

LES AUTORITÉS ALLEMANDES DE SURVEILLANCE ET DE RÉGULATION, GARDIENNES DE LA CONCURRENCE*

Hans LÜHMANN

Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université Humboldt (Berlin)

LA MUTATION DES AUTORITÉS ALLEMANDES DE CONCURRENCE

Une présentation actualisée des autorités allemandes de concurrence se heurte au problème des transformations accomplies et des réformes encore en cours. Ces dix dernières années, le droit de la concurrence en Allemagne s'est enrichi, suite à l'introduction de règles spéciales, applicables à certains secteurs économiques. La réforme dite de la « sectorialisation »¹, largement commentée et critiquée pour les remodelages et les nouvelles dispositions qu'elle a introduits, a provoqué d'importants changements dans le système allemand des autorités de concurrence, que nous présenterons plus en détail. Ainsi, il faut noter une inflation du nombre d'autorités, à qui sont attribuées, pour une concurrence efficiente et productive, des fonctions administratives particulières. Alors qu'auparavant, la loi sur les entraves à la concurrence² se référait surtout aux autorités de lutte contre les cartels ou, plus largement, aux autorités de surveillance de la banque, de l'assurance et des valeurs mobilières³, l'ensemble s'est dorénavant élargi à diverses autorités présentes en Allemagne. Une attention particulière doit être accordée aux autorités de concurrence en

* Cet article traite des projets en matière d'autorités de concurrence inclus dans les projets de lois déposés avant le 30 juin 2004.

1. Voir Klau (S.), *GWB, Kommentar zum Kartellgesetz*, Munich, Immenga, Mestmäcker, 2001 (3^{ème} éd.), p. 1612 ; Emmerich (V.), *Kartellrecht*, Munich, 2001 (9^{ème} éd.), p. 322 et s. ; Bunte (H.-J.), *Kartellrecht mit neuem Vergaberecht*, Munich, 2003, p. 358, où l'auteur voit « l'unité de l'ordre de la concurrence » menacée.

2. § 48 et s. de la loi sur les entraves à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, dite *GWB*) dans la version publiée le 26 août 1998, *Bundesgesetzblatt (BGBl.) I*, 1998, p. 2546 (*GWB*).

3. En 2002, trois services différents ont été réunis dans l'Établissement fédéral de contrôle des services financiers (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*). Voir la loi portant création de cet établissement, dite *FinDAG*, 22 avril 2002, *BGBl. I* 2002, p. 1310.

matière de télécommunications ⁴, de poste ⁵, de chemins de fer ⁶ ou de radiodiffusion ⁷. Elles sont le résultat d'évolutions sur de nouveaux marchés, qui se caractérisaient jusqu'alors par la présence de monopoles publics et qui, avec la disparition des monopoles, ne peuvent se stabiliser seuls. Une concurrence efficiente dans ces secteurs économiques requiert la transformation des règles fondant le droit général de la concurrence, ainsi que l'instauration d'autorités spéciales de la concurrence.

Outre la construction de ce système d'autorités, on observe à l'heure actuelle dans les droits allemand et européen de la concurrence une série d'évolutions qui devraient influencer l'organisation des institutions garantes du droit de la concurrence. Les discussions en cours en Allemagne ainsi que les projets législatifs touchant aux autorités de concurrence empruntent plusieurs directions :

— d'une manière générale, le droit matériel régissant les autorités fédérales de cartel doit être révisé. Le projet de septième loi modifiant la loi sur les entraves à la concurrence ne prévoit certes pas de modifier la forme juridique ou la structure de ces autorités, mais par exemple d'organiser la coopération des autorités de cartel avec les autorités de concurrence européennes ⁸ ;

— les modifications du droit de la concurrence au niveau européen ⁹, voire au niveau international ¹⁰, n'ont pas manqué de causer des contrecoups douloureux au système des autorités de concurrence en Allemagne ;

— des réformes introduisant des autorités spécifiques à un secteur économique sont à l'étude ¹¹ ;

4. § 66 et s. de la loi sur les télécommunications (*Telekommunikationsgesetz*, dite *TKG*) du 25 juillet 1996, *BGBI.* I, p. 1120 (*TKG*).

5. § 44 et s. de la loi sur la poste (*Postgesetz*, dite *PostG*) du 22 décembre 1997, *BGBI.* I, p. 3294 (*PostG*).

6. § 5 et s. de la loi générale sur les chemins de fer (*Allgemeines Eisenbahngesetz*, dite *AEG*) du 27 décembre 1993, *BGBI.* I, 1993 (*AEG*).

7. Le 1^{er} janvier 1997 a été créée une Commission d'enquête sur la concentration des télévisions privées (§ 25 et s. du traité sur la radiodiffusion).

8. Le 28 mai 2004 a été déposé un projet de septième loi modifiant la loi sur les entraves à la concurrence (*Bundesrat Drucksache*, *BR-Drs.* 441/04), qui comporte en particulier des règles sur la coopération des autorités de cartel avec leurs homologues au niveau européen et avec les autorités nationales de régulation (proposition de § 50 de la loi sur les entraves à la concurrence) et sur l'exécution du droit européen (proposition de § 50a à § 50c). La voie serait également ouverte pour une coopération entre les tribunaux allemands et la Commission via l'Office fédéral des cartels (proposition de § 90a). Le projet de 7^{ème} loi modifiant la loi sur les entraves à la concurrence a été voté par le Bundestag le 21 mars 2005 (*BT-Drs.* 15/3640).

