

EXAMENS DE L'OCDE DE LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION

LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION DE L'ALLEMAGNE

**LE RÔLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE
DANS LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION**



ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1^{er} de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Also available in English under the title :

THE ROLE OF COMPETITION POLICY IN REGULATORY REFORM

© OCDE 2004. Tous droits réservés.

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : www.copyright.com. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

AVANT-PROPOS

La réforme de la réglementation est aujourd'hui un domaine d'action essentiel aussi bien dans les pays de l'OCDE que dans les pays non membres. Pour que cette réforme soit bénéfique, il faut que les régimes réglementaires soient transparents, cohérents et exhaustifs. L'objectif doit être à la fois de mettre en place le cadre institutionnel le plus adéquat, de libéraliser les industries de réseau, de promouvoir et faire respecter le droit et la politique de la concurrence et d'ouvrir le marché intérieur et extérieur aux échanges et à l'investissement.

Ce rapport sur *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation* analyse le cadre institutionnel et les instruments d'action en Allemagne. Il comporte également un ensemble de recommandations formulées par l'OCDE à l'issue de la procédure d'examen.

Ce rapport a été rédigé en vue de l'*Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation de l'Allemagne*, publié en novembre 2004. Cet examen fait partie d'une série de rapports par pays établis par l'OCDE au titre du Programme de réforme de la réglementation conformément au mandat que les Ministres des pays Membres lui ont conféré en 1997.

Depuis lors, l'OCDE a examiné la politique réglementaire de 20 pays membres dans le cadre de ce programme, qui vise à aider les gouvernements à améliorer la qualité de leur réglementation, c'est-à-dire réformer leur réglementation de manière à favoriser la concurrence, l'innovation, la croissance économique et les objectifs sociaux importants. L'examen consiste à évaluer les progrès accomplis par les pays à la lumière des principes approuvés par les pays Membres dans le *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*.

L'examen a un caractère pluridisciplinaire et est axé sur les aspects suivants : la capacité de gestion de la réforme de la réglementation, la politique de la concurrence et sa mise en œuvre, l'ouverture des marchés, certains secteurs comme les télécommunications et le contexte macroéconomique interne.

Ce rapport a été rédigé par Michael Wise, de la Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE, qui a tiré parti des précieux commentaires de ses collègues de l'OCDE et d'étroites consultations avec un grand nombre de fonctionnaires, de parlementaires, de représentants des milieux d'affaires et des syndicats, d'associations de défense des consommateurs et d'universitaires du de l'Allemagne. Le rapport a été examiné par les 30 pays Membres de l'OCDE. Il est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

TABLE OF CONTENTS

Fondements de la politique de la concurrence	6
Questions substantielles : contenu de la loi sur la concurrence.....	13
Accords horizontaux.....	14
Accords verticaux.....	18
Abus de position dominante	19
Fusions.....	21
Questions connexes : marchés publics d’approvisionnement, concurrence déloyale et protection des consommateurs	24
Questions institutionnelles : structures et pratiques d’exécution	25
Institutions de la politique de la concurrence	25
Application de la loi sur la concurrence	28
Autres méthodes d’exécution	30
Questions de commerce international impliquées dans la politique de la concurrence et sa mise en oeuvre	31
Ressources, actions et priorités implicites de l’autorité de la concurrence.....	32
Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux	34
Energie.....	37
Télécommunications.....	38
Services postaux	39
Transport de passagers.....	39
Eau	40
Agriculture.....	40
Crédit et assurance.....	41
Caisses du régime obligatoire de sécurité sociale.....	41
Sociétés d’encaissement de droits d’auteur	41
Télédiffusion d’événements sportifs.....	41
Médias	42
Publications	42
Sensibilisation à l’impératif de la concurrence et réforme réglementaire	43
Conclusions et options politiques.....	44
Options politiques à considérer	46
BIBLIOGRAPHIE.....	51

Résumé

Le droit de la concurrence a occupé une position centrale, voire quasi-constitutionnelle, dans le développement des institutions économiques et politiques de l'Allemagne d'après-guerre. Le droit de la concurrence et la principale autorité chargée de sa mise en oeuvre, le *Bundeskartellamt*, (BKartA), sont solidement établis et largement respectés. Néanmoins, la politique de la concurrence n'est pas étroitement intégrée, à l'heure actuelle, dans le cadre politique général dont émerge la réglementation. En partie du fait de la force et du succès évidents du système de droit de la concurrence, lorsqu'il s'agit de traiter les types de problèmes pour lesquels il est parfaitement adapté, l'Allemagne a pu avoir de plus grandes difficultés à traiter avec d'autres questions connexes, notamment l'accès aux réseaux et la tarification de celui-ci, pour lesquels le système de droit de la concurrence n'est peut-être pas le meilleur instrument réglementaire.

Le droit de la concurrence poursuivait l'objectif de garantir la liberté de concurrence et d'empêcher l'émergence d'une puissance économique, de protéger les opportunités et relations commerciales, et de promouvoir l'efficacité. La focalisation sur la structure, les relations, et la liberté d'action, s'inscrit parfaitement dans la lignée du soutien politique que l'industrie, et particulièrement le secteur des petites et moyennes entreprises, apportent depuis longtemps au droit de la concurrence. Le droit allemand présente plusieurs caractéristiques distinctives par rapport à l'approche de l'UE, notamment son système de classification des accords horizontaux, le traitement séparé accordé aux accords verticaux, l'instauration de règles spécifiques et d'une interdiction générale afin de contrôler les conduites abusives, et l'extension de cette interdiction à des entreprises détenant une puissance de marché relative. L'Allemagne a été parmi les premiers pays d'Europe à adopter et appliquer un contrôle vigoureux des fusions, et à développer le concept d'abus de dépendance économique afin de protéger les petites entreprises dans leurs transactions avec de grands clients et fournisseurs.

Des amendes substantielles ont été récemment infligées à des ententes horizontales non autorisées, qui devraient rendre le nouveau programme de clémence plus efficace. Une attention particulière est accordée à la protection des petites entreprises contre la domination dans le cadre des négociations et transactions commerciales, et à la pratique de la vente à perte, considérée comme un abus de puissance de marché au préjudice des petites et moyennes entreprises. L'historique des poursuites contre les abus de position dominante est limité et mitigé, peut-être au motif que le BKartA s'est davantage concentré sur les questions de "cartel" qui définissaient sa mission originelle. Désormais, la question des réseaux monopolistiques de services collectifs revêt une haute priorité, et de récents amendements ont éliminé les exemptions et ajouté une règle spécifique relative à l'accès à des installations spécifiques. Dans le secteur de l'électricité, des douzaines d'enquêtes ont eu lieu sur les charges d'accès au réseau. Néanmoins, l'engagement de poursuites contre des abus typiques dans ces industries s'est avéré difficile. Les méthodes élaborées pour diligenter des poursuites *ex post* au moyen d'un processus quasi-judiciaire afin de sanctionner des conduites abusives particulières ne sont pas adaptées pour pouvoir être administrées en continu sur la base d'analyses détaillées des coûts, de manière à changer les pratiques et la situation du secteur dans son ensemble.

Les efforts déployés pour empêcher des problèmes futurs en interdisant certaines fusions révèlent des différences dans les politiques appliquées par le BKartA et le gouvernement. Le Ministre de l'Economie et du Travail peut autoriser une fusion que le BKartA a rejetée, si la restriction à la concurrence est compensée par les avantages en découlant pour l'économie dans son ensemble, ou si la concentration est "justifiée par un intérêt public supérieur."

En 2002, le BKartA a refusé une grande opération de concentration dans les secteurs du gaz et de l'électricité, tandis que le Ministère l'a approuvée, considérant que l'amélioration de la sécurité nationale d'approvisionnement l'emportait sur les préoccupations du BKartA à propos de l'accroissement de la puissance de marché en Allemagne. Bien que le Ministère partage l'engagement du BKartA en faveur de la politique de la concurrence, sa motivation en l'espèce fait peu de cas de la logique des opérations de restructuration, qui doit être de promouvoir la concurrence.

La culture institutionnelle indépendante du BKartA est peut-être le trait dominant de la politique de la concurrence allemande. Les offices de la concurrence des *Länder* mettent également en oeuvre le droit national de la concurrence. Le Ministère peut donner des instructions générales sur des décisions, mais ce pouvoir est rarement exercé. Le rôle le plus important du Ministère, en termes de mise en oeuvre de la loi, tient à son pouvoir d'autoriser une entente ou une fusion pour d'autres raisons que la politique de la concurrence. La Commission des Monopoles, autorité indépendante composée de professeurs d'économie et de droit et de représentants des milieux d'affaires, produit des rapports réguliers sur la situation de la concurrence, ainsi que des rapports spéciaux sur des questions et fusions particulières. La Commission des Monopoles est devenue la principale source d'étude de la réglementation et de sensibilisation à l'impératif de la concurrence, au moment où le BKartA s'est concentré sur son rôle d'application de la loi.

De récents rapports de la Commission des Monopoles ont attiré l'attention sur la nécessité de réformer le système de qualification qui décourage l'entrée dans de nombreux secteurs des services et de l'artisanat, et sur les restrictions à la concurrence opérées par l'auto-régulation de certaines professions. Plusieurs lois qui limitent les conditions de vente et de remises, et empêchent la concurrence au niveau des prix de détail pour certains produits, continuent d'entraver inutilement la concurrence, bien que le Parlement ait allégé certaines de ces entraves. A la suite de l'expérience décevante qui a été faite pour tenter d'appliquer la loi sur la concurrence afin de résoudre les problèmes de garantie d'un accès concurrentiel aux réseaux monopolistiques, la Commission des Monopoles a recommandé de passer à un modèle d'autorité de régulation unique, et le gouvernement a récemment annoncé son intention de suivre cet avis.

A l'heure actuelle, les questions de droit de la concurrence les plus intéressantes qui se posent en Allemagne découlent des réformes du droit communautaire de la concurrence et de son application. La coordination croissante de la politique communautaire de la concurrence posera un défi à l'Allemagne, dans la mesure où elle entend protéger les forces historiques de son système, qui a fait les preuves de sa maturité et de son succès.

Encadré 3.1 : Les rôles de la politique de la concurrence dans la réforme réglementaire

Outre la question générale liminaire de savoir si la politique réglementaire est compatible avec la conception et l'objet de la politique de la concurrence, quatre moyens particuliers permettent à la politique de la concurrence et aux problèmes réglementaires d'interagir.

La réglementation peut entrer en contradiction avec la politique de la concurrence. Certaines réglementations peuvent avoir encouragé, voire même exigé, des conduites ou conditions qui constitueraient autrement des violations du droit de la concurrence. Par exemple, certaines réglementations peuvent avoir permis une coordination des prix, empêché la publicité ou d'autres véhicules de la concurrence, ou imposé une division territoriale du marché. Il convient également de citer l'exemple des lois interdisant de vendre au-dessous du coût de revient, qui prétendent promouvoir la concurrence, mais sont souvent interprétées de manières anticoncurrentielles, ou encore celui de la très vaste catégorie des réglementations qui restreignent la concurrence plus que de besoin afin d'atteindre des objectifs réglementaires. Lorsque ces réglementations sont modifiées ou abrogées, les entreprises affectées doivent changer leurs habitudes et prévisions.

La réglementation peut remplacer la politique de la concurrence. Dans le cas, en particulier, où une situation de monopole est apparue inévitable, la réglementation peut essayer de contrôler directement la puissance de marché, en fixant les prix et en contrôlant l'entrée et l'accès. Les changements de la technologie et d'autres institutions peuvent conduire à reconsidérer le postulat de base qui était sous-jacent à la réglementation, selon lequel la politique et les institutions de concurrence seraient incapables d'empêcher des situations de monopole et l'exercice de la puissance de marché.

La réglementation peut reproduire la politique de la concurrence. Les autorités réglementaires peuvent avoir essayé d'empêcher la coordination ou les abus dans une industrie, exactement comme le fait la politique de la concurrence. Par exemple, certaines réglementations peuvent poser des normes de concurrence loyale ou des règles de soumission d'offres pour garantir des procédures d'appel d'offres concurrentielles. Néanmoins, différentes autorités réglementaires peuvent appliquer des normes différentes, et des changements intervenant au sein d'institutions réglementaires peuvent révéler que des politiques apparemment similaires ont en réalité conduit à des résultats différents.

La réglementation peut utiliser des méthodes de la politique de la concurrence. Certains instruments visant à atteindre des objectifs réglementaires peuvent être conçus pour tirer avantage de stimulants du marché et de la dynamique concurrentielle. Une coordination peut être nécessaire pour garantir que ces instruments fonctionnent comme prévu dans le contexte des exigences du droit de la concurrence.

Fondements de la politique de la concurrence

L'expérience précoce de l'Allemagne en matière de cartels a servi de modèle à la politique européenne de la concurrence au 20^{ème} siècle. Dans les années 1920, l'Allemagne a créé les premières lois et institutions d'Europe afin de protéger la concurrence et de contrôler les abus. L'Allemagne a ensuite fondamentalement réformé sa conception du droit de la concurrence pendant sa reconstruction et sa reconstitution après guerre. L'"économie sociale de marché" associait résolument la politique de la

concurrence à la responsabilité politique. Le système de droit de la concurrence allemand présente plusieurs caractéristiques distinctives : une interdiction claire et nette des ententes horizontales, modérée par des règles qui permettent une coopération efficiente et sont appliquées au moyen d'une analyse des textes légaux plutôt que dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration, et couplée à un contrôle vigoureux des fusions et à la protection des intérêts des petites entreprises. Ce système solidement établi et respecté est désormais mis au défi par l'intégration croissante des institutions européennes, car le reste de l'Europe a adopté une approche différente du droit et de la politique de la concurrence, qui ressemble aux premières expériences de l'Allemagne.

L'économie allemande, puissante et diversifiée, a fait particulièrement ses preuves dans l'industrie et la technologie, bien que les services dominent désormais. Dans cet environnement caractérisé par la présence d'entreprises de grande envergure, le mouvement des petites et moyennes entreprises, le *Mittelstand*, revêt une place exceptionnellement importante. Le gouvernement national de l'Allemagne doit respecter l'autonomie locale, selon les rouages constitutionnels complexes d'une structure fédérale. Ces caractéristiques existaient déjà lorsque l'Allemagne a commencé à créer un droit de la concurrence, pendant la période de développement industriel qui a suivi la création d'une Allemagne unifiée à la fin du 19^{ème} siècle. La loi allemande sur la concurrence est la loi des "cartels", car elle constituait une réponse d'ordre public à la coordination de vastes pans de l'industrie sous la forme des accords de *Kartell* qui ont émaillé cette époque. A l'origine, le terme avait une acception quelque peu plus large qu'aujourd'hui, où le terme "cartel" vise généralement un certain type d'entente entre concurrents, en matière de production ou de distribution, qui implique ou affecte la concurrence.

Les cartels ont été le produit d'une expérience ambivalente de la concurrence industrielle. Des politiques de liberté du marché ont accompagné l'industrialisation et l'unification dans les années 1860 et 1870, époque où la concurrence était conçue comme le moteur de la conception libérale de l'économie, et où l'économie connaissait une croissance vigoureuse. Cependant, au moment où le cycle économique s'est inversé, passant de la prospérité au fiasco, l'enthousiasme suscité par les politiques libérales s'est effondré, laissant place à la dépression et à l'incertitude. La concurrence est devenue un élément qui devait être contrôlé, géré et organisé. En réponse à la crise, les entreprises ont commencé à conclure des accords de répartition de la production et de la capacité. Cette coordination était particulièrement précieuse pour les industries lourdes à forte intensité de capitaux, verticalement intégrées. Les banques de ces entreprises ont également bien accueilli ces accords, car ils protégeaient leurs investissements. Le gouvernement ne s'y est pas fondamentalement opposé, car les bureaucraties préservaient leurs rôles de contrôle, tandis que les dirigeants politiques voyaient le contrôle de groupements d'entreprises coordonnés comme un élément de l'extension du contrôle sur l'Etat allemand nouvellement intégré. Le cartel constituait la forme caractéristique de la coopération et du contrôle de l'industrie. A la fin du 19^{ème} siècle, les cartels étaient plus puissants, plus nombreux et plus durables en Allemagne que dans n'importe quel autre pays. En 1900, il existait 400 cartels, dont beaucoup comprenaient des leaders de l'industrie. La plupart d'entre eux n'étaient plus des réponses de crise à la dépression des années 1880, mais étaient plutôt devenus, apparemment, des traits permanents de l'économie politique.

L'enseignement économique allemand a tendu à soutenir le mouvement des cartels. L'école économique "historique" allemande a souligné l'importance des institutions et du contexte culturel, et soutenu l'intervention du gouvernement pour combattre les méfaits de l'industrialisation, stigmatisés dans les excès du *laissez-faire*. Les historiens allemands ont exprimé leur désaccord radical avec les doctrines des écoles autrichienne et de "Manchester", leur reprochant d'être trop théoriques et abstraites. (L'école juridique d'Allemagne s'est montrée, par contraste, plus théorique qu'empirique, prônant des règles logiquement ordonnées plutôt que l'appui sur les preuves et l'expérience). Bien qu'ils aient compris comment les restrictions à la libre concurrence pouvaient léser les consommateurs, les économistes allemands se sont également inquiétés des effets des processus de marché sur les producteurs. Ils ont tendu à considérer les cartels comme une réponse institutionnelle naturelle et nécessaire au phénomène sans

précédent de l'industrialisation. Les cartels pouvaient amortir les cycles et empêcher des surinvestissements et surproductions ruineuses. Enfin, les cartels ont été encouragés comme compatibles avec une éthique de coopération.

Les juges ont façonné la politique à suivre en matière de cartels, lorsqu'ils ont été saisis par les membres de ceux-ci en cas d'échec de leur coopération au sein du cartel. Trois principes étaient en jeu : la liberté de conclure des contrats, la liberté de faire du commerce, et le pouvoir judiciaire d'invalider des termes contractuels contraires au sens moral de la collectivité. La cour suprême allemande a résumé ces principes dans son fameux arrêt *Pâte à Papier Saxonne* de 1897, qui a défini le cours de la politique allemande et européenne des cartels pour l'essentiel du siècle suivant. En validant les restrictions imposées par le cartel à l'égard de l'un de ses membres, la Cour a estimé que les cartels étaient généralement bénéfiques, en préservant les entreprises de la ruine et en maintenant des prix appropriés. La décision en appelait à l'intérêt public, compris en termes d'économie historiciste, et la "Cour a pris sa décision sur la question légale sur la base de sa propre évaluation de la littérature économique sur la question." (Gerber, 1998, p. 92) La Cour, usant de ce pouvoir, a posé le principe juridique de base selon lequel les accords de cartel étaient valables et exécutoires, bien qu'un cartel visant à créer un monopole effectif ou à exploiter les consommateurs puisse être démantelé. La loi ne devait donc pas empêcher les ententes, mais plutôt essayer de contrôler les abus.

En dépit de la bénédiction apparente du pouvoir judiciaire, les effets préjudiciables des cartels ont commencé à inspirer des préoccupations croissantes. L'opinion publique a considéré qu'il fallait faire quelque chose pour les contrôler, tandis que les élites ont maintenu que toute intervention devrait être limitée et purement administrative, au motif que les ententes étaient fondamentalement des institutions positives. Lors de conférences d'économistes en 1894 et 1905, différentes propositions de contrôle ont été avancées, allant de la réduction des droits de douane jusqu'à l'encouragement de pouvoirs compensatoires telles des coopératives de consommateurs. Certains ont appelé à la création d'un office administratif afin de superviser des cartels, ou au moins de collecter des informations sur ceux-ci. La pression politique en vue de faire adopter une législation est restée diffuse. Le parti des travailleurs, le SPD, n'a pas soutenu l'adoption d'une loi visant à contrôler les capitalistes car ses leaders considéraient que le mouvement de cartellisation était une étape inévitable dans la voie vers le socialisme intégral. Le Parti du Centre, soulignant la nécessité de protéger les petites et moyennes entreprises, a réclamé l'ouverture d'une enquête officielle. Plusieurs de ces demandes du Reichstag ont reçu des réponses neutres de la part de la bureaucratie avant que la guerre n'éclate en 1914. Pendant la guerre, les cartels ont été plébiscités pour leur rôle dans l'effort militaire ; après la guerre, en revanche, ce soutien public s'est évanoui, au moment où les cartels ont été chargés de s'organiser pour se protéger contre les effets de l'inflation, en en faisant supporter toutes les conséquences douloureuses par les consommateurs.

Dans cette époque d'anxiété et d'instabilité, le gouvernement issu de la constitution de Weimar a promulgué la première législation générale d'Europe visant spécifiquement à protéger le processus concurrentiel. Le Décret de 1923 réprimant les abus de pouvoir économique faisait partie d'un ensemble de mesures d'urgence pour contrôler l'inflation, et ses dispositions n'ont donc pas été débattues ni approuvées par le Reichstag. Il n'en a pas moins été préparé. Les intérêts des petites entreprises et des consommateurs réclamaient une législation depuis 1920, une commission consultative sur les ententes avait été constituée en 1922, et le nouveau chancelier qui a promulgué cette réglementation, Gustav Stresemann, avait été partisan avant la guerre des contrôles des ententes de grandes entreprises afin de protéger les petites entreprises. Le gouvernement a expliqué le Décret sur les Cartels dans une optique libérale, affirmant que la levée des restrictions imposées par les cartels accroîtrait la production et réduirait l'inflation en garantissant la liberté du marché. L'argument économique était assorti d'un argument éthique et contextuel, selon lequel cette réglementation corrigerait des abus et contraindrait les entreprises à faire face à leurs responsabilités sociales.

Un Tribunal des Cartels a été créé pour statuer sur ces affaires. En dépit de son nom, ce tribunal était en réalité un organe administratif, doté d'une structure représentative qui incluait des membres du système judiciaire, des membres du Tribunal Economique, des experts indépendants (représentant le public) et les parties à un différend. Le Décret sur les Cartels contenait 2 approches du contrôle des cartels. La première était générale, fondée sur un appel direct à l'intérêt public. La seconde était spécifique, visant des pratiques abusives et coercitives particulières, comme la distribution exclusive et les boycotts. La mise en œuvre incombait au ministre, spécialement pour les affaires intentées en vertu de l'approche générale, pouvant conduire à invalider un cartel ou à exiger qu'il dépose un rapport. Néanmoins, ces affaires ont été rares, car le ministère a préféré maintenir le contrôle par des mesures informelles. La plupart des décisions du Tribunal des Cartels ont été rendues dans des litiges engagés par des parties privées concernant l'application des règles spécifiques. Ses décisions n'ont pas interprété l'orientation politique générale du Décret sur les Cartels, mais se sont concentrées sur des questions techniques comme la définition des cartels et la caractérisation des pratiques coercitives.

Le Décret sur les Cartels a été un sujet de controverse jusqu'à ce qu'il soit éclipsé dans les années 1930 par la dépression et le National Socialisme. Le Tribunal des Cartels a eu tendance à en faire une interprétation étroite, dans la lignée d'une opinion généralement positive sur les cartels. Les avocats ont accusé ce décret d'être mal rédigé et de n'avoir pas été ratifié par le parlement, et ont critiqué le Tribunal des Cartels, lui faisant grief de ne pas être un vrai tribunal et de ne pas agir comme tel. Plusieurs commissions d'enquête économique, composées de fonctionnaires, ont critiqué le Décret et vanté le système des cartels. En revanche, le SPD a réclamé une législation plus sévère et sa mise en œuvre par une autorité indépendante, et certains universitaires économistes ont prôné une politique plus vigoureuse, en avançant des arguments tirés de la théorie libérale et en invoquant des raisons sociales et d'égalité. Le Décret sur les Cartels a néanmoins marqué une étape historique fondamentale. Cet effort pour protéger la concurrence dans l'intérêt des consommateurs et du public constituait une réponse politique démocratique à des préoccupations économiques et sociales. La réglementation des cartels par le biais d'une supervision administrative et du contrôle des abus est devenue le modèle commun de la politique de la concurrence en Europe. Mais en Allemagne même, ce système était considéré comme un échec en 1930, et l'Allemagne a conçu un système différent lorsqu'elle est revenue à une politique de la concurrence sérieuse, après la II^{ème} Guerre Mondiale.

