [5]
- OCDE (2021), "Economic Analysis and Evidence in Abuse Cases", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 269, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/63e6d5f0-en>. [8]
- OCDE (2021), *Fighting Bid Rigging in the Health Sector in Peru : A Review of Public Procurement at EsSalud*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/13f7e8f4-en>. [4]
- OCDE (2019), *Examen de la Recommandation de 1998 de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/084fea00-fr>. [3]
- OCDE (2009), *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/f15cf9c3-fr>. [1]

Notes

¹ Loi sur la concurrence, art. 21.

² Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 3.

³ Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 8.

⁴ Loi sur la concurrence, art. 22.

⁵ Lignes directrices consolidées sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, paragraphes 41 et 42.

⁶ Loi sur la concurrence, art. 36.

⁷ Loi sur la concurrence, art. 38.

⁸ Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 9 et article 22, paragraphe 6.

⁹ Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 3, alinéa c.

¹⁰ CAK, Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, <https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/Consolidated%20Guidelines%20on%20Restrictive%20Trade%20Practices%20.pdf>.

¹¹ Notez qu'une version actualisée des Lignes directrices de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics a été publiée en 2025, <https://doi.org/10.1787/e82724e8-fr>.

¹² Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 2.

¹³ Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 3, alinéa d.

¹⁴ Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 5.

¹⁵ Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 3, alinéa g.

¹⁶ Loi sur la concurrence, article 21, paragraphe 3, alinéa h.

¹⁷ Lignes directrices consolidées sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, paragraphes 41 et 42.

¹⁸ Lignes directrices consolidées sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, paragraphe 55.

¹⁹ Airtel Kenya Limited contre Safaricom Limited CAK/EC/05/34/A.

²⁰ Décision CAK/EC/05/182/A.

²¹ Décision CAK/EC/05/188/A.

²² Constitution du Kenya, article 227, paragraphe 1.

²³ Constitution du Kenya, article 227, paragraphe 2, alinéas c et d.

²⁴ Loi sur la concurrence, article 24, paragraphe 2.

²⁵ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, articles 60 à 62.

²⁶ Loi sur la concurrence, article 24, paragraphe 3.

²⁷ Loi sur la concurrence, art. 36.

²⁸ Autorité de la concurrence du Kenya, Lignes directrices révisées sur la définition des marchés en cause, articles 3 et 4.

²⁹ Autorité de la concurrence du Kenya, Lignes directrices révisées sur la définition des marchés en cause, articles 10 à 12.

³⁰ Autorité de la concurrence du Kenya, Lignes directrices révisées sur la définition des marchés en cause, art. 13.

³¹ Autorité de la concurrence du Kenya, Lignes directrices révisées sur la définition des marchés en cause, articles 19 à 53.

³² Autorité de la concurrence du Kenya, Lignes directrices révisées sur la définition des marchés en cause, articles 58 à 73.

³³ Loi sur la concurrence, article 4, paragraphe 3 et article 23.

³⁴ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, art. 69.

³⁵ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, art. 66.

³⁶ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, art. 65.

³⁷ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, articles 64 et 66 à 68.

³⁸ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, articles 70 à 72.

³⁹ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, art. 87.

⁴⁰ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, art. 78.

⁴¹ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, art. 80.

⁴² Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, art. 83.

⁴³ Lignes directrices consolidées de la CAK sur les pratiques commerciales restrictives, Loi sur la concurrence, articles 85 et 86.

5 Fusions

Ce chapitre porte sur le cadre de contrôle des contrôles au Kenya, tant au niveau national que supranational.

5.1. Législation et pratique

La partie IV de la Loi sur la concurrence établit un régime de contrôle des fusions obligatoire et *ex ante* au Kenya. La notification d'une fusion a un effet suspensif jusqu'à la décision de la CAK ou jusqu'à l'expiration de la période d'examen¹. La CAK peut autoriser l'opération sans condition, l'autoriser sous réserve de mesures correctives, ou la rejeter².

La CAK a publié quelques lignes directrices en lien avec le contrôle des fusions. Outre les Lignes directrices relatives au seuil de notification des fusions (qui accompagnent les Règles (générales) de concurrence), la CAK a élaboré les Lignes directrices relatives à la définition du marché (CAK, 2019^[1]), les Lignes directrices consolidées relatives aux fusions (CAK, 2024^[2]) et les Lignes directrices relatives aux coentreprises (CAK, 2024^[3]).

Le concept de fusion est défini à l'article 41, paragraphe 1 de la Loi sur la concurrence et englobe les opérations dans lesquelles une ou plusieurs entreprises acquièrent ou contrôlent directement ou indirectement tout ou partie des activités d'une autre entreprise. L'article 41 de la Loi sur la concurrence, l'article 6 des Règles (générales) de concurrence ainsi que les Lignes directrices consolidées relatives aux fusions et les Lignes directrices relatives aux coentreprises fournissent des précisions supplémentaires sur la définition des fusions aux fins de l'examen des fusions au Kenya.

Le Département des fusions-acquisitions au sein de la Direction de la concurrence et de la protection des consommateurs est chargé de l'examen des fusions. En avril 2025, il comptait 7 agents. Les décisions sont prises par le conseil d'administration sur la base d'un rapport final approuvé par le directeur général.

5.1.1. Système de notification

Selon la Loi sur la concurrence, la CAK peut, en consultation avec le Secrétaire du Cabinet et en publiant un avis dans le journal officiel, fixer des seuils de notification des fusions³. En pratique, des seuils ont été définis dans les Règles (générales) de concurrence, qui prévoient des seuils distincts fondés sur le chiffre d'affaires et sur les actifs pour les notifications obligatoires (dites « notifications intégrales »)⁴ :

- les fusions dans lesquelles les entreprises réalisent un chiffre d'affaires ou détiennent des actifs combinés au niveau local (le montant le plus élevé étant retenu) de 1 milliard KES (environ 6.6 millions EUR) au minimum et dans lesquelles le chiffre d'affaires ou les actifs (le montant le plus élevé étant retenu) de l'entreprise cible dépassent 500 millions KES (environ 3.3 millions EUR) ;
- les fusions dans lesquelles le chiffre d'affaires ou les actifs de l'acquéreur (le montant le plus élevé étant retenu) dépassent 10 milliards KES (environ 66 millions EUR), les parties à la fusion se trouvent sur le même marché ou peuvent être verticalement intégrées et la transaction n'atteint pas les seuils de notification des fusions du COMESA ;
- les fusions dans lesquelles les entreprises opèrent dans la région du COMESA, si les entreprises réalisent un chiffre d'affaires ou détiennent des actifs combinés au niveau local de 500 millions KES (environ 3.3 millions EUR) au minimum et dans lesquelles les deux tiers ou plus de leur chiffre d'affaires ou de leurs actifs (le montant le plus élevé étant retenu) sont générés ou situés au Kenya ; ou
- les fusions entre entreprises opérant dans le secteur minier, si la valeur des gisements, les droits et les actifs liés à l'exploration qui seront détenus à l'issue de la fusion dépassent 10 milliards KES (environ 66 millions EUR).

Inspirées des dispositions générales de la Loi sur la concurrence⁵, les Règles (générales) de concurrence disposent également que les opérations qui répondent aux critères suivants peuvent échapper à l'obligation de notification⁶ :

- les fusions dans lesquelles le chiffre d'affaires ou les actifs combinés (le montant le plus élevé étant retenu) des parties à la fusion sont compris entre 500 millions KES (environ 3.3 millions EUR) et 1 milliard KES (environ 6.6 millions EUR), et
- les fusions entre entreprises opérant dans le secteur minier, si elles sont engagées dans la prospection, indépendamment de la valeur des actifs.

Ces fusions doivent aussi être notifiées à la CAK (mais en suivant une procédure simplifiée). La CAK procédera alors à une évaluation dans un délai de 14 jours et décidera de l'opportunité de ne pas soumettre l'opération à la procédure de notification intégrale et d'examen correspondant. Cette décision incombe au directeur général par délégation de pouvoir du conseil. Si la CAK conclut que l'opération aura probablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, de restreindre les échanges ou de soulever des préoccupations d'intérêt public, l'exemption n'est pas accordée et une notification intégrale est imposée. La CAK a empêché une seule transaction de bénéficier de la procédure de notification simplifiée, en 2015.

Les opérations qui atteignent les seuils suivants sont automatiquement exemptées de l'obligation de notification et peuvent être exécutées sans en informer la CAK⁷ :

- les fusions dans lesquelles le chiffre d'affaires ou les actifs combinés (le montant le plus élevé étant retenu) des parties à la fusion ne dépassent pas 500 millions KES (environ 3.3 millions EUR) ; ou
- les fusions qui atteignent le seuil de notification des fusions fixé par la Commission de la concurrence du COMESA (CCC) et pour lesquelles au moins deux tiers du chiffre d'affaires ou des actifs (le plus élevé des deux) ne sont pas générés ou situés au Kenya. En pareils cas, la CAK doit être informée par écrit de la notification au CCC⁸.

La CAK détient un pouvoir d'intervention et peut exiger des parties à des opérations exclues de demander une approbation lorsqu'il est probable que la fusion aura pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, de restreindre les échanges ou de soulever des préoccupations d'intérêt public⁹. À ce jour, la CAK a exercé ce pouvoir une seule fois, en 2015.

Les Règles (générales) de concurrence et les Lignes directrices relatives au seuil de notification des fusions précisent les modalités de calcul du chiffre d'affaires et des actifs, en indiquant qu'il convient de se baser sur le chiffre d'affaires annuel ou sur la valeur des actifs situés au Kenya¹⁰. En outre, des dispositions spécifiques s'appliquent aux établissements de crédit et autres entités financières, aux coentreprises et aux fonds d'investissement¹¹.

Les seuils de notification ont été définis en 2019 et n'ont pas été révisés depuis. Des changements ont été apportés pour éviter un chevauchement de compétence entre le Kenya et le COMESA, comme indiqué ci-dessous, qui ont conduit à une nette diminution du nombre de notifications à la CAK. Toute modification des seuils de notification doit être décidée par le Secrétaire du Cabinet chargé du Trésor national et de la Planification économique, en consultation avec la CAK.

Le Tableau 5.1 ci-dessous recense les notifications de fusion reçues par la CAK ces dernières années :

Tableau 5.1. Nombre de notifications de fusion reçues par la CAK, 2020-2024

Année	Notification intégrale	Notification avec demande d'exemption de la procédure intégrale	Total
2020	40	77	117
2021	21	29	50
2022	25	27	52
2023	21	25	46
2024	17	18	41

Note : La notification intégrale désigne les opérations qui atteignent les seuils de notification obligatoire, tandis que les opérations exemptées désignent les fusions qui n'ont pas à être notifiées.

Source : Données communiquées par la CAK.

5.1.2. Processus et calendrier de l'examen

Phase préalable à la notification

L'article 14 des Règles (générales) de concurrence prévoit la possibilité de consulter la CAK avant la notification pour déterminer si une opération doit obligatoirement être notifiée. Cette consultation peut aussi porter sur d'autres aspects, tels que le processus à suivre (les documents et renseignements à communiquer, par exemple) et le calendrier¹². Ces consultations sont facultatives et les avis formulés par la CAK ne sont pas contraignants.

La CAK estime que le nombre de consultations préalables à une notification auxquelles elle participe chaque année est compris entre 5 et 10.

Notification

Les critères de notification sont définis dans les Règles (générales) de concurrence, notamment la soumission d'un formulaire de notification contenant des informations détaillées sur les éléments à communiquer. Il s'agit par exemple de l'identité des parties à la fusion, de la nature et des modalités de l'opération, et de renseignements sur les marchés sur lesquels elles opèrent. Les notifications avec demande d'exemption de la procédure intégrale peuvent être accompagnées d'informations plus succinctes¹³.

Les parties à la notification doivent acquitter des frais de dossier qui varient en fonction du chiffre d'affaires combiné ou de la valeur des actifs :

- Entre 1 milliard KES (environ 6.6 millions EUR) et 10 milliards KES (environ 66 millions EUR) : 1 million KES (environ 6 600 EUR),
- Entre 10 milliards KES (environ 66 millions EUR) et 50 milliards KES (environ 330 millions EUR) : 2 millions KES (environ 13 200 EUR),
- Au-dessus de 50 milliards KES (environ 330 millions EUR) : 4 millions KES (environ 26 400 EUR).

Les frais de dossier relatifs aux fusions ont été fixés en 2019 et n'ont pas été modifiés depuis. Toute révision doit être décidée par le Secrétaire du Cabinet chargé du Trésor national et de la Planification économique, en consultation avec la CAK. Comme indiqué dans la section 2.1.3, les frais de dossier viennent alimenter le budget d'exploitation de la CAK.

Les notifications avec demande d'exemption de la procédure intégrale ne donnent pas lieu au paiement de frais de dossier.

Calendrier et procédure

Comme mentionné ci-avant, les Règles (générales) de concurrence prévoient que les opérations qui atteignent certains seuils peuvent être exemptées de l'obligation de notification intégrale. En pareils cas, la CAK dispose de 14 jours après réception de la notification simplifiée pour évaluer l'opération et déterminer si elle peut prétendre à l'exemption. Si la CAK conclut que l'opération soulève des préoccupations de concurrence ou d'intérêt public, elle peut contraindre les parties à soumettre une notification intégrale¹⁴. Selon la CAK, environ la moitié des fusions notifiées sont actuellement éligibles à la procédure simplifiée.

S'agissant des notifications intégrales, la CAK dispose de 30 jours pour analyser la notification reçue et, si nécessaire, demander des renseignements complémentaires. Dans ce cas de figure, elle doit rendre une décision dans un délai de 60 jours à compter de la réception des renseignements demandés. Si aucun renseignement complémentaire n'est requis, la CAK doit rendre une décision dans un délai de 60 jours à compter de la date de réception de la notification. Avant l'expiration de ces délais, la CAK peut décider d'organiser une audition, auquel cas elle doit rendre une décision dans les 30 jours qui suivent la conclusion de l'audition. Selon la complexité du dossier, ces délais peuvent être rallongés jusqu'à 60 jours sur décision motivée de la CAK¹⁵. Selon la CAK, cette prolongation n'a été appliquée qu'une seule fois à ce jour.

La CAK n'est pas tenue de rendre public le dépôt d'une notification de fusion ou le lancement d'un examen, par exemple en divulguant le nom des parties impliquées et leur activité économique. Pendant la procédure d'examen de la fusion, la CAK peut recueillir des déclarations et demander des renseignements à des tierces parties (entités privées et publiques)¹⁶. Les tierces parties peuvent communiquer des documents ou d'autres renseignements utiles sur l'opération¹⁷. Les parties à la fusion ont la possibilité d'échanger avec la CAK pendant l'enquête, y compris en apportant des contributions orales ou écrites et en rencontrant l'autorité¹⁸.

Les décisions relatives à une fusion doivent être motivées, notamment en cas d'interdiction ou d'autorisation sous réserve de mesures correctives¹⁹. La CAK doit notifier sa décision aux parties à la fusion par écrit et la publier dans le journal officiel²⁰. Dans les 30 jours qui suivent la publication, les parties à la fusion peuvent interjeter appel devant le Tribunal de la concurrence, qui doit rendre une décision dans un délai de quatre mois²¹. Les décisions du Tribunal de la concurrence peuvent être contestées devant la Haute cour dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision du Tribunal de la concurrence²².

Comme l'explique le chapitre 3, les décisions relatives à des fusions ne sont pas intégralement publiées. Seuls des résumés succincts sont rendus publics, à la fois dans le Journal officiel et sur le site web de la CAK. Les parties prenantes du secteur privé interrogées par l'OCDE se sont demandé si les parties à la fusion avaient accès aux décisions intégrales, même lorsque des mesures correctives sont imposées. Elles ont également constaté l'absence de calendrier type pour la publication en ligne des résumés.

Au Kenya, l'examen des fusions ne s'articule pas en deux phases. Autrement dit, tous les dossiers de notification intégrale sont évalués en une seule phase, indépendamment de leur complexité, et sont soumis aux mêmes délais, bien qu'en pratique les dossiers complexes prennent plus de temps. Selon la CAK, la durée moyenne d'examen des dossiers de notification intégrale au cours des cinq dernières années était de 45 jours.

5.1.3. Analyse de fond

L'analyse de la concurrence débute par la définition du marché concerné (voir le chapitre 4), suivie de l'évaluation de la concurrence et de l'évaluation de l'intérêt public. Conformément à l'article 46, paragraphe 2 de la Loi sur la concurrence, lorsque la CAK analyse une fusion, elle doit déterminer si celle-ci :

- empêche ou amoindrit la concurrence, restreint les échanges ou l'offre de services, ou met en péril la continuité des approvisionnements ou des services
- entraîne l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante
- génère des avantages publics supérieurs aux effets anticoncurrentiels
- a des conséquences sur un secteur d'activité ou une région en particulier
- a des conséquences sur l'emploi
- influe sur la capacité des petites entreprises d'avoir accès au marché ou de rester compétitives sur le marché
- réduit la capacité des industries nationales à rivaliser sur les marchés internationaux, et
- procure des avantages liés aux activités de recherche-développement, à l'efficacité technique, à l'augmentation de la production, à la distribution efficace de biens ou de services et à l'accès aux marchés

Évaluation des effets sur la concurrence

Conformément aux Lignes directrices sur l'évaluation des fusions quant au fond, le critère de fond appliqué par la CAK englobe à la fois le critère de position dominante et celui d'un amoindrissement substantiel de la concurrence²³. Selon la CAK, ces deux critères sont complémentaires, car les fusions qui empêchent ou amoindrissent la concurrence sont uniquement celles susceptibles de créer, maintenir ou accroître la capacité de l'entreprise fusionnée à exercer un pouvoir de marché, soit de manière unilatérale, soit en coordination avec d'autres acteurs du marché²⁴. Le principal objectif de l'évaluation de la concurrence est de veiller à ce qu'il existe une forte rivalité entre les entreprises sur le marché après la fusion²⁵.

Après avoir défini le ou les marchés concernés, la CAK calcule dans un premier temps les parts de marché et les niveaux de concentration du marché, y compris au moyen des ratios de concentration (CR4) et de l'indice d'Herfindahl-Hirschman (IHH), afin de déterminer leurs variations avant et après l'opération²⁶. Ensuite, l'autorité examine les effets concurrentiels de l'opération, y compris la possibilité pour les entreprises qui fusionnent d'exercer un pouvoir de marché, les barrières à l'entrée, la concurrence potentielle et le pouvoir compensateur²⁷. La CAK évalue les effets horizontaux (unilatéraux et coordonnés) et non horizontaux (verticaux et congloméraux), en tenant compte de l'impact de l'opération sur les prix, les revendeurs, le consommateur final, la quantité, la qualité et l'innovation²⁸.

Si la CAK détecte des effets anticoncurrentiels, les parties à la fusion peuvent faire valoir des gains d'efficacité générés par la fusion. Pour être acceptés, les gains d'efficacité doivent être démontrés par les parties, vérifiables par l'autorité, spécifiques à la fusion, répercutés sur les consommateurs et suffisants pour l'emporter sur les effets anticoncurrentiels²⁹. À ce jour, les gains d'efficacité n'ont joué aucun rôle dans la pratique décisionnelle de la CAK.

Les parties peuvent aussi invoquer l'argument de l'entreprise défaillante. Il leur incombe de le prouver et de démontrer que les conditions suivantes sont remplies : (i) l'entreprise prétendument défaillante serait, dans un proche avenir, contrainte de quitter le marché en raison de ses difficultés financières si elle n'était pas reprise par une autre entreprise ; (ii) il n'existe pas d'autre alternative de rachat moins dommageable pour la concurrence que la fusion notifiée ; (iii) si la fusion n'était pas réalisée, les actifs de l'entreprise défaillante disparaîtraient inévitablement du marché³⁰. Selon la CAK, l'argument de l'entreprise défaillante a été accepté dans un petit nombre de cas³¹. Toutefois, ces opérations ne posaient pas de problèmes sur le plan de la concurrence, ce qui signifie qu'en pratique, l'argument de l'entreprise défaillante était plutôt considéré comme un facteur positif lors de l'évaluation de l'intérêt public.