9. La pression en faveur de réformes est nette, soit pour certaines autorités particulières (voir par exemple pour le *Bundeskartellamt* (Office fédéral des cartels), Jochum (H.), *Verwaltungsarchiv*, 2003, p. 512 et s.), soit suite à des modifications juridiques au niveau européen — par exemple l'application décentralisée du droit communautaire des cartels par les autorités nationales (voir par exemple Weibrecht (A.), *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW), 2003, p. 1 ; Schmidt (K.), *Betriebsberater* (BB), 2003, p. 1237 et s. ; Rosenthal (M.), *EuZW*, 2004, p. 327 et s.).

10. Böge (U.) (Président de l'Office fédéral des cartels), *EuZW*, 2001, p. 1 ; von Meibom (W.), Geiger (A.), *EuZW* 2002, p. 261 et s.

11. Par exemple, dans le secteur du gaz et de l'électricité, les autorités de régulation des postes et télécommunications devraient être utilisées comme autorités de régulation pour les marchés allemands du gaz et de l'électricité. Voir Christian (T.), *Infrastruktur Recht* (IR) 2004, p. 123 et s. Sur les évolutions actuelles de la régulation du marché énergétique, voir aussi *BT-Drs.* 15/3917 de même que Külper-Sörries (K.), *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, p. 296 et s. Dans le domaine des télécommunications, un « passage longuement mûri vers le droit de la concurrence » est explicitement prévu (*Bundestagdrucksache* (*BT-Drs.*) 15/2316, p. 1), ce qui nécessite toutefois une loi modifiant la loi sur les télécommunications. Voir Picot (A.) (dir.), *Das Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand*, Berlin u. a., 2003. Cette loi modificatrice est incluse dans le projet de loi du 9 janvier 2004 (*BT-Drs.* 15/2316) et a également été validée par la commission d'enquête le 5 mai 2004, après quelques modifications sur le statut de cette autorité (*BR-Drs.* 379/04).

— les propositions de création d'un Office européen des cartels, qui n'ont jamais réuni de majorité en Allemagne, ne peuvent qu'avoir des conséquences sur les pouvoirs et les structures des autorités allemandes de concurrence ¹².

La présente contribution propose un instantané de science administrative du système allemand des autorités de concurrence, déjà en évolution. Nous en présenterons les caractéristiques essentielles, les composantes, les formes juridiques et la structure interne au regard d'ordres de grandeur statistiques, comme le personnel ou le budget, tout en développant quelques exemples choisis. Mais il faut au préalable dresser un rapide aperçu des réflexions aussi bien de la science juridique que de la science administrative sur le système des autorités de concurrence en Allemagne.

PERSPECTIVES SCIENTIFIQUES

En Allemagne, le concept d'administration de la concurrence est absent des débats scientifiques et parlementaires sur le droit de la concurrence, et le concept d'autorité de concurrence occupe rarement le devant de la scène. Cela tient en partie à ce que d'autres termes usuels sont disponibles, tels que « autorités économiques », « autorités de cartel », « de surveillance » et désormais aussi « de régulation », termes qui désignent avec plus de précision les acteurs, gardiens administratifs du droit de la concurrence. Les traditions historiques ont également une grande importance. En Allemagne, les autorités de concurrence sont surtout l'émanation des autorités de police et de maintien de l'ordre. C'est pourquoi la frontière est parfois difficile à tracer avec les autres autorités de maintien de l'ordre ou de surveillance.

Les fonctions de gardien du droit de la concurrence sont aussi prises en charge par les autorités de surveillance. Par conséquent, les recherches de science juridique et administrative sur les autorités de concurrence ne se limitent pas au droit des cartels (loi sur les entraves à la concurrence) en tant que droit général de la concurrence. Le système des autorités de concurrence en Allemagne n'est épuisé que lorsqu'on y inclut aussi les mécanismes juridiques spéciaux du droit de la surveillance publique ¹³, du droit de la régulation ¹⁴, du droit administratif économique ¹⁵ ou, plus récemment, du droit administratif de la régulation ¹⁶. Les débats scientifiques sur les autorités de concurrence ont connu un nouvel élan avec la privatisation de missions publiques, particulièrement dans des secteurs économiques satisfaisant des besoins fondamentaux. On y trouvait — et on y trouve encore — aussi bien des missions directement prises en charge par l'État, que des responsabilités partagées entre acteurs privés, acteurs étatiques et acteurs sans but lucratif, ou des processus économiques orientés par l'État. « La privatisation et la régulation

12. Voir, par exemple, la résolution du *Bundestag* rejetant la proposition d'instaurer une autorité européenne indépendante, le 12 mai 2004 (*BT-Drs.* 15/3136).

