



## Regards sur l'économie allemande

Bulletin économique du CIRAC

109 | 2013

Varia

---

# 8<sup>e</sup> réforme de la Loi contre les entraves à la concurrence (*GWB*)

Géraldine Demme

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rea/4559>

DOI : 10.4000/rea.4559

ISSN : 1965-0787

### Éditeur

CIRAC

### Édition imprimée

Date de publication : 4 juillet 2013

Pagination : 25-34

ISSN : 1156-8992

### Référence électronique

Géraldine Demme, « 8<sup>e</sup> réforme de la Loi contre les entraves à la concurrence (*GWB*) », *Regards sur l'économie allemande* [En ligne], 109 | juillet 2013, mis en ligne le 01 juillet 2015, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rea/4559> ; DOI : 10.4000/rea.4559

---

# 8<sup>e</sup> réforme de la Loi contre les entraves à la concurrence (GWB)

**Géraldine Demme**



**Géraldine Demme,**  
Docteur en droit,  
Maître de conférences à  
l'Université Paris Ouest-  
Nanterre-La Défense

*La commission de conciliation (Vermittlungsausschuss) réunissant des représentants du Bundestag et du Bundesrat a pu s'accorder le 5 juin sur le texte de la 8<sup>e</sup> réforme de la Loi contre les entraves à la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB). Ce compromis, adopté le 6 juin par le Bundestag et approuvé le 7 juin par le Bundesrat, entrera en vigueur au lendemain de sa publication au journal officiel allemand (Bundesgesetzblatt), prévue pour début juillet.*

*Le nouveau texte reste pour l'essentiel dans la même lignée que la 7<sup>e</sup> réforme de 2005 en ce qu'il ambitionne d'aligner certaines règles allemandes sur celles du droit de l'Union européenne. Le but recherché consiste à atteindre une appréciation plus homogène des pratiques visées au sein de ces deux ordres juridiques et notamment en ce qui concerne le contrôle des concentrations.*

*Même si un large consensus existait dès le départ, certains points de discorde ont retardé l'entrée en vigueur de la réforme, initialement annoncée pour janvier 2013. C'est plus particulièrement l'application analogue du droit de la concurrence aux caisses d'assurance maladie légales qui a été ardemment débattue. Si un compromis a finalement pu être trouvé avant l'été, c'est peut-être aussi afin que puissent entrer en vigueur les modifications prévues par la 8<sup>e</sup> réforme dans le domaine de la presse et pour lesquelles toute la classe politique s'était accordée, consciente de son urgence.*

## **Le GWB : la « Constitution » de l'ordre économique**

Indissolublement lié à un système d'économie de marché fondé sur les forces sociales spontanées des agents économiques qui y interviennent (Friedrich August von Hayek), le droit de la concurrence vise à protéger la concurrence sur le marché. Comme le résume Ulf Böge, Président de l'Office fédéral des cartels de 1999 à 2007, le but visé est de « *protéger la concurrence 'en tant qu'institution', essentiellement pour garantir et/ou donner aux sujets économiques la plus grande liberté individuelle d'action possible.* » Le droit de la concurrence allemand « *repose sur l'hypothèse que la concurrence contribue à générer les conditions les plus favorables au consommateur.* ». La libre concurrence est le pivot de l'ordre libéral et démocratique allemand (*freiheitlich demokratische Grundordnung*) ; lui-même repose trois valeurs fondamentales : la liberté (de penser, d'agir), la libre initiative (d'entreprendre, par exemple) et la responsabilité de chacun, assumée en pleine responsabilité.

Dans un tel système, la rivalité entre entreprises est donc placée au bénéfice du bien être général. Sous la pression concurrentielle, les acteurs du marché se voient obligés de séduire les acheteurs potentiels par leurs offres. Les consommateurs (au sens large du terme) discriminent entre les différentes propositions ; ils écartent certains produits ou services en achetant ceux qui leurs semblent le mieux convenir. Les raisons de ce choix peuvent être multiples, comme un prix d'achat avantageux, une nouvelle technique ou fonctionnalité re-

**Le droit de la concurrence cherche à maintenir la rivalité des entreprises sur le marché**

cherchée, un meilleur conseil par les vendeurs, une garantie plus étendue... Les entreprises sont ainsi obligées d'adapter constamment leurs activités aux demandes des consommateurs ciblés, sous peine de se faire évincer par un concurrent qui aurait davantage assimilé ou même anticipé les souhaits des clients. L'allocation des ressources – limitées par définition – correspond ainsi au mieux aux besoins et souhaits des consommateurs, d'autant que la libre concurrence force ainsi en permanence le progrès technologique et, d'une manière plus générale, l'innovation, entretenant une certaine adéquation entre l'offre et la demande, elle-même génératrice de prospérité.