Encadré 3.2 : La politique de la concurrence en tant que constitution économique : les fondations ordolibérales de l'économie sociale de marché

La conception de l'économie politique "sociale de marché" qui a vu le jour dans l'Allemagne d'après-guerre représente une approche distinctive et exhaustive de la gestion des entreprises, des relations patronat-syndicats, des assurances sociales et des politiques gouvernementales, y compris notamment la politique de la concurrence. Les sociétés doivent rendre des comptes sociaux et économiques, car elles sont responsables envers les parties prenantes de la collectivité, comme elles le sont envers leurs actionnaires, employés, clients et fournisseurs.

L'énergie intellectuelle qui a alimenté ce système et le droit allemand de la concurrence d'après-guerre, est venue de Fribourg, où un groupe de professeurs d'économie et de droit a rebâti le libéralisme pendant l'entre-deux guerres, d'une manière qui opérait un rapprochement entre responsabilités publiques et privées. L'un de ces professeurs était un ancien de l'office des cartels du Ministère de l'Economie et a donc apporté une expérience particulièrement précieuse au projet. Le groupe de Fribourg a considéré qu'un système économique concurrentiel était nécessaire à la prospérité et à la liberté, mais qu'il fallait, pour y parvenir, placer le marché dans un cadre constitutionnel.

Les libéraux de Fribourg pensaient que la République de Weimar s'était effondrée car son système légal n'avait pas pu empêcher la puissance économique privée de saper les institutions politiques et sociales.¹ Ils ont incriminé à la fois les théories économiques classiques et le positivisme légal traditionnel pour avoir porté une attention excessive aux questions de forme. Selon eux, le formalisme économique avait négligé les impacts sociaux, tandis que le formalisme légal était devenu un outil consentant dans la main de certains intérêts retranchés. Mais ils ont reconnu que l'approche "historique" de l'économie nécessitait une théorie pour être utile.

Le modèle "ordo-libéral" acceptait les principes de la théorie économique classique et certains principes libéraux traditionnels, notamment l'importance de la concurrence pour le succès économique, et le lien entre la liberté économique et la liberté politique. Observant la manière dont la puissance économique privée avait corrompu le gouvernement, l'école de Fribourg a exhorté à démanteler les monopoles. Elle a soutenu que l'économie pouvait fédérer la société sur des principes démocratiques, mais uniquement à condition de fonctionner équitablement de manière à fournir des chances égales de participation.

Leur conception était "constitutionnelle," en ce qu'elle définissait des principes légaux obligeant le gouvernement. Cette constitution économique allait être interprétée par une série de décisions juridiques et politiques. En fait, l'ordo-libéralisme a renversé la présomption du libéralisme conventionnel : plutôt que d'opérer un divorce entre l'économie et le droit et la politique, il a posé en postulat que le succès de l'économie dépend de ses relations organiques avec le droit et la politique.

L'économie fixerait les conditions d'une concurrence "complète", dans laquelle aucune entreprise ne pourrait exercer un pouvoir coercitif sur les autres acteurs du marché. Ces conditions serviraient ensuite de normes pour le prononcé de décisions judiciaires. Les fonctionnaires ne pourraient intervenir qu'à ces conditions, et ne pourraient, ce faisant, exercer aucun pouvoir discrétionnaire. Le système de contrôle administratif a été rejeté, car il pourrait être pris en otage par les intérêts réglementés. Le système d'une législation détaillée a également été écarté, au motif que le principe constitutionnel et les règles générales de la concurrence fourniraient un cadre suffisant.

La mise en oeuvre serait confiée à une autorité autonome et fortement indépendante, en dehors et au-dessus de la politique, exactement comme un tribunal. Comme un tribunal, elle devrait appliquer des normes fondées sur le droit objectif, sans aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant d'avantager certaines parties ou opérations. Elle devrait éliminer des monopoles si possible et contraindre les entreprises à agir de la même manière que si elles étaient confrontées à une concurrence effective. Les entreprises devraient être encouragées à se faire concurrence en termes de performance, et non pas en termes de mesures visant à entraver leurs rivaux.

Le modèle ordo-libéral est devenu le socle de la reconstruction économique de l'Allemagne d'après-guerre, dans laquelle certains de ses créateurs ont joué des rôles clés. Un professeur proche des idées de l'école de Fribourg, Ludwig Erhard, a dirigé l'auto-gouvernement (sous l'occupation) qui a supprimé le rationnement et les contrôles des prix en 1948, puis a occupé les fonctions de ministre de l'économie jusqu'en 1963 et de chancelier jusqu'en 1966. L'économie sociale de marché, fondée sur les principes ordo-libéraux, a constitué un élément de la plate-forme de son parti à compter de 1949. Dans cette conception, la politique de la concurrence a pris un statut et joué un rôle constitutionnel majeur, en promouvant des valeurs de base, en protégeant des droits fondamentaux et en fonctionnant sur la base de principes juridiques.

Source : Gerber, 1998.

L'administration en place pendant la période d'occupation a soutenu le développement d'une nouvelle politique de la concurrence. Les lois de décartélisation adoptées dans les secteurs américain et britannique entendaient démanteler la structure politico-économique plutôt que de réglementer des pratiques de concurrente. Celles-ci sont demeurées en place à titre de législation transitoire jusqu'en 1958. Néanmoins, ces mesures d'occupation n'ont pas été la source du droit moderne de la concurrence allemand. Les milieux politiques allemands sont convenus qu'il fallait une loi sur la concurrence, indépendamment des intérêts des puissances d'occupation, et la loi qu'ils ont élaborée a été bâtie sur les expériences et modèles allemands. Le débat a fait écho au débat de la première après-guerre. Les milieux d'affaires préféraient une réglementation administrative des pratiques abusives, tandis que certains socialistes ne se souciaient pas d'une mise en œuvre rigoureuse du droit de la concurrence, considérant encore que la concentration industrielle constituait une étape sur la route vers le socialisme. L'élément nouveau était la conclusion ordo-libérale qu'il devait y avoir une loi interdisant clairement les cartels. Cependant, un projet purement ordo-libéral de 1949 n'a jamais été déposé. Le gouvernement a soumis un projet moins doctrinaire en 1952. Une série de compromis et d'exemptions, notamment l'élimination du contrôle des fusions, a adouci l'opposition des milieux d'affaires. Après 10 ans de débats houleux et 20 refontes du texte, un texte de compromis a été promulgué en 1957, qui est entré en vigueur le 1er Janvier 1958 sous le titre de Loi contre les Restrictions à la Concurrence (LRC).²

La longue gestation législative, et l'enracinement profond dans l'expérience politique et la tradition universitaire de l'Allemagne, ont produit un système qui a fait les preuves de sa force persistante. Le texte de la loi a fourni des indications substantielles, dans une structure compréhensible, sur les pratiques concurrentielles à suivre. Plutôt que de se fonder principalement sur des généralités, comme un appel à l'intérêt public, qui nécessiteraient un pouvoir discrétionnaire d'application, la loi énonce des règles spécifiques à suivre. Toutefois, ces règles spécifiques ont été motivées par des préoccupations à propos des effets concurrentiels, et non par des formalismes légaux comme la définition d'une entente. Par ailleurs, et c'est peut-être l'élément le plus important, la structure de mise en oeuvre de la loi a suivi la prescription ordo-libérale d'un organe expert, fortement indépendant et comparable à un tribunal. Le *Bundeskartellamt* (BKartA) a été créé par la LRC. Confirmant l'engagement politique relatif à l'indépendance du BKartA, Eberhard Günther, premier président du BKartA, a conservé son poste pendant 18 ans. Le BKartA a développé une culture bureaucratique qui contrait la domination traditionnelle des juristes dans la fonction publique allemande. Le personnel du BKartA avait une haute idée de sa mission, considérant qu'il symbolisait le rejet des échecs passés et incarnait la foi dans l'alternative démocratique. Le BKartA a bénéficié du soutien des tribunaux et universités. Par ailleurs, le BKartA n'a pas suscité de controverses par des attaques agressives, mais a procédé judicieusement, voire même prudemment, pour traiter les controverses juridiques inévitables à propos de l'étendue de l'interdiction des ententes et des relations avec les principes du droit et de l'interprétation des contrats privés. Certaines de ces questions techniques exigeaient une solution législative.

Les premiers changements significatifs du système ont suivi les changements de gouvernement dans les années 1960. Le succès économique avait apporté un soutien constant à la CDU et à ses politiques, dont la politique de la concurrence constituait un élément clé. L'avènement du gouvernement de coalition constitué en 1966 s'est accompagné d'appels au changement de la politique de la concurrence, pour répondre à une concentration croissante, incorporer des concepts de concurrence dynamique et reconnaître la réalité, voire même le caractère inévitable, des oligopoles dans les économies modernes. Lorsque le SPD est finalement devenu le partenaire dominant du gouvernement en 1969, il a exhorté à renforcer la loi sur la concurrence au profit des consommateurs et des travailleurs. La LRC a été amendée en 1973 pour y ajouter le contrôle des fusions, renforcer les dispositions sur le contrôle des abus, interdire le maintien de prix de revente et permettre une plus grande coopération entre les petites entreprises. Les amendements de 1973 ont également introduit une nouvelle institution, la Commission des Monopoles, afin de surveiller les conditions concurrentielles et de rédiger des rapports sur celles-ci, et de jouer un rôle occasionnel dans l'examen des fusions et de rendre compte du contrôle des décisions du BKartA qui n'étaient pas publiées à ce moment là. Le contrôle des fusions a bénéficié du soutien de certains leaders d'opinion, portés par une tendance anti-capitaliste, et il est vite devenu la fonction la plus importante du BKartA. Les amendements sont devenus plus fréquents, et ont souvent bénéficié aux petites et moyennes entreprises. Le registre national des ententes, dont la tenue constituait l'une des responsabilités originelles du BKartA, a été supprimé en 1985 en vertu de la loi sur les "réglementations économiques inutiles." (Sturm, 1996)

Les tout derniers amendements de la LRC, qui sont entrés en vigueur en 1999, traitent du contexte du droit européen de la concurrence et de sa mise en oeuvre, lesquels revêtent une importance croissante. La LRC contient désormais des principes de fond sur les accords restrictifs et la position dominante, qui répliquent ceux du Traité de l'UE tout en restant dans la lignée des règles traditionnelles de l'Allemagne. Le processus d'examen des fusions a été révisé pour être plus efficace et plus compatible avec les pratiques de l'UE et d'autres juridictions européennes. Le BKartA s'est vu attribuer de nouvelles responsabilités dans le domaine du respect de la concurrence dans les avis d'appel d'offres publics. Par ailleurs, et cet élément est le plus important pour le processus de réforme réglementaire, l'élimination d'exemptions et l'addition d'un nouvel exemple standard, à propos de l'accès aux installations de réseau, dans l'interdiction des abus de position dominante, ont permis d'appliquer la LRC plus efficacement aux monopoles infrastructurels. De nouveaux amendements sont en préparation, afin d'adapter la loi allemande aux tout derniers développements du droit et de la procédure communautaires en matière de concurrence, notamment aux changements intervenus dans l'application de l'Art. 81 du Traité.

La LRC ne contient elle-même aucune déclaration formelle d'intention. Mais cette absence ne signifie pas que la loi soit inconstante et susceptible de suivre des modes politiques changeantes. Elle reflète plutôt le fait que le système juridique de l'Allemagne se fonde plus sur l'analyse et l'application de règles que sur l'appel direct aux expressions de l'intention législative. Néanmoins, des déclarations décrivant la motivation politique de la loi peuvent aider à expliquer l'orientation de la politique. Les déclarations qui accompagnaient la législation originelle de 1957 traduisaient les préoccupations du législateur en ce qui concernait le processus concurrentiel et son efficacité. La LRC devait, de l'intention de ses partisans, garantir la liberté de concurrence et empêcher l'émergence d'une puissance économique risquant de réduire l'efficacité de la concurrence. L'un des résultats attendus d'une concurrence effective, qui devrait être protégée contre des restrictions, était sa tendance inhérente à accroître l'efficacité économique. (BKartA, 2002)

Les descriptions du rôle de la politique de la concurrence allemande actuelle combinent ces mêmes éléments. Outre les vertus de marchés concurrentiels pour l'allocation des ressources, la satisfaction de la demande des consommateurs, la promotion d'une efficacité productive et la capacité à discipliner le management, on trouve une référence à l'importance de maintenir une concurrence effective parmi un grand nombre de concurrents, afin d'empêcher les entreprises de devenir trop influentes sur la collectivité et la politique. La loi qui empêche toute distorsion du processus motivée par des intérêts privés protège les résultats économiques de ce processus. Elle accorde en outre aux entreprises la liberté de prendre des décisions, sous réserve que les structures concurrentielles et la liberté d'action individuelle soient également maintenues. Ces descriptions des objectifs politiques de la loi, telles qu'elles figurent dans les brochures d'information publique présentées sur le site Internet du BKartA,³ mettent en avant les motivations économiques. Mais les valeurs politiques et juridiques suivent de très près.

L'accent mis sur la protection des structures dans lesquelles les entreprises opèrent et se concurrent — plus que sur l'évaluation de l'effet économique net d'une conduite particulière — découle de la conception ordo-libérale des relations entre l'Etat et le marché. La loi doit protéger les relations qui sont supposées encourager des résultats économiques désirables. La focalisation sur la structure, les relations et la liberté d'action est également compatible avec le soutien politique historique accordé au droit de la concurrence par le secteur des petites entreprises. Les amendements apportés à la LRC depuis 1973 renforcent les instructions données au législateur d'utiliser le droit de la concurrence pour protéger les petites et moyennes entreprises contre la concurrence agressive des grandes entreprises. A cet égard, l'approche allemande de la politique de la concurrence est cohérente avec d'autres politiques, depuis les réglementations du commerce de détail jusqu'au système de qualification des artisans, qui protègent les intérêts des petits et moyens entrepreneurs. Ces derniers sont également défendus par la préservation des structures, des relations et des libertés.

Par contraste, dans le domaine de la réforme des réseaux monopolistiques et autres questions sectorielles connexes, le lien entre politique de la concurrence et réforme est plus fort. L'autorité de réglementation compétente dans le secteur des télécommunications et des services postaux a mandat de soutenir la concurrence, en coopération étroite avec le BKartA. Par ailleurs, l'Allemagne donne une preuve éclatante de sa foi dans la concurrence comme instrument de réforme, par son habitude de s'appuyer sur le BKartA pour différentes tâches de réforme, notamment la supervision de la libéralisation du marché de l'électricité. Le BKartA accepte ces responsabilités et s'en acquitte avec diligence. Mais l'application de la loi sur la concurrence pour poursuivre des pratiques abusives passées est un mauvais outil lorsqu'il s'agit de surveiller les problèmes liés aux réseaux monopolistiques. Consciente qu'une approche administrative pourrait être plus efficace, l'Allemagne projette actuellement de transférer cette fonction à une autorité réglementaire.

Etant donné que le BKartA se concentre sur la mise en oeuvre de la LRC, les questions de politique de la concurrence, y compris le soutien de la concurrence par des réformes structurelles, incombent essentiellement au Ministère de l'Economie et du Travail et dans une certaine mesure à la Commission des Monopoles. La séparation des rôles institutionnels tend à affaiblir le lien entre le droit de la concurrence, tel qu'il est incarné par la BKartA, institution solide et respectée, et la politique de la concurrence telle qu'elle se reflète dans la réforme réglementaire. En outre, le poids relatif de la concurrence en tant que principe, lorsqu'il est contesté par d'autres intérêts politiques, a été remis en cause par la récente action du Ministère dans une affaire éminente impliquant une industrie réglementée. En vertu de cette première intervention en près de dix ans, le Ministère a autorisé en 2002 le regroupement d'une grande société gazière avec une grande entreprise d'électricité, annulant ainsi la décision du BKartA d'interdire la fusion au motif qu'elle serait anticoncurrentielle, et ignorant l'avis de la Commission des Monopoles considérant que l'objection liée aux avantages en termes d'intérêt public n'était pas fondée.

Les réformes de l'application du droit communautaire de la concurrence lancent également un défi aux institutions traditionnelles de l'Allemagne. Le règlement pour l'application du programme de modernisation de l'UE, qui a été adopté en janvier 2003 et entrera en vigueur en 2004, transfère les responsabilités aux Etats membres. D'autres réformes du droit communautaire de la concurrence ont tendu à réduire l'importance des notifications et visas, et à accroître l'importance de l'analyse économique. L'Allemagne s'est inquiétée du risque que les réformes intervenues au niveau européen, particulièrement celles qui réduisent le rôle des notifications et visas, ne réduisent la certitude et la transparence légales et ne sapent ainsi ce qu'elle considère comme les forces du système allemand.

Questions substantielles : contenu de la loi sur la concurrence

La loi allemande se caractérise par plusieurs particularités distinctives. Elle classe les accords horizontaux selon leur fonction et, dès lors, leur effet probable, plutôt que d'instituer des motifs généraux d'exemption les faisant échapper à une interdiction générale. Elle distingue clairement les accords verticaux des accords horizontaux, et évite ainsi un système d'exemptions groupées pour réguler leur contenu. Elle traite de la conduite des entreprises dominantes principalement au moyen de règles spécifiques sur la distribution exclusive et la discrimination, plutôt que d'instituer une interdiction générale des abus de position dominante. L'Allemagne a été la première en Europe à utiliser le contrôle des fusions pour essayer d'empêcher la création d'entreprises dominantes. L'Allemagne a également été la première à développer des doctrines d'abus de dépendance économique, dans le cadre de sa loi sur la concurrence.

Encadré 3.3 : Les outils de la politique de la concurrence

Les lois cadres sur la concurrence traitent généralement les problèmes de puissance monopolistique en les scindant en trois catégories formelles : relations et accords entre entreprises par ailleurs indépendantes, actions d'une entreprise isolée et regroupements structurels d'entreprises indépendantes. La première catégorie, celle des **accords**, est souvent subdivisée pour des raisons analytiques en deux groupes : les accords "horizontaux" entre entreprises ayant les mêmes activités, et accords "verticaux" entre entreprises se trouvant à des stades de production ou de distribution différents. La seconde catégorie est dénommée "**monopolisation**" dans certaines lois, et "**abus de position dominante**" dans d'autres ; les systèmes légaux qui utilisent des étiquettes différentes ont élaboré des approches quelque peu différentes du problème de la puissance économique détenue par une seule entreprise. La troisième catégorie, souvent dénommée "**fusions**" ou "**concentrations**," inclut généralement d'autres types de regroupement structurel, notamment les acquisitions d'actions ou d'actifs, les joint ventures, les participations croisées et les directions imbriquées.

Les **accords** peuvent permettre au groupe d'entreprises agissant de concert de réunir certains des attributs d'un monopole, d'augmenter les prix, de limiter la production et d'empêcher l'entrée sur le marché ou l'innovation. Les accords **horizontaux** les plus gênants sont ceux qui empêchent la rivalité en termes de dynamique fondamentale de la concurrence sur le marché, de prix et de production. La plupart des lois contemporaines sur la concurrence traitent très sévèrement les accords flagrants visant à fixer les prix, limiter la production, truquer les appels d'offres ou se partager le marché. Pour appliquer ces accords, les concurrents peuvent également s'entendre sur des tactiques visant à empêcher la concurrence ou à sanctionner les entreprises qui ne s'alignent pas ; les lois essaient donc d'empêcher et de punir les boycotts. La coopération horizontale sur d'autres questions, notamment les normes de produits, la recherche et la qualité, peut également affecter la concurrence, mais la question de savoir si l'effet est positif ou négatif peut dépendre des conditions du marché. Ainsi, la plupart des lois traitent de ces autres types d'accords en évaluant une gamme assez large d'effets bénéfiques ou dommageables, ou en essayant de concevoir des règles plus détaillées pour identifier et exempter les conduites bénéfiques.

Les **accords verticaux** tentent de contrôler certains aspects de l'offre et de la distribution. Les motifs de préoccupation sont les mêmes —la crainte que les accords ne puissent conduire à une hausse des prix, à une baisse de la quantité (ou de la qualité), ou à des entraves empêchant l'entrée sur le marché et l'innovation. Etant donné que les effets concurrentiels des accords verticaux peuvent être plus complexes que ceux des accords horizontaux, le traitement légal de différents types d'accords verticaux varie encore plus que pour les accords horizontaux. Les accords de maintien de prix de revente constituent l'exemple type de cette catégorie d'accords : les accords verticaux peuvent contrôler les prix minimum ou maximum. Dans certaines configurations, le résultat peut être d'infléchir les abus sur le marché commis par les distributeurs. Dans d'autres, il peut être de dupliquer ou de renforcer une entente horizontale. Les accords concédant des droits ou territoires de distribution exclusive peuvent encourager l'intensification des efforts de vente des produits du fournisseur, comme ils peuvent protéger les distributeurs contre la concurrence ou empêcher l'entrée d'autres fournisseurs sur le marché. En fonction des circonstances, des accords sur des regroupements de produits, notamment ceux qui exigent des distributeurs de vendre des lignes complètes ou de grouper plusieurs produits différents, peuvent soit faciliter soit décourager l'introduction de nouveaux produits. Le franchisage implique souvent un complexe d'accords verticaux ayant un impact potentiel sur la concurrence : un contrat de franchise peut contenir des dispositions sur la concurrence dans certains territoires géographiques, sur la distribution exclusive de certains produits, et sur des droits de propriété intellectuelle comme des marques.

L'**abus de position dominante** ou la **monopolisation** sont des catégories qui s'intéressent principalement à la conduite et à la situation d'entreprises individuelles. Un véritable monopole, qui n'est exposé à aucune concurrence ni menace de concurrence, facturera des prix plus élevés et produira des quantités plus faibles ou des produits de qualité inférieure ; il peut également être moins susceptible d'introduire des méthodes plus efficaces ou des produits innovants. Les lois contre la monopolisation visent traditionnellement à combattre les tactiques d'exclusion auxquelles les entreprises peuvent recourir pour tenter d'obtenir ou de protéger des positions de monopole. Les lois contre les abus de position dominante s'attaquent aux mêmes questions, et peuvent également essayer d'aborder la question de l'exercice effectif de la puissance de marché. A titre d'exemple, dans certains systèmes sanctionnant les abus de position dominante, le fait de facturer des prix déraisonnablement élevés peut constituer une violation de la loi.

Le **contrôle des fusions** vise à empêcher la création, par des acquisitions ou autres regroupements structurels, d'entreprises qui auront l'incitation et la capacité requise pour exercer la puissance de marché. Dans certains cas, le critère de légalité dérive des lois sur la position dominante ou les restrictions à la libre concurrence ; dans d'autres, un critère séparé est énoncé, en termes d'effet probable sur la concurrence en général. Le processus analytique habituellement appliqué exige de caractériser les produits qui se font concurrence, les entreprises qui peuvent offrir cette concurrence, et les parts de marché et l'importance stratégique respectives de ces entreprises sur les marchés produits concernés. L'un des facteurs importants est la probabilité d'accès de nouveaux entrants sur le marché et l'existence de barrières effectives opposées à ces nouveaux entrants. La plupart des systèmes appliquent un critère lié à la part de marché, sous une forme ou une autre, soit afin de guider la suite des investigations soit à titre de présomption de légalité. Les fusions sur des marchés anormalement concentrés, ou qui créent des entreprises détenant des parts de marché anormalement élevées, sont jugées plus susceptibles d'affecter la concurrence. Et la plupart des systèmes spécifient des procédures de notification préalable aux autorités chargées de l'exécution, avant les opérations les plus vastes et importantes, ainsi que des procédures spéciales d'enquête accélérée, de manière à identifier et résoudre les problèmes avant que la restructuration ne soit effectivement entreprise.

Accords horizontaux

La première disposition de la LRC, qui est également la plus fondamentale, prohibe les accords horizontaux en termes généraux (Art. 1).⁴ L'interdiction générale ne se limite pas aux accords formels entre concurrents, mais s'applique également aux décisions d'associations de concurrents et aux pratiques

concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. Un accord qui viole l'Article 1 est nul et de nul effet en vertu du Code civil (Art. 1; Art. 134 du Code civil). Les articles suivants prévoient plusieurs types d'exception à l'interdiction. Il existe deux catégories d'exceptions, les ententes "sans opposition" et les ententes "autorisées". Les ententes de la catégorie "sans opposition" sont autorisées à moins que le BKartA ne s'y oppose, tandis que les ententes de la catégorie "autorisée" exigent l'approbation préalable du BKartA. Toutes doivent être notifiées au BKartA, dans le premier cas pour donner au BKartA la possibilité d'intervenir si l'entente soulève un problème de concurrence, et dans le second cas pour engager le processus visant à déterminer si l'entente se qualifie pour être autorisée.