13. On parle alors de « surveillance des cartels » (Lüthmann (H.), *Die Staatsaufsicht in der Bundesrepublik*, 2004, p. 28 ou de « surveillance en droit de la concurrence » (Mösbauer (H.), *Staatsaufsicht über die Wirtschaft*, Köln u. a., 1990, p. 186 et s.)

14. Sur le concept de régulation, voir la synthèse de Lüthmann (H.), *op. cit.*, note 13, p. 216 et s.

15. Sur le contrôle administratif en droit administratif économique, voir par exemple Stober (R.), *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart, 2000, p. 389 et s.

16. Vosskuhle (A.), *Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, Veröffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrevereinigung (VVDStRL)*, Berlin u. a., 2002, p. 266 ; Masing (J.), *Die Verwaltung*, 2003, p. 1 et s.

étatique »¹⁷ ont conduit à un système élargi d'autorités de concurrence, qui comprend en plus des autorités générales de cartel des autorités spécifiques à certains secteurs. Parallèlement, un processus de transformation de la surveillance étatique allemande¹⁸, dû au droit communautaire, a conduit à des évolutions supplémentaires.

APERÇU DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE

Présentation du système

En Allemagne, le système existant connaît des autorités ou des services qui ont pour fonction, à l'aide d'instruments précis déterminés par la loi, de promouvoir et d'assurer la concurrence entre différents offreurs de biens et de services, privés ou publics. Les exemples les plus significatifs sont :

— L'Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt*)¹⁹, siégeant à Bonn, qui emploie environ 270 personnes, parmi lesquelles à peu près 130 collaborateurs juristes ou économistes et dont le budget annuel pour 2004 s'élève à 16 millions d'euros. Le fondement juridique de son activité est la loi sur les entraves à la concurrence, parfois nommée loi sur les cartels. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1958 et a été remaniée six fois. À son agenda figurent l'application de l'interdiction des cartels, l'exécution du contrôle des fusions et la surveillance des abus de position dominante.

— L'Établissement fédéral de surveillance des services financiers (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*)²⁰, siégeant à Bonn et à Francfort-sur-le-Main, né en 2002 de la fusion du Bureau fédéral de surveillance du crédit, du Bureau fédéral de surveillance des assurances et du Bureau fédéral de surveillance des transactions de valeurs mobilières. En 2004, 1 560 postes sont prévus, 1 290 fonctionnaires devraient être employés et des dépenses d'un montant de 132 millions d'euros sont budgétées. Ses fondements juridiques sont principalement la loi sur le crédit (*Kreditwesengesetz*)²¹, la loi sur la surveillance des services d'assurance (*Versicherungsaufsichtsgesetz*)²², ainsi que la loi sur les transactions de valeurs mobilières (*Wertpapierhandelsgesetz*)²³. Il est chargé de la surveillance financière des instituts de crédit, des prestataires de services financiers, des compagnies d'assurance et des transactions de valeurs mobilières, dans le but d'orienter les interdépendances sur le marché du capital et de rendre transparents les relations entre entrepreneurs et les risques sur les marchés concernés. Même si cet établissement n'exerce aucune fonction directe de surveillance, il doit être classé parmi les autorités de concurrence, en raison de son apport significatif à la stabilité de la place financière allemande et au renforcement général de la concurrence potentielle.

17. C'est le titre d'une recherche sur l'organisation administrative et les missions de l'État dans les secteurs du rail, de la poste, des télécommunications et de la radiodiffusion. König (K.), Benz (A.) (dir.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, Baden-Baden, 1997.

18. Sur ce point, Lühmann (H.), *Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)* 1999, 752, p. 757 et s.

19. Voir le site Internet <http://www.bundeskartellamt.de>

20. Voir le site Internet <http://www.bafin.de>

21. Loi sur le crédit, dans la version publiée le 9 septembre 1998, *BGBl. I* 1998, p. 2776 (*KWG*).

22. Loi sur la surveillance des services d'assurance dans la version publiée le 17 décembre 1992, *BGBl. I* 1993, p. 2 (*VAG*).

23. Loi sur les transactions de valeurs mobilières, dans la version publiée le 9 septembre 1998, *BGBl. I* 1998 I, p. 2708 (*WpHG*).

— L'Autorité de régulation des postes et télécommunications²⁴, siégeant à Bonn. Elle a pris ses fonctions au début de l'année 1998, en reprenant une partie des activités de l'ancien ministère des postes et télécommunications ainsi que de l'ancien Bureau des postes et télécommunications. 2 250 personnes travaillent dans cette autorité, dont 1 161 techniciens. Le budget pour 2004 prévoit un volume de dépenses de 134,4 millions d'euros. Ses principaux fondements juridiques sont dans la loi sur les télécommunications et dans la loi sur la poste, complétées par d'autres dispositions législatives et réglementaires. Outre une mission d'ordre, l'autorité de régulation garantit la libéralisation et la déréglementation dans le secteur des postes et télécommunications *via* la promotion et la réalisation d'une concurrence efficiente et équitable sur ces marchés. À cette fin, elle peut réguler les redevances et les conditions générales de vente des offreurs en position dominante (§ 22 et § 23 de la loi sur les télécommunications) ou contraindre les exploitants en position dominante à faciliter aux autres entreprises l'accès au réseau (§ 33 et suivants de la loi sur les télécommunications). De même, dans le domaine postal, elle peut réguler les redevances des entreprises en position dominante (§ 19 de la loi sur la poste) ou contraindre les entreprises en position dominante à certaines prestations (§ 32 et suivants de la loi sur la poste).