Évaluation de l'intérêt public

Comme mentionné plus haut, la Loi sur la concurrence impose à la CAK d'appliquer un critère d'« intérêt public » lors de l'examen des fusions. L'analyse est menée indépendamment du résultat de l'évaluation des effets sur la concurrence³². En d'autres termes, la CAK peut juger qu'une fusion ne soulève pas de problème de concurrence mais dessert l'intérêt public, ou vice-versa³³.

L'évaluation de l'intérêt public examine les effets d'une opération sur l'emploi ; sur la capacité des PME à accéder à un marché ou y conserver leur compétitivité ; la capacité des industries nationales à rivaliser sur les marchés internationaux ; et l'impact sur un secteur d'activité en particulier³⁴. Les Lignes directrices sur l'évaluation des fusions quant au fond précisent comment chaque fait est analysé et le type de preuve examiné au cours de l'évaluation de l'intérêt public³⁵.

Les Lignes directrices reconnaissent que dans certains cas, une fusion peut avoir de multiples effets sur l'intérêt public qui peuvent être contradictoires ou incohérents. En pareilles situations, la CAK doit évaluer s'il est possible de concilier les différents éléments et, dans le cas contraire, procéder à une mise en balance pour parvenir à une conclusion franche³⁶.

Si la CAK conclut qu'une opération peut avoir des effets négatifs sur l'intérêt public, les parties à la fusion peuvent présenter des arguments à l'appui de leur position, qui démontrent que les résultats positifs de l'opération l'emportent sur ces effets³⁷.

Mesures correctives et interdictions

Si la CAK décèle des problèmes de concurrence et/ou d'intérêt public, elle peut approuver la fusion sous réserve de mesures correctives qui résolvent ces problèmes, ou interdire l'opération en l'absence de mesures efficaces en ce sens³⁸. Cela signifie que la CAK peut imposer des mesures correctives ou bloquer l'opération pour des motifs tenant à l'intérêt public, même si elle ne pose pas de problème de concurrence.

Si l'évaluation de la CAK met en lumière l'existence de problèmes de concurrence et/ou d'intérêt public, la CAK doit en informer les parties à la fusion et leur donner la possibilité de soumettre des arguments et/ou de proposer des mesures correctives. Elle peut aussi consulter d'autres parties prenantes (publiques et privées) afin de connaître leur avis sur l'évaluation et consulter les acteurs du marché sur les mesures correctives proposées³⁹.

Les Lignes directrices sur l'évaluation des fusions énumèrent les éléments que la CAK doit prendre en compte lorsqu'elle examine les mesures correctives⁴⁰ :

- Impact global : les mesures doivent résoudre l'ensemble des problèmes recensés induits par la fusion ;
- Risque acceptable : le risque que les mesures correctives ne résolvent pas correctement les problèmes doit être faible ;
- Caractère pratique : les mesures correctives doivent pouvoir être aisément mises en œuvre, suivies et appliquées ;
- Durée et calendrier appropriés : les mesures correctives doivent résoudre les problèmes pendant une durée déterminée.

Les mesures correctives peuvent être structurelles, comportementales ou les deux, et sont déterminées au cas par cas, sans donner la préférence à un type de mesure en particulier⁴¹.

Les mesures correctives visant à résoudre des problèmes d'intérêt public peuvent inclure : la mise en place d'un fonds visant à faire en sorte qu'une industrie ou un secteur local en particulier conserve sa compétitivité ; la garantie d'approvisionnement d'un intrant ou d'une technologie essentielle sur une période de temps définie ; l'imposition d'un moratoire sur les pertes d'emploi pendant une période de temps

définie ; le redéploiement d'effectifs ; le recyclage et la formation du personnel pour d'autres emplois ; le maintien des contrats avec les fournisseurs pendant une durée spécifique ; ou le plafonnement des importations⁴² ;

Ces dernières années, la CAK a imposé des mesures correctives à de rares occasions, résumées dans le Tableau 5.2 ci-dessous. La plupart de ces mesures visaient à répondre à des préoccupations tenant à l'intérêt public plutôt qu'à des problèmes de concurrence. En outre, la plupart des mesures étaient de nature comportementale, bien que des mesures correctives structurelles aient été imposées dans au moins une affaire (voir l'encadré ci-dessous). Jusqu'à présent, aucune fusion n'a été interdite.

Tableau 5.2. Décisions de la CAK relatives aux fusions, 2020-2024

Année	Nombre d'opérations notifiées	Nombre de fusions exemptées de l'obligation de notification intégrale	Nombre de fusions autorisées	Nombre de fusions autorisées sous réserve de mesures correctives	Nombre de fusions interdites
2020	117	77	29	11	0
2021	50	29	18	3	0
2022	52	27	21	4	0
2023	46	25	25	1	0
2024	41	18	18	5	0

Note : Le nombre de fusions notifiées comprend les notifications intégrales et les opérations exemptées.

Source : Données communiquées par la CAK.

Encadré 5.1. Mesures correctives dans les affaires de fusion

Eastern Chemicals/Shreeji (2022)

En 2022, la CAK a approuvé un projet d'acquisition de 100 % du capital social émis d'Eastern Chemicals Industries Limited (« Eastern Chemicals ») par Shreeji Enterprises (K) Limited (« Shreeji »), sous conditions.

À l'issue de l'analyse du marché, la CAK a conclu que Shreeji fournit principalement des services de transport, d'entreposage et de logistique, ainsi que des services informatiques, tandis que Eastern Chemicals fabrique différents grades de silicate de sodium, sous forme solide et liquide.

Bien que les activités des parties ne se chevauchent pas directement, certains administrateurs avaient des mandats à la fois chez Shreeji et Shreeji Chemicals Limited (« Shreeji Chemicals »), une entreprise concurrente d'Eastern Chemicals sur le marché kényan du silicate de sodium. En l'occurrence, un administrateur de Shreeji était aussi administrateur de Shreeji Chemicals.

Aussi, la CAK a estimé que la fusion posait des problèmes de concurrence liés au risque de partage d'informations stratégiques et de conduite coordonnée. Au vu de ces préoccupations, la CAK a approuvé la fusion à la condition qu'il n'y ait pas de cumul de mandats d'administrateur à l'avenir entre Shreeji Chemicals et Eastern Chemical. Les parties ont accepté cette mesure corrective.

La CAK a également analysé les conséquences potentielles du projet de fusion sur l'intérêt public et a conclu à l'absence de problème à cet égard.

VIVO Energy/ENGEN International (2018)

En 2018, la CAK a approuvé le projet d'acquisition par VIVO Energy Holding B.V. (« VIVO Energy ») de la totalité du capital d'ENGEN International Holdings (Mauritius) Limited (« ENGEN International »).

Selon la CAK, VIVO Energy était une petite entreprise détentrice d'une licence Shell dans 16 pays africains, qui distribue et commercialise des carburants et lubrifiants de la marque Shell, et qui vend du gaz de pétrole liquéfié (« GPL »). ENGEN International était contrôlée en totalité par ENGEN holdings (Pty) (« ENGEN ») et servait de société holding pour les filiales d'ENGEN opérant dans les secteurs de l'importation, du stockage, de la commercialisation et de la vente au détail de produits pétroliers en Afrique.

La CAK a jugé que les entreprises acquéreuse et cible présentaient des chevauchements horizontaux sur les marchés de produits concernés. L'évaluation de la concurrence a révélé que certains marchés locaux de vente au détail de produits pétroliers posaient des problèmes de concurrence, surtout les marchés comptant peu de concurrents où les parties à la fusion étaient très présentes et où la rareté où le coût élevé des terrains rendait l'installation de nouvelles stations-service prohibitive. Le projet d'opération soulevait également des préoccupations d'intérêt public en lien avec la compétitivité des PME.

La CAK a approuvé l'opération aux conditions suivantes, jugées suffisantes pour remédier aux préoccupations recensées : (i) cession des stations-service ENGEN sur les marchés locaux qui posaient des problèmes de concurrence à des acteurs alors absents de ces marchés ; (ii) exécution des contrats en vigueur avec des opérateurs tiers d'ENGEN pour les fonctions externalisées ; et (iii) absorption de l'ensemble des salariés permanents d'ENGEN dans l'entité issue de la fusion.

Source : Décisions de la CAK.

Lorsqu'une fusion est approuvée sous réserve de mesures correctives, la CAK doit s'assurer que les parties les mettent effectivement en œuvre. À cette fin, elle peut demander des rapports de conformité à intervalles périodiques⁴³. Le non-respect des mesures correctives peut entraîner la révocation de l'approbation⁴⁴ et constitue une infraction de nature administrative ou pénale, comme expliqué ci-dessous.

Dans les secteurs de la banque, de l'énergie, des assurances et des télécommunications, la CAK et l'instance de réglementation sectorielle concernée sont également compétentes pour l'examen des fusions⁴⁵. Elles doivent toutes deux donner leur autorisation avant qu'une opération puisse être réalisée. Chaque autorité procède à sa propre évaluation et rend une décision indépendante, et est habilitée à imposer des mesures correctives ou à interdire une opération⁴⁶.

Lorsqu'elle évalue ces fusions, l'instance de réglementation sectorielle s'intéresse surtout aux aspects techniques et réglementaires (tels que les conditions d'octroi de licence et le respect des obligations réglementaires), tandis que la CAK évalue leur impact sur la concurrence, bien que cette distinction ne soit pas toujours facile à opérer dans la pratique.

En outre, les fusions impliquant des sociétés cotées en bourse doivent aussi être approuvées par l'Autorité des marchés de capitaux (The Capital Markets Authority, CMA)⁴⁷. Les modalités de coopération sont examinées plus en détail au chapitre 10.

5.1.4. Sanctions

La CAK peut infliger une amende administrative d'un montant maximal de 10 % du chiffre d'affaires brut de l'année précédente réalisé par l'entreprise ou les entreprises concernées en cas de défaut de notification des opérations atteignant les seuils de notification obligatoire ; de mise en œuvre d'une fusion

avant l'approbation par la CAK ou après une décision d'interdiction ; de fourniture d'informations erronées ou trompeuses pendant l'examen de la fusion ; de non-respect des mesures correctives imposées par la CAK lorsque l'opération avait été approuvée sous condition⁴⁸. Ces amendes doivent être calculées selon les règles décrites dans les Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements, en suivant la même méthode que celle décrite dans le chapitre 3.

Ces pratiques valent aussi pour les infractions pénales, qui sont passibles d'une amende pouvant atteindre 10 millions KES (environ 66 000 EUR) et/ou d'une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement⁴⁹. Comme tout comportement anticoncurrentiel, les poursuites peuvent être de nature administrative ou pénale, bien qu'en pratique aucune poursuite pénale n'ait été engagée à ce jour.

Au moment de la rédaction de ce rapport, la CAK avait infligé six sanctions au cours des cinq dernières années dans une affaire où une opération avait été exécutée sans être notifiée et approuvée par la CAK. L'encadré ci-dessous résume une affaire significative.

Encadré 5.2. Affaire de réalisation anticipée Sika AG/Skyscraper Holdco

En octobre 2023, Sika International AG (« Sika AG ») et LSF11 Skyscraper Holdco S.a.r.l (« Skyscraper Holdco ») ont déclaré spontanément la réalisation d'une fusion au Kenya (à savoir l'acquisition par Sika AG d'une participation indirecte dans Master Builders Solutions Kenya Ltd, qui était contrôlée par Skyscraper Holdco) après la conclusion de l'accord mondial en mai 2023. Les parties ont reconnu que l'opération n'avait pas été approuvée par la CAK et ont exprimé leur volonté de régulariser la situation.

La CAF a confirmé que l'opération atteignait le seuil de notification obligatoire et constituait donc une violation de l'article 42 de la Loi sur la concurrence. Au vu des circonstances atténuantes – notamment la coopération et la déclaration spontanée des parties, ainsi que le fait que l'opération n'a pas eu d'impact négatif sur la concurrence –, la CAK a infligé une amende réduite de 17 492 795 KES.

Par la suite, les parties ont notifié formellement la fusion à la CAK en demandant d'être exemptées de l'obligation de notification intégrale et d'analyse approfondie, étant donné que le chiffre d'affaires de l'entreprise cible au Kenya était inférieur à 500 millions KES. En 2024, après avoir pris en compte des facteurs tels que le maintien des emplois, l'augmentation du choix des consommateurs, l'investissement direct étranger et le paiement de l'amende, la fusion a été régularisée et formellement approuvée par l'autorité sans engager d'examen approfondi de la concurrence.

Source : Décision de la CAK.

5.1.5. Le contrôle des fusions dans le COMESA, la CAE et la ZLECAf

Comme mentionné dans le chapitre 1, le Kenya est membre du Marché commun de l'Afrique orientale et australe et de la Communauté d'Afrique de l'Est, tous deux dotés d'un régime de droit de la concurrence, comprenant le contrôle des fusions. En outre, le Kenya est membre de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf), qui met également en place un régime de droit de la concurrence à l'échelle du continent. Comme l'indique le chapitre 1, le contrôle des fusions est le principal volet de l'application du droit à l'échelon supranational ayant lieu dans la région.

COMESA

Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) est une communauté économique régionale comprenant 21 États membres⁵⁰, fondée en 1994 pour promouvoir l'intégration régionale grâce

à la libéralisation des échanges et à la coordination des politiques économiques. Le COMESA a adopté un régime de concurrence régional comprenant un système obligatoire et non suspensif de contrôle des fusions, régi par les Règlements sur la concurrence du COMESA de 2004 et appliqué par la Commission de la concurrence du COMESA (CCC). Le régime de contrôle des fusions du COMESA est opérationnel depuis 2013. Le modèle de compétence conjointe entre la CCC et les autorités nationales de la concurrence vise à promouvoir une convergence et une coopération plus poussées entre juridictions.

Les opérations doivent être notifiées à la CCC dès lors qu'elles remplissent les conditions suivantes⁵¹ :

- L'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible ou l'entreprise acquéreuse ou l'entreprise cible exercent des activités dans deux ou plusieurs États membres ;
- Le chiffre d'affaires annuel total ou la valeur totale des actifs (la valeur la plus élevée étant retenue) des parties à une fusion sur le territoire du COMESA représente un montant égal ou supérieur à 50 millions USD ; et
- Le chiffre d'affaires annuel total réalisé ou la valeur totale des actifs (la valeur la plus élevée étant retenue) détenus individuellement sur le territoire du COMESA par au moins deux des parties à une fusion représente un montant égal ou supérieur à 10 millions USD, à moins que chacune des parties réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total ou de la valeur totale des actifs dans le COMESA à l'intérieur du même État Membre.

Les parties à la fusion doivent notifier les fusions à déclaration obligatoire, dans la forme prescrite, dans un délai de 30 jours à compter de leur décision de fusionner⁵², mais les opérations peuvent être réalisées avant d'être notifiées ou approuvées par la CCC⁵³. Les parties à la fusion doivent également acquitter des frais d'un montant équivalent à 0.1 % de leur chiffre d'affaires annuel total ou de la valeur de leurs actifs (la valeur la plus élevée étant retenue) sur le territoire du COMESA, plafonnée à 200 000 USD⁵⁴. La CCC conserve la moitié des frais payés, tandis que l'autre moitié est répartie entre les autorités nationales de la concurrence concernées, en proportion du montant du chiffre d'affaires ou de la valeur des actifs des parties à la fusion dans chaque État membre, rapporté au montant total de leur chiffre d'affaires ou de leurs actifs sur le territoire du COMESA⁵⁵.

Lorsqu'elle examine une fusion, la CCC applique le critère de l'amoindrissement substantiel de la concurrence, tout en tenant compte des gains d'efficacité éventuels générés par la fusion et des motifs liés à l'intérêt public⁵⁶. La CCC doit notifier les États membres dans lesquels les parties à la fusion exercent des activités, en sollicitant leurs avis sur l'opération⁵⁷. Elle peut également demander l'aide des autorités de la concurrence nationales dans les dossiers susceptibles de les concerner. Cette aide peut englober la fourniture d'informations, la recherche et la protection de preuves et l'encouragement de la discipline volontaire en adressant des demandes d'informations à des entreprises ou à des particuliers sur leur territoire. Des agents des autorités nationales de la concurrence peuvent également être invités à apporter leur aide aux responsables de la CCC dans l'exercice de leurs fonctions⁵⁸.

La CCC peut renvoyer l'évaluation d'une opération notifiée à l'autorité de la concurrence d'un État membre, sur demande, si l'État membre prétend que l'opération risque de réduire d'une façon disproportionnée la concurrence de manière importante sur tout ou partie de son territoire. La CCC dispose de 21 jours pour décider de traiter l'affaire elle-même ou la renvoyer, en tout ou partie, à l'autorité de l'État membre qui en fait la demande. En cas de renvoi, la fusion (ou une partie de la fusion) sera examinée en appliquant le droit de la concurrence national de cet État membre⁵⁹. Lorsqu'elle décide d'un renvoi, la CCC doit déterminer si l'autorité de l'État membre à laquelle elle envisage de renvoyer la fusion est l'autorité la plus appropriée pour traiter l'affaire⁶⁰. Ce mécanisme de renvoi a déjà été utilisé par le passé, la CCC ayant confié l'évaluation de fusions aux autorités de la concurrence d'États membres (y compris la CAK) à quelques occasions. Le renvoi d'une autorité de la concurrence nationale à la CCC est impossible en l'état actuel de la réglementation.

CAE

La Communauté d'Afrique de l'Est (CAE) est une communauté économique régionale qui compte 8 États membres⁶¹, constituée en 2000 afin d'élargir et d'approfondir la coopération dans les sphères politique, économique et sociale. La Loi sur la concurrence de la CAE datant de 2006 a mis en place un régime régional de concurrence, comprenant la création d'une autorité régionale de la concurrence (Autorité de la concurrence de la CAE - EACCA) en 2018 et d'un régime régional de contrôle des fusions *ex ante* et obligatoire. Bien que la Loi sur la concurrence de la CAE soit en vigueur depuis 2014, le régime régional de contrôle des fusions ne prendra effet qu'au 1^{er} novembre 2025⁶².

Les fusions qui atteignent les seuils suivants doivent être notifiées à l'EACCA⁶³ :

- Les parties à la fusion exercent des activités dans au moins deux États membres de la CAE ;
- Le chiffre d'affaires ou les actifs combinés sur le territoire de la CAE des entreprises qui fusionnent (la valeur la plus élevée des deux étant retenue) est égale ou supérieure à 35 millions USD ; et
- Au moins deux parties à la fusion réalisent un chiffre d'affaires total ou détiennent des actifs totaux de 20 millions USD sur le territoire de la CAE, sauf si chacune des parties réalise au moins deux tiers de son chiffre d'affaires total ou détient au moins deux tiers de ses actifs totaux sur le territoire de la CAE dans un seul et même État membre.

Les parties à la fusion doivent notifier les opérations dans la forme prescrite et acquitter des frais de notification, qui seront partagés entre l'EACCA et les autorités de la concurrence nationales concernées⁶⁴. Les frais de notification varient en fonction de la valeur totale des actifs ou du chiffre d'affaires (la valeur la plus élevée étant retenue)⁶⁵ :

- Entre 35 millions USD et 50 millions USD : 45 000 USD
- Entre 50 millions USD et 100 millions USD : 70 000 USD
- Plus de 100 millions USD : 100 000 USD

Les opérations qui atteignent les seuils de notification des fusions et qui sont notifiées à l'EACCA n'ont pas à être notifiées aux autorités nationales de la concurrence de la CAE⁶⁶.