Cette approche n'est, bien entendu, fonctionnelle que si les entreprises se trouvent réellement en situation de concurrence. Différentes entreprises doivent gérer de façon autonome leurs activités, se disputant ainsi les faveurs des consommateurs. Or, pour les acteurs du marché, il peut exister une grande tentation de faire baisser cette pression concurrentielle qui existe entre eux. C'est ici que le droit de la concurrence joue un rôle important : la libre concurrence exige des règles (libéralisme organisé). Afin de préserver la plus grande indépendance économique des entreprises, le droit de la concurrence intervient en restreignant leur initiative seulement là où leurs comportements pourraient avoir pour effet d'anéantir les effets bénéfiques de la libre concurrence.

La protection de la concurrence prend deux voies différentes :  
*GWB* et *UWG*

Si le but est donc de protéger la concurrence, sa réalisation chemine par deux voies différentes. Au sens large du terme, le droit de la concurrence comprend en Allemagne la Loi contre les entraves à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) et la Loi contre la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*). L'*UWG*, qui avait été adoptée en 1909 et qui a sérieusement été modernisée en 2004, pose les fondamentaux pour le bon fonctionnement de la libre concurrence : des règles de *fair play* reposant sur le principe de probité ou loyauté (*Lauterkeit*) que doivent respecter tous les acteurs (§ 1) et qui s'applique à toute action commerciale quelle qu'elle soit, et fonde l'éthique des affaires. La loi *GWB*, elle, vise à garantir la libre concurrence sur le marché en en limitant les abus ou entraves possibles. C'est là la mission confiée à l'autorité allemande de la concurrence dont le nom est le reflet antinomique : Office fédéral des Cartels (*Bundeskartellamt, Bonn*). Concrètement, le dénigrement lors d'une publicité comparative de lessive est ainsi à examiner sous les dispositions de l'*UWG*, tandis qu'une entente par laquelle différentes compagnies aériennes s'accordent sur les prix de leurs vols entre Paris et Berlin tombe sous les règles du *GWB*.

Le droit anti-cartels est né après 1945

Le fait que des entreprises s'entendent entre elles et restreignent ainsi la concurrence n'a pas toujours été réprimé en Allemagne. Dans un arrêt de principe de 1897 (RGZ 38, 155 « *Sächsisches Holzstoffkartell* »), la Cour suprême de l'Empire (*Reichsgericht*) a en effet déclaré un cartel entre plusieurs fabricants de pâte à papier blanche en Saxe comme étant compatible avec la législation en vigueur. La liberté du commerce et de l'industrie (*Gewerbefreiheit*) n'a notamment pas joué en faveur d'une interdiction du cartel puisque, selon l'avis des juges de l'époque, cette liberté protégeait les entreprises uniquement de certains actes émanant du pouvoir public et non pas d'agissements entre entreprises. Sous l'égide de cette jurisprudence, l'Empire allemand a vu naître un nombre important de cartels, admis pratiquement sans limites au nom de l'autonomie privée.

Le règlement allemand des cartels (*Kartellverordnung*) du 2 novembre 1923 a alors tenté de combattre les effets négatifs des cartels, sans pour autant les interdire. Pendant la période du national-socialisme, le *Zwangskartellgesetz* a vu le jour et a été utilisé par l'État comme instrument pour diriger l'économie grâce à la constitution de cartels d'État. Après la deuxième guerre mondiale, les Alliés ont édicté des lois de décartellisation (*Dekartellisierungsgesetze*) qui interdisaient les accords restrictifs de concurrence.

Inspiré à ses origines par le droit *antitrust* américain et les théories de l'ordolibéralisme (notamment Ecole de Fribourg : *Freiburger Schule der Nationalökonomie*) selon lesquelles l'État doit octroyer un cadre légal à l'économie afin de garantir un niveau de concurrence libre et non faussée, le *GWB* est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958. Il comporte principalement trois domaines : l'interdiction des ententes anticoncurrentielles (*Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen*), le contrôle de l'abus de position dominante (*Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung*) et le contrôle des concentrations (*Zusammenschlusskontrolle*), également appelés les piliers du droit de la concurrence.

C'est ainsi que le § 1 du *GWB* interdit les ententes entre entreprises qui portent atteinte à la concurrence. Dans cette catégorie entre par exemple la convention par laquelle un revendeur s'engage envers un fournisseur à ne se procurer certains produits qu'auprès de lui en vue de leur revente (clause de non-concurrence). En revanche, certains des accords qui tombent sous cette prohibition générale peuvent finalement être source de gains d'efficacité. Prenons à nouveau l'exemple de la clause de non-concurrence. Celle-ci peut réduire les coûts de transaction, garantir un approvisionnement sûr et régulier, inciter une collaboration dynamique du distributeur, améliorer les services proposés, augmenter les chances pour un nouveau fabricant de s'établir sur le marché... Afin de rendre compte de la totalité des effets, non seulement anti- mais également pro-concurrentiels, de ces ententes, une possibilité d'exemption est prévue au § 2 du *GWB* : si l'accord génère des gains d'efficacité économique dont une partie équitable est répercutée aux consommateurs (clients), s'il est indispensable à la réalisation de ces gains d'efficacité et n'élimine pas la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, il bénéficie de l'exemption.