— L'Office fédéral des chemins de fer (*Eisenbahn-Bundesamt*)²⁵, siégeant à Bonn. Il a pris ses fonctions le 1^{er} janvier 1994 et emploie environ 1 300 personnes. Ses règles essentielles découlent de la loi générale sur les chemins de fer (*Allgemeines Eisenbahngesetz*, AEG). Il sert d'autorité de surveillance et de validation pour les chemins de fer de l'État fédéral et les entreprises de chemin de fer ayant leur siège sur le sol national de la République fédérale d'Allemagne, ainsi que pour les téléphériques. Il assure par ailleurs, sous le contrôle des treize Länder, la surveillance des chemins de fer régionaux, qui n'appartiennent pas à l'État fédéral. La réforme des chemins de fer en Allemagne et la libéralisation, qui n'en est encore qu'à « ses débuts »²⁶, ont notamment conduit à l'instauration et à la promotion de la concurrence entre différentes compagnies de transport. Dans ce but, l'accès au réseau de chemins de fer doit être rendu possible à tous, sans discriminations (§ 14 al. 1^{er} de la loi générale sur les chemins de fer).

— La Commission d'enquête sur la concentration des télévisions privées²⁷ (*Kommission zur Ermittlung der Konzentration im privaten Fernsehen*). Siégeant à Potsdam, elle se compose de six experts et compte six collaborateurs. Ses missions et ses compétences découlent du Traité sur la radiodiffusion. Elle assure « le jugement définitif des questions relatives à la garantie du pluralisme dans la diffusion sur le sol national de programmes télévisuels » (§ 36 al. 1 du traité). Son appréciation est contraignante pour les autorités régionales compétentes en matière de médias, qui ne peuvent s'en écarter que sous des conditions restrictives. La Commission agit dans le cadre d'un « contrôle des fusions spécifique aux médias »²⁸.

Cet aperçu des différentes autorités de concurrence met en lumière la dimension fonctionnelle de la gestion administrative : ces autorités agissent en tant que gardiennes exécutives du droit de la concurrence. Du point de vue du système en tant que tel, il

24. Voir le site Internet <http://www.regtp.de>

25. Voir le site Internet <http://www.eisenbahnbundesamt.de>

26. Expression de Ende et Kaiser, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 2004, p. 26 et s., p. 37.

27. On applique désormais les § 35 et 36 du traité sur la radiodiffusion (*Rundfunkstaatsvertrag*), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Pour connaître les activités de cette autorité, voir le site Internet : <http://kek-online.de>

28. Expression de Klaue (S.), *op. cit.*, note 1, p. 1614.

apparaît que l'organisation administrative des autorités de concurrence se réfère à l'organisation générale de l'État et aux principes qui s'y rapportent. Ainsi, une importance particulière est par exemple accordée, dans l'organisation et les pouvoirs des autorités de concurrence, à la protection des droits fondamentaux, au respect de l'État de droit et au fédéralisme. Parmi les émanations concrètes de ces principes juridiques d'organisation de l'État, il faut mentionner la stricte légalité des autorités de concurrence. Cette légalité influe sur l'organisation des autorités, leurs pouvoirs, la procédure et le contrôle juridictionnel des décisions.

Au demeurant, il faut considérer que l'administration étatique dispose, dans l'organisation administrative des autorités de concurrence, d'une liberté de choix, qui se manifeste sous différentes formes. Peuvent être qualifiées d'autorités de concurrence au sens strict celles qui sont rattachées à un système de protection du droit de la concurrence :

— les autorités générales de concurrence sont les autorités de cartel, découlant du § 48 de la loi sur les entraves à la concurrence : l'Office fédéral des cartels, ainsi que le ministère fédéral de l'économie et du travail,

— les autorités sectorielles de concurrence sont : dans le secteur des télécommunications, les autorités de régulation des postes et télécommunications ; dans le secteur des chemins de fer, l'Office fédéral des chemins de fer, ainsi que les autorités régionales d'inspection des chemins de fer régionaux ; dans le secteur des opérateurs privés de télévision, la Commission d'enquête sur la concentration des télévisions privées.

La caractéristique des autorités de concurrence réside donc dans leur pouvoir sur des secteurs précis de l'économie. De plus, elles ont un rôle particulier à jouer dans la « concurrence en réseau par la régulation »²⁹ ainsi que dans « la surveillance des prix d'accès au réseau »³⁰. La différenciation des diverses autorités s'effectue selon le principe de la compétence d'attribution, ce qui facilite la prise en compte de détails techniques dans la promotion ou la sauvegarde de la concurrence et prend en considération les caractéristiques concrètes des marchés. Toutefois, des conflits de compétence peuvent survenir, conflits que le législateur ne peut résoudre que sous certaines conditions, *via* des indications de compétence, et des règles de prééminence ou de coopération (voir par exemple la loi sur les télécommunications § 32 ou la loi sur la poste § 48). C'est pourquoi les tribunaux cherchent à définir avec précision les pouvoirs et les compétences des autorités sectorielles de concurrence.