Le critère appliqué par l'EACCA lors de l'examen des fusions est celui de l'amointrissement substantiel de la concurrence, bien qu'elle doive aussi prendre en compte les aspects liés à l'intérêt public⁶⁷. Lorsqu'elle évalue une opération, l'EACCA peut consulter les autorités de la concurrence, les instances de réglementation sectorielle ou tout autre organisme des États membres⁶⁸. L'EACCA peut également demander à l'autorité de la concurrence d'un État membre de procéder à une évaluation d'une fusion portant sur certains aspects de l'opération ou du marché en cause, ou si elle estime que la fusion pourrait avoir davantage d'impact dans un État membre en particulier⁶⁹.

ZLECAf

La Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) a été instituée en 2019 afin de créer un marché continental unique pour les biens et les services, de faciliter la libre circulation du capital et des personnes physiques dans les 55 pays de l'Union africaine et les 8 communautés économiques régionales (CER). Selon l'article 7(1)(c) de l'Accord portant création de la ZLECAf, les États membres sont tenus d'engager des négociations dans le domaine de la politique de la concurrence.

À cet égard, le Protocole de la ZLECAf sur la politique de la concurrence a été adopté en février 2023 afin d'encadrer la concurrence sur le marché continental ; toutefois, il n'est pas encore entré en vigueur, et aucune date de mise en œuvre n'a été fixée. Il vise à créer un régime africain de la concurrence intégré et unifié, comprenant la création d'une Autorité de la concurrence de la ZLECAf et d'un régime de contrôle des fusions *ex ante* et obligatoire. Selon le Protocole sur la concurrence, les opérations suivantes ayant

une portée continentale doivent être notifiées et approuvées par l'Autorité de la concurrence de la ZLECAf⁷⁰ :

- La fusion a un effet sensible sur la concurrence sur un marché d'au moins deux États parties qui ne partagent pas la même compétence dans les communautés économiques régionales existantes ;
- L'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible ou l'une ou l'autre des entreprises acquéreuses ou des entreprises cibles opèrent, directement ou indirectement, sur le marché de la ZLECAf ou sur une fraction importante de ce marché ; et
- Le chiffre d'affaires annuel combiné ou les actifs des entreprises concernées sont égaux ou supérieurs aux seuils requis à déterminer par règlement.

Le critère appliqué par la ZLECAf est celui de l'amointrissement substantiel de la concurrence, bien qu'elle doive aussi prendre en compte les aspects liés à l'intérêt public.

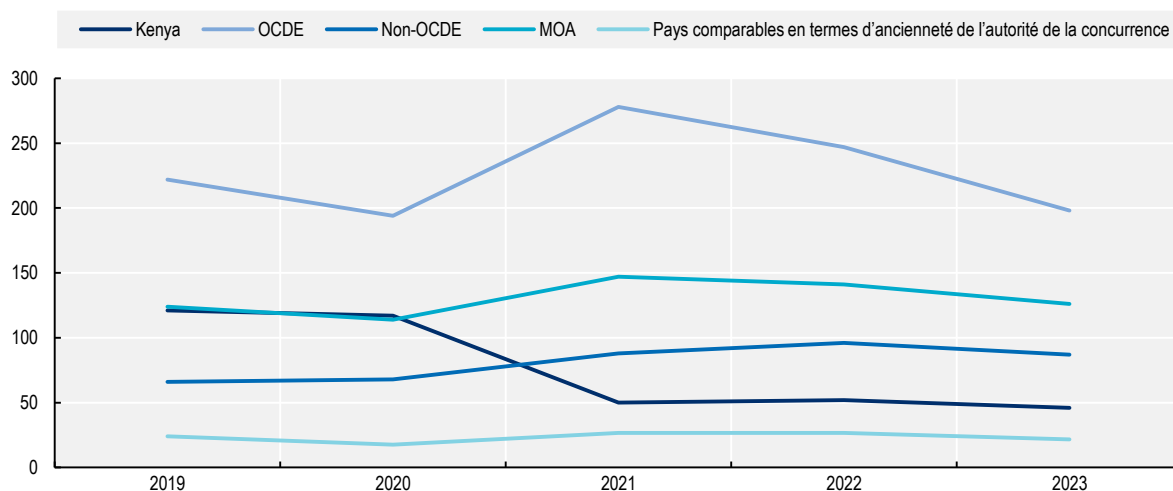
5.2. Analyse

5.2.1. Système de notification

Les seuils de notification fondés sur le chiffre d'affaires et sur les actifs sont quantifiables et transparents. C'est ce qu'ont confirmé les parties prenantes interrogées par l'OCDE, qui ont fait observer que l'incertitude qui prévalait par le passé concernant les compétences respectives de la CAK et de la CCC a été dissipée depuis lors et qu'il n'existe plus de chevauchement. En outre, baser les seuils sur le chiffre d'affaires ou sur la valeur des actifs au Kenya garantit l'existence d'un lien local approprié, conformément à la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions [[OECD/LEGAL/0333](#)].

Bien que le nombre de notifications de fusions au Kenya diminue progressivement au fil des ans (surtout en raison des modifications du seuil visant à éviter un chevauchement de compétence avec le COMESA), il est généralement supérieur à la moyenne des autorités d'ancienneté analogue, mais inférieur à la moyenne des autorités des pays de l'OCDE et de la région MOA. Les seuils de notification n'ont pas été réexaminés depuis plus de six ans. Toute modification doit être approuvée par le Trésor national. Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les agents de la CAK ont indiqué qu'une révision des seuils était à l'étude dans le prochain plan stratégique. Cette révision serait bienvenue et conforme à la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions [[OECD/LEGAL/0333](#)], qui demande aux juridictions « d'envisager de réexaminer périodiquement les seuils de notification des fusions dans les régimes de notification obligatoire ».

Graphique 5.1. Nombre moyen de notifications de fusions par juridiction, 2019-2023



Note : Les pays comparables en termes d'ancienneté de l'autorité de la concurrence désignent le même groupe que dans le graphique 2.3.

Source : Base de données CompStats de l'OCDE et CAK.

La disposition qui autorise la CAK à exonérer de l'obligation de notification les opérations qui atteignent certains seuils est inhabituelle. Dans la plupart des pays, des critères clairs et objectifs définissent quand et à quelles conditions une fusion doit être notifiée, et les opérations considérées comme ne posant pas de problèmes sur le plan de la concurrence font l'objet d'un examen accéléré. En pratique, les opérations qui correspondent aux seuils d'exonération potentielle doivent toujours être notifiées et sont évaluées par la CAK en suivant une procédure accélérée (jusqu'à 14 jours). Cette procédure s'apparente à une procédure simplifiée pour l'examen des fusions qui ne soulèvent vraisemblablement pas de préoccupations sur le plan de la concurrence, ce qui est une pratique courante dans de nombreuses juridictions et conforme à la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions [OECD/LEGAL/0333]. Néanmoins, la plupart des juridictions définissent les transactions éligibles à une procédure simplifiée en se fondant sur des éléments structurels – comme l'absence de chevauchements horizontaux ou de relations verticales entre les parties à la fusion, conjuguée aux parts de marché et à l'indice d'Herfindahl-Hirschman (IHH) (OCDE, 2021^[4]) – plutôt que sur le montant du chiffre d'affaires ou la valeur des actifs, comme au Kenya.

Le fait que la CAK détienne un pouvoir d'intervention pour exiger la notification d'opérations inférieures aux seuils est conforme à la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur le contrôle des fusions [OECD/LEGAL/0333] et lui permet d'intervenir dans des fusions non soumises à notification susceptibles de nuire à la concurrence. Toutefois, dans la plupart des juridictions, l'exercice de ce pouvoir est soumis à certaines conditions, notamment le respect de certains délais (OCDE, 2018^[5]).

Les frais de notification de fusion n'ont pas été revus au cours des six dernières années. Toute modification doit être approuvée par le Trésor national. Le cadre juridique n'offre aucune latitude pour procéder à des révisions futures, par exemple en utilisant les indices d'inflation. Selon les parties prenantes interrogées par l'OCDE, il était auparavant question de devoir payer des frais de notification à la CAK et à la CCC, mais des précisions apportées sur le domaine de compétence de chaque autorité ont permis de lever l'ambiguïté, et les parties à la fusion paient désormais un seul montant (à la CAK ou à la CCC).

5.2.2. Processus et calendrier de l'examen

Pendant la mission d'enquête menée par l'OCDE, des parties prenantes privées ont indiqué que la CAK était généralement ouverte à des consultations préalables à une notification, bien que les conseils prodigués soient souvent génériques et puissent nécessiter un complément d'information pour être plus précis. Les consultations préalables à une notification sont courantes dans de nombreuses juridictions et sont conformes à la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions [[OECD/LEGAL/0333](#)].

La CAK est habilitée à demander des informations aux parties à la fusion ainsi qu'à d'autres parties prenantes, ce qui est conforme à la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions [[OECD/LEGAL/0333](#)]. Toutefois, seules les demandes d'information adressées aux parties à la fusion – à condition d'être formulées dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la notification de fusion – ont une incidence sur le calendrier d'examen. En pratique, cela peut nuire à la bonne évaluation des opérations, surtout compte tenu de l'absence de sanction au titre d'infractions aux règles de procédure, comme le fait de ne pas communiquer les informations demandées ou de le faire avec retard, ou encore de communiquer des informations erronées, comme l'explique le chapitre 3.

Bien que des tierces parties puissent participer au processus d'examen des fusions, la CAK n'est pas tenue de rendre public le dépôt d'une notification de fusion ou le lancement d'un examen, par exemple en divulguant le nom des parties impliquées et leur activité économique, avec pour conséquence qu'elles pourraient ne pas être informées de l'existence d'une opération. Selon la CAK, c'est elle la mieux placée pour déterminer quelles parties prenantes consulter. Par contraste, la plupart des juridictions, conformément à la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions [[OECD/LEGAL/0333](#)], autorisent une participation plus large des tiers ayant un intérêt légitime dans la fusion examinée, qui peuvent faire valoir des points de vue et présenter des données supplémentaires pendant l'enquête, ce qui aide l'autorité de la concurrence à prendre des décisions mieux éclairées.

Les membres de la CAK interrogés par l'OCDE estimaient que le calendrier actuel d'examen des fusions était raisonnable. Par exemple, le délai moyen de 45 jours constitue une amélioration par rapport aux années précédentes. Les parties prenantes du secteur privé conviennent généralement que le délai légal de 60 jours pour l'examen des fusions est approprié. En outre, bien que le Kenya n'applique pas un système en deux phases, l'existence d'une procédure simplifiée garantit que les opérations les moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence sont approuvées plus rapidement, conformément à la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions [[OECD/LEGAL/0333](#)].

5.2.3. Analyses de fond

La CAK s'est efforcée d'améliorer son processus d'examen des fusions. En particulier, les Lignes directrices sur l'évaluation des fusions quant au fond contiennent des instructions utiles, notamment sur l'analyse de la concurrence, et sont généralement conformes aux meilleures pratiques internationales. Ces lignes directrices ont été saluées non seulement par les responsables de la CAK, mais aussi par des parties prenantes du secteur privé interrogées par l'OCDE, qui estimaient qu'elles amélioraient la prévisibilité.

Toutefois, les modalités pratiques de l'évaluation quant au fond ont été critiquées. Bien que l'OCDE n'ait pas été en mesure d'examiner en détail la manière dont l'analyse est menée, de nombreuses parties prenantes ont indiqué que l'analyse de fond effectuée par la CAK n'est pas très détaillée. Les versions publiques des décisions, ainsi que les décisions plus détaillées communiqués à l'équipe de l'OCDE, confirment que l'analyse économique, et notamment l'utilisation de techniques quantitatives, reste très limitée. Cette situation tranche avec la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions [[OECD/LEGAL/0333](#)], qui souligne que l'analyse économique est une composante essentielle de l'examen des fusions.

Cela pourrait expliquer en partie le faible nombre de fusions approuvées sous réserve de mesures correctives en faveur de la concurrence et l'absence d'interdictions de fusions, comme le décrit le Tableau 5.2 ci-dessus. Ces dernières années, ces chiffres ont été inférieurs à la moyenne de la plupart des groupes comparables. Par exemple, selon les données de la base CompStats de l'OCDE, en 2023 la CAK a approuvé une fusion sous réserve de mesures correctives, soit l'équivalent des pays comparables en termes d'ancienneté de l'autorité de la concurrence, mais moins que tous les autres groupes comparables (3.4 dans les juridictions de l'OCDE, 9.7 dans les juridictions non OCDE et 32.1 dans les juridictions de la région MOA). En 2022, la CAK a approuvé trois opérations sous réserve de mesures correctives, soit davantage que les juridictions ayant une autorité de la concurrence d'âge comparable (2.74), mais moins que les moyennes des juridictions de l'OCDE (4.1), des juridictions non OCDE (6.2) et des juridictions de la région MOA (21). Cet écart est particulièrement prononcé lorsqu'on examine uniquement les mesures correctives ciblant les problèmes de concurrence, car la plupart des mesures correctives imposées par la CAK visent à prendre en compte des considérations d'intérêt public, comme expliqué ci-dessous.

De même, la CAK n'a jamais bloqué d'opération, à la différence de nombreuses autres juridictions. Entre 2019 et 2023, le nombre moyen d'interdictions de fusion s'élevait à 0.6 dans les juridictions de l'OCDE, 0.2 dans les juridictions non OCDE, 0.6 dans les juridictions de la région MOA et 0.1 dans les juridictions ayant une autorité de la concurrence d'âge comparable.

Le manque d'analyse économique approfondi dans le processus d'examen des fusions de la CAK peut être imputé, du moins en partie, à des ressources humaines limitées. En particulier, le département des fusions et acquisitions ne compte que sept agents, dont trois économistes. En outre, l'autorité est dépourvue d'une unité spécialisée en analyse économique. Comme mentionné précédemment, la CAK rencontre aussi des difficultés pour exercer ses pouvoirs de collecte d'informations, et la participation de tiers est limitée, ce qui peut aggraver le manque de profondeur de ses analyses.

L'évaluation de l'intérêt public semble occuper une place centrale dans l'examen des fusions au Kenya, plus importante encore que le critère de la concurrence. En témoigne le fait que la plupart des mesures correctives imposées par la CAK sont justifiées par des raisons d'intérêt public (le plus souvent pour préserver l'emploi ou maintenir les conditions contractuelles entre fournisseurs et distributeurs pendant une période donnée) plutôt que par des raisons d'ordre concurrentiel. Les parties prenantes interrogées par l'OCDE ont elles aussi soulevé ce problème, soulignant l'importance croissante des considérations d'intérêt public dans les analyses de la CAK au cours des dernières années.

Il ressort des bonnes pratiques des membres de l'OCDE que les interventions de l'autorité de la concurrence dans les fusions pour des motifs non liés à la concurrence devraient être exceptionnelles et limitées à certains secteurs et marchés uniquement (OCDE, 2016^[6]; 2016^[7]). C'est pourquoi d'aucuns affirment souvent qu'il vaut mieux confier les objectifs de politique publique non liés à l'efficacité aux instances de réglementation sectorielle ou aux ministères, plutôt qu'à l'autorité de la concurrence. En effet, ces organismes possèdent l'expertise sectorielle requise ou sont habilités à arbitrer entre des objectifs et/ou des intérêts contradictoires (OCDE, 2016^[6]; 2016^[7]). Il convient toutefois de reconnaître qu'il n'existe pas de consensus total sur le rôle des considérations d'intérêt public dans l'examen des fusions. Cette perspective s'appuie sur des discussions récentes concernant les objectifs de l'application du droit de la concurrence et la conception institutionnelle, qui ont examiné si les objectifs de la politique de concurrence devraient être élargis afin d'intégrer un éventail plus large d'objectifs socio-économiques, politiques et environnementaux dans le cadre de son application (CCSA, 2024^[8]; OCDE, 2023^[9])

L'adoption par la CAK des Lignes directrices sur l'évaluation des fusions quant au fond vise à clarifier le critère d'intérêt public, en précisant comment il peut aller de pair avec le critère de concurrence. Néanmoins, même si les Lignes directrices sont une initiative bienvenue, elles restent trop générales et laissent une trop grande latitude, de sorte que l'évaluation de la CAK est sujette à caution et imprévisible. Plusieurs parties prenantes interrogées par l'OCDE ont soulevé ce problème. Par exemple, on ne sait pas

bien comment, en pratique, la CAK traite les conflits entre le critère de concurrence et celui d'intérêt public, ou entre différents facteurs liés à l'intérêt public.

Par exemple, l'Afrique du Sud, dotée d'un cadre juridique comparable, a récemment réexaminé ses lignes directrices sur l'intérêt public, et a défini une approche plus précise dont la Commission de la concurrence pourrait s'inspirer pour chaque facteur lié à l'intérêt public, en précisant le type d'informations dont elle peut avoir besoin pour évaluer ces facteurs (CCSA, 2024^[8]).

5.2.4. Sanctions

Les activités de détection et de répression des violations des règles d'examen des fusions restent limitées, au moins en partie par manque de ressources humaines, comme mentionné ci-dessus. Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les agents de la CAK ont déclaré qu'ils s'efforçaient de repérer en amont ces violations, notamment en analysant les informations accessibles au public (articles de presse, par exemple).

Les sanctions en cas d'infraction aux règles d'examen des fusions constituent un volet essentiel d'un régime efficace de contrôle des fusions. De fait, si ces infractions ne sont pas dûment sanctionnées, c'est la crédibilité de tout le régime de contrôle des fusions qui est compromise.

5.2.5. Le contrôle des fusions dans le COMESA, la CAE et la ZLECAf

Outre le régime national de contrôle des fusions, les opérations faisant intervenir des entreprises opérant au Kenya peuvent aussi entrer dans le champ de régimes de contrôle des fusions régionaux et/ou continentaux. Au moment de la rédaction de ce rapport, le COMESA était la seule communauté économique régionale dont le Kenya est membre qui appliquait un système de contrôle des fusions, bien que le système de la CAE était sur le point d'entrer en vigueur, et que la ZLECAf prévoit aussi d'instaurer un régime de contrôle des fusions.

Au fil des ans, le Kenya et le COMESA ont rationalisé leurs systèmes de contrôle des fusions (notamment en révisant les seuils de notification du Kenya), afin de garantir la compétence exclusive de chaque autorité en cas de dépassement des seuils respectifs. En d'autres termes, les opérations qui atteignent les seuils fixés par le COMESA n'ont pas à être notifiées à la CAK. Les parties prenantes interrogées par l'OCDE ont salué cette initiative, estimant que les prérogatives de la CCC et de la CAK sont désormais claires et qu'il n'y a plus de chevauchement dans l'examen des fusions.

En outre, la CCC et la CAK coopèrent relativement bien, du moins d'un point de vue formel, dans le contrôle des fusions, en s'appuyant sur un protocole d'accord⁷¹. Par exemple, la CAK fait connaître son point de vue sur les opérations notifiées à la CCC quant à leurs effets sur le marché kényan. Ces avis sont ensuite intégrés à l'analyse de la CCC, aux côtés des points de vue d'autres États membres et parties prenantes du secteur privé. La CAK apporte aussi son soutien à la CCC en réunissant des informations à l'échelle nationale et en autorisant ses agents à aider les agents de la CCC si besoin.

Néanmoins, plusieurs parties prenantes ont suggéré que la coopération entre la CCC et la CAK pouvait être renforcée. Bien que les États membres du COMESA perçoivent une partie des frais de notification de fusion, on peut se demander s'ils sont suffisamment incités à participer activement aux examens des fusions menés par le COMESA. Cette participation limitée et le manque d'accès à l'information – conjugués au recours par la CCC aux avis des États membres – peut réduire la capacité de la CCC à faire toute la lumière sur les problèmes de concurrence dans les opérations examinées. De fait, en pratique, peu d'opérations ont été interdites ou autorisées par la CCC sous réserve de mesures correctives. Aussi, les évaluations du COMESA gagneraient à être plus détaillées et approfondies, en se fondant sur un engagement et une collaboration plus actifs des autorités de la concurrence nationales.