La classification correspond à une forte présomption à propos des effets probables des ententes. Les 3 types d'ententes « sans opposition » sont des accords sur les normes et conditions de conclusion d'opérations commerciales (Art. 2), les ententes de spécialisation (Art. 3) (qui sont permis s'ils ne conduisent pas à une position dominante), et les accords entre PME (Art. 4). Les accords de groupements d'achats visant à améliorer la compétitivité des PME sont spécifiquement autorisés (Art. 4(2)). Dans sa circulaire *de minimis* de 1980, le BKartA s'est engagé à ne pas appliquer l'interdiction à l'égard des accords entre les PME dont la part de marché collective est négligeable, c'est-à-dire inférieure à 5%, afin de permettre la coopération dans des domaines tels que la recherche et le développement ; cependant, il n'autorise pas les violations injustifiables, quand bien même seraient-elles commises par des PME. (BKartA, 2002) Environ la moitié des quelque 300 ententes qui sont actuellement en vigueur (à l'exclusion, bien entendu, des accords clandestins qui sont illégaux) sont des ententes "sans opposition" impliquant de petites entreprises. (OCDE (Allemagne), 2002). Les conditions standard peuvent faciliter les transactions, tandis que la spécialisation et l'action commune des petites entreprises puissent améliorer l'efficacité et accroître le pouvoir de négociation sans conduire à une puissance de marché. En attribuant au BKartA la responsabilité procédurale de formuler des objections, la structure de la LRC tient compte de ces efficacités probables.

L'autorisation préalable du BKartA est exigée pour les ententes de rationalisation (Art. 5) et les ententes de crise structurelle (Art. 6). Chacun de ces articles fixe des critères devant être satisfaits par ces ententes. Une entente de rationalisation doit être un moyen convenable d'accroître substantiellement la productivité ou l'efficacité des participants et, ce faisant, d'améliorer leur capacité à répondre à la demande du marché. Ces avantages doivent être significatifs, comparés à la perte de concurrence (mais il n'est pas nécessaire, bien évidemment, qu'ils compensent clairement cette perte). La restriction ne doit ni créer ni renforcer une position dominante, et si des accords de prix ou de groupement d'achat ou de vente sont impliqués, il ne doit exister aucun autre moyen de réaliser la rationalisation (Art. 5). Les exigences auxquelles doit satisfaire une entente de crise structurelle sont moins rigoureuses : un accord nécessaire afin d'ajuster systématiquement la capacité à un changement durable de la demande peut être autorisé s'il "tient compte des conditions de la concurrence dans les secteurs économiques concernés" (Art. 6). La décision du BKartA de permettre à des entreprises de construction de Berlin de coordonner la logistique autour de la Potsdamer Platz, afin de réduire la congestion et d'améliorer l'efficacité, fournit un exemple d'entente de rationalisation. La décision du BKartA en 1983 de permettre à des fabricants de tissus métalliques soudés de s'adapter à la baisse de la demande en réduisant leur capacité de 40% fournit un exemple d'entente de crise structurelle. La perspective de pouvoir sauver de mauvaises performances en concluant des accords de rationalisation ou de "crise" avec des concurrents pourrait empêcher le processus concurrentiel de discipliner le manque d'efficacité. C'est contre ce risque que protège l'exigence d'une approbation préalable du BKartA, bien que celle-ci soit accordée selon des normes potentiellement généreuses.

En outre, les accords horizontaux qui répondent à des critères d'exemption similaires à ceux institués par le droit de la concurrence de l'UE peuvent également être autorisés et donc exemptés de l'interdiction posée par l'Art. 1 (Art. 7). Ces critères, ajoutés par les amendements de 1999 afin d'assurer

une meilleure harmonisation avec l'approche européenne, n'entendaient pas élargir le champ des exemptions, c'est-à-dire exempter des accords qui ne pouvaient pas se qualifier pour exemption en vertu des Articles 2-6. Ils ne suivent pas précisément le modèle de l'UE. La LRC définit des options plus spécifiques sur l'objet d'une conduite exemptée (distribution, achats, retours et écoulement). Resserrant l'objectif sur des questions directement liées à la concurrence, la LRC omet le critère de l'UE relatif à la "promotion du progrès technique ou économique," appelle à un équilibre plus explicite entre l'importance de l'objectif poursuivi par les parties et l'étendue de la restriction, et dispose expressément que la restriction ne doit pas conduire à une position dominante. Appliquant le nouvel Art. 7, le BKartA a refusé d'exempter un accord en vertu de cet article, en l'absence d'avantages tangibles. Dans l'une de ces affaires, le BKartA a craint qu'une proposition de plusieurs journaux de créer un système commun d'annonces d'emploi au niveau national n'opère une trop grande concentration de pouvoir, bien qu'une autre entreprise, qui n'était pas partie à ce système, ait déjà détenu une position dominante. (OCDE (Allemagne), 2001, p. 23) Une exemption selon les normes de l'Art. 7 de la LRC exige une autorisation préalable ; cependant, l'UE a désormais rendu l'exemption accordée selon ses critères similaires auto-applicable. L'uniformisation des procédures plaiderait en faveur d'un déplacement des critères de l'Article 7 dans la catégorie "sans opposition", mais ce serait une étape difficile à franchir pour la jurisprudence allemande en matière de concurrence. Bien que la LRC soit substantiellement permissive, comme le démontre l'exemple des ententes "sans opposition", elle repose sur un principe général d'interdiction, et son application a donc exigé une notification préalable et une approbation formelle de toute exception. Des amendements de la LRC sont en cours de préparation pour traiter de ces incohérences par rapport à la nouvelle approche de l'UE.

Une entente peut être autorisée pour des raisons politiques qui n'apparaissent pas dans les critères d'exception posés par la LRC. La décision appartient au ministre, et non au BKartA. Le Ministre ne peut pas rejeter la décision du BKartA en vertu de la LRC, mais il peut exempter une entente qui ne satisfait pas à l'un quelconque des critères d'exemption posés par les Art. 2-7 si la restriction "est nécessaire pour des raisons majeures concernant l'économie dans son ensemble et l'intérêt public." En outre, une autorisation ministériel peut être donnée dans "des cas individuels particulièrement graves," où il existe un "danger immédiat pour l'existence" de la plupart des entreprises d'un secteur, et si d'autres mesures ne peuvent pas être prises à temps (Art. 8). Le Ministre a fait usage de son pouvoir d'intervention dans des affaires d'ententes à 4 reprises depuis 1958. (OCDE (Allemagne), 2002)

L'auto-réglementation par des associations professionnelles et commerciales est soumise à une surveillance spéciale, lorsqu'elle n'est pas entièrement exemptée de l'application de la LRC. D'autres textes législatifs peuvent autoriser, particulièrement pour des groupements professionnels, des restrictions collectives à la concurrence en matière de prix et de publicité. A défaut, les associations professionnelles et commerciales peuvent adopter des règles pour contrôler la concurrence déloyale et garantir une "concurrence effective fondée sur la performance," mais elles doivent solliciter la "reconnaissance" de leurs règles pour garantir que celles-ci n'empêchent pas toute concurrence (Art. 24). Les concurrents, associations de fournisseurs et acheteurs susceptibles d'être affectés par ces règles doivent avoir la possibilité de formuler des commentaires, au niveau fédéral et du *Land* (Art. 25). Les règles proposées peuvent être exemptées des interdictions frappant les ententes horizontales ou des recommandations, mais n'échappent pas aux autres dispositions de la LRC (Art. 26).

Les règles en matière d'ententes ont été appliquées principalement par le biais du processus de notification ou d'autorisation (ou de refus). Les poursuites à l'encontre des ententes non autorisées, et dès lors interdites, se sont intensifiées. Les plus fortes amendes jamais infligées, d'un total de €660M, ont été prononcées début 2003 contre une entente de cimentiers. Auparavant, une série d'affaires impliquant des accords de fixation des prix et de partage du marché dans l'industrie du béton avait abouti au prononcé d'amendes excédant €150M contre plus de 20 entreprises et leurs dirigeants. (OCDE (Allemagne), 2001; Article ABA de la Loi Antitrust, 2001) Dans une autre affaire impliquant une entente entre des fabricants

de câbles électriques, les amendes infligées ont totalisé environ €120M. En outre, l'interdiction générale posée par l'Article 1 a été renforcée en 1997 par une disposition pénale sanctionnant les soumissions truquées (Code Pénal, Article 298). Le ministère public a engagé une série de poursuites pénales et même obtenu certaines peines d'emprisonnement. Ce "palmarès" de lourdes sanctions améliorera l'efficacité du programme de clémence du BKartA, défini dans ses directives sur le calcul des amendes administratives édictées en 2000. Ce programme entend donner aux participants à des ententes interdites une forte motivation les incitant à faire dissidence et à fournir des preuves sur ces ententes. Le BKartA reconnaît que le risque de défection future d'un membre de l'entente, que ce programme entend susciter, pourrait décourager d'emblée la formation d'ententes interdites.

ENCADRÉ 3.4 : LES OUTILS DU DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPÉENNE

La loi allemande conserve un grand nombre de traits distinctifs, mais inclut désormais certains des éléments du droit de la concurrence élaborés par le Traité de Rome (et désormais le Traité d'Amsterdam) :

- **Accords** : L'Article 81 (anciennement Article 85) prohibe les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Le terme "accord" est interprété de manière large, de telle sorte que l'interdiction s'étend aux pratiques concertées et autres arrangements qui ne revêtent pas la forme de contrats formels juridiquement exécutoires. Certains accords prohibés sont identifiés de manière explicite ; fixation directe ou indirecte des prix ou conditions de transaction, limitation ou contrôle de la production, des débouchés, des investissements ou du développement technique ; répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement, discrimination qui inflige aux partenaires commerciaux un désavantage dans la concurrence, et subordination de la conclusion de contrats à des conditions n'ayant pas de lien avec l'objet de ces contrats. La jurisprudence a encore clarifié l'étendue du champ d'application de l'Article 81. Les achats groupés ont été permis (dans certaines conditions de marché) en raison des efficiences en résultant, tandis que les ventes groupées ont généralement été interdites au motif qu'elles équivalent à une entente. Toutes les formes d'accords visant à se partager des marchés et à contrôler les prix, y compris des accords de mise en commun de bénéfices et de marge, ainsi que les règles privées de « bons et loyaux usages du commerce », sont rejetées. L'échange d'informations sur les prix n'est permis qu'après qu'un certain temps se soit écoulé et uniquement si l'échange ne permet pas l'identification d'entreprises particulières. Les dispositifs d'exclusion, telles les ententes sur des rabais globaux, sont interdits, y compris s'ils instituent une certaine tolérance pour des opérations avec des tiers.
- **Exemptions** : Un accord qui serait autrement prohibé peut néanmoins être autorisé, s'il améliore la production ou la distribution ou promeut le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, et sans donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. Des exemptions peuvent être accordées en réponse à des demandes au cas par cas. En outre, certaines exemptions peuvent être octroyées à des "catégories d'accords", en vertu de réglementations qui spécifient les conditions ou critères des accords autorisés, y compris les clauses qui peuvent ou non figurer dans ces accords (les "listes blanches" et les "listes noires"). Tout accord qui satisfait à ces conditions est exempté, sans qu'il soit besoin d'en faire la demande particulière. Certaines des exemptions les plus importantes s'appliquent à des types de relations verticales, y compris la distribution exclusive, les achats exclusifs et le franchisage.

- **Abus de position dominante** : L'Article 82 (anciennement Article 86) prohibe l'abus de position dominante et énumère certaines pratiques constitutives d'un tel abus : imposer des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables (de façon directe ou indirecte), limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; pratiquer une discrimination infligeant à des partenaires commerciaux un désavantage dans la concurrence ; et subordonner la conclusion de contrats à des conditions sans lien avec l'objet de ces contrats. En présence d'une position dominante, de nombreux types de conduite désavantageant d'autres parties sur le marché pourraient être considérés comme abusifs. L'existence d'une position dominante est souvent présumée en présence de parts de marché excédant 50 pour cent, et peut être reconnue à des niveaux plus faibles en fonction d'autres facteurs. L'interdiction peut s'étendre aux pratiques abusives commises par plusieurs entreprises agissant de concert, quand bien même aucun d'elles ne détiendrait-elle, à elle seule, une part de marché aussi élevée.
- **Réformes de l'administration** : De récentes réformes de la politique de la concurrence de l'Union Européenne ont réduit le champ de l'interdiction à l'encontre des accords verticaux et éliminé la procédure de demande d'exemption au profit de certains accords particuliers. Désormais, les critères d'exemption s'appliqueront directement dans les décisions appliquant la loi, et ces décisions deviendront relèveront dans une mesure croissante de la responsabilité des autorités nationales de concurrence.

Accords verticaux

Les accords verticaux sont couverts par un chapitre séparé de la LRC. Le seul type d'accord qui soit interdit est le maintien de prix de revente (Art. 14). L'interdiction n'opère aucune distinction entre les accords de maintien de prix maximums ou minimums. En outre, elle proscrie les clauses de l'"acheteur le plus favorisé", c'est-à-dire les restrictions à la liberté du vendeur original et des revendeurs. (Article ABA de la Loi Antitrust, 2001) L'interdiction est sujette à une exemption majeure pour les journaux, les magazines, les livres, les partitions musicales et les cartes routières. Cette exemption est désormais complétée par une législation qui ne permet pas seulement, mais exige que les éditeurs fixent les prix de vente au détail (pour les livres, partitions musicales et cartes routières). L'interdiction est également soumise à une réserve, qui permet aux fournisseurs de recommander des prix de revente pour les produits de marque, pour autant que la recommandation soit clairement non obligatoire (Art. 23).⁵

D'autres types d'accords verticaux ne sont pas interdits, à moins d'impliquer une entreprise dominante et de tomber dès lors sous le coup de l'interdiction des abus de position dominante posée par la LRC. Ils sont en revanche soumis au contrôle *ex post* des abus. Les accords de distribution exclusive, de fourniture exclusive, ou de vente liée, pourront être annulés et interdits à l'avenir (Art. 16). Pour ce faire, un test d'"effets concurrentiels" sera appliqué. En d'autres termes, ces accords ne pourront être interdits qu'à condition qu'ils réduisent substantiellement la concurrence, pour les produits ou services objets de l'accord ou pour d'autres produits ou services. Les accords de licence de droits de propriété intellectuelle qui excèdent le cadre du droit protégé peuvent être interdits, mais les restrictions relatives à la nature, à l'étendue, à l'application technique, à la quantité, au territoire ou à la durée d'exercice sont autorisées, comme le sont les engagements mutuels à propos des perfectionnements sous licence, des contestations, de l'utilisation minimum, de la redevance minimum et de l'étiquetage (Art. 17, 18).

Bien que la LRC semble adopter une approche tolérante et raisonnée de la plupart des restrictions verticales, celle-ci peut s'avérer exigeante et difficile en pratique. La décision de savoir si un accord réduit substantiellement la concurrence ne dépend pas d'un test relatif à la puissance de marché ou d'un seuil de part de marché. La concurrence est conçue en termes de processus et de liberté de choix des entrepreneurs et clients, plutôt qu'en termes d'efficacité économique du résultat produit sur le marché. Certains redoutent en Allemagne que les tests de part de marché de l'UE ne permettent des conduites que la loi allemande rejeterait au motif qu'elles réduisent substantiellement la concurrence. La LRC ne prévoit pas la possibilité d'une intervention ministérielle afin de permettre des restrictions verticales que le BKartA interdirait. Mais l'approche de l'"abus" permet probablement une flexibilité en fonction du contexte, ainsi qu'un contrôle rigoureux s'il est jugé nécessaire.

Abus de position dominante

La loi allemande contrôlait traditionnellement les abus commis par une entreprise isolée au moyen de règles spécifiques. Le fait de hisser la disposition sanctionnant “l’exploitation abusive d’une position dominante” au rang d’une interdiction générale constitue une innovation récente (Art. 19(1)). Ce traitement et la définition de la position dominante qui s’ensuit font écho à la jurisprudence de l’UE. L’interdiction générale peut être appliquée à des pratiques comme la vente liée, qui ne sont pas clairement couvertes par les types spécifiques d’abus décrits dans les autres sous-sections. (Article ABA de la Loi Antitrust, 2001) Le premier de ces types spécifiques regroupe les pratiques qui réduisent la capacité de tiers à faire concurrence, sans justification objective (Art. 19(4)(1)). Cet abus dirigé contre des concurrents peut inclure des programmes de rabais de fidélité et de prix prédateurs. Le second de ces types spécifiques regroupe les pratiques dirigées contre les consommateurs, en imposant des prix ou conditions qui ne prévaudraient pas dans un marché concurrentiel (Art. 19(4)(2)). Afin de démontrer l’exploitation, le BKartA peut comparer les prix ou conditions avec ceux prévalant sur un marché comparable, mais concurrentiel. L’identification de ce marché comparable peut donner lieu à des contentieux et controverses. Le troisième type regroupe les pratiques qui lèsent les clients, en imposant des conditions qui sont moins favorables que celles que l’entreprise dominante exige d’acheteurs similaires sur des marchés comparables (Art. 19(4)(3)). Le dernier type, récemment ajouté, consiste à refuser l’accès à un réseau ou à une installation infrastructurelle (Art. 19(4)(4)). Le prédicat de ces interdictions est que l’entreprise occupe une position dominante ou suprême. En outre, d’autres articles de cette partie de la LRC interdisent certaines conduites, comme les boycotts, la sollicitation d’un refus de vente dans l’intention de nuire à d’autres entreprises de manière déloyale, et d’autres tactiques coercitives, y compris en l’absence de position dominante (Art. 21). Aucune disposition ne prévoit une intervention ministérielle afin d’invoquer d’autres politiques et d’autoriser, ce faisant, des conduites que le BKartA aurait qualifiées d’abus de position dominante ou autre violation de ce chapitre.

La position dominante est définie de plusieurs manières. Une entreprise qui n’a pas de concurrents (ou qui n’est pas exposée à une concurrence substantielle) est considérée comme dominante (Art.19(2)(1)). La référence à l’exposition à une concurrence substantielle implique que des barrières à l’entrée ou le manque de concurrence potentielle seront des critères déterminants pour constater l’existence d’une position dominante. Une entreprise qui est confrontée à une certaine concurrence sera néanmoins considérée comme dominante si elle occupe une “position de suprématie sur le marché.” Ce statut dépend de sa part de marché, de sa puissance financière, de l’accès aux fournisseurs et aux marchés, des liens avec d’autres entreprises, des barrières à l’entrée, de la concurrence potentielle et de la réactivité du marché. Plusieurs entreprises peuvent être considérées ensemble comme dominantes, s’il n’existe aucune concurrence substantielle entre elles. Les seuils de part de marché fixés pour présumer l’existence d’une position dominante sont faibles ; pour une entreprise isolée, ce seuil est fixé à une part d’1/3 ; pour 3 entreprises, il est fixé à une part combinée de 1/2 ; pour 5 entreprises, il est fixé à une part combinée de 2/3 (Art. 19(3)). Les seuils fixés pour plusieurs entreprises considérées ensemble sont compatibles avec des HHIs inférieurs à 1000, c’est-à-dire avec des structures de marché qui sont souvent considérées comme non concentrées. Les tests de part de marché ne livrent bien entendu pas des résultats définitifs, et la présomption de position dominante peut être renversée en démontrant que l’on peut s’attendre à ce que les conditions du marché permettront de maintenir une concurrence substantielle, ou que le groupe détenant une part collective de marché supérieure au seuil ne détient pas, en fait, une position de suprématie sur le marché par rapport aux autres concurrents.

La protection des petites entreprises contre la domination d’une autre, dans le cadre des négociations commerciales, justifie une attention toute particulière. Le fait de faciliter relativement la constatation d’une position dominante tend déjà à protéger les petites entreprises. Par ailleurs, fait plus important encore, un article de la LRC traite spécifiquement des relations de dépendance économique (Art. 20). Il contrôle la discrimination et “l’obstacle déloyal” imposé par des entreprises, associations et ententes

dominantes, et leur interdit d'utiliser leur position sur le marché pour imposer des conditions préférentielles "sans justification objective." Cet article s'applique particulièrement à leurs transactions avec des petites ou moyennes entreprises, en tant que fournisseurs ou acheteurs, qui dépendent d'eux et n'ont aucune possibilité raisonnable de recourir à d'autres sources ou débouchés. Étonnamment, une entreprise de très grande taille peut néanmoins être qualifiée de petite ou moyenne entreprise dans ce contexte. Une décision du BKartA de 1999 l'a définie comme une entreprise réalisant un chiffre d'affaires inférieur à DM500M (€250M), dont plus de 7.5% avec une grande entreprise. (Article ABA de la Loi Antitrust de 2001) La dépendance à l'égard d'un acheteur est présumée si le fournisseur lui consent des avantages spéciaux. Les associations commerciales et industrielles et les associations de fabricants de produits de marque doivent adopter des politiques d'adhésion non-discriminatoires (Art. 20(6)).

Une nouvelle sous-section importante définit expressément les ventes au-dessous du prix de revient du vendeur comme un abus de puissance supérieure de marché à l'égard de petites et moyennes entreprises (Art. 20(4)). Deux réserves viennent tempérer ce principe : la vente doit ne pas être occasionnelle et ne doit avoir aucune justification objective. Les demandes formulées à ce jour établissent que le délai de 2 mois est manifestement trop long, et qu'une "justification objective" pourrait notamment tenir à la volonté de répondre à la concurrence. Le plaignant ou l'auteur des poursuites n'a pas besoin d'examiner la comptabilité de l'entreprise pour prouver la violation. En revanche, dès lors qu'il existe un commencement de preuve établissant une vente au-dessous du coût de revient, sur la base des pratiques de l'industrie et des faits disponibles, le vendeur a la charge de prouver que son prix de revient était inférieur à son prix de vente (Art. 20(5)). En Allemagne comme ailleurs, ces plaintes pour ventes au-dessous du coût de revient se concentrent dans le secteur de la vente au détail de produits alimentaires, et visent essentiellement le recours à des "produits d'appel" par les leaders de la grande distribution. C'est le secteur alimentaire qui a été le plus concerné par les consultations du BKartA visant à élaborer des principes d'interprétation. Les premières poursuites ont été engagées contre 3 groupes de supermarchés (Wal-Mart, Aldi Nord, et Lidl) pour ventes à perte de produits comme le lait, le beurre, le sucre, la farine, le riz et les légumes. La décision du BKartA reconnaissant la responsabilité des groupes concernés a été largement confirmée en appel en 2002.

L'historique des poursuites contre les abus de position dominante est limité et mitigé, peut-être au motif que le BKartA s'est davantage concentré, jusqu'à une époque récente, sur les questions de "cartel" qui définissaient sa mission originelle. (OCDE, 1997) La plupart des poursuites officielles diligentées par le BKartA dans les années 1990 ont été rejetées par les tribunaux ou annulées par le législateur. Le BKartA a essayé d'exiger d'une entreprise qu'elle continue à fournir un produit intermédiaire à un client qui lui faisait concurrence sur le marché du produit final. Le tribunal a cependant infirmé cette décision, jugeant que le fournisseur était bien fondé à se prémunir contre une concurrence déloyale de son client. Une intervention du BKartA a empêché des grossistes allemands de boycotter un importateur parallèle de produits pharmaceutiques. Les tribunaux ont confirmé cette décision, laquelle a toutefois été ultérieurement annulée par le législateur. (OCDE (Allemagne), 1999) Le BKartA a également échoué dans son effort pour contrôler les prix prétendument trop élevés d'un médicament breveté, au motif qu'il n'a pas trouvé de marché suffisamment comparable pour étayer ses conclusions. Le BKartA n'a pas réussi à contraindre le fabricant d'un produit de marque populaire (skis) à continuer d'approvisionner un détaillant qui consentait des remises sur les prix. (OCDE CLP, 1996) En revanche, le BKartA a eu plus de succès dans certaines actions récentes contre des pratiques de réductions de prix dans le secteur des compagnies aériennes et de la vente au détail.