Toutefois, malgré la présentation des différentes autorités de concurrence comme un système de protection du droit de la concurrence, les diverses autorités, sectorielles ou générales, ne sont pas synchronisées. Il en résulte des chevauchements, tant matériels que régionaux, des entités étatiques considérées comme autorités de concurrence, présentes au niveau fédéral (Office fédéral des cartels, Établissement fédéral de surveillance des services financiers, Office fédéral des chemins de fer, Autorité de régulation des postes et télécommunications), au niveau régional (autorités régionales de cartels, autorités régionales de surveillance des chemins de fer) et au niveau communal (autorités communales de surveillance).

29. *Netzettbewerb durch Regulierung, Rapport principal de la Commission des monopoles*, 2000/2001.

30. Baur (F.) et Henk-Merten (K.), *Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang*, Baden-Baden, 2002.

Typologie

En vertu de la liberté de choix de l'administration étatique dans l'organisation administrative, différents types d'autorités de concurrence ont été instaurés. Pour construire cette typologie, l'étendue des pouvoirs de décision et d'organisation servira de critère. Il faut donc s'interroger sur l'étendue de la compétence des autorités de concurrence lorsqu'elles prennent des décisions, relatives aussi bien à leur organisation propre qu'aux questions de droit qui leur sont soumises. Trois catégories d'autorités peuvent ainsi être distinguées.

1) Les autorités de concurrence indépendantes de l'État disposent d'un vaste pouvoir de décision propre. Les commissions d'enquête sur la concentration dans la télévision privée en sont le seul exemple. Elles agissent en tant qu'organes des établissements régionaux en charge des médias. Ces établissements régionaux eux-mêmes sont des « établissements distincts de l'État »³¹. Aucune influence extérieure sur leurs décisions n'est prévue, elle serait d'ailleurs constitutionnellement douteuse.

2) Les autorités de concurrence juridiquement autonomes disposent d'un pouvoir juridique propre pour leur organisation et d'une grande indépendance vis-à-vis de l'influence étatique. Celle-ci est toutefois prévue dans le cadre de la surveillance publique. Cette influence émane généralement d'autorités supérieures — par exemple les ministères fédéraux — dans différents domaines. Parmi ces autorités, on peut citer :

— L'Office fédéral des cartels, comme « autorité fédérale suprême autonome » (*selbständige Bundesoberbehörde*), ainsi que l'indique le § 51 al. 1^{er} de la loi sur les entraves à la concurrence. Il est placé sous la tutelle du ministère de l'économie et du travail.

— L'Office fédéral des chemins de fer, « autorité fédérale suprême autonome » d'après le § 2 al. 1^{er} de la loi sur l'administration du trafic dans les chemins de fer fédéraux³². Il relève du ministère fédéral des Transports.

— L'Autorité de régulation des postes et télécommunications, autorité fédérale suprême d'après le § 66 al. 1^{er} de la loi sur les télécommunications, sous la tutelle du ministère fédéral de l'économie et du travail.

— L'Établissement fédéral de surveillance des services financiers, en tant qu'organisme fédéral de droit public doté de la personnalité juridique, d'après le § 1 al. 1^{er} de la loi portant création de l'Établissement fédéral de contrôle des services financiers, sous la tutelle du ministère fédéral des finances.

3) Les autorités de concurrence faisant partie d'un système d'autorités hiérarchiquement organisé sont minoritaires, mais doivent être mentionnées. Il faut citer par exemple les autorités régionales de cartel, qui dépendent des autorités régionales suprêmes — en général le ministre régional (ou dans certains *Länder* le sénateur) de l'économie. Ces autorités régionales de cartel ne sont donc pas des entités administratives autonomes, mais font partie de la bureaucratie ministérielle des *Länder*³³.

Les formes concrètes d'organisation des autorités de concurrence vont donc des autorités non indépendantes et intégrées dans l'organigramme administratif, jusqu'aux autorités autonomes en passant par les institutions indépendantes de l'État. La conception

31. « Staatsfreie Anstalten ». Hoffmann-Riem (W.), *Finanzierung und Finanzkontrolle der Landesmedienanstalten*, Berlin, 1993, p. 45.

32. *Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (BEVVG)* du 27 décembre 1993, *BGBI.* I, 1993, p. 2394.

33. Bechtold (R.), *GWB, Kartellgesetz*, Munich, 3^{ème} éd., 2002, p. 488.

des autorités allemandes de concurrence se caractérise par l'effort déployé pour créer des entités administratives relativement autonomes. Toutefois, force est de constater que le degré d'autonomie des autorités de concurrence intégrées dans le système administratif est faible ; mais l'influence de ces dernières n'est que régionale. L'objectif d'indépendance des autorités de concurrence en Allemagne répond aux expériences européennes, selon lesquelles « une pratique efficiente du droit des cartels dépend largement de l'indépendance et de la répartition des institutions compétentes »³⁴.