Au moment de la rédaction de ce rapport, le régime de contrôle des fusions de la CAE n'était pas encore en vigueur, mais devait prendre effet en novembre 2025. Bien que les règles de la CAE précisent que les fusions qui atteignent les seuils fixés n'ont pas à être notifiées aux autorités de la concurrence nationales, cette clarification n'a pas encore été intégrée dans le cadre juridique du Kenya (ce qui a été fait pour les opérations atteignant les seuils fixés par le COMESA). Il peut en résulter une insécurité juridique concernant les juridictions qui doivent être notifiées. En outre, six des huit États membres de la CAE sont également membres du COMESA, ce qui entraîne un chevauchement entre les deux régimes et une obligation de double notification lorsque les seuils de la CCC et ceux de l'EACCA sont atteints.

Les parties prenantes interrogées par l'OCDE ont exprimé de sérieuses préoccupations concernant ces chevauchements potentiels (entre les systèmes de la CAE et du COMESA, et entre les régimes de la CAE et de la CAK) et l'incertitude juridique et les coûts qui en résultent. En réalité, les parties ne savent pas précisément si une double notification est requise (à la CAK et à l'EACCA, ou à l'EACCA et à la CCC, par exemple). Cette double notification aurait non seulement pour effet d'alourdir les contraintes financières et administratives pour les parties à la fusion comme pour les autorités, mais entraînerait aussi un risque de décisions divergentes.

Pendant la mission d'enquête de l'OCDE, des agents de la CCC et de l'EACCA ont reconnu ces difficultés et indiqué qu'ils s'employaient ensemble à les résoudre. À titre d'exemple, la CCC et l'EACCA ont signé un protocole d'accord en juin 2025⁷², mais ses dispositions sont trop générales et ne résolvent pas les chevauchements de compétence (en attribuant une compétence exclusive à chaque autorité ou du moins en prévoyant un mécanisme de renvoi, par exemple). Les agents de la CCC ont également indiqué que le COMESA réexamine actuellement ses Règlements sur la concurrence pour tenir compte du régime de contrôle des fusions prochainement instauré par la CAE. En revanche, les parties prenantes de la CAK ont fait savoir que ces questions étaient traitées principalement au niveau régional, et que la CAK n'était pas directement impliquée. Le protocole d'accord signé entre l'EACCA et la CAK en mai 2023 n'apporte pas davantage de précisions sur leurs compétences respectives dans les affaires de fusion⁷³.

L'introduction potentielle d'un régime continental de contrôle des fusions sous l'égide de la ZLECAf ne ferait qu'aggraver ces difficultés. À ce jour, les seuils de notification des fusions de la ZLECAf n'ont pas été fixés, mais ils pourraient recouper ceux de la CAK, de la CCC et/ou de l'EACCA, entraînant un risque de triple obligation de notification et d'examen parallèle des fusions.

Références

- CAK (2024), *Consolidated Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers under the Competition Act*, <https://cak.go.ke/sites/default/files/downloads/2024-08/ConsolidatedMergerGuidelines.pdf>. [2]
- CAK (2024), *Joint Venture Guidelines*, <https://cak.go.ke/sites/default/files/downloads/2024-08/JointVentureGuidelines.pdf>. [3]
- CAK (2019), *Competition Authority of Kenya Revised Guidelines on Relevant Market Definition*, [https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/Guidelines%20on%20Relevant%20Market%20Definition%20\(1\).pdf](https://cak.go.ke/arch/sites/default/files/Guidelines%20on%20Relevant%20Market%20Definition%20(1).pdf). [1]
- CCSA (2024), *Revised Public Interest Guidelines Relating to Merger Control*, https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2024/07/CC_Public-Interest-Guidelines-.pdf. [8]
- OCDE (2023), "Consumer Welfare Standards - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 295, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/3d174fdf-en>. [9]

- OCDE (2021), *OECD Competition Trends 2021*, Éditions OCDE, Paris, [4]
<https://doi.org/10.1787/308565fd-en>.
- OCDE (2018), “Disentangling Consummated Mergers – Experiences and Challenges”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 277, Éditions OCDE, Paris, [5]
<https://doi.org/10.1787/617a75e3-en>.
- OCDE (2016), “Public Interest Considerations in Merger Control”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 187, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/21950340-en>. [7]
- OCDE (2016), *Système de la table ronde sur les considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations*, [6]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2016\)1/ANN5/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN5/FINAL/fr/pdf).

Notes

¹ Loi sur la concurrence, article 42, paragraphe 2.

² Loi sur la concurrence, article 46, paragraphe 1.

³ Loi sur la concurrence, article 42, paragraphe 1.

⁴ Règles (générales) de concurrence, première annexe, Lignes directrices relatives au seuil de notification, art. 4.

⁵ Loi sur la concurrence, article 42, par. 1.

⁶ Règles (générales) de concurrence, première annexe, Lignes directrices relatives au seuil de notification, art. 5.

⁷ Règles (générales) de concurrence, première annexe, Lignes directrices relatives au seuil de notification, art. 6.

⁸ Règles (générales) de concurrence, art. 8.

⁹ Règles (générales) de concurrence, art. 13.

¹⁰ Règles (générales) de concurrence, art. 12.

¹¹ Règles (générales) de concurrence, première annexe, Lignes directrices relatives au seuil de notification, art. 8.

¹² Règles (générales) de concurrence, première annexe, Lignes directrices relatives au seuil de notification, art. 11 et Règles (générales) de concurrence, deuxième annexe, formulaire III, art. 8.

¹³ Règles (générales) de concurrence, art. 15 et Règles (générales) de concurrence, deuxième annexe, formulaire III.

¹⁴ Règles (générales) de concurrence, première annexe, Lignes directrices relatives au seuil de notification, article 5, paragraphe 2.

¹⁵ Loi sur la concurrence, articles 44 et 45.

¹⁶ Règles (générales) de concurrence, art. 18.

¹⁷ Loi sur la concurrence, art. 46, par. 5.

¹⁸ Règles (générales) de concurrence, article 18, paragraphes d et f.

¹⁹ Loi sur la concurrence, article 46(6)(b)(i).

²⁰ Loi sur la concurrence, article 46(6)(a).

²¹ Loi sur la concurrence, art. 48.

²² Loi sur la concurrence, art. 49.

²³ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 5

²⁴ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 42

²⁵ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 43

²⁶ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 58 et 59.

²⁷ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 46.

²⁸ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 44 et 45.

²⁹ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 187 à 201.

³⁰ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 202 à 204.

³¹ Par exemple, Mobius Motors Kenya Limited/Silver Box – FZCO (2024), Style Industries Limited/Hair Manufacturing Kenya Limited (2024), Maua Agritech PLC/Kokatnur Amogasidda Murgeppa (2024) et CFAO Motors Kenya Limited/Vehicle Manufacturers Limited (2024).

³² Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 217.

³³ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 218.

- ³⁴ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 216.
- ³⁵ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 221 à 225.
- ³⁶ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 219.
- ³⁷ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 220.
- ³⁸ Loi sur la concurrence, article 42, paragraphe 2 et Règles (générales) de concurrence, art. 19.
- ³⁹ Règles (générales) de concurrence, art 19(b) et Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 229 à 230.
- ⁴⁰ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 231.
- ⁴¹ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 246.
- ⁴² Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 245.
- ⁴³ Lignes directrices consolidées sur l'évaluation des fusions quant au fond, Loi sur la concurrence, art. 19, par. 2.
- ⁴⁴ Loi sur la concurrence, art. 47(1)(b).
- ⁴⁵ Loi bancaire, rév. 2024, art. 9 ; Loi relative à l'énergie, rév. 2022, art. 124 ; Loi sur les assurances, rév. 2022, articles 22 ff., 113 ff ; Loi sur l'information et les communications, rév. 2022 ; Règlements sur l'information et les communications (Concurrence équitable et égalité de traitement), 2010.
- ⁴⁶ Ce pouvoir a été confirmé par le Tribunal de la concurrence dans une affaire impliquant le secteur des télécommunications (Telcom Kenya Limited & another v Competition Authority of Kenya, affaire n° CT/005/2020, décision du 24 avril 2020).
- ⁴⁷ Loi sur les marchés de capitaux, rév. 2023 ; Règlements sur les marchés de capitaux (rachats et fusions), 2002.
- ⁴⁸ Loi sur la concurrence, art. 42(6) et 47(3).
- ⁴⁹ Loi sur la concurrence, art. 42(5) et 47(4).
- ⁵⁰ Burundi, Comores, Djibouti, Égypte, Érythrée, Eswatini, Éthiopie, Kenya, Libye, Madagascar, Malawi, Maurice, République démocratique du Congo, Rwanda, Seychelles, Somalie, Soudan, Tunisie, Ouganda, Zambie et Zimbabwe.
- ⁵¹ Règlements sur la concurrence du COMESA, art. 23(3)(4)(5) et Règles de calcul des seuils de notification des fusions et Méthode de calcul, r. 4.
- ⁵² Règlements sur la concurrence du COMESA, art. 24.
- ⁵³ Directives du COMESA sur l'évaluation des fusions, par. 5.32.

- ⁵⁴ Règlements sur la concurrence du COMESA, article 55, paragraphe 5.
- ⁵⁵ Règles du COMESA sur le partage des recettes des frais de notification de fusion, r. 8.
- ⁵⁶ Règlements sur la concurrence du COMESA, art. 26 et Directives du COMESA sur l'évaluation des fusions, art. 7.
- ⁵⁷ Règlements sur la concurrence du COMESA, article 26, paragraphe 6.
- ⁵⁸ Accord cadre de coopération entre l'Autorité de la concurrence du COMESA et l'Autorité de la concurrence du Kenya concernant la coopération dans l'application et l'exécution de leurs droits de la concurrence et de la protection des consommateurs, 2022, art. 3-6.
- ⁵⁹ Règlements sur la concurrence du COMESA, art. 24(8)(9).
- ⁶⁰ Directives du COMESA sur l'évaluation des fusions, par. 5.27.
- ⁶¹ Burundi, Kenya, Ouganda, République démocratique du Congo, République-Unie de Tanzanie, Rwanda, Somalie et Soudan du Sud.
- ⁶² Avis de début de réception des notifications de fusions et d'acquisitions avec effet transfrontalier par l'Autorité de la concurrence de la Communauté d'Afrique de l'Est du 1^{er} juillet 2025.
- ⁶³ Loi sur la concurrence de la CAE, art. 4(1), 11(1), Règlements sur la concurrence (fusions et acquisitions) de la CAE, 2025, art. 3(1), 4 et Avis de concurrence (seuils de notification des fusions et acquisitions à l'Autorité de la concurrence de la Communauté d'Afrique de l'Est) de la CAE, 2024, art. 2.
- ⁶⁴ L'EACCA conserve la moitié des frais, tandis que l'autre moitié est répartie entre les autorités nationales de la concurrence concernées, en proportion du montant du chiffre d'affaires ou de la valeur des actifs des parties à la fusion dans chaque État membre, rapporté au montant total de leur chiffre d'affaires ou de leurs actifs sur le territoire de la CAE (Règlements sur la concurrence (Partage des frais de notification de fusions et d'acquisitions), 2025).
- ⁶⁵ Règlements sur la concurrence (Frais de notification de fusions et d'acquisitions), 2024.
- ⁶⁶ Avis de début de réception des notifications de fusions et d'acquisitions avec effet transfrontalier par l'Autorité de la concurrence de la Communauté d'Afrique de l'Est du 1^{er} juillet 2025.
- ⁶⁷ Loi sur la concurrence de la CAE et article 9 des Règlements sur la concurrence de la CAE (fusions et acquisitions), 2025, art. 12.
- ⁶⁸ Règlements sur la concurrence de la CAE (fusions et acquisitions), 2025, art. 10(e).
- ⁶⁹ Règlements sur la concurrence de la CAE (fusions et acquisitions), 2025, art. 13.
- ⁷⁰ Protocole sur la politique de la concurrence de la ZLECAf, art. 10.

⁷¹ Accord cadre de coopération entre l'Autorité de la concurrence du COMESA et l'Autorité de la concurrence du Kenya concernant la coopération dans l'application et l'exécution de leurs droits de la concurrence et de la protection des consommateurs, 2022.

⁷² Protocole d'accord entre la Commission de la concurrence du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMECA) et l'Autorité de la concurrence de la Communauté d'Afrique de l'Est (CAE), juin 2025.

⁷³ Protocole d'accord entre l'Autorité de la concurrence de la Communauté d'Afrique de l'Est et l'Autorité de la concurrence du Kenya, mai 2023.

6 Promotion de la concurrence

Le présent chapitre est consacré aux activités menées par l'Autorité de la concurrence du Kenya (CAK) pour promouvoir la concurrence. Il s'agit notamment de la participation de la CAK aux activités réglementaires et législatives, des événements d'information et des formations qu'elle organise et des publications et orientations qu'elle produit.

6.1. Législation et pratique

La Loi kényane sur la concurrence accorde à la CAK diverses compétences en matière de promotion de la concurrence, notamment celles d'émettre des avis en la matière, de proposer la révocation ou la modification de lois ayant entraîné des distorsions de la concurrence ou empêché son libre jeu, ou susceptibles de le faire, ou encore de mener des actions de sensibilisation au droit de la concurrence.

La compétence de la CAK en matière d'études de marché est examinée séparément dans le chapitre 7 du présent examen par les pairs.

6.1.1. Participation au processus législatif et réglementaire, y compris à l'évaluation d'impact sur la concurrence

Aux termes de la Loi sur la concurrence, la CAK dispose d'un large éventail de pouvoirs en matière de promotion de la concurrence s'agissant de l'élaboration de la législation et des politiques publiques. Elle peut notamment :

- étudier les politiques, procédures et programmes émanant des pouvoirs publics ainsi que les lois et propositions de loi de façon à en évaluer les effets sur la concurrence et le bien-être des consommateurs, et rendre publiques les conclusions de ces études ¹ ;
- enquêter sur les entraves à la concurrence [...] et rendre publiques les conclusions de ces enquêtes ² ;
- étudier les politiques, procédures et programmes des autorités de réglementation de façon à en évaluer les effets sur la concurrence et le bien-être des consommateurs, et rendre publiques les conclusions de ces études ³ ;
- participer aux délibérations et sessions des administrations, des commissions gouvernementales, des autorités de réglementation et d'autres organismes ⁴ ;
- formuler des observations à l'intention des administrations, des commissions gouvernementales, des autorités de réglementation et d'autres organismes sur des questions relatives à la concurrence et au bien-être des consommateurs ⁵ ;
- conseiller les autorités sur des questions relatives à la concurrence et au bien-être des consommateurs ⁶.

Ces interventions peuvent être menées à la demande du gouvernement, du parlement, d'un organisme de réglementation ou de la propre initiative de la CAK.

La CAK indique qu'elle exerce une veille médiatique et qu'elle utilise l'outil de suivi de la législation du Parlement kényan pour identifier les questions qui pourraient justifier une intervention de sa part. Comme indiqué au chapitre 3, la CAK concentre ses efforts de promotion de la concurrence en fonction de ses priorités (qui sont alignées sur les grandes priorités nationales du gouvernement kényan). Actuellement, celles-ci concernent notamment la législation et les mesures prises par les pouvoirs publics dans les domaines suivants : sécurité alimentaire et nutrition, santé, économie numérique, logement et du soutien aux PME.

Tableau 6.1 ci-dessous le nombre d'avis officiels émis par la CAK au titre de ses activités de promotion de la concurrence au cours des cinq dernières années, ainsi que les secteurs d'activité considérés comme prioritaires.

Tableau 6.1. Avis émis par la CAK en vue de promouvoir la concurrence

Année	Nombre d'avis officiels	Secteurs d'activité
2020	26	Commerce de détail, secteur manufacturier, banque, télécommunications, santé, finance
2021	30	Commerce de détail, banque, assurance, secteur manufacturier, télécommunications, services juridiques
2022	33	Commerce de détail, banque, assurance, secteur manufacturier, télécommunications, services juridiques, services comptables/financiers
2023	26	Commerce de détail, banque, assurance, secteur manufacturier, télécommunications, services juridiques
2024	27	Commerce de détail, banque, secteur manufacturier, assurance, télécommunications, services juridiques

Note : Liste de secteurs définie par la CAK.

Source : Questionnaire de la CAK.

La CAK estime que 90 % de ses avis portent sur l'évaluation de l'impact de la législation et des politiques publiques sur la concurrence, et 10 % sur des questions liées à la neutralité concurrentielle.

Dans le contexte des marchés publics, la CAK indique avoir émis un avis sur la conception du modèle d'appel d'offres pendant la réforme de la législation kényane relative aux marchés publics. Elle a également prodigué des conseils sur les avantages, du point de vue de la concurrence, de la location par rapport à l'achat de véhicules destinés à l'administration, et cette approche a maintenant été adoptée dans tout le pays.

Les avis émis par la CAK au titre de ses activités de promotion de la concurrence ne sont pas rendus publics. La CAK indique qu'après avoir émis un tel avis, elle mène une veille pour savoir s'il a été suivi d'effet.

6.1.2. Campagnes, événements et formations

En vertu de la Loi sur la concurrence, la CAK a pour mandat de promouvoir l'action d'autres organismes publics ainsi que d'assurer leur formation et la liaison avec eux⁷.

Plusieurs campagnes, événements et formations importants figurent au calendrier de la CAK. Depuis plus d'une décennie, le plus grand événement est un atelier annuel de renforcement des capacités à l'intention de parties prenantes des pouvoirs publics et du secteur privé. Il est organisé parallèlement au Symposium annuel de la CAK sur le droit et la politique de la concurrence. Les sessions précédentes de ces ateliers et symposiums ont porté sur des thèmes comme :

- le cadre procédural de l'application du droit de la concurrence ;
- l'évaluation des ententes verticales ;
- complémentarité ou conflit : interaction entre concurrence et politiques industrielles.

Parmi les autres activités proposées aux organismes publics, on peut citer des formations destinées aux autorités régionales des comtés, où l'accent est mis plus particulièrement sur la promotion de politiques et de règles propices à la concurrence au niveau des comtés.

La CAK a également dispensé des formations à des organisations professionnelles comme l'Association des fabricants du Kenya (Kenya Association of Manufacturers), l'Association des commerçants de détail du Kenya (Retail Trade Association of Kenya) et l'Alliance du secteur privé du Kenya (Kenya Private Sector Alliance). En vertu de la Loi sur la concurrence, la CAK est également tenue de favoriser la création d'organisations de défense des droits des consommateurs dûment enregistrées, et d'entretenir des relations avec elles⁸.

Au sein de la CAK, la sensibilisation du public au droit de la concurrence et aux activités de l'autorité de la concurrence est considérée comme une priorité essentielle. Outre son site internet⁹, la CAK gère plusieurs plateformes numériques qui lui permettent de diffuser son message :

- une page Facebook comptant environ 8 300 abonnés¹⁰
- un compte X (anciennement Twitter) suivi par environ 7 700 personnes¹¹
- une page LinkedIn comptant environ 5 000 abonnés¹²
- une chaîne YouTube¹³
- une lettre d'information électronique semestrielle¹⁴

Compte tenu du caractère limité de ses ressources, la CAK voit dans les canaux numériques un moyen essentiel d'atteindre et de sensibiliser le public. Elle espère élargir son offre pour y inclure un podcast et augmenter la fréquence de sa lettre d'information qui deviendrait hebdomadaire pour les parties prenantes intéressées par ses activités.

Parmi les événements ouverts au public organisés par la CAK figurent les activités organisées à l'occasion de la Journée mondiale de la concurrence et de la Journée mondiale des droits des consommateurs.

La CAK estime qu'environ 30 % de ses actions de sensibilisation du public concernent la concurrence, les 70 % restantes étant consacrées à la protection des consommateurs.

On trouvera dans le tableau ci-dessous le nombre total d'événement de promotion de la concurrence organisés par la CAK ces cinq dernières années.