Les dispositions de la LRC sur le comportement de l'entreprise dominante sont désormais appliquées dans une mesure croissante aux réseaux monopolistiques de services publics. De récents amendements ont éliminé les exemptions pour la plupart de ces industries et ajouté une règle spécifique relative à l'accès à des installations de réseau spécifiques. Dans le secteur des télécommunications, le BKartA a été saisi d'une centaine d'affaires, y compris au niveau de l'autorité de réglementation

sectorielle, le RegTP. Dans le secteur de l'électricité, des douzaines d'enquêtes ont eu lieu en vertu de la LRC sur les charges d'accès au réseau. Néanmoins, l'engagement de poursuites en vertu de la LRC contre des abus typiques dans ces industries s'est avéré difficile. Les méthodes élaborées pour diligenter des poursuites *ex post* au moyen d'un processus quasi-judiciaire afin de sanctionner des conduites abusives particulières ne sont pas adaptées pour pouvoir être administrées en continu sur la base d'analyses détaillées des coûts, de manière à changer les pratiques et la situation du secteur dans son ensemble. L'environnement de la libéralisation crée un problème d'analyse et de preuve. L'exploitation a généralement été démontrée en comparant les prix sur le marché examiné à ceux appliqués sur un marché similaire mais concurrentiel. Mais cette comparaison n'est pas possible lorsque la concurrence est encore une nouveauté partout. Une décision judiciaire de 2002 a accepté que la démonstration soit faite en comparant les prix aux coûts plutôt qu'à un marché comparable. Cette flexibilité accrue est bienvenue, mais la réglementation des prix abusifs par l'application de la loi sur la concurrence n'en demeurera pas moins difficile et incertaine. Il sera peut-être un peu plus facile de déterminer et d'évaluer les coûts applicables que d'identifier un marché comparable, en dépit de la résistance massive d'une entreprise lorsqu'il s'agit de divulguer les éléments nécessaires et des complexités analytiques notamment rencontrées dans la tarification des services collectifs.

Les lenteurs de la justice entravent les poursuites contre les refus de vente ou, dans le contexte des réseaux, le refus d'accès. En effet, une injonction de remédier à cette situation, qui constitue la forme habituelle de réparation en matière de droit de la concurrence, n'est appropriée qu'à condition de pouvoir être appliquée assez rapidement. Or, enquêter sur des violations et les prouver est rarement un processus rapide, et toute tentative d'aller vite bute sur des contestations à propos de détails prétendument distinctifs. Même après qu'une décision d'application de la LRC ait été prise, la pratique habituelle est de suspendre son application pendant la procédure d'appel.⁶ Cette règle est actuellement modifiée pour les affaires relevant du secteur de l'énergie, de telle sorte que les injonctions d'accès demeurent en vigueur pendant l'appel, mais il reste à savoir dans quelle mesure ce changement sera effectif. Les tribunaux conserveront le pouvoir discrétionnaire de suspendre une injonction pendant l'appel. Ils pourront utiliser ce pouvoir pour faire revenir les affaires au status quo habituel.

Fusions

Pendant de nombreuses années, l'Allemagne a eu le programme de contrôle des fusions le plus actif d'Europe. Le critère de fond est de savoir si la transaction entend créer ou de renforcer une position dominante. Ce critère ressemble à celui qui a été ultérieurement adopté dans la réglementation sur les fusions de l'UE. Les concepts de domination qui sont utilisés dans le contrôle des fusions, y compris les présomptions de part de marché à propos de la domination exercée par une seule entreprise ou un ensemble d'entreprises, sont extraits d'autres dispositions de la LRC qui traitent de la position dominante (Art. 19). Le concept le plus souvent appliqué dans des affaires de fusion est celui de la "position de suprématie". Le BKartA s'inquiétera lorsqu'une position de suprématie déjà existante est susceptible de devenir encore plus forte. (BKartA, 2002) Les effets probables d'une transaction sont évalués dans 2 perspectives, la première ayant trait à la position des parties et à la structure du marché, et la seconde au développement de la concurrence à l'avenir. Une fusion qui crée ou renforce une position dominante peut néanmoins être autorisée si les parties peuvent démontrer qu'elle améliorera les conditions de la concurrence sur un marché différent⁷ et que ces améliorations l'emporteront sur les effets de la position dominante (Art. 36).⁸ En revanche, une fusion impliquant de faibles parts de marché — dans une affaire, cette part s'élevait à 12% seulement — pourra être refusée si d'autres facteurs, notamment la puissance financière, l'intégration verticale et l'absence de concurrent proche, impliquent des effets préjudiciables à long terme. (Section ABA de la Loi Antitrust Law, 2001)

Le critère de contrôle des fusions ne dépend pas explicitement de critères économiques. Le rôle de l'analyse économique tient à la définition du marché et à l'identification des positions dominantes sur le marché. Les définitions du marché reposent en grande partie sur la substituabilité en termes d'utilisation, mais peuvent également recourir à des outils à motivation économique, telle l'élasticité croisée des prix. Les marchés ainsi définis tendent à être étroits, de telle sorte qu'il est plus probable que le BKartA constatera des positions dominantes. Des questions de structure du marché et d'analyse juridique semblent dominer le processus d'examen, et la présentation d'avis économiques d'experts est relativement peu fréquente (Section ABA de la Loi Antitrust, 2001) Le BKartA est dubitatif à propos de l'argument de "défense" fondé sur l'efficacité, estimant que les gains spécifiques de la fusion ne profitent généralement pas aux consommateurs en situation de domination du marché, car il n'existe par définition aucune discipline régissant la conduite de l'entreprise dominante dans ce type de situation. (BKartA, 2002)

L'assujettissement d'une fusion au contrôle dépend principalement de la taille des parties. Une fusion doit être notifiée et approuvée si le chiffre d'affaires mondial total des parties excède €500M et le chiffre d'affaires national d'une partie au moins excède €25M. Deux dispositions éliminent les transactions mineures. Elles exemptent les parties *de minimis* (si le chiffre d'affaires mondial est inférieur à €10M) et les fusions opérées sur des marchés mineurs (si le volume de chiffre d'affaires total de tous les participants au marché est inférieur à €15M). La loi allemande sur le contrôle des fusions ne s'applique pas à une fusion qui est soumise au règlement communautaire sur les fusions, et elle ne s'applique qu'aux transactions qui produisent un effet en Allemagne (Art. 130(2)). Des règles spéciales sur le calcul du chiffre d'affaires ont pour effet de contracter ou d'élargir le champ d'application de la loi dans des secteurs particuliers. Pour le commerce de produits, seuls les $\frac{3}{4}$ du chiffre d'affaires sont pris en compte, tandis que pour les médias et l'édition, le chiffre d'affaires est multiplié par 20. Pour une acquisition d'actifs, la détermination du chiffre d'affaires (et des parts de marché, dans le dossier de notification) est limitée au chiffre d'affaires imputable aux actifs vendus (Art. 38).

Afin d'assurer une large couverture, des concepts à la fois techniques et fonctionnels sont inclus dans les caractérisations légales d'une opération de concentration soumise au contrôle des fusions. L'un d'eux est l'acquisition de tous les actifs ou d'une "partie substantielle" de ceux-ci (Art. 37(1)). L'acquisition d'actions est soumise à notification et contrôle à 2 seuils différents, à savoir 25% et 50% (Art. 37(3)). L'acquisition du contrôle, direct ou indirect, constitue une concentration qui doit être déclarée. Le contrôle est défini en termes généraux et fonctionnels, plutôt que formels, à partir de concepts qui sont similaires à ceux qui s'appliquent dans la réglementation sur les fusions de l'UE (Art. 37(2)). Enfin, une disposition « fourre-tout » étend le contrôle à "tout autre regroupement" qui permet l'exercice d'une influence "significative en termes de concurrence" (Art. 37(4)). Cette disposition ne permettra pas d'assujettir au contrôle des transactions inférieures aux seuils de taille fixés, mais pourrait servir à contrôler des accords ou montages juridiques qui tentent d'échapper aux autres définitions données par la LRC de la "concentration."

Les fusions couvertes doivent être notifiées et approuvées à l'avance. L'expiration du délai d'examen de 4 mois vaut approbation tacite, à défaut d'actions du BKartA. (Ce délai peut être prorogé avec l'accord des parties). Dans la plupart des cas, une action effective du BKartA survient beaucoup plus tôt. Le BKartA doit informer les sociétés dans un délai d'un mois si elle a entrepris un "examen approfondi." Dans la négative (comme cela est le cas dans plus de 90% des cas), elle émet une notification informelle de visa d'approbation. Le dossier de notification des parties doit contenir certaines informations de base pour les besoins de l'analyse par le BKartA : leur chiffre d'affaires (en Allemagne, dans l'UE et dans le monde entier) et leurs parts de marché (ainsi que les bases ayant servi à leur calcul ou estimation), si la part de marché totale des parties excède 20%. Le BKartA peut demander des informations complémentaires sur ces questions (Art. 39(3), (5)). Les pouvoirs généraux d'enquête du BKartA peuvent également être exercés pour obtenir des informations des parties auteurs de la notification et de tiers. Les délais limites courent à compter de la présentation de la notification complète, accompagnée de ses

données sur le chiffre d'affaires et la part de marché. En d'autres termes, les délais ne commenceront pas à courir tant qu'il subsistera des contestations nées de demandes d'informations complémentaires. Dans une procédure d'"examen approfondi", le BKartA publie une décision formelle et motivée, quelles qu'en soient les conclusions. La décision peut assujettir le visa d'approbation à certaines conditions. (BKartA 2002) Si le BKartA propose d'interdire une transaction, les autorités des *Länder* où les parties ont leur siège doivent avoir une opportunité de formuler des commentaires (Art. 40). Les fusions qui sont effectuées sans autorisation sont légalement nulles, et celles qui sont effectuées en dépit d'une interdiction du BKartA⁹ peuvent être dissoutes. La violation par les parties d'interdictions de la LRC les assujettiront également aux pénalités usuelles instituées par la LRC pour ces violations, soit une amende de €500,000 au moins, à concurrence de 3 fois les recettes supplémentaires générées par la violation (Art. 81). Le non-respect d'une demande d'informations peut entraîner une amende pouvant atteindre €25,000. (BKartA, 2002)

Bien qu'elles soient rares, les interventions ministérielles visant à appliquer d'autres politiques peuvent être importantes. Le Ministre de l'Economie et du Travail peut autoriser une concentration que le BKartA a refusée, si la restriction à la concurrence est compensée par des avantages supérieurs pour l'économie dans son ensemble, ou si la concentration est "justifiée par un intérêt public supérieur." La compétitivité internationale des parties peut également entrer en ligne de compte. L'étendue du pouvoir discrétionnaire du Ministre est néanmoins limitée : l'autorisation ne peut être accordée que si la restriction à la concurrence résultant de l'opération ne met pas en péril le système d'économie de marché. Les parties peuvent saisir le ministre dans le mois suivant l'interdiction prononcée par le BKartA.¹⁰ Le processus est soumis à un délai impératif et à certaines exigences de transparence. Le Ministre "devrait" rendre sa décision dans les 4 mois. Avant de prendre sa décision, le ministre doit obtenir un rapport de la Commission des Monopoles et solliciter des commentaires des gouvernements des *Länder* où les entreprises sont immatriculées (Art. 42). Le rapport de la Commission des Monopoles ne vaut pas appel de la décision du BKartA sur le fond du droit de la concurrence. Il examine plutôt les intérêts politiques en cause, extérieurs au droit de la concurrence, et les évalue par rapport aux conclusions du BKartA sur les effets concurrentiels. Jusqu'à la récente affaire *Ruhrgas*, le Ministre n'était jamais entré en désaccord avec les recommandations de la Commission des Monopoles sur ce type d'affaires depuis 1989. Depuis 1973, sur 140 fusions désapprouvées ou approuvées sous conditions par le BKartA, les parties en ont porté 17 devant le Ministre, qui a approuvé la fusion litigieuse dans 7 cas. Depuis 1994, seules 2 fusions ont été portées devant le Ministre, qui en a approuvé une.

Le BKartA a essayé d'utiliser le contrôle des fusions pour soutenir le développement de la concurrence dans le processus de réforme des monopoles infrastructuraux. Dans le secteur des télécommunications, le BKartA avait l'intention d'exiger que le requérant se défasse de ses participations dans le secteur des câbles, à titre de condition de l'autorisation de la fusion ; à cet effet, il a refusé l'opération car l'acquéreur était trop impliqué dans la fourniture de contenus. Dans le secteur du gaz, le BKartA a examiné un regroupement de compagnies régionales voisines. Mais les efforts du BKartA ont atteint une limite politique en 2002. Le BKartA a refusé le regroupement du plus grand opérateur de pipelines, Ruhrgas, avec une société de fourniture de gaz et d'électricité, E.ON, mais le Ministère l'a néanmoins approuvée. Le Ministère est parvenu à la conclusion que la création d'un champion national, détenant une puissance de marché accrue en Allemagne, pourrait améliorer la sécurité d'approvisionnement.¹¹ Cet argument, qui va à l'encontre des conclusions et positions du BKartA, de la Commission des Monopoles, des clients, des concurrents et des consommateurs, sape la logique de la restructuration en vue de promouvoir la concurrence. Le Ministère est bien entendu également engagé sur les objectifs de la politique de la concurrence, et a exigé certains désinvestissements, manifestement pour prévenir des problèmes particulièrement graves sur les marchés locaux. Mais son engagement sur le concept de champion national est souligné par son insistance sur ce qui équivaut à une situation de "pilule empoisonnée" qui décourage tout changement de propriété ou de contrôle de l'entreprise acquéreur.

En vertu de la clause dite “clause allemande” de la réglementation sur les fusions de l’UE, une transaction qui satisfait aux exigences juridictionnelles d’un contrôle par les instances de l’UE peut être traitée par une autorité nationale si ses effets se concentrent dans cet Etat membre. Le renvoi à l’autorité nationale est discrétionnaire, et il appartient au gouvernement national, c’est-à-dire au Ministère, de la demander. (La clause a été insérée dans la réglementation en raison de l’insistance de l’Allemagne, mais en dépit —ou peut-être à cause— de ce fait, les demandes de renvoi devant l’autorité nationale faites par l’Allemagne ont généralement été rejetées jusqu’à une époque récente). Le BKartA peut penser qu’il devrait revoir une opération de fusion de ce type, mais c’est au Ministère de prendre la décision de demander le renvoi auprès de Bruxelles. Le BKartA peut, en toute hypothèse, communiquer ses préoccupations à la Direction de la Concurrence de l’UE.

Questions connexes : marchés publics d’approvisionnement, concurrence déloyale et protection des consommateurs

Le contrôle de la concurrence en matière de marchés publics d’approvisionnement a été ajouté à la LRC dans les amendements de 1999. Les principes et seuils de compétence se fondent sur les règles de l’UE en la matière. Les tribunaux chargés des marchés publics fédéraux sont implantés au sein du BKartA (Art. 105(2)), et les *Länder* ont également des tribunaux chargés des marchés publics qui appliquent les mêmes principes (Art. 106(2)).¹² Les unités marchés publics du FCA sont organisées d’une manière très similaire à celle de ses autres divisions de décision. Le fait d’inclure cette responsabilité dans la loi sur la concurrence est cohérent par rapport à la conception du BKartA en tant qu’autorité chargée de l’application de la loi, et à l’objectif de la LRC de préserver des structures et relations concurrentielles. Par contraste, les aides et subventions publiques ne relèvent pas de la compétence des autorités chargées d’appliquer la loi sur la concurrence en Allemagne, tandis qu’elles relèvent de la compétence de leurs homologues de l’UE. Le gouvernement reconnaît que des subventions de longue durée peuvent conduire à une mauvaise allocation des ressources et à une concurrence déloyale et faussée. Mais la question est conçue comme une question de politique, et non pas d’application de la loi, et l’autorité de contrôle est donc le Ministère, et non le BKartA.

Les lois allemandes sur la concurrence déloyale ont probablement tenu à réduire la concurrence plus qu’elles ne l’ont encouragée. Certaines règles protectionnistes sont désormais éliminées ou corrigées. La Loi sur les escomptes, qui remontait à 1933, et le Décret sur les cadeaux, qui datait de 1932, ont été abolis en 2001. La réforme était inévitable après que la directive européenne sur le commerce électronique ait permis aux fournisseurs autres qu’allemands d’appliquer les lois plus libérales sur les escomptes et remises, applicables dans leurs propres pays. (OCDE (Allemagne), 2002) Mais les lois sur le contrôle des annonces publicitaires en matière de produits alimentaires, d’appareils ménagers courants et de produits pharmaceutiques, étouffent encore ces formes de concurrence. La Loi sur la Concurrence Déloyale (LCD)¹³ est appliquée au moyen de procès civils privés, principalement engagés par ou pour le compte de concurrents. Des groupes nationaux, tel le Centre de Lutte contre la Concurrence Déloyale, une association d’entreprises, des chambres de commerce et d’autres associations gèrent ce processus d’auto-réglementation. Des consommateurs et des entreprises peuvent les saisir de leurs plaintes. La LCD ne se limite pas à réprimer les publicités mensongères et autres fausses déclarations, mais limite également la pratique de remises en dehors des périodes de soldes officielles. Ainsi, les concurrents peuvent invoquer la LCD pour empêcher la concurrence en matière de prix. Par exemple, la LCD a été utilisée pour empêcher un revendeur d’offrir un escompte sur des achats par carte de crédit ou de débit, afin d’accélérer des transactions pendant la période de passage à l’euro. La LCD est susceptible d’être révisée, au moment où l’UE élabore des règles sur la concurrence déloyale. Dans ce processus, l’Allemagne cherche à préserver la règle de la LRC prohibant les ventes à perte (Art. 20(4)). Le Ministère de la Justice prépare un projet de révision de la LCD, en consultation avec les représentants des intérêts des PME et autres. L’objectif de la réforme est de donner plus de poids aux intérêts des consommateurs. Ainsi, l’interdiction des « ventes spéciales » est susceptible d’être modifiée ou supprimée.

La politique de la concurrence reconnaît les bénéfices que les consommateurs peuvent en tirer, mais la politique de consommation n'est pas étroitement liée à elle et il n'existe aucune autorité nationale forte qui soit chargée de la protection des consommateurs. La politique de protection des consommateurs se concentre sur la transparence du marché, les normes de produits et la qualité. Les questions de consommation sont assignées au ministère également chargé de l'agriculture, de l'alimentation et de la pêche, en partie en raison des préoccupations de sécurité alimentaire qui ont suivi les problèmes d'ESB. Néanmoins, aucune administration ni autorité gouvernementale n'est chargée d'appliquer les règles sur les pratiques déloyales ou la publicité mensongère. L'application de ces règles est laissée à des actions judiciaires privées engagées par des concurrents ou des consommateurs, qui peuvent solliciter des décisions judiciaires condamnant des publicités trompeuses ou des pratiques déloyales de commercialisation.¹⁴ En dépit des difficultés procédurales de cette mise en œuvre privée de la loi, l'Allemagne semble réticente à créer des institutions plus fortes chargées de cette application. Lors de l'examen du Livre Vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, l'Allemagne s'est élevée contre l'exigence d'une nouvelle structure d'autorités de protection du consommateur, au motif que les gouvernements d'Allemagne ont déjà le pouvoir, et même l'obligation, d'attirer l'attention des citoyens sur des pratiques inappropriées et des produits non sûrs se trouvant sur le marché. Cette position implique une grande foi dans le pouvoir des consommateurs éclairés et d'un marché concurrentiel. L'Allemagne ne soutient pas non plus la reconnaissance mutuelle, au motif qu'elle menacerait ce qu'elle croit être ses protections de haut niveau.

Questions institutionnelles : structures et pratiques d'exécution

La structure fédérale et la séparation des rôles produisent un jeu complexe d'institutions. La caractéristique qui définit peut-être le mieux la politique allemande de la concurrence est la culture institutionnelle indépendante du BKartA. Toutefois, les offices des *Länder* se chargent également de l'exécution de la LRC. Le Ministère et la Commission des Monopoles traitent de la politique. Ils ne peuvent être impliqués dans des questions d'exécution que lorsqu'il existe une occasion de considérer si les décisions prises en vertu de la LRC doivent être modifiées ou rejetées en raison d'autres considérations politiques.

Institutions de la politique de la concurrence

Le BKartA est la principale institution chargée de la mise en œuvre de la politique de la concurrence. Il est une "haute autorité fédérale indépendante," responsable envers le Ministère Fédéral de l'Economie et du Travail (anciennement Ministère de l'Economie et de la Technologie). Il est désormais situé à Bonn ; lorsque le gouvernement était à Bonn, le BKartA était installé à Berlin. La séparation géographique du reste du gouvernement renforce son image d'indépendance. Cette indépendance résulte d'un choix et d'un soutien politiques, et non de garanties ou protections statutaires. Le président du BKartA n'est pas nommé pour une durée fixe. Toutefois, ce poste n'est pas comparable à celui d'un "fonctionnaire politique," qui peut être révoqué sans motif au gré du ministre, et il est politiquement inconcevable que le président du BKartA puisse être révoqué pour une divergence politique. Le BKartA opère de manière autonome. En tant qu'autorité fédérale, il est soumis aux règles généralement applicables en matière d'emploi, de contrôle financier et d'administration. Il est responsable de la plupart des décisions de son propre personnel. Son budget constitue un poste séparé du budget du Ministère qui est soumis au Parlement pour approbation. Quelques-unes de ces sections se spécialisent autant par question de fond que par secteur, en partie parce que ces questions tendent à se concentrer dans un petit nombre de secteurs de l'économie. Ces questions sont respectivement les termes et conditions contractuels, les contrats de licence, la puissance d'achat des autorités publiques, et la puissance d'achat du commerce et de l'industrie. 2 divisions agissent également comme tribunaux des marchés publics d'approvisionnement et une unité spéciale se consacre à la lutte contre les ententes.¹⁵

Le Ministère peut donner des instructions générales à propos de certaines décisions, mais il a rarement usé de ce pouvoir. (BKartA, 2002) Le rôle le plus important du Ministère en matière de mise en oeuvre de la politique de la concurrence est son pouvoir d'autoriser une entente ou une fusion pour des raisons autres que des raisons de politique de la concurrence. Les motifs de fond permettant cette action tiennent au fait que les avantages pour l'économie dans son ensemble l'emportent sur la restriction à la concurrence (ou, dans le cas d'une fusion, au fait qu'elle est justifiée par un intérêt public supérieur). Les justifications typiques proposées pour réclamer cette autorisation ministérielle sont la rationalisation de l'industrie, la préservation des emplois, ou la sécurité d'approvisionnement. Le Ministre peut en dernier ressort décider que d'autres politiques exigent un résultat différent, mais il ne peut pas modifier la décision sur l'application de la LRC. Les interventions ministérielles sont rares, et généralement controversées.

L'indépendance du BKartA se traduit le plus clairement dans sa structure décisionnelle. Les actions sont prises dans les affaires particulières par des jurys de trois membres appartenant aux divisions de décision, qui sont organisés et fonctionnent à peu près comme un tribunal judiciaire. Le jury comprend le directeur de la section concernée et deux assesseurs. Les unités de décision peuvent inclure (et incluent généralement) à la fois des économistes et des juristes. En vertu de la longue tradition historique du *Beamter*, seuls des juristes peuvent siéger et statuer dans ces unités de décision, mais ce système a changé progressivement, de telle sorte qu'il peut être fait appel à un éventail plus vaste d'expertise professionnelle. Les décideurs sont en fait indépendants, et leur indépendance est protégée par leur statut. Ce sont tous des fonctionnaires de carrière nommés à vie. La stabilité de ce système quasi-judiciaire, couplée à la spécialisation des divisions par secteur, facilite des opérations efficaces entre le BKartA et l'industrie, au moins en ce qui concerne les fusions et le processus de notification et d'approbation des ententes. En raison de la spécialisation des sections, le personnel du BKartA connaît parfaitement la situation et les problèmes des industries, ainsi que leurs représentants légaux. Cette familiarité peut encourager la confiance et faciliter une communication ouverte. (Afin d'éviter une familiarité excessive, le personnel effectue des rotations périodiques entre les différentes divisions). Il n'existe aucun appel des décisions adoptées par les divisions de décision devant le président du BKartA, en fait ou en droit. A moins que les parties ne saisissent le ministre d'une demande d'autorisation pour d'autres motifs politiques, leur seul recours consiste à saisir les tribunaux.