La procédure parajudiciaire devant les autorités de concurrence

Une autre caractéristique des autorités allemandes de concurrence réside dans le fait que la procédure devant nombre d'entre elles a subi quelques aménagements particuliers au regard du droit de la procédure administrative. Outre les règles générales, s'appliquent des dispositions spéciales, concernant l'organisation comme la procédure. Des règles spéciales sont tout particulièrement prévues pour la procédure devant l'Office fédéral des cartels et devant l'Autorité de régulation des postes et télécommunications avec les chambres de décision (*Beschlusskammern*). Elles sont la preuve du développement « parajudiciaire »³⁵ du processus de décision administrative en matière de concurrence, qui, dans le cadre de procédures spéciales, connaît désormais des aménagements plus formalisés, débouchant sur une plus grande publicité. La compétence technique peut être assurée par un collègue d'experts qui rend sa décision selon une procédure transparente. C'est pour cette raison que la loi sur les entraves à la concurrence (§ 51 al. 2), et dans certains cas la loi sur les télécommunications (§ 73), prévoient la formation de chambres de décision, dans lesquelles un président et deux assesseurs doivent se prononcer. À ces chambres de décision sont liés des instruments d'intervention, de protection juridique et d'enquête. Les principaux sont :

- la garantie d'une audience (§ 56 de la loi sur les entraves à la concurrence, § 75 de la loi sur les télécommunications) ;
- le droit d'accès aux documents, régi par les prescriptions de la procédure administrative ;
- le principe général d'enquête, qui oblige les autorités de concurrence à instruire les faits ;
- l'importance donnée par la loi au débat oral contradictoire (§ 56 al. 1^{er} de la loi sur les entraves à la concurrence, § 75 al. 2 de la loi sur les télécommunications).

La protection juridictionnelle contre les décisions des autorités de concurrence

Selon l'article 19 alinéa 4 de la Loi fondamentale, le droit au recours est ouvert à quiconque dont les droits sont lésés par la puissance publique. De cet article découle une protection juridictionnelle générale. Par conséquent, les décisions des autorités de concurrence sont elles aussi soumises au contrôle du juge.

La loi sur les entraves à la concurrence (§ 63 et suivants) et la loi sur les télécommunications (§ 80) contiennent des dispositions spéciales sur ce sujet. Tandis que

34. Woll (U.), *Die Konvergenz der Kartellgesetze in Europa*, Baden-Baden, 2002, p. 488.

35. Certains parlent également, au regard de la jurisprudence sur les cartels, de procédure administrative des cartels « voisine de la procédure judiciaire » (*justizähnliche*), comme Bechtold (R.), *op. cit.*, note 33, p. 503.

les tribunaux administratifs sont généralement compétents pour connaître des décisions des autorités sectorielles de concurrence, la loi sur les entraves à la concurrence prévoit une procédure juridictionnelle spéciale, dans laquelle la procédure administrative ne s'applique que lorsque les tribunaux, dans le silence de la loi, procèdent par analogie. À l'encontre d'une décision des autorités de cartel, ainsi qu'en l'absence de la décision demandée, seul un recours (§ 63 et suivants de la loi sur les entraves à la concurrence) devant la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*, § 63 al. 4) territorialement compétente est recevable. L'arrêt de la cour d'Appel peut à son tour faire l'objet d'un recours devant la Cour fédérale de cassation (*Bundesgerichtshof*, BGH), plus précisément devant la Chambre des cartels (*Kartellsenat*), lorsqu'un tel pourvoi est autorisé. En 2003, 49 procédures étaient en instance devant la Chambre des cartels³⁶.

LES AUTORITÉS DE CONCURRENCE GÉNÉRALES — LES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE DES CARTELS

En Allemagne, on peut considérer comme autorités de concurrence au sens strict³⁷ l'Office fédéral des cartels, les autorités régionales de cartel et le ministère de l'économie et du travail, parce que tous sont compétents pour protéger la concurrence dans le cadre de la surveillance des cartels. En 1957, le législateur, en adoptant la loi sur les entraves à la concurrence, a délibérément décidé de créer, outre l'Office fédéral des cartels, des autorités de cartel dans chaque *Land*, avec des attributions limitées aux frontières régionales. De plus, cette loi contient (§ 44 et suivants) des dispositions sur la Commission des monopoles, en vigueur depuis 1973, qui se compose de cinq membres choisis à raison de leurs connaissances et de leur expérience dans les domaines économiques, sociaux, technologiques et de droit économique. Elle siège à Cologne et rend des expertises sur des questions de concurrence. Elle ne dispose toutefois pas d'un pouvoir propre de décision administrative, et ne doit pas être considérée comme une autorité de concurrence.