Tableau 6.2. Événements de promotion organisés par la CAK

Année	Nombre d'événements organisés
2020	21
2021	21
2022	25
2023	26
2024	28

Source : Questionnaire de la CAK.

6.1.3. Publications et orientations de la CAK

L'autorité de la concurrence formule des orientations, qui constituent un outil non contraignant lui permettant d'apporter des précisions sur ses activités et procédures et d'en accroître la transparence. La CAK est ainsi en mesure de communiquer des informations et des orientations concernant l'application et la mise en œuvre de la Loi sur la concurrence¹⁵. Des orientations ont déjà été formulées sur les points suivants :

- Pratiques commerciales restrictives au sens de la Loi sur la concurrence
- Politique relative au mécanisme de récompense des informateurs
- Programme de clémence
- Perquisition et saisie
- Définition des marchés
- Fusions
- Coentreprises
- Évaluation de l'impact de la réglementation sur la concurrence (à l'intention des responsables de l'action publique)

- Conformité aux règles de concurrence à l'intention des associations professionnelles (dans le cadre d'un programme de conformité spécial mené en 2016 pour étudier la conduite des associations professionnelles)

Parmi les autres publications de la CAK figurent son rapport annuel et son plan stratégique sur cinq ans (voir les chapitres 2 et 3). La CAK a également élaboré un recueil juridique contenant une synthèse des principales décisions qu'elle a rendues entre sa création en 2011 et juin 2022¹⁶.

6.2. Analyse

La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'évaluation d'impact sur la concurrence [OECD/LEGAL/0455] encourage les pays à identifier les politiques publiques, existantes ou envisagées, qui restreignent indûment la concurrence, et à réfléchir à l'adoption d'alternatives plus favorables à la concurrence. Elle appelle également les pays et territoires à intégrer une évaluation d'impact sur la concurrence dans l'examen des politiques publiques de la manière la plus efficiente et efficace possible, compte tenu des contraintes tenant aux institutions et aux ressources disponibles.

D'un point de vue interne, la CAK a expliqué que selon elle, le renforcement de la coopération avec d'autres organismes publics et la multiplication des demandes d'avis consultatifs constituaient un solide indicateur d'une meilleure prise de conscience de son rôle en tant qu'autorité et de l'importance de la concurrence dans l'économie. Les modalités de la coopération au plan national sont examinées en détail au chapitre 10.

Les parties prenantes externes ont largement complété les efforts déployés par la CAK pour faire de la promotion de la concurrence et de la sensibilisation la pierre angulaire de ses travaux. Nombre d'entre elles ont indiqué avoir participé aux activités de promotion de la CAK et observé que par rapport à d'autres autorités de la concurrence homologues, elle avait bien réussi à développer la sensibilisation à la problématique de la concurrence.

Lorsqu'elle participe au processus législatif et réglementaire, la CAK pourrait en outre, comme le préconise la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle [OECD/LEGAL/0462], évaluer si l'intervention des pouvoirs publics concernée, par exemple la mise en place d'une réglementation ou d'une aide publique, ne risque pas de favoriser certains acteurs du marché par rapport à d'autres (entreprises publiques ou en place par exemple). Le Manuel sur la neutralité concurrentielle élaboré par l'OCDE pour soutenir l'application des principes de neutralité concurrentielle pourrait être particulièrement utile à cet égard (OCDE, 2024^[11]). La CAK a également pris part en 2018/19 à un examen, par la Banque mondiale, du système kényan de marchés publics, et elle participe désormais au programme sur les objectifs de la politique de développement mené sous l'égide de la Banque mondiale et du ministère kényan des Finances.

L'actuelle pratique de la CAK consistant à ne pas publier ses avis risque d'en limiter quelque peu l'efficacité. De fait, en rendant ses avis publics, elle pourrait permettre à davantage de parties prenantes d'appréhender les effets qu'une mesure ou une législation pourrait avoir, ou a déjà, sur la concurrence, et faciliter l'adhésion aux réformes propices à la concurrence en faveur desquelles elle plaide. Naturellement, ces avis ne devraient être publiés que dans un contexte approprié, en respectant les normes kényanes concernant le caractère sensible et la confidentialité du processus d'élaboration de l'action publique et de la législation.

Il faut toutefois noter que l'un des aspects des activités de sensibilisation évoqué par plusieurs parties prenantes fait écho aux préoccupations décrites dans le chapitre 4 du présent examen concernant le faible niveau d'application effective du droit de la concurrence. Les parties prenantes ont en effet souligné à plusieurs reprises la nécessité d'un changement de culture au sein de la CAK. Elles font valoir que 14 ans après sa création, il est temps que la CAK mette moins l'accent sur ses activités de sensibilisation et

s'emploie à traiter un plus grand nombre d'affaires concernant la mise en œuvre effective du droit de la concurrence. Des affaires très médiatisées pourraient en outre être l'occasion de procéder à des opérations de sensibilisation à fort impact. Par exemple, des affaires de soumissions concertées pourraient être utilisées pour mettre en évidence le coût d'opportunité d'un mauvais usage de fonds publics qui auraient pu bénéficier à des écoles, des hôpitaux, des routes, etc.

Si l'étude des pratiques exemplaires menée par exemple par l'OCDE ou le Réseau international de la concurrence (ICN) montre que donner la priorité à la sensibilisation peut avoir des avantages pour des autorités de la concurrence nouvellement créées dans des pays à revenu faible ou intermédiaire, une telle orientation ne peut pas, à long terme, remplacer l'application du droit. Il arrive un moment où la promotion de la concurrence est « globalement plus convaincante si elle émane d'une instance ayant un pouvoir de sanction » (International Competition Network, 2002^[2]), et les autorités doivent montrer que tout acte répréhensible a des conséquences. Pour les parties prenantes externes, la publication de grandes décisions d'application du droit et l'imposition de sanctions constitueraient, pour la CAK, la forme la plus puissante de sensibilisation à sa disposition.

Références

International Competition Network (2002), *Advocacy and Competition Policy – Report prepared by the ICN Advocacy Working Group*, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_AdvocacyReport2002.pdf (accessed on 12 November 2025). [2]

OCDE (2024), *Manuel sur la neutralité concurrentielle : Pour des conditions de concurrence équitables*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/88e7c41e-fr>. [1]

Notes

¹ Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1, alinéa h.

² Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1, alinéa i.

³ Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1, alinéa j.

⁴ Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1, alinéa k.

⁵ Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1, alinéa l.

⁶ Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1, alinéa m.

⁷ Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1.

⁸ Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1, alinéas d à e.

⁹ Voir <https://cak.go.ke/>.

¹⁰ Voir <https://www.facebook.com/CompetitionAuthorityOfKenya>.

¹¹ Voir https://x.com/cak_kenya.

¹² Voir <https://www.linkedin.com/company/competition-authority-of-kenya>

¹³ Voir <https://www.youtube.com/@competitionauthorityofkenya2933>

¹⁴ Voir <https://cak.go.ke/node/345>.

¹⁵ Loi sur la concurrence, article 9, paragraphe 1.

¹⁶ CAK (2024), « Competition and Consumer Protection Law Digest », https://cak.go.ke/sites/default/files/2024-02/CAK_COMPETITION_AND_CONSUMER_PROTECTION_LAW_DIGEST.pdf.

7 Études de marché

Le présent chapitre porte sur la fonction d'étude de marché de l'Autorité de la concurrence du Kenya (CAK). Il offre une description et une analyse des pouvoirs juridiques de l'Autorité, du processus suivi par cette dernière et des résultats produits par les études de marché antérieures.

7.1. Législation et pratique

7.1.1. Pouvoirs de réalisation d'études de marché conférés par la législation

La Loi sur la concurrence permet à la CAK de mener des enquêtes, des études et des recherches sur des questions liées à la concurrence et à la protection des intérêts des consommateurs¹. La différence entre les enquêtes, les études et les recherches n'est pas expliquée dans la législation. La CAK interprète la loi et s'appuie sur elle pour pouvoir se livrer à trois activités :

- Recherches : travaux informels de recherche documentaire consacrés à un marché ou à un secteur, ne nécessitant aucun pouvoir de collecte de renseignements.
- Enquête : activité de recherche préliminaire sur un sujet sur lequel on dispose alors parfois de peu d'informations, sur un secteur de l'économie en devenir, ou sur un secteur qui intéresse d'autres institutions publiques désireuses d'en savoir davantage.
- Étude : processus formel d'étude de marché concernant un secteur entier, qui repose notamment sur le recours à des pouvoirs de collecte de données probantes et sur le dialogue avec des parties prenantes externes, et qui se conclut par la formulation de recommandations formelles.

Les enquêtes ou les études de marché peuvent être réalisées par la CAK de droit ou sur instruction du Secrétaire du Cabinet du Trésor national et la planification économique². En donnant l'instruction de lancer une enquête ou une étude de marché, le Secrétaire du Cabinet peut établir un calendrier et demander un avis sur les possibilités de réforme de l'action publique ou de la législation³.

L'avis de lancement d'une enquête ou d'une étude de marché doit être publié dans le Journal officiel du Kenya et dans un journal national, et préciser l'objet de cette enquête ou étude de marché, comporter un appel à contributions de la part du public et faire référence, le cas échéant, au mandat confié à la CAK par le Secrétaire du Cabinet⁴. En outre, la CAK doit informer par écrit les entreprises susceptibles d'être affectées par les résultats de l'enquête ou de l'étude de marché, l'ensemble des organisations sectorielles et de consommateurs concernées, ainsi que le Secrétaire du Cabinet, du lancement de cette enquête ou étude de marché⁵.

Lors de la réalisation d'une enquête ou d'une étude de marché, la CAK est investie de pouvoirs coercitifs de collecte de renseignements⁶. Le non-respect de l'obligation de transmission de ces renseignements constitue une infraction en vertu de la Loi sur la concurrence⁷. Toutefois, comme on l'a indiqué au chapitre 3, cette disposition n'est pas appliquée en pratique.

7.1.2. Processus d'étude de marché suivi par la CAK

Depuis sa création, la CAK considère les études de marché comme un outil vital permettant d'analyser les secteurs où les problèmes de concurrence sont profondément enracinés, où de grandes entreprises sont en place et, souvent, où des politiques publiques ont favorisé les conduites sous-jacentes. Au cours de ses premières années d'activité, plus particulièrement, la CAK a eu pour stratégie de mener des études de marché en priorité pour lutter contre les structures de marché et comportements anticoncurrentiels qui existaient depuis longtemps.

Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, la CAK a indiqué que la quasi-totalité de ses études de marché et de ses enquêtes avaient été engagées de droit. Les secteurs étudiés sont sélectionnés en fonction des lignes directrices internes de la CAK en matière de hiérarchisation des priorités ou comme suite aux plaintes reçues par les équipes de la CAK chargées de l'application du droit.

La hiérarchisation des priorités est également influencée par l'intérêt que présentent certains secteurs au regard des priorités nationales fixées par le gouvernement du Kenya à un moment donné. La CAK a fait remarquer que sa dernière enquête sur le secteur de l'alimentation animale illustre cette correspondance

avec les priorités nationales, la sécurité alimentaire et la nutrition étant un aspect essentiel des priorités du gouvernement en matière de transformation de l'agriculture et de croissance inclusive.

Les enquêtes et les études de marché sont menées par le Département de la planification, des politiques et de la recherche de la CAK. Celui-ci compte 8 agents, dont 1 responsable et 4 analystes (en l'occurrence, 3 agents ayant une formation d'économiste et 1 autre ayant une expérience des marchés publics). Outre les activités d'étude de marché, le Département est également chargé d'émettre des avis destinés à promouvoir la concurrence, d'organiser des événements, de réaliser des activités de coopération internationale et de gérer des connaissances pour le compte de la CAK, et de produire des rapports annuels.

La CAK a indiqué qu'il lui arrivait aussi de faire appel à des consultants externes, au motif par exemple que ces derniers disposaient d'une plus grande expertise en lien avec un secteur spécifique, pour bénéficier de leur aide dans la réalisation d'enquêtes et d'études.

La CAK estime que ses enquêtes et études de marché durent en moyenne 18 mois. Le Graphique 7.1 ci-dessous décrit le processus interne que suit la CAK pour mener une étude.

Graphique 7.1. Diagramme illustrant le processus d'étude de marché suivi par la CAK



Source : OCDE, d'après les réponses au questionnaire soumis à la CAK.

Au cours des cinq dernières années, la CAK a réalisé six études de marché. Le Tableau 7.1 ci-dessous recense les marchés étudiés. En moyenne, 1.2 étude de marché par an a été menée sur cette période, chiffre inférieur à la moyenne de trois études de marché par an établie à l'échelle des juridictions de l'OCDE dans la dernière édition des *Tendances de l'OCDE sur la concurrence* (OCDE, 2024^[11]).

Tableau 7.1. Études de marché de la CAK

Année	Nombre d'études de marché	Secteur(s)
2020	2	Secteur de la location commerciale ; secteur de l'aviation (étude de marché réalisée dans le cadre d'une étude internationale du Forum africain de la concurrence)
2021	1	Marché du crédit numérique
2022	1	Télécommunications et services d'itinérance internationale (étude de marché réalisée dans le cadre d'une étude internationale du Forum africain de la concurrence)
2023	1	Plateformes en ligne de livraison de repas ou de produits d'alimentation générale
2024	1	Alimentation animale

Source : CAK.

L'étude de marché sur les données de service supplémentaires non structurées (USSD), présentée dans l'encadré 7.1 ci-après, constitue un cas remarquable parmi les travaux précédents de la CAK. À cette occasion, la CAK a constaté que Safaricom, principale entreprise de télécommunications et n° 1 du marché des services monétaires mobiles, imposait des frais élevés et discriminatoires au titre des USSD.

Encadré 7.1. Étude de marché de la CAK sur la prestation de services en matière de données de service supplémentaires non structurées (USSD)

L'USSD est l'une des principales technologies qui sous-tendent les services monétaires mobiles, largement utilisés au Kenya. La CAK a lancé l'étude de marché correspondante pour déterminer si les conditions de tarification et d'accès restreignaient la concurrence.

La CAK a constaté que Safaricom, entreprise de télécommunications qui jouit d'une position dominante au Kenya, facturait des frais élevés et discriminatoires au titre des USSD, imposant une compression des marges et dressant des obstacles auxquels se heurtaient les prestataires de services monétaires mobiles concurrents de celui, privilégié, proposé par Safaricom. En outre, le marché se caractérisait par des effets de réseau tels que des problèmes d'interopérabilité, ainsi qu'une opacité des informations tarifaires et un manque d'information des consommateurs sur les frais liés aux USSD.

Grâce aux recommandations formulées dans l'étude de marché, la CAK est parvenue à négocier avec Safaricom un engagement de cette entreprise à réduire de 90 % les frais liés aux USSD qui étaient facturés à ses concurrents (afin d'éviter une enquête), et à imposer une tarification cohérente à l'ensemble des acteurs du marché. Les entreprises se sont également engagées à publier les tarifs de base en matière de services d'USSD et à informer les clients des frais éventuels facturés pour le traitement des transferts d'argent par téléphone portable.

Plus généralement, des externalités positives ont été observées en lien avec la réglementation, car les recommandations figurant dans l'étude de marché consistaient notamment en un renforcement de la collaboration entre l'Autorité de la concurrence, la Banque centrale et l'Autorité des communications du Kenya. Cette collaboration plus pérenne a éclairé de plus vastes réformes de l'action publique, notamment la réglementation du crédit numérique et la promotion d'une tarification équitable des services de télécommunication.

Source : Décision de l'Autorité de la concurrence du Kenya CAK/PR/03/10/A.

La CAK indique que les efforts qu'elle déploie en permanence pour améliorer la coopération et mener des activités de sensibilisation ont permis d'obtenir une meilleure participation des acteurs du secteur public lors des études de marché.

En revanche, la participation des acteurs du secteur privé reste problématique, la CAK ayant le sentiment, d'une manière générale, que les entreprises ne veulent pas coopérer avec elle par crainte de s'incriminer et d'être soumises à un examen approfondi de la part de la fonction de répression de la CAK. La Loi sur la concurrence n'interdit pas expressément l'utilisation des informations recueillies dans le cadre d'une étude de marché à d'autres fins d'application du droit.

La CAK a fait savoir que les résultats potentiels des études de marché qu'elle envisageait étaient les suivants :

- saisine pour enquête des équipes de la CAK chargées de l'application du droit ;
- recherche de règlements administratifs avec les acteurs du secteur soupçonnés d'enfreindre la Loi sur la concurrence ;

- activités de sensibilisation ciblant les parties prenantes concernées, et consistant notamment à informer les consommateurs et à collaborer avec les autorités de régulation sectorielle ;
- recommandations en faveur de l'élaboration d'une politique ou d'une législation en l'absence de cadre régissant le secteur au moment de l'étude de marché ;
- recommandations visant à modifier la législation et la réglementation applicables.

En ce qui concerne les recommandations de réforme issues de ses études de marché, la CAK estime qu'environ 50 % d'entre elles ont abouti à des modifications fructueuses de la législation ou de l'action publique. Elle a indiqué avoir formulé en 2016 des recommandations sur l'intégration des prêteurs numériques dans le champ de compétence réglementaire de la Banque centrale du Kenya, recommandations qui ont été suivies cinq ans plus tard, en 2021.

Les études de marché sont accessibles au public sur le site internet de la CAK.

7.2. Analyse

Dans l'ensemble, les parties prenantes se félicitaient du fait que le projet de longue haleine de la CAK visant à mieux faire connaître l'Autorité et son mandat lui ait permis d'être généralement bien acceptée par le secteur public lors de la réalisation d'études de marché.

Néanmoins, des difficultés subsistent en lien avec les acteurs du secteur privé dans le contexte des études de marché. Comme nous l'avons évoqué plus en détail au chapitre 3, dans la mesure où la CAK n'applique pas ses pouvoirs coercitifs de collecte de renseignements, ses études de marché ne permettent souvent pas de mesurer convenablement des facteurs tels que la concentration du marché et doivent s'appuyer sur les données à caractère général recueillies par l'administration sur le secteur. Il est crucial d'améliorer la collecte de renseignements pour réaliser des analyses solides de la concurrence. Les parties prenantes externes ont fait observer qu'en raison de ce manque de données probantes détaillées en provenance des secteurs étudiés, l'analyse de la CAK ne suffisait pas à justifier les recommandations en matière d'action publique que celle-ci pouvait formuler.

Le choix des thèmes traités dans les études de marché posait également problème. Selon les bonnes pratiques de l'OCDE, la définition des critères de sélection des marchés à étudier permet aux autorités de la concurrence de cibler les marchés susceptibles de présenter des problèmes de concurrence ou de comporter des facteurs d'inefficacité réglementaire, ou ceux qui revêtent une plus grande importance pour l'économie (OCDE, 2018^[2]). Les parties prenantes ont critiqué l'étude de marché de 2024 sur les plateformes en ligne de livraison de repas ou de produits d'alimentation générale, estimant que la CAK s'était concentrée sur un sujet relativement spécialisé n'intéressant que les consommateurs aisés de la capitale Nairobi. De plus, les données probantes issues de l'étude de terrain sur les plateformes numériques menée par le Forum africain de la concurrence montrent que l'adoption des services en ligne de livraison a été faible au Kenya, aussi bien en termes absolus que par comparaison avec d'autres pays africains (African Competition Forum, 2024^[3])⁸.

Les données probantes communiquées au Forum africain de la concurrence par la CAK indiquaient que celle-ci n'avait reçu qu'une seule plainte dans le secteur des services en ligne de livraison, au motif d'une tarification excessive ainsi que d'une collusion présumée au titre des commissions prélevées par les applications (African Competition Forum, 2024^[3]). Dans ces circonstances, il aurait peut-être été plus opportun de commencer par ouvrir une enquête dans la perspective d'une éventuelle action répressive que de lancer une étude de marché. Compte tenu des ressources limitées de la CAK et des difficultés actuelles liées à l'exercice de ses pouvoirs de collecte de renseignements, l'Autorité devrait toujours axer ses travaux d'étude sur les marchés de premier plan, afin qu'ils produisent des effets immédiats sur de larges pans de l'économie, et non sur les marchés dont on considère qu'il est de bon ton que les autorités de la concurrence s'y intéressent partout dans le monde.