Les §§ 19 et s. du *GWB* s'intéressent à l'abus de position dominante. La position dominante en elle-même n'est pas interdite, l'accumulation d'un grand nombre de parts de marché est même souvent signe d'une activité efficace de l'entreprise. C'est l'exploitation abusive de cette position qui est sanctionnée par la loi. C'est par exemple le cas quand une entreprise en position dominante impose des prix ou conditions inéquitables qu'elle ne pourrait exiger si elle ne se trouvait pas dans une situation de domination sur le marché.

Le contrôle des concentrations, quant à lui, est prévu dans les §§ 35 et s. du *GWB*. Le regroupement d'entreprises est, en principe, légal et est même souhaitable lorsque des gains d'efficacité économique en découlent, tels que la réduction des coûts de production, la réalisation d'économies d'échelle ou l'élaboration de nouveaux produits. Un rapprochement entre les acteurs du marché peut néanmoins générer des effets anticoncurrentiels. En effet, lorsque se regroupent deux entreprises qui agissaient jusqu'alors de façon autonome sur le marché, elles n'exercent alors plus de pression concurrentielle l'une sur l'autre. Afin de prévenir une dégradation de la concurrence due à un tel regroupement entre sociétés, le législateur allemand a instauré un contrôle *a priori* des opérations de concentration. Toute opération n'est, bien entendu, pas soumise à ce contrôle. En font l'objet uniquement celles d'entreprises dont les chiffres d'affaires dépassent les seuils prévus au § 35 du *GWB*.

Selon le § 35, al. 1 du *GWB*, le contrôle allemand des concentrations s'applique si, de façon cumulative,

- 1 - le chiffre d'affaires total réalisé au plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 500 millions € et si
- 2 - le chiffre d'affaires réalisé au plan national par une des entreprises concernées représente un montant supérieur à 25 millions € et celui d'une autre entreprise concernée représente un montant supérieur à 5 millions €.

Les chiffres d'affaires examinés sont ceux réalisés dans l'année qui précède la concentration. Certaines exceptions sont par ailleurs prévues par le § 35, al. 2 du *GWB*.

Si l'opération est contrôlable, l'Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt*, Bonn) l'examine et l'interdit – selon la version encore actuellement en vigueur

1958 : adoption du *GWB*

Les trois piliers du *GWB* : interdiction des ententes, ...

... et de l'abus de position dominante ; ...

... contrôle *a priori* et conditionnel des concentrations

du § 36, al 1<sup>er</sup> du *GWB* – s’il est à craindre que la concentration créerait ou renforcerait une position dominante.

L’articulation entre  
droit de l’UE et  
droits nationaux

Aujourd’hui, le *GWB* est largement influencé par le droit de l’Union européenne. En effet, le droit de la concurrence prend une importance toute particulière au niveau européen car il est un des piliers de la construction du marché intérieur. Après avoir supprimé les barrières institutionnelles aux échanges, les autorités européennes se sont donné pour tâche de veiller à ce que les acteurs privés ne puissent pas, par des accords entre eux, segmenter le marché.

En raison de la coexistence du droit de l’Union européenne et du droit national, il est impératif de savoir quel dispositif utiliser si l’un et l’autre ont vocation de s’appliquer au même cas. La réponse dépend de la pratique visée. Une opération de concentration à dimension européenne est exclusivement soumise au droit de l’Union (selon l’article 21, al. 3 du Règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004, JOUE L 24 du 29 janv. 2004). Le droit européen doit également être impérativement appliqué aux ententes et abus de position dominante susceptibles d’affecter le commerce entre États membres. Toutefois, les droits nationaux peuvent être appliqués en parallèle selon l’article 3, al. 1<sup>er</sup> du Règlement n° 1/2003. Or, l’alinéa 2 du même article restreint de suite considérablement ce principe d’application parallèle du droit national en ce qu’il instaure une convergence imposée pour les ententes. En d’autres mots, l’application parallèle du droit national ne peut pas mener à un autre résultat que celui obtenu par le droit de l’Union européenne. On peut d’ailleurs s’interroger sur le sens de ce dispositif qui s’explique par les négociations bien souvent difficiles au niveau européen. Un consensus sur le principe d’exclusion du droit national de la concurrence n’a pas pu être trouvé. Le couple franco-allemand notamment avait vivement critiqué ce principe, ressenti comme une atteinte à la souveraineté nationale. La solution finalement retenue conduit néanmoins à des résultats largement analogues, sauf en ce qui concerne les comportements unilatéraux pour lesquels un droit national plus strict peut être appliqué en parallèle du droit de l’Union européenne.

Force d’attraction  
du droit de l’UE

Ces rapports entre règles européennes et nationales ont par ailleurs fortement incité les législateurs nationaux à aligner leurs solutions sur celles du droit de l’UE, ce qui, corrélativement, les rapproche entre elles. Les dispositifs français et allemand ont ainsi aujourd’hui de fortes similitudes. Si, dans d’autres matières, cela peut s’expliquer par l’existence de directives, instruments d’harmonisation des droits nationaux européens en ce qu’elles demandent à être transposées dans les différents droits nationaux, ce n’est pas le cas du droit des cartels, régi au niveau européen par le droit primaire et certains règlements.

