Monopolkommission

40^e anniversaire

Isabelle Bourgeois

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rea/4728>

DOI : 10.4000/rea.4728

ISSN : 1965-0787

Éditeur

CIRAC

Édition imprimée

Date de publication : 1 octobre 2014

Pagination : 41-43

ISSN : 1156-8992

Référence électronique

Isabelle Bourgeois, « Monopolkommission », *Regards sur l'économie allemande* [En ligne], 114 | octobre 2014, mis en ligne le 01 octobre 2016, consulté le 15 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rea/4728>

Ce document a été généré automatiquement le 15 septembre 2020.

© CIRAC

Monopolkommission

40^e anniversaire

Isabelle Bourgeois

- 1 Le 11 septembre, la Commission des monopoles (*Monopolkommission*) a fêté son 40^e anniversaire. Cette instance indépendante avait été instituée en 1974, sous le gouvernement de coalition SPD/FDP du chancelier Willy Brandt en application de la deuxième Loi modifiant la Loi contre les entraves à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen GWB*) du 03-08-1973. Ses missions et son organisation sont réglées par les §§ 44-47 de la Loi GWB (dont la 8^e Loi de réforme a été adoptée les 6 et 7 juillet 2013). Plus récemment sont venues s'y ajouter les dispositions des lois sur les chemins de fer (*AEG*), sur l'économie de l'énergie (*EnWG*), sur les télécommunications (*TKG*) et sur le secteur postal (*PostG*).

Une autorité consultative indépendante de tous pouvoirs

- 2 Tout comme le Conseil des Sages (né en 1963 et dont les missions ont été élargies en 1967) qui a servi de modèle à sa création, la Commission des monopoles est une « instance consultative statutairement indépendante du pouvoir étatique » qui s'est vu confier par le législateur une « mission d'évaluation d'intérêt public » (voir Gabel/Lasserre, *REA* 78/2006). Elle est distincte et indépendante de l'Office fédéral des Cartels, qui a, lui, une compétence opérationnelle. Composée de cinq personnalités choisies pour leur compétence et leur indépendance non seulement vis-à-vis des pouvoirs publics, mais aussi des organisations socio-professionnelles, elle a pour mission de procéder à un état des lieux de la concurrence en Allemagne et de formuler des propositions de réforme. Sur proposition du gouvernement fédéral, ses membres sont nommés pour 4 ans par le Président de la République.

Gardiennne de la concurrence

- 3 La mission que le législateur a confiée à cette Commission, qui a son siège à Bonn, est vaste : analyse de l'état et de l'évolution prévisionnelle de la concentration des entreprises en Allemagne sous l'angle du droit de la concurrence et celui de la politique économique ; évaluation de l'application de la « loi anti-cartels » (surnom de la loi GWB) par les offices des Cartels, aux échelons régionaux et fédéral, et les juridictions. Elle a, enfin, pour mission de préconiser des amendements à la Loi GWB si elle constate

des dysfonctionnements ou si l'évolution du secteur considéré impose une réforme. Concrètement, ce travail d'expertise donne lieu tous les deux ans à la publication, fin juin/début juillet, d'un rapport d'évaluation dit principal (*Hauptgutachten*). Le XX^e est paru cet été ; ses thèmes dominants sont l'état des marchés financiers et la puissance des géants du Web. Ces rapports principaux, accessibles à tous en ligne sur le site de la Commission (<http://www.monopolkommission.de>), sont remis au gouvernement fédéral qui les soumet aux organes législatifs avant de prendre position (cette prise de position est une obligation légale).

- 4 Le même type de procédure s'applique aux rapports spéciaux (*Sondergutachten*). Ces rapports peuvent lui être commandés par le gouvernement fédéral, mais la Commission peut aussi s'autosaisir de l'analyse de l'état de la régulation dans tel ou tel secteur particulier. En ce qui concerne les industries de réseaux, la *Monopolkommission* a pour mission d'évaluer tous les deux ans leur processus de libéralisation sous l'angle du marché et de la régulation. Elle a ainsi accompagné et accompagne toujours de sa critique constructive l'émergence du marché des télécommunications, des services postaux, des chemins de fer, de l'électricité et du gaz.

Elle peut s'opposer à « l'autorisation du ministre »

- 5 En outre, depuis la 4^e loi de réforme de la Loi GWB en 1980, le ministère fédéral de l'Economie est tenu de lui confier la réalisation d'un rapport d'évaluation lorsque l'Office fédéral des Cartels a interdit une fusion d'entreprises, mais que le ministère souhaite passer outre pour des raisons politiques. Une telle « autorisation du ministre » (*Ministererlaubnis*, § 42 II GWB) *ex ante* doit être strictement argumentée et respecter trois critères : la fusion en question doit présenter un avantage pour l'ensemble de l'économie, se justifier par l'intérêt général supérieur, et elle ne peut être considérée (exceptionnellement) comme licite que si les entraves à la concurrence (position dominante) induites par cette fusion ne sont pas de nature à mettre en danger l'ordre économique, c'est-à-dire le principe d'économie de marché. Une telle « autorisation du ministre » peut également être envisagée *ex post* pour une fusion déjà réalisée si elle permet d'éviter à l'Office fédéral des Cartels d'être contraint d'ordonner un démantèlement.