Références

- African Competition Forum (2024), *ACF Digital Platforms Landscape Study*, [3]
<http://compcom.co.za/wp-content/uploads/2025/06/ACF-Digital-Platform-Study.pdf> (accessed on 12 November 2025).
- OCDE (2024), *Tendances de l'OCDE sur la concurrence 2024 (version abrégée)*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/83258053-fr>. [1]
- OCDE (2018), *Guide sur les études de marché à l'intention des autorités de la concurrence*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/2ec873ab-fr>. [2]

Notes

¹ Loi sur la concurrence, art. 9, par. 1, al. g).

² Loi sur la concurrence, art. 18, par. 1.

³ Loi sur la concurrence, art. 18, par. 2 et 3.

⁴ Loi sur la concurrence, art. 18, par. 5, al. a).

⁵ Loi sur la concurrence, art. 18, par. 5, al. b).

⁶ Loi sur la concurrence, art. 18, par. 6.

⁷ Loi sur la concurrence, art. 89.

⁸ Il ressort de l'étude du Forum africain de la concurrence que le Kenya a peu adopté les services en ligne de livraison de repas. Seuls trois pays membres du Forum (la Gambie, la Namibie et la Zambie) affichaient un niveau d'adoption moyen, l'Afrique du Sud étant l'unique pays dans lequel un niveau d'adoption élevé a été constaté. Voir (African Competition Forum, 2024^[3]).

8

Recours judiciaires

Le présent chapitre porte sur le droit, les procédures et les pratiques relatifs à la contestation des décisions de l’Autorité de la concurrence du Kenya (CAK). À ce titre, il évoque les recours pouvant être engagés devant le Tribunal de la concurrence et devant la Haute Cour du Kenya.

8.1. Droit et pratique

Ce chapitre traite uniquement des recours judiciaires possibles contre les décisions administratives de la CAK en lien avec le droit et la politique de la concurrence. Comme indiqué dans les chapitres 1 et 3 ci-dessus, la Loi sur la concurrence kényane comporte des dispositions relatives à la répression pénale des conduites anticoncurrentielles. Toutefois, la CAK n'a jamais eu recours à ce dispositif de répression pénale, et elle ne compte pas y recourir à l'avenir.

8.1.1. Vue d'ensemble du système judiciaire

Au sein du système judiciaire kényan, deux organes peuvent être saisis de recours contre les décisions de la CAK. Les recours sont introduits, en première instance, devant le Tribunal de la concurrence du Kenya (le « Tribunal ») et, en deuxième et dernière instance, devant la Haute Cour du Kenya.

Le Tribunal a été créé en 2016, en application de la Loi sur la concurrence, pour examiner les recours contre les décisions de la CAK¹. Il se compose d'un président et de deux à quatre membres ordinaires². Le président et les membres siègent pour une période maximale de cinq ans et peuvent démissionner ou être révoqués (pour des raisons de santé ou pour manque d'assiduité aux réunions du Tribunal)³. Sur la période récente, les membres du Tribunal ont été nommés par le gouvernement pour un mandat de trois ans qui a été renouvelé pour une nouvelle période de trois ans (ce qui est supérieur à la durée maximale de cinq ans prévue pour leur mandat).

Pour qu'une décision puisse être adoptée, il faut que le président ainsi qu'au moins deux autres membres du Tribunal soient présents⁴. Siéger au Tribunal n'est pas un travail à temps plein, mais le président ainsi que les autres membres du Tribunal perçoivent une rétribution pour leur travail au sein du Tribunal⁵.

La Loi sur la concurrence confère au Tribunal le pouvoir de convoquer des audiences, d'auditionner les parties et de condamner l'une d'elles aux dépens, à son entière discrétion.

Le fonctionnement du Tribunal est placé sous la responsabilité du Secrétaire du Cabinet compétent. Ce Secrétaire du Cabinet et une équipe d'environ sept personnes sont détachés par les ministères kényans des Finances et de la Justice pour assurer un appui administratif. La Loi autorise le Secrétaire du Cabinet à formuler des règles relatives aux éléments suivants, en concertation avec le Tribunal⁶ :

- les modalités de saisine du Tribunal, et la facturation éventuelle de frais
- la procédure applicable aux recours et à la tenue des archives du Tribunal
- le calendrier des audiences et des réunions du Tribunal
- le montant de la rétribution des membres du Tribunal

L'organisation du système judiciaire kényan est énoncée dans la Constitution⁷. La Haute Cour du Kenya occupe la troisième place au sein de la hiérarchie judiciaire définie dans la Constitution. Elle exerce, entre autres attributions, un pouvoir de contrôle sur les organes qui, à l'image du Tribunal, exercent une fonction judiciaire ou quasi-judiciaire⁸. La Loi sur la concurrence confère aux parties le droit de contester les décisions du Tribunal auprès de la Haute Cour⁹. Une fois nommés, les juges de la Haute Cour restent en fonctions jusqu'à leur âge obligatoire de départ à la retraite, c'est-à-dire 70 ans, sauf s'ils décident de démissionner, s'ils prennent une retraite anticipée après l'âge de 65 ans ou s'ils sont révoqués pour l'un des motifs prévus dans la Constitution (tels qu'une faute lourde ou une insolvabilité personnelle)¹⁰.

La Haute Cour constitue le dernier recours contre les décisions de la CAK. Il n'est pas possible de contester les décisions de la Haute Cour devant la Cour d'appel du Kenya, ni devant la Cour suprême du Kenya.

En général, les recours engagés auprès de la Haute Cour sont examinés par un juge unique. Toutefois, si la Haute Cour considère qu'une affaire soulève un point important de droit, le président de la Haute Cour

peut en confier l'examen à un collège de juges (dont les membres devront être en nombre impair, et au moins trois)¹¹. Les recours contre les décisions de la CAK sont examinés par des juges affectés à la Division commerciale de la Haute Cour (les juges ne sont pas spécialisés ; ils effectuent une rotation entre les différentes divisions de la Haute Cour).

Les décisions de la Haute Cour sont contraignantes pour les tribunaux de rang inférieur, conformément à la doctrine du « *stare decisis* » (règle du précédent).

8.1.2. Droit à engager un recours

En application de la Loi sur la concurrence, toute personne subissant un préjudice du fait d'une décision de la CAK est en droit de la contester¹².

De plus, le Règlement (de procédure) du Tribunal de la concurrence précise quelles personnes peuvent contester une décision de la CAK. Il s'agit des personnes suivantes¹³ :

- pour les recours contre une décision en matière de fusions, toute partie intéressée à l'opération¹⁴.
- toute partie jointe au recours par le Tribunal.
- toute autre personne affectée par une décision de la CAK et ayant demandé à être jointe au recours.

8.1.3. Décisions susceptibles de recours

Toute décision définitive de la CAK peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal, en première instance, et auprès de la Haute Cour, en deuxième et dernière instance¹⁵.

Outre ces décisions définitives relatives aux pratiques anticoncurrentielles ou aux fusions, la Loi sur la concurrence autorise aussi les parties à contester les décisions et mesures provisoires adoptées en réponse à des demandes de confidentialité de la procédure ou de non-divulgence d'informations¹⁶.

8.1.4. Procédure de recours

Pour les décisions de la CAK relatives aux pratiques anticoncurrentielles, les parties doivent engager un recours auprès du Tribunal dans les 30 jours suivant la réception de la décision de la CAK. De même, elles ont 30 jours pour faire appel des décisions du Tribunal auprès de la Haute Cour¹⁷.

Pour les décisions relatives aux fusions, les parties ont 30 jours à compter du prononcé de la décision par la CAK pour engager un recours auprès du Tribunal. En application de la Loi sur la concurrence, le Tribunal est tenu de rendre sa décision dans les quatre mois qui suivent sa saisine¹⁸. Les décisions du Tribunal en matière de fusions peuvent ensuite faire l'objet d'un appel auprès de la Haute Cour dans les 30 jours suivant le prononcé de la décision du Tribunal ; en revanche, la législation ne fixe pas de délai à la Haute Cour pour se prononcer¹⁹.

En cours de procédure, la CAK et la partie qui a engagé le recours peuvent arriver à un règlement transactionnel et adresser au Tribunal ou à la Haute Cour une demande visant à faire clore la procédure. Comme c'est noté au point 8.1.6 ci-dessous, ce cas de figure s'est très souvent présenté au cours des cinq dernières années, puisque 5 des 6 procédures de recours auprès du Tribunal qui sont aujourd'hui closes se sont conclues par un règlement transactionnel.

8.1.5. Nature du contrôle exercé

Les recours peuvent porter sur la légalité de la procédure ou sur le fond des décisions de la CAK. En pratique, d'après la CAK, environ 80 % des recours portent sur la légalité de ses décisions. Les parties qui engagent les recours font souvent valoir que la CAK n'a pas suivi un processus administratif équitable,

qu'elle n'a pas lancé une enquête dans le délai de trois ans prévu, qu'elle n'avait pas compétence pour agir ou qu'elle a enfreint les règles de la preuve.

Quand un recours est engagé, le Tribunal et la Haute Cour ont le pouvoir de réexaminer intégralement le dossier, puis de confirmer, modifier ou infirmer la décision en cause.

Dans le cadre de son examen de tout recours contre une décision de la CAK, le Tribunal a la possibilité de confirmer, modifier ou infirmer cette décision, en tout ou partie²⁰. Il a aussi la possibilité de renvoyer le dossier devant la CAK, en lui fournissant des instructions sur la façon dont elle devra le réexaminer.²¹.

Le niveau de preuve applicable est celui de la mise en balance des probabilités. Le fardeau de la preuve pèse sur la partie qui a engagé le recours.

8.1.6. Issue des recours

Le Tribunal et la Haute Cour ont rendu un nombre très faible de décisions. En pratique, très peu de décisions de la CAK ont fait l'objet d'un recours. De plus, parmi les rares décisions de la CAK à avoir donné lieu à un recours, la quasi-totalité a débouché sur un règlement transactionnel avant que le Tribunal ou la Haute Cour se soient prononcés.

Le Tableau ci-dessous présente l'issue des recours engagés devant le Tribunal et la Haute Cour au cours des cinq dernières années (selon les chiffres fournis à l'OCDE par la CAK).

Tableau 8.1. Décisions du Tribunal et de la Haute Cour relatives à l'application du droit de la concurrence

Année	Recours auprès du Tribunal contre des décisions de la CAK datant de l'année indiquée*	Issue de la saisine du Tribunal	Objet de la décision	Recours auprès de la Haute Cour contre des décisions de la CAK datant de l'année indiquée*	Issue de la saisine de la Haute Cour
2020	3 (parties différentes pour la même affaire)	Règlement transactionnel pour les 3 parties avant le prononcé de la décision sur le recours	Accords horizontaux	0	s.o.
2021	1	1 décision de la CAK confirmée	Fusion	0	s.o.
2022	0	s.o.	s.o.	0	s.o.
2023	8 (parties différentes pour la même affaire)	Règlement transactionnel pour 2 parties avant le prononcé de la décision sur le recours			
6 procédures toujours en cours	Accords horizontaux	0	s.o.		

Note : les décisions du Tribunal et de la Haute Cour n'ont pas nécessairement été rendues la même année que la décision de la CAK.
Source : questionnaire rempli par la CAK.

Cela signifie qu'au cours des cinq dernières années, le Tribunal a rendu une décision sur le thème des fusions et aucune décision sur les ententes, et que la Haute Cour n'a rendu aucune décision.

Le Tribunal a aussi examiné trois affaires relatives à la notion voisine d'abus de puissance d'achat (dont l'une a fait l'objet d'un appel rejeté par la Haute Cour). Toutefois, comme indiqué au Chapitre 1 ci-dessus,

la notion d'abus de puissance d'achat ne se confond pas avec celle d'abus de position dominante, et elle sort du périmètre du présent examen par les pairs

8.1.7. Expertise judiciaire

S'agissant du Tribunal, la Loi sur la concurrence exige que le président soit un juriste doté d'une expérience d'au moins sept ans²². Il n'est pas indiqué que le président doive bénéficier d'une expertise ou expérience particulière dans le domaine du droit de la concurrence ou de la législation en matière de protection des consommateurs.

Quant aux autres membres du Tribunal, aucune obligation en termes de compétence ou d'expertise ne leur est applicable.

Aucune formation en droit de la concurrence n'a été assurée aux membres du Tribunal depuis au moins cinq ans. La Loi sur la concurrence ne permet pas au Tribunal de recruter et de rémunérer des experts indépendants en vue de l'assister pour les procédures de recours.

Les critères applicables à la désignation des juges de la Haute Cour sont formulés dans la Constitution. Les juges de la Haute Cour doivent avoir au moins dix ans d'expérience pertinente en tant que magistrats, juristes ou universitaires²³. Ils ne se spécialisent pas. Au bout de trois ans, ils tournent entre les différentes divisions de la Haute Cour, y compris la Division commerciale, qui examine les recours en lien avec les décisions de la CAK.

Au cours de sa mission d'enquête, l'équipe de l'OCDE n'a pas été en mesure de rencontrer des représentants de la Haute Cour. Toutefois, aucun des éléments recueillis au moyen du questionnaire ou auprès des autres parties prenantes n'indique qu'ils auraient bénéficié, au sein de la Haute Cour, d'une quelconque formation en matière de droit de la concurrence.

8.2. Analyse

La Recommandation sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence [[OECD/LEGAL/0465](#)] appelle ses adhérents à « garantir l'accès à un contrôle impartial des décisions par une juridiction de jugement (...) indépendante et séparée de l'autorité de la concurrence » et précise qu'il faut que cette juridiction soit en mesure d'examiner « [l]es faits et [l]es preuves, et le bien-fondé des décisions d'application du droit de la concurrence ».

Si la Loi sur la concurrence positionne le Tribunal comme un organe spécialisé chargé d'examiner les recours, d'importants obstacles entravent l'aptitude du Tribunal à agir comme tel. Tout d'abord, il n'est doté d'aucune expertise en droit de la concurrence, et il ne dispose pas de ressources pour acquérir cette expertise. Cet aspect pèse très fortement sur son aptitude à constituer une voie de recours efficace contre les décisions de la CAK.

De plus, le seul critère d'éligibilité formulé est que le président du Tribunal doit être un juriste doté d'une expérience de sept ans, et aucun critère ne s'applique aux autres membres du Tribunal. Par conséquent, les recours engagés auprès de ce qui devrait être un tribunal spécialisé sont, en pratique, examinés par des individus qui ne sont pas dotés de connaissances et d'expériences préalables dans le domaine de la concurrence.

Par le passé, les membres du Tribunal n'étaient pas rémunérés, ce qui signifie que des professeurs des écoles y ont siégé, par exemple, faute de candidatures en nombre suffisant. Le Tribunal est désormais en mesure de rémunérer ses membres à temps partiel, pour les périodes d'audience et d'examen des affaires. Il se compose aujourd'hui d'avocats indépendants, même si aucun ne pratique le droit de la concurrence. Ce recours à des avocats indépendants peut lui-même susciter des inquiétudes liées aux conflits d'intérêts

susceptibles d'apparaître quand ces avocats ou les cabinets auxquels ils appartiennent sont amenés à plaider devant le Tribunal.

À l'exception du secrétaire du Tribunal, aucun membre du personnel administratif du Tribunal - personnel qui est détaché par des ministères - n'est expert en droit de la concurrence ou en économie. En d'autres termes, le Tribunal n'a pas la possibilité de solliciter ce personnel pour l'aider à effectuer des recherches en lien avec les affaires qu'il examine. Il n'a pas non plus la possibilité de solliciter des experts ou avis extérieurs pour l'aider à examiner les recours.

La mission d'enquête de l'OCDE n'a fait apparaître aucun élément laissant penser que les membres du Tribunal auraient eu accès à une quelconque formation en droit de la concurrence ou en économie. Il n'existe pas de coopération entre la CAK et le Tribunal en matière de formation.

Les parties prenantes considèrent que, sous l'effet cumulé de ces facteurs, le Tribunal n'est pas en mesure de remplir avec efficacité son rôle d'instance de recours, car il s'en remet trop aux décisions de la CAK. Des avocats déclarent hésiter à engager des recours devant le Tribunal, au vu des très faibles chances de succès de tels recours. Les parties prenantes considèrent qu'il en résulte un cercle vicieux où le Tribunal a moins d'occasions d'examiner des affaires, ce qui limite encore plus ses possibilités d'exercer un réel contrôle sur les décisions de la CAK.

Étant donné que la Haute Cour n'a été saisie d'aucun recours en matière de droit de la concurrence depuis au moins cinq ans, et que ses membres n'ont suivi aucune formation en la matière, les parties prenantes nourrissent des inquiétudes similaires quant à la possibilité d'engager des recours judiciaires efficaces en deuxième instance.

Notes

¹ Loi sur la concurrence, partie VII.

² Loi sur la concurrence, article 71, paragraphe 2.

³ Loi sur la concurrence, article 71, paragraphe 3.

⁴ Loi sur la concurrence, article 71, paragraphe 4.

⁵ Loi sur la concurrence, article 71, paragraphe 5.

⁶ Loi sur la concurrence, article 71, paragraphe 6.

⁷ Constitution du Kenya (2010), article 165.

⁸ Constitution du Kenya (2010), article 165, paragraphe 6.

⁹ Loi sur la concurrence, article 77.

¹⁰ Constitution du Kenya (2010), articles 167 et 168.

¹¹ Constitution du Kenya (2010), article 165, paragraphe 4.

¹² Loi sur la concurrence, articles 40 et 73.

¹³ Règlement (de procédure) du Tribunal de la concurrence (2017), article 11.

¹⁴ Loi sur la concurrence, article 48, paragraphe 2.

¹⁵ Loi sur la concurrence, articles 40, 48 et 73.

¹⁶ Loi sur la concurrence, article 20, paragraphe 9.

¹⁷ Loi sur la concurrence, article 40.

¹⁸ Loi sur la concurrence, article 48.

¹⁹ Loi sur la concurrence, article 49.

²⁰ Loi sur la concurrence, article 74, paragraphe 3.

²¹ Loi sur la concurrence, article 75.

²² Loi sur la concurrence, article 71, paragraphe 2, alinéa a.

²³ Constitution du Kenya (2010), article 166, paragraphe 5.

9 Action privée

Le présent chapitre traite des dispositions de la législation relatives au droit d'engager une action privée au titre de la Loi sur la concurrence.

9.1. Législation et pratique

Bien que le cadre de droit civil kényan permette aux parties d'intenter des actions privées de suivi en dommages et intérêts, la Loi sur la concurrence et les principes directeurs connexes ne prévoient aucune disposition relative à l'action privée. Dans la pratique, il n'y a pas d'actions privées au Kenya.

9.1.1. Qualité pour engager un recours privé

La Loi sur la concurrence n'institue pas expressément de droit ni de procédure permettant d'intenter une action privée en réparation d'un préjudice concurrentiel. La CAK a indiqué dans ses réponses au questionnaire que, comme il n'existait aucune disposition particulière empêchant une partie de former un recours privé, une telle démarche était théoriquement possible.

Il n'existe pas de lignes directrices ni de réglementation qui définissent la procédure spécifique à suivre pour engager un recours privé. La CAK précise que selon son interprétation de la législation, celle-ci vise uniquement l'action privée de suivi car seule la CAK a le pouvoir de déclarer ce qui constitue une infraction à la Loi sur la concurrence. Par conséquent, une action privée ne peut être intentée qu'après que la CAK a rendu une décision par laquelle une infraction est constatée.

La Loi sur la concurrence ne confère à la CAK aucun pouvoir d'intervention dans le cadre d'un recours privé.