L'Office fédéral des cartels

Le rapport d'activité³⁸ que l'Office fédéral des cartels doit remettre chaque année au *Bundestag*, conformément au § 53 al. 1^{er} de la loi sur les entraves à la concurrence, permet de faire un schéma de son organisation et de ses activités. L'Office fédéral des cartels est conduit par un président, qui prend toutes les décisions ne relevant pas des chambres de décision. Le président n'a pas de pouvoir de direction sur les sections rendant des décisions en droit de la concurrence. La dépendance de l'Office fédéral des cartels à des instructions extérieures est discutée. La possibilité pour le ministère de l'économie et du travail de donner des consignes à l'Office fédéral des cartels dans des procédures individuelles en cours n'a toujours pas été clarifiée. Cette question est importante, puisque le ministère ne peut s'attribuer aucune affaire ni trancher à la place de l'Office fédéral des cartels, en raison

36. Voir le rapport d'activité du BGH, p. 6, 24 et 34 et le site internet <http://www.bundesgerichtshof.de>

37. Voir sur les autorités de cartel, Bunte (H.-J.), *op. cit.*, note 1, p. 290 et s. ; Emmerich (V.), *op. cit.*, p. 1608 ; Schmidt (I.), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart, 2001, p. 175 et s. ; Werner (R.) in Wiedemann (dir.), *Handbuch des Kartellrechts*, Munich, 1999, p. 1527 et s., Ortwein (E.), *Das Bundeskartellamt*, Baden-Baden 1998.

38. Voir *BT-Drs.* 15/1226 du 27 juin 2003, qui contient le rapport actuel de l'Office fédéral des cartels sur ses activités en 2001 et 2002 ainsi que sur la situation et l'évolution de son domaine d'intervention.

de l'autonomie juridique de celui-ci (art. 87 al. 3 de la Constitution). Une obligation de publication au *Journal Officiel* est prévue par le § 52 de la loi sur les entraves à la concurrence pour les consignes d'ordre général. Le législateur a donc autorisé le ministère à émettre des instructions générales, possibilité qui a toutefois été rarement utilisée — par exemple pour l'approbation dans la procédure de contrôle des fusions ou pour les fusions transfrontalières. En ce qui concerne l'instruction dans les cas individuels, la théorie dominante considère qu'elles sont contraignantes pour l'Office fédéral des cartels³⁹. Ceux qui s'opposent à cette conception mettent en avant la procédure parajudiciaire dans les sections du contentieux et la collégialité des décisions⁴⁰. Les décisions de droit des cartels sont traitées à l'heure actuelle par onze sections du contentieux⁴¹, qui agissent en tant que formations collégiales de jugement et sont organisées pour l'essentiel par branches d'activité économique, tout en traitant également de domaines transversaux.

Les sections sont épaulées notamment par la section principale (*Grundsatzabteilung*), composée de cinq services, qui donne des conseils sur des points précis du droit des cartels et coordonne la coopération avec d'autres autorités de concurrence — par exemple les forums ECA (*European competition network*) et ICN (*International competition network*). En outre, il existe deux chambres d'attribution, qui tranchent les conflits de compétence.

L'Office fédéral des cartels est explicitement compétent pour :

- le contrôle des prix fixes dans l'édition (§ 15 al. 3 de la loi sur les entraves à la concurrence) et des prix conseillés pour les produits de marque (§ 25 al. 3 de la loi sur les entraves à la concurrence) ;

- le contrôle des sociétés de gestion de droits d'auteur (§ 39 de la loi sur les entraves à la concurrence) ;

- le contrôle des fusions, d'après les § 35 et suivants de la loi sur les entraves à la concurrence ;

- l'application du droit de l'Union européenne, dès lors qu'une telle possibilité est ouverte aux États membres (§ 50 de la loi sur les entraves à la concurrence).

Une analyse des décisions rendues par l'Office fédéral des cartels montre le rôle croissant joué par celui-ci dans l'application du droit de la concurrence en Allemagne⁴². Ainsi, la procédure de contrôle des fusions d'entreprises est passée d'une durée de 3 ans à une durée de 5 ans. Si l'on regarde chaque année individuellement, on constate une hausse importante du nombre de fusions contrôlées. En 1957, 34 fusions ont été contrôlées. Ce chiffre est passé à 635 en 1980, a grimpé à 1548 en 1998, puis est redescendu en 2002 à 1317⁴³. En 2002, 149 requêtes ou réclamations pour cartel, ainsi que 326 procédures d'amende, d'abus ou d'interdiction étaient en cours⁴⁴.

Les autorités régionales de cartel

Comme nous l'avons exposé ci-dessus, les autorités régionales de cartel ne sont pas juridiquement autonomes, à l'inverse de l'Office fédéral des cartels, mais font partie intégrante du système administratif. À ce titre, elles sont soumises à un large pouvoir de direction. L'organisation en services non autonomes peut être elle-même subdivisée dans

39. Klaue (S.), *op. cit.*, note 1, p. 1628.

40. Emmerich (V.), *op. cit.*, note 1, p. 362.

41. Sur la modification des sections de jugement, voir Ortwein (E.), *op. cit.*, note 37, p. 93 et s.

42. Voir sur ce point Lühmann (H.), *op. cit.*, note 13, p. 42.

43. *BT-Drs.* 15/1226, p. 257.