Les décisions du BKartA sont raisonnablement transparentes, et la procédure est efficace. La LRC exige une notification publique d'une grande diversité de procédures et d'actions. Les décisions refusant ou autorisant des exemptions ou interdisant des abus doivent être publiées dans le Journal Officiel fédéral. Un grand nombre de décisions ne sont toutefois publiées que sous forme condensée. Les décisions en matière de fusions et les demandes d'approbation ministérielle sont également publiées au journal officiel. Les demandes d'exemption et de reconnaissance des "règles de concurrence" des associations doivent être publiées afin de fournir l'opportunité de faire des commentaires. Le BKartA doit publier un rapport formel tous les 2 ans, que le gouvernement adresse au Bundestag avec une réponse. Si le Ministère émet des instructions générales, celles-ci doivent être publiées au Journal Officiel fédéral (et incluses dans le rapport biennal du BKartA). Le BKartA affiche ses décisions et notifications principales sur son site internet, avec d'autres informations explicatives. Les notifications de fusions peuvent par exemple être consultées sur ce site. La rapidité de traitement est encouragée par les délais limites officiels fixés pour certaines affaires. Le contrôle des fusions est soumis à des délais limites stricts et impératifs ; l'inaction du BKartA dans ces délais vaut consentement. De la même manière, les demandes relatives aux "ententes sans opposition" sont réputées approuvées si le BKartA n'a pas agi dans les 3 mois. (Pour les modifications apportées à des ententes existantes approuvées, le délai est d'1 mois). Les contrats de licence de droits de propriété intellectuelle sont soumis à un processus similaire d'"approbation tacite" faute de réponse dans les 3 mois. En revanche, aucun délai limite formel n'est fixé pour d'autres types d'ententes ; le BKartA doit seulement agir dans un délai "raisonnable".

ENCADRE 3.5 : STRUCTURE FEDERALE ET MISE EN OEUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Etant donné que l'Allemagne est un état fédéral, il existe un autre ensemble d'autorités chargées de l'exécution au niveau régional. Pour les conduites (autres que les fusions) dont les effets sont limités à un seul *Land*, l'autorité compétente n'est pas le BKartA, mais l'autorité désignée par la loi locale. (Art. 48) Chacun des *Länder* a un office de la concurrence. Tous ces offices rassemblent un effectif d'environ 80 personnes, dont environ 30-35 sont des juristes. L'office de la concurrence de Bavière est le plus grand, avec un effectif total d'environ 10 personnes, dont la moitié sont des juristes. Le directeur de cet office est diplômé en économie et en droit, et l'office travaille avec des experts, y compris des économistes, du Ministère des Affaires Economiques de Bavière. Certains des offices s'occupent également d'affaires de marchés publics, comme le BKartA. Seul le BKartA décide en matière de fusions, mais les gouvernements des *Länder* doivent être consultés en matière de fusions, si le FCO a proposé de l'interdire ou si les parties sollicitent l'intervention du Ministre.

Le BKartA et les offices des *Länder* appliquent tous la même loi fédérale, car il n'existe aucune loi sur la concurrence au niveau du Land. Mais les offices des *Länder* ne sont pas responsables à l'égard du BKartA. Leurs décisions d'application de la LRC sont indépendantes et définitives. Ils travaillent souvent avec le BKartA et le BKartA est toujours partie à leurs procédures d'application de la LRC, en vertu de celle-ci. Ils peuvent cependant répondre à des priorités politiques locales. La Bavière, par exemple, a traditionnellement soutenu les petites entreprises. Elle a édicté ses propres directives sur le respect de la LRC à l'intention des petites entreprises, et certaines particularités de la LRC qui protègent les intérêts des petites entreprises représentent des initiatives bavaroises.

Les domaines typiques de responsabilité locale sont le commerce de détail, la construction et les matériaux de construction. Au cours des quelques dernières années, plusieurs offices se sont concentrés sur le secteur de l'électricité. Dans la seule Bavière, il existe 270 opérateurs de réseau, et l'office bavarois de la concurrence a déjà traité environ 25 affaires à propos du coût d'accès à la distribution. Les services de taxi sont une autre source habituelle de problèmes, qui vont des boycotts de stations de taxis et de services de dispatching jusqu'aux plaintes pour exclusion et fraude à la réglementation locale des prix.

L'autre organisme fédéral indépendant, la Commission des Monopoles, a été créé en 1973 pour fournir une source d'analyse et d'orientation politiquement neutre, analogue au conseil des conseillers économiques. (Sturm, 1996) La Commission des Monopoles compte 5 membres, nommés pour 4 ans par le Président Fédéral sur proposition du gouvernement fédéral. La Commission des Monopoles opère indépendamment et choisit son propre président. Ses membres ne peuvent pas être membres du gouvernement fédéral ou des gouvernements des *Länder* ni de leurs services publics respectifs, à moins d'être professeurs ou chercheurs, et ils ne peuvent pas être liés à des associations industrielles ou syndicales. Les membres sont souvent des professeurs d'économie ou de droit, ainsi que des juristes et hommes d'affaires. Les tâches officielles de la Commission consistent à contrôler les opérations de concentration, à rendre un rapport sur les fusions pour lesquelles les parties ont sollicité une autorisation ministérielle, et à produire des rapports. Son principal rapport biennal étudie l'état et les tendances probables de la concentration industrielle, évalue l'application du contrôle des fusions, et propose des commentaires analytiques sur d'autres questions économiques. Le Gouvernement fédéral répond au rapport et propositions de la Commission des Monopoles dans une déclaration qu'il soumet au parlement. La Commission des Monopoles peut également établir des rapports spéciaux sur des questions ou problèmes particuliers, à la demande du Gouvernement fédérale ou de sa propre initiative. Le gouvernement n'est pas tenu de soumettre ces rapports spéciaux au parlement avec une réponse. Les questions évoquées dans les récents rapports incluent les implications de l'internet pour la concurrence et l'utilisation de la réglementation sectorielle pour l'accès au réseau.

Le BKartA et la Commission des Monopoles ne jouent pas un rôle régulier et formel dans le processus politique, en dehors de leurs responsabilités en matière de présentation de rapports. Le BKartA entretient des relations de travail avec des autorités réglementaires dont les intérêts se recoupent avec les siens, et le BKartA est régulièrement consulté sur toute législation susceptible d'affecter directement la LRC et son application. Moins fréquemment, le BKartA peut exprimer des vues sur les effets concurrentiels d'autres propositions législatives ou réglementaires. Les rapports de la Commission des

Monopoles abordent directement les effets concurrentiels d'autres programmes réglementaires, bien qu'ils ne commentent pas nécessairement formellement le processus de consultation sur les changements de ces programmes. Le Ministère a également la responsabilité principale des amendements de la législation sur la concurrence allemande et de ses relations avec la direction de la concurrence de l'UE.

Application de la loi sur la concurrence

L'application de la LRC, par le BKartA ou par un office de la concurrence du *Land*, implique dans les deux cas des tâches administratives, notamment l'examen des notifications et demandes d'autorisation, ainsi que des enquêtes et poursuites à l'encontre des conduites qui violent les interdictions. La plupart des dispositions procédurales de la LRC traitent des actions d'"interdiction objective", c'est-à-dire des procédures susceptibles d'entraîner le prononcé d'une décision contrôlant la conduite à l'avenir (Art. 54-80). Un chapitre séparé traite des conduites qui peuvent être passibles d'amendes administratives (Art. 81-86) ; pour ces procédures, les règles sont fixées par les textes relatifs aux délits administratifs. Le parquet peut intervenir lorsque les sanctions prévues par le Code pénal pour des fraudes en matière de marchés publics sont appliquées aux soumissions concertées.

Les autorités chargées de l'application de la loi peuvent engager des procédures *ex officio*. Une plainte n'est pas nécessaire (Art. 54(1)). La procédure n'est pas formellement contradictoire, mais des audiences peuvent avoir lieu si les parties le demandent. Il doit y avoir une audience publique dans les cas d'abus de position dominante, à moins que les parties ne consentent à s'en dispenser (Art. 56).¹⁶ Les autorités d'application ont le pouvoir de prononcer une injonction préliminaire pour régler la conduite des intéressés en attendant une décision finale (Art. 60).

Les informations sont généralement obtenues au moyen de demandes informelles, soutenues par une autorisation formelle qui est soumise à des sauvegardes rigoureuses en matière de garantie d'une procédure régulière. Les demandes formelles d'information (en vertu de l'Art. 59(1)) doivent être formulées en vertu d'une décision, pour les procédures devant le BKartA, ou en vertu d'une ordonnance écrite, pour les procédures engagées par une autorité d'exécution du *Land* ou les enquêtes du Ministère. Cette formalité, qui exige un énoncé des motifs et doit rappeler les recours juridiques disponibles, donne au destinataire un fondement l'habilitant à exercer des voies de recours judiciaires. En pratique, toute demande formelle d'information de ce type suppose un soupçon initial concret de l'existence d'une violation (BKartA, 2002) Poursuivre le respect de ces demandes d'information peut exiger de saisir les tribunaux. En théorie, les parties risquent une amende administrative pouvant atteindre €25.000 pour non-respect d'une demande du BKartA, mais cette sanction est inopérante en pratique. Les parties qui perdent devant le tribunal communiquent généralement ensuite les informations demandées, et le tribunal n'applique pas l'amende. Au sein du BKartA, les demandes d'information les plus souvent formulées (en vertu de l'Art. 59(1)) le sont par les divisions de décision. Le consentement du président du BKartA est nécessaire pour pouvoir examiner des documents dans les locaux de la société ou de l'association. Aucune perquisition ne peut être opérée sans une décision judiciaire. La demande d'information doit fixer un délai de réponse raisonnable, qui est généralement compris entre 2 et 4 semaines. L'autorité chargée de l'application de la loi peut prendre possession des preuves (Art. 58) et pénétrer dans les locaux pour perquisitionner afin de rechercher des preuves (Art. 59(3)), sous la supervision du tribunal local. L'autorité peut avoir sans autorisation judiciaire préalable dans certaines circonstances, notamment s'il existe un danger de retard qui mettrait l'enquête en péril. Les procédures de perquisition, qui sont particulièrement importantes dans l'application du droit des ententes, sont inspirées des règles de procédure pénale. Les départements d'enquête pénale des *Länder* soutiennent habituellement ces efforts. Bien qu'ils soient prévus par la loi, ces droits de descente sur les lieux et d'inspection et de reproduction de documents ne sont pas souvent exercés. (BKartA, 2002).

Les poursuites engagées peuvent aboutir au prononcé d'ordonnances et de sanctions financières substantielles. La condamnation à une amende administrative dépend d'une intention subjective ou d'une faute ; en d'autres termes, la conduite doit non seulement violer la LRC, mais également procéder d'une intention ou d'une négligence (Art. 81). Par contraste, une ordonnance de contrôle d'une conduite future peut être prononcée indépendamment de toute intention ou faute des parties (Art. 32). Les ordonnances prononcent généralement des interdictions, afin d'empêcher la répétition de la violation à l'avenir. Des ordonnances de faire peuvent être prononcées, si elles sont le seul moyen d'éliminer une restriction, par exemple en ordonnant à une entreprise de traiter avec une autre entreprise à des conditions non-discriminatoires. En revanche, des mesures structurelles, tel un désinvestissement, ne sont pas autorisées, excepté dans les affaires de fusion. Les amendes administratives sont les mêmes pour toutes les violations substantielles : trois fois les recettes supplémentaires générées du fait de la violation, ou €500,000. La somme fixe n'est pas une amende minimum, obligatoire mais elle entend garantir qu'une amende significative puisse être infligée, même si le gain tiré de la violation n'est pas important. L'amende n'est pas plafonnée en fonction de l'ampleur de la violation, mais les procédures sont soumises à une prescription de 5 ans (Art. 81(3)), qui peut donc avoir pour effet de plafonner l'amende au montant des profits excédentaires réalisés pendant 5 ans. Les amendes peuvent être infligées à des personnes physiques comme à des personnes morales et des associations. La méthode de calcul des sanctions financières est conforme aux théories économiques de la dissuasion : la sanction est proportionnelle au bénéfice prévisionnel que les entreprises attendent de la violation et multipliée par un facteur qui correspond approximativement à la probabilité de détection de la violation et de succès dans la contestation de celle-ci.

Le BKartA dispose d'un pouvoir discrétionnaire assez large, dans la fixation des amendes, pour soutenir un programme de clémence, destiné à encourager les membres d'une entente à se présenter avec des preuves. Le BKartA a publié les termes de son programme de clémence en 2000. Le BKartA n'impose généralement pas une amende à un informateur qui est le premier à fournir des informations apportant une contribution décisive à la découverte d'une entente, avant l'ouverture d'une enquête. La clémence est subordonnée à la coopération totale de l'informateur. L'informateur ne doit pas avoir joué un rôle décisif dans l'entente et doit avoir cessé d'y participer au moment où l'enquête démarre. Une clémence plus limitée, à savoir une réduction de l'amende d'au moins 50%, est offerte à l'informateur qui se manifeste à une date ultérieure, après que l'enquête ait commencé.

Les décisions rendues en application de la LRC peuvent être frappées d'appel devant la Cour d'Appel du ressort de l'autorité les ayant prononcées. Pour les décisions du BKartA, cette Cour est à Düsseldorf ; auparavant, ces appels étaient portés devant la Cour de Berlin. Etant donné que le déménagement du BKartA à Bonn a eu pour effet de changer la cour qui tend à se spécialiser dans les affaires de concurrence, l'expertise qui s'était développée à Berlin doit désormais se développer à Düsseldorf, où l'expérience des tribunaux en matière de droit de la concurrence était plus limitée. Les décisions rendues au niveau du *Land* peuvent être frappées d'appel devant la Cour d'Appel du ressort de l'autorité locale les ayant prononcées (Art. 63(4)). L'appel peut se fonder sur de nouveaux faits ou preuves, et la Cour d'Appel a pouvoir d'enquêter d'office sur les faits. (BKartA 2002) Les appels des décisions du Ministre peuvent être portés devant la même Cour d'Appel à Düsseldorf (et non pas celle du ressort du Ministère, qui est désormais Berlin). Bien que la motivation d'une décision du Ministre implique généralement des questions de politique que les juges ne remettent pas en cause, des allégations de vices de procédure ont permis de triompher dans l'appel interjeté de ces décisions, tout récemment dans l'affaire *Ruhrgas*. Un pourvoi en cassation fondé sur des moyens de droit est possible devant la Cour Suprême fédérale. Les Cours d'Appel comportent des chambres spéciales et la Cour Suprême fédérale a une "chambre antitrust" qui statue sur toutes les affaires de concurrence. Les affaires de concurrence sont donc traitées par un petit groupe de juges qui peuvent développer une grande expertise sur la question, ce qui devrait promouvoir une jurisprudence cohérente.¹⁷ En règle générale, l'appel suspend l'exécution de la décision frappée d'appel (Art. 64). Un tribunal peut ordonner l'exécution immédiate, mais les exigences posées à cet effet sont rigoureuses. Il est donc difficile d'utiliser efficacement le droit de la concurrence

lorsque le problème est l'accès ou le refus de traiter. Cette situation doit partiellement changer, car la prochaine réforme du droit de l'énergie devrait rendre les injonctions ordonnant l'accès au réseau immédiatement exécutoires. La présomption étant renversée, c'est aux défendeurs qu'il incombera de convaincre le tribunal de renoncer à ordonner l'exécution immédiate. L'avenir dira si les défendeurs auront des difficultés à y parvenir en pratique.

Autres méthodes d'exécution

Les droits d'actions judiciaires privées et d'appel sont significatifs, mais leur succès se heurte à plusieurs obstacles. La plupart des décisions de la Cour Suprême en matière de LRC ont été prononcées dans le cadre d'actions civiles. (BKartA, 2002) Des actions en réparation, sous forme de dommages-intérêts ou d'injonction, sont prévues pour les violations des dispositions "protectrices" de la LRC.¹⁸ On considère généralement qu'il s'agit des interdictions des ententes horizontales et des pratiques abusives. Les parties protégées sont habituellement des concurrents qui sont exclus du marché. Les associations représentant les intérêts concernés sont bien fondées à solliciter le prononcé d'injonctions pour protéger leurs membres, pouvoir qui est particulièrement important lorsque l'affaire porte sur des conditions commerciales générales. Les tribunaux ont accueilli des plaintes d'associations de clients à propos de conditions d'exploitation ou d'accords spécifiquement dirigés contre eux. (BKartA, 2002) En revanche, les tribunaux n'ont pas fait droit à des plaintes de consommateurs dirigées contre des ententes horizontales. La base de l'action privée en dommages-intérêts est la faute subjective, c'est-à-dire une conduite "intentionnelle" ou "négligente" violant une disposition protégeant des tiers. (Art. 33, Art. 87-90) Obtenir une injonction exige de démontrer la probabilité d'autres violations ultérieures. (BKartA 2002) Les tribunaux doivent alerter le BKartA des différends qui impliquent la LRC (Art. 90), et le BKartA offre fréquemment ses vues dans des actions privées.

Il s'est avéré difficile de réclamer des dommages-intérêts à l'encontre d'une entente horizontale, en raison des exigences historiquement sévères du Code civil allemand lorsqu'il s'agit de prouver le lien de causalité et le montant du dommage. Mais la jurisprudence récente révèle une approche plus ouverte de ces demandes. Par ailleurs, les actions civiles sollicitant le prononcé d'injonctions, par exemple des injonctions ordonnant l'accès à un réseau, ne sont pas attrayantes en Allemagne, le demandeur risquant de devoir supporter les frais du défendeur si le tribunal ne fait pas intégralement droit à sa demande d'injonction provisoire. Le principe général est que les frais (y compris les honoraires d'avocat) sont supportés par la partie perdante. Le BKartA lui-même est tenu de payer les frais s'il perd un appel. Si le BKartA gagne, il n'est pas remboursé des honoraires d'avocat, car il ne fait pas appel à des avocats extérieurs, mais les autres frais mis à la charge de la partie perdante peuvent néanmoins être considérables, car ils sont fixés en proportion du montant en jeu.

Les tierces parties et les plaignants ont une capacité limitée à contester les actions du BKartA. Si le BKartA prononce une décision officielle, celle-ci peut être frappée d'appel, même par des tiers. Le BKartA prononce désormais des décisions officielles pour approuver, en les assujettissant ou non de conditions, des fusions qui ont subi avec succès l'épreuve de la seconde investigation "approfondie", de telle sorte que les tierces parties peuvent ainsi faire appel d'une décision d'approbation. En revanche, si la procédure s'arrête sans motifs, aucun appel n'est possible. Une partie dont la demande d'exemption est rejetée peut interjeter appel de cette décision. Mais les tribunaux ont jusqu'à présent refusé aux parties tout droit d'exiger du BKartA qu'il exerce ses pouvoirs de contrôler un abus ou de contester une fusion. (BKartA, 2002)

Le BKartA a pouvoir d'appliquer les dispositions relatives à la concurrence du Traité de l'UE, en exerçant les pouvoirs administratifs de la LRC (Art. 50). La prochaine modernisation des procédures de l'UE en matière de droit de la concurrence, en vertu du Règlement 2003/1 accroîtra les responsabilités des autorités des États membres, et cette partie de l'activité du BKartA est donc susceptible de devenir plus importante. Cet aspect du programme de modernisation lance un défi particulier pour l'Allemagne, car la conception allemande du droit de la concurrence et de son application diffère du nouveau modèle de l'UE.

ENCADRE 3.6 : LES DEFIS DE LA MODERNISATION ET DE L'HARMONISATION

La Commission des Monopoles a fortement critiqué le projet de règlement qui a conduit au Règlement 2003/1. Son reproche fondamental était que la primauté des règles de l'UE ne permettrait pas aux autorités de la concurrence de résister à la politisation de la politique de la concurrence de l'UE et saperait la séparation claire des rôles respectivement dévolus au BKartA et au Ministre dans le système allemand. Ses préoccupations éclairent les aspects distinctifs du droit allemand de la concurrence et de la tradition allemande en la matière.

La Commission des Monopoles a attiré l'attention sur les modifications du droit substantiel et sur les outils du droit allemand qui sont absents de la loi de l'UE. Par exemple :

- La classification des ententes est plus systématique en droit allemand que dans l'Art. 81, laissant peu de place au pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de ces ententes.
- Le contrôle des abus est plus clairement différencié dans les Art. 19(2) et (3) de la LRC que dans l'Art. 82.
- La puissance de marché relative, importante question en droit allemand, est absente de l'Art. 82.
- Une entreprise dominante a une obligation plus lourde de fournir l'accès à ses installations essentielles en vertu du droit allemand, car elle a la charge de prouver qu'elle refuse cet accès au motif qu'il est impraticable (Art. 19(4)).

Même en présence de textes apparemment similaires, les divergences doctrinales sont importantes. Par exemple, la Commission des Monopoles a souligné que l'UE traite les recommandations de prix comme un type d'accord, considérant les 2 parties comme équivalentes. Par contraste, l'Allemagne considère ces recommandations comme unilatérales et devant être contrôlées comme un type d'abus. La Commission des Monopoles a exprimé la crainte que l'attribution de compétence proposée par l'UE, qui ne dépendrait pas d'un effet concurrentiel international, puisse encourager la tendance de la loi de l'UE à nier l'effet anticoncurrentiel de la plupart des restrictions verticales, résultat que la Commission des Monopoles n'a pas cautionné. L'approche allemande fondée sur le contrôle des abus, bien qu'elle soit apparemment plus clémente que l'approche de l'UE fondée sur l'interdiction, pourrait effectivement produire un contrôle plus strict des accords verticaux, en fonction de la manière dont elle est appliquée et de l'étendue de l'exemption de l'interdiction de l'UE.

Évoquant les décisions adoptées en vertu de la loi allemande et qui ne pourraient pas l'avoir été en vertu de la loi de l'UE, la Commission des Monopoles a affirmé que la nouvelle réglementation "s'écarterait du droit national qui a fait ses preuves et tolérerait ainsi une réduction de la protection de la concurrence.

Source: (Commission des Monopoles, 2001).

Questions de commerce international impliquées dans la politique de la concurrence et sa mise en oeuvre

La LRC contient un critère relatif aux "effets" étendus, de telle sorte qu'elle s'applique à toute conduite affectant la concurrence en Allemagne, quel que soit le lieu où elle intervient (Art. 130(2)). Cependant, la réciproque n'est pas vraie. Les ententes à l'exportation ne sont pas couvertes si leur seul effet se produit hors d'Allemagne. Avant les amendements de 1999, les ententes à l'exportation étaient formellement soumises à une interdiction générale, mais la LRC a ensuite introduit une exception pour ces ententes. (BKartA 2002) En d'autres termes, les ententes à l'exportation devaient se faire enregistrer et créer une trace de leur existence, ce qui facilitait probablement le contrôle de leurs effets potentiels sur les marchés nationaux. Les facteurs relatifs aux échanges internationaux et au marché international sont pris

en considération dans l'analyse de chaque cas, essentiellement comme des questions de fait. Le potentiel d'approvisionnements étrangers peut être un facteur dans la définition des marchés et l'évaluation des effets concurrentiels (BKartA, 2002).