Déjà, la 7<sup>e</sup> réforme  
du *GWB* européanisait  
le droit allemand

Les raisons du rapprochement s’expliquent donc ici par la force d’attraction du droit de l’UE comme modèle plutôt que par son caractère contraignant. Le meilleur exemple en est la 7<sup>e</sup> réforme du *GWB* en 2005 (voir *REA* 92/2009). Jusqu’à cette date, le droit des ententes allemand se distinguait du droit de l’Union européenne en différenciant très nettement les ententes horizontales – entre entreprises concurrentes – des ententes verticales, qui ont lieu entre opérateurs intervenant à différents stades du marché (par exemple entre un fabricant et un distributeur). Si les accords entre entreprises concurrentes ont, en principe, une incidence néfaste sur la situation concurrentielle du marché, les accords verticaux permettent aux opérateurs d’optimiser au mieux leurs réseaux de distribution. Le droit allemand traditionnel a rendu compte de cette différence en ce que le *GWB* prohibait uniquement les ententes horizontales. Les ententes verticales – mises à part celles qui étaient relatives aux prix – étaient soumises à un simple contrôle de l’abus avec une possibilité d’intervention limitée des autorités de concurrence.

Mais puisque, depuis l’entrée en vigueur du Règlement n°1/2003 le 1<sup>er</sup> mai 2004, les autorités et juridictions nationales sont obligées en matière d’ententes de mettre en œuvre le droit de l’UE dans tous les cas d’affectation du com-

merce entre États membres et ne peuvent appliquer parallèlement qu'un droit national convergent, l'Allemagne s'est décidée d'aligner son dispositif sur celui de l'Union européenne, à savoir de soumettre au principe d'interdiction les ententes horizontales et verticales. Ce sont des considérations pratiques qui ont mené à l'abandon du contrôle de l'abus lors de la 7<sup>e</sup> réforme : tout d'abord, le maintien de règles nationales divergentes pour quelques cas purement internes va à l'encontre d'une allocation optimale des ressources judiciaires. Ensuite, l'harmonisation complète entre droit interne et droit européen limite les conséquences des difficultés d'interprétation entourant la notion d'affectation du commerce entre États membres et confère plus de sécurité juridique aux entreprises. Enfin, il semble difficile d'appliquer deux standards complètement différents à des faits similaires au sein d'un même ordre juridique, selon que le droit de l'Union européenne s'applique ou non.

Des arguments comparables sont à l'origine de l'actuelle réforme, c'est-à-dire que le législateur allemand cherche toujours à se rapprocher davantage du droit de l'Union européenne, tout en maintenant certaines spécificités. Le but étant d'atteindre une appréciation plus homogène des pratiques visées par les deux ordres juridiques. Contrairement à la 7<sup>e</sup> réforme du *GWB*, la réforme actuelle n'amène cependant pas de grands chamboulements en la matière.

### Les principales modifications apportées par la 8<sup>e</sup> réforme du *GWB*

Étant donné que le droit des ententes anticoncurrentielles avait déjà été profondément révisé lors de la réforme de 2005, les modifications actuelles ne concernent pratiquement pas ce domaine. L'actuelle réforme touche notamment au contrôle des concentrations et apporte de légers changements à l'abus de position dominante. En outre, elle élargit le cercle des personnes qui peuvent intenter une action privée et prévoit des règles pour certains domaines plus spécifiques comme les caisses de l'assurance maladie légale ou la presse.

#### Concernant le contrôle des concentrations

Un des points essentiels de la réforme concerne le contrôle des concentrations (*Zusammenschlusskontrolle*). Comme nous l'avons déjà évoqué ci-dessus, l'Office fédéral des cartels interdit une concentration contrôlable – selon la version encore actuellement en vigueur du § 36, al 1<sup>er</sup> du *GWB* – s'il est à craindre que la concentration créerait ou renforcerait une position dominante. Afin d'atteindre une appréciation plus homogène des opérations de concentration dans les deux ordres juridiques, allemand et européen, la 8<sup>e</sup> réforme du *GWB* introduit dans le § 36, al. 1<sup>er</sup> le critère de « l'atteinte significative à une concurrence effective », tel qu'il est prévu pour le contrôle des opérations de concentration à dimension européenne à l'article 2, alinéa 3 du Règlement européen n° 139/2004 du 20 janvier 2004 (JO L 24 du 29 janv. 2004). Il s'agit ici du test dit **SIEC** (de l'anglais *Significant Impediment to Effective Competition*). Ce test permet non seulement d'appréhender les effets structurels des opérations de concentration, mais de prendre également en compte tout effet qui peut avoir une influence sur la concurrence effective comme, par exemple, la question de savoir si l'entité issue de la concentration serait en mesure de freiner l'expansion des concurrents grâce au contrôle d'une ressource nécessaire à la production. L'Office fédéral des cartels peut ainsi appréhender les éléments susceptibles de favoriser les effets anticoncurrentiels de la concentration indépendamment de la référence faite à la position dominante. Celle-ci n'est ainsi plus qu'une hypothèse parmi d'autres, bien qu'elle soit considérée comme si importante que le législateur la maintient comme exemple explicite dans la loi.