44. *BT-Drs.* 15/1226, p. 276.

certaines *Länder*. Ainsi, il existe en Hesse deux entités administratives différentes, car un service spécifique a été créé pour les problèmes relatifs au secteur de l'énergie. Les autorités régionales de cartel endossent les responsabilités et les pouvoirs prévus par la loi sur les entraves à la concurrence, lorsqu'aucune compétence exclusive de l'Office fédéral des cartels n'est prévue et que l'effet d'une perturbation du marché ou d'un comportement discriminatoire ou attentatoire à la concurrence ne dépasse pas le territoire du *Land*. Une telle appréciation s'effectue d'après la délimitation du marché concerné. Si les effets sur la concurrence du comportement d'une entreprise se font ressentir sur le territoire d'un autre *Land*, alors l'Office fédéral des cartels est compétent. Dès 1977, la Cour fédérale de cassation a décidé que même un « effet mineur »⁴⁵ dans un autre *Land* suffisait. Afin de rendre plus flexible la répartition de compétence entre l'Office fédéral de cartel et les autorités régionales de cartel, le projet de septième loi modifiant la loi sur les entraves à la concurrence prévoit une légère modification, qui permettrait de rendre compétent sur demande l'Office fédéral des cartels ou les autorités régionales de cartel. En outre, les autorités régionales de cartel devraient devenir à leur tour des autorités de concurrence au sens du droit communautaire⁴⁶. En 2002, vingt requêtes ou réclamations pour cartels étaient en cours devant les autorités régionales de cartel, ainsi que 904 procédures d'amende, d'abus et d'interdiction⁴⁷. En comparant ces chiffres avec ceux de l'Office fédéral des cartels, on constate que les autorités régionales de cartel sont plus saisies pour des procédures d'amende, d'abus et d'interdiction, alors que les requêtes et réclamations pour cartel jouent un rôle moindre dans leur activité.

Le ministère fédéral de l'économie et du travail

Le ministère fédéral de l'économie et du travail a valeur d'autorité de cartel, car, outre les possibilités de consignes à l'Office fédéral des cartels, il détient de la loi sur les entraves à la concurrence un pouvoir spécifique de décision. Il peut délivrer des « cartels ministériels » d'après le § 8, ou des « autorisations ministérielles » dans le cadre du contrôle des fusions, d'après le § 42. Pourtant, il a peu fait usage de ce pouvoir. Le ministère a autorisé quatre cartels ministériels⁴⁸ et, jusqu'au début de 2003, a délivré sept autorisations ministérielles en tout⁴⁹. Une des causes de ce faible usage réside dans la rareté des demandes.

*

* *

En Allemagne, différentes autorités de concurrence agissent pour faire appliquer le droit de la concurrence. L'instauration de gardiens sectoriels du droit de la concurrence a le mérite de permettre une spécialisation matérielle, mais conduit toutefois à des superpositions matérielles et pour partie régionales avec les autorités générales de cartel. L'évolution dans l'organisation juridique du système des autorités de concurrence en

45. *BHG*, décision du 1^{er} janvier 1977 — *KRB 3/76* («*Brotindustrie*»), in *WuW / E BGH* 1489, 1490.

46. *BR-Drs.* 441/04, § 49 al. 3 et 4, § 60 du projet de loi modifiant la loi sur les entraves à la concurrence.

47. *BT-Drs.* 15/1226, p. 274, 276.

48. Bechtold (R.), *op. cit.*, note 33, p. 98. Dans le cadre de la septième loi modifiant la loi sur les entraves à la concurrence, il a été proposé de supprimer le § 8 (*BT-Drs.* 15/1226, p. 70). Cette disposition n'aurait « plus de portée pratique significative » (*BR-Drs.* 441/04, p. 46). Voir également *BT-Drs.* 15/3640.

49. *BT-Drs.* 15/1226, p. 27.

Allemagne doit garantir en permanence un équilibre entre, d'une part, l'instauration puis le maintien de l'indépendance professionnelle et, d'autre part, l'influence d'autres pouvoirs étatiques ou démocratiques. Ainsi, le projet de loi modifiant la loi sur les télécommunications laisse apparaître des tentations de réduire l'indépendance de l'Autorité de régulation des postes et télécommunications⁵⁰.

En outre, il faut tenir compte des évolutions européennes, car l'eupéanisation du droit allemand de la surveillance⁵¹ produit des effets concrets sur le système institutionnel allemand. Il faut citer en particulier :

- une coopération accrue entre les acteurs européens et internationaux en ce qui concerne les autorités de concurrence et la jurisprudence ;
- un rapprochement nouveau des règles régissant la procédure en matière de concurrence, y compris un examen approfondi des différentes sanctions prononcées par les autorités de concurrence en cas de violation ;
- la garantie d'un réexamen juridictionnel des décisions des autorités de concurrence.

Les évolutions du droit communautaire de la concurrence ne peuvent pas à l'heure actuelle avoir pour effet d'harmoniser complètement les structures des autorités. Il ne s'agit pas d'installer des autorités de concurrence uniformes dans tous les États membres. Le but, non moins ambitieux, est d'instaurer dans tous les États membres des gardiens du droit de la concurrence travaillant avec un même degré d'efficacité.

50. Sur la situation actuelle, voir Oertel (K.), *Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach § 66 ff. TKG*, 2000. Le projet de loi prévoit la possibilité d'instructions individuelles. Contre cette évolution, voir par exemple *BT-Drs.* 15/3118, p. 5.

51. Lühmann (H.), *DVBl.* 1999, 752, 758.