La coordination avec d'autres autorités chargées de l'application du droit de la concurrence est extensive et le plus souvent informelle. Lorsque des informations doivent être obtenues de sources étrangères, le BKartA se fonde principalement sur une coopération et des notifications informelles, en travaillant si possible par l'intermédiaire de l'autorité nationale de la concurrence du pays où se trouvent les informations. L'Allemagne a conclu quelques traités bilatéraux sur l'assistance judiciaire, avec l'Autriche et la Yougoslavie, que le BKartA peut appliquer. Un traité bilatéral sur l'assistance judiciaire en matière pénale est actuellement négocié avec les Etats-Unis. Il existe des accords administratifs bilatéraux moins formels avec la France et les Etats-Unis, qui se concentrent sur la consultation et l'information mutuelles. Plusieurs accords multilatéraux du Conseil de l'Europe et de l'UE soutiennent l'assistance judiciaire, et ont été appliqués dans un petit nombre de cas. A l'heure actuelle, le recours à l'assistance judiciaire s'est appuyé sur la loi allemande sur l'assistance internationale en matière pénale, plutôt que sur des accords bilatéraux. Les intérêts mutuels partagés des autorités nationales de la concurrence sont reconnus dans une mesure croissante. Les membres de l'association des autorités européennes s'obligent à s'informer de manière mutuelle et informelle des demandes d'autorisation des opérations de fusion qui pourraient revêtir une importance pour d'autres autorités nationales. Dans les affaires de fusion, le BKartA a collaboré de manière informelle avec la plupart des autorités de la concurrence en Europe et ailleurs. Dans une enquête sur une entente qui a également impliqué les Etats-Unis, le BKartA a coordonné ses propres investigations pour qu'elles coïncident avec l'action engagée aux Etats-Unis. (BKartA, 2002)

Ressources, actions et priorités implicites de l'autorité de la concurrence

Les ressources affectées à l'application du droit de la concurrence au niveau national ont été stables, voire même déclinantes, bien que les responsabilités et la portée juridictionnelle du BKartA se soient étendues. Le BKartA employait plus de 200 personnes dans les années 1960 et 1970, et 252 personnes en 1992. (Sturm, 1996) En 2001, l'effectif avait chuté à environ 225 ; l'adjonction des tribunaux chargés des marchés publics a augmenté l'effectif à 267 (personnes-années) en 2002. Le transfert de Berlin à Bonn est le principal motif de la réduction du personnel à la fin des années 1990. (Les frais de transfert expliquent également l'augmentation des dépenses budgétaires en 1999 et 2000). L'effectif de personnel du BKartA a chuté de 10% au moment où le pays connaissait une expansion significative due à la réunification. Par ailleurs, le personnel doit également traiter également les problèmes de marchés publics et ceux de l'industrie des services collectifs, qui ont été ajoutés à la LRC en 1999. Outre le BKartA, les offices des *Länder* apportent également des ressources contribuant à la mise en œuvre du droit de la concurrence, ce qui porte le total à environ 300 personnes-ans. Le personnel propre du BKartA est un peu moins nombreux que celui de l'OFT du Royaume-Uni, et parmi les pays du G7, seule l'autorité antitrust de l'Italie a moins de personnel. Des différences de compétence peuvent expliquer certaines différences d'effectif de personnel. L'OFT et l'*Autorità* traitent tous deux de questions de publicité et de consommation, parallèlement aux questions de concurrence, par exemple. Mais le BKartA demeure toujours étonnamment peu étoffé pour une économie aussi grande que l'économie allemande.

Il se peut que le BKartA soit compact au motif que sa culture institutionnelle distinctive l'a rendu exceptionnellement efficient. Dès le début, le BKartA s'est considéré supérieur à une administration publique ordinaire. Jusqu'au transfert de Berlin à Bonn au moins, il y avait très peu d'échange de personnel entre le BKartA, le ministère, les universités ou les milieux d'affaires. Peu de membres du BKartA partaient à l'issue de leur mandat (1 an pour les juristes, 3 ans pour les économistes). (Sturm, 1996) La confiance en soi et l'expérience ont rendu le personnel du BKartA efficient et professionnel. Le déménagement a stimulé la culture institutionnelle du BKartA, en encourageant un échange de personnel d'une ampleur sans précédent. Etant donné que la section concurrence du Ministère déménageait de Bonn

à Berlin au moment où le BKartA déménageait dans l'autre sens, un grand nombre de personnes sont passées de l'un à l'autre. Les personnes ayant l'expérience de l'application du droit de la concurrence au BKartA ont dû se familiariser avec l'environnement plus fluide de la décision politique au Ministère, tandis que les anciens décideurs politiques ont dû se familiariser avec les arcanes et la discipline du droit et de son application. Cet ajustement mutuel pourra produire une fertilisation croisée de ces deux autorités à long terme, mais le processus d'apprentissage pourrait d'ici là utiliser les ressources au maximum.

Les ressources budgétaires semblent stables et appropriées. Les frais facturés aux demandeurs pour couvrir les dépenses administratives fournissent une source limitée de financement indépendant (le BKartA ne peut conserver que les frais excédant un seuil fixé par le Ministère des Finances). Pour les fusions, les frais peuvent atteindre €50.000 ; pour les demandes de certaines exemptions des interdictions relatives aux ententes, €25.000 ; et pour les notifications d'ententes, €7.500 (Art. 80). Pour les affaires particulièrement importantes et sollicitant des ressources intensives, les frais peuvent être augmentés à concurrence du double. Outre les frais de notification d'une fusion, des frais peuvent être facturés pour l'interdiction d'une fusion ; les parties déboutées peuvent trouver une certaine consolation dans le fait que les frais payés pour la notification peuvent être déduits des frais facturés au titre de l'interdiction (Art. 39(1); Art. 36(1)).

Tableau 3.1 : Tendances des Ressources affectées à la Politique de la Concurrence

	Personnes-ans	Budget €M
2002	267	
2001	247	
2000	225	17.0
1999	232	15.7
1998	230	10.5
1997	231	10.5
1996	234	10.7

Source: (BKartA 2002)

Jusqu'à une époque récente, le BKartA s'est concentré presque exclusivement sur les accords horizontaux et les fusions. La plupart des accords horizontaux impliquaient l'examen des dossiers et demandes déposés, plutôt que des poursuites contre des ententes interdites. Cependant, certaines poursuites ont été engagées dans des affaires importantes. Deux grandes affaires expliquent les pics de sanctions totales infligées en 1997 et 1999. Le nombre et la proportion de fusions totalement rejetées a décliné, après que le BKartA ait reçu le pouvoir d'imposer des conditions et, dès lors, d'agir avec une plus grande souplesse. L'activité globale du BKartA a augmenté en 1999, au moment où la LRC a été substantiellement modifiée et où le BKartA a acquis un nouveau leadership et s'est installé dans un nouveau site. A partir de cette date, le BKartA a porté une attention accrue aux accords verticaux et aux abus de position dominante. Cette évolution s'explique en partie par les nouveaux pouvoirs du BKartA à l'égard des industries de réseau. Cependant, elle traduit probablement un examen plus approfondi des questions de distribution et des plaintes pour abus de dépendance économique.

Tableau 3.2 : Tendances des Poursuites engagées en application de la Politique de la Concurrence

	Accords horizontaux	Accords verticaux	Abus de position dominante	Fusions	Marchés publics
2001 ¹ : affaires ouvertes	60	12	107	1550 ²	
décisions ou sanctions infligées	1		2	16 ³	
Total des sanctions infligées	DM 42.6M				
2000: affaires ouvertes	55	18	79	1735 ²	
Décisions ou sanctions infligées	3		5	6 ⁴	
Total des sanctions infligées	DM 40.5M				
1999: affaires ouvertes	67	18	101	1687 ²	
Décisions ou sanctions infligées	4	1		7 ⁵	
Total des sanctions infligées	DM 287.3M				
1998: affaires ouvertes	36	3	12	2024 ⁶	
Décisions ou sanctions infligées	3			4 ⁷	
Total des sanctions infligées	DM 21.7M				
1997: affaires ouvertes	26	3	11	1736 ⁶	
Décisions ou sanctions infligées	2		1	6 ⁷	
Total des sanctions infligées	DM 281.1M				
1996: affaires ouvertes	23	1	10	1516 ⁶	
Décisions ou sanctions infligées	4		1	3 ⁷	
Total des sanctions infligées	DM 19.4M				

1. Les chiffres pour 2001 sont provisoires

2. Notifications pré-fusion conformément aux amendements entrés en vigueur en 1999.

3. Interdiction, 2; conditions, 14.

4. Interdiction, 2; conditions, 4.

5. Interdiction, 2; conditions, 5.

6. Procédures de contrôle en vertu de la loi avant 1999.

7. Interdictions ; la loi n'autorisait pas d'imposer des conditions avant 1999.

Source: (BKartA 2002, § 17)

Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux

En dépit de l'héritage quasi-constitutionnel de la LRC, qui peut impliquer une application exceptionnellement étendue des principes de la concurrence, l'étendue et la nature des exceptions au droit général de la concurrence en Allemagne sont similaires à celles de la plupart des autres pays membres. Certaines des exemptions attestent que les poursuites engagées pour appliquer la loi sont rigoureuses, la perspective d'une action engagée par le BKartA ayant conduit le législateur à adopter des dispositions en vue de se protéger contre une telle action.

Comme dans la plupart des autres pays, la loi sur la concurrence cède le pas, en Allemagne, aux exigences d'autres dispositions légales ou réglementaires en cas de conflit entre elles. Aucune règle légale spéciale ni aucun précédent judiciaire ne prescrivent d'appliquer la LRC dans ces circonstances. En vertu des règles générales d'interprétation, des lois ou réglementations spécifiques exigeant une conduite incompatible avec la LRC primeront donc sur celle-ci. Tel peut être le cas dans le domaine de la réglementation environnementale, du système de sécurité sociale, ou du secteur des professions libérales, où certains textes législatifs et réglementaires permettent à des associations de fixer les prix et de contrôler d'autres aspects de la concurrence. (BKartA, 2002)

La plupart des entreprises de droit public doivent se conformer à la LRC (Art. 130(1)). Deux d'entre elles sont explicitement dispensées de ce faire, à savoir la banque centrale et la Banque pour la Reconstruction. Un grand nombre d'autres entités de droit public ont été les cibles d'actions sur le fondement de la LRC, notamment les chemins de fer, le service postal et un grand nombre de services collectifs municipaux. Si une municipalité fournit un service via une émanation de l'Etat, plutôt que par l'intermédiaire d'une société de droit privé détenue par l'Etat, ses pratiques tarifaires et autres peuvent parfaitement être contestées comme étant abusives.¹⁹

Les petites entreprises ne sont pas techniquement exemptées, mais constituent une catégorie favorisée. La LRC donne aux PME des outils pour se protéger contre la concurrence agressive et la puissance de négociation des grandes entreprises. Par ailleurs, la LRC permet aux PME de se regrouper et de coopérer entre elles. Les ententes entre PME peuvent être exemptées de l'interdiction générale si elles visent à rationaliser les activités des membres et à améliorer leur compétitivité (Art. 4(1)). La condition préalable à cette autorisation est que l'entente ne réduise pas substantiellement la concurrence. Les coopératives d'achat des PME peuvent également être exemptées (Art. 4(2)). La règle édictée par la LRC à propos des recommandations formulées par les associations commerciales, professionnelles ou industrielles, contient une disposition spéciale bénéficiant aux PME (Art. 22(2)). Une association peut formuler une recommandation conduisant à une conduite uniforme à propos de toute question de droit de la concurrence, pour autant que la recommandation ne soit formulée qu'aux membres de PME, qu'elle améliore leur compétitivité par rapport aux grandes entreprises, qu'elle soit explicitement non-obligatoire, et qu'aucune pression ni coercition ne soit appliquée pour garantir la conformité avec cette recommandation. La notification *de minimis* du BKartA indique que le BKartA pourra, à sa discrétion, décider de ne pas poursuivre des ententes qui n'impliquent que des PME indépendantes, dont la part de marché combinée est inférieure à 5 pour cent, et accroissent l'efficacité en coordonnant certaines fonctions.²⁰

ENCADRE 3.7 : ARTISANS ET Professions LIBERALES

La sollicitude de la LRC à l'égard des petites et moyennes entreprises rejoint parfaitement d'autres politiques visant à soutenir et protéger le *Mittelstand* ce qui traduit son importance et son influence en Allemagne. Certains systèmes de réglementation qui protègent les petites entreprises ont été critiqués au motif qu'ils accroissent les coûts d'entrée, empêchent la création de structures d'entreprises efficaces, et limitent le choix des consommateurs.

Diplômes de maître-artisan : Pour près d'une centaine de métiers de service et d'artisanat, un diplôme de maîtrise est exigé pour pouvoir exploiter sa propre entreprise dans le secteur concerné. Le système descend en ligne directe des guildes médiévales. Il a survécu à plusieurs vagues de tentatives de réforme depuis le début de l'ère industrielle. Comme les anciennes guildes, les chambres de métiers représentant ces secteurs détiennent certains pouvoirs d'auto-réglementation. Les détenteurs des diplômes de maîtrise sont actifs au sein des organismes qui fixent les règles et normes de la profession. L'obtention d'un diplôme de maîtrise exige entre 1 000-1 600 heures de formation officielle, tant dans les disciplines techniques que dans la gestion d'entreprise. Les frais de formation varient de 3 000 à 7 500 euros selon le marché. La préparation à l'examen du Certificat de maîtrise prend environ un an, si elle est faite à plein temps, auquel cas un candidat peut devoir sacrifier jusqu'à un an de revenus outre le coût de la formation. Les candidats se préparant à l'examen, à mi-temps, habituellement le font en plus de leur occupation régulière et cela peut leur prendre de 2 ans et demi, à 4 ans et demi, selon le marché, avant de se présenter à l'examen. Les coûts imposés par ce système découragent l'entrée des candidats dans les professions concernées.

Un diplôme attestant de qualifications élevées peut fournir aux clients des informations et assurances utiles, au moins dans certains secteurs des services. Pour beaucoup, cependant, le fait de limiter l'entrée aux seules personnes les plus hautement qualifiées conduit probablement à une forme d'"élitisme" et interdit la fourniture de services acceptables, de moindre qualité et de prix inférieur. D'aucuns attribuent aux apprentissages liés au système un rôle vital dans la formation des ouvriers de l'industrie et des artisans eux-mêmes. Les apprentis qui ne vont pas jusqu'au diplôme de maîtrise, par exemple parce qu'ils n'en ont pas les moyens, vont souvent travailler dans le même secteur de l'industrie. Une étude de l'UE, réalisée en 1998, a reconnu que les aspects formation du système constituaient la « meilleure pratique » en la matière.

Le système de formation, d'attribution de diplôme et de contrôle d'entrée des maîtres-artisans a fait l'objet de différentes critiques. Le rapport de la Commission de Déréglementation de 1991 en a étudié les anomalies et recommandé des réformes, principalement pour ouvrir de nouvelles opportunités aux prestataires qui sont techniquement capables mais ne peuvent pas consacrer le temps ou l'argent nécessaire à l'obtention du diplôme. La Commission de Déréglementation a suggéré que ces réformes pourraient être accomplies en se concentrant sur le système de l'apprentissage. Les titulaires d'un diplôme de maîtrise continueraient d'être les seuls à pouvoir prendre et former des apprentis. La suppression du diplôme de maîtrise, comme condition indispensable à la possibilité de travailler, permettrait à un plus grand nombre de prestataires de s'installer à leur compte, améliorerait les opportunités de gestion et accroîtrait la concurrence.

Depuis lors, la Commission des Monopoles a multiplié les appels à la réforme, dans son rapport périodique pour 1996-97 et dans un rapport spécial de mai 2001. Le tout dernier rapport faisait état d'une décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui mettait l'accent sur la discrimination entre les maîtres-artisans en Allemagne et leurs concurrents d'autres Etats membres de l'UE. La Commission soutenait que ce fâcheux résultat devait motiver une réforme approfondie du système allemand, qui aurait dû intervenir depuis longtemps. A défaut, elle ajoutait que les entreprises allemandes perdraient des affaires au profit d'autres prestataires, au moins pour des travaux occasionnels, inhabituels ou limitrophes. Entre-temps, les prestataires qualifiés en Allemagne, frustrés de ne pas pouvoir créer leur propre entreprise en Allemagne, à défaut de diplôme de maîtrise, créent des sociétés dans d'autres Etats membres de l'UE à cet effet, y compris pour fournir des services en Allemagne dans certains cas.

La Cour constitutionnelle allemande a jugé que le fait d'empêcher quiconque de créer son entreprise s'il n'a pas de diplôme de maîtrise constitue une atteinte à une liberté constitutionnelle, à savoir le droit d'entrer dans une profession. Néanmoins, cette décision a laissé au Parlement le droit de réglementer l'accès à ces professions.

Les professions libérales ont également été réglementées pour empêcher la concurrence et préserver les petits cabinets locaux. Les règlements des associations professionnelles qui limitent la liberté concurrentielle de leurs membres sont exemptés de la LRC, car ils sont autorisés par d'autres lois fédérales. Les exemples comprennent les barèmes d'honoraires maximums et minimums des avocats, architectes, ingénieurs et médecins. Ces règlements peuvent être contenus dans des statuts adoptés en vertu d'une autorisation législative. Même s'ils sont exemptés de l'application de la LRC, ces règlements peuvent ne pas échapper totalement à la politique de la concurrence, car ils peuvent toujours être soumis au droit européen des ententes s'ils affectent le commerce entre Etats membres de l'UE. Des règles restrictives peuvent également être soumises à un contrôle constitutionnel. Les tribunaux allemands se sont fondés sur la garantie du libre choix d'une profession, consacrée par l'Art. 12 de la Constitution allemande, pour limiter les entraves à la prestation de services professionnels. La législation qui empêchait une publicité véridique et informative a été assouplie dans certains domaines, notamment pour les experts-comptables, les ingénieurs et les architectes, mais elle ne l'a pas été pour les médecins. Depuis 1994, une certaine forme d'intégration professionnelle a permis la coopération interdisciplinaire entre plusieurs professions, qui était auparavant interdite, et les avocats ont obtenu le droit de constituer des sociétés à responsabilité limitée en 1998.

Un grand nombre d'exclusions sectorielles évitent l'application formaliste des interdictions de la LRC à des conduites qui sont probablement non-concurrentielles et font souvent l'objet d'autres types de réglementation. Toutefois, les autres réglementations ne traitent généralement pas de la politique de la concurrence. L'instauration de règles et d'autorités de réglementation spéciales de la concurrence pour des secteurs individuels n'a jamais eu les faveurs de l'Allemagne. La création d'institutions et de règles pour traiter les problèmes particuliers d'un secteur isolé entre en conflit avec la conception large et quasi-constitutionnelle des rôles de la LRC et du BKartA. En outre, il existe une circonspection apparente à propos de toute réglementation prescriptive et une préférence pour l'autorité locale et l'initiative privée. C'est pourquoi l'Allemagne a traditionnellement privilégié l'auto-réglementation, sous réserve du contrôle des autorités chargées de l'application du droit de la concurrence. Mais, peut-être partiellement en raison des exigences posées par les directives de l'UE, l'Allemagne s'est désormais dotée d'une autorité

indépendante de régulation des télécommunications et services postaux (RegTP). L'Autorité Fédérale des chemins de fer s'acquitte également de tâches réglementaires. Par contraste, le BKartA et les offices de la concurrence des *Länder* ont fait office d'autorités de réglementation dans le secteur de l'électricité. La Commission des Monopoles, qui a pendant un temps partagé la préférence pour le contrôle en vertu de la LRC, soutient désormais le contrôle des monopoles naturels au moyen d'un processus réglementaire. La Commission des Monopoles a néanmoins appelé à la création d'une autorité de réglementation unique, plutôt qu'à celle d'une autorité pour chaque secteur, afin de réduire le risque de capture.²¹

Energie²²

Des plans ont récemment été annoncés pour déléguer les problèmes d'accès aux réseaux électriques à une "autorité de la concurrence," fonctionnant comme une institution réglementaire. Les ententes et accords dans l'industrie de l'électricité et du gaz, ont été initialement exemptés des interdictions de la LRC, bien qu'ils soient demeurés soumis à un contrôle potentiel des abus.²³ Ces exemptions ont été abrogées lors de la libéralisation de ces marchés. La LRC constitue le fondement principal du pouvoir de contrôle du marché, et les autorités réglementaires sont donc le BKartA et les offices de la concurrence des *Länder*. Le BKartA et les autorités de la concurrence des *Länder* ont publié un document en avril 2001, qui décrivait les conditions d'accès au réseau et les redevances qui violeraient selon eux la LRC. Ces directives entendaient également guider les tribunaux civils dans leur interprétation des contrats de l'industrie. Le BKartA a constitué une division de décision séparée spécialisée dans les problèmes de réseau électrique à l'été 2001. En 2 ans, le BKartA et les *Länder* ont ouvert plusieurs douzaines d'affaires afin de faire appliquer la LRC, dont la plupart impliquaient des redevances prétendument excessives d'accès au réseau.

Les conditions d'accès au réseau ont été fixées par voie de négociation industrielle, plutôt que par voie de réglementation. Les problèmes de ce système sont décrits en détail au chapitre 5 de cette étude. Ce système repose sur les "Accords d'Associations" conclus entre les associations représentant des utilisateurs et fournisseurs de l'industrie et le secteur de l'électricité et du gaz. Le BKartA a exprimé des préoccupations à propos des effets de l'annexe au tout dernier Accord, qui fixe des normes de calcul des coûts, au motif que ces conditions pourraient faciliter des accords sur les prix. Néanmoins, la législation transitoire (entrée en vigueur en mai 2003) confèrera une présomption de légalité aux termes du tout dernier accord. L'application de conditions ou redevances qui ne se conforment pas à ces termes devra être justifiée, et les accords demeureront en toute hypothèse soumis à la LRC. La présomption devait être une mesure transitoire, afin de permettre à l'industrie d'élaborer un meilleur ensemble d'accords avant la fin de 2003. Le Ministère de l'Economie et du Travail devait rendre compte au parlement en septembre 2003 de la manière dont le système d'accès négocié fonctionne. En dépit de la disposition prévoyant l'application continue de la LRC, la présomption était manifestement destinée à devancer la menace d'actions d'exécution ou la perspective d'une réglementation. Bien qu'elle ne constitue pas techniquement une exemption d'application de la LRC, son effet peut être similaire.

Les essais de promotion de la concurrence par l'application de la LRC s'avèrent difficiles. Aucune des actions engagées en vertu de la LRC n'a encore abouti à une décision finale, bien que certaines entreprises aient modifié leurs conditions ou redevances d'accès après l'ouverture des enquêtes. La Commission des Monopoles en conclut que le système d'accès négocié ne conduit pas effectivement à une grande interconnexion. La structure du marché est un élément du problème. Une série de fusions intervenues ces dernières années (dont la quasi-totalité ont été approuvées par le BKartA) ont réduit le nombre de sources indépendantes de fourniture d'électricité et étendu l'ampleur de l'intégration verticale. Un petit nombre de grandes entreprises dominant, et ont manifestement réalisé une division géographique du marché *de facto*.

Dans le secteur du gaz, la concurrence se développe encore plus lentement que dans le secteur de l'électricité. Ici encore, l'Allemagne s'appuie sur la négociation plutôt que sur la réglementation pour fixer les conditions d'accès des tiers aux parties monopolistiques du système. L'Accord d'Associations II pour le gaz a été conclu au printemps 2002. L'industrie est sous pression pour atteindre un meilleur accord consensuel avant la fin de 2003, à défaut de quoi le gouvernement imposera une structure réglementaire. Entre-temps, une présomption transitoire soutient des conditions d'accès qui suivent l'Accord d'Associations. (BKartA, 2002)

*Télécommunications*²⁴

Dans le secteur des télécommunications, l'Allemagne a créé une autorité de régulation chargée de traiter les problèmes d'accès, plutôt que de se fier à la LRC pour discipliner les négociations privées. La Loi sur les télécommunications (TKG), qui est entrée en vigueur en 1996, a créé l'Autorité réglementaire pour les télécommunications et la poste (RegTP). Sa mission principale est de réguler Deutsche Telekom AG (DT), successeur du monopole d'Etat, lorsqu'elle est dominante. La RegTP applique les règles édictées par la TKG en matière de pratiques abusives, et ces règles de la TKG supplantent dans une certaine mesure la LRC. Le BKartA pourrait appliquer les dispositions correspondantes de la LRC uniquement à un service offert par une entreprise dominante qui ne serait pas utilisé pour une offre publique de services de télécommunications (TKG, Art. 3(18), (19)). Par exemple, le BKartA a appliqué la LRC à l'encontre de la DT pour surfacturation des données de l'abonné nécessaires pour des services d'information et des annuaires téléphoniques. Le BKartA détient un pouvoir de contrôle des fusions, bien que la RegTP ait également des pouvoirs intéressant les fusions. La RegTP peut exiger qu'un détenteur de licence occupant une position dominante ne fusionne pas avec un autre détenteur de licence sur le même marché, si le nombre de licences sur le marché est limité.