Le *GWB* prévoit expressément le droit des entreprises concernées à démontrer que des améliorations de la situation concurrentielle résulteraient de leur con-

Introduction du test SIEC  
en droit allemand

La défense d'efficacité  
est maintenue, ...

centration et que ces effets positifs primeraient sur les effets négatifs. C'est le mécanisme dit *Abwägungsklausel* en allemand, c'est-à-dire clause de pondération, qui permet par exemple d'évaluer si l'augmentation du pouvoir de marché due à la concentration est compensée par des gains d'efficacité qui font baisser les coûts de production à tel point que l'entité diminuera les prix de vente. Cette défense est inscrite au § 36, al. 1<sup>er</sup> du *GWB* et est maintenue par la réforme. Si les articles du Règlement n° 139/2004 ne contiennent pas expressément une telle défense, celle-ci n'est pas pour autant étrangère au droit de l'Union européenne. On la trouve au considérant 29 dudit Règlement, et la Commission la mentionne dans ses Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (2004/C 31/03 du 5 février 2004, point 77).

... ainsi que l'autorisation par le ministre fédéral de l'Economie

Le projet maintient en outre la possibilité pour le ministre fédéral de l'Economie d'autoriser, sur demande, une concentration interdite par l'Office fédéral des cartels si les entraves à la concurrence sont compensées par des avantages pour l'économie globale ou si elle est justifiée par un intérêt général primordial. Il s'agit ici d'une particularité allemande qui est cependant peu utilisée en pratique. Selon les informations publiées par le ministère, uniquement 21 demandes ont été formulées dans ce sens depuis l'entrée en vigueur du *GWB*. Huit autorisations ont été accordées dont cinq assorties de conditions. Le cas le plus discuté à ce propos a été celui de la concentration E.ON/Ruhrgas, opération pour laquelle l'autorisation a été accordée en 2002 puisque le ministère a considéré qu'une amélioration de la sécurité de l'approvisionnement du gaz en découlait.

### Concernant l'abus de position dominante

Présomption de position dominante : seuil relevé à 40 % de part de marché

La réforme allemande prévoit également certaines modifications dans le domaine de l'abus de position dominante. Dans la version encore actuellement en vigueur, une telle position dominante est présumée si l'entreprise détient au moins un tiers de la part de marché. Il s'agit d'une présomption simple, l'intéressé peut donc apporter la preuve du contraire. Ces dernières années ont permis de montrer qu'une entreprise disposant d'un tiers du marché ne se trouve en position dominante que dans des cas exceptionnels. C'est ainsi que la réforme rehausse le seuil à partir duquel une entreprise est présumée être dans une position dominante en le passant d'un tiers à 40%.

Des clarifications plus que de nouvelles règles de fond

Les autres modifications apportées ciblent avant tout l'amélioration de la systématique des dispositions relatives à l'abus de position dominante. En effet, l'ordre thématique logique n'a pas été bien respecté dans les §§ 19 et s. du *GWB*. Grâce à la réforme, leur lecture gagne en clarté : le § 18 du *GWB* s'intéresse désormais à la définition et à la présomption d'une position dominante. Ainsi, selon le § 18, al. 1<sup>er</sup> du *GWB*, une entreprise se trouve en position dominante si elle n'a pas de concurrents, si elle n'est pas soumise à une concurrence significative ou si elle occupe, par rapport à ses concurrents, une position prépondérante sur le marché concerné – ce qui est désormais présumé si l'entreprise détient au moins 40% des parts du marché (§ 18, al. 4 *GWB*). Le § 19 du *GWB* règle, quant à lui, les comportements des entreprises en situation de domination, c'est-à-dire qu'il interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante, tandis que le § 20 du *GWB* ne s'intéresse plus qu'aux comportements d'entreprises disposant d'un pouvoir de marché relatif, c'est-à-dire d'entreprises qui ne se trouvent pas dans une position dominante mais dont dépendent économiquement des PME en ce que ces dernières n'ont pas d'autres options suffisantes ou acceptables concernant l'achat ou la vente de certains biens ou services.