9.1.2. Délais

En vertu de l'article 86 de la Loi sur la concurrence, une enquête sur une infraction présumée aux dispositions de ladite loi ne peut être ouverte après un délai de trois ans à compter de la date à laquelle l'infraction a cessé.

La Loi sur la concurrence ne stipule pas de délai de prescription pour l'exercice du droit à engager une action privée. La loi kényane régissant la prescription des actions fixe également un délai de trois ans pour les actions en responsabilité civile¹.

9.1.3. Recours collectif

La CAK note que rien n'empêche un particulier de demander des dommages-intérêts dans le cadre d'une action de suivi collective.

Le Code de procédure civile kényan définit les conditions de constitution d'un groupe de plaignants aux fins d'une action collective².

9.1.4. Accès aux renseignements de l'Autorité de la concurrence

La Loi sur la concurrence ne fixe pas de règles concernant les plaignants privés qui cherchent à obtenir des preuves ou des renseignements collectés par la CAK dans le cadre de ses enquêtes. Les décisions de la CAK ne sont pas non plus publiées, ce qui limite la disponibilité d'informations publiques sur lesquelles les plaignants privés peuvent s'appuyer.

Dans ses lignes directrices relatives aux programmes de clémence, la CAK s'est engagée à protéger l'identité des parties ayant été admises au bénéfice d'un tel programme ainsi que les pièces qu'elles ont fournies, y compris une fois la procédure achevée. Toutefois, dans la pratique, la CAK n'a jamais reçu de demande de clémence, et n'a donc jamais eu besoin de réfléchir aux renseignements figurant dans ses décisions qui devaient être rendus publics.

9.1.5. Pratique des actions privées

La CAK fait savoir qu'il n'y a jamais eu un seul cas d'action privée au Kenya. Elle ne s'est pas non plus livrée à d'éventuelles activités de promotion en rapport avec les actions privées.

Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, les juristes en droit privé ont indiqué n'avoir aucun intérêt à recommander à leurs clients d'engager un recours privé au titre du droit de la concurrence.

9.2. Analyse

Selon la Recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [[OECD/LEGAL/0452](#)], « toute victime d'un préjudice causé par une entente injustifiable [devrait avoir] le droit d'obtenir réparation ou de réclamer une indemnisation au titre de ce préjudice aux personnes ou aux entités qui l'ont causé ».

Les données factuelles tirées du document *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement* (OCDE, 2015^[1]) indiquent que l'absence d'actions privées n'est pas propre au Kenya. Une telle situation tient généralement à un ensemble de facteurs divers, parmi lesquels :

- **Une culture de la concurrence encore en devenir** : les plaignants potentiels sont moins susceptibles de connaître leurs droits en matière d'action privée dans des juridictions où l'instauration de lois relatives à la concurrence ou la mise en place d'autorités chargées de la concurrence est récente. Il se peut que les mécanismes d'action collective soient mal connus, ce qui constitue un obstacle supplémentaire à la formation de recours.
- **Le fonctionnement en vase clos et/ou la nature informelle de l'économie** : ces facteurs peuvent jouer un rôle dissuasif lorsqu'il s'agit d'intenter une action contre une entreprise à laquelle on continuera probablement d'avoir affaire pendant longtemps.
- **Les normes culturelles** : les parties peuvent hésiter à s'accuser entre elles publiquement d'actes répréhensibles et à demander des dommages-intérêts pour un comportement qui est censé être réprimé par une institution publique.
- **Les risques et les coûts associés aux litiges** : le manque d'expertise des juges dans le domaine du droit de la concurrence peut créer un risque de règlement insatisfaisant pour les plaignants. En outre, compte tenu de l'absence de procédure établie ou de précédent en matière de recours privé, il est peu probable que les juristes en droit privé recommandent à leurs clients de consacrer du temps et de l'argent à une forme inédite de contentieux. Les avocats sont plus enclins à recommander aux parties de signaler le comportement présumé à la CAK dans l'espoir d'obtenir une issue moins aléatoire.

La Loi sur la concurrence ne prévoit aucun cadre applicable aux actions privées, et il n'existe par ailleurs aucune action privée dans la pratique au Kenya.

On peut s'attendre à ce que les actions privées se développent si le nombre d'actions publiques augmente, car les décisions par lesquelles une infraction est constatée permettent aux plaignants de s'appuyer sur les conclusions de la CAK pour prouver le préjudice qu'ils ont subi. Les actions privées peuvent, à leur tour, renforcer les actions publiques en accentuant leur effet dissuasif.

Étant donné l'absence générale dans le monde d'actions privées au titre du droit de la concurrence, le Kenya ne constitue pas un cas particulièrement atypique au regard des Membres et des non-Membres qui siègent au Comité de la concurrence de l'OCDE (OCDE, 2023^[2]).

Références

OCDE (2023), “The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 299, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9bc9dd57-en>. [2]

OCDE (2015), “Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 174, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/8c535258-en>. [1]

Notes

¹ Loi de prescription (telle que modifiée en 2012), pt ii, art. 4, par. 2.

² Code de procédure civile, chap. 21, instr. 1, art. 8.

10 Coopération

Le présent chapitre examine la coopération établie au niveau institutionnel entre l'autorité de la concurrence du Kenya et d'autres entités nationales ainsi qu'avec les autorités de la concurrence d'autres juridictions.

10.1. Coopération à l'échelle nationale

10.1.1. Législation et pratique

Protection des consommateurs

La CAK (*Competition Authority of Kenya*) est à la fois l'autorité de la concurrence et l'autorité de protection des consommateurs du Kenya. Ses activités englobent le contrôle de l'application de la loi, la promotion de la concurrence et la sensibilisation du public en lien avec les dispositions de la Loi sur la concurrence relatives à la protection des consommateurs et à la sécurité des produits, ainsi que la conduite de campagnes de promotion et de sensibilisation.

Comme expliqué au chapitre 2, la protection des consommateurs relève de la direction de la CAK responsable de l'application du droit de la concurrence.

D'autres services de la CAK, comme le Département des politiques et de la planification, sont également chargés de superviser l'exécution du double mandat de l'autorité. Compte tenu de la sensibilisation du grand public et de son intérêt pour les questions touchant à la protection des consommateurs, le Département de la communication et des relations extérieures estime consacrer environ 70 % de son temps à la communication liée à cette thématique.

Instances de réglementation sectorielle

Comme indiqué au chapitre 1, les instances de réglementation sectorielle disposent de certains pouvoirs juridiques limités en lien avec le droit et la politique de la concurrence au Kenya dans le secteur des télécommunications et de l'énergie. L'Autorité des communications est la seule instance de réglementation sectorielle habilitée à enquêter sur les comportements anticoncurrentiels en vertu de sa législation, même si elle ne l'a jamais fait dans la pratique¹. La législation de l'Autorité de régulation de l'énergie et du pétrole prévoit une coopération avec la CAK en ce qui concerne les pratiques commerciales et la facilitation de la concurrence sur les marchés réglementés de l'énergie².

Dans le cas de fusions entre des entreprises des secteurs de la banque, de l'énergie, des assurances et des télécommunications ou de sociétés cotées en bourse, la CAK et l'instance de réglementation sectorielle concernée sont également compétentes pour l'examen des opérations. La CAK est la seule à réaliser une évaluation d'impact sur la concurrence dans le cadre de son processus d'examen des fusions.

Par le passé, le degré de chevauchement entre ces cadres législatifs n'était pas clair et les mandats réglementaires étaient flous, en particulier dans le cas des fusions, qui devaient être autorisées à la fois par la CAK et par l'instance de réglementation sectorielle.

À ce titre, la CAK s'est employée à conclure des protocoles d'accord avec plusieurs instances nationales de réglementation sectorielle, à savoir :

- La Banque centrale du Kenya (avril 2015)
- L'Autorité des communications du Kenya (mai 2015)
- L'Autorité de réglementation des assurances (avril 2016)
- L'Autorité de l'aviation civile du Kenya (août 2018)
- L'Autorité de régulation de l'énergie et du pétrole (février 2020)
- L'Autorité de réglementation des marchés publics (juin 2018)

Ces protocoles d'accord visent à faciliter l'échange de renseignements, à instaurer une collaboration pour l'examen des fusions, à signaler les comportements anticoncurrentiels et à veiller à l'application cohérente du droit de la concurrence.

En outre, l'Autorité des marchés de capitaux intervient dans les opérations de fusion impliquant des sociétés cotées en bourse au Kenya.

Dans la pratique, la CAK et les instances de réglementation sectorielle coopèrent très peu pour ce qui est de la répression des comportements anticoncurrentiels. La seule coopération à cet égard consiste à mettre occasionnellement à contribution les instances de réglementation sectorielle pour qu'elles encouragent de manière informelle les entreprises de leur secteur à répondre aux demandes d'informations de la CAK.

La plupart des activités de coopération à l'échelle nationale concernent le contrôle des fusions. Les examens menés par la CAK sont indépendants de ceux des instances de réglementation sectorielle concernées, mais une coopération est instaurée à travers la formulation d'avis mutuels ou la mise en place de comités conjoints chargés d'examiner certains éléments d'une opération. Cette coopération vise à garantir une analyse convergente et complémentaire (y compris dans la conception des mesures correctives), sans que les organismes aient à renoncer à leur mandat officiel³.

La CAK coopère également avec les instances de réglementation sectorielle dans le cadre de la promotion de la concurrence. Ainsi, en 2020, elle a lancé une enquête sur le marché du crédit numérique au Kenya afin de recenser et de traiter les problèmes de concurrence et de protection des consommateurs sur ce marché. Même si ce marché n'était alors pas réglementé par la Banque centrale, la CAK a associé cette dernière à l'enquête pour l'élaboration des demandes de recueil de données et lors de l'analyse des données. La CAK et la Banque centrale ont conjointement élaboré les recommandations. Cette collaboration a débouché sur l'adoption d'une législation visant à intégrer les prêteurs numériques dans le champ de compétence réglementaire de la Banque centrale⁴.

À l'inverse, la CAK indique par ailleurs que le manque de cohérence entre le cadre juridique de l'autorité de la concurrence et ceux des instances de réglementation sectorielle s'est traduit par la formulation d'avis divergents en matière de promotion de la concurrence. Dans leurs réponses à une enquête parlementaire portant sur le secteur des télécommunications, la CAK et l'Autorité des communications ne sont pas parvenues aux mêmes conclusions quant à la position dominante d'une entreprise compte tenu de leurs cadres réglementaires différents⁵.

Marchés publics

Comme indiqué au chapitre 1, la Constitution du Kenya exige que tous les contrats de marchés publics s'inscrivent dans un système concurrentiel (qui soit également juste, équitable, transparent et efficace sur le plan des coûts) et prévoit des sanctions pour réprimer les infractions aux lois et aux politiques régissant les marchés publics⁶.

Le chapitre 4 offre une vue d'ensemble complète du cadre et des pratiques de la CAK en matière de répression des soumissions concertées. Outre l'interdiction des ententes prévue par la Loi sur la concurrence (qui englobe les soumissions concertées), l'Autorité de réglementation des marchés publics (*Public Procurement Regulatory Authority*, PPRA) a pour mandat d'enquêter sur les allégations de soumissions concertées.

En mars 2019, le CAK et la PPRA ont signé un protocole d'accord qui prévoit une formation mutuelle et l'échange de renseignements dans le cadre des enquêtes. À ce jour, la coopération entre les deux autorités est limitée. Elle est principalement axée sur le renforcement des capacités et la formation des acheteurs, ainsi que sur la fourniture de contributions concernant le formulaire type d'appel d'offres utilisé au Kenya. Les deux autorités ne tiennent pas de réunions régulières.

La coopération autour des activités répressives est inexistante et aucun signalement de comportement pouvant correspondre à une soumission concertée n'a été effectué. La PPRA n'a jamais imposé de sanction pour violation de la législation kényane relative aux marchés publics et n'a notamment mené aucune activité répressive en lien avec des soumissions concertées.

Le CAK peut demander à la PPRA de lui communiquer des données dans le cadre d'enquêtes, mais cette pratique n'est pas systématique. Ni la PPRA ni la CAK n'ont la capacité de procéder à un examen en amont des procédures de passation des marchés et les deux instances peuvent uniquement compter sur les plaintes déposées ou sur des vérifications aléatoires. En outre, la visibilité est limitée en ce qui concerne les processus de passation des marchés, car le portail électronique centralisé est utilisé par à peine plus de 2 % des organismes acheteurs au Kenya.

Ministère public

Au Kenya, le Bureau du directeur des poursuites publiques (« ministère public ») est l'autorité responsable :

- de l'ouverture de poursuites pénales en vertu de la Loi sur la concurrence⁷ ;
- de l'application des dispositions relatives à la non-réponse à une demande de la CAK (par exemple, une demande d'information ou de participation à un entretien) ou à l'entrave à une enquête de la CAK⁸ ;
- de l'action contre une partie pour non-respect d'une ordonnance ou d'une décision de la CAK (par exemple, non-paiement d'une amende)⁹.

Comme examiné au chapitre 3, pour intenter de telles actions, la CAK doit saisir le ministère public et apporter des preuves à l'appui. La CAK et le ministère public ne coopèrent pas et à ce jour, ce dernier n'a imposé aucune mesure visant à faire appliquer la Loi sur la concurrence.

10.1.2. Analyse de la coopération à l'échelle nationale

Il est largement admis qu'une coopération efficace entre les autorités de la concurrence et les instances de réglementation sectorielle ou d'autres organismes nationaux ayant une mission en rapport avec la concurrence est une composante essentielle d'une politique de la concurrence et d'une application du droit de la concurrence efficaces. Ces autres organismes peuvent promouvoir la concurrence et fournir des renseignements et des éclairages sur des pratiques ou des opérations potentiellement problématiques, contribuant ainsi à la promotion de la concurrence et à l'application du droit de la concurrence (OCDE, 2022^[1]).

Comme expliqué dans les sous-sections ci-après, la CAK a certes déployé des efforts considérables par le passé pour conclure des protocoles d'accord avec des instances nationales homologues compétentes, mais la mise en œuvre et la coopération sur le fond restent limitées. Des travaux antérieurs de l'OCDE ont reconnu que les protocoles d'accord ne sont qu'un aspect parmi d'autres d'une coopération efficace à l'échelle nationale. Les dispositions de ces protocoles ont moins de chances d'être mises en œuvre s'il n'existe pas de véritable coopération ascendante entre les organismes, axée sur la notification et la consultation, la mise en commun des compétences au sein de groupes de travail au niveau du personnel et l'instauration d'une culture de coopération au cas par cas lorsque cela est bénéfique (OCDE, 2022^[1]).

Instances de réglementation sectorielle

Les liens entre la CAK et les instances de réglementation sectorielle dans le contexte des fusions semblent être efficaces pour réduire au minimum les doublons et les incohérences dans les processus d'évaluation des opérations.

De même, la CAK et la plupart des instances de réglementation sectorielle semblent avoir noué des relations de travail qui leur permettent de solliciter des conseils lors de l'élaboration de leurs politiques ou de l'étude de la dynamique du marché.

À moyen et à long termes, la CAK et les instances de réglementation sectorielle devraient envisager de renforcer leur coopération dans le domaine de l'application du droit de la concurrence, en particulier la notification mutuelle des comportements potentiellement anticoncurrentiels (OCDE, 2022^[1]).

Marchés publics

Selon le gouvernement kényan, les marchés publics représentent 60 % de son budget annuel, soit généralement entre 10 % et 13% du produit intérieur brut (PIB) du pays (National Treasury of Kenya, 2025^[2]; Kenyan Public Procurement Regulatory Authority, 2023^[3]). Comme le relève la Recommandation du Conseil sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics [[OECD/LEGAL/0396](#)], la concurrence favorise l'efficacité, ce qui contribue à assurer que les biens et services proposés aux entités publiques correspondent mieux à leurs besoins et préférences, et s'accompagne d'avantages pour les usagers des biens et des services publics et les contribuables comme la baisse des prix, l'amélioration de la qualité, le renforcement de l'innovation, les gains de productivité et, plus généralement, un meilleur rapport qualité/prix.

Le manque de coopération entre la CAK et la PPRA tend à indiquer un défaut de conformité avec la Recommandation du Conseil sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics [[OECD/LEGAL/0396](#)]. Parmi les mesures suggérées dans la Recommandation qui ne sont actuellement pas mises en œuvre figurent les suivantes :

- Instaurer une relation de travail entre les autorités de la concurrence et les autorités chargées des marchés publics pour que ces dernières signalent la collusion présumée, en étant assurées que les autorités de la concurrence leur apporteront leur concours pour enquêter et engager des poursuites en cas de comportement anticoncurrentiel potentiel.
- Examiner le niveau de concurrence dans les procédures antérieures d'appel à la concurrence afin d'éclairer la préparation des nouveaux appels d'offres.
- Utiliser, dans la mesure du possible, des systèmes de soumission électronique à toutes les étapes du processus de passation.
- Tenir des bases de données fiables et complètes sur les marchés publics.
- Élaborer des filtres numériques ou utiliser des outils de filtrage afin de faciliter la détection des soumissions concertées.
- Envisager le recours à l'exclusion comme sanction pour les entreprises et les personnes physiques s'étant livrées à des soumissions concertées par le passé.

Plusieurs parties prenantes ont estimé que les préoccupations largement répandues concernant la corruption dans les marchés publics au Kenya appelaient un redoublement d'efforts en vue de renforcer la coopération entre la CAK et la PPRA¹⁰. La concurrence et l'intégrité dans les marchés publics se renforcent mutuellement et la coopération formelle et informelle entre les autorités du secteur public et les instances chargées des politiques et de l'application du droit est essentielle.

Ministère public

Le niveau actuel de coopération entre la CAK et le ministère public réduit la capacité de l'autorité de la concurrence de faire appliquer efficacement la Loi sur la concurrence. À l'heure actuelle, il n'existe aucun mécanisme permettant de faire respecter juridiquement les obligations consistant à répondre aux demandes de la CAK, à ne pas entraver ses activités ou à se conformer à ses décisions et ordonnances. La possibilité d'imposer des sanctions pour réprimer de tels comportements est considérée comme une bonne pratique, par exemple dans le cadre de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [[OECD/LEGAL/0452](#)].

Étant donné la réticence actuelle de la CAK à prononcer la sanction civile maximale en cas d'entente (soit 10 % du chiffre d'affaires), il est peu probable que l'autorité de la concurrence envisage de recourir au régime de sanctions pénales existant en vertu de la Loi sur la concurrence. À plus long terme, la CAK et le ministère public devraient se pencher sur la question de savoir si le recours à la répression pénale peut être un moyen efficace de dissuader comme il se doit les ententes injustifiables et les soumissions concertées au Kenya, comme le suggère la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables [[OECD/LEGAL/0452](#)].

Protection des consommateurs

Au cours de la mission d'enquête de l'OCDE, aucune partie prenante n'a soulevé de préoccupations particulières concernant la coopération entre les fonctions chevauchantes de veille en matière de concurrence et de protection des consommateurs au sein de la CAK. Celles qui ont mentionné la protection des consommateurs étaient généralement élogieuses à l'égard de la CAK à cet égard. Elles ont souligné que la CAK était dans l'ensemble disposée à dialoguer avec les groupes de défense et d'intérêt et que, par rapport aux instances de réglementation sectorielle concernées sollicitées par les consommateurs, elle était plus réactive aux plaintes. Comme indiqué au chapitre 2, la difficulté plus générale que rencontre la CAK dans le cadre de ses fonctions de contrôle de l'environnement concurrentiel et de protection des consommateurs réside dans l'équilibre qu'elle doit trouver entre la répartition des ressources entre ces deux missions et les préoccupations soulevées par les parties prenantes, selon lesquelles cette dualité contribue au manque d'activités de la CAK dans le domaine de l'application du droit de la concurrence.