Promouvoir l'accès au moyen d'une réglementation répondait à une volonté de rapidité, mais le processus administratif a néanmoins été retardé par de nombreuses contestations devant les tribunaux, en dépit de procédures "accélérées" et du principe que les décisions de la RegTP doivent être immédiatement effectives. La RegTP doit trancher les litiges en matière d'interconnexion dans un délai de 10 semaines, dans le cadre d'une procédure en 2 parties. Les appels peuvent prendre 6-8 mois supplémentaires. DT a exercé des recours judiciaires avec un certain succès pour résister aux efforts de contrôle de la RegTP. La RegTP a édicté des réglementations sur la comptabilisation des coûts, mais n'a pas réussi jusqu'à présent à persuader DT de divulguer ses coûts comme l'exigent les directives de l'UE, et DT n'a établi aucune comptabilité séparée de ses coûts pour ses services réglementés et non-réglementés.

Il existe des liens à la fois substantiels et procéduraux entre la réglementation sectorielle et la LRC. Les exigences posées par la TKG en matière de transparence financière, d'approbation des tarifs, de contrôle des interconnexions et d'accès, dépendent de la constatation de l'existence d'une position dominante qui est elle-même liée à l'Art. 19 de la LRC. La RegTP et le BKartA doivent parvenir à un accord sur la définition du marché produit et du marché géographique et sur l'existence d'une position dominante. Leurs constatations conjointes sur le marché produit et le marché géographique dans lequel la position dominante a été établie doivent être publiées annuellement (TKG, Art. 26). Le fait d'exiger un accord (en donnant un droit de veto à chaque organisme) garantit que les mêmes critères sont appliqués dans le secteur des télécommunications et dans d'autres marchés, et assure une application cohérente de la TKG et de la LRC dans ce secteur. Le BKartA a également la possibilité de formuler des commentaires dans le cadre des procédures de la RegTP en matière de redevances, d'accès au réseau et d'abus, et la RegTP détient des droits similaires dans le cadre des procédures du BKartA dans le secteur des télécommunications (TKG, Art. 82). La coordination entre les deux est intense, et sans aucun doute facilitée par le fait que les deux organismes sont à Bonn. Le BKartA a été impliqué dans environ 100 affaires ouvertes par la RegTP en 1999-2000.

La Commission des Monopoles a également une responsabilité statutaire dans ce secteur, et doit rendre un rapport tous les deux ans sur la situation de la concurrence, la manière dont l'application de la réglementation a affecté le développement de la concurrence, et la question de savoir si une réglementation tarifaire est encore nécessaire. Comme d'autres rapports de la Commission des Monopoles, ce rapport est consultatif et n'a aucune valeur obligatoire. Le rapport traite de ces questions pour les deux secteurs relevant de la compétence de la RegTP, à savoir les télécommunications et les services postaux. (TKG, Art. 81(3); Loi sur la poste, Art. 44)

Services postaux

Les services postaux ne sont pas formellement exemptés, mais le monopole autorisé par la Loi sur la poste laisse peu de place à l'application de la LRC. Les services express et de messagerie sont libéralisés et donc soumis à la LRC, mais le transport et la livraison de lettres sont toujours un monopole légal. Le droit exclusif de Deutsche Post AG (DP) a été récemment prolongé jusqu'en 2007 (il aurait dû expirer en 2002), comme le permettent les modifications de la directive postale de l'UE. La portée de ce droit exclusif a été réduite, puisque le poids maximum a été réduit à 100 grammes (en 2003) et doit tomber à 50 grammes en 2006. D'autres entreprises pourront être autorisées à opérer dans cette gamme de poids, mais uniquement pour des services de haute qualité comme la livraison garantie le même jour. La Loi sur la poste confère à la RegTP la responsabilité d'approuver les tarifs des services lorsque le prestataire occupe une position dominante ou s'est vu accorder un droit exclusif. D'autres aspects de la Loi sur la poste affectent également les conditions concurrentielles, notamment l'octroi d'autorisations pour contrôler ou encourager l'entrée et les conditions d'accès à l'information sur les changements d'adresse et les boîtes postales, qui pourraient être importantes pour les concurrents potentiels. (BKartA, 2002) DP détient un avantage financier sur les concurrents potentiels, dans la mesure où elle est exonérée de taxes sur le chiffre d'affaire pour les services universels. Cette exonération, manifestement destinée à soutenir des prix abordables, s'applique à toutes ses opérations de "service universel", y compris les revenus générés par ces services sur des marchés concurrentiels (qui représentent plus de 40% des revenus tirés par DP de ses services postaux d'origine, et environ 10% de ses revenus totaux). La Commission Européenne a jugé fautif le recours à des transferts fédéraux et subventions croisées pour soutenir les activités de DP sur des marchés concurrentiels, et ordonné à DP de rembourser la somme de €572M (plus intérêts) au gouvernement fédéral.

Transport de passagers

Les accords entre associations de transporteurs régionaux et locaux de passagers sont exemptés des interdictions prohibant les ententes et recommandations de prix. Cette exception se trouvait à l'époque dans la LRC elle-même. Elle figure dorénavant dans la Loi sur le transport de passagers (Art. 8(3)) et la Loi générale sur les transports ferroviaires (Art. 12(7)). Avant les tout derniers amendements de la LRC, l'exemption s'étendait à tous les modes de transport. L'exemption actuelle, plus étroite, permet aux exploitants de trains et d'autobus de coopérer dans la mesure nécessaire pour créer des services de correspondance et offrir des services sur la base d'un tarif standard "de billet combiné" au sein d'une région. L'exemption ne risque donc pas d'avoir un effet quelconque sur la concurrence en pratique. La concurrence est néanmoins restreinte par la réglementation publique sectorielle des tarifs et conditions de service, qui prévaut sur la LRC. (BKartA, 2002)

Les réformes du secteur ferroviaire témoignent d'une extrême prudence. Il n'existe aucune exemption formelle d'application de la LRC, et, au moment où l'ancien monopole d'Etat est restructuré, certaines occasions d'appliquer la LRC apparaissent. Deutsche Bahn AG (DB) comporte des divisions séparées, dans le cadre d'une structure de holding, pour le service fret, le service passagers et les installations. Sa structure de société privée a succédé à sa structure d'entreprise nationalisée en 1999. Bien que l'intention ait été de séparer les installations des opérations, la séparation de la propriété n'est pas

parvenue à réaliser cette intention. Les différents éléments de la structure de holding de DB ne publient pas encore des comptes séparés. Le manque de transparence a sapé l'effort pour déterminer de manière indépendante les tarifs et conditions d'accès appropriés. L'Autorité fédérale des chemins de fer contrôle l'accès et les horaires pour empêcher toute discrimination (en dépit d'exemptions pour certains accords, le BKartA a le pouvoir également de traiter les abus). Les transports locaux relèvent techniquement de la responsabilité des *Länder*, mais ils sont financés par le gouvernement national et essentiellement fournis par la DB. D'autres prestataires représentent actuellement environ 7% du service passagers, et il est prévu que leur part augmente en vertu d'un nouveau calendrier adopté à la fin de 2002. L'essentiel de ce service concurrentiel est local.

Les prestataires autres que DB jouent un rôle plus significatif dans le service fret, mais l'accès aux voies et des pratiques discriminatoires ont posé des problèmes. Les entrants potentiels se sont plaints des conditions d'accès, et le BKartA a jugé que le système de tarification de DB était discriminatoire et non-transparent. Sa combinaison d'éléments fixes et variables a tendu à favoriser de plus grands prestataires. Les concurrents payant l'accès aux voies ont dû supporter des charges de 25% à 40% supérieures à celles payées par la propre filiale de DB. A la suite de cette constatation du BKartA, DB a introduit une structure de prix non-discriminatoire, qui instaure des tarifs forfaitaires qui varieront en fonction de la qualité des trains et des types de transport. Il reste un potentiel de discrimination dans les conditions d'accès aux autres infrastructures. En 2001, la Commission Européenne a engagé une action contre DB pour refus de location de matériel roulant à un concurrent, dans les mêmes conditions que celles offerts au sein du groupe DB.

La garantie d'un accès non-discriminatoire peut dépendre au minimum de la possibilité de rendre les relations au sein du groupe DB plus transparentes, par une séparation claire des fonctions de management et de comptabilité. Une task-force interministérielle a recommandé en 2001 de prendre ces mesures élémentaires, et de créer une unité spéciale au sein de l'Autorité fédérale des chemins de fer pour traiter de l'accès au réseau. La Commission des Monopoles a suggéré la création d'une structure de société holding pour la filiale réseau, avec la participation de parties prenantes qui sont toutes des prestataires de services et acheteurs de services de transport ferroviaire. Le manque de séparation de la propriété confère actuellement au groupe DB la capacité de décourager de nouveaux entrants.

Eau

La distribution publique d'eau est exemptée de l'application de la LRC (Art. 131(8)). Les amendements de 1999 ont supprimé des exemptions similaires pour d'autres industries de services collectifs. Les raisons invoquées pour l'exemption tiennent à des considérations de santé publique et de lutte contre la pollution. Une grande partie du service est assurée par des entreprises détenues par les municipalités. Les tarifs sont élevés, comparés à d'autres pays de l'UE. Néanmoins, ils pourraient devoir être encore plus élevés pour récupérer tous les coûts et éviter des tarifs de subvention croisée. La concurrence dans le secteur des services est difficile à réaliser, mais il peut y avoir une marge d'amélioration de l'efficacité par un recours accru à des prix de base, l'extension de la couverture géographique d'ouvrages individuels de distribution d'eau, et l'adjudication concurrentielle des marchés de distribution d'eau, sous réserve des règles protégeant les procédures de marchés publics d'approvisionnement.

Agriculture

Les accords impliquant le secteur de l'agriculture sont exclus des interdictions posées par la LRC, pour autant qu'ils ne fixent pas les prix ou n'excluent pas la concurrence (Art.28). Les accords horizontaux sont autorisés entre producteurs, comme le sont les décisions d'associations et de fédérations de producteurs à propos de la production, de la vente, et des coopératives de stockage, de traitement ou de

transformation. Ils doivent être notifiés au BKartA, et pourraient être soumis à des contrôles contre les abus en vertu de l'Art. 12. Les accords verticaux sont autorisés pour les opérations de tri, d'étiquetage et de conditionnement. L'exemption a été accordée pour tenir compte des conditions particulières de la production agricole, notamment le manque de souplesse qui limite la capacité à répondre au marché, et la variabilité qui résulte de la dépendance à l'égard de facteurs comme les conditions météorologiques. Les tout derniers amendements apportés à la LRC ont rapproché davantage cette exemption de l'exemption similaire instituée par le droit communautaire de la concurrence. (BKartA, 2002)

Crédit et assurance

Les accords entre établissements de crédit et compagnies d'assurance concernant des cas particuliers ou la prise en charge commune de risques individuels et la syndication de prêts peuvent être exemptés des interdictions prohibant les ententes et le maintien de prix de revente (Art. 29). D'autres exemptions dont bénéficiait ce secteur ont été éliminées dans les amendements de 1999. L'exemption est limitée à des cas soumis à l'approbation ou à la supervision des autorités de réglementation compétentes du secteur financier (l'Autorité fédérale de supervision des établissements financiers, ou les autorités de supervision de l'assurance des *Länder*). Ces accords sont considérés comme des ententes « sans opposition », de telle sorte qu'ils doivent être enregistrés et sont soumis à un contrôle en matière d'abus.

Caisses du régime obligatoire de sécurité sociale

Les caisses du régime obligatoire de sécurité sociale sont effectivement exemptées depuis que la réforme de 1999 du régime d'assurance maladie a changé la nature de leur personnalité légale. Elles ne sont pas considérées comme des entreprises en droit allemand, et ne sont donc pas soumises à la LRC. En raison de ce statut, leurs contrats avec des prestataires ne sont pas soumis à la LRC, mais sont considérés comme des questions purement sociales. Les litiges à propos de ces accords relèvent de la compétence des tribunaux administratifs et de la sécurité sociale, et ne peuvent pas être considérés comme des problèmes de concurrence en droit allemand. Le BKartA pourrait toujours appliquer certaines dispositions du droit européen de la concurrence, dans la mesure où la caractérisation de leur forme juridique en droit allemand ne prévaudrait pas en droit communautaire. Le BKartA a averti l'autorité centrale des caisses qu'il invoquera le droit de l'UE pour interdire leur projet de révision des barèmes de remboursement des produits pharmaceutiques. (BKartA, 2002; OCDE (Allemagne), 2002)

Sociétés d'encaissement de droits d'auteur

Les sociétés d'encaissement de droits d'auteur et leurs accords et décisions sont exemptés des interdictions fondamentales prohibant les accords horizontaux et verticaux (Art. 30), mais restent soumis au contrôle des abus (en vertu des Art. 19 et 20). Cette exemption, qui date de 1965, permet des actions collectives lorsque les membres individuels n'auraient pas autrement la capacité d'administrer leurs droits de manière efficace. L'organisation des sociétés et leurs actions doivent être déclarées à l'Office allemand des brevets et des marques et sont soumises à sa supervision (et cet Office transmet les notifications au BKartA). (BKartA, 2002)

Télédiffusion d'événements sportifs

La commercialisation conjointe de droits de diffusion TV de compétitions sportives est exemptée de l'interdiction prohibant les accords horizontaux (Art. 31). Le législateur a ajouté cette exemption dans les amendements de 1999 afin de prévenir des poursuites sur ce fondement. La Cour suprême fédérale a jugé que la commercialisation centrale des droits de diffusion de matches de grand intérêt (les matches de l'équipe nationale dans le cadre de la Coupe européenne de football et de la Coupe de l'UEFA) violait l'interdiction posée par l'Art. 1. Certains ont craint que le principe de cette décision, qui s'appliquait aux

événements sportifs les plus populaires, soit étendu à la commercialisation de tous les matches de la ligue de football allemande, et que cela puisse saper le plan d'égalisation financière de la ligue, entre les clubs les plus forts et les clubs les plus faibles, et compromettre la formation des jeunes. (BKartA, 2002) L'exemption au profit des associations, motivée par leur activité de promotion du sport chez les jeunes et les amateurs, bénéficiait d'un soutien politique irrésistible. L'exemption est soumise aux mêmes réserves. Les compétitions et la commercialisation doivent être organisées par des associations sportives conformément à leurs statuts, la promotion du sport chez les jeunes et les amateurs doit figurer parmi les objets des associations, et une part appropriée des produits de la commercialisation doit être allouée à ces objets.

Médias

Une autre exemption liée aux médias s'applique aux domaines réglementés par des traités, y compris les "traités" conclus entre les *Länder* à propos des espaces publicitaires à la télévision et de la distribution des redevances entre les chaînes de TV. La télévision relève de la juridiction du *Land*. Les *Länder* sont responsables de l'attribution des licences pour les opérateurs privés de radio et de TV et de l'affectation des fréquences de diffusion, rôle qui s'explique par leur compétence législative en matière de culture. (BKartA, 2002) Les politiques locales peuvent donc varier. En Bavière, par exemple, la constitution prévoit que la télédiffusion doit être un service public, de telle sorte que la télévision "commerciale" doit fonctionner dans ce cadre public. La concentration des médias et la diversité d'opinions dans le cadre de la télédiffusion nationale privée sont surveillées par la Commission d'Enquête sur la Concentration dans le Secteur des Médias (KEK). La LRC s'applique à la télévision excepté dans la mesure où les "traités" prévoient une exemption.

Publications

Le régime spécial des prix du livre remonte à une date très antérieure à l'introduction d'une loi sur la concurrence. En 1888, les libraires allemands ont exigé que les éditeurs imposent des prix de revente, afin d'atténuer la concurrence du tout nouveau système de vente par correspondance. (OCDE CLP, 1998) La pratique a été d'emblée exemptée de la LRC. Initialement, il s'agissait d'une exemption étendue de la pratique de maintien de prix de revente de produits de marque. Lorsque cette exemption étendue a été abandonnée en 1973, une exemption plus étroite a été retenue pour les publications. L'industrie des librairies de détail craignait encore la concurrence des grandes chaînes de distribution. Le BKartA a étudié les effets sur le marché de l'exemption dans les années 1970, et a découvert que les prix en Allemagne étaient de 2 à 3 fois plus élevés qu'en France pour une catégorie qui faisait l'objet d'un traitement différent dans les différents pays.²⁵ Les arguments avancés pour permettre le maintien de prix de revente de ces produits incluent la promotion de valeurs culturelles, les subventions croisées de produits à faible demande pour encourager l'innovation et la diversité d'opinions, et la préservation de la structure de l'industrie, caractérisée par la répartition de petites et moyennes entreprises dans tout le pays. (OCDE CLP, 1998)

L'exemption instituée par la LRC semble autoriser un régime "raisonnable" de maintien des prix de revente pour les publications. Un éditeur peut imposer des prix de revente, pour la vente au détail comme pour les niveaux intermédiaires de distribution. Le BKartA pourra annuler et interdire le maintien des prix de revente à l'avenir, si le système fonctionne de manière abusive ou s'il est susceptible, en soi ou en liaison avec d'autres restrictions, d'augmenter le prix, d'empêcher la baisse du prix ou de restreindre la production ou la vente (Art. 15). (BKartA, 2002) Une autre réserve a tenté d'articuler l'exception allemande avec l'interdiction de l'UE. Si des accords de prix imposés affectent le commerce avec d'autres membres de l'UE, l'exception ne s'applique que dans la mesure où elle entend empêcher de cirvenir l'accord autorisé en Allemagne.

Une nouvelle loi adoptée en 2002 renforce encore la protection. Désormais, la pratique de prix imposés n'est pas seulement autorisée mais exigée, au moins pour les livres, partitions musicales et cartes routières. L'exemption accordée par la LRC continue de s'appliquer aux journaux et magazines. Cette législation traduit un effort pour rejeter la conclusion de l'UE selon laquelle les accords de maintien de prix de revente pour les publications violent l'Art. 81, en dépit de la réserve instituée dans l'exemption de la LRC pour éviter ce résultat. (Cette réserve a depuis été supprimée). La nouvelle loi allemande sur le maintien de prix de revente pour les livres, entrée en vigueur en octobre 2002, s'applique aux livres, partitions de musique et cartes routières. Les éditeurs et importateurs de ces produits sont désormais obligés de fixer les prix de revente au consommateur de ces produits pendant les 18 mois suivant la publication. La loi présume que cette limitation à 18 mois permettra au revendeur de réduire le prix à la fin de la prochaine saison d'édition.

Sensibilisation à l'impératif de la concurrence et réforme réglementaire

La Commission des Monopoles est devenue la principale source d'étude de la réglementation et de sensibilisation à l'impératif de la concurrence. Son rapport biennal examine généralement des questions spéciales, parallèlement à son étude de base sur la concentration des entreprises et le contrôle des fusions, et publie désormais des rapports périodiques sur l'état de la concurrence dans 2 secteurs réglementés, à savoir les télécommunications et les services postaux. Ses avis occasionnels spéciaux, rendus sur demande du gouvernement fédéral ou de sa propre initiative, peuvent également analyser des problèmes sectoriels ou thématiques de réglementation ou de performance économique. Plusieurs rapports ont attiré l'attention sur les problèmes du système de qualification des maîtres-artisans et des privilèges y afférents. Récemment, la Commission des Monopoles a étudié les différentes expériences d'encouragement de l'accès aux réseaux par des poursuites engagées sur le fondement de la loi sur la concurrence, et est parvenue à la conclusion qu'une approche réglementaire serait préférable.

Le rôle du BKartA en matière de politique de la concurrence et de sensibilisation à l'impératif de la concurrence est limité. Le BKartA est consulté systématiquement sur les projets de loi pouvant affecter l'application de la LRC. Ainsi, il a récemment été consulté sur la législation visant à réformer les télécommunications, l'électricité et le service postal. La consultation est traditionnellement initiée par le Ministère de l'Economie et du Travail, qui a la responsabilité principale des questions de concurrence dans le processus d'élaboration de la législation. Le BKartA peut participer à des commissions parlementaires.

Par le passé, les commentaires politiques du BKartA couvraient un plus vaste éventail. Au début des années 1990, les commentaires du BKartA ont traité des lois sur les médias des *Länder* et de l'accord de télédiffusion inter-états, du recyclage des voitures d'occasion, du conditionnement, des horaires d'ouverture des commerces, de la Loi sur les escomptes et rabais, de la privatisation postale, de la protection des banques de données, des groupements d'achats médicaux, de la politique des télécommunications, de la concurrence privée avec les prestataires de services publics, du recyclage, des réseaux de données, des subventions croisées et de la réforme de l'industrie de l'énergie. (OCDE, 1997) Chacun de ces commentaires a été soumis en relation avec un projet de loi. Depuis lors, le BKartA s'est concentré sur des questions d'infrastructure et son rôle d'application de la loi.

La raison du déclin du rôle joué ces dix dernières années par le BKartA pour la sensibilisation à l'impératif de la concurrence est obscure. Il est possible qu'il n'y ait eu aucun projet de loi concret qui appelle des commentaires du BKartA sur d'autres sujets. Il se peut que les entraves légales et réglementaires à la concurrence et à l'entrée aient été corrigées, laissant moins d'opportunités de réforme. Ou il se peut également que le BKartA ait décidé de faire profil bas pour préserver ses ressources, ainsi que sa crédibilité et finalement son indépendance pour engager des poursuites. Isoler le BKartA du débat général sur la politique de la concurrence semble a priori surprenant. Dans la tradition ordo-libérale, la structure et l'effet des lois qui entravent ou promeuvent le processus concurrentiel revêtent une importance

primordiale, de telle sorte que les autorités responsables de la politique de la concurrence devraient être au centre des débats sur ces questions. Cependant, un autre aspect de cette tradition justifie une division du travail. La conception constitutionnelle du droit de la concurrence exige que l'autorité qui l'applique soit clairement indépendante de la sphère politique. Cette indépendance pourrait faire de cette autorité un avocat plus efficace de la cause de la concurrence. Une forte éthique d'impartialité peut conférer aux commentateurs d'une autorité indépendante un poids et une autorité considérables. Mais ce capital constitue une ressource précieuse, et il pourrait être risqué de le dépenser sans compter dans des débats politiques contentieux, sous peine de saper la crédibilité des poursuites engagées en application de la loi.

Conclusions et options politiques

La loi allemande sur la concurrence représente un héritage important. La LRC a été adoptée après un long débat public — qui s'appuyait sur un débat tout aussi étendu et l'expérience de la génération précédente — en vue de constituer les fondements de l'économie politique réformée d'après-guerre. La conception ordo-libérale intégrait l'entreprise privée et la responsabilité publique dans l'économie sociale de marché. Intégrées dans l'ordre politique et économique, la loi et les institutions de la concurrence ont pu honnêtement tirer un certain crédit du succès qui s'en est suivi. Mais, au fil du temps, les idées motivantes sont devenues diffuses. Le réglage législatif des règles, et le caractère d'intérêt spécial de certains de ces changements, divergent de la conception originelle du droit de la concurrence, conçu comme une affaire de principes constitutionnels. Le respect de la tradition pourrait devenir un geste cérémonial, au moment où la fierté inspirée par le succès de la LRC et du BKartA dans leur sphère définie, obscurcit les faiblesses d'application des principes de la politique de la concurrence, envisagés dans un sens plus large.

La structure institutionnelle d'après-guerre a effectivement enregistré des succès notables dans cette sphère définie. La loi substantielle de base, bien équilibrée, s'appuie désormais sur près de 50 années de précédents et d'expérience. Ses règles de base sur les ententes horizontales envoient un message clair sur l'importance de la concurrence, tout en permettant une coopération efficace. Ses méthodes tendent au formalisme légal, ce qui est inévitable dans le contexte de la pratique administrative allemande, mais ses classifications sont cohérentes avec les objectifs de politique économique, tandis que ses présomptions tacites rendent l'application plus efficace. La LRC a été testée et a fait ses preuves pour contrôler les conduites anticoncurrentielles privées. Néanmoins, elle n'est guère adaptée pour être un véhicule d'application des principes de la politique de la concurrence, dans des cadres réglementaires.