Une autre clarification concerne les mesures que l'Office fédéral des cartels peut imposer aux entreprises afin de faire cesser une infraction aux règles du *GWB* ou aux articles 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (ententes anticoncurrentielles / abus de position dominante). Depuis la 7<sup>e</sup> réforme,

le § 32, al. 2 du *GWB* prévoit la possibilité pour l'autorité de la concurrence d'imposer aux entreprises toute mesure, aux conditions que cette dernière présente un caractère proportionné par rapport à l'infraction commise et qu'elle soit nécessaire pour faire cesser celle-ci. La réforme précise, quant à elle, que ces mesures peuvent être de nature comportementale ou structurelle. Par exemple, le fait de contraindre l'entreprise qui abuse de sa position dominante de mettre fin aux agissements en cause est une mesure comportementale, tandis que lui imposer de se séparer d'actifs qu'elle détient est une mesure structurelle. Une deuxième phrase clarifie la relation entre ces deux différents types de mesures : une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale aussi efficace ou si cette dernière s'avère plus contraignante pour les entreprises concernées que la mesure structurelle. Ce faisant, la loi de réforme allemande reprend pratiquement mot par mot l'article 7 du Règlement européen n° 1/2003 du 16 décembre 2002, qui concerne la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (JO L 1 du 4 janvier 2003).

### Concernant les actions privées

La réforme amène également des changements dans le domaine des actions privées (*private enforcement*) en droit de la concurrence. Si l'*UWG* a pour but évident, non seulement de maintenir la loyauté dans le procédé de la concurrence, mais également de protéger les intérêts privés concernés (entreprises et consommateurs), le *GWB* cherche, quant à lui, à maintenir la concurrence en tant qu'institution sur le marché. Malgré ce fait, il est de plus en plus fréquent que des entreprises ou consommateurs demandent la réparation d'un dommage qui leur a été causé, non pas par un comportement déloyal, mais par une pratique anticoncurrentielle (par exemple la hausse des prix suite à une entente anticoncurrentielle).

Le § 33 du *GWB* rend compte de ces intérêts privés, en ce qu'il confère une base légale spécifique aux recours des particuliers en vue de la suppression ou de la cessation d'une infraction aux règles du *GWB* ou aux articles 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (§ 33, al. 1<sup>er</sup>), ainsi qu'à l'indemnisation des dommages qui résultent d'un tel comportement (§ 33, al. 3). Avant la réforme, le § 33, al. 2 du *GWB* permettait seulement aux associations de concurrents de l'entreprise qui a commis l'infraction d'intenter une action fondée sur le § 33, al. 1<sup>er</sup> du *GWB*. La réforme intègre désormais toute association d'entreprises concernées (donc non seulement celles de concurrents, mais également les associations de fournisseurs ou d'acheteurs), ainsi que les associations de consommateurs, au cercle de ceux qui ont la qualité d'agir en vue de faire cesser l'infraction. Le § 34 du *GWB* prévoit par ailleurs, et prévoit toujours, la possibilité que l'autorité de la concurrence demande la restitution du gain illicite réalisé par le défendeur (*Vorteilsabschöpfung*) si celui-ci a agi de façon intentionnelle ou négligente. Cette même possibilité incombe toujours selon le § 34a du *GWB* à certaines associations dont l'élargissement du cercle, décrit précédemment, s'appliquera également ici. Il faut toutefois souligner qu'une telle demande en restitution du gain illicite gagné n'a encore jamais été formulée.

Même s'il reste à attendre si les associations, et notamment les associations de consommateurs, vont faire fréquemment usage des nouvelles possibilités que leur ouvre la 8<sup>e</sup> réforme du *GWB*, les modifications apportées favorisent un peu plus l'avènement des actions privées. Celles-ci peuvent en effet aider à garantir l'efficacité des dispositions du *GWB* et sont nécessaires afin d'indemniser les victimes des pertes subies à la suite d'un comportement anticoncurrentiel. Mais la situation est plus complexe : plus de la moitié des comportements anticoncurrentiels sont aujourd'hui décelés grâce à la collaboration d'entreprises dans un programme de clémence. Le programme de clémence s'inscrit dans le but de lutter contre des comportements qui entravent la concurrence. Puisque les en-

Les associations  
et la qualité d'agir

Le conflit d'intérêts  
entre sphère privée  
et sphère publique



tentes se forment normalement à huis clos, il est très difficile pour les autorités de la concurrence de les détecter ; d'en apporter les preuves nécessaires l'est d'autant plus. C'est ainsi qu'on admet qu'une entreprise, participante à une entente anticoncurrentielle, peut bénéficier d'une immunité d'amende si elle dénonce ce comportement (*Kronzeugenregelung*). La participation des entreprises dans les programmes de clémence présente un outil capital de la lutte contre les cartels (par exemple, le fameux cartel mondial des vitamines n'a pu être découvert que grâce à la collaboration d'une entreprise). Toutefois, si l'entreprise qui se dénonce doit craindre qu'elle fasse par la suite l'objet d'une action privée, elle sera beaucoup moins encline à collaborer. L'intérêt de la sphère privée qui consiste à renforcer les actions privées afin de dédommager les victimes se trouve ainsi à l'opposé de l'intérêt de la sphère publique, à savoir de renforcer les programmes de clémence pour découvrir plus facilement les comportements anticoncurrentiels.