La concurrence est le pivot de l'ordre libéral et démocratique allemand

- 6 Le débat parlementaire comme l'information de l'opinion via la mise en ligne des rapports de la *Monopolkommission* et leur discussion dans l'espace public par l'intermédiaire des médias permettent d'articuler les mutations de l'économie comme celles du droit – allemand et européen – en la matière, comme le montre la nouvelle préoccupation de la Commission : l'économie du numérique. C'est de cette manière que le principe de concurrence, pivot du libéralisme organisé et, plus fondamentalement, de l'ordre libéral et démocratique allemand (*freiheitlich-demokratische Grundordnung*), reste réalité vivante et portée par l'opinion. Car dans cette approche, la rivalité entre les entreprises profite à l'intérêt général, puisque ce sont les consommateurs qui en profitent en dernier ressort, mais aussi les entreprises, contraintes en permanence d'innover pour mieux répondre à la demande de leurs clients. La concurrence, en forçant ainsi l'adéquation entre l'offre et la demande, est l'un des mécanismes clés de la prospérité économique en Allemagne.

Elle doit obéir à des règles de *fair-play*

- 7 Mais ce principe au fondement de l'ordre étatique allemand ne se réduit pas aux lois du marché. Celles-ci peuvent connaître des dysfonctionnements ; les entreprises peuvent par exemple être tentées de s'entendre. Le libéralisme doit donc être organisé, c'est-à-dire obéir à des règles. C'est ainsi que le droit allemand de la concurrence repose sur deux piliers : la Loi contre la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*) adoptée en 1909 et révisée en 2004, et la Loi contre les entraves à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1958. La loi UWG constitue en quelque sorte le droit canon de la concurrence puisqu'elle pose les règles du jeu : la concurrence doit être *fair-play* et pour cela, tout acteur doit respecter le principe de probité (*Lauterkeit* ; art. 1). La loi GWB, plus connue sous le nom de « loi anti-cartels », a dans ce cadre le rôle de 'pare-feu' contre les entraves à la concurrence : ententes, cartels, abus de position dominante... Et l'institution qui veille à son respect est l'Office fédéral des Cartels. En Allemagne, le principe de la concurrence repose ainsi sur des valeurs, dont la plupart sont inscrites dans la Loi fondamentale, à commencer par la dignité humaine, mais aussi la liberté – sous toutes ses formes : de penser, d'agir (et bien entendu, de s'informer) ou d'entreprendre (libre initiative) – avec pour corollaire la responsabilité assumée de chacun des acteurs.

Eternel conflit entre l'action du politique et la liberté du marché

- 8 Or le principe de la libre concurrence n'est jamais acquis. Le droit allemand doit s'articuler avec le droit européen en la matière, à la base de l'intégration du marché communautaire ; ainsi, il s'europanise progressivement depuis une dizaine d'années (voir Demme, REA 92/2009 et 109/2013). Plus fondamentalement, le principe de concurrence est aujourd'hui confronté à une articulation de plus en plus délicate à opérer entre l'impératif de la liberté/responsabilité des acteurs sur le marché et la stratégie de développement d'une politique économique communautaire. Le symposium organisé le 11 septembre par la *Monopolkommission* à l'occasion de son 40^e anniversaire et qui était placé sous le thème de « *l'influence politique sur les décisions en matière de concurrence* » est révélateur à cet égard. Trois podiums rassemblant d'éminents spécialistes allemands et internationaux ont ainsi débattu des questions centrales comme la prise en considération d'aspects autres que le droit de la concurrence lors de la prise de décisions selon l'art. 101 TFUE (accords entre entreprises) ou selon la loi GWB et le Règlement CE sur les concentrations. Enfin, dernier thème : la quête d'une alternative à « l'autorisation du ministre » (sous des formes différentes, cette prérogative de l'exécutif existe dans de nombreux Etats).

La liberté est au cœur du principe de subsidiarité

- 9 Ce que recouvrent ces questionnements qui semblent 'techniques' à première vue, c'est en réalité la délicate articulation entre deux approches : celle d'une politique économique *top-down*, dénommée aussi « politique industrielle », où l'exécutif cherche à créer des « champions » (nationaux ou européens), quitte à entraver la concurrence, et celle du maintien et développement d'un *level playing field* respectant la liberté des acteurs économiques qui est un des aspects du principe de subsidiarité. Voici la définition que donne de ce principe, appliqué à l'économie, Roman Herzog, qui fut président du Tribunal constitutionnel fédéral, puis président de la RFA : « *Si d'un côté, la diversité est à la fois l'expression et la condition de la liberté, de l'autre, sa force productive repose sur la concurrence qu'elle génère dès lors qu'on la comprend comme la 'diversité des solutions proposées'* » (Roman Herzog, 2006). On le voit, en Allemagne, le droit de la

concurrence est bien plus qu'une question technique... Et la Commission des monopoles est, à son niveau d'expertise, le gardien de son orthodoxie – d'une orthodoxie dont la forme concrète évolue au fur et à mesure qu'évolue le contexte, tout en restant fidèle au principe fondateur qui est, lui, invariant : la liberté.

INDEX

Mots-clés : concurrence, compétitivité, entreprise, politique économique, productivité