La principale autorité d'application de la loi sur la concurrence, le BKartA, est universellement respectée. Dès l'origine, le BKartA a eu un sens aigu de sa mission, motivé par la conviction que la loi qu'il applique “symbolise le principe même de l'ordre économique allemand.” (Sturm, 1996, p. 185) La confiance dans sa culture organisationnelle stable a peut-être été légèrement ébranlée par son déménagement récent, qui a conduit à une rotation exceptionnellement importante de personnel. Le déménagement a également réduit l'effectif de personnel du BKartA à son plus bas niveau depuis des années. Il est possible que le BKartA puisse en faire plus avec moins de ressources, car son mode opératoire est extrêmement efficace. Maintenir cette efficacité dépend de la capacité à conserver l'*esprit* traditionnel dans le nouveau site de Bonn et à l'instiller à un grand nombre de nouveaux collaborateurs. Les poursuites engagées pour lutter contre le problème hautement prioritaire de la fixation des prix dans le cadre d'ententes horizontales, ont abouti au prononcé d'amendes assez lourdes — atteignant actuellement €660M dans une seule affaire — pour que son nouveau programme de clémence fonctionne. L'accent accru mis par le BKartA sur des questions de distribution, notamment la vente à perte et la dépendance économique, représente néanmoins un tournant vers la protection du marché.

La protection des relations et structures de marché constitue un objectif important de la politique de la concurrence allemande. Cette conception procédurale et cette attention portée aux préoccupations des petites entreprises pourraient être compatibles avec le lien ordo-libéral entre les institutions politiques et

économiques. Mais cette approche doit être testée à l'aune des normes économiques de performance du marché et d'encouragement de l'innovation, afin de garantir que la préservation des relations et la protection des procédures n'équivalent pas à maintenir le status quo et à empêcher la concurrence même. La tendance et le risque transparissent de plusieurs lois et réglementations, notamment les règles sur la concurrence déloyale qui découragent la pratique d'escomptes, et font peu confiance à la capacité des consommateurs à défendre leurs propres intérêts sur le marché.

Intégrer la concurrence dans la réglementation est une tâche très ardue, car l'approche légale de la culture et des méthodes d'application de la loi n'est pas bien adaptée aux problèmes réglementaires. Le BKartA fonde habituellement ses décisions d'application de la loi sur des critères économiques. Pour l'application de la LRC, le rôle de l'économie est d'analyser les preuves et le contexte, notamment en définissant les marchés, plutôt que de fournir une justification des résultats. La déconnexion entre la conception quelque peu formaliste de la loi sur la concurrence et le thème de la politique de la concurrence, qui repose sur un moteur plus économique, est partiellement responsable de la lenteur du rythme de réforme dans les services infrastructurels à tradition monopolistique. Après 3 ans d'expérience de l'encouragement de la concurrence dans le secteur de l'électricité et du gaz, au moyen d'une coordination industrielle auto-dirigée, uniquement soumise au contrôle antitrust, l'Allemagne se tourne désormais vers une solution réglementaire. Il est certain que l'expérience démontre les vertus d'une approche progressive de la réforme : lorsque l'expérimentation chavire, la voie est déblayée pour d'autres mesures.

Le BKartA est également mal à l'aise lorsque d'aucuns suggèrent que ses décisions devraient se fonder sur d'autres politiques que celle de la concurrence. La LRC assigne cette responsabilité au Ministre, et le BKartA estime que le Ministre devrait conserver cette responsabilité, au motif que le partage des responsabilités le protège de toute pression qui le contraindrait à prendre des décisions non-transparentes fondées sur des motivations politiques. Limiter son attention aux dispositions de la LRC est également parfaitement cohérent avec la conception du BKartA, à savoir un organisme expert chargé d'appliquer la loi de manière dépassionnée. Son prestige dans ce rôle impose le respect, y compris aux hommes politiques qui expriment publiquement leur désaccord avec lui.

Etant donné que le BKartA se limite à appliquer la LRC, le rôle de promouvoir la politique de la concurrence dans un contexte plus large est laissé à la Commission des Monopoles et au Ministère. La division du travail et la spécialisation des fonctions sont compréhensibles. Mais la Commission des Monopoles, bien qu'elle soit au moins aussi formellement indépendante que le BKartA, ne parle pas avec la même autorité et la même crédibilité. La capacité du Ministère à prôner la réforme de la politique de la concurrence est compromise par son rôle d'annulation des poursuites engagées en vertu du droit de la concurrence, afin de promouvoir d'autres politiques. La récente action dans l'opération de fusion au sein de l'industrie du gaz et de l'électricité a sonné la retraite de la réforme. La notoriété de cette affaire peut avoir développé la prise de conscience des questions de concurrence en jeu, mais le résultat démontre que le gouvernement accorde une priorité assez faible aux considérations de concurrence, y compris dans des secteurs qui font l'objet d'une réforme et d'une restructuration dans l'objectif évident d'améliorer la concurrence. La contradiction sape inévitablement la clarté du message, mais cette conséquence préjudiciable pourrait porter ses propres limites en elle-même. En effet, le Ministère pourra hésiter à répéter très souvent cette intervention "unique en dix ans". En effet, les recours au Ministère ont été rares mais il a eu à connaître de deux fusions majeures au cours de 2002. Ce n'était pas un processus de routine. Si les parties déçues y ont recours trop souvent, il peut être nécessaire de mettre au point des normes plus strictes pour décourager ce qui peut apparaître comme une tentative pour circonvenir le jugement du BKartA.

Les questions réglementaires ne sont pas directement impliquées dans les problèmes les plus intéressants de droit de la concurrence qui se posent actuellement en Allemagne, à savoir les défis liés au traitement des réformes du droit de la concurrence de l'UE et de son application. En effet, le droit de la

concurrence de l'UE n'est pas seulement devenu beaucoup plus important qu'il ne l'était voici 20 ans, mais le reste de l'Europe tend également à adopter le modèle et l'approche de fond de l'UE. Le BKartA, dans la mesure où il propose un système différent, pourrait devenir une anomalie en Europe. L'adaptation allemande au modèle de l'UE est compliquée par sa propre structure fédérale. Le BKartA peut appliquer à la fois la loi allemande et la loi de l'UE (en fonction de la satisfaction des exigences juridictionnelles requises), mais les offices des *Länder* ne peuvent appliquer que la LRC. Un processus étendu d'expérimentation et de co-évolution est probable, tant en ce qui concerne le droit substantiel que les procédures. La loi allemande a déjà évolué vers la pratique commune de l'UE en ajoutant une interdiction prohibant l'abus de position dominante et des critères d'exemption comme ceux de l'Art. 81(3). Par ailleurs, les développements observés au sein de l'UE peuvent être considérés comme un abandon de ce qui ressemblait à une autorisation donnée à l'administration d'exercer une faculté discrétionnaire d'appréciation. Mais d'importantes différences techniques et conceptuelles restent à combler. Les critères d'exemption automatique sont fondamentalement en désaccord avec la jurisprudence allemande et son approche administrative, qui exige toujours que toutes les ententes soient notifiées, même si la plupart sont d'emblée autorisées au motif qu'elles entrent dans la catégorie « sans opposition ». Cette différence pourrait être importante, même si les résultats sont susceptibles d'être pratiquement identiques —et ces résultats ne divergeraient probablement pas beaucoup, car les critères qui définissent une entente “sans opposition” ressemblent à ceux qui la qualifieraient pour une exemption en vertu de l'Art. 81(3), tandis que les ententes autorisées soulèveraient souvent suffisamment d'objections pour ne pas se qualifier.

Options politiques à considérer

- Donner le choix aux consommateurs en encourageant l'entrée et la concurrence dans l'artisanat et les professions libérales

Les coûts élevés de qualification et les limitations restreignant l'offre de services augmentent le coût d'entrée et inhibent l'innovation. En outre, ils sapent les objectifs de la politique allemande de la concurrence, en réduisant les opportunités offertes aux producteurs et en refusant aux consommateurs le choix entre différentes combinaisons de prix et de qualité de produit. Dans certains de ces domaines — mais non pas dans tous — il est bien certain que des asymétries de l'information motivent le maintien de normes, spécialement pour protéger les consommateurs non éclairés ou vulnérables. Mais l'expérience d'autres pays démontre qu'une réglementation moins intrusive peut maintenir une protection suffisante, tout en améliorant les résultats produits sur le marché. Le projet ministériel de nouvelle Loi réglementant le secteur de l'artisanat, actuellement à l'étude, devrait répondre à certaines critiques encourues par le système actuel, en limitant la qualification de maître-artisan aux seuls services susceptibles de mettre en danger la santé et la vie, et en permettant aux professionnels ayant une expérience suffisante d'offrir des services dans les autres domaines.²⁶

- Réformer les règles protectionnistes de commercialisation, pour une économie moderne caractérisée par des consommateurs éclairés.

Certaines réglementations ont protégé les producteurs et détaillants concernés contre les innovations en matière de commercialisation, en faisant trop peu confiance dans la capacité des consommateurs à se protéger. Certaines de ces contraintes changent déjà ainsi deux des plus restrictives lois du passé ont été abrogées en 2001. La tendance va donc dans le bon sens, mais le rythme de changement est lent. Le changement des heures d'ouverture des magasins n'a pas révolutionné les modes de vie familiaux usuels ; les gens continuent de faire leurs achats essentiellement pendant les heures habituelles. Les craintes que le changement ait pour effet de déchirer le tissu social étaient donc infondées. Il est probable que la levée des restrictions en matière d'escomptes et de soldes, promise dans le cadre de la prochaine réforme de la loi sur la concurrence déloyale, provoquera une réaction tout aussi sourde. Cette réforme devrait aller plus loin, et éliminer l'interdiction formaliste des ventes au-dessous « du prix

coûtant », en l'absence de tout risque de prédation ou de monopole. Cette interdiction, qui tend probablement à soutenir des niveaux de prix élevés dans toute la chaîne de distribution, ignore la réalité du merchandising moderne en exigeant que les offres faites sur le marché soient décomposées en "choses" individuelles. Les consommateurs qui répondent aux offres discount et se fournissent dans la grande distribution pourront découvrir qu'ils préfèrent le magasin du coin. Ou ils pourront au contraire continuer à se fournir dans la grande distribution, parce qu'ils seront parvenus à la conclusion que cette alternative les satisfait davantage.

- En finir avec le régime spécial anormal de l'industrie de l'édition

Le fait d'imposer une conduite qui serait interdite *en soi* dans n'importe quel autre secteur de l'économie est difficile à justifier. Il est certain que ce secteur présente des caractéristiques inhabituelles, y compris des coûts marginaux très faibles et des perspectives de succès éminemment variables. La plupart des produits sont des "perdants", et un petit nombre sont de grands "gagnants", et il est difficile de dire à l'avance lesquels seront l'un ou l'autre. Il est inévitable de mettre en œuvre certains moyens pour répartir les risques et partager la manne. Mais le faire au moyen d'une exemption explicite sape la cohérence du droit de la concurrence. Plus important encore, il est inutile, car les objectifs poursuivis, y compris soutenir l'expérimentation et la diversité d'opinions, peuvent être réalisés par des moyens moins perturbateurs. Dans les anciens systèmes de distribution, ces moyens pouvaient prendre la forme de ventes en consignation ou de politiques de retour généreuses, faisant peser le risque sur l'éditeur. Dans les environnements de la distribution moderne, ils peuvent prendre la forme d'une gestion sophistiquée des stocks, d'une livraison en 24 heures et de la production à la demande des produits qui se vendent difficilement. Dans chaque configuration, un prix de revente recommandé, qui pourrait être autorisé en vertu de la LRC, réaliserait probablement tous les objectifs légitimes de l'exemption complète. Dans des marchés linguistiques étroits, telle la Suède, l'expérience a démontré que le fait de permettre la concurrence en matière de prix de détail ne réduit pas nécessairement le choix des consommateurs, bien qu'il puisse conduire à différents systèmes de distribution.

- Réassigner les litiges sur les conditions d'accès au réseau à la compétence d'une seule autorité de régulation.

Reconnaissant les difficultés déjà rencontrées pour tenter de promouvoir la réforme par l'application du droit des ententes, le gouvernement a annoncé son intention de transférer cette fonction à une autorité de régulation en 2004. Les modalités détaillées restent à élaborer. L'une de ces modalités importantes est la forme institutionnelle et la localisation, et notamment la question de savoir si cette autorité sera connectée au BKartA ou bâtie sur le modèle de l'actuelle autorité de régulation des télécommunications.

- Rehausser le rôle de la sensibilisation à l'impératif de la concurrence et de l'analyse de la politique

Ce rôle a été laissé à la Commission des Monopoles à l'exception de ce qui concerne directement l'application de la législation de la Concurrence. Cet organe détient l'expertise technique, la stature professionnelle et l'indépendance politique requises. Mais il ne dispose pas de grandes ressources. Il gaspille certaines de ses ressources pour satisfaire à l'obligation statutaire de produire des rapports dénués de sens sur la concentration de l'industrie. Les résultats ne sont pas utiles pour les besoins de l'exécution de la loi et sont dénués d'intérêt pour la politique de la concurrence. Cette fonction est une relique de l'époque où le contrôle des fusions a été ajouté à la loi dans la volonté politique de combattre les formes monopolistiques du capitalisme. Supprimer l'obligation d'établir ces rapports dégagerait du temps et des ressources pour traiter des problèmes modernes. En outre, le BKartA devrait reconsidérer son niveau actuellement limité d'engagement dans l'analyse de la politique et la sensibilisation à l'impératif de la concurrence, sans se limiter au contenu et à l'application de la LRC elle-même. Bien que la Commission

des Monopoles soit désormais une institution solidement établie, son rôle purement consultatif pourrait faire plus facilement ignorer son avis. Il est certain que l'implication dans des controverses politiques pourrait épuiser le capital politique de l'autorité d'exécution et l'exposer à certains risques. Ces coûts potentiels plaident en faveur d'un choix judicieux d'opportunités permettant au BKartA de jouer un rôle de sensibilisation à l'impératif de la concurrence ; il pourrait, par exemple, se concentrer sur des questions impliquant une conduite qui, n'était-ce le système réglementaire ou le projet en cause, serait couverte par la LRC. On devrait envisager des autorisations formelles plus claires si cela pouvait favoriser un rôle plus large de sensibilisation à la Concurrence pour le BKartA.

- Envisager d'étoffer les ressources de personnel du BKartA

L'effectif de personnel du BKartA est revenu à peu près au même niveau qu'il y a dix ans, les effectifs supplémentaires récents étant uniquement imputables à ses nouvelles responsabilités en matière de contentieux des marchés publics. Les différences de compétence, de pouvoirs et de procédés rendent imparfaite toute comparaison avec d'autres autorités de la concurrence. Même sous cette réserve, le BKartA apparaît étonnamment petit comparé à ses homologues de nombreux autres pays — il n'est pas plus grand que l'équipe de l'OFT du Royaume-Uni, et largement plus petit que son homologue en France, au Canada, et aux Pays-Bas — et l'addition des offices des *Länder* ne permet pas de rattraper intégralement la différence de taille. Son professionnalisme et son expérience expliquent peut-être que le BKartA en fasse plus avec moins de ressources. Le BKartA sera soulagé d'une certaine pression lorsque les affaires relatives à l'énergie électrique seront transférées à une autorité de régulation de réseau. Mais l'augmentation probable du volume d'activité au moment où la modernisation du droit communautaire sera mise en oeuvre exigera vraisemblablement des effectifs de personnel supplémentaires.

- Améliorer les outils pour traiter les relations et décisions dans le domaine des industries de réseau

Les efforts déployés pour appliquer la LRC aux conditions d'accès à une industrie de réseau se sont heurtés à quelques problèmes potentiels, en ce qui concerne les méthodes de collecte d'informations et les règles de traitement des relations verticales. L'urgence de résoudre ces problèmes dépend de la rapidité avec laquelle ces affaires seront transférées à une autorité de régulation de réseau. En attendant ce transfert, ces affaires peuvent exiger une certaine attention. Les problèmes de collecte d'informations découlaient principalement de controverses à propos du type d'informations pertinentes. A présent que la Cour d'Appel a décidé que l'application de la LRC peut se fonder aussi bien sur les coûts que sur des prix comparatifs, cette objection ne peut plus être soulevée pour s'opposer à des demandes d'informations, ou en tout cas plus aussi largement. Il est probable que des controverses surgiront encore à propos des modalités détaillées de ces demandes d'informations. La solution qui consisterait à aggraver les sanctions pour non-respect de demandes d'informations ou à changer la procédure d'obtention des informations ne serait probablement ni nécessaire ni faisable. Le niveau de sanction n'est pas pertinent, car les tribunaux n'infligent pas ces sanctions en fait. Un système exposant une partie à des sanctions sans audience judiciaire préalable serait d'ailleurs inacceptable. L'obtention d'informations semble être un problème croissant pour les autorités allemandes. La RegTP a eu des difficultés à obtenir des données sur les coûts de base de la part de la DT. Le BKartA ne s'est pas plaint que ses outils d'investigation soient inappropriés. Il pourrait estimer nécessaire d'employer des méthodes plus coercitives, à mesure que sa pratique s'étend à un plus grand nombre d'entreprises étrangères qui n'ont pas une tradition de coopération avec le BKartA.

NOTES

1. Leurs critiques précoces des accords corporatistes en vertu de la constitution de Weimar, et leur plaidoyer pour un état fort qui serait indépendant des groupes d'intérêts économiques, peuvent également avoir préparé le terrain à l'alternative autoritaire qui est apparue après 1933.
2. L'acronyme allemand est "GWB."
3. Voir <http://www.bundeskartellamt.de/tasks.html>.
4. Toutes les citations de numéros d'articles visent la LRC, sauf mention contraire.
5. Cette réserve figure dans le chapitre traitant de la position dominante, bien que son application ne semble pas dépendre du point de savoir si les entreprises détiennent ou non une position dominante.
6. Dans certaines circonstances spéciales, le BKARTA peut ordonner l'exécution immédiate même pendant l'appel, mais cette exécution provisoire est rarement prononcée, et le tribunal conserve le pouvoir de suspendre l'injonction elle-même (Art. 65).
7. Le texte de la loi n'établit pas clairement que l'amélioration doit avoir lieu sur un marché différent ; le BKARTA l'interprète de cette manière, afin d'éviter une contradiction conceptuelle dans l'identification du dommage causé à la concurrence.
8. Lorsque le contrôle des fusions a été ajouté à la LRC en 1973, l'une des caractéristiques de ce contrôle était la présomption que les fusions de grandes entreprises étaient anticoncurrentielles. (La présomption s'appliquait si le chiffre d'affaires combiné des entreprises était supérieur à DM 12M, et à DM 1M pour 2 participants au moins). La présomption pouvait être renversée, et l'était généralement. Elle a été supprimée par les amendements de 1999. (OCDE CLP, 2002)
9. Ou du refus d'autorisation, ce qui revient au même.
10. En cas d'appel de la décision d'interdiction devant les tribunaux, les parties ont un mois après que l'interdiction soit devenue définitive pour former un recours auprès du Ministre.
11. La situation de l'industrie et les étapes du contentieux sont décrites plus en détail dans le chapitre de cette étude traitant des marchés de l'électricité et du gaz.
12. Les affaires se situant à des seuils inférieurs à la compétence de la législation fédérale peuvent être régies par les différentes lois et procédures budgétaires des *Länder* individuels.
13. L'acronyme allemand est "UWG."
14. Ces procès dirigés par des parties privées comportent des risques. Si le défendeur gagne, le demandeur doit non seulement payer les frais du défendeur, mais doit également indemniser le défendeur au titre du préjudice subi du fait de la restriction à la concurrence dans l'intérim. Ce risque pour les demandeurs pourrait être compensé si les défendeurs se voyaient finalement infliger une sanction proportionnelle, par exemple la privation des bénéfices illicites générés par leur violation. Le gouvernement soutient l'idée de punir les pratiques déloyales par la privation des bénéfices illicites. L'égalisation de l'exposition au risque pourrait au moins égaliser la balance en termes de pressions incitant à un règlement transactionnel.
15. D'autres sections du personnel traitent de l'assistance contentieuse, des questions juridiques, du droit européen et international, et de la politique.
16. La même exigence s'applique aux demandes d'autorisation ministérielle.

17. Ce type de spécialisation est évidemment la norme : la Cour Suprême Fédérale a 8 chambres spéciales, outre ses 12 chambres civiles et ses 5 chambres pénales (Section ABA de la Loi Antitrust, 2001)
18. L'Art. 823 para. 2 du Code civil allemand oblige quiconque viole la loi à réparer le dommage en résultant. Cette « loi » peut également inclure l'Art. 81 du Traité sur l'UE. L'Art. 1004 du Code civil allemand exige des parties qu'elles cessent d'enfreindre la loi et autorise ainsi des actions privées sollicitant le prononcé d'injonctions à cet effet.
19. Le FCO a tenté de traiter directement des actions d'autorités gouvernementales. En 1997, le FCO a interdit au Land de Berlin de limiter la concurrence en matière de marchés de construction de routes (en acceptant uniquement des offres d'entreprises qui paieraient des salaires aux tarifs syndicaux locaux). Alors que cette décision était en appel, le *Land* a adopté une loi sur les marchés publics qui incorporait la même préférence. La Cour Suprême Fédérale a rejeté cette loi, mais pour des motifs de constitutionnalité, et non pas pour des raisons de politique de la concurrence. (OCDE (Allemagne) 2001)
20. Notification no. 57/80, 8 Juillet 1980.
21. Etant donné que le personnel de cette autorité se spécialiserait inévitablement par secteur, la Commission recommande une rotation périodique du personnel, ici encore pour éviter une familiarité excessive. L'approche *ex ante* d'une autorité de régulation sectorielle entrerait probablement en conflit avec la perspective d'application de la loi *ex post* que le FCO a élaborée pour l'application de la LRC ; la Commission propose donc que l'autorité de régulation unique qu'elle recommande soit une institution séparée plutôt qu'une entité formant partie du FCO. (Mission interview 2002)
22. Les questions de concurrence dans les secteurs de l'électricité et du gaz sont discutées plus en détail au Chapitre 5 de cette étude.
23. Articles 103, 103(a), et 105 (ancienne loi).
24. Les questions de concurrence dans le secteur des télécommunications sont discutées plus en détail au Chapitre 6 de cette étude.
25. L'étude a comparé les prix des guides touristiques et cartes routières.
26. Voir <http://www.bmwi.de/textonly/Homepage/Politikfelder/Branchenfokus/Handwerk/handwerk.jsp#hwo>.

BIBLIOGRAPHIE

- ABA Section of Antitrust Law (2001), "Germany," *Competition Laws Outside the United States*, H. S. Harris, ed., Chicago.
- BKartA (2002), Communication to OECD Secretariat.
- Gerber, David J. (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford.
- Government of Germany (2002), Communication to OECD Secretariat.
- Government of Germany, Monopolies Commission (2001), *Problems Consequent upon the Reform of the European Cartel Procedure*.
- Hardach, Karl (1980), *The Political Economy of Germany in the Twentieth Century*, Berkeley.
- Januszewski, S. I., J. Köke and J. K. Winter (2001) "Product Market Competition, Corporate Governance and Firm Performance: An empirical analysis for Germany", Working Paper, MIT, Centre for European Economic Research, Mannheim and University of Mannheim
- Morgan, Eleanor J. (2000), "Subsidiarity and the Division of Jurisdiction in EU Merger Control," *Antitrust Bulletin*, vol. 45, no. 1, p. 153.
- OECD (1997), *Politiques de la concurrence dans les Pays de l'OCDE 1993-1994*, Paris.
- OECD (1997a), *Politiques de la concurrence dans les Pays de l'OCDE 1994-1995*, Paris.
- OECD (1999), *Rapport annuel sur les développements du droit et de la politique de la concurrence en Allemagne, (1996-1997)*, Paris.
- OECD (2001), *Rapport annuel sur les développements du droit et de la politique de la concurrence en Allemagne (1999-2000)*, Paris.
- OECD (2002), *Allemagne, Rapport annuel au Comité de la Concurrence (2000-2001)*, Paris.
- OECD CLP (1996), *Table Ronde sur l'abus de position dominante et la monopolisation, Note de l'Allemagne*, Paris.
- OECD CLP (1998), *Table Ronde sur les prix imposés, Note de l'Allemagne*, Paris.
- OECD CLP (2000), *Table Ronde sur la concurrence dans les services professionnels, Note de l'Allemagne*, Paris.
- OECD COMP (2002), *Table Ronde sur les fusions conglomerales ayant des effets de portefeuille, Note de l'Allemagne*, Paris.
- Sturm, Roland (1996), "The German Cartel Office in a Hostile Environment," in *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, G. B. Doern and S. Wilks, eds., Oxford.