Ajoutons brièvement que cette discussion se retrouve également au niveau européen. La Cour de Justice de l'Union Européenne a bien consacré le principe d'un droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles prohibées par le droit de l'Union européenne dans ses arrêts *Courage* (aff. C-453/99, *Rec.* 2001, p. I-6297) et *Manfredi* (aff. jointes C-295/04 à 298/04, *Rec.* 2006, p. I-6619). En revanche, les différentes tentatives d'élaboration d'un dispositif spécifique en la matière sont restées vaines pour l'instant, et ceci principalement pour les mêmes raisons que celles évoquées pour le niveau national.

#### Concernant certains domaines plus spécifiques

Application analogue  
aux caisses de  
l'assurance maladie légale ?

L'entrée en vigueur de la 8<sup>e</sup> réforme de la *GWB* était initialement annoncée pour le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Le retard s'explique par certains points de discordance lesquels ont mené le *Bundesrat* à faire appel à la commission de conciliation. Le point le plus controversé a été l'application du droit de la concurrence aux caisses d'assurance maladie du régime légal. Bien que ces caisses se trouvent en situation de concurrence, les tribunaux allemands considèrent qu'elles ne sont pas des entreprises au sens du droit de la concurrence, de sorte que leur soumission à ce dispositif nécessite une base légale expresse (à titre d'exemple : tribunal social du Land de Hesse du 15 septembre 2011, Az. L 1 KR 89/10 KL). C'est en réaction à cette jurisprudence que le projet de loi a prévu des changements au Code social allemand (*SGB V, Sozialgesetzbuch*), déclarant certaines règles du *GWB* applicables de façon analogue aux caisses d'assurance maladie du régime légal.

La problématique de l'application du droit de la concurrence au secteur de la santé a déjà fait l'objet de diverses analyses au cours de ces dernières années (voir *REA 95/2010*). Les avis divergent. Dans les discussions législatives autour de la 8<sup>e</sup> réforme, c'était plus spécialement l'application du contrôle des concentrations aux regroupements entre caisses de l'assurance maladie légale qui a été au cœur des débats. Il faut rappeler qu'en Allemagne, il existe plusieurs de ces organismes et qu'ils se trouvent en situation de concurrence. Il n'est cependant pas intelligible en quoi l'immunité au profit des caisses de l'assurance maladie légale vis-à-vis d'un contrôle des concentrations agirait en faveur des assurés. Les vertus que l'on reconnaît aux règles du droit de la concurrence devraient, au contraire, être mises au profit de l'intérêt général primordial que poursuit le secteur de la santé. C'est dans ce sens que le nouveau § 172a *SGB V*, introduit par la réforme, soumet finalement ces regroupements au contrôle des concentrations. Le compromis trouvé consiste à ce que l'Office fédéral des cartels, s'il souhaite interdire une telle opération, doit se concerter auparavant avec l'autorité de contrôle des assurances compétente (par exemple l'Office fédéral des assurances, le *Bundesversicherungsamt*). En outre, et surtout, c'est désormais (selon le nouveau § 29, al. 3, n° 4 du *Sozialgerichtsgesetz*) aux juridictions du contentieux social (*Sozialgerichtsbarkeit*) qu'incombe le contrôle judiciaire des décisions de l'Office fédéral des cartels et dont les juges sont sou-

vent guidés par d'autres convictions que celles des juges de la juridiction ordinaire. Le compromis ainsi trouvé introduit donc une voie législative atypique (*Sonderrechtsweg*) qui peut être ressentie comme un corps étranger au sein de la matière. Andreas Mundt, l'actuel Président de l'Office fédéral des cartels, qualifie dès lors cette nouvelle attribution comme introduisant une incohérence dans le système (*Systembruch*).

La réforme prévoit également des modifications dans le domaine de la presse. Comme nous l'avons observé auparavant, une opération de concentration est uniquement contrôlable par l'Office fédéral des cartels si les chiffres d'affaires des entreprises concernées dépassent les seuils prévus au § 35 du *GWB*. En ce qui concerne l'édition, la production et la distribution de quotidiens et périodiques, les chiffres d'affaires des entreprises en question sont – dans la version encore actuellement en vigueur – multipliés par vingt (§ 38, al. 3 du *GWB*) avant d'être comparés aux seuils prévus mentionnés ci-dessus (encadré), ce qui veut dire que les opérations de concentration dans ce domaine sont plus facilement soumises au contrôle. La justification de cette intervention accrue de l'Office fédéral des cartels réside dans l'idée que la diversité de l'offre importe tout particulièrement dans le domaine de la presse (garantie du pluralisme). Si cela reste toujours vrai après l'entrée en vigueur de la réforme, le nouveau texte abaisse le facteur de multiplication du chiffre d'affaires de vingt à huit. Ce changement a été justifié par la réduction de la charge du travail qu'il amène à l'Office fédéral des cartels car ce nouveau mode de calcul diminue le nombre de concentrations contrôlables. Il favorise également les restructurations d'un secteur en pleine mutation à l'ère Internet.