10.2. Coopération internationale

10.2.1. Législation et pratique

Coopération avec les autorités de la concurrence supranationales

Le présent rapport d'examen par les pairs a été élaboré entre juin et septembre 2025, une période marquée par une mutation profonde du paysage supranational de la politique de la concurrence et de l'application du droit de la concurrence en Afrique.

Le Kenya est membre de trois blocs commerciaux qui ont mis en place des cadres de concurrence supranationaux ou s'y emploient, à savoir :

- Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), qui a créé sa propre Commission de la concurrence (*COMESA Competition Commission, CCC*), en activité depuis 2013.
- La Communauté d'Afrique de l'Est (CAE), qui œuvre actuellement à la création d'une Autorité de la concurrence de la CAE (*EAC Competition Authority, EACCA*) opérationnelle. Le contrôle des fusions est le premier domaine dans lequel l'EACCA devrait débiter ses activités en matière d'application du droit de la concurrence, en novembre 2025.
- La Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf), qui envisage à l'avenir de créer sa propre autorité de la concurrence.

La CAK a signé des protocoles d'accord avec la CCC (mars 2022) et avec l'EACCA (mai 2023).

Le chapitre 5 du présent rapport d'examen par les pairs décrit et analyse en détail les activités de coopération internationale de la CAK dans le domaine du contrôle des fusions – le seul domaine de coopération en matière d'application du droit de la concurrence dans lequel la CAK est actuellement active (même si uniquement avec la CCC, le cadre de coopération avec l'EACCA n'étant pas encore opérationnel). Le chapitre 5 met également en lumière les défis à plus long terme que le Kenya et la CAK

doivent relever en raison du chevauchement potentiel entre ces trois cadres supranationaux, en plus du cadre national.

Outre les fusions, la CAK a également coopéré avec la CCC dans le cadre d'autres activités, notamment :

- La CAK a assuré la collecte de données au Kenya et fourni une expertise technique dans le cadre d'une étude de marché de la CCC consacrée aux secteurs des engrais et des huiles végétales, et en a diffusé les conclusions à l'échelle nationale.
- La CCC a aidé la CAK à recueillir des informations auprès des différents États membres du COMESA dans le cadre de l'enquête de marché de la CAK consacrée au secteur régional du transport maritime, du camionnage et du transport routier de marchandises.
- La CAK a procédé à une vérification de conformité pour le compte de la CCC dans le cadre d'une enquête sur les pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des boissons alcoolisées.
- La CAK a facilité les demandes d'informations adressées aux entreprises kényanes du secteur de la santé dans le cadre d'une étude de marché de la CCC.
- La CAK a fourni une expertise technique dans le cadre d'un examen par la CCC d'une demande d'exemption dans le secteur de l'aviation.
- La CAK a procédé à une vérification de conformité avec la CCC en lien avec une fusion sur le marché des boissons au Kenya et s'est à ce titre rendue dans des usines d'embouteillage pour s'assurer du respect des conditions de la fusion.

Étant l'une des autorités de la concurrence les plus expérimentées d'Afrique, la CAK a également accueilli des délégations de personnel de pays de la région du COMESA afin de prêter concours aux efforts de renforcement des capacités dans la région.

La CAK prévoit de nouer une coopération formelle avec l'EACCA dans le domaine des autorisations de fusion dès lors que cette autorité supranationale débutera ses activités en novembre 2025.

Coopération au-delà des cadres supranationaux

À ce jour, la CAK n'est pas directement engagée dans une coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence au-delà du cadre supranational avec la CCC.

Toutefois, elle a conclu un protocole d'accord avec la Commission de la concurrence d'Afrique du Sud en octobre 2016. Depuis lors, la CAK et l'autorité sud-africaine coopèrent dans le cadre d'activités de renforcement des capacités et de diffusion des bonnes pratiques.

La CAK a également signé un protocole d'accord avec la Commission de la concurrence japonaise en juin 2016, où figurent des dispositions relatives à l'échange de renseignements et à la facilitation de programmes de formation. Depuis lors, quelques activités de renforcement des capacités ont été organisées à l'intention du personnel technique de la CAK.

Coopération à travers la participation à des forums internationaux

Le Kenya bénéficie du statut d'invité auprès du Comité de la concurrence de l'OCDE depuis 2014 et a assisté à toutes les éditions du Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence organisées ces cinq dernières années. Au cours de cet intervalle de temps, la CAK a soumis huit contributions aux sessions du Forum mondial sur la concurrence. Lors de la session de juin 2025 du Comité de la concurrence consacrée aux services de paiement mobile, la CAK a exposé dans le détail aux délégations l'expérience du Kenya dans ce secteur.

Le pays est également un membre fondateur du comité de pilotage du Forum africain de la concurrence (FAC) et y occupe un siège. Fondé en 2011, le FAC est un réseau informel d'autorités de la concurrence de pays africains et d'entités multinationales. Son principal objectif est de promouvoir l'adoption des

principes de la concurrence dans la mise en œuvre des politiques économiques nationales et régionales des pays africains.

Des membres du personnel de la CAK ont contribué à plusieurs études sectorielles internationales du FAC, consacrées à ce jour aux secteurs suivants :

- Compagnies aériennes (African Competition Forum, 2021^[4])
- Frais d'itinérance internationale (African Competition Forum, 2023^[5])
- Produits pharmaceutiques génériques (African Competition Forum, 2023^[6])
- Agriculture et agroalimentaire (African Competition Forum, 2024^[7])
- Marchés de la construction (African Competition Forum, 2020^[8])

Le Kenya est également membre du Réseau international de la concurrence (RIC) et participe aux travaux de ses divers groupes de travail. La CAK copréside actuellement le groupe de travail du RIC chargé de la promotion de la concurrence et est membre du groupe de pilotage du projet spécial du RIC sur les marchés alimentaires et agricoles. En février 2024, le CAK a organisé pour le RIC un atelier de promotion de la concurrence, auquel ont participé plus de 200 personnes issues de 46 juridictions.

Le Kenya prend également part aux travaux du Groupe intergouvernemental d'experts de la CNUCED sur le droit et la politique de la concurrence. La CAK a assisté aux trois sessions de ce groupe tenues ces cinq dernières années et a soumis 10 contributions au total.

10.2.2. Analyse de la coopération internationale

La coopération internationale avec les autorités de la concurrence d'autres juridictions est également importante, les entreprises et les chaînes d'approvisionnement étant de plus en plus transnationales. Les avantages notables d'une telle coopération sont exposés dans la Recommandation concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence [[OECD/LEGAL/0408](#)].

Le chapitre 5 du présent rapport d'examen par les pairs formule des observations spécifiques sur les pratiques de la CAK en matière de contrôle des fusions, concernant notamment la nécessité de renforcer la coopération dans certains domaines du contrôle des fusions transnationales impliquant l'une des autorités supranationales de la concurrence et de veiller à ce que la mise en place de nouveaux cadres supranationaux ne crée pas d'insécurité juridique ni de charge en termes de coûts pour les parties prenantes.

D'une manière générale, les parties prenantes ont salué les pratiques de la CAK en matière de coopération internationale, percevant l'autorité comme diligente et disposée à apporter son aide dans la mesure du possible, en particulier aux autorités de la concurrence de la région qui sont plus récentes et plus petites.

Malgré les préoccupations soulevées par les parties prenantes au sujet de la CAK, portant sur divers aspects examinés tout au long du présent rapport d'examen par les pairs, de nombreuses parties prenantes internationales consultées au cours de la mission d'enquête de l'OCDE ont insisté sur le fait que la situation actuelle devait être évaluée par rapport à un scénario contrefactuel. La CAK reste l'une des autorités de la concurrence les plus expérimentées, les mieux dotées en personnel et les mieux financées du continent. Aussi, même si elle doit relever de nombreux défis et si de nombreux aspects peuvent être améliorés, elle est toujours considérée au sein de la région comme un chef de file qui inspire d'autres autorités.

Références

- African Competition Forum (2024), *ACF Cross-country Study on Trade Flow Patterns and Regional Value Chains in the Agriculture and Agro-processing Sector*, [7]
https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2024/12/ACF-Agricultural-Report_Full.pdf
 (accessed on 12 November 2025).
- African Competition Forum (2023), *Cross-country Research Study – Competition in the Generic Pharmaceutical Industry*, [6]
<https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2023/08/pharmaceutical-report-final-5.pdf> (accessed on 12 November 2025).
- African Competition Forum (2023), *International Roaming Charges*, [5]
<https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2023/08/ACF-roaming-Study-Final-Book-print-3.pdf> (accessed on 12 November 2025).
- African Competition Forum (2021), *ACF Cross-country Study on Airlines*, [4]
https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2021/10/ACF-CROSS-COUNTRY-STUDY-ON-AIRLINES_amend-12.pdf (accessed on 12 November 2025).
- African Competition Forum (2020), *ACF Cross-country Study on Challenges in African Construction Markets*, [8]
https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/04/ACF_Competition-challenges-in-African-construction-markets-2019.pdf (accessed on 12 November 2025).
- Kenyan Ethics and Anti-Corruption Commission (2015), *An Evaluation of Corruption in Public Procurement: A Kenyan Experience*, [9]
<https://eacc.go.ke/default/wp-content/uploads/2018/09/Evaluation-of-corruption-in-the-public-procurement.pdf>.
- Kenyan Public Procurement Regulatory Authority (2023), *Public Consultation/Invitation of Comments and Feedback on the Proposed Public Procurement Capacity Building Levy*, [3]
<https://ppra.go.ke/capacity-building-levy/> (accessed on 12 November 2025).
- National Treasury of Kenya (2025), *The launch of the Electronic Government Procurement System*, [2]
<https://newsite.treasury.go.ke/launch-electronic-government-procurement-system>
 (accessed on 12 November 2025).
- OCDE (2022), “Interactions between Competition Authorities and Sector Regulators”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 285, Éditions OCDE, Paris, [1]
<https://doi.org/10.1787/b85b4140-en>.
- Transparency International (2024), *Our Work in Kenya*, [10]
<https://www.transparency.org/en/countries/kenya>.

Notes

¹ Loi du Kenya sur l'information et les communications (2012), partie VIC.

² Loi sur l'énergie (2019), articles 10(m), 10(bb).

³ Comme souligné par le Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Telkom Kenya Limited & another v Competition Authority of Kenya*, affaire n° CT/005/2020, décision du 24 avril 2020.

⁴ Loi (modificative) sur la Banque centrale du Kenya (2021).

⁵ Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence 2022, *Interactions Between Competition Authorities and Sector Regulators – Contribution from Kenya*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2022\)17/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2022)17/en/pdf).

⁶ Constitution du Kenya, article 22.

⁷ Loi sur la concurrence, articles 21(9), 22(6), 24(3).

⁸ Loi sur la concurrence, articles 87 et 88.

⁹ Loi sur la concurrence, articles 54 et 89.

¹⁰ Voir par exemple (Transparency International, 2024^[10]) et (Kenyan Ethics and Anti-Corruption Commission, 2015^[9])

11 Recommandations

Cette section présente des recommandations à l'intention du Kenya, élaboré par les trois examinateurs principaux en collaboration avec le Secrétariat de l'OCDE et les délégués du Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence. Les recommandations reflètent les discussions lors de l'examen par les pairs qui s'est déroulé le 2 décembre 2025.

11.1. Recommandations prioritaires

11.1.1. Amélioration des pratiques d'application du droit

- Veiller à ce que les amendes aient un effet dissuasif en étant proportionnées à la gravité de l'infraction et au chiffre d'affaires des entreprises sanctionnées. Il conviendrait de modifier les Lignes directrices consolidées sur les mesures correctives administratives et les règlements (« lignes directrices sur les amendes ») pour faire en sorte que les circonstances aggravantes soient mieux prises en compte dans le calcul des amendes.
- Veiller à ce que les ressources fournies à la CAK par le gouvernement du Kenya soient sanctuarisées et ne puissent pas être ajustées en fonction des recettes tirées des amendes ou des frais perçus par la CAK.
- Établir des règles claires concernant la procédure de transaction amiable et le règlement d'une sanction financière. En outre, clarifier les modalités d'allègement des sanctions dans le cadre de transactions amiables, par exemple en fixant un pourcentage d'allègement maximum et d'autres critères à appliquer. Exiger que la responsabilité soit reconnue dans la plupart des affaires d'application du droit de la concurrence. Éviter d'accorder des allègements excessifs.
- Intensifier le recours aux perquisitions surprises, en mettant à profit les moyens du laboratoire de criminalistique dont elle s'est dotée récemment.
- Habilitier la CAK à infliger des sanctions en cas de non-respect des demandes d'informations et de non-paiement des amendes. La CAK ne devrait pas dépendre du Bureau du directeur des poursuites publiques pour prononcer des injonctions.

11.1.2. Cadre institutionnel

- Mettre en œuvre un processus de sélection transparent applicable à tous les membres du conseil d'administration et au directeur général, en établissant des critères d'éligibilité clairs pour garantir que ceux-ci disposent de compétences en matière de droit de la concurrence ou d'économie, dans toute la mesure du possible.
- Établir des règles pour l'échelonnement des nominations des administrateurs, afin d'assurer le renouvellement partiel du conseil d'administration.

11.1.3. Amélioration de la transparence et des résultats de la CAK

- Veiller à ce que la CAK dispose de ressources (financières et humaines) suffisantes pour s'acquitter de ses fonctions essentielles d'application du droit de la concurrence. Les ressources de CAK devraient être au moins équivalentes à celles des juridictions comparables.
- Veiller à ce que la CAK dispose de ressources et de structures opérationnelles spécifiquement consacrées à l'application du droit de la concurrence et distinctes de celles destinées à la protection des consommateurs.
- Publier, notamment sur le site web officiel de la CAK, l'intégralité des décisions rendues, sous réserve de la protection des informations confidentielles. Les décisions doivent être dûment motivées et s'appuyer sur une analyse économique rigoureuse. Cela vaut pour toutes les décisions relatives aux pratiques anticoncurrentielles, aux études de marché et aux contrôles des fusions.

11.1.4. Coopération

- Accroître sensiblement la coopération entre la CAK et le PPRA. Les autorités devraient élaborer un plan de travail visant à renforcer considérablement la coopération en matière de signalement des soumissions concertées présumées et à recenser les possibilités de collaboration en vue d'améliorer les techniques de détection (notamment les outils de filtrage ou les audits des procédures d'appel d'offres passées pour déterminer les marchés présentant un risque élevé).

11.2. Recommandations d'amélioration

11.2.1. Amélioration des pratiques d'application du droit

Mettre en œuvre des approches efficaces et volontaristes de détection des ententes, tels qu'un filtrage fondé sur des données économiques et une veille sectorielle.

- Permettre à la CAK de hiérarchiser ses mesures de répression en fonction de critères transparents, notamment en lui laissant le pouvoir discrétionnaire de ne pas traiter certaines affaires ou de clore des plaintes et des enquêtes en fonction de ses priorités et/ou des ressources disponibles.
- Veiller à que toute réforme à la Loi sur la concurrence visant encadrer les pratiques des plateformes numériques se limite à renforcer les activités de la CAK relatives à l'abus de position dominante. L'ajout d'un mandat réglementaire supplémentaire *ex ante* sans ressources additionnelles risque de compromettre l'amélioration de l'application du droit de la concurrence dans le pays. Tout élargissement du mandat de la CAK devrait s'accompagner d'une augmentation correspondante de ses effectifs et des autres types de ressources.
- Déterminer si la CAK est l'organe compétent pour procéder au contrôle des fusions au regard de considérations d'intérêt public, et envisager de dissocier cette responsabilité de l'examen de la concurrence. Il conviendrait à cette fin d'effectuer une analyse *ex post* des mesures correctives du point de vue de la concurrence. Si la CAK reste responsable de l'examen des considérations d'intérêt public, l'intérêt public doit être considéré de manière étroite, et la CAK doit fournir des lignes directrices claires et détaillées sur la manière dont elle interprète l'intérêt public.
- Privilégier les mesures correctives structurelles plutôt que les mesures comportementales.
- Renforcer la confidentialité des signalements de lanceurs d'alerte, notamment par le biais de plateformes sécurisées permettant des signalements chiffrés, et augmenter les récompenses financières pour encourager les signalements.
- Revoir périodiquement les seuils et les frais de notification des fusions.
- Rendre public le dépôt d'une notification de fusion pour permettre à des tierces parties pouvant faire valoir un intérêt légitime au regard de l'opération examinée d'exprimer leur point de vue au cours du processus d'examen.
- Surveiller le marché pour détecter d'éventuelles infractions aux règles de contrôle des fusions et imposer des amendes dissuasives le cas échéant.
- Promouvoir l'application du droit de la concurrence par voie d'actions privées dans le cadre d'activités de sensibilisation menées auprès des acteurs du secteur privé (juristes et associations professionnelles).

11.2.2. Cadre institutionnel

- Élaborer une stratégie visant à améliorer les analyses économiques utilisées dans le cadre des enquêtes et décisions de la CAK. Il pourrait s'agir de créer un poste de chef économiste attiré

et/ou une unité économique distincte chargée de soutenir les équipes responsables de l'application de la loi et de la promotion de la concurrence au sein de la CAK.

- Envisager de rationaliser et clarifier davantage les obligations de notification des fusions dans l'ensemble des accords régionaux du Kenya afin de promouvoir la cohérence et d'éviter les chevauchements de réglementation ou toute confusion.
- Modifier la Loi sur la concurrence afin d'accroître la capacité du Tribunal d'exercer un contrôle effectif des décisions de la CAK. Il pourrait s'agir de réduire le nombre requis de membres du Tribunal, tout en exigeant que les personnes nommées disposent des compétences nécessaires en droit de la concurrence ou en économie.
- Nommer les membres du Tribunal et son président pour un mandat complet de cinq ans conformément à ce que prévoit la Loi sur la concurrence, afin de leur permettre d'acquérir une plus grande expérience du jugement des décisions en appel.
- Assurer des ressources financières suffisantes aux membres du Tribunal et aux juges de la chambre commerciale de la Haute Cour et leur offrir des possibilités de formation, tels que le programme de formation des juges du COMESA.
- Allouer des ressources financières et humaines suffisantes pour faire en sorte que le secrétariat du Tribunal soit en mesure de fournir une aide à la recherche en lien avec l'économie et le droit de la concurrence.
- Envisager d'élaborer un cadre d'évolution de carrière structuré pour les responsables des questions de concurrence, avec des critères d'avancement transparents fondés sur le mérite, les réalisations et l'expérience professionnelle.
- Modifier le cadre juridique relatif aux mesures provisoires afin de préciser les personnes qui sont habilitées à les prendre et la façon dont elles doivent être appliquées.
- Envisager de mettre en place un régime de contrôle des fusions en deux phases.

11.2.3. Coopération

- Veiller à ce que l'élaboration et la mise en œuvre de cadres de concurrence supranationaux n'entraînent pas de duplication des fonctions et n'alourdissent pas inutilement la charge pesant sur les autorités nationales et les parties à la fusion.
- Veiller à la poursuite de la coopération entre la CAK et les instances de réglementation sectorielle, en particulier l'Autorité des communications du Kenya, dans le cadre du contrôle des fusions, et élaborer un protocole de renvoi des signalements de comportements anticoncurrentiels présumés.
- Renforcer la coopération avec la Commission de la concurrence du COMESA, en particulier pour l'évaluation de la concurrence dans le cadre du contrôle des fusions.

Examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE : Kenya

Les examens par les pairs du droit et de la politique de la concurrence constituent un outil précieux pour réformer et renforcer le cadre de concurrence d'un pays. Cet examen par les pairs du Kenya présente l'évolution de son régime de concurrence au cours des dernières années et évalue l'efficacité de son droit et de sa politique de la concurrence actuels. Il formule des recommandations pour aider le Kenya à renforcer son régime et ses institutions. Ces recommandations ont été élaborées et discutées au cours de l'examen par les pairs effectué lors de l'édition 2025 du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE.