Une autre modification du *GWB* concerne elle aussi le domaine de la presse. En Allemagne, la distribution des quotidiens et périodiques est en grande partie assurée par des grossistes, réunis au sein dudit *Presse-Grosso*. A celui-ci incombe une obligation de neutralité : il doit traiter tous les éditeurs et points de vente de la même manière. Il garantit ainsi la diversité de la presse et l'accès aux divers titres partout en Allemagne (*flächendeckende Versorgung*). Un arrêt du tribunal régional de Cologne du 14 février 2012 (88 O (Kart) 17/11) a toutefois mené à des incertitudes quant à l'avenir de ce système. En effet, les juges ont décidé que le monopole de négociation centralisé du *Presse-Grosso* tombe sous l'interdiction des ententes et ne peut pas bénéficier d'une exemption. Afin de ne pas mettre en danger ce système, la réforme prévoit au § 30, alinéa 2a du *GWB* que l'interdiction des ententes du § 1 *GWB* (ententes anticoncurrentielles) ne s'applique pas à de telles conventions. Un garde-fou est néanmoins prévu au § 30, alinéa 3, 2<sup>e</sup> phrase du *GWB*, selon lequel l'Office fédéral des cartels peut déclarer une telle convention nulle si elle s'avère être un abus de l'exemption instaurée.

Contrairement aux changements dans le domaine des caisses d'assurance maladie, un large consensus politique existait en faveur des réformes dans le domaine de la presse, et notamment pour sauvegarder le système du *Presse-Grosso*, bien établi en Allemagne et qui semble porter ses fruits. En effet, « *on compte en Allemagne 1,5 point de vente pour 1 000 habitants, trois fois plus qu'en France, ce qui constitue le réseau le plus dense du monde* » (Robert, 2012).

La réforme introduit également une disposition qui soustrait de façon explicite le regroupement d'organismes et d'entreprises publiques (*öffentliche Einrichtungen und Betriebe*) au contrôle des concentrations si ces regroupements s'expliquent par un aménagement du territoire des communes (nouveau § 35, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase du *GWB*). En effet, de tels aménagements territoriaux (*kommunale Gebietsreformen*) n'ont pas pour but d'augmenter les parts de marché des organismes publics concernés, mais de rendre leurs activités plus efficaces. Le nouveau texte prévoit en outre un régime spécial pour le domaine d'approvisionnement en eau (§§ 31 à 31b). Enfin, il amène certains changements pro-

Presse : nouveau seuil du contrôle des concentrations...

... et exception pour le *Presse-Grosso*

D'autres domaines touchés par la réforme

cédéraux importants en vue de favoriser la poursuite de comportements anti-concurrentiels.

**DANS L'ENSEMBLE, LES MODIFICATIONS** introduites par la 8<sup>e</sup> réforme ne bouleversent pas la matière. Elles simplifient le dispositif du *GWB* et continuent à le rapprocher du droit de l'Union européenne. Une telle harmonisation est souhaitable en ce qu'elle confère plus de sécurité juridique aux entreprises qui n'ont pas à tenir compte de deux ordres juridiques, national et européen, totalement différents. Le contenu des règles qui régissent ce *level playing field* cherche à préserver la libre concurrence pour accroître, *in fine*, le bien-être du client (entreprise ou consommateur) puisque, et comme l'a constaté le Professeur Wernhard Möschel, « *l'expérience montre que là où les marchés fonctionnent, tout le monde obtient ce qu'il souhaite* ».

## Indications bibliographiques

- **BÖGE U.**, « Effizienz und Wettbewerb aus Sicht des Bundeskartellamts », in Peter Oberender (éd.), *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin, 2005
- **BUNDESREGIERUNG**, *Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)*, BT-Drucksache 17/9852 du 31/5/2012
- **BUNDESTAG**, *Angenommene Gesetzesfassung durch den Bundestag auf Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie*, BT-Drucksache 17/11053 du 17/10/2012
- **BECHTHOLD R.**, « Der Referentenentwurf der 8. GWB-Novelle im Überblick », *Betriebsberater* 2011, p. 3075
- **DEMME G.**, *Le droit des restrictions verticales*, Paris : Economica, 2010
- **DEMME G.**, « Le secteur de la santé face au droit de la concurrence », *Regards sur l'économie allemande*, n° 95, mars 2010
- **DEMME G.**, « Accords de distribution et européanisation du droit allemand de la concurrence », *Regards sur l'économie allemande*, n° 92, juillet 2009
- **HAYEK F. A.**, *La route de la servitude*, 1943, Paris : PUF, 2005
- **KAHLENBERG H., NEUHAUS K.**, « Die Achte GWB-Novelle: Reform des deutschen Kartellrechts », *Betriebsberater* 2013, p. 131
- **ROBERT V.**, *La Presse en France et en Allemagne, une comparaison des systèmes*, Paris : Presses Sorbonne Nouvelle, 2012
- **VERMITTLUNGSAUSSCHUSS**, *Beschlussempfehlung zu dem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)*, BT-Drucksache 17/13720 du 05/06/